



Juicio No. 13354-2019-00089

JUEZ PONENTE: DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA, JUEZA NACIONAL (PONENTE)

AUTOR/A: DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Quito, jueves 13 de enero del 2022, las 09h27. **VISTOS:**

ANTECEDENTES:

a) Relación circunstanciada de la decisión impugnada: Ana Concepción Quijije Mero, cónyuge superviviente de Ciro Procopio Baque (fallecido), ex trabajador del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Manta, provincia de Manabí, inició juicio de trabajo en contra de Jorge Orley Zambrano Cedeño y Fienco Pita Olivares en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Manta, provincia de Manabí, respectivamente. La entidad accionada presentó recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, el 02 de marzo de 2020, las 10h48 (fs. 20 a 53). Esta decisión reformó la de primer nivel ordenando el pago en favor de la accionante de las diferencias de pensiones jubilares mensuales, décima tercera pensión jubilar y décima cuarta pensión jubilar, correspondientes al ex trabajador.

b) Actos de sustanciación del recurso: De la mencionada decisión la entidad accionada presentó recurso extraordinario de casación. Previo a pronunciarse sobre la admisión, la doctora Liz Mirella Barrera Espín, Conjueza (E) de la Corte Nacional de Justicia, mediante providencia de 25 de agosto del 2020, las 12h37, ordenó que la recurrente complete y aclare en puntos específicos el recurso presentado. Una vez cumplido tal requerimiento, la conjueza referida, a través de auto de 24 de noviembre del 2020, las 11h05, lo admitió a trámite por los casos tres y cinco del artículo **268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)**.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

PRIMERO: Competencia: Este Tribunal de la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, conformado por las Juezas: doctora Katerine Muñoz Subía (Ponente), doctora María Consuelo Heredia Yerovi, y doctora Enma Tapia Rivera, es competente para conocer y resolver el recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de República, que dispone: *“ Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las*

siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley.^o, artículo 184 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prescribe: *“Las diferentes salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia conocerán los recursos de casación y revisión en las materias de su especialidad y los demás asuntos que se establecen en la ley.^o”*; artículo 191 numeral 1 ibídem, que prevé: *“La Sala Especializada de lo Laboral conocerá: 1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones laborales nacidas del contrato individual de trabajo;^o”* en concordancia con el artículo 269 del COGEP; y del sorteo de fecha 10 de noviembre de 2021 que obra a fs. 82 del expediente de casación.

SEGUNDO.- Fundamento del recurso de casación: La accionada denuncia que en la sentencia dictada por el tribunal *ad quem* se infringieron las siguientes disposiciones: artículos 76 numeral 1, 82, 168 numeral 6 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 216 del Código de Trabajo; artículos 7, 57 letra a) y Disposición Transitoria Trigésimo Primera del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (en adelante COOTAD); artículos 18 y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial; y artículo 2 de la *“ORDENANZA REFORMATORIA A LA EXPEDIDA EN 10 DE DICIEMBRE DE 2001 SOBRE LA REGULACIÓN DE LA JUBILACIÓN PATRONAL Y LA PENSIÓN JUBILAR PATRONAL DE LOS TRABAJADORES DE LA ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE MANTA^o”* (en adelante ordenanza).

TERCERO.- Del recurso de casación: El recurso extraordinario de casación es un mecanismo de impugnación que mira fundamentalmente al interés público, dado que sus dos propósitos fundamentales son: **i)** precautelar el cumplimiento del derecho objetivo, y **ii)** la unificación de la jurisprudencia. Lo dicho sin descartar el indudable interés privado que se exterioriza cuando una de las partes involucradas recurre para ser beneficiada por el resultado del fallo en casación.

El primer propósito de este recurso extraordinario se torna fundamental, pues se traduce en la defensa de la legalidad, constituyendo en esencia una demanda en contra de la sentencia cuestionada, siendo que el examen o verificación de la corte de casación se dirige al cumplimiento de los postulados legales y constitucionales del ordenamiento jurídico.

