

- cuarenta uds -

BRAVOL GONZALEZ LEONARDO ENRIQUE

JUEZ PROVINCIAL

VOTO SALVADO DEL JUEZ PROVINCIAL, SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA, BRAVOL GONZALEZ LEONARDO ENRIQUE.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA. Loja, lunes 28 de septiembre del 2020, las 16h27.

VISTOS: Estoy de acuerdo con la sentencia; sin embargo considero necesario agregar que el suscrito juez, desde la Acción de Protección Nro. 2019-06294, propuesta por YURIDIA MERCEDES MONTERO JIMENEZ, ha expresado su criterio en el sentido de que el derecho de la parte actora, a una reparación patrimonial por la violación de sus derechos, no es precisamente percibir las remuneraciones que ha dejado de recibir por todo el tiempo que ha pasado desde que fue separada del cargo hasta su reintegro, sino una indemnización que represente el valor de las remuneraciones desde que propuso la demanda. En efecto, con ponencia de este mismo Juez, se resolvió en aquel proceso constitucional y en los siguientes que se encontraban en similar situación:

'Se trata, como señalamos, de indemnizar por los perjuicios sufridos; indemnización que debe concederse en forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso. En este sentido se ha venido disponiendo que, como medida de reparación material, se pague a la parte accionante las remuneraciones que ha dejado de percibir, desde que se produjo la separación de su cargo vulnerando derechos constitucionales, con descuento de lo que haya percibido en lo público o en lo privado. Así se resolvió en muchas acciones de protección, sobre casos similares¼ .

Sin embargo, dicho criterio, en cuanto a que debe pagarse las remuneraciones dejadas de percibir desde la violación del derecho, debe actualizarse con nuevas consideraciones, que tomen en cuenta criterios de proporcionalidad y razonabilidad, sobre todo cuando las acciones de protección han sido presentadas luego de transcurrido mucho tiempo desde la violación del derecho constitucional, que si bien no tiene incidencia en cuanto a la procedencia de la acción, dado que no hay normas que

establezcan plazos o términos de caducidad o de prescripción, sí tiene incidencia en la modulación de la reparación patrimonial, dado que el derecho no es a gozar las remuneraciones dejadas de percibir, sino a una indemnización patrimonial proporcional y justa en cada caso concreto, como enseña la doctrina.

En efecto, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia, Nro. SU. 556 de 2014, la Corporación señala en lo principal:

"3.6.3. Del anterior recuento jurisprudencial de las distintas etapas, encuentra esta Corte que se ha mantenido invariable la regla conforme a la cual, cuando se desvincula sin motivación a un servidor público que se encontraba nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, lo que procede es ordenar la nulidad del acto, como mecanismo para la protección de los derechos a la estabilidad laboral, a la igualdad y al debido proceso. No obstante, en cuanto hace a las medidas de restablecimiento, se han ido desarrollando algunos matices, puesto que primero se evolucionó en la dirección de reconocer no solamente el reintegro del funcionario como una consecuencia natural de dejar sin efectos el acto de desvinculación, sino también el pago a su favor de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta su efectiva reincorporación, pero luego se han introducido criterios que, por consideraciones de equidad, limitan esa regla.

3.6.3.1. Como se ha mostrado, el primero de esos criterios alude a que la orden de pago de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de desvinculación hasta que se efectuara el reintegro al cargo que venía desempeñando en provisionalidad, sólo surte efectos hasta el momento en el que el respectivo cargo hubiere sido provisto a través de concurso de méritos. Esta regla de decisión parte de la consideración conforme a la cual carece de soporte la orden de pagar salarios y prestaciones por un periodo en el cual el servidor público ya se encontraría desvinculado del cargo por una decisión ajustada a la Constitución y a la ley, esto es, porque el cargo que ocupaba en provisionalidad ya habría sido provisto mediante concurso.

