

Quito, D. M., 08 de marzo del 2012

SENTENCIA N.º 031-12-SEP-CC

CASO N.º 1701-10-EP

CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN

Juez constitucional ponente: Dr. Roberto Bhrunis Lemarie

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

Luis Orlando Navarrete Yépez, contralmirante en servicio pasivo, por sus propios y personales derechos, mediante acción extraordinaria de protección presentada el 1 de octubre del 2010, impugna ante la Corte Constitucional, para el período de transición, la sentencia emitida el 3 de septiembre del 2010 a las 11h45 por la Primera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro de la acción de protección N.º 567-2010, debido a que, conforme alega el actor, la sentencia viola su derecho constitucional al debido proceso y específicamente el derecho a la defensa, contenido en el artículo 76 numeral 7 literal a de la Constitución. De conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 17 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, la Secretaría General, el 23 de noviembre del 2010, certificó que no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción.

El 07 de diciembre del 2010, la Sala de Admisión, conformada por los doctores Alfonso Luz Yunes, Patricio Herrera Betancourt y Patricio Pazmiño Freire, jueces constitucionales, en ejercicio de su competencia, avocó conocimiento y admitió a trámite la acción extraordinaria de protección N.º 1701-10-EP. El 24 de enero del 2011, en atención al sorteo efectuado por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, el Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, en calidad de juez sustanciador, avocó conocimiento de la presente acción.



Sentencia o auto que se impugna

“ACCIÓN DE PROTECCIÓN No. 567-2010
Guayaquil, Septiembre 3 del 2010; las 11h45.-

VISTOS: Ha subido en grado el recurso de apelación del presente proceso de Acción Constitucional de Protección, que interpone LUIS ORLANDO NAVARRETE YEPEZ, de la sentencia dictada por la señora Juez Cuarta de Tránsito de Guayaquil, de fecha 21 de Mayo del 2010, a las 17h05 [...]se establece que el Tribunal Contencioso Administrativo, es competente para conocer asuntos de mera legalidad; en la especie, no procede la Acción de Protección tal como lo establece el Art. 88 de la Constitución de la República teniendo como objetivo principal el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos por la constitución; pudiéndose interponer cuando exista una vulneración de dichos derechos constitucionales; pues los operadores de justicia convertidos en Jueces Constitucionales, en mérito de la supremacía de la ley consagrados en los artículos 424, 425 y 426 de la Constitución de la República. Por estas consideraciones y al establecerse que no se ha violado ningún derecho constitucional por parte de la accionada en contra del accionante. La Primera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas. HACIENDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEY DE LA REPÚBLICA. CONFIRMA en todas sus partes la sentencia recurrida, en consecuencia, se deniega el recurso de apelación presentado por el recurrente. Publíquese, devuélvase y Notifíquese”.

Argumentos planteados en la demanda

El legitimado activo plantea principalmente los siguientes argumentos:

Desde el año 1994 el accionante pasó al servicio pasivo, fecha en la cual el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, (ISSFA), estableció su salario inicial mensual como pensionista. Hasta el año 2009, el ISSFA había efectuado más de 12 incrementos a las pensiones en forma general a todos los pensionistas, sin que les haya hecho conocer ni verbal ni por escrito cuál era el valor o el porcentaje de los incrementos.

Según refiere el legitimado activo, en ningún momento el ISSFA realizó un depósito en su cuenta como incremento a su pensión en forma particular y exclusivamente a su persona, por lo que resultaba imposible poder darse cuenta que uno de los incrementos efectuados en forma general para todos los pensionistas haya sido mal calculado por el ISSFA o no sea el correcto. De manera que nunca conoció o tuvo la



menor sospecha de este incremento arbitrario en los valores de su pensión, que el ISSFA aduce se lo efectuó desde 1998.

Asimismo, desde 1994, fecha de su retiro, hasta diciembre del 2003, en los tabulados de comprobante del pago del salario mensual denominado confidencial que entrega el ISSFA, no colocaban el grado del pensionista, por lo cual, cómo podría adivinar que en el año 1998 el ISSFA le cambió el grado de contralmirante por el grado de vicealmirante.

En enero de los años 2008 y 2009, el actor remitió comunicaciones al director del ISSFA, pidiéndole encarecidamente que disponga el cambio del grado de vicealmirante por el de contralmirante, pero incomprensiblemente, a criterio del accionante, por falta de control y absoluta negligencia los servidores del ISSFA, jamás procedieron a revisar y efectuar los cambios solicitados.

Según aduce Luis Navarrete se le quiere aplicar un cálculo administrativo sin haberse efectuado el proceso y habérselo dado el derecho a la defensa de sus intereses y únicamente aplicando el artículo 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

El 18 de mayo del 2009 recibió una comunicación con el número 0900339-ISSFA-e2, en la que se le informa que el ISSFA ha procedido a registrar una cuenta contable por cobro indebido de pensiones, originado por el cambio de grado de contralmirante a vicealmirante suscitado en 1998, por un monto de USD 16.723,85 y como intereses USD 6.161,16.

