

RV: Juicio No: 09209202205406 Nombre Litigante: FOCIL BAQUERIZO ENRIQUE JOSE

ISABEL LUCILA TUTASI PAZYMINO <isabel.tutasi@iess.gob.ec>

Lun 23/1/2023 18:30

Para: FRANKLIN CESAREO SANCHEZ MEDINA <franklin.sanchez@iess.gob.ec>

De: satje.guayas@funcionjudicial.gob.ec <satje.guayas@funcionjudicial.gob.ec>

Enviado: lunes, 23 de enero de 2023 18:11

Para: Patrocinio Judicial de la Dirección Provincial del Guayas <patjuddpg@iess.gob.ec>

Asunto: Juicio No: 09209202205406 Nombre Litigante: FOCIL BAQUERIZO ENRIQUE JOSE

Usted ha recibido una notificación en su casillero electrónico del proceso número 09209202205406

**REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL**

Juicio No: 09209202205406, PRIMERA INSTANCIA, número de ingreso 1

Casillero Judicial No: 44

Casillero Judicial Electrónico No: 0

Fecha de Notificación: 23 de enero de 2023

A: FOCIL BAQUERIZO ENRIQUE JOSE

Dr / Ab:

UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA NORTE CON SEDE EN EL CANTÓN GUAYAQUIL, PROVINCIA DEL GUAYAS

En el Juicio No. 09209202205406, hay lo siguiente:

VISTOS: Habiéndose dictado la decisión de forma oral, en la Audiencia Pública, procedo a motivar la sentencia por escrito, bajo la exigencia constitucional consagrada en el Art. 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República del Ecuador, para hacerlo se considera:

PRIMERO. - ANTECEDENTES:

1.1.- Hechos formulados por el accionante:

Mediante acción de protección presentada por Xavier Gonzalo Navarrete Castillo (en adelante "el accionante"), hace conocer lo siguiente:

A mediados del año 2012, el señor Xavier Navarrete intentó ingresar a la página web del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) con el fin de retirar sus "fondos de cesantía", pero, no obstante, la página web le emitió un mensaje que había un problema con la contraseña. Ante ésta alerta, el señor Navarrete se acerca a una entidad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para averiguar sobre éstas novedades, teniendo como respuesta de los funcionarios que

después de no utilizar la clave algún tiempo dejan de funcionar. Ante ésta respuesta que, tenía lógica, procedió a realizar el trámite para tener acceso a la web del IESS; una vez que tuvo el acceso, se lleva la desagradable sorpresa que los "fondos de cesantía" ya habían sido retirados en el año 2010, y habían sido dirigidos a la cuenta de ahorros del Banco de Fomento No. 0160390199.

Cabe indicar que el señor Navarrete, no es titular de la cuenta citada ni tampoco ha abierto ninguna cuenta bancaria en esa entidad, el monto que se retiró de forma arbitraria asciende a la suma de US\$ 16.002,53 dólares, luego de ésta desagradable sorpresa acudió a las autoridades competentes para conocer el caso, así como la denuncia, respectiva; y, reclamo ante el IESS, en fecha 15 de junio del 2012. Adicionalmente, en fecha 15 de junio del 2012 presenta denuncia ante la Fiscalía General del Estado, por una presunta apropiación ilícita de bienes ajenos. Por ésta denuncia, en fecha 2 de diciembre del 2013, se emite resolución por parte del señor Juez de la Unidad Interinstitucional Judicial Temporal de Garantías Penales de Los Ríos (resolución que se encuentra adjunta al expediente fojas 2 a la 5), que da fe, es que el señor Navarrete nunca abrió la cuenta en el Banco Nacional de Fomento en la ciudad de Babahoyo y, adicionalmente, tampoco solicitó una clave en el IESS; es decir, se suplantó su identidad y se falsificó sus documentos para abrir una cuenta bancaria y solicitar una nueva clave y retirar los "fondos de cesantía". La cuenta fue aperturada a nombre del señor Navarrete, con datos de él, pero la cédula que se utilizó para aperturar la cuenta bancaria aparece la foto de una persona que no es el señor Navarrete; además, tiene novedad en la fecha de nacimiento. El señor Navarrete mediante correos electrónicos, visitas al IESS, recibió como respuesta no muy certera de parte de la señora Lucía Vinuesa, quien, en ese entonces, era subdirectora del IESS en el año 2015 derivando el tema a una señora Lorena. Sólo reenviaron los correos sin dar ninguna solución. Existe un memorándum de fecha 20 de octubre del 2015, No. IESS -DPGSAFRAC-2015-19464-M, en el que se solicita enviar la documentación entregada por el afectado al área legal de la Dirección Provincial del IESS, con la finalidad de que establezca la acción a seguirse. Que, el único hecho real es, que los "fondos de cesantía" del señor Navarrete desaparecieron de su cuenta en el IESS. La desaparición de los fondos de cesantía ocurrió cuando se encontraban bajo custodia del IESS, lo que da a entender que la institución no adoptó las medidas necesarias para proteger los "fondos de cesantía" del señor Navarrete, ésta omisión convierte a la institución, responsable por esa pérdida y esa responsabilidad se aumenta que a la fecha el señor Navarrete aún continúa sin recibir lo que por derecho constitucional le corresponde. El resultado de la acción penal fue el archivo de la causa por no tener una persona a quien imputar el delito. Lo ocurrido con los "fondos de cesantía" del señor Navarrete y la falta de celeridad desde el año 2012, han pasado once años, lo que constituye una vulneración flagrantemente a lo que dispone en la Constitución los artículos 3, 11, 34, 66, 233, 367, 368, 369, 370, 371, 426.