El segundo, por su parte, alude al eventual descuento que debe ordenarse a la suma total correspondiente al concepto de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, cuando la persona afectada con el retiro discrecional haya recibido otras sumas del tesoro público por virtud de su desempeño en otros cargos de naturaleza pública durante el interregno que estuvo desvinculada.

Finalmente, conforme a un tercer criterio, aplicado en un solo caso por la Sala Cuarta de Revisión, en la Sentencia T-961 de 2011, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir solo se ordena en sede constitucional, a partir del momento en el que se presentó la acción de tutela

3.6.3.2. El anterior recuento muestra que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre el tema

de la estabilidad laboral relativa de los servidores públicos vinculados en provisionalidad, se ha manifestado la existencia de una tensión constitucional entre, por un lado, el alcance de las medidas de protección de quien ha sido desvinculado con desconocimiento de su derecho a la estabilidad y, por otro, la proporcionalidad del reconocimiento que a título de indemnización está llamado a percibir, a la luz del carácter precario de su estabilidad y de la necesidad de que tal reconocimiento tenga una efectiva conexidad con la afectación de los derechos que se encuentran en juego.

Esta necesidad de limitar el alcance de la orden de protección se origina en la evidente desproporción que, en razón de la congestión judicial y la consiguiente mora en la adopción de las decisiones de protección, se produce cuando quien tiene un título precario de estabilidad, accede a un reconocimiento patrimonial que abarca periodos de varios años y excede el ámbito de lo que pudiera considerarse como reparación o compensación por el efecto lesivo del acto de desvinculación. En esa línea, cabe señalar que los remedios hasta ahora ensayados por la Corte, si bien ofrecen una respuesta parcial, y, ciertamente, marcan un derrotero en la consideración del asunto, resultan claramente insuficientes. Así, la decisión de limitar el pago de salarios y prestaciones hasta el momento en el que el respectivo empleo haya sido provisto mediante concurso, si bien responde a una lógica impecable, no resulta suficiente desde el punto de vista de la equidad, porque no ofrece respuesta para los eventos, que son muchos, en los que la convocatoria de los concursos se dilata indefinidamente en el tiempo. En esas hipótesis, quien hubiese sido desvinculado sin motivación estando en provisionalidad en un cargo de carrera, continuaría acumulando salarios y prestaciones, por periodos no laborados, durante todo el tiempo que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y, si fuere del caso, la constitucional, tardase en resolver de manera definitiva el asunto. A su vez, la determinación de descontar lo que la persona afectada hubiese devengado del tesoro público durante el periodo por el que deben reconocerse los salarios y prestaciones dejadas de percibir, no es consistente con la consideración de que, desde la perspectiva de la ausencia de causa para ese pago, la misma razón resulta predicable en aquellos eventos en los que la persona ha desempeñado un empleo remunerado en el sector privado o ha generado su propio ingreso como trabajador independiente. Finalmente, en sentido contrario, la previsión conforme a la cual el pago solamente se reconoce a partir del momento en la que se presentó la solicitud de amparo constitucional, no resultaría de recibo en aquellos eventos en los que la protección se brinda por el juez de tutela de primera instancia, caso en el cual el reconocimiento sería irrisorio.

De ahí que no exista claridad en relación con las medidas que, por vía de consecuencia, han de adoptarse de manera complementaria para el restablecimiento de los derechos; cuestión que, a la luz de los efectos que en los casos particulares ha tenido la decisión de amparo constitucional, impone la

necesidad de una consideración específica del asunto.

3.6.3.3. En este orden de ideas, cabe señalar que el fundamento para la orden de pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir, no puede tenerse como una consecuencia automática de la nulidad del acto de desvinculación porque, si bien, en general, el resultado de la nulidad es la de que las cosas se retrotraen hasta el momento en el que se produjo el acto invalidado, tal efecto no es posible en este caso, puesto que, aunque sería posible disponer el pago retroactivo del salario, no es posible hacer lo propio con la prestación del servicio. Si el salario está indisolublemente ligado a la prestación del servicio, en ausencia de éste, desaparece la causa para el pago de aquel.

