9557

FUNCIÓN JUDICIAL

135160588-NP

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

Juicio No: 17981201902627, PRIMERA INSTANCIA, número de ingreso 1

Casillero Judicial No: 5676
Casillero Judicial Electrónico No: 0
rjasolorzano@dpe.gob.ec
sigifredo.granda1958@hotmail.com

DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA PICHINCHA
UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA QUITUMBE - QUITO
SECRETARIA

Fecha: 15 de julio de 2019
A: GRANDA ARCINIEGA SIGIFREDO
Dr/Ab.:

UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN LA PARROQUIA QUITUMBE DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA

En el Juicio No. 17981201902627, hay lo siguiente:

Quito, lunes 15 de julio del 2019, las 15h34, [REF.- 17981-2019-02627] VISTOS.- Agréguese al proceso el escrito y anexos presentado por la Procuraduría General del Estado, téngase por legitimada su intervención en la audiencia pública.- Dando cumplimiento con el presupuesto señalado en el literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República y en relación a lo que dispone el artículo 17 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dentro de este proceso constitucional en el cual se ha dado cumplimiento con la tramitación propia a la naturaleza de este tipo de acción, por lo que una vez finalizada la audiencia respectiva se ha dictado la resolución de manera verbal, por lo que siendo el estado el de hacerlo por escrito y motivadamente, se realizan las siguientes consideraciones:

I
IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES

El legitimado activo es el ciudadano señor GRANDA ARCINIEGA SIGIFREDO mediante el patrocinio de la DEFENSORÍA DEL PUEBLO.- Los legitimados pasivos son el Fondo Complementario Previsional Cerrado "FCPC" de Jubilación y Cesantía BANECUADOR EP, a través de su representante legal Econ. CRISTINA ARACELI RÍOS PALIS o quien cumpla sus funciones en la actualidad.

II

DERECHOS CONSTITUCIONALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Cabe mencionar que en líbelo de la demanda el legitimado pasivo manifiesta que los derechos constitucionales presuntamente violentados son: el derecho a la atención prioritaria de las personas con discapacidad (Art. 35 de la Constitución de la República) y el derecho a la seguridad social y jubilación (Art. 34 y 367 de la Constitución de la República)

III

ANTECEDENTES

La Defensoría del Pueblo, en su calidad de Institución Nacional de Derechos Humanos, conoció sobre la petición realizada por el accionante el día 20 de noviembre de 2018. Desde entonces a través de una investigación defensorial, se obtuvieron los siguientes recaudos: El señor Granda es una persona con discapacidad del 70% según el carné del CONADIS emitido el 23 de diciembre del 2015 y recalificado el 21 de noviembre de 2018. Con 75% de discapacidad además tiene 61 años, por lo que próximamente será una persona adulta mayor, constituyéndose para ese entonces en una persona con doble vulnerabilidad. El señor Granda inició sus actividades laborales en el Banco Nacional de Fomento el 07 de mayo de 1986 e hizo su primera aportación al Fondo en el mismo mes y año de su ingreso. En noviembre de 2009, al señor Granda se le informó sobre la supresión de su partida y consecuentemente su desvinculación del Banco Nacional de Fomento, hoy Banecuador. Para ese entonces el accionante había aportado 283 aportaciones, faltándole 17 para completar los 25 años o 300 aportaciones y poder ser beneficiario de la jubilación complementaria. Frente a esta situación, mediante oficio s/n de fecha 11 de diciembre de 2009, el señor accionante solicitó al Fondo que le acepte continuar aportando para lograr una posible jubilación en la Institución. Ante dicha solicitud, mediante Oficio No. FCPC-BNF-988, de fecha 22 de diciembre de 2009, el Fondo acepta la petición del señor Granda y le manifiesta textualmente:

(...) usted trabajó en el Banco Nacional de Fomento, desde el mes de mayo de 1986, hasta el mes de noviembre de 2009, por lo tanto usted actualmente acredita 281 aportaciones efectivas al Fondo de Jubilación. (...) Por lo expuesto usted debe realizar 19 aportaciones extraordinario al Fondo de jubilación correspondiente al mes de diciembre del año 2009, enero a diciembre del año 2010; y de enero a junio del año 2011. Los aportes se realizarán en base al último sueldo imponible; es decir cada aportación se realizará por el monto de USD50,00 (...). (Se aclara que la información proporcionada ene se tiempo por el Fondo es incorrecta, pues entre abril de 1986 y noviembre del 2009, se contabilizan 283 aportaciones, por lo que le hacía falta solo 17 aportaciones).