1.2.- PRETENSIÓN DE LA ACCIONANTE:

PRETENSIÓN: Que se declare la vulneración de los derechos constitucionales por parte del IESS; y, se ordene como reparación integral, material e inmaterial del daño que se ha causado, disponiendo de manera, definitiva e inmediata, que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social devuelva al accionante el valor de US\$ 16.002,53 dólares más los intereses generados a la fecha.

1.3.- CONTESTACIÓN DE LA PARTE ACCIONADA:

La defensa del IESS como entidad accionada, sostuvo lo siguiente:

Que, escuchado la intervención de la parte accionante, es claro deducir que el Seguro Social no ha violado ningún derecho Constitucional del accionante y no ha negado y, él, actualmente, goza de todos los beneficios que otorga el seguro social. Que, simplemente, se está frente a un hecho común de delincuencia, no hay violación de un derecho Constitucional, o incumplimiento administrativo, lo que ocurrió es que personas extrañas al Instituto falsificaron la documentación del hoy accionante, esto, constituye no solo violación a la información del Seguro Social sino a

dos instituciones del Estado; primero, al Registro Civil, porque obtuvieron una cédula con datos del accionante pero con fotografía distinta conforme lo ha mencionado el abogado patrocinador; segundo, acudieron al Banco Nacional de Fomento y con esa cédula abrieron una nueva cuenta a nombre de accionante; la tercera institución en el seguro social obtuvieron el retiro de la cesantía del hoy accionante; esto es, un hecho penal común y no violación de Derecho Constitucional por parte del Seguro Social. El Seguro Social es una entidad autónoma regulada por la Ley y la Constitución y su accionar se base en el artículo 226 de la Constitución. El hecho que le ocurrió al hoy accionante fue puesto a conocimiento por el denunciante de la Fiscalía General del Estado en dicha investigación al final se archivó la causa por falta de prueba. En el Memorando IESS-DPGSAFRAC-2015-19 464 de octubre del 2015, en el cual, el seguro social la Abogada Lucia Vinuesa informa a la Ing. Bernardina Erazo Valverde Directora Provincial encargada del conocimiento de la denuncia presentada por el accionante indica que los valores de la cesantía están asegurados en Seguros Colonial, e indica que se pase la información los cuerpos del expediente al departamento legal. En el caso no consentido que el Seguro Social deba de correr con el perjuicio económico, estos fondos están asegurados en Seguros Colonial pero Seguro Colonial para proceder al pago, uno de los requisitos para pagarle al perjudicado es una sentencia en firme de autoridad competente, que es lo que no hay, aquí también debía de ser llamados como accionados es la compañía de Seguros Colonial. Estos trámites son internos en el seguro social y fue antes de la resolución de la fiscalía de fecha 12 de diciembre del 2013 y en el seguro social se tuvo conocimiento de esa resolución no tengo esa información, pero si fue antes de la decisión judicial. El trámite signado es el No IESS-DPG—2015-27556-E. Que, estamos en una acción penal no Constitucional consideramos que la acción presentada no cumple con los requisitos del artículo 40 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y artículo 42 solicitamos se declare improcedente la presente acción de protección presentada. Es la aseguradora quien debe de responder por esos fondos.

SEGUNDO. - JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL JUZGADOR:

Mi calidad de Juez titular de la Unidad Judicial Norte 1 de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con en el Cantón Guayaquil, fue dada mediante acción de personal No.09136-DP09-2022-YR (traslado administrativo), otorgada por el Consejo de la Judicatura.

Mis facultades para actuar como Juez Constitucional de primera instancia, en la presente causa de ACCIÓN DE PROTECCIÓN signada en este despacho con el No. 09209-2022-05406, son las que me confiere el Art. 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Por todo lo expuesto, y por los términos dispuestos en los artículos 167 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador, soy competente para conocer y resolver la presente causa.

TERCERO. - PROCEDIMIENTO QUE SE LE HA DADO A ESTA CAUSA Y VALIDEZ PROCESAL:

Una vez que fue puesta en conocimiento la demanda se le dio el trámite correspondiente, y tomando en consideración que a las partes procesales se les ha permitido el ejercicio pleno de su legítimo derecho constitucional a la defensa en todas las etapas de este proceso; y así mismo, se observa que no existe omisión de solemnidad sustancial alguna que afecte la validez del proceso, por lo que, lo actuado es válido y así se lo declara.