En este evento, es forzoso concluir que, si los salarios dejados de percibir no se pueden concebir como un pago retroactivo del servicio, porque éste no se prestó y ya no es posible su prestación, sólo cabe interpretar que el pago se dispone como una modalidad de indemnización de perjuicios. Sin embargo, como pasa a explicarse, esta aproximación conduce a un resultado claramente desproporcionado y, por consiguiente, contrario a principios constitucionales y legales de indemnización, que establecen que *<<dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.>>*⁴⁵ ¼ °.

¼ °

En dicha Sentencia, la Corte de Colombia, concluye fijando como regla jurisprudencial:

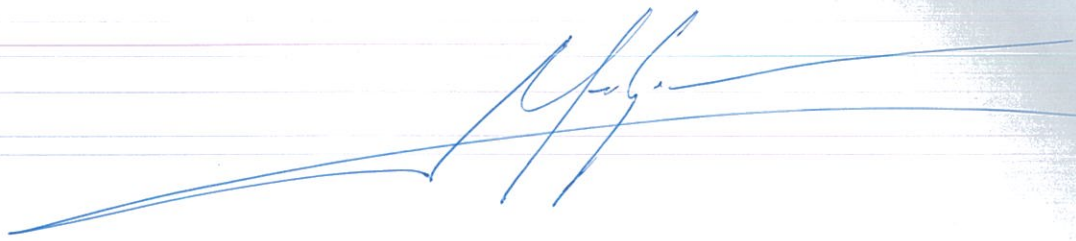
^a 3.6.3.13.8. Conforme con lo expuesto, las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: (i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.⁹

De acuerdo con dicha doctrina, la primera precisión es que por la nulidad del acto violatorio de

derechos, lo procedente no es mandar a pagar remuneraciones, dado que las mismas sólo pueden ser consecuencia de un trabajo efectivo, sino una indemnización por el daño sufrido, que debe establecerse atendiendo a criterios de equidad, justicia y proporcionalidad, capaz que la indemnización no resulte irracional en cada caso concreto.

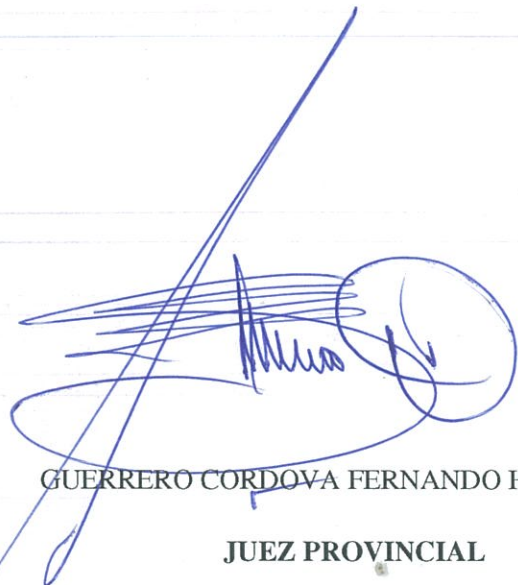
En este orden de ideas, ha de tenerse en cuenta en este caso concreto, el principio general del derecho sobre que nadie puede beneficiarse de su propia incuria, lo cual es necesario tener en cuenta en la especie, dado que al no haberse justificado la tardanza en interponer la presente acción (a los dos años y tres meses), es posible inferir que hubo incuria de parte del actor, y por lo tanto mal puede beneficiarse del pago de una indemnización patrimonial equivalente a las remuneraciones que ha dejado de percibir desde que fue separado de su puesto con vulneración de derechos, siendo por ello que el Tribunal de la Sala, mandará a pagar una indemnización que comprenda un monto que represente el valor de las remuneraciones que dejó de percibir desde que presentó esta Acción de Protección, como ha sido precisamente uno de los criterios de la Corte de Colombia, con la aclaración de que si bien es cierto que su criterio vigente es que se mande a pagar un valor que represente no menos de 6 meses ni más de dos años, también es cierto que esto encontraría explicación en el hecho de que los Colombianos no pueden interponer la acción de tutela constitucional inmediatamente de ocurrida la vulneración, sino agotando la justicia ordinaria (que es precisamente uno de los temas que se tiene en cuenta en dicha sentencia), por cuanto están inmersos en un sistema residual, que no es el caso Ecuatoriano en donde la acción puede presentarse inmediatamente de producida la violación del derecho, por el carácter subsidiario de la Acción de Protección, por manera que el retardo en su interposición no puede atribuirse al sistema jurídico del Estado, sino a la propia culpa del accionante, con consecuencias en el campo indemnizatorio.^o