Este hecho, señor/a Juez Constitucional, revela un grave error realizado por el Fondo, pues al ser un fondo de carácter cerrado, no podía haber aceptado receptar las aportaciones de una persona que había perdido ya la calidad de servidor del entonces Banco Nacional de Fomento (ver la resolución de oficio No. DNAE-SAU-2014-06422 Quito D.M. 22 de octubre de 2014). Al hacerlo no solo inobservó la naturaleza del propio Fondo, sino que además generó un derecho, pues al permitirle al señor Granda continuar aportando por 17 meses más, aceptó que al alcanzar las 300 aportaciones el señor Granda

sería beneficiario de la jubilación complementaria, tal como se lee del oficio de fecha 22 de diciembre de 2009 ya referido. Consecuentemente, conforme se puede observar de los depósitos adjuntados, el señor Granda continuó aportando hasta el mes de abril del año 2011, cuando completó las 300 aportaciones necesarias para ser beneficiario de la jubilación complementaria. No obstante, de manera contraria a lo ya aceptado por el Fondo, mediante Oficio No. FCPC- BNF-103, de fecha 25 de abril de 2011, el Fondo informó a 52 personas, entre ellas el señor Granda, que se procederá a la devolución inmediata de los aportes personales, aportes personales y rendimientos financieros de los partícipes. De tal suerte que el 27 de abril de 2011 se acreditó en la cuenta del señor Granda la cantidad de tres mil seiscientos cuatro dólares con setenta y un centavos (USD 3.604,71). El señor Granda, en desacuerdo no solo por el valor de la liquidación, sino por hecho de que se liquidara su cuenta después de que el Fondo aceptara que continuara aportando por 17 meses para beneficiarse de la jubilación complementaria, acudió a la Superintendencia de Bancos y Seguros donde reclamó a través de la vía administrativa desde el 2012 hasta el 2014, cuando mediante Oficio No. DNAE-SAU-2014-006421, de fecha 22 de octubre del 2014, la Dra. Miriam Muñoz Solano, Subdirectora de atención al usuario de la Superintendencia de Bancos y Seguros resuelve al favor del señor Granda, disponiendo un ajuste de la liquidación previamente realizada. El reajuste consistió en la devolución del aporte voluntario realizado desde diciembre del 2009 hasta abril del 2011 y la devolución de los rendimientos financieros no considerados del aporte personal efectuado desde mayo de 1986 hasta noviembre del 2009. Esta diferencia fue calculada en la suma de dos mil seiscientos ocho dólares con sesenta y cuatro centavos (USD 2.608,64). Pese a que esta decisión fue parcialmente favorable al señor Granda, nada dijo la Superintendencia de Bancos y Seguros en relación al derecho adquirido del señor Granda que fue otorgado en el 2009 cuando el Fondo le permitió seguir aportado hasta completar los 25 años de aportación. Posteriormente, el 20 de noviembre del 2014, el Fondo acreditó al señor Granda la cantidad de tres mil ciento treinta y nueve dólares con treinta centavos (USD 3.139,30), supuesto cumplimento de lo resulto y ordenado por la Superintendencia de Bancos y Seguros. Debido a la desproporcional diferencia entre la liquidación del señor Granda y la de sus compañeros, quienes con similares aportaciones y tiempo de aportación alcanzaron liquidaciones hasta cuatro veces más de monto liquidado a su persona, en señor Granda continuo reclamando, sus derechos por los siguientes años. Lamentablemente esto ha incidido negativamente en su salud, pues en su condición de persona con discapacidad muy grave estar expuesto a condiciones de estrés ha deteriorado notablemente su salud, conforme lo demuestro en los exámenes médicos que adjunto.

IV
RELACIÓN DE HECHOS PROBADOS-PRUEBAS RELEVANTES QUE OBRAN DEL EXPEDIENTE

Copia del carné del CONADIS que prueba la discapacidad psicosocial del señor Granda (grado: muy grave, Porcentaje: 75%) El original será exhibido durante la audiencia pública.

Originales de los depósitos que prueban las 17 aportaciones del señor Granda, desde diciembre del 2009 hasta abril del 2011.

Solicito se emita atento oficio a la accionada, a fin de que proporcione copia certificada del oficio s/n de fecha 11 de diciembre de 2009, remitido por el señor Granda, con el que se prueba que el señor

Granda solicitó continuar aportando al fondo, después de que se suprimió su partida.
Solcito se emita atento oficio a la accionada, a fin de que proporcione copia certificada del Oficio No. FCPC-BNF-988, de fecha 22 de diciembre del 2009, con el que se prueba que la accionada permitió al señor Granda continuar aportando y le especificó que tendría que hacerlo hasta completar las 300 aportaciones.
Oficio No. DNAE-SAU-2014-06421, de fecha 22 de octubre de 2014, la Dra. Miriam Muñoz Solano, Subdirectora de Atención al Usuario de la Superintendencia de Bancos y Seguros resuelve a favor del señor Granda disponiendo un reajuste de la liquidación previamente realizada.
Contestación remitida por la accionada a la Defensoría del Pueblo con fecha 04 de diciembre 2008
Resolución Defensorial No. 05-DPE-CGDZ9-2019-MBCK, de fecha 20 de febrero de 2019
Resolución de Reconsideración No. 010-ADHN-DPE-2019
Oficio s/n de fecha 11 de septiembre de 2015, suscrito por DR. Jack Eduardo Veloz y dirigido al Asambleísta Ricardo Zambrano, donde se ofrece una nueva reliquidación

V
CONSIDERACIONES

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La suscrita Juez Constitucional (Sentencia No.1 001-10-PJO.CC, Pág. 8), es competente para conocer y resolver la presente acción jurisdiccional de acción de protección, conforme los artículos 86 y 88 de la Constitución de la República, en relación con el artículo 7, 8 y 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

VALIDEZ DEL PROCESO

En la sustanciación del proceso constitucional se ha observado y respetado las garantías básicas al debido proceso consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República, así como también se ha dado irrestricto cumplimiento a las normas comunes determinadas en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se ha cumplido con las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, en relación con el principio de formalidad condicionada previsto en el Art. 4 (numeral 7) de la misma Ley; y, se ha dado a la causa el trámite establecido en el Art. 86 (numeral 3) de la Constitución de la República y en el Art. 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por tanto, se declara válido el presente proceso constitucional.