CUARTO. - LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA:

La legitimación del accionante para incoar su acción de protección está dada acorde a los presupuestos establecidos en el Art. 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y la de los accionados fue dada acorde a lo que establece el numeral 1 del Art. 41 *Ibidem*.

QUINTO. - CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTACIÓN:

5.1.- Naturaleza jurídica de la ACCIÓN DE PROTECCIÓN: La acción de protección como garantía

jurisdiccional se encuentra contemplada en el art. 88 de nuestra Constitución de la República del Ecuador y establece 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”

Como quedó anotado la acción de protección establecida en dicha Norma Suprema, constituye una garantía jurisdiccional creada por el constituyente tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y esta misma norma determina que esta acción puede 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.

En tanto que en el Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se encuentran descritas las circunstancias de procedibilidad, para la admisión y eficacia de la acción de protección de derechos, siendo estos requisitos taxativos, en su conjunto, por lo que se concluye que la falta de alguno de ellos hace inadmisibles e ineficaz la acción intentada, pues la convierte en ilegal, en contraria al derecho, e improcedente. Cabe señalar también que la acción de protección es un mecanismo procesal específico y especializado que permiten a las personas y colectivo, por intermedio de los jueces, garantizar efectivamente sus derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular aquellos que no tengan o no estén amparados por una vía procesal especial.

La Corte Constitucional en SENTENCIA N.º 0016-13-SEP-CC - CASO N.º 1000-12-EP, Pág. 18, establece que:

*“... En efecto, 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.** El juez constitucional cuando de la sustanciación de garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías. (...) La acción de protección no constituye un mecanismo de superposición o reemplazo de las instancias judiciales ordinarias, pues ello ocasionaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional estatal establecida por la Constitución. (...) En consecuencia, la acción de protección no sustituye los demás medios judiciales, pues en dicho caso la justicia constitucional pasaría a asumir potestades que no le corresponden, afectando la seguridad jurídica de los ciudadanos y desvirtuando la estructura jurisdiccional del Estado y desconociendo la garantía institucional que representa la Función Judicial. La acción de protección procede solo cuando se verifique una real vulneración de derechos constitucionales, con lo cual, le corresponde al juez verificar y argumentar si existe o no la vulneración de un derecho constitucional. Es a él a quien le corresponde analizar caso a caso, sobre la base de un ejercicio de profunda razonabilidad, los hechos y las pretensiones del actor para poder dilucidar si se trata de un caso de justicia constitucional o si por el contrario, por su naturaleza*

infraconstitucional su conocimiento le corresponde a la justicia ordinaria...” (Lo enfatizado es propio) Así mismo el precedente de la Corte Constitucional, que tiene fuerza vinculante constante en la sentencia No. 001-10-PJO-CC, del caso No. 0999-09-JP, que fuera publicada en el R. O. No. 351, del 29 de diciembre del 2010, establece en el acápite 57 último párrafo, que **“la acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos y particularmente la vía administrativa”**; y en el acápite 60, establece que *“... Si vía acción de protección se impugna de manera exclusiva la legalidad del acto, sin que conlleve vulneración de derechos constitucionales, el asunto debe decidirse en los mecanismos judiciales ordinarios competentes, pero no a través de una garantía jurisdiccional.”* (Lo enfatizado es propio)

El Dr. Luis Cueva Carrión, en su obra “Acción Constitucional Ordinaria de Protección”, pág. 210 expresa lo siguiente: *“Entonces: si, para la reclamación de los derechos, existen vías judiciales ordinarias, por estas vías se debe tramitar la acción correspondiente, lo que significa que la acción de protección procede ante la inexistencia de vías en el proceso común”*. (lo enfatizado es propio)

5.2.- La prueba en materia constitucional, se ciñe a establecer sobre la existencia o no de la vulneración de derechos constitucionales.

En este sentido, la tratadista Angélica Porras Velasco, sostiene que:

*“...En los procesos de carácter abstracto la prueba casi pierde toda su importancia, no así en los de garantías constitucionales en los que siguen teniendo trascendencia los hechos que dan origen a la acción u omisión que amenaza o viola los derechos constitucionales. (...) la prueba en los procesos constitucionales opera con similares principios que en otras materias (...) para los casos de garantías constitucionales los hechos son importantes y son ellos los que deben probarse en la medida de que han dado origen a la acción u omisión que genera la violación o amenaza de los derechos de las personas (...) En materia constitucional nuevamente caben reformulaciones. (...) Por lo general, en materia de violación de derechos constitucionales la carga de la prueba suele invertirse por vía normativa, es decir, en los procesos de garantías constitucionales la prueba le corresponde a quien está siendo accionado, sobre todo cuando es entidad pública, con el propósito de fortalecer la protección de los derechos constitucionales. **En cambio, cuando se trata de conflictos abstractos, la prueba es de menor trascendencia y funciona el principio general con el único añadido de que el papel del juez en las pruebas se convierte en primordial...**”* (APUNTES DE DERECHO PROCESAL – La prueba en los procesos constitucionales: aproximaciones a los principales retos en el caso ecuatoriano; Pág. 41 a la 46. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional – Corte Constitucional Para el Período de Transición; Quito-Ecuador)

De lo cual, queda claro que los hechos que debe probarse son aquellos que originan la acción u omisión que amenaza o viola derechos constitucionales, y que desde luego en ciertos casos la carga de la prueba se revierte aquella entidad accionante. Pero también, es de resaltar que en muchos casos existen hechos que son abstractos lo cual, no sería necesario probarlos.