Así el criterio del suscrito Juez, en cuanto a los fundamentos por los cuales se viene mandando a pagar una indemnización patrimonial que represente las remuneraciones que ha dejado de percibir la parte accionante, desde la presentación de la demanda. Diría que el fundamento central es el indicado principio general del derecho; el hecho de no haber justificado razonablemente la demora en ejercer la Acción de Protección; y, que el derecho no es a que se paguen las remuneraciones dejadas de percibir, dado que las mismas son legítimas frente a un trabajo devengado, sino a percibir una indemnización patrimonial razonable en las circunstancias de cada caso concreto.- Hágase saber.



AGUIRRE TORRES MARCO BORIS

JUEZ PROVINCIAL (PONENTE)



GUERRERO CORDOVA FERNANDO HUMBERTO

JUEZ PROVINCIAL



BRAVOL GONZALEZ LEONARDO ENRIQUE

JUEZ PROVINCIAL

- 215 -

- cuarenta u cinco -

En Loja, martes veinte y nueve de septiembre del dos mil veinte, a partir de las dieciseis horas y trece minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la RESOLUCIÓN que antecede a: JARAMILLO GAONA FRANCISCA MELINA en el correo electrónico celi.walter@yahoo.es, en el casillero electrónico No. 1102771811 del Dr./Ab. WALTER VINICIO CELI SARMIENTO. JIMENEZ CASTILLO MAGDALENA en la casilla No. 9999 y correo electrónico yanandrade72@hotmail.com, en el casillero electrónico No. 1103000772 del Dr./Ab. YAN SEBASTIAN ANDRADE ROJAS; en la casilla No. 9999 y correo electrónico gquzhpe@defensoria.gob.ec, en el casillero electrónico No. 1103768154 del Dr./Ab. GLENDA KARINA QUIZHPE HIDALGO; en la casilla No. 877 y correo electrónico ruiiovasanchezantonio@gmail.com, en el casillero electrónico No. 1103931539 del Dr./Ab. ANTONIO ISRAEL RUILOVA SÁNCHEZ; en la casilla No. 284 y correo electrónico consultoriojuridicoruilova@hotmail.es, en el casillero electrónico No. 1100278538 del Dr./Ab. ANTONIO SEVERINO RUILOVA PINEDA. DISTRITO DE POLICÍA NACIONAL ESPÍNDOLA en el correo electrónico jocastillosanchez@gmail.com; LUDENA MEDINA MARIA ALEXANDRA en la casilla No. 25 y correo electrónico maria.ludena@funcionjudicial.gob.ec; MENESES SOTOMAYOR MARIA CRISTINA en la casilla No. 60 y correo electrónico notificaciones.loja@defensoria.gob.ec, llabanda@defensoria.gob.ec, mmeneses@defensoria.gob.ec, gbetancourt@defensoria.gob.ec; NARVAEZ ABAD LUIS ANTONIO en la casilla No. 238 y correo electrónico lnarvaez@loja.gob.ec, varboleda@loja.gob.ec, carevalo@loja.gob.ec, wcordova@loja.gob.ec, dsempertegui@loja.gob.ec, jmoroch@loja.gob.ec, elipatty@hotmail.es, jabad@loja.gob.ec.
Certifico:

ALVEAR SARMIENTO GABRIELA VERONICA
SECRETARIO RELATOR (E)

MARCO.AGUIRRE