VI
RELACIÓN DE LOS HECHOS PROPUESTOS POR LOS SUJETOS PROCESALES

Realizada la Audiencia Pública, las partes se pronunciaron conforme se encuentra la constancia en audio (fs. 91 y 98), quienes de manera sucinta manifestaron:

Síntesis de los fundamentos de hecho del legitimado activo

La Defensoría del Pueblo se ratifica en los fundamentos de su demanda, relata los hechos conforme lo hace en su libelo y que han sido expresados en líneas anteriores, además manifiesta que los fondos complementarios son cerrados, lo que implica que una persona que ya no labora en una institución pública no puede seguir aportando al fondo, sin embargo el señor Granda con oficio de fecha 11 de diciembre del 2009 le solicita al fondo continuar aportando y el fondo le contesta afirmativamente y le permite seguir aportando sin ser una persona que trabaja en esta institución es decir se desnaturalizo la figura del fondo cerrado los aportes se realizarán por el monto de USD50 y más grave aún le genera una expectativa porque en el propósito le dice que le faltan determinadas aportaciones para realizar las trescientas imposiciones a los 25 años. Es decir, no sólo le permitió aportar al fondo sino que también le generó la expectativa de llegar a ese derecho y lo que se constituyó en un derecho adquirido por el ciudadano. El fondo se somete a una auditoría y aparentemente esta empresa consultora le dice que hicieron mal las cosas, 52 personas desvinculadas en el 2009 seguían aportando en el fondo. Resuelve mediante asamblea simplemente liquidar las cuentas. La defensoría del pueblo remitió el expediente de investigación a la fiscalía a fin de que se investigué sobre la administración de ese entonces del fondo. En el 2011 una consultoría le dice al fondo que hicieron malas cosas y le recomienda que liquiden las cuentas, el señor Granda es una de esas 52 personas, el señor Granda ha tenido que verse involucrado en numerosos escenarios litigiosos en sede administrativa especialmente, puesto que, ya tuvo conocimiento de esto la Superintendencia de Bancos y Seguros que ordenó en el 2014 un reajuste de la liquidación. En la resolución, si bien la superintendencia se refiere la liquidación de sus valores jamás dice nada sobre el tema del derecho a la jubilación complementaria que tiene el señor Granda y los beneficios que le corresponde, en este sentido el fondo cuando se dio cuenta del error que cometió en el 2011. Había creído que con liquidar las cuentas bastaba y no les importó los derechos de personas que el día de hoy como el señor Granda están a punto de ser adultos mayores y que en el caso especial tiene una discapacidad de 75%. La Defensoría del Pueblo, manifiesta que el derecho vulnerado es el principio de atención prioritaria ya que, si se considera que en estos 8 años ha desmejorado las condiciones de salud. Los fondos complementarios tienen su razón de ser, tan así que están contemplados en la ley de seguridad social, y adicionalmente evidentemente los fondos son creados para que exista una jubilación complementaria. En cuanto a las 299 aportaciones debo decir que no existe duda sobre el error cometido en el 2009, el fondo lamentablemente tiene una mala administración.

Síntesis de la contestación a la demanda de la entidad accionada "Fondo Complementario Previsional Cerrado "FCPC" de Jubilación y Cesantía BANECUADOR EP"

Interviene el Dr. Patricio Vicente Villarruel Ramírez quien manifiesta: En la supuesta actuación lesiva como manifiesta la demanda planteada por la Defensoría del Pueblo. Debo manifestar, que el estatuto del fondo del año 2009 establece que la administradora de fondos tiene como objeto principal mejorar la cuantía y la condiciones de las prestaciones correspondientes al seguro social obligatorio tales como vejez muerte invalidez a través del ahorro voluntario de sus afiliados. Por lo que, los réditos que se obtiene de la administración de dichos fondos se determinará para el cumplimiento de los fines