A pesar de todos los antecedentes que expuso el actor como es la falta de un debido proceso y la prescripción de la acción, la jueza tercero de Tránsito del Guayas, con sentencia emitida el 21 de mayo del 2005, declaró sin lugar la demanda y sostuvo que la vía no era la constitucional, sino la ordinaria contenciosa administrativa.

Dentro del término legal el accionante apeló y dicho recurso recayó ante la Primera Sala de lo Penal y Tránsito del Guayas, la que el 3 de septiembre del 2010 confirmó la sentencia de primera instancia en todas sus partes.

Derechos constitucionales vulnerados a criterio del actor

Con los antecedentes expuestos, el actor, Luis Orlando Navarrete Yépez, considera que la sentencia recurrida vulnera su derecho constitucional al debido proceso y específicamente el derecho a la defensa, contenido en el artículo 76 numeral 7 literal a de la Constitución.

d

A

Pretensión

El actor, apoyado en las argumentaciones precedentes, solicita a la Corte Constitucional, para el período de transición, lo siguiente: “se sirva aceptar en todas sus partes esta ACCION EXTRAORDINARIA DE PROTECCION propuesta contra la inconstitucionales sentencia DICTADA POR LA PRIMERA SALA DE LO PENAL Y TRÁNSITO DEL GUAYAS [...]” “DEBIENDO DECLARARSE NULA DICHA SENTENCIA Y DEJAR SIN EFECTO; Y QUE SE ANULE EL ASIENTO CONTABLE 16.723,85 dólares americanos mas sus INTERESES, así como LA ILEGAL AUDITORÍA REALIZADA, POR CONSIGUIENTE DEBERÁ DECLARA CON LUGAR LA DEMANDA[...]”.

Contestación a la demanda

El 05 de enero del 2011, el contralmirante José Antonio Noritz Romero, director general del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, comparece¹ con los siguientes argumentos principales:

El señor auditor interno jefe del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, Econ. Gonzalo Fernández Balarezo, en un análisis efectuado al cambio de grado del pensionista Luis Orlando Navarrete Yépez, mediante Oficio N.º 090038-ISSFA-al del 17 de abril del 2009, recomienda al señor director general del ISSFA que proceda al cobro de los valores entregados indebidamente al que deberá agregarse los intereses correspondientes.

Si la petición formulada a la señora jueza constitucional de primer nivel era que se revoque el asiento contable del que se desprende la obligación que tiene el accionante de restituir los valores por expreso mandato de la ley, el accionante debió acudir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, judicatura plenamente apta para avocar conocimiento de esta clase de pretensiones.

El 06 de junio del 2011 compareció el abogado Marcos Arteaga Valenzuela, director nacional de Patrocinio, delegado del procurador general del Estado,² amparado en los artículos 2 y 6 de la Ley Orgánica institucional, y los artículos 3 y 4 del Reglamento Orgánico Funcional, señalando para notificaciones el casillero judicial N.º 18.

Su principal argumentación es: la auditoría efectuada no es ilegal, en razón de que se la practicó por mandato de la Constitución y la Ley Orgánica de la Contraloría

¹ Fojas 8 a 14.

² Fojas 28 a 31



General del Estado, y en virtud de que los actos administrativos llevan la característica implícita, de la presunción de legalidad y ejecutoriedad.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

La Corte Constitucional, para el período de transición, es competente para conocer y pronunciarse sobre las acciones extraordinarias de protección, en virtud de lo establecido en los artículos 94 y 437 de la Constitución vigente y el artículo 63 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC). En el presente caso de las decisiones judiciales recurridas.

Naturaleza de la acción extraordinaria de protección

La finalidad de la acción extraordinaria de protección es garantizar que las decisiones de las autoridades jurisdiccionales cumplan con el principio de supremacía de la Constitución, considerando que todos los actos u omisiones de cualquier autoridad pública están sujetos a control. La acción extraordinaria de protección constituye un verdadero amparo contra decisiones judiciales, lo que equivale a una garantía constitucional contra sentencias, autos y resoluciones jurisdiccionales violatorias del debido proceso y otros derechos constitucionales³. Su incorporación en la normativa ecuatoriana responde a la vocación garantista del actual régimen jurídico, que impone a todas las funciones, órganos y autoridades del Estado, una actuación conforme a los mandatos constitucionales⁴.

Legitimación activa

El peticionario se encuentra legitimado para interponer la presente acción extraordinaria de protección, en virtud de cumplir con los requerimientos establecidos en el artículo 437 de la Constitución de la República del Ecuador, que dispone: “Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos [...]”, y del contenido del artículo 439 ibídem, que dice: “Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente”; en concordancia con el artículo 59 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Cabe resaltar que el sistema constitucional vigente es abierto en el acceso a la justicia.

