

Abrió Cruz Elsa
C. Pantoja

FUNCIÓN JUDICIAL

BOLETA CASILLEROS JUDICIALES	<input checked="" type="checkbox"/>
CORTE CONSTITUCIONAL	<input type="checkbox"/>
BOLETA ELECTRONICA	<input type="checkbox"/>
FECHA:	22-10-19
HORA:	10:00

119



140422657-NP

REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL
www.funcionjudicial.gob.ec

Juicio No: 17981201900946, SEGUNDA INSTANCIA, número de ingreso 1



Casillero Judicial No: 932
Casillero Judicial Electrónico No: 1720024437
carosso_19@hotmail.com
dpantojaf@iess.gob.ec
daniel_r26@hotmail.es

Fecha: 21 de octubre de 2019
A: INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL "IESS"
Dr/Ab.: PANTOJA FREIRE DIANA CAROLINA

SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA

En el Juicio No. 17981201900946, hay lo siguiente:

Quito, lunes 21 de octubre del 2019, las 12h30, VISTOS.- Encontrándose legalmente integrado el Tribunal de Alzada por los doctores Henry Cáliz Ramos (ponente), Wilson Lema Lema y Fabricio Rovalino Jarrín en reemplazo de Diana Fernández León, a quienes por el sorteo de ley, les ha correspondido conocer y resolver el recurso de apelación formulado por Elsa Eugenia Abril Cruz, contra la sentencia de fecha 19 de marzo de 2019 a las 16h04, emitida por la Dra. Edith Cristina Chango Baños Jueza de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se hacen las siguientes consideraciones:

PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

Este Tribunal es competente para conocer y resolver el presente recurso de apelación, de conformidad con lo previsto en el segundo párrafo del número 3 del artículo 86 de la Constitución de la República, artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), número 1 del artículo 208 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ); y, en virtud del sorteo efectuado en forma legal.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.

La tramitación del presente juicio en la etapa de impugnación, se sujetó al procedimiento inherente a la materia de garantías constitucionales, por lo que es válido y así se lo declara.

TERCERO: ANTECEDENTES.-

3.1.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES:

Parte accionante: ELSA EUGENIA ABRIL CRUZ

Parte accionada: INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL "IESS"

3.2.- ANTECEDENTES.

3.2.1. A fojas 204-209 del expediente de primer nivel, consta la Acción de Protección presentada por la Sra. Elsa Paulina Abril Cruz en contra del Dr. David Alexander Rúales Mosquera, Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Dr. Iñigo Salvador Crespo, Procurador General del Estado.

3.2.2.- En dicha acción, la accionante manifiesta que los actos recurridos son porque mediante el Juicio No. 8651-2001 en el que reclamó el pago de diferencias de sueldos y remuneraciones del periodo 15 de mayo de 1996 al 23 de febrero de 2001, en el que con fecha el 06 de julio de 2014, el Tribunal Distrital No. 01 de lo Contencioso Administrativo acepta la demanda, pero hasta el 27 de febrero de 2019, fecha que interpone la Acción de Protección, el IESS no ha dado cumplimiento a la Resolución del Tribunal antes mencionado.

3.2.3.- La parte accionante en audiencia de fecha 08 de marzo de 2019, ante la Jueza de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, en su petición concreta, manifestó: "el ex empleador IESS, ha vulnerado las garantías constitucionales, como el derecho a la seguridad jurídica al no acreditar los aportes a la cuenta personal, pese a que existe una sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo. Básicamente hemos determinado la vulneración del derecho, también, es necesario indicar que la falta de acreditación de los aportes también constituye un delito sancionado con el Código Penal. Solicitamos la restitución de los derechos, también solicitamos que se oficie a la Fiscalía para que realice la actuación sobre lo que ha cometido el IESS, al retener esos dineros (...)"