jubilación complementaria que otorga el IESS, a través de los trabajadores del Banco Nacional de fomento que cesen en sus funciones y que tengan la condición de participes. Esta liquidación se da en base y en función a un oficio emitido por el Señor ingeniero Sigifredo Granda Arciniegas con fecha 11 de diciembre del 2009, que solicita, que pese a haber sido separado del Banco Nacional de fomento con fecha 5 de noviembre del 2009 se le permita seguir aportando al fondo para obtener una posible jubilación, considerando que el fondo no es un fondo que jubila. Debo informar también que el tiempo de trabajo del señor Sigifredo es de 23 años 7 meses siendo el mismo tiempo que aportó al fondo de jubilación. El Banco Nacional de fomento en cuya liquidación se establece que se ha entregado un total de ingresos de USD 41038.36, ese documento se refiere a una devolución del 70% del aporte de jubilación por el valor de USD 892.50 en esta documentación claramente se puede evidenciar que hay un valor de la totalidad que se le entregó al Señor por su liquidación, en dónde está incluida una devolución del 70% del aporte referente a la jubilación el fondo con fecha 22 de diciembre del año 2009, le dice al Señor Sigifredo Granda empleado del Banco Nacional de fomento usted trabajó para el Banco Nacional de fomento desde mayo de 1986 hasta noviembre del 2009 por lo tanto usted actualmente acredita 281 aportaciones efectivas al fondo de jubilación por lo expuesto usted deberá realizar 19 aportes extraordinarios al fondo de jubilación correspondientes al mes de diciembre del año 2009 enero a diciembre del año 2010 y de enero a junio del año 2011 los aportes se realizarán en base al último sueldo imponible es decir cada aportación se realizará por un monto de USD50 es necesario informarle que el aporte correspondiente al mes de diciembre del 2009 deberá ser acreditado hasta el próximo día miércoles 30 de diciembre del año en curso. Es decir, esa devolución bien se tiene que reintegrar hasta el día miércoles 30 de diciembre del año en curso en la cantidad de USD893.12 correspondiente al 70% de aportes personales que fueron liquidación de haberes. El señor con fecha 28 de diciembre del 2019, procede a realizar la devolución del 70% de los aportes personales de lo cual se encuentra contabilizado en el fondo 283 depósitos y comprobantes y el 28 de diciembre empieza a ser la primera aportación de las extras que requería el fondo, sumados todos los aportes extras suma un total de 299 aportes es decir no cumplió con lo que dice la Norma no cumplió con 300 aportaciones continuas le faltó una la del mes de enero del año 2011. El estudio realizado por una empresa privada, dice que a finales del año 2008 cuando los decretos ejecutivos emitidos suspendieron la posibilidad de los fondos previsionales de las instituciones del estado, el fondo Cerrado del BNF se vio en la necesidad de reformar su esquema de requisitos prestaciones y aportes de manera que se pueda suplir la falencia de este ingreso, una de las variantes más importantes que se aplicó fue la creación de un nuevo período de carencia de 2 años para evitar que existan incrementos y obligaciones. La superintendencia de bancos y seguros ha determinado que no existe la posibilidad de que existan participes voluntarios, es el caso del señor Granda ya que no se presenta la figura de relación de dependencia que se considera como factor fundamental para pertenecer a este tipo de entidades. Al momento de proporcionar esta información, el representante legal del fondo de ese entonces, mediante oficio indica que ha dado cumplimiento a la disposición emanada por la superintendencia de bancos de la devolución de sus aportes y que sin embargo al considerar los aportes voluntarios de extras que se le facilitó al administrador de ese entonces considera de que hay que hacer una devolución, ordena pagar una cantidad de USD3139.30, para el efecto el fondo procede a hacer la devolución de sus valores.

Síntesis de la intervención de la "Procuraduría General de Estado"

Se desprende claramente que esta acción no tiene trascendencia constitucional, y para presentarse esta acción de protección debe tener algunos requisitos, entre ellas la existencia real vulneración a los derecho constitucionales, que haya la negación de una autoridad no judicial, y que no haya la existencia de un mecanismo eficaz para solventar esos derechos. De la simple lectura de la demanda se puede evidencia que no existe derecho constitucional que se haya vulnerado. Hasta el momento de parte del legitimado activo no se ha escuchado ni se ha demostrado, ni se ha presentado una sola prueba relacionada a la vulneración de derechos constitucionales alegados, no se ha demostrado como la entidad accionada haya vulnerado el derecho a la atención prioritaria de una persona con discapacidad ni se ha demostrado cómo la entidad accionada ha vulnerado el derecho a la seguridad social del accionante. No se ha demostrado tampoco cual es el acto discriminatorio que la entidad accionada en este sentido ha violado este derecho a la protección social sin discriminación. Se dice que el derecho a la seguridad social es parte de los derechos del buen vivir, y como ya se dijo hace un momento la entidad accionada tiene el deber y la obligación de jubilar a los aportantes del fondo ya que la jubilación le corresponde al IESS. Finalmente en la demanda también se señala respecto que la acción planteada cumple con los requisitos del Art. 40 de la LOGJJCC, de esto se desprende que tampoco y como lo exige el literal dos del cuerpo legal antes mencionado ni como lo prescribe el numeral 4 del Art. 41 se ha establecido de manera clara y precisa cual es el acto u omisión con los que se ha vulnerado los derechos constitucionales del accionante por parte del accionado. Por lo dicho y en virtud de lo expuesto solicito que la presente demanda sea rechazada por improcedente.

VII

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Acorde a lo que dispone el artículo 11 numeral 8 de la Constitución de la República que dice: "…El contenido de los derechos se desarrolla de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia ….", en relación a lo que dispone el artículo 2 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías y Control Constitucional que dispone: "...los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante….", por tanto, para reforzar los argumentos que se realizarán en el presente fallo que procederá a citar los parámetros interpretativos sobre la naturaleza de la acción de protección, así como los derechos constitucionales que se analizará en la presente sentencia.