³ Agustín Grijalva Jiménez, “La justicia constitucional del Ecuador en 2009” en *¿Estado Constitucional de derechos? Informe sobre derechos humanos Ecuador 2009*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador y Ediciones Abya-Yala, 2009, p. 76.

⁴ Sentencia N° 016-09-SEP-CC, Caso 0026-08-EP, 23 de julio de 2009, p. 4.

Determinación de los problemas jurídicos a resolver

En la sentencia dictada el 3 de septiembre del 2010 por la Primera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, ¿se conoció y resolvió un asunto de mera legalidad, conforme se indicó en el fallo, o un asunto relacionado con vulneración de derechos constitucionales?

¿Cuál debió ser el procedimiento adecuado para la orden de reintegro de los valores pagados supuestamente de forma indebida?

Resolución de los problemas jurídicos planteados

En la sentencia dictada el 3 de septiembre del 2010 por la Primera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, ¿se conoció y resolvió un asunto de mera legalidad, conforme se indicó en el fallo, o un asunto relacionado con vulneración de derechos constitucionales?

La sentencia impugnada, dictada el 3 de septiembre del 2010 por la Primera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro de la acción de protección N.º 567-2010, confirmó en todas sus partes la sentencia de primera instancia emitida el 21 de mayo del 2009 por la jueza cuarta provincial de Tránsito del Guayas. En ambas decisiones judiciales, el argumento que justificó el rechazo de la acción de protección fue que las actuaciones relacionadas con el cobro se derivan de la aplicación de lo señalado en el artículo 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado⁵.

De manera que a criterio de las autoridades jurisdiccionales, siendo las acciones realizadas por el ISSFA –exigencia de pago de las pensiones cobradas indebidamente y sus intereses– actuaciones apegadas a la ley, estas no podían ser objeto de una acción de protección, puesto que no existen derechos constitucionales violados, siendo la vía para ejercer las impugnaciones que el legitimado activo considere que le asisten, en base a ello, la contencioso administrativa. En consecuencia, las autoridades jurisdiccionales resolvieron que la acción de protección trataba acerca de un asunto de mera legalidad.

⁵Art. 84.- Intereses.- Los valores contenidos en los documentos u originados en los actos que a continuación se señalan, devengarán intereses calculados a la tasa máxima de interés convencional que establezca la institución legalmente competente para hacerlo:[...]4. En pago indebido, desde la fecha del desembolso hasta la recuperación del monto correspondiente.



Aunque a primera vista pareciera que en el caso que se analiza efectivamente se discute un problema de mera legalidad y que por tanto no existen derechos constitucionales vulnerados, los jueces de primera y segunda instancia debieron considerar dos aspectos significativos que otorgan relevancia constitucional al proceso y que merecen ser precisados:

a) El accionante como sujeto especial de protección constitucional

El accionante tiene 72 años de edad, por tanto, pertenece a un grupo vulnerable y de atención prioritaria, según dispone la Constitución en su artículo 35 “Las personas adultas mayores [...] recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado”.

Según la Norma Fundamental, el Estado y la sociedad deben brindar a las personas adultas mayores una especial protección debido a su situación de vulnerabilidad. La administración de justicia tiene la obligación de brindar un trato urgente preferencial a este grupo vulnerable, a fin de que sus causas sean sustanciadas y resueltas con mayor celeridad, característica inherente a las garantías constitucionales. Someter a un adulto mayor a un litigio judicial lento y largo, como suelen ser los procesos ordinarios, cuando sus derechos constitucionales se encuentran siendo vulnerados, incrementa la gravedad del caso que se plantea y pone en riesgo el derecho a la tutela judicial efectiva, que implica, entre otros derechos, el acceso a la vía judicial más efectiva y eficaz en la administración de justicia.

Las autoridades jurisdiccionales que sustanciaron el proceso que se analiza, debieron valorar la edad del actor como factor de vulnerabilidad e indefensión; y conforme dispone el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, estaban en la obligación de analizar los requisitos para la presentación de la acción de protección, entre los cuales consta en el numeral 3: “Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”.

En este caso concreto, concluir que el accionante debe plantear su acción en el fuero judicial ordinario, equivale a someterlo a un período procesal irrazonable, debido a que este, en razón de su edad, no tiene el tiempo y el vigor necesarios para exigir la reparación de sus derechos en una larga vía judicial. Por tanto, en este caso concreto, la acción contencioso administrativa no es el mecanismo de defensa judicial más adecuado para proteger sus derechos constitucionales de manera eficaz.