5.3.- La Constitución de la República en su Art 76, numeral 3 establece que: *“solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”*, el Art. 11 numeral 1 dice que *“los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento”*, en armonía con Art. 82 “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras y aplicadas por las autoridades competentes”. Habiéndose señalado la naturaleza jurídica de la ACCIÓN DE PROTECCIÓN en el acápite 5.1 de esta sentencia, y la delimitación y su alcance de esta garantía jurisdiccional dada por la Corte Constitucional, en sus precedentes jurisprudenciales antes invocados, cabe también analizar si la presente demanda de acción de protección, cumple con los requisitos establecidos en el Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

Constitucional, de lo cual tenemos:

"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."

Sobre la base de estos requisitos es que se va a desarrollar la presente sentencia, como a continuación se va analizar.

SEXTO. - ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES AL CASO EN CONCRETO:

6.1.- Debemos partir que de los hechos puestos a consideración en el considerando primero de la presente sentencia, que muchos de ellos e inclusive no estuvieron en controversia sino más bien reconocidos por ambas partes, y de la prueba documental actuada en audiencia, se tienen siguientes hechos relevantes que servirán de fundamento para la presente sentencia:

- I. Que, los "fondos de cesantía" del accionante, efectivamente, fueron retirados "fraudulentamente" por parte de una tercera persona (desconocida) con fecha 7 de julio del 2010, hecho que fue conocido y resuelto en materia penal, por intermedio de la Fiscalía General del Estado, en la investigación previa No. 7821-2013, que fue desestimada porque no se pudo determinar que los funcionarios del IESS – Babahoyo, tengan participación en el ilícito investigado, y por no existir indicios claros, precisos y concordantes que hagan presumir la existencia material de la infracción, ni el nexo causal de responsabilidad, conforme así lo evidencia el Juez, abogado, Jorge Córdova Rocafuerte, Juez Temporal de Garantías Penales y Depuración de causas de Los Ríos, en su resolución de fecha 2 de diciembre del 2013, a las 15h40 (fs. 51 a la 54).
- II. Sobre este particular el accionante interpuso el reclamo ante el IESS, según se verifica con la carta constante a fojas 62 de los autos, que data de fecha 30 de septiembre del 2015, y recibida con fecha 02 de octubre del 2015, carta que fue dirigida a la abogada, Lucía Vinueza Benites, Subdirectora de Servicios al Asegurado, con la que se expone *"Mediante comunicación enviada a Uds. con fecha 12 de junio del 2012, quien suscribe, Xavier Gonzalo Navarrete Castillo, con cédula de ciudadanía 0907432843, denuncié el retiro fraudulento de mis Fondos de Cesantía y solicité que se me reintegren dichos valores. [...]";* en esta misma misiva, también se hace referencia al hecho que la denuncia presentada en fiscalía fue desestimada y aceptada por el Juez, abogado, Jorge Córdova Rocafuerte, Juez Temporal de Garantías Penales y Depuración de causas de Los Ríos.
- III. Con fecha 20 de octubre del 2015, se emite un memorando No. IESS-DPGSAFRAC-2015-19464-M, suscrito por Abogada, Lucía Alexandra Vinueza Benites, Jefe de la Unidad de Afiliación y Cobertura DPG-IESS (E), y dirigido para Ing. Bernardina Yullet Erazo Valverde, Directora Provincial del IESS Guayas, Encargada, en donde se menciona, lo siguiente (ver fojas 65 y vta.):

"En atención a lo dispuesto por su autoridad, en el No. de Trámite IESS-DPG-2015-27556-E, que guarda relación con la denuncia presentada ante el IESS por el señor XAVIER GONZALO NAVARRETE CASTILLO, solicitando la devolución de los valores correspondientes a cesantía retirados por terceros; sobre el particular expongo a usted lo siguiente:

Antecedentes:

- *Con comunicación del 15 de junio del 2012 el afiliado XAVIER GONZALO NAVARRETE CASTILLO, denunció al IESS, el retiro de su SEGURO DE CESANTÍA por un tercero. Termina su comunicación solicitando la restitución de los valores retirados sin autorización.*