El artículo 19 inciso 2 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone: "…en los proceso que versen sobre garantías constitucionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo…", en tal virtud, la suscrita de verificar vulneración de derechos que no haya expresamente invocado por las partes se pronunciará al respecto sin que puedan acusar la decisión de incongruente.

Por su parte, el artículo 88 de la Constitución de la República 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.
El inciso primero del Art. 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala que:

Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.

El Art. 39 de ibídem dice que:

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.

En este sentido, el artículo 40 de la prenombrada ley determina los requisitos de procedencia de la acción de protección y son los siguientes:

Violación de un derecho constitucional: "... esto es que la autoridad pública o persona particular haya menoscabado, vulnerado o causado daño a un derecho de una o varias personas. Que los efectos de esta acción u omisión de autoridad pública o persona particular produjeren un detrimento en el goce de un derecho constitucional. Si no puede verificarse la existencia de un daño, producto de la vulneración de un derecho constitucional, la acción de protección no procede."

Acción u omisión de autoridad pública o de un particular. Concordante con lo dispuesto en el artículo 41 de la LOGJCC.

Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. : Respecto de este punto, la Corte Constitucional en sentencia señala: "La inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho vulnerado exige pues la verificación (...) que el derecho que se invoca no cuente con otra vía de tutela en la justicia constitucional; es decir, que no esté amparado por una vía procesal constitucional especial que se pueda considerar más idónea. Lo cual quiere decir que el juez o jueza constitucional debe analizar si la vulneración del derecho constitucional que se invoca es objeto de protección en otras garantías jurisdiccionales (...) Pues si en efecto, el derecho invocado cuenta con una vía especial en la justicia constitucional, esa debe ser considerada la vía idónea y eficaz para amparar el derecho vulnerado. (...)

La verificación de lo anterior permite calificar a la acción de protección como la vía adecuada y eficaz para amparar el derecho vulnerado, pues las garantías jurisdiccionales en general y la acción de protección en particular, tanto por el fin que persiguen cuanto por la materia que tratan (dimensión constitucional de un derecho fundamental), constituyen instrumentos procesales diseñados para garantizar la supremacía de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; por ende, son las vías jurisdiccionales idóneas para resolver sobre el daño causado como consecuencia de la vulneración de un derecho constitucional. Así, siempre que se esté frente a una violación 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 vulneración 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, la vía constitucionalmente válida es la acción de protección.

Es así que el requerimiento de la "inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado" no va orientado a impedir la activación de la justicia constitucional, sino que precautela que esta sea invocada cuando la materia que la motiva requiera verdaderamente de un pronunciamiento de esta índole y no ordinario; cuando el ámbito constitucional del derecho de las personas sea vulnerado. (...)En tal virtud, cuando de por medio existan vulneraciones a derechos constitucionales de las personas la vía adecuada y eficaz para la protección de ese derecho será la acción de protección. Mientras que cuando el asunto controvertido se refiera a cuestiones que aun cuando tengan como base un derecho constitucional, puedan efectivamente tramitarse en la justicia ordinaria, por referirse a la dimensión legal del derecho y contar con vías procesales creadas precisamente para ventilar esa clase de asuntos, verbigracia los derechos patrimoniales, pueden ser reclamados mediante la vía civil o laboral, supuesto para el cual, es la vía ordinaria la que se debe activar y no la constitucional."

En tal sentido, la Corte Constitucional referente a la acción de protección ha establecido lo siguiente:
[...] se determina entonces que la tutela de los derechos a través de esta garantía jurisdiccional es directa y eficaz, por lo que en razón de esto, debe considerarse que su carácter no es subsidiario, siempre y cuando se verifique la violación de derechos constitucionales, pues en este caso, el juez está obligado a declararla, por lo que se torna el medio más eficaz para la reclamación planteada. El carácter autónomo de la acción de protección se deriva la concepción inmersa en el texto constitucional, en la medida en que es la garantía jurisdiccional diseñada para la efectiva tutela de los derechos constitucionales [...]. (Énfasis es de mi autoría)

Bajo esa misma línea de pensamiento, la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto a la acción de protección en lo siguiente:
[...] No obstante, es criterio de esta Corte Constitucional que no se puede restringir o limitar el alcance de la acción de protección a la existencia de recursos judiciales y administrativos de defensa, siendo que la condición de su procedencia es la vulneración de derechos constitucionales [...]. (Énfasis de mi autoría)

Sobre la naturaleza, esencia y objeto de la acción de protección, la Corte Constitucional ha dicho que:

[...] la esencia de la acción de protección junto a las demás garantías jurisdiccionales es la de constituirse en el procedimiento adecuado para conocer y verificar la vulneración de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Al respecto, la Corte Constitucional manifestó: '(...) 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'. Dicho de este modo, esta garantía evidencia la irradiación constitucional que a partir del año 2008 en el Ecuador se ha venido forjando, por cuanto la misma, además de tener una amplia activación en el sentido de que cualquier persona la puede presentar cuando considere que sus derechos han sido vulnerados, tiene como objeto el amparo directo y eficaz de los 'derechos reconocidos en la Constitución'. Los derechos constitucionales que la acción de protección tutela son 'todos' los derechos determinados en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que no se encuentran protegidos por otra garantía jurisdiccional, sin dejar de lado los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento, conforme lo determinado en el artículo 11 numeral 7 de la Constitución.