Obsérvese que este análisis de la condición del accionante y del mecanismo judicial más idóneo para la defensa de sus derechos no fue realizado por las autoridades jurisdiccionales de primera y segunda instancia, sino que en un apresurado análisis

del caso concreto, se limitaron a indicar que constituía un asunto de mera legalidad y no de relevancia constitucional.

b) La orden de reintegro, ¿vulneró el derecho constitucional al debido proceso, derecho a la defensa y presunción de inocencia?

En la demanda de acción de protección que tanto el juez de primera como de segunda instancia debieron analizar previo a dictar su sentencia, consta que el accionante alega que el procedimiento de cobro realizado viola su derecho al debido proceso y a la defensa. Sin embargo, no consta en las resoluciones un análisis de tal argumento, razón por la cual esta Corte Constitucional cree pertinente reflexionar acerca de las citadas violaciones:

De lo manifestado por el actor en su libelo inicial, tanto en los antecedentes como en la normativa citada se puede determinar que entre la lista más o menos extensa de derechos vulnerados que señala, se hace especial mención al derecho al debido proceso y específicamente el derecho a la defensa. El accionante precisa que el ISSFA le indicó que en 1998 realizó por equivocación un cambio en su grado de contralmirante –que era el que le correspondía– por el de vicealmirante. Por dicha equivocación en el cambio de grado, la institución aduce que se realizó también erróneamente un aumento en la pensión jubilar del legitimado activo.

En el año 2004, el accionante advirtió el error en que incurrió el ISSFA y según alega dio aviso inmediatamente de tal situación a uno de sus funcionarios, quien le manifestó que a pesar del cambio de grado aquello no influirá en el valor de su pensión jubilar.

Conforme argumentó el director general del organismo, de acuerdo a la información proporcionada por el pensionista, el ISSFA realizó una auditoría interna y corroboró el error en el cambio de grado jerárquico de este. En dicha rectificación se establece que la modificación en el grado tuvo como consecuencia un aumento que no correspondía en su pensión jubilar. En tal razón, el 15 de mayo del 2009, la mencionada autoridad del ISSFA, mediante oficio N.º 090339-ISSFA-e2, puso en conocimiento del pensionista que en cumplimiento a las recomendaciones efectuadas por la auditoría interna, se había procedido a registrar una cuenta contable en su contra por cobro indebido de pensiones, originado por el cambio de grado de contralmirante a vicealmirante suscitado en 1998, estableciéndose los siguientes valores: USD 16.723,85 (capital) y USD 6.171,16 (intereses, calculados al 30 de abril de 2009).

Ahora bien, conforme establece el artículo 76 de nuestra Constitución, en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se



asegurará el derecho al debido proceso. Lo anterior quiere decir que en todas las actuaciones, sean estas judiciales o administrativas, se deben respetar las garantías propias del debido proceso que se materializan, principalmente, en el derecho de defensa, de contradicción y controversia de la prueba, en el derecho de impugnación y en la garantía de publicidad de los actos administrativos⁶.

Esta Corte Constitucional ha señalado al referirse al debido proceso que “siendo éste el eje articulador de la validez procesal, la vulneración de sus garantías constituye un atentado grave, no solo a los derechos de las personas en una causa, sino que representa una vulneración al Estado y a su seguridad jurídica, puesto que precisamente estas normas del Debido Proceso son las que establecen los lineamientos que aseguran que una causa se ventile en apego al respeto de derechos constitucionales y a máximas garantías como el acceso a los órganos jurisdiccionales, y el respeto a los principios y garantías constitucionales”⁷.

En términos generales, el debido proceso es el conjunto de requisitos que deben cumplirse para asegurar que todas las personas gocen de una adecuada defensa procesal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar “las debidas garantías” que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso. El incumplimiento de una de esas garantías conlleva una violación de dicha disposición convencional”⁸.

Una de las garantías del debido proceso es el derecho a la defensa, que establece que nadie podrá ser privado de este derecho en ninguna etapa o grado del procedimiento. Del expediente, la Corte ha constatado que en la exigencia de devolución de los valores que fueron pagados supuestamente de forma indebida por parte del ISSFA, no tuvo participación el pensionista, más que para alertar del cambio de jerarquía supuestamente ocurrido.

El proceso de cobro o restitución de valores inicia con el oficio N.º 090038-ISSFA-a1, del 17 de abril del 2009, mediante el cual el Econ. Gonzalo Fernández Balarezo, auditor interno jefe, pone en conocimiento del director general los resultados obtenidos en el análisis del caso de cambio de grado de pensionista. En dicho oficio, refiriéndose al señor Luis Navarrete, el auditor interno señala: “En enero de 1998

⁶ Sentencia T-210/10, Corte Constitucional de Colombia.

⁷ Sentencia No. 012-09-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, jueza sustanciadora Dra. Nina Pacari Vega.