- El afectado con fecha 15 de junio del 2012 presentó la denuncia de los hechos por APROPIACIÓN ILÍCITA DE BIENES AJENOS ante la Fiscalía.
- Con oficio 13100900-2318 del 03.07.2012, la ex Subdirección de Servicios al Asegurado, puso en conocimiento del particular al Dr. Carlos Luis Proño Medina, ex Director Provincial del IESS – Los Ríos, por cuanto en base a las acciones administrativas realizadas por las dependencias institucionales se evidenció que el otorgamiento de la clave y validación de cuenta bancaria se realizó en la Dirección Provincial de los Ríos, con la intervención de dos de sus servidores; solicitando la documentación de soporte de estos procesos para ser entregados al interesado; información que hasta la fecha no ha sido proporcionada en razón de no haberse encontrado dichos documentos.
- De acuerdo al informe presentado por el Grupo de Trabajo inmerso en el proceso de Cesantía, el perjuicio causado suma un total de: \$ 16.002,53 (DIECISEIS MIL DOS 53/100)
- El reclamo siguió su trámite en el Juzgado de la Unidad Interinstitucional Judicial Temporal de Garantías Penales de los Ríos, con el número 7821-2013, donde se resolvió conforme a las siguientes causales:

"Se estableció que el denunciante XAVIER GONZALO NAVARRETE CASTILLO nunca tramitó ni abrió una cuenta de ahorros en el Banco Nacional de Fomento en la ciudad de Babahoyo, ni tampoco solicitó una clave en el IESS, es decir se suplantó su identidad y se falsificó sus documentos para abrir una cuenta bancaria y solicitar una nueva clave y así poder retirar sus fondos del seguro de cesantía en el IESS y, por otro lado tampoco se ha podido determinar que los funcionarios del IESS – Babahoyo tengan participación en el ilícito investigado y por la investigación que se siguió conforme lo determina el señor Fiscal y al no existir indicios claros, precisos y concordantes que hagan presumir la existencia material de la infracción, ni el nexo causal de responsabilidad, como lo determina el Art. 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal, para que la fiscalía haga imputación alguna, por lo que ACEPTA el Requerimiento de DESESTIMACIÓN, debidamente motivado hecho por el señor Fiscal Ab. Iyo Cruz Piza, ordenándose el ARCHIVO DEFINITIVO del Expediente."

En el presente caso consta la nómina de los 81 afectados por estos hechos, cuya información fue trasladada por esta Subdirección a la Dirección Nacional de Bienes y Servicios con memorando IESS-DPGSAFR-2014-2453-M de 12.06.2015, con motivo del trámite denominado SINIESTRO No. 12-2000100 COBROS FRAUDULENTOS POR CONCEPTO DE FONDOS DE RESERVA, PRÉSTAMOS QUIROGRAFARIOS, mediante el cual se requiere información para determinar cobertura del perjuicio que se pretende reconozca la aseguradora QBE Seguros Colonial S.A.

Solicitud:

Por lo antes expuesto solicito a usted derivar la voluminosa documentación (Cuatro Cuerpos) entregada por el afectado, al Área Legal de la Dirección Provincial del IESS, con la finalidad de que establezca la acción a seguirse y señale quién asumirá el perjuicio.

Nota: En los casos en que el IESS deba asumir el perjuicio, la Institución lo tramita con cargo a la Aseguradora QBE Seguro Colonial S.A., sociedad que entre los requisitos para atenderlos exige la entrega de sentencia en firme de autoridad competente; y en lo administrativo, con las formalidades descritas en el Memorando Nro. IESS-DG-2014-1733-M de 2014.10.27 del Director General del IESS, que se adjunta."

IV. Desde, **el 20 de octubre del 2015**, fecha en que se suscribió el precitado memorando, el accionante no ha tenido ninguna respuesta, sobre el reclamo (administrativo) planteado por el "retiro fraudulento" de los fondos de cesantía (determinados en la cantidad de US\$ 16,002.53), por parte de alguna autoridad del IESS. Es decir, han transcurrido, aproximadamente, hasta la presente fecha, más de siete años, sin que las autoridades del IESS, le hayan dado una respuesta (motivada) respecto de la devolución de los fondos de cesantía que le corresponden al accionante.

6.2.- El accionante alega que se han violado sus derechos constitucionales, como son el derecho a la seguridad jurídica y a la seguridad social.

6.3.- Cuyos derechos se encuentran reconocidos en la Constitución de la República y este juzgador los examina de la siguiente manera:

6.4.- DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA: Respecto a la Seguridad Jurídica, la Corte Constitucional, en sentencia No. 1357-13-EP/20 estableció lo siguiente: "43. La seguridad jurídica es un derecho constitucional transversal que irradia a todo el ordenamiento jurídico. El artículo 82 de la Constitución de la República señala lo siguiente respecto del mismo: **El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes**". En virtud del derecho a la seguridad jurídica, las personas deben contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente que les permita tener una noción razonable de las reglas del juego que le serán aplicadas. 44. En la sustanciación de un proceso administrativo o judicial, el derecho a la seguridad jurídica es una protección ante la arbitrariedad de la actuación de los órganos administrativos o jurisdiccionales y no ante cualquier desacuerdo respecto a la adecuada aplicación de la ley en un caso o la procedencia o no de una demanda específica...".

6.5.- Concordante con esto, la Corte Constitucional ha señalado además que este derecho consiste en la expectativa razonable de las personas respecto a las consecuencias de los actos propios y de ajenos en relación a la aplicación del Derecho. Para tener certeza respecto a una aplicación de la normativa acorde a la Constitución, las normas que formen parte del ordenamiento jurídico deben estar determinadas previamente, teniendo que ser claras y públicas, solo de esta manera se logra crear certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos para el respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional.

6.6.- En el presente caso, desde luego, se podría decir, que la sustracción de los "fondos de cesantía" del accionante, fue un "hecho aislado" tanto para él como para la entidad accionada (IESS), el mismo que fue conocido por la justicia ordinaria, a través de la Fiscalía General del Estado, teniendo como resultado final la desestimación de la denuncia por falta de elementos de convicción que hagan presumir la existencia material de la infracción, así como de los responsables del delito.

6.7.- En tal sentido no se le puede atribuir, a la entidad accionada (IESS), la vulneración al derecho a la seguridad jurídica, porque no se evidencia alguna inobservancia o falta de aplicación de alguna normativa prevista en nuestro ordenamiento jurídico, respecto del conocimiento del "hecho aislado" como delito, porque no es la autoridad competente para hacerlo, sino que debía ser conocido, como en efecto, así lo fue conocido en la justicia penal ordinaria, por la Fiscalía General del Estado.

6.8.- APLICACIÓN DE PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA, EN EL CASO CONCRETO:

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 4 numeral 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de la siguiente manera:

"La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales: [...]

*13. iura novit curia. - **La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional.**"*

Esta norma también es concordante, con lo que indica el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 140:

*"Omissiones sobre puntos de derecho. - La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, **aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.***

Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

Esta última disposición no será aplicable cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos."

Desde el punto de vista doctrinario, este principio iura novit curia, le da una mayor categorización

al rol que debe tener el Juez o Jueza al momento de conocer un caso y desde luego dentro de la esfera constitucional, en la que no se debe ser plausible cuando exista una evidente vulneración de un derecho constitucional, aun cuando la parte no lo alegue, o lo haga de una manera errónea. En tal sentido, el tratadista Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, indica: *"En definitiva, una cosa es la presunción de que el Juez conoce el Derecho a aplicar (y todas las consecuencias que de ello se derivan) y otra el camino que el Juez debe recorrer para adquirir ese conocimiento, los problemas específicos que comporta y quién y cómo los resuelve. La primera de las funciones del iura novit curia puede ser denominada la aportación de oficio del Derecho aplicable y la segunda la investigación de oficio del Derecho aplicable."* (IURA NOVIT CURIA Y APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO, Editorial Lex Nova, Valladolid 2000, Primera Edición, Pág. 25).

La Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencia No. 088-13-SEP-CC, estableció: *"El principio iura novit curia establece al juez como conocedor pleno del derecho, más aún dentro del modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, donde la primacía de la Constitución radica en su plena aplicación directa y sin dilaciones, razones por las cuales los administradores de justicia están obligados a realizar una interpretación finalista del texto constitucional, en pos de una correcta tutela a los derechos."*

6.9.- En el caso, en concreto, tenemos un hecho relevante que no puede ser desapercibido al menos por este Juzgador, siendo que, desde, **el 20 de octubre del 2015**, fecha en que se emite un memorando No. IESS-DPGSAFRAC-2015-19464-M, suscrito por Abogada, Lucía Alexandra Vinueza Benites, Jefe de la Unidad de Afiliación y Cobertura DPG-IESS (E), y dirigido para Ing. Bernardina Yuliet Erazo Valverde, Directora Provincial del IESS Guayas, Encargada, cuyo contenido ya fue descrito en líneas precedentes, el accionante, hasta la presente fecha, no ha tenido ninguna respuesta, sobre el reclamo (administrativo) planteado por el "retiro fraudulento" de los fondos de cesantía (determinados en la cantidad de US\$ 16,002.53), por parte de alguna autoridad del IESS. Es decir, han trascurrido, aproximadamente, hasta la presente fecha, más de siete años, sin que las autoridades del IESS, le hayan dado una respuesta (motivada) respecto de la devolución de los fondos de cesantía que le corresponden al accionante.

6.10.- Cuyo hecho, deriva en una vulneración evidente al derecho reconocido en el artículo 66 numeral 23 de la Constitución de la República del Ecuador, esto es:

*"Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención **o respuestas motivadas**. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo."*

6.11.- Este derecho es conocido como el **"derecho de petición"**. La Corte Constitucional, en sentencia No. 018-09-SEP-CC, ha desarrollado el contenido de este derecho, de la siguiente manera: "Derecho de petición: El contenido esencial de este derecho comprende: a) El ejercicio de la acción de pedir; b) La accesibilidad sin trabas, quedando desnaturalizado si se exigen fianzas, depósitos o requisitos formales más allá de los mínimos, como nombre, domicilio, petición firmada; e) que se presente ante el órgano competente; d) que sea considerado por parte de la autoridad, es decir, que se evalúe; y, d) que se conteste (con la motivación necesaria)."