Mientras que el segundo propósito procura dotar de coherencia al ordenamiento jurídico, valiéndose incluso de la creación judicial del derecho, si aceptamos que aquel debe dinamizarse frente a las necesidades cambiantes de la sociedad.¹ De ahí es que, dentro de nuestro marco constitucional la

¹ El valor de la jurisprudencia se justifica por el rol que se ha asignado a los órganos judiciales dentro del Estado constitucional [¼] en consecuencia, es al juzgador a quien le toca trasladar la generalidad y abstracción de los principios y reglas que conforman el ordenamiento jurídico hacia la concreción del caso, puesto que representa una dinamización del derecho a las cambiantes necesidades del momento. Pamela Juliana Aguirre Castro, ^aEl

jurisprudencia constituye \pm también- una innovadora fuente de derecho, como lo podemos entender si miramos al contenido de los artículos 11 numeral 8 y 185 de la Constitución de la República.

Se trata de un medio de impugnación extraordinario, pues no cabe contra toda clase de sentencia o auto \pm conforme el artículo 266 del COGEP-, y procede por lo general una vez agotados los recursos ordinarios.² Es limitado, dado que el análisis del tribunal de casación se remite exclusivamente a los argumentos denunciados por los recurrentes, en cumplimiento del principio dispositivo previsto en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución. Es taxativo y técnico, considerando que su procedencia se condiciona exclusivamente a los casos determinados en la ley \pm artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)- y a la técnica casacional ahí regulada que se torna en una obligación indispensable para quien recurre.

Finalmente, no se debe obviar que la casación tiene un indudable fundamento constitucional \pm artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador-, si afirmamos que la aplicación del derecho en todas sus manifestaciones parte del efecto de irradiación de la Norma Primera, dotando de coherencia y unidad al ordenamiento jurídico a partir de sus postulados. De ahí que, este recurso extraordinario, al considerar tanto el interés público como el privado, tiene \pm más allá de la defensa de la legalidad- indudables connotaciones políticas en procura de un ejercicio jurisdiccional que se exprese en la realización de justicia, que es el propósito final de los derechos y garantías consagrados en la Constitución de la República.³

CUARTO.- Audiencia: El artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, ha establecido que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. Por lo que este Tribunal, dentro del término previsto en el artículo 272 del COGEP y de conformidad con las reglas generales previstas para las audiencias, consignadas del artículo 79 al 87

precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico°, CEP- UASB, Quito, 2019. Pág. 132.

2 Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá \pm Colombia 2008. Pág. 114.

3 Por la importancia del recurso frente al cumplimiento del derecho objetivo, a la unificación y desarrollo jurisprudencial, así como por la reparación del agravio sufrido por las partes, tiene claros efectos políticos, razón por la cual ha sido consagrado expresamente en ordenamientos constitucionales [¼] basta con que haya infracción de un precepto, garantía o derecho constitucional para que pueda formularse un cargo en Casación en forma autónoma por el recurrente [¼] *Ibíd.* Pág. 112.

ibidem, convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la misma que se señaló para el 16 de noviembre de 2021, a las 09h00. La que, ante el fallecimiento de la actora de esta causa, fue diferida hasta tanto sus herederos justifiquen tal calidad, y por ende su legitimidad para actuar en el proceso. Una vez cumplidas estas últimas exigencias, y con la designación de procurador común en la persona de Edison Daniel Baque Quijije y previo la citación por la prensa a los herederos presuntos y desconocidos, se convocó a audiencia de fundamentación del recurso de casación, la misma que se llevó a efecto el 21 de diciembre de 2021, a las 10h00.

Finalmente, una vez concluido el debate se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 273 *Ut Supra*.

QUINTO.- Contextualización de los argumentos reproducidos por la entidad casacionista con fundamento en los casos tres y cinco del artículo 268 del COGEP.

Es de advertir que, para la contextualización del recurso se considerará, a más del libelo de casación, el escrito presentado el 01 de septiembre de 2020 mediante el cual la recurrente cumplió completando y aclarando los puntos observados por la conjueza competente.