3.2.4.- La Jueza, doctora Edith Cistina Chango Baños, al no considerar que existen elementos que prueben la violación del Derecho a la Seguridad Social y Jurídica, niega la acción de protección, misma que es apelada en audiencia por la accionante.

CUARTO. - ANÁLISIS DEL TRIBUNAL. -

4.1.- Derecho al recurso de apelación.- El derecho a impugnar o doble conforme, como denomina la doctrina, se prevé en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 8 que estipula: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley." Recurrir entonces, resulta un derecho que tienen las personas ante los Tribunales nacionales competentes, recurso que al tenor de la legislación nacional corresponde a los Tribunales A quo, órgano judicial que no debe permitir que por error del Juez de origen se violen los derechos fundamentales de las personas previstos en la Constitución o en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. El derecho de apelar, está previsto como una de las garantías del debido proceso, contenido en el literal m) numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, que garantiza a las personas el ejercicio de su derecho a la defensa, esto es el derecho a recurrir de los fallos o

resoluciones, en especial, cuando se decida sobre sus derechos, los que pueden ser de cualquier orden. El recurso de apelación es de notable importancia para las personas que se creyeren perjudicadas en las decisiones emitidas por los Tribunales de primer nivel; trascendencia e importancia del recurso sobre el que la Corte Constitucional en uno de sus fallos señaló: "...En la cadena de actos que contiene un procedimiento, la apelación es uno de carácter trascendente, puesto que se enmarca en el propósito del Estado de proporcionar a la administración de justicia la mayor certeza posible, de manera que los usuarios del servicio tengan plena confianza del derecho a la seguridad jurídica, cuya aplicación corresponde a la autoridad pública." (Caso No. 0417-09-EP, Sentencia No. 092-12-SEP-CC).

4.2.- Las garantías jurisdiccionales, son mecanismos procesales que permiten a los titulares de un derecho individual o colectivo, ejercitar la tutela directa y eficaz de sus derechos, así pues la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales establecen siete mecanismos que se pueden activar, cuando exista dicha transgresión de derechos y garantías, esto son medidas cautelares, Hábeas Corpus, Acceso a la Información Pública, Hábeas Data, Acción por Incumplimiento, Acción de Protección y Acción Extraordinaria de Protección. El nuevo examen del caso que se consigue con el recurso de apelación, circunscribe al Tribunal de Alzada, exclusivamente en mérito de lo expuesto, conforme establece el segundo inciso del artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y de acuerdo al análisis del error o injusticia que el o los recurrentes reclamen. Entonces corresponde a los Tribunales de Alzada, la delicada misión de proporcionar seguridad jurídica, verificando el grado de certeza de los fallos de los Jueces o Tribunales A quo, mediante la sustanciación y resolución del recurso de apelación, con el fin de descubrir los errores que se hayan producido, los que el apelante en forma específica acuse que incurrió la sentencia, que pueden ser en el procedimiento o en la aplicación de la Constitución, instrumentos internacionales y la ley.

4.3.- La Justicia Constitucional, se fundamenta en la Constitución de la República del Ecuador, la misma que debe ser interpretada y aplicada en forma integral; en un Estado constitucional de derechos y justicia como es el Ecuador, rige el principio de supremacía constitucional, el mismo que obliga principalmente a los Jueces, a hacer efectivo su ejercicio así como la práctica efectiva de proteger los derechos y garantías constitucionales y también en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En ese contexto, las garantías jurisdiccionales son acciones expeditas que tienen las personas para acudir a la administración de justicia y hacer efectivos sus derechos, sin más trámite; una de esas acciones, es la de "Protección de derechos", o conocida como acción de protección.