También cabe destacar la jurisprudencia vinculante dictada por la Corte Constitucional, respecto de la naturaleza y alcance de la acción de protección y del rol de los jueces que conocen esta garantía. Así, dicho organismo constitucional, en la sentencia N° 001-16-PJO-CC, emitió la siguiente regla con el carácter erga omnes: "Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido". La Corte Constitucional determinó que es obligación ineludible del juez de garantías jurisdiccionales, al momento de resolver una demanda de acción de protección, realizar un análisis fáctico jurídico de manera razonada y argumentada de la existencia o no de la vulneración de los derechos constitucionales que el legitimado activo esgrime como vulnerados. En tal virtud, corresponde verificar y argumentar si ha existido o no vulneración de los derechos constitucionales alegados por los accionantes, que ameriten ser protegidos.

En suma, la acción de protección es una garantía jurisdiccional que tiene por objeto la protección de derechos constitucionales cuando éstos han sido vulnerados, por actos u omisiones de cualquier autoridad y no judicial, en ese orden de ideas en el presente fallo se procederá exclusivamente a realizar un profundo análisis del caso concreto a fin de poder determinar la existencia o no en la vulneración a derechos constitucionales.

Consecuentemente se debe establecer, si en el presente caso existió o no la violación de derechos alegados por el accionante, cabe mencionar que el Art. 16 de la LOGJYCC, establece una regla general en el sentido de que la persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia, seguidamente establece una excepción relativa a la inversión de la carga de la prueba, la cual se da en los casos señalados en la misma ley. Ello se encuentra en armonía con la amplia jurisprudencia existente al respecto. Así, la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia T-741/04, indicó: "La regla general en materia de pruebas en los procesos de tutela consiste en que quien alega la vulneración de un determinado derecho fundamental debe probar los hechos que sustentan su acusación en la medida en que ello le sea posible; por tal razón, en cierto tipo de casos, en los cuales quien alega la violación de su derecho se encuentra en posición de debilidad o subordinación frente a la persona o autoridad de quien proviene la violación, se ha dado un alcance distinto a dicho deber probatorio, distribuyendo la carga de la prueba en favor de la parte menos fuerte en la relación, de forma tal que ésta únicamente se vea obligada a demostrar con pruebas adicionales a su declaración consistente y de buena fe aquellos hechos que esté en la posibilidad material de probar, correspondiéndole a la otra parte la prueba de las circunstancias que alegue en su favor para desvirtuar lo alegado en su contra. Así ha sucedido, por ejemplo, en múltiples casos relacionados con discriminación en el ámbito laboral". Este criterio es clarificador en cuanto a la carga de la prueba en este tipo de casos, esto es, que le corresponde a la persona quien alega la violación de un derecho demostrar el mismo. En el presente caso, la prueba que se practicó en la audiencia pública fue la presentada por ambas partes, accionante y accionados.

Así las cosas, para resolver de manera motivada la presente acción de protección se hace necesario resolver los siguientes problemas jurídicos:
El Fondo Complementario Previsional Cerrado del Banco Nacional de Fomento, ¿vulneró los derechos constitucionales del derecho a la atención prioritaria de las personas con discapacidad del accionante?
En lo que respecta a este problema jurídico, es preciso analizar la disposición constitucional aludida. En lo que atañe al derecho a la atención prioritaria de las personas con discapacidad que según el accionante ha sido vulnerado, al respecto, la Constitución de la República en su artículo 35, considera a las personas con discapacidad dentro del grupo de personas de atención prioritaria:

Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

Por su parte el artículo 47 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce como derecho de las personas con discapacidad, entre otros:

Art. 47.- El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con

discapacidad y su integración social.
Se reconoce a las personas con discapacidad, los derechos a: (...)

En cuanto a la definición del término discapacidad, la Observación General N° 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad adoptada durante el 11° período de sesiones 1994 señaló lo siguiente:
Con la palabra "discapacidad" se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones (...). La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio.
Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia de 29 de febrero de 2016, dentro del caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala, señalo que la CIADDIS20 define el término discapacidad como:
[u]na deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social". Por su parte, la CDPD establece que las personas con discapacidad "incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

En otro orden de ideas, en la referida sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos de las personas con discapacidad y su ejercicio establece que:
208. En cumplimiento de los deberes de protección especiales del Estado respecto de toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad, es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones normativas o de facto sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras.