5.1 Por el caso tres.

Alega la casacionista que el fallo de segundo nivel se han infringido los artículos 168 numeral 6 y 169 de la Constitución de la República y artículos 18 y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prevén el principio dispositivo. En este sentido, denuncia que la sentencia de apelación es incongruente pues ordenó la satisfacción de las décimas tercera y décima cuarta pensiones jubilares, sin que hubieren sido pretendidas por la accionante en su demanda; configurándose así el vicio de *ultra petita* al resolverse más allá de lo solicitado. Cuestión que supone contradicción con el artículo 168 numeral 6 de la Constitución que prevé el principio dispositivo, entendiéndose que *“El juez no puede cambiar los términos del debate ni decidir una cuestión que no haya sido introducida previamente y sobre la cual no se haya generado contradicción”*.

Agrega que, en el libelo inicial la actora reclamó un retroactivo de pensión jubilar y el derecho de los herederos a tal beneficio derivado del artículo 217 del Código de Trabajo. Y si bien, la décima tercera y cuarta pensiones son accesorias a la jubilación patronal, las juezas están proscritas de conceder más allá de lo pretendido. De ahí que, al disponer el pago de estas últimas pensiones adicionales, se vulneró también el derecho a la seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República.

5.2 Por el caso cinco.

La institución accionada manifiesta que en la decisión atacada se aceptó un aumento indiscriminado de la pensión jubilar patronal y pensiones accesorias. Las que se encontraban reguladas en la ordenanza correspondiente, al tenor de la regla segunda inciso segundo del artículo 216 del Código de Trabajo. Lo dicho, a pesar que, las juezas de instancia reconocen que, conforme el artículo 216 del Código de Trabajo, los gobiernos autónomos descentralizados tienen la facultad de regular la jubilación patronal por medio de ordenanzas.

Luego, agrega que el artículo 425 de la Constitución *“señala que las normas se aplicarán por su competencia”*. Entonces, la entidad accionada ha procedido conforme a los artículos 7 y 57 letra a) del COOTAD, atendiendo a la regulación de la regla segunda inciso segundo del artículo 216 del Código de Trabajo. Normas que habilitan para que los consejos municipales regulen la jubilación patronal mediante ordenanzas, acuerdos o resoluciones. De ahí que, la accionada expidió la ordenanza en cuyo artículo 2 se lee: *“Que el trabajador jubilado pueda acceder al cobro de la pensión jubilar de USD \$ 20.00 mensuales”*.

No obstante *±dice quien recurre-* el tribunal de segundo nivel decidió no aplicar dicha ordenanza. Fundamentando de forma equivocada que no se encuentra vigente, pues, se incumplió con la actualización dispuesta en la Disposición Transitoria Trigésimo Primera del COOTAD. Si bien *± continúa-* tal disposición ordena la referida actualización en el plazo de 6 meses, no dispone que la omisión de este mandato implique la derogación de las ordenanzas. En tal razón, las juezas debían aplicar la regla segunda inciso segundo del artículo 216 del Código de Trabajo y el artículo 2 de la ordenanza en mención.

Agrega que la indebida aplicación del artículo 216 (regla primera) y la falta de aplicación de la regla segunda inciso segundo del Código de Trabajo vulneró el derecho a la seguridad jurídica prevista en el artículo 82 de la Constitución de la República. Entendiendo que la ordenanza que regula la pensión jubilar y que debía aplicarse en la causa, es una norma vigente, previa, clara y pública, sin que se encuentre derogada o se hubiere declarado su inconstitucionalidad. Siendo que, de existir duda sobre la constitucionalidad de la ordenanza, no se debía dejar de aplicarla; más bien *±en este escenario-* lo correcto era suspender el proceso y remitirlo a la Corte Constitucional para que determine su conformidad con la Constitución.

Además *±sostiene la accionada-* se infringe también el artículo 76 numeral 1 *ibídem*, pues el tribunal *ad quem* no garantizó la aplicación de las disposiciones señaladas ni los derechos de las partes. De ahí que *±argumenta la casacionista-* en el fallo cuestionado, se configuró la indebida aplicación del artículo 216 (regla primera) del Código de Trabajo, pues, la norma que regula el caso es la regla segunda inciso segundo *ibídem*, por lo que se debió considerar la ordenanza referida; la que en su

artículo 2 regula en USD \$ 20,00 el pago por concepto de jubilación patronal.