4.4.- Para el jurisconsulto Guillermo Cabanellas, Acción de Protección es: "Acción equivale a ejercicio de una potencia o facultad. Efecto o resultado de hacer"; en cambio al hablar de Protección manifiesta que es: "Amparo, defensa, favorecimiento". Para el tratadista Juan Huilca Cobos, la Acción de Protección: "Se concreta y procede contra todo acto administrativo, vía de hecho, actuación material, omisión o abstención que amenace en forma inminente, perturbe o prive el ejercicio de un derecho asegurado constitucionalmente..." (Huilca Cobos, Juan Carlos; Manual de Teoría Práctica de la Acción Constitucional de Protección, pág. 38.); Juan Montaña Pinto, considera que: "La acción de Protección sirve para lograr la tutela general de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; no hay que olvidar que la Acción de Protección es -o constituye- la cláusula general de competencia en materia de garantías, de tal manera que mediante ella se pueden garantizar todos los derechos, en particular aquellos que no tengan o no estén

amparados por una vía procesal especial y en tanto tal, se constituye en herramienta básica para la garantía de los derechos de las personas, colectivos y de la naturaleza en Ecuador...” (Montaña Pinto, Juan y, Angélica Porras Velasco, Apuntes De Derecho Procesal Constitucional, pág. 105).

4.5.- El artículo 88 de la Constitución de la República, indica que: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”. El artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dice: “Acción de Protección Objeto.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos...”; por tanto, para la procedencia de la acción de protección, se requiere de: 1) La existencia de derechos reconocidos en la Constitución, Tratados y Convenios Internacionales; 2) La existencia de un acto u omisión que emane de autoridad pública no judicial; y, 3) Que el acto vulnere derechos constitucionales del accionante. En armonía con las disposiciones citadas, la Corte Constitucional, para el período de transición, en su jurisprudencia vinculante, constante en la Sentencia No. 001-10-PJO, dentro del caso No. 00999-09-JP, se refirió respecto de la procedencia de la acción de protección de la siguiente manera: “cabe señalar que las garantías jurisdiccionales, específicamente la acción de protección, proceden cuando del proceso se desprenda la vulneración de derechos constitucionales proveniente de un acto de autoridad no judicial”, así como también que (...) “la acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existen vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos y particularmente la vía administrativa”. En este mismo orden, el Pleno de la Corte Constitucional, dictó mediante sentencia No. 0016-13-SEP-CC, caso No. 01000-12-SEP, reglas de cumplimiento obligatorio en relación a las garantías constitucionales, para las Juezas y Jueces Constitucionales, estableciendo en lo pertinente, que la competencia de la autoridad judicial en la jurisdicción constitucional, se concreta a la vulneración de derechos constitucionales y no de problemas derivados de antinomias infra constitucionales o respecto a impugnaciones sobre actuaciones de la administración pública, que comporten la inobservancia o contravención de normas de naturaleza legal. En cumplimiento de estas obligaciones de respeto y garantía, es que se ha expedido la Constitución de la República y también nuestro ordenamiento jurídico, por lo que la acción de protección, se constituye en una garantía primordial de protección de derechos fundamentales, entendidos por tales, aquellos que constan en la Constitución, en los Tratados y Convenios Internacionales, así como los que se derivan del principio de dignidad humana, y dicha protección debe gozar de un carácter preferente y sumario, a fin de que pueda alcanzar sus objetivos de protección, tanto cautelar como tutelar.

4.6.- El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos preceptúa: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. El artículo 25