Ahora bien, referente a la vulneración del derecho a la atención prioritaria de las personas con discapacidad, el legitimado activo manifiesta que fue calificado por el CONADIS como una persona con discapacidad psicosocial y auditiva en un porcentaje del 75%, y que fue el Fondo en el 2009 el que le permitió continuar aportando. Por lo tanto, el accionante no solo se hizo titular de un derecho adquirido, sino que realizo esfuerzos para poder ejercerlo en las misma condiciones que lo ejercieron los demás, de ahí que aportó 17 meses más a pesar de que ya no mantenía relación de dependencia en el Banco Nacional de Fomento. De la documentación presentado por el accionante a fojas 70 consta copia simple del carné de persona con discapacidad del señor Granda Arciniega Sigifredo, en el cual se establece que tiene una discapacidad psicosocial con un porcentaje del 70% grave con fecha de emisión del 23 de diciembre de 2015, es decir, este documento fue emitido seis años posterior a la

supresión del puesto (noviembre de 2009), y cuatro años posteriores a las aportaciones voluntarias que fueron hasta el mes de abril del año 2011. Es decir, su discapacidad es posterior a los hechos planteados, no obstante de ésta circunstancia en el supuesto no consentido de que la discapacidad que alega el accionante hubiese sido adquirida por el desarrollo de su actividad laboral, esta se debería aplicar respecto de su empleador mas no del Fondo Complementario Previsional Cerrado del Banco Nacional de Fomento, y se debería atender conforme claramente establece la Ley de Seguridad Social en su art. 3 en concordancia con el Reglamento General a La Ley Orgánica del Servicio Público, que establece:

Art. 234.- Enfermedades profesionales.- Se definen como tales aquellas afecciones agudas o crónicas que tengan probada relación de causa efecto entre el trabajo desempeñado y la afección resultante o por causa de este, en la o el servidor que podrían producirle incapacidad o muerte, de conformidad con las normas que regulan la seguridad social.

Art. 277.- Del pago.- La indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional que produzca la muerte o incapacidad total o permanente de la o el servidor será por una sola vez de 5 salarios básicos unificados del trabajador privado en general por cada año de servicio en el sector público, contados a partir del quinto año, y hasta un monto máximo de 150 salarios básicos unificados del trabajador privado en total.

Art. 278.- Indemnización por fallecimiento, incapacidad total o permanente.- Para viabilizar el pago de las indemnizaciones previstas por fallecimiento, incapacidad total o permanente de la o el servidor público, el Ministerio de Relaciones Laborales, normara el procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 119 de la LOSEP.

Para justificar dichos hechos se presentara el parte policial, de ser el caso y la partida de defunción, en caso de fallecimiento, y tratándose de una incapacidad total o permanente, se deberá presentar el carnet emitido por el CONADIS, y las correspondientes certificaciones conferidas por un facultativo del IESS, hospitales públicos o validados por facultativos del IESS

En la especie el accionante manifiesta que se le está vulnerando su derecho a la atención prioritaria de las personas con discapacidad, sin saber establecer de manera clara, de qué forma se le ha afectado este derecho, es evidente que el accionante a la fecha de los sucesos relatados en el líbelo de la demanda como en la audiencia pública, no establece de manera clara, concordante y unívoca cual es la afectación a este derecho constitucional. Es menester aclarar, que el accionante afirma que se vulneró el derecho constitucional de atención prioritaria de las personas con discapacidad; para ello, se debe considerar que la acción de protección tiene como objetivo tutelar y reparar un derecho vulnerado o en trasgresión, es decir que para la procedencia de esta garantía, necesariamente debe existir una afectación material o inmaterial consumada. Por lo tanto, no se ha comprobado de ninguna manera que se haya vulnerado este derecho.

El segundo problema jurídico a resolver dentro de la presente acción es:

El Fondo Complementario Previsional Cerrado del Banco Nacional de Fomento, ¿vulneró los derechos constitucionales del derecho a la seguridad social y a la jubilación?

Sobre este derecho que el accionante alega que ha sido vulnerado, hay que tener en cuenta que el

derecho a la jubilación universal se encuentra establecido en el numeral 3 del artículo 37 de la Constitución de la República cuando determina que:

El Estado garantizará a las personas adultas mayores los siguientes derechos (...)3. La jubilación universal "la cual" consiste en la entrega de una pensión en dinero mensual a aquellas personas que hayan alcanzado una determinada edad o se hayan jubilado por otras causas.

Respecto a este derecho, la Corte Constitucional en su sentencia N° 077-13-SEP-CC, caso N°0080-10-EP señaló que: "El derecho a la jubilación universal, se enmarca dentro de la concepción de los sistemas de protección social que encuentran entre uno de sus objetivos, el compensar la ausencia de los ingresos provenientes de la actividad laboral que venía desarrollando el beneficiario de este derecho -siendo este el contexto en el que se concibe el derecho en cuestión". Asimismo, el artículo36 de la Constitución de la República determina que las personas adultas mayores deben recibir atención prioritaria en el ámbito público como en el privado, en particular, en lo que respecta a la inclusión económica y social, por lo que el derecho a la jubilación es un mecanismo para hacer lo efectivo. En el Ecuador existen dos clases de jubilación a la que pueden acceder los trabajadores, las mismas que provienen de fuentes normativas distintas; la primera, es la jubilación universal que le corresponde al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y se encuentra regulada en la Ley de Seguridad Social; y, la segunda es la jubilación patronal, cuya regulación se encuentra establecida en el Código del Trabajo. Así, la jubilación prestada por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y la jubilación prestada por los empleadores, si bien pueden coexistir en favor de un mismo beneficiario, mantienen una marcada diferencia consistente en que la primera es de acceso universal de conformidad con lo establecido en el artículo 34 de la Constitución de la República; mientras que la segunda, es de acceso limitado y opera como un beneficio adicional para aquellas personas que hubieren prestado 25 años o más de servicios para un mismo empleador. El derecho a la jubilación patronal opera tanto en la esfera privada como en la pública. Es en esta última que las instituciones del Estado, a través de sus servidores públicos, deben ejercer únicamente las competencias y atribuciones que les confieran la Constitución y la ley, de ahí que toda autoridad pública tiene la obligación de ajustar su actuar a lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente que regula el ámbito de la función pública a fin de cumplir con la seguridad jurídica.