Manifiesta la entidad recurrente que los yerros configurados fueron determinantes y decisivos en la parte resolutive de la sentencia cuestionada. Esto, dado que, el valor por concepto de pensión jubilar mensual aumentó a USD \$ 155,19, causando un grave perjuicio a la institución accionada. Sin considerarse que es equivocado ordenar el pago de retroactivo por este derecho, la re liquidación de las décima tercera y décima cuarta pensiones jubilares, y el año previsto en el artículo 217 *ibídem* en favor de los herederos del ex trabajador. Teniendo en cuenta que la entidad demandada ha cancelado la cantidad de USD \$ 20,00 por concepto de pensión jubilar mensual; es decir, el derecho a la jubilación patronal ha sido satisfecho en su totalidad.

La casacionista señala que la motivación desarrollada en el voto salvado de la jueza Yolanda García Montes es la correcta. Pues, sostiene que el artículo 216 (regla primera) del Código de Trabajo no es aplicable a la causa. Por el contrario, se debió aplicar la regla segunda inciso segundo *ibídem*, y por ende la ordenanza en mención que regula la pensión jubilar mensual.

En suma, concluye que en el fallo cuestionado se vulneró los artículos 76 numeral 1 y 82 de la Constitución de la República además de la regla segunda inciso segundo del artículo 216 del Código de Trabajo. Considerando que, en el caso, lo correcto es aplicar la ordenanza para determinar la pensión jubilar mensual que le correspondía al ex trabajador.

Finalmente, cita la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia dentro del Juicio No. 19332-2017-00397 (Jueza Ponente: Katerine Muñoz Subía). Caso análogo en él que *±dice-* se resolvió casar la sentencia *“ por estas violaciones alegadas”*.

SEXTO.- PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER:

6.1 Por el caso tres: en el fallo impugnado ¿se configuró el vicio de *ultra petita* pues se otorgó más allá de lo solicitado por la accionante en su demanda, al ordenarse en su favor el pago de las décima tercera y décima cuarta pensiones jubilares?

6.2 Por el caso cinco: ¿se configuró o no la indebida aplicación del artículo 216 regla primera del Código de Trabajo dado que la pensión jubilar mensual que le corresponde percibir al actor es la prevista en la ordenanza expedida para el efecto por el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Manta?

SÉPTIMO.- RESOLUCIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN:

7.1 Decisión impugnada:

ª (¼) ratificando la existencia de la aludida relación contractual amparada por el Código del Trabajo, desde el 1 DE AGOSTO DE 1980 HASTA EL MES DE MAYO DEL 2010, es decir por espacio de 29 AÑOS 10 MESES, CON UN ÚLTIMO SUELDO DE \$248,00, quien se encontraba cesante hasta la fecha de su fallecimiento ocurrido en el mes de febrero del año 2014 (¼) 8.5.1. Si bien es cierto, la accionada ha adjuntado al expediente a fojas 150 la ORDENANZA REFORMATORIA A LA EXPEDIDA EL 10 DE DICIEMBRE DE 2001 SOBRE LA REGULACIÓN DE LA JUBILACIÓN Y LA PENSIÓN JUBILAR PATRONAL DE LOS TRABAJADORES DE LA ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE MANTA, en la que se establece en el artículo 2 lo siguiente: " Que el trabajador jubilado pueda acceder al cobro de la pensión jubilar de USD \$ 20.00 mensuales, a partir del mes siguiente de presentada su renuncia¼º Es decir de la ordenanza citada se establece que se regular por concepto de pensión jubilar patronal, la cantidad de USD \$ 20.00, por concepto de jubilación patronal, más sin embargo por un gesto de humanidad se estableció en la contratación colectiva que por jubilación patronal se pagará el ª 5% de la remuneración básica unificada, siendo en base a este porcentaje que se calculó y pagó el retroactivo pro concepto de pensión jubilar patronal...º. Del texto que antecede la empleadora esto es el GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTON MANTA ha incumplido lo determinado en el CODIGO ORGANICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL, COOTAD, expedido en la Ley 0, publicado en el Registro Oficial Suplemento 303 de 19-oct.-2010.- Última modificación: 11-jun.-2015, en cuya DISPOSICIONES TRANSITORIAS.- TRIGESIMO PRIMERA.- Dentro del plazo de seis meses contados a partir de la vigencia de la presente Ley Reformatoria al Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, para su adecuada aplicación, los gobiernos autónomos descentralizados correspondientes deberán expedir, codificar y actualizar todas las ordenanzas establecidas en este Código, debiendo publicar en su gaceta oficial y en el dominio web de cada institución. (¼) consecuentemente al actor le asiste el derecho aplicando el Art. 216 del Código del Trabajo. (¼) Que de fs. 145 a 149 obran Kardex de Rol de Jubilados emitidos por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Manta, en copia certificada por la aludida entidad, fueron admitidos y practicados como prueba, de los que se desprende el PAGO DE PENSION JUBILAR PATRONAL a partir del mes de septiembre del año 2010 (octubre con un mes de atraso fs. 145) por $20,00 \times 4 = \$80,00$; de enero a diciembre del año 2011 $\$20,00 \times 12 = \$240,00$; de enero a diciembre del año 2012 $\$20,00 \times 12 = \$240,00$; de enero a diciembre del 2013 $\$20,00 \times 12 = \$240,00$; enero del 2014 $\$20,00$, valores que suman el total de USD \$800,00 (OCHOCIENTOS 00/100 DÓLARES AMERICANOS), estableciéndose el cumplimiento del pago de la jubilación patronal desde octubre del año 2010 y no desde el mes de junio del año 2010 como le correspondía.- 8.5.3. Con respecto al LITERAL i.-) RETROACTIVO DE PENSION