manifiesta: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...”; el objetivo principal, esencial y trascendental de la acción de protección, es amparar los derechos constitucionales de las personas, de los colectivos y de la naturaleza, impidiendo su vulneración, siendo los Jueces los encargados de dar esa protección en representación del Estado, razón por la cual, la acción de protección es la más importante de las garantías jurisdiccionales, ya que ésta se encamina a lograr la tutela de los derechos constitucionales y de los derechos y garantías establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, se constituye en un instrumento básico e inmediato con que cuenta el ordenamiento jurídico ecuatoriano para proteger eficazmente los derechos constitucionales, teniendo la acción de protección varias características, como el ser reparatoria integralmente del daño causado, esencialmente jurisdiccional, constitucional, breve, informal, sencilla y universal; si se comprueba que un derecho es vulnerado debe reparar la vulneración de los derechos protegidos, siempre y cuando se compruebe el quebrantamiento de derechos del accionante, es una acción cautelar, una herramienta jurídica para defender y restablecer los derechos constitucionales, tiene preferencia, se desarrolla en un proceso sumario, oral, es una acción intercultural; por todo lo indicado queda claro que la acción de protección, constituye un mecanismo de garantía básica ante las violaciones de derechos constitucionales; sin embargo de ello, para que pueda interponerse existen ciertos requisitos que la ley exige se cumplan, así lo establece el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que refiere: “Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”; en cuanto a los requisitos de procedencia y legitimación, el artículo 41 dice: “La acción de protección procede contra: 1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio. 2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías. 3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías. 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias: a) Presten servicios públicos o impropios o de interés público; b) Presten servicios públicos por delegación o concesión; c) provoque daño grave; d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier tipo. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona”. El artículo 42 *ibídem*, que trata de la improcedencia de la acción de protección indica: “La acción de protección de derechos no procede: 1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales. 2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación. 3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos. 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz. 5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho. 6. Cuando se trate de providencias judiciales. 7. Cuando el acto u omisión

emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral. En estos casos de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma.” Para presentar acción de protección, deben establecerse parámetros exigidos por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, guardando relación con lo dispuesto en el artículo 82 de la Constitución de la República, que dispone que el derecho a la seguridad jurídica se manifiesta en el respeto a la Constitución y a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas, y aplicadas por las autoridades competentes.

4.7) La acción de protección prevista en el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador, tiene por objeto el amparo directo y eficaz de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

De la revisión del proceso, se desprende que la accionante Elsa Eugenia Abril Cruz, contrajo el fundamento de su recurso de apelación, en que: “El punto de partida radica en una dificultad que enfrenta el IESS, el mantener una dualidad entre empleador y ente encargado de la seguridad social, esto ha generado no solo en perjuicio en contra de mi defendida sino de varias personas que tienen esta misma dificultad. El IESS, encargado por la facultad del Estado de garantizar la seguridad social ha distorsionado su función, a él se le entrega la seguridad social, pero tiene un gran problema, el ser también empleador, en condiciones normales estaríamos planteando una acción de carácter penal por la omisión en el cumplimiento de sus obligaciones como patrono, pero al tratarse del Seguro Social, aquí viene la gran dificultad, la dificultad de carácter administrativo, esa liquidez, esa dureza para los funcionarios en entender que ellos también tienen obligaciones de carácter constitucional frente a los afiliados. El 6 de julio del 2004 el Tribunal de lo Contencioso Administrativo resuelve el conflicto jurídico de mi defendida señalando y disponiendo que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social pague a la actora todas las diferencias salariales adeudadas, obra a fojas 132 a 159 del proceso de que se procedió a hacer una liquidación pericial sobre estas diferencias salariales, es decir, la sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo fue cumplida en su totalidad, se hizo la liquidación, se pagaron los haberes y como esto modificaba la relación aportante-entidad receptora de la aportación, esto modificó, es decir, si inicialmente se calculó la aportación sobre un sueldo de USD 350 inicialmente retuvieron esto, pero, cuando la sentencia se dicta se hace la liquidación y se determina cuánto realmente por salarios estaba debiendo el IESS y se procede a hacer el pago, pero cuando paga como es la entidad receptora y ejecutora del tema, recepta y también retiene y ahí es donde nos entramos en un tema de carácter constitucional porque afecta el derecho de la afiliada a quien se le niega su derecho, se dice que no ha lugar la vía constitucional porque ella está recibiendo los beneficios de la seguridad social como es la propia jubilación, como es el servicio médico, etc., pero el caso es que existe una pequeña diferencia que con el transcurso de los años eso se ha acumulado y esa es la diferencia que reclamamos, no reclamamos más otra cuestión que el seguro social incremente en la proporción que le corresponde a mi defendida, en la liquidación se hace una retención del 9.35% que corresponde a la aportación individual de mi defendida. Nuestro reclamo es el monto del cálculo de la jubilación que ya está retenida y se pague acorde a la retención, si hoy recibe 600 dólares quizá el beneficio por la retención que se hizo, tomando en cuenta sus aportaciones con el