⁸ Sentencia de 19 de septiembre de 2006, sobre debido proceso ante la administración del Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos) Caso Claude Reyes y otros vs. Chile.

cuando se incrementan las pensiones, le cambian el grado a Vicealmirante y le pagan la pensión correspondiente a ese grado, hasta enero de 2009. Por este concepto se le pagó en más el valor de USD 16 723.85”y recomienda al director general que disponga el registro de una cuenta contable en contra del pensionista y el cobro de los valores indebidamente pagados y sus intereses.

Con los resultados del análisis realizado, el director general del ISSFA, con fecha 16 de marzo del 2010, remite oficio al accionante a fin de poner en su conocimiento las recomendaciones del auditor interno e indicarle que: “No se ha podido determinar el área y funcionario que realizó la modificación del grado [...], pero que sin embargo debía cancelar las cantidades establecidas en el informe. En la misma comunicación se solicita su pronunciamiento dentro de los 10 días siguientes hábiles, con la advertencia de que en caso contrario se procederá a enviar la cuenta al Juzgado de Coactiva.

Dentro del término concedido, el 24 de marzo del 2010 el legitimado activo comparece por escrito realizando observaciones y solicita ser recibido en Comisión General, con la finalidad de que el personal de auditoría interna explique detalladamente la forma cómo determinaron los valores a cargo y cuál fue el análisis y procedimiento que se aplicó.

A pesar de que de la revisión del expediente no consta la celebración de la Comisión General solicitada, se hace evidente la arbitrariedad con que actuó el ISSFA en el oficio del 11 de octubre del 2010, suscrito por el director general. En dicho oficio se señala: “Como es de su conocimiento mi Contralmirante, el día jueves 7 de octubre del 2010, en las oficinas de la Dirección Regional del ISSFA Litoral, a partir de las 15h40, personalmente y en compañía del Director Regional y del Asesor Jurídico del ISSFA, tuvimos la delicadeza de escuchar por más de dos horas su intervención [...] por lo que al final de la misma, **se le ofreció hacer las gestiones necesarias ante la Auditoría Interna del Instituto a fin de que se efectúe un examen especial específicamente al problema presentado con el pago indebido. Una vez evacuadas las gestiones referidas ante la Auditoría Interna de la Institución, se me ha informado que el trabajo ya fue realizado al analizar el rubro de PENSIONES y que fue motivo para que se llegara a la conclusión y recomendación [...] por lo que una vez hecha la gestión a usted ofrecida, me ratifico en la iniciación de las acciones legales correspondientes para la recuperación de los valores a usted pagadas en más**” –Las negritas son nuestras.

Es decir, además de considerar una delicadeza escuchar al accionante y no un reconocimiento de su derecho a la defensa, se le informa que su pedido no puede ser satisfecho debido a que “el trabajo ya fue realizado”, convirtiendo tal acto procesal en un disfraz de la arbitrariedad, lo que constituye una evidente vulneración de este derecho contenido en el artículo 76 numeral 7 de la Constitución, que entre sus





Alcántara y Pérez - 96 - 1

garantías incluye que nadie pueda ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa del procedimiento y ser escuchado en el momento oportuno, debiendo tomar en cuenta que no basta con escuchar a una de las partes para concederle el derecho a la defensa, sino que aquello que se alegue debe ser valorado, es decir, tenido en cuenta al momento de resolver.

En conclusión, en la orden de reintegro de los valores supuestamente pagados de manera indebida: a) No se indicó motivadamente de qué manera se estableció la existencia de pago indebido, puesto que según alega el accionante, la determinación de la pensión jubilar se realiza en base al último sueldo y nada tiene que ver el grado; b) de haber existido realmente pago indebido, no se fundamentó en base a qué normativa legal y con qué fórmulas se realizó el cómputo de lo establecido como valor mensual supuestamente pagado en exceso y su respectiva tasa de interés; c) no se concedió al pensionista la oportunidad de contradecir pruebas y defenderse de manera adecuada. Por tanto, esta Corte verifica que el ISSFA actuó de forma unilateral, arbitraria e ilegítima, al no haber seguido para la emisión de la mencionada orden de cobro un procedimiento de restitución de valores adecuado que cumpla con las garantías del debido proceso y no haberse garantizado el derecho a la defensa.

Se vulneró además el derecho constitucional a la presunción de inocencia contenido en el artículo 76 numeral 2, al haberse determinado la existencia de pago indebido a favor del pensionista, a pesar de que, conforme señala el auditor interno de la institución, no existen pruebas de aquello sino meras conjeturas: "Actualmente, han procedido a corregir en la Unidad de Informática lo relacionado al grado del pensionista antes indicado, lo que ha producido que se rectifique los registros anteriores de confidenciales y hojas de supervivencia, generando con esta corrección que no se disponga del dato histórico, situación que ocasionó la pérdida de la evidencia en lo que al grado se refiere⁹. Al respecto, debe recordarse al ISSFA que la presunción de inocencia no se destruye con conjeturas, sino con elementos probatorios.

Aún más inaceptable resulta el hecho de que en base a una orden de reintegro sin un procedimiento previo, sin garantizar el derecho a la defensa, y en vulneración de la presunción de inocencia, se haya generado un auto de pago con fecha 25 de octubre del 2010, mediante el cual se dispuso la retención de valores del pensionista hasta por un monto de USD. 25.258,71, y la retención de todo valor al que el coactivado tenga derecho como parte de su pensión.



⁹ Informe de resultados del análisis de pago indebido, suscrito por el auditor interno, el 17 de abril de 2009.



Por todo lo anterior, las autoridades jurisdiccionales que resolvieron en primera y segunda instancia la acción de protección N.º 567-2010, no consideraron en sus sentencias los dos aspectos antes señalados, esto es, la consideración de grupo vulnerable del accionante, y la efectiva vulneración de sus derechos constitucionales. Por consiguiente, las resoluciones de los jueces, que considerando de forma inadecuada la acción como un caso de mera legalidad, adolecen de motivación, por cuanto, conforme se ha detallado, la orden de reintegro que realizó el ISSFA en contra del pensionista viola los derechos constitucionales al debido proceso, derecho a la defensa y presunción de inocencia.

¿Cuál debió ser el procedimiento adecuado para la orden de reintegro de los valores pagados supuestamente de forma indebida?

Conforme se expresó en líneas anteriores, nuestra Constitución consagra en el artículo 76 que: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso [...]”. Pues bien, la precisión de que a alguien se le ha pagado indebidamente, constituye una afirmación que involucra la determinación de si ese sujeto tiene o no la obligación y responsabilidad de realizar o reintegrar valores. De ello resulta que esta aserción requiere ineludiblemente un procedimiento previo.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, faculta a dicha institución para dirigir el sistema de control administrativo y control interno de las entidades del sector público (artículo 212 numeral 1) y determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas (artículo 212 numeral 2), además de tener entre sus atribuciones legales la práctica de auditoría externa al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (artículo 31 numeral 1).

Según establece la normativa de la Contraloría General del Estado, esta institución tiene facultad privativa para determinar responsabilidad civil culposa cuando por los resultados de su auditoría se hubiere determinado que se ha causado algún perjuicio económico al Estado o a sus instituciones. En el caso que se analiza, un supuesto pago indebido por parte de uno de los funcionarios del ISSFA genera indudablemente un detrimento patrimonial en la institución, de tal manera que la autoridad competente para determinar la correspondiente responsabilidad es la Contraloría General del Estado –CGE.

Conforme lo anterior, la Contraloría tiene facultad privativa para determinar responsabilidades administrativas y civiles tanto de los servidores públicos como de terceros (artículo 43)¹⁰. En el caso de pago indebido, el perjuicio se establece

¹⁰ Art. 43.- Responsabilidad principal y subsidiaria por pago indebido.- La responsabilidad principal, en los casos de pago indebido, recaerá sobre la persona natural o jurídica de derecho público o privado,



mediante una orden de reintegro expedida por la institución contralora y debidamente notificada a los sujetos implicados (artículo 53)¹¹.

De la determinación de responsabilidad y la orden de reintegro que realiza la Contraloría, quienes son determinados como responsables pueden solicitar reconsideración; dicha impugnación recibirá respuesta en el plazo de treinta días contados a partir de la recepción de la petición y su resolución tendrá carácter definitivo, salvo el derecho de impugnación en la vía contencioso administrativa.

Una vez ejecutoriada la resolución administrativa de la Contraloría o el fallo judicial en la acción contencioso administrativa, el funcionario y/o tercero responsable deberá pagar los valores indebidamente pagados en el plazo concedido por la CGE, para lo cual esta dispondrá la emisión del título de crédito al organismo competente o emitirlo directamente.

En concordancia con las normas legales señaladas, la propia Norma Fundamental, en relación a la responsabilidad de los servidores públicos, precisa en el artículo 227 que la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia y eficiencia, y conforme determina el artículo 223 "Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos".

beneficiaria de tal pago. La responsabilidad subsidiaria recaerá sobre o los servidores, cuya acción u omisión culpable hubiere posibilitado el pago indebido. En este caso, el responsable subsidiario gozará de los beneficios de orden y excusión previstos en la ley.

¹¹ "Art. 53.- [...]Dicho perjuicio se establecerá de la siguiente forma:

2. Mediante órdenes de reintegro, en el caso de pago indebido. Se tendrá por pago indebido cualquier desembolso que se realizare sin fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario hubiere entregado el bien, realizado la obra, o prestado el servicio, o la hubiere cumplido solo parcialmente. En estos casos, la orden de reintegro será expedida por la Contraloría General del Estado y notificada a los sujetos de la responsabilidad, concediéndoles el plazo improrrogable de noventa días para que efectúen el reintegro. Sin perjuicio de lo expresado, en el transcurso de dicho plazo, los sujetos de la responsabilidad podrán solicitar a la Contraloría General del Estado la reconsideración de la orden de reintegro, para lo cual deberán expresar por escrito los fundamentos de hecho y de derecho y, de ser del caso, adjuntarán las pruebas que correspondan. La Contraloría General del Estado se pronunciará en el plazo de treinta días contado a partir de la recepción de la petición y su resolución será definitiva, pero podrá impugnarse en la vía contencioso administrativa.

Ejecutoriada la resolución administrativa o el fallo judicial, según el caso, si no se efectuare el reintegro, la Contraloría General del Estado dispondrá la emisión del título de crédito al organismo competente o lo hará por sí misma según lo dispuesto en el artículo 57 de esta ley.

[Handwritten signature]

Por tanto, el procedimiento antes detallado es el que debió haberse seguido previo a determinar si existió o no pago indebido a favor del pensionista, dándole el derecho a la defensa, respetando la presunción de inocencia, así como considerando que el pago es la exacta ejecución de la prestación convenida por parte del deudor, destinada a satisfacer el interés del acreedor, mientras que el pago indebido resulta ser la ejecución inexacta.

Para que se configure el pago indebido son necesarios ciertos requisitos: 1) *Animus solvendi*: que es la existencia de la deuda y la voluntad de cumplir; 2) El pago de lo no debido: ya sea por pago indebido objetivo que es cuando se realiza un desplazamiento patrimonial en detrimento del deudor en atención a un título que no existe o es inválido o ineficaz, o por pago indebido subjetivo cuando se extingue una obligación existente frente a un no acreedor; y 3) error de *solvens*: que puede ser error de hecho cuando no se debía nada o es pagado a otro y error de derecho cuando se da por la ignorancia de las leyes o mal conocimiento de ella¹².

En este orden de ideas, vale recordar que la figura del pago de lo no debido determina la correspondiente obligación de que el beneficiario de ese pago devuelva los valores que no le correspondían, para evitar un enriquecimiento injustificado del acreedor en detrimento del deudor. Para Luz María Martínez, Flor María Pila y Eugenio Urdaneta es posible que por error una persona que tenga una deuda pague a su acreedor una cantidad mayor que la debida; en tal caso, el acreedor queda obligado a devolver a su deudor lo pagado en exceso. Ha ocurrido entonces un pago de lo indebido, figura que genera la obligación, para quien recibe el pago, de devolver lo que ha recibido indebidamente. Tanto es así que el pago de lo indebido es considerado como una especie de fuente de obligaciones o un enriquecimiento sin causa¹³.

Según Guadalupe Juárez Arellano: **“Las devoluciones de ingresos indebidos giran en torno al principio de legalidad, ya que se considera como elemento esencial de todo ingreso indebido su contrariedad a la ley, pues la existencia y la medida del crédito impositivo están ligados a la producción en un momento dado o en un cierto período de la situación de hecho prevista por la ley; y, por ello lo que fuese pagado fuera de dicha hipótesis legal o de la valoración establecida legalmente, constituiría un pago indebido, dado que lo cierto es que cada traslado patrimonial inmediatamente producido sin una razón, genera una pretensión de reintegro”**¹⁴. Las negritas son nuestras.

¹² Oreste Gherson Roca Mendoza, *Aspectos sobre la enajenación del bien recibido como pago indebido de mala fe*.

¹³ Luz María Martínez, Flor María Pila y Eugenio Urdaneta, *Análisis comparado en materia de obligaciones entre el derecho romano y el derecho moderno*.

¹⁴ Guadalupe Juárez Arellano, *Cómo solicitar debidamente las devoluciones*



Al ser la institución del pago indebido de naturaleza esencialmente civil, es necesario analizar la normativa civil ecuatoriana pertinente (Código Civil):

“Del pago de lo no debido

Art. 2195.- El que por error ha hecho un pago y prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado. Sin embargo, cuando una persona, a consecuencia de un error suyo, ha pagado una deuda ajena, no tendrá derecho para repetir contra el que, a consecuencia del pago, ha suprimido o cancelado un título necesario para el cobro de su crédito. Pero podrá intentar contra el deudor las acciones del acreedor.

“Art. 2199.- Del que da lo que no debe no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho.

Tal como ocurre en materia civil, en el Derecho tributario el efecto jurídico elemental que produce el pago indebido es la restitución de las cosas al estado que tenían antes de verificarse el mismo, para lo cual se concede al que pagó indebidamente la acción de repetición contra el beneficiario. En asuntos tributarios, el beneficiario resulta ser el Estado, en tanto sujeto activo de la obligación tributaria, debiendo incluso este ente devolver los valores que el contribuyente en concepto de impuestos haya pagado sin justificación.

Aunque es clara la devolución de aquello que entró en el patrimonio del acreedor injustamente, no lo es tanto si este debe o no devolver el dinero indebidamente pagado con intereses máximos, como castigo para el que se ha beneficiado de dicho pago. Al respecto, es necesario realizar una clara diferenciación entre aquel acreedor que actuó de mala fe y a sabiendas del error del deudor guardó silencio para beneficiarse de aquel que actuó de buena fe y conociendo de la inexactitud lo manifestó para que el deudor solucione el yerro.

En relación a esta reflexión el Código Civil señala:

“Art. 2200.- El que ha recibido dinero o cosa fungible que no se le debía, está obligado a la restitución de otro tanto del mismo género y calidad. Si ha recibido de mala fe, debe también los intereses corrientes.

Art. 2201.- El que ha recibido de buena fe no responde de los deterioros o pérdidas de la especie que se le dio en el falso

concepto de debérsele, aunque hayan sobrevenido por negligencia suya; salvo en cuanto le hayan hecho más rico. Pero desde que sabe que la cosa fue pagada indebidamente, contrae todas las obligaciones del poseedor de mala fe”.

Por consiguiente, en un pago indebido, el que ha procedido de mala fe debe abonar el interés legal cuando se trate de capitales o los frutos percibidos y los dejados de percibir de las cosas que los produjeron; por otro lado, si procede de buena fe, solo debe pagar lo equivalente al enriquecimiento recibido, debiendo ser la Contraloría la que establezca a qué persona o personas corresponde por negligencia la responsabilidad civil del caso.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el período de transición, expide la siguiente:

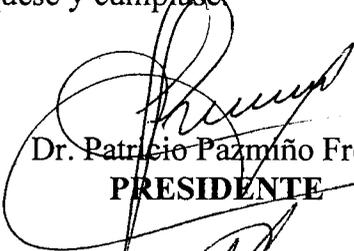
SENTENCIA

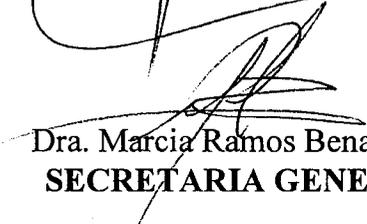
1. Se declara la vulneración del derecho constitucional a la motivación previsto en el literal *l* numeral 7 del artículo 76, y puesto que los derechos son interdependientes, vulneran también los derechos constitucionales del accionante al debido proceso, derecho a la defensa y presunción de inocencia previstos en el numeral 2 y 7 literal *a* del artículo 76.
2. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada por el contralmirante en servicio pasivo Luis Orlando Navarrete Yépez.
3. Dejar sin efecto la sentencia emitida el 3 de septiembre del 2010 por la Primera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas y la sentencia emitida el 21 de mayo del 2005 por la jueza tercero de Tránsito del Guayas.
4. Dejar sin efecto el asiento contable, auto de pago y en general cualquier proceso de cobro, que estuviere ejecutándose por los valores supuestamente pagados de manera indebida a favor del contralmirante en servicio pasivo Luis Orlando Navarrete Yépez, pensionista del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.
5. Disponer que el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), proceda a la devolución de los valores de pensión jubilar que, hasta la fecha, han sido retenidos al contralmirante en servicio pasivo Luis Orlando



Navarrete Yépez, en virtud de la apertura del asiento contable y el proceso coactivo iniciado y seguido en su contra por el dinero pagado supuestamente en forma indebida.

6. Disponer al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas que el pago de las pensiones jubilares que le corresponden al contralmirante en servicio pasivo Luis Orlando Navarrete Yépez, sigan cancelándose íntegramente y de forma mensual, conforme lo dispone la ley.
7. Delegar a la Defensoría del Pueblo, conforme establece el tercer inciso del artículo 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a fin de que dé seguimiento al cumplimiento de la presente sentencia y que se informe al respecto a esta Corte en el término de 15 días.
8. Notifíquese, publíquese y cúmplase.


Dr. Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE


Dra. Marcia Ramos Benalcázar
SECRETARIA GENERAL

Razón: Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con nueve votos de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinueza, Ruth Seni Pinargote, Fabián Sancho Lobato, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire, en sesión extraordinaria del día jueves 08 de marzo del dos mil doce. Lo certifico.


Dra. Marcia Ramos Benalcázar
SECRETARIA GENERAL

MRB/ccp/lmh





CORTE
CONSTITUCIONAL

resueto - 60 - /

CAUSA 1701-10-EP

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue suscrita por el doctor Patricio Pazmiño Freire, Presidente de la Corte Constitucional, el día miércoles veintiocho de marzo de dos mil doce.- Lo certifico.

Dra. Marcía Ramos Benalcázar
SECRETARIA GENERAL

MRB/lcca