6.12.- Para ello, en primer lugar, debemos entender que de acuerdo a lo determinado en el artículo 369 de la Constitución de la República del Ecuador, contempla el seguro universal obligatorio. Este mismo texto, establece que el seguro universal obligatorio cubre las contingencias como es la cesantía. Por otro lado, tenemos que de acuerdo a lo establecido en el artículo 370 *Ibidem*, determina que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), es la entidad autónoma regulada por ley, responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados. Principalmente, tenemos como ley que regula el seguro universal, es la Ley de Seguridad Social, que en resumidas cuentas, también prevé a la entidad accionada IESS, como la entidad u órgano competente que deba prestar este servicio; y por lo tanto, la entidad competente que tenía

la obligación de atenderle el reclamo del accionante.

6.13.- Pese a que, quedó, plenamente, establecido que el "retiro fraudulento" de los fondos de cesantía fue un hecho aislado, ante lo cual, no es atribuible tanto a la entidad accionada así como al accionado; pero esto, no obsta, ni mucho menos exime de la responsabilidad en que la entidad accionada (IESS), quienes en uso de sus facultades administrativas que tiene como custodio de dichos valores, tenía de darle una respuesta motivada referente a la anhelada devolución de dicho valores, y jamás lo hizo. Cuando del mismo contenido del memorando, en mención, se indica la posibilidad de que estos valores están asegurados, pero jamás existió una respuesta en tal sentido. Existiendo una desidia en no dar una respuesta, en concreto, respecto de la situación en que se encuentra inmersa el accionante.

6.12.- Por otro lado, tenemos, que la entidad accionada ha rebasado los límites de un plazo razonable para dar una respuesta al accionante respecto de su anhelada devolución del valor descrito de los fondos de cesantía, que, como afiliado a la seguridad social, le correspondían.

Entendido el plazo razonable descrito por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30. "El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales."

6.13.- En el caso en particular, tenemos que a prima facie, podemos determinar que no es un caso complejo, porque, simplemente, ameritaba un pronunciamiento (motivado) por parte de la entidad accionada referente a la devolución de los valores sustraídos al accionante ("fondos de cesantía"); y, a la vez, realizar todas las gestiones administrativas, tendientes a la ejecución de la póliza de seguro, ya que estos valores, al decir, del contenido del referido memorando se encuentran asegurados. Entonces, resulta inaudito de que, no exista una respuesta, al respecto, desde hace más de siete años, pese a que el accionante agotó la vía penal (ordinaria), y, efectúo, las constantes insistencias para que atiendan su reclamo, conllevándolo, inclusive, a plantear la presente acción de protección de sus derechos.

6.14.- En consecuencia, este Juzgador, arriba a la conclusión de que se ha vulnerado el derecho de petición; trayendo como consecuencia, la vulneración al derecho de seguridad social, específicamente, al fondo de cesantía que tiene derecho a percibir el accionante en los términos señalados en el artículo 372 de la Constitución de la República del Ecuador:

"Los fondos y reservas del seguro universal obligatorio serán propios y distintos de los del fisco, y servirán para cumplir de forma adecuada los fines de su creación y sus funciones. Ninguna institución del Estado podrá intervenir o disponer de sus fondos y reservas, ni menoscabar su patrimonio."

6.15.- Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. - Sobre este último requisito que debe ser analizado por este juzgador para determinar la procedencia de la presente acción de protección, se considera lo siguiente:

La Corte Constitucional del Ecuador en sentencia No.1754-13-EP/19, estableció: Sobre el agotamiento de recursos previo a la Acción de Protección señaló *"constituye una acción directa e independiente, que bajo ningún concepto puede ser residual y exigir el agotamiento de otras vías o recursos para poder ser ejercida..."* Así mismo señala: *"Esto no quiere decir necesariamente que dichas vulneraciones efectivamente existan en todos los casos puestos en conocimiento..."*.

Sobre los mismos hechos, probados y relevantes, para el caso concreto, en el que, el accionante,

siguió su trámite en el Juzgado de la Unidad Interinstitucional Judicial Temporal de Garantías Penales de los Ríos, con el número 7821-2013, donde cuya decisión final fue la siguiente:

"[...] Se estableció que el denunciante XAVIER GONZALO NAVARRETE CASTILLO nunca tramitó ni aperturó una cuenta de ahorros en el Banco Nacional de Fomento en la ciudad de Babahoyo, ni tampoco solicitó una clave en el IESS, es decir se suplantó su identidad y se falsificó sus documentos para abrir una cuenta bancaria y solicitar una nueva clave y así poder retirar sus fondos del seguro de cesantía en el IESS y, por otro lado tampoco se ha podido determinar que los funcionarios del IESS – Babahoyo tengan participación en el ilícito investigado y por la investigación que se siguió conforme lo determina el señor Fiscal y al no existir indicios claros, precisos y concordantes que hagan presumir la existencia material de la infracción, ni el nexo causal de responsabilidad, como lo determina el Art. 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal, para que la fiscalía haga imputación alguna, por lo que ACEPTA el Requerimiento de DESESTIMACIÓN, debidamente motivado hecho por el señor Fiscal Ab. Iyo Cruz Piza, ordenándose el ARCHIVO DEFINITIVO del Expediente."