9.35% que fue retenido, quizás sea de 25 o 30 dólares más. El Seguro hizo una liquidación, obra del expediente el informe pericial como calcula (fs.132), tenemos la tabla en la que contempla el inicio de la actividad, del 1 mayo del 1976 del afiliada hasta febrero del 2001, dentro de los distintos rubros contempla el sueldo cobrado con aumento por el contrato colectivo, tiempo de trabajo calculado, aumento del contrato colectivo, el tema del CONADIS, el índice de inflación también lo calculan, incremento de sueldo base falta por pagar y aquí viene el cálculo de lo que estaba faltando por cubrir como obligación a la empleada, el subsidio de antigüedad se calculó también, esto generó un monto total en ese tiempo de USD 5.195 y con intereses se llegó al monto de 11.243 dólares que retuvo el IESS y que pagó a la trabajadora, de ese monto se retuvo el aporte de 9.35% a la trabajadora, entonces ese 9.35 % no refleja ya en la aportación y no tiene directa relación con la cuenta individual de la trabajadora. Desde el inicio de la acción propuesta, esta falta de acreditación en la historia laboral en la cuenta individual por aportes de diferencias de sueldo ya fueron reconocidos por el Tribunal, la sentencia está ejecutada, ejecutoriada, la dificultad que tenemos es en sede administrativa en la que se niega, pese a que existen consultas, pese a que existe informe del mismo Contralor que indicó que se proceda a acreditar, por ejemplo en la consulta y en Memorando de 10 de julio del 2017 dispone este pago el IESS a través de algunas entidades de orden administrativo en algunos casos ha negado, pero la Dirección de Talento Humano ha reconocido que en efecto tiene derecho. Presenta documentación de Resolución acaecido en el año 2015 que tiene relación con un problema que se suscitó con la señora Mercedes Martínez. El derecho que alegamos, es el determinado, primero a la seguridad social concomitantemente con ese derecho a la seguridad jurídica ya que vemos que por la vulneración a estos derechos se afecta en forma directa al derecho a la seguridad social, el sistema de seguridad social representado por el IESS omite el cumplimiento de una de sus funciones principales, el reflejar y el cumplir esta contraprestación como consecuencia de la aportación de su afiliada, se afecta a la seguridad jurídica a la seguridad de afiliación y su derecho a obtener las contraprestaciones como es una afiliación de jubilación acorde a la aportación entregada por el trabajador.”

En el caso in examine viene a conocimiento de este Tribunal que: a fojas 34-38 obra la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo, misma que en su resolución acepta parcialmente la demanda y dispone que el IESS pague a la actora por Elsa Eugenia Abril Cruz todas las diferencias salariales adeudadas desde la vigencia de la resolución Nro. 880 de 14 de mayo de 1996 hasta la fecha de cesación de sus funciones; a fojas 2 consta la solicitud de fecha 11 de mayo de 2017 a la Dra. Geovanna León Hinojosa Directora General del IESS, mediante el cual se requiere el pago de los aportes correspondientes a las diferencias salariales de mayo de 1996 hasta febrero de 2001 generados en la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo; de fojas 3 obra el Memorando Nro. IESS-SDNGTH-2017-3600-M de fecha 10 de julio de 2017 emitido por el Lcdo. Rodrigo Eduardo Mendoza Subdirector Nacional de Gestión de Talento Humano, el mismo que dispone que se liquide el valor del 3% de la diferencia de sueldos y se le comunique a la ex servidora para que proceda a depositar en la Institución, luego de lo cual se proceda a acreditar en la cuenta individual los aportes por las diferencias de sueldos dispuestos por el indicado Tribunal. A fojas 4 obra el Memorando Nro. IESS-SDNP-2017-0519-M de fecha 18 de octubre de 2017, suscrito por Pablo Fernando Acosta Romo Subdirector Nacional de Patrocinio, en respuesta de que si procede o no pagar los aportes del IESS de Elsa Abril Cruz, en sus conclusiones manifiesta “no es procedente puesto que la sentencia ya se