Bajo esta perspectiva se debe aclarar que el Fondo Complementario Previsional Cerrado del Banco Nacional de Fomento, como su mismo nombre lo indica es CERRADO, es decir que la condición para que continúe siendo parte del mismo es que sus afiliados aun permanezcan en funciones en sus trabajos, ahora de los mismos argumentos del propio accionante se puede establecer que éste inició sus actividades laborales en el Banco Nacional de Fomento el 07 de mayo de 1986 e hizo su primera aportación al Fondo en el mismo mes y año de su ingreso, pero en noviembre de 2009, se suprimió su partida y por ende su efecto fue la desvinculación del Banco Nacional de Fomento, hoy BANECUADOR, y en esa fecha tenía 283 aportaciones, que para llegar a las 300 aportaciones para poder ser beneficiario de la jubilación complementaria, le faltaban 17 para completar los 25 años o 300 aportaciones, ante lo cual el mismo accionante solicitó al Fondo que le acepte continuar aportando, petición que ha sido acogida por el mencionado FONDO, y en esa virtud el accionante ha continuado con sus aportaciones alcanzando 299 aportaciones.

Frente a esta situación cabe dejar sentado que la naturaleza del Fondo Complementario Previsional del Banco Nacional de Fomento, es cerrado es decir que sus aportantes deben aun permanecer bajo relación de dependencia del Banco Nacional de Fomento hoy BANECUADOR, y al habérsele

concedido que siga aportando, bajo ningún concepto se puede aceptar que esto le genera un derecho, pues la normativa que rige a ésta clase de Fondos Previsionales impide esta circunstancia, razón por la cual el mismo Fondo ha enmendado este yerro y ha procedido a devolverle al accionante las pensiones que fueron acreditadas posterior a su desvinculación e incluso dichos valores conforme lo afirma el mismo accionante han sido reajustados por intermedio de la Superintendencia de Bancos y Seguros, quienes ordenaron al Fondo la devolución del aporte voluntario realizado desde diciembre del 2009 hasta abril del 2011 y la devolución de los rendimientos financieros no considerados del aporte personal efectuado desde mayo de 1986 hasta noviembre del 2009, en este sentido no se observa que haya existido una vulneración al derecho a la seguridad social y a la jubilación, porque un oficio de contestación, que es contrario a la normativa que rige dichos Fondos no puede generar derechos, sino que se debe atener a la naturaleza del Fondo y a la normativa que le rige al mismo.

En suma, encuentra esta juzgadora que en el presente caso carecen de certeza los argumentos expuestos por el accionante relacionados con la causa de la vulneración de derechos constitucionales. Es decir, no se advierte en el expediente prueba alguna que permita establecer, tal como lo afirma el accionante, que se hayan vulnerado los derechos constitucionales a la seguridad social y a la jubilación

VI
DECISIÓN

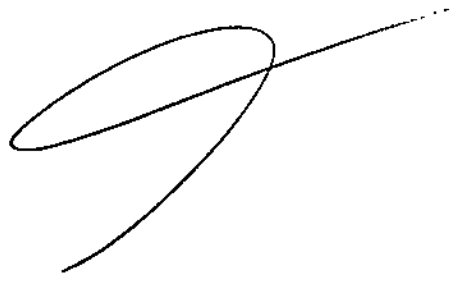
Por lo expuesto, por cuanto de los hechos no se desprende que existe violación de derechos constitucionales, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 42 (numeral 1) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, este despacho judicial, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve:

Negar la acción de protección propuesta por el señor Granda Arciniega Sigifredo, presentada por la Defensoría del Pueblo, en contra del Fondo Complementario Previsional Cerrado "FCPC" de Jubilación y Cesantía BANECUADOR EP, a través de su representante legal Econ. CRISTINA ARACELI RÍOS PALIS, por improcedente.

Disponer que dentro de tres días luego de ejecutoriada esta sentencia, la señora Secretaria envíe copia a la Corte Constitucional, en cumplimiento del Art. 86, numeral 5, de la Constitución de la República, y del Art. 25, numeral 1, de la LOGJYCC.

De conformidad con el art. 24 de la LOGJYCC, el recurso de apelación interpuesto en audiencia pública por el legitimado activo y pasivo, se lo tendrá en cuenta en el momento procesal oportuno.

NOTIFÍQUESE.-



f).- VALENCIA ARIAS DORIS IVONNE, JUEZA

-18-

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

CHÁVEZ SÁNCHEZ JÉSSICA BELÉN

SECRETARIA