Con lo que se arriba a la conclusión, que este hecho aislado, ya tuvo su conocimiento y resolución en la vía penal ordinaria. Ahora bien, reiterando una vez más, que no es atribuible ni al accionante ni a la entidad accionada. El accionante, no tiene otra vía legal para que pueda resarcir el daño causado por el retiro fraudulento de sus "fondos de cesantía" sino, que es la presente vía constitucional, en los términos antes señalados, por haberse vulnerado los derechos constitucionales de petición y de seguridad social, al no tener respuesta por parte de la entidad accionada sobre el reclamo que ha planteado el accionante. Ergo, es la entidad accionada que debe realizar todas las gestiones necesarias, en uso de sus facultades administrativas, para que pueda el accionante, en definitiva, obtener la devolución de sus "fondos de cesantía".

SÉPTIMO. - DECISIÓN:

Por la motivación expuesta, luego de haber garantizado un proceso justo acorde a las normas del debido proceso y los principios de publicidad, contradicción oralidad, intermediación, concentración y defensa, acatando las garantías básicas establecidas en los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República, Abogado, Ronald Leonardo Cevallos Bravo, Mgs., Juez de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Guayaquil de la Provincia del Guayas, "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA." RESUELVE

7.1.- ACEPTAR LA ACCIÓN DE PROTECCION, planteado por XAVIER GONZALO NAVARRETE CASTILLO, contra el INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL (IESS), por intermedio de sus representantes legales; y, de la PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO.

7.2.- Declarar la vulneración de los derechos constitucionales previstos en los artículos 66 numeral 23, 369 y 372 de la Constitución de la República del Ecuador, que reconocen los derechos de petición y a la seguridad social.

7.3.- Como medida de reparación a favor de la accionante XAVIER GONZALO NAVARRETE CASTILLO, se ordena:

7.3.1.- Que, el INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL (IESS) por intermedio de sus representantes legales, en un plazo no mayor de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, en uso de sus facultades legales, procedan a efectuar todos los trámites inherentes ante la aseguradora QBE Seguros Colonial S.A., o cualquier otra aseguradora, en que se tenga contratado y asegurado, los fondos de cesantía que le corresponde al accionante XAVIER GONZALO NAVARRETE CASTILLO. Indicándose que ya se agotó la vía penal ordinaria, en mérito de la resolución tomada por el Juez, abogado, Jorge Córdova Rocafuerte, Juez Temporal de Garantías Penales y Depuración de causas de Los Ríos, de fecha 2 de diciembre del 2013, a las 15h40; por lo tanto, no se tiene ninguna otra vía legal como para que se pueda resarcir los daños causados por el "retiro fraudulento" de los fondos de cesantía que le corresponde al accionante XAVIER GONZALO

NAVARRETE CASTILLO.

7.3.2.- La presente sentencia implica un documento habilitante para que la aseguradora la tome en consideración, con las demás formalidades que se requiera, al momento de determinar la cobertura por el perjuicio causado al asegurado XAVIER GONZALO NAVARRETE CASTILLO.

7.3.3.- Que, el INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL (IESS) por intermedio de sus representantes legales, deberá informar al suscribiente Juzgador sobre el cumplimiento estricto de la presente sentencia, una vez concluido el plazo antes señalado.

7.4.- Como garantía de no repetición se dispone que el INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, por intermedio de sus representantes legales, en el término de tres días, proceda a brindarle las disculpas públicas por sus derechos vulnerados al accionante XAVIER GONZALO NAVARRETE CASTILLO; y deberá también, ser publicada la presente sentencia en el portal web de la institución.

7.5.- Notifíquese esta Sentencia en los correos electrónicos que han señalados las partes dentro de esta causa. -

7.6.- Que, por secretaría, una vez ejecutoriada la presente sentencia, procédase de conformidad al artículo 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. - Intervenga la Abogada, Mariella Moreno Falconí como secretaria del despacho. - Notifíquese y Cúmplase. -

f: CEVALLOS BRAVO RONALD LEONARDO, JUEZ

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

MORENO FALCONI MARIELLA MANUELA
SECRETARIO

Link para descarga de documentos.

[Descarga documentos](#)

La información contenida en este mensaje es confidencial y reservada, prevista solamente para el uso de la persona o la entidad a quienes se dirija y no puede ser usada, reproducida o divulgada por otras personas.

Si usted no es el destinatario de este mail, le rogamos se sirva eliminarlo.

***** UTILIDAD SOLO PARA INFORMACIÓN *****