cumplió y en el caso de no estar de acuerdo con la liquidación pericial debía haberla impugnado.” A fojas 6 consta el oficio de 20 de noviembre de 2017 suscrita por la Sra. Elsa Abril Cruz, dirigido a la Dra. Geovana Hinojosa Directora del IESS, en el que manifiesta que el memorando anteriormente mencionado confunde conceptos porque niega la jubilación patronal, cuando su solicitud se refiere a la de jubilación especial reducida. A fojas 204-209 consta la demanda de Acción de Protección, en la que la accionante en el acápite VII de la pretensión, textualmente manifiesta: “(...) se disponga la reparación integral (...) 1.- (...) Solicito se digno disponer la acreditación a mi cuenta individual o historia laboral los valores que por aportes me fueron retenidos en la liquidación pericial que obra del expediente judicial que adjunto, por los periodos 15 de mayo de 1996 y 23 de febrero de 2001. 2.- Que se disponga al Director General del IESS, presente disculpas públicas a mi favor, publicando en uno de los diarios de mayor circulación, comprometiéndose a acreditar los aportes retenidos y no acreditados en mi cuenta individual por varios años; hecho que impidió acceder a los derechos que otorga el IESS. 3.- Que se digno enviar atento oficio dirigido a la Fiscalía General del Estado, solicitando se inicie la indagación previa e instrucción fiscal en contra de cómplices y encubridores del delito penal citado en la presente acción. 4.- Que se sirva disponer que los intereses por mora y responsabilidad patronal que genere la acreditación de los aportes retenidos y no acreditados en mi historial laboral del IESS, se inicie el derecho de repetición en contra de los servidores que resultaren ser responsables en la falta de acreditación a la historia laboral de los valores que me fueron retenidos, conforme lo estable el inciso tercero del numeral 9 del Art. 11 de la CRE.” Al efecto el Art. 82 de la CRE, establece: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” Así mismo la Corte Constitucional en Sentencia N.º 016-13-SEP-CC, de 16 de mayo 2013, dentro del Caso N.º 1000-12-EP., indica: “[...] la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria. La acción de protección no fue incluida en el ordenamiento jurídico con el fin de absorber la justicia ordinaria, sino para garantizar el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales. De modo que no es válido que se pretenda extender una garantía jurisdiccional a otros ámbitos que se encuentran bien regulados por el ordenamiento jurídico ecuatoriano y que tienen también su razón de ser. Tratar de utilizar esta acción para resolver asuntos de mera legalidad desnaturaliza la acción y atenta contra la confianza que pretende otorgar el ordenamiento jurídico ecuatoriano cuando establece un procedimiento para cada tipo de acción y cuando le otorga a toda persona el derecho de acudir a la justicia con la certeza de que existe un debido proceso propio, previamente establecido y aplicado por la autoridad competente para la resolución de sus controversias.”

En efecto el Art. 88 de la CRE establece el objeto de la Acción de Protección de la siguiente manera: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de

cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación” En concordancia con el Art. 39 de la LOGJCC que dice: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena”, cuyos requisitos se encuentran contemplados en el Art. 40 del mismo cuerpo normativo que dice: “La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.” De lo expuesto por la accionante Elsa Abril Cruz, es evidente que no está impugnando la sentencia del Tribunal Distrital No. 01 Contencioso Administrativo, lo que impugna es la omisión por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de acreditar los valores del 9.35% que por aportes fueron retenidos de la liquidación del pago de las diferencias salariales adeudadas desde la vigencia de la Resolución Nro. 880 del 14 de mayo de 1996, dispuestos por el Tribunal Distrital No. 01 Contencioso Administrativo de un valor de \$11.243,02 dólares, y que no ha sido acreditado a su cuenta individual. La Corte Constitucional al respecto en su sentencia Nro. 134-18-SEP-CC, en el Caso Nro. 0769-16-EP, manifiesta: “La seguridad social es un derecho humano fundamental, la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, artículos 22 y 25, el Art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Art. 16 de la Declaración Americana de Derechos Humanos se afirma que toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, haciéndose expresa referencia a las distintas prestaciones. La seguridad social es la protección que la sociedad proporciona a sus miembros (seres humanos) mediante la cobertura de las contingencias sociales. La seguridad social busca la protección integral de las personas ante las dificultades de la vida, particularmente cuando debe enfrentar riesgos como las privaciones económicas y sociales, enfermedad, maternidad, accidentes de trabajo, vejez y otros. La razón de ser de la seguridad social, es parte fundamental de los derechos humanos; es decir, no se conciben derechos sin la cobertura integral de las contingencias sociales. No se puede sostener la existencia de derechos humanos si las personas no están protegidas por las contingencias de salud, de vejez, de empleo y de cargas de familia. El carácter de derecho humano fundamental de la seguridad social aparece sancionado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo Art. 22 establece que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. El Art. XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) precisa que: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que lo proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite

física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia". Es un hecho cierto que conforme se desprende de la liquidación realizada por la perito María de Lourdes López en el juicio No. 8651-931-01 del Tribunal Contencioso Administrativo 01, el IESS retiene los valores por el 9.35% que corresponde por la diferencia de sueldos no percibidos, así como también es un hecho cierto la omisión por parte del IESS de acreditar este valor retenido a la cuenta de la accionante de la señora Elsa Eugenia Abril Cruz, lo que es confirmado por el Memorando No. IESS-SDN-GTH-2017-3600-M de fecha 10 de julio de 2017, suscrito por el Lcdo. Rodrigo Mendoza Álvaro Subdirector Nacional de Gestión de Talento Humano (Fs. 3) en el que dispone se liquide el valor del 3% de la liquidación de las diferencias de sueldos y se le comunique a la ex servidora para que proceda a depositar en la institución, luego de lo cual se proceda a acreditar en la cuenta individual de aportes por la diferencia de sueldos del mencionado Tribunal. Es así que al no haberse acreditado los valores retenidos por la diferencia de sueldos, causa en la recurrente un perjuicio que limita sus medios de subsistencia, lo que vulnera el derecho a la seguridad social detallado anteriormente.

QUINTO.- DECISIÓN.- Por las consideraciones expuestas, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA resuelve, aceptar el recurso de apelación interpuesto por la recurrente Elsa Eugenia Abril Cruz, declarar la vulneración del derecho a la seguridad social contenido en el Art. 34 de la CRE, y ordenar que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de manera inmediata proceda a acreditar en la cuenta individual de aportes de la accionante por el IESS los valores por las diferencias de sueldos retenidos en la liquidación pericial conforme la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo No. 01, y que correspondería al aporte del trabajador por el 9.35% mensual. Como reparación integral a la víctima se dispone que el accionado exprese disculpas públicas a la accionante Elsa Eugenia Abril Cruz durante 60 días en la Página Web de la institución. En cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 5 del Art. 86 de la Constitución de la República remítase una copia esta sentencia a la Corte Constitucional para los fines correspondientes. Notifíquese y cúmplase.-

f).- HENRY MARDOQUEO CALIZ RAMOS, JUEZ; ROVALINO JARRIN FABRICIO, JUEZ DE LA SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA; LEMA LEMA WILSON ENRIQUE, JUEZ DE LA SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA

Lo que comunico a usted para los fines de ley.


BURBANO PIEDRA JESSICA GABRIELA

SECRETARIA DE LA SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA

