FUNCIÓN JUDICIAL

198071828-DFE

Juicio No. 17230-2022-08696

JUEZ PONENTE:CHAMORRO GONZALEZ OSCAR GONZALO, JUEZ (e)
AUTOR/A:CHAMORRO GONZALEZ OSCAR GONZALO
SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA. Quito, miércoles 8 de marzo del 2023, a las 14h57.

VISTOS: Para resolver lo que corresponda respecto a la Acción de Protección, presentada por la Ab. Liz Escorza Barrera en calidad de Procuradora Judicial del Mayor Manuel Vinicio Mejía Maya en contra del Director General del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA). Se cuenta con la Procuraduría General del Estado.- El Juez Constitucional Dr. Santiago David Altamirano Ruiz, de la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, rechaza la acción de protección, razón por la cual la parte accionante deduce de manera oral y escrita su recurso de apelación.- Al efecto se establece el presente análisis y se considera:

PRIMERO.- Este Tribunal conformado por los doctores: Roberto Otavalo Castro, Fabricio Rovalino Jarrín y Oscar Chamorro González (Ponente), es competente para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante, en virtud del Art. 86.3 último inciso de la Constitución de la República del Ecuador y el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y por el sorteo de Ley.-

SEGUNDO.- Las partes dentro del proceso han determinado los correspondientes hechos y su respectiva posición jurídica constitucional, así se advierte, en lo principal: **2.1.-** El legitimado activo, indica: **a)** Que mediante solicitud número 1064 de fecha 05 de noviembre de 2021, voluntariamente pidió la baja de servicios ante la Dirección General de Talento Humano, con fecha de afectación el 30 de noviembre de 2021, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 87 literal a) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas. Estuvo en dicha institución 21 años, 2 meses y 23 días de servicio militar a las Fuerzas Armadas Terrestres, tiempo en el que su aporte individual obligatorio fue equivalente al 23% de su haber militar de acuerdo a lo establecido en el artículo 93 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. Porcentaje que, continuó aportando, incluso en forma posterior a la Ley Reformatoria de Fortalecimiento a los Regímenes Especiales de Seguridad de las Fuerzas Armadas. Con fecha 07 de enero de 2022, el Director de la Dirección de Bienestar Personal, Coronel Diego Tomas Castillo Guevara, mediante oficio N° 22 DBPE-s-cm-007 de 6 de enero de 2022, remite al Señor Carlos Jácome Freire en su calidad de Director de Seguros Previsionales del ISSFA, la carpeta física del Mayor Manuel Vinicio Mejía Maya, para la obtención de los beneficios económicos de cesantía militar y pensión de retiro, conforme tramite N° 2022/SP/86. El 28 de enero de 2022, le notifican al legitimado activo con el Acuerdo No. 220035 correspondiente al cálculo de la pensión de retiro y cesantía del Mayor Mejía, mismo que fue aceptado bajo protesto, por no estar de acuerdo con el valor de la pensión de retiro en razón de ser inferior a

lo que la ley determina, en virtud de lo manifestado presenta la Acción de Protección; y, **b)** Los derechos constitucionales que se consideran vulnerados son: la Seguridad Jurídica; a una Vida Digna; a la Seguridad Social en complemento con el principio de progresividad y no regresividad; y, a la Igualdad como no Discriminación. Declarada la vulneración de derechos, como reparación se ordene: el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, realice un nuevo cálculo de la pensión de retiro, sin afectar ni disminuir esta (Art. 22 de la Ley de Seguridad de las Fuerzas Armadas - sentencia de inconstitucionalidad C.C. No. 83-16-IN/21 y acumulados. RO. -S 168 4-IV-2021); el ISSFA cancele la diferencia de los valores correspondientes por pensión de retiro desde el 23 de noviembre de 2021; y, se continúe pagando la pensión de retiro mensual conforme el nuevo cálculo. **2.2.-** Frente a la posición del accionante, tanto en la audiencia y en las actas (fs. 468-470; 495), así como en los CD´S de audio, el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, señala: el accionante perteneció a las FF. AA., tras cumplir los requisitos se retiró y accedió a dos seguros el de retiro y el de cesantía, que se liquidan de acuerdo a lo resuelto por la junta de calificaciones del ISSFA, mediante acuerdo 22035. El legitimado activo, se indica, no está de acuerdo, argumentando y en virtud de que se le liquido incorrectamente, y considera se ha aplicado el Art. 22 de la Ley del ISSFA, declarado inconstitucional por la CC. Sin embargo, señala el ISSFA, que en oficio, de 9 de septiembre del 2021, el Presidente Ejecutivo del ISSFA, presentó los estudios actuariales definitivos y ordenados por la Corte Constitucional, en los cuales consta el estudio del cálculo de la pensión de retiro, acorde a la sentencia. Lo que significa que la fórmula de cálculo al momento del retiro del accionante fue el correcto y la pensión calculada es digna, por lo tanto no existe violación de derechos constitucionales, cumpliéndose con lo que dice la norma y sentencia constitucional. Se hace constar el cálculo sobre el porcentaje del 73,75%. **2.3.-** En la audiencia pública, luego de que las partes fueron escuchadas, trabada la Litis constitucional y sustanciada la causa, se ha dictado, al finalizar, la resolución respectiva. La Sentencia escrita se notificó el 11 de julio de 2022 (fs.502-507), en la cual por improcedente, se desecha la Acción de Protección presentada por el señor Manuel Vinicio Mejía Maya, por verificarse que no existe violación de derecho constitucional alguno.- **2.4.-** Razón por la cual el legitimado activo tanto de manera oral en la audiencia pública como mediante escrito (fs. 522-531) interpone recurso de apelación. El recurso en esencia señala: modificado el aporte individual voluntario del personal militar en servicio activo al 11,45% (RO. 867 21-IX-2016), al accionante jamás se le redujo su aporte individual; la Corte Constitucional mediante Sentencia No.083-16-in/21, declaró la inconstitucionalidad por el fondo de varios artículos de la Ley de Fortalecimiento a los Regímenes Especiales de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, quedando vigente el anterior Art.22 ibídem-. El ISSFA lo que hace es calcular la pensión de retiro del accionante promediando los últimos 48 haberes militares. Lo que debía haberse realizado es calcular el 70% del sueldo imponible por 20 años de servicio activo y 3% adicional por cada año hasta llegar al 100% del sueldo imponible con 30 o más años de servicio, añadiendo por cada mes completo de servicio el 0,25%. Al promediar como lo hace el ISSFA la pensión disminuye un 25%. Así el Acuerdo No.22035 que contiene el cálculo de la pensión del accionante de la pensión de retiro y de cesantía, vulnera los derechos constitucionales del accionante y que,

han sido negados por la sentencia de primera instancia.

TERCERO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL: Para resolver el recurso deducido y concedido para ante este Tribunal, se advierte: **3.1.-** El Art. 88 de la Constitución de la República, norma que define tanto la finalidad y procedencia de la acción emprendida: "*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*" y que debe ser comprendida y aplicada dentro de su contexto de amparo. Además, lo que ha venido sosteniendo la Corte Constitucional, sobre el alcance de la acción. Mediante la sentencia de jurisprudencia vinculante No. 001-16-PJO-CC, caso No. 0530-10-JO, expuso que los operadores de justicia "*están obligados a elaborar un análisis de fondo del caso concreto que sobrepasando los límites del mero ritualismo y formalidad, permita constatar adecuadamente si el caso concreto cuenta con otra vía, adecuada y eficaz o si por el contrario, la vía constitucional es la idónea, dado el asunto controvertido...*". En sentencia No. 298-16-SEP-CC CASO No. 1153-15-EP y otras citadas en esta, refiere: "*El cumplimiento de esta garantía por parte de los operadores de justicia, se centra en verificar si existió o no vulneración de derechos constitucionales, dado que de esta manera, se podrá respetar la naturaleza de la acción de protección como un mecanismo idóneo, ágil y efectivo para la tutela de los derechos constitucionales*". Teniendo así la claridad sobre el deber a cumplirse.

3.2.- Derecho a la seguridad jurídica: La Constitución de la República del Ecuador, respecto a este derecho, en su Art. 82, señala: "*El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes*". De modo que, lo que se debe establecer en este caso es, si se afectó o no al derecho a la certeza que los ciudadanos tienen para desarrollar sus actos y gozar de sus derechos constitucionales y en la esfera que compete garantizar mediante la acción de protección, considerando que la aplicación adecuada de la ley, compete a la justicia ordinaria. El accionante reclama un recalculo de su pensión de retiro militar vitalicio, aduciendo la vulneración a este derecho porque no se aplicó lo establecido en el Art. 22 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. Desde este mismo argumento ya convierte a la acción en improcedente, toda vez que, no compete a esta jurisdicción constitucional revisar si el cálculo se efectuó o no aplicando lo señalado en esta norma legal, ya que para determinar si correspondía su aplicación, el caso requiere de un estudio bajo el marco legal del procedimiento contencioso administrativo, que cuenta con las posibilidades de desarrollar de manera amplia las cargas probatorias de cargo y de descargo. Se ha de considerar que la sentencia dictada por la Corte Constitucional que refiere, dispone en el punto 2 de su decisión: "*... que el Consejo Directivo del ISSFA y el Consejo Directivo del ISSPOL, en el plazo máximo de 6 meses contados desde la notificación de la presente sentencia, sobre la base de*

estudios actuariales actualizados y específicos, preparen un régimen de transición que asegure que no exista un déficit en el sistema y que no se produzca una afectación desproporcionada en los aportes de las y los afiliados, a fin de establecer prestaciones diferenciadas para quienes han estado aportando a la seguridad social especial en función del régimen vigente desde la aprobación de la Ley de Fortalecimiento a los Regímenes Especiales de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. En dicho régimen de transición se deberá establecer un mecanismo que sea sostenible y con la menor afectación a los aportantes. Los sujetos obligados deberán informar a la Corte sobre el cumplimiento de la presente medida de forma trimestral". Así entonces devuelta la vigencia de las normas contenidas en los artículos 22, 27, 38, 41, 63, 93, 95, 97 y 110 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas anterior a la reforma que dejó sin efecto y la disposición del *régimen de transición*, allí dispuesto. El cálculo al que refiere el recurrente, guarda relación, en principio con este régimen (transición) y luego, con los parámetros o mecanismos de sostenibilidad en las prestaciones que la Corte Constitucional requiere. El Consejo Directivo del ISSFA, en esa medida, dicta la Resolución No 21-15.2, por medio de la cual aprueba las fórmulas de cálculo de la pensión de retiro, invalidez y muerte y que, en su Art. 1 señala: "*Aprobar el mecanismo técnico que comprende la aplicación del promedio de los últimos 48 haberes militares como base de cálculo para el otorgamiento de las pensiones de retiro, invalidez y muerte (montepío), durante el período de transición que mantendrá vigencia desde el 4 de mayo de 2021 hasta la promulgación y publicación de la nueva Ley que norme el régimen especial de seguridad social de las Fuerzas Armadas*". Resolución vigente indudablemente y de obligatorio cumplimiento por su carácter general, tal cómo se señala en su disposición final: "*La presente resolución entrará en vigencia a partir de su aprobación por el Consejo Directivo del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial; sin embargo, para la ejecución de sus efectos jurídicos materiales, se considerará la fecha de publicación de la sentencia de inconstitucionalidad n.º 83-16-IN/21 en la Edición Constitucional 168 del Registro Oficial, esto es, desde el 4 de mayo de 2021*". El Acuerdo No. 220035 que, aplica las fórmulas de cálculo, antes descrita, referente a fijar la pensión de retiro del accionante, es lo que considera vulnera sus derechos constitucionales. En todo caso, no es la acción de protección el mecanismo para corregir un posible error de cálculo de pensiones, para ello está previsto de manera clara y previa los procesos contenciosos administrativos especializados en el orden legal; como tampoco la acción de protección es vía idónea para revisar la constitucionalidad de la Resolución No 21-15.2. **3.3.- Principio de progresividad y no regresividad de los derechos**: Este principio ya fue considerado en la misma sentencia constitucional en la que el demandante fundamenta su acción, en esta señala expresamente: "*...277. Al respecto, esta Corte ha señalado que el goce y ejercicio de los derechos no puede ser disminuido si no es en virtud de una razón plenamente justificada en la Constitución o en alguna norma que forme parte del bloque de constitucionalidad. Es así que el principio de progresividad y no regresividad, "limita el margen de decisión tanto en la normativa como en las políticas públicas que tienen los órganos estatales, estableciendo que dichas decisiones no pueden empeorar injustificadamente las condiciones generales en el ejercicio de un derecho" (...) La*

obligación de no regresividad no es una prohibición absoluta, sino que presume la invalidez de una medida regresiva de derechos e impone la carga de justificación en el Estado. Por lo que esta Corte reconoce que el Estado puede enfrentar dificultades para mantener un grado específico de protección de un derecho que había sido alcanzado, lo que implica de una u otra manera, que la prohibición de posibles retrocesos no puede ser absoluta. Por ello, se entiende que cualquier retroceso en la protección de los derechos, debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable…". Argumento con el que, justifica no únicamente la revisión de los parámetros de aportes y prestaciones, sino la disposición al Consejo Directivo del ISSFA y el Consejo Directivo del ISSPOL, *de preparar un régimen de transición que asegure que no exista un déficit en el sistema de seguridad social*, fijando la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas en el riesgo de colapsar todo el sistema de seguridad social, señalando igualmente: "*…la Corte Constitucional ha reconocido que la disminución de este derecho a través, por ejemplo, de ajustes a los aportes y beneficios, solo puede adoptarse cuando exista una razón plenamente justificada en la consecución de otro derecho constitucional, y siempre que las medidas adoptadas sean proporcionales y razonables…*". **3.4.- Derecho a la seguridad social**: En cuanto a este derecho, la misma demanda se basa en un derecho concebido por la seguridad social (pensión de retiro militar), de modo que el Estado está garantizando esta prestación en favor del accionante. La Constitución de la República en su Art. 369, señala: "*El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley. Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud*". Siendo este el entorno fundamental que cubre la garantía o el derecho a la seguridad social en el marco constitucional y que el accionante está siendo beneficiario en la medida que se está favoreciendo de una pensión por retiro al que ha justificado ante el órgano prestador, tener derecho. Ahora, el monto de dicha pensión si bien podría afectar su derecho económico, de ninguna manera este error en el cálculo comprende una afectación a su derecho constitucional a la seguridad social, entendiendo que este derecho cubre contingencias mínimas que pueden ser mejoradas a través de la ley. Finalmente y coincidiendo con el Juez Aquo, la acción no reúne los requisitos de procedencia establecidos en el Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, siendo que, como ha quedado expresado, no existe violación de derechos constitucionales y si existe otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho que se aduce violentado. Consecuentemente, este Tribunal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LEYES DE LA REPUBLICA**, rechaza el recurso deducido. Ejecutoriada la presente sentencia, por medio de Secretaria, cúmplase con lo establecido en el Art. 86 número 5 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el Art. 25 número 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. **NOTIFÍQUESE.-**

CHAMORRO GONZALEZ OSCAR GONZALO

JUEZ (e)(PONENTE)

OTAVALO CASTRO ROBERTO ANTONIO

JUEZ (e)

ROVALINO JARRIN FABRICIO

JUEZ

CORTE PROVINCIAL DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA DE JUSTICIA DE PICHINCHA - SALA ÚNICA LABORAL
SECRETARÍA
Quito - Ecuador

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
Firmado por ROBERTO ANTONIO CHAMORRO GONZALEZ
C=EC
L=QUITO
CI 1003862398

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
Firmado por FABRICIO EDMUNDO ROVALINO JARRIN
C=EC
L=QUITO
CI 1709739575

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
Firmado por ROBERTO ANTONIO OTAVALO CASTRO
C=EC
L=LATACUNGA
CI 1001543733

FUNCIÓN JUDICIAL

198101800-DFE

En Quito, miércoles ocho de marzo del dos mil veinte y tres, a partir de las dieciséis horas y cuarenta y seis minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA que antecede a: DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS CRNEL E.M.C. FRANK LANDAZU en el correo electrónico jrosero@issfa.mil.ec, aldrindp@yahoo.es. DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS CRNEL E.M.C. FRANK LANDAZU en el casillero electrónico No.1802770410 correo electrónico aldrindp@yahoo.es, adiaz@issfa.mil.ec. del Dr./Ab. WILSON ALDRIN DIAZ PUGLLA; DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS CRNEL E.M.C. FRANK LANDAZU en el casillero No.1844, en el casillero electrónico No.0103909941 correo electrónico angie_ait@hotmail.com, aizquierdo@issfa.mil.es, aizquierdo@issfa.mil.ec. del Dr./Ab. ANDREA ISABELA IZQUIERDO TACURI; MEJIA MAYA MANUEL VINICIO en el correo electrónico liz@escorzaberrera.com. MEJIA MAYA MANUEL VINICIO en el casillero No.775, en el casillero electrónico No.1722555131 correo electrónico liz.car.eb@gmail.com, liz@escorzabarrera.com, vinivinchi@yahoo.es, vicentepaultobar@gmail.com. del Dr./Ab. LIZ CAROLINA ESCORZA BARRERA; PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO DR. IÑIGO SALVADOR CRESPO en el casillero No.1200 en el correo electrónico inigo.salvador@pge.gob.ec, secretaria_general@pge.gob.ec, alexandra.mogrovejo@pgr.gob.ec, notificaciones-constitucional@pge.gob.ec. No se notifica a: JEFE DE COTIZACIONES (E) ING. ROTHMAN CORNEJO C. SERV. PUBLICO, JUNTA DE CALIFICACION DE PRESTACIONES DR. PATRICIO REINOSO RUIZ TCN. JUS, PRESIDENTE, VOCAL F. A. DR. XAVIER CARRERA NORITZ TNRN. ESP. AVC., VOCAL F. N. AB. HERNAN TERAN NUÑEZ TNVN JT, por no haber señalado casillero electrónico. Certifico:

HURTADO FLORES MANUEL ANTONIO

SECRETARIA

FUNCIÓN JUDICIAL
DOCUMENTO FIRMADO ELECTRONICAMENTE

Firmado por MANUEL ANTONIO HURTADO FLORES
C = EC
L = QUITO
CI 0703378265

Razón: Siento por tal que las cinco copias que anteceden son iguales a sus originales tomadas de la Acción de Protección No. **17230-2022-08696** seguido por **AB. LIZ ESCORZA BARRERA PROCURADORA JUDICIAL DEL MAYOR MANUEL VINICIO MEJIA MAYA** en contra del DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS (ISSFA).- CERTIFICO.

Quito, 17 de marzo de 2023

DR. MANUEL HURTADO FLORES
SECRETARIO