JUBILAR.- Con respecto a los valores reclamados por concepto de JUBILACION PATRONAL, este Tribunal procede a realizar el procedimiento matemático señalado en el Art. 216 del Código Laboral, estableciendo el valor que resulta de la suma de las remuneraciones percibidas en los últimos cinco años, obteniendo un total de USD\$ 22.860,25 este valor se divide para cinco años a fin de obtener el promedio anual de $22.860,25 / 5 = \$4.572,05$ multiplicado por el 5% = \$228,60, este valor multiplicado por los años de servicio = \$6.819,97, valor que es dividido por el coeficiente determinado en el Art. 218 del Código de Trabajo (68 años = 3,6622) = \$1.862,26 dividido por los doce meses, DETERMINÁNDOSE COMO PENSIÓN JUBILAR MENSUAL EL VALOR DE \$155,19 (CIENTO CINCUENTA Y CINCO 19/100 DÓLARES DE NORTEAMERICA) valor que deberá multiplicarse por cada uno de los meses a partir de su jubilación, esto es del mes de junio del año 2010 y por cuanto el ex trabajador falleció en el mes de febrero del año 2014, debieron sus derechohabientes recibir su jubilación hasta un año después de su fallecimiento, es decir 57 meses, que resulta de la operación aritmética: $155,19 \times 57 = \text{USD } \$8.845,83$ menos los valores justificados en su pago, que obran en los kardex agregados al proceso, cuyo pago fue además reconocido por el accionante, valores que suman un total de USD \$800,00, así como los valores justificados en su pago a través del Acta de Compromiso visible a fs. 137 a 138 vlt, por la cantidad de USD\$1.088,50, de cuya cálculo resulta el total por concepto de pensión jubilar la cantidad de USD \$6.957,33 (¼) 8.5.4. En lo que respecta al LITERAL j.-) DECIMA TERCERA PENSION JUBILAR PATRONAL (¼) por no encontrarse justificado tal reconocimiento de la parte accionada para con ex trabajador, corresponde por los 57 meses de jubilación, la cantidad de USD \$737,13 (¼) 8.6.- Con respecto al pago de la DECIMA CUARTA PENSION JUBILAR PATRONAL, adicional o accesorio al derecho a la pensión jubilar patronal. (¼) Las distintas Salas de la ex Corte Suprema de Justicia y de la actual Corte Nacional de Justicia, han considerado que los trabajadores jubilados tienen derecho a percibir la décimo tercera y la décimo cuarta remuneración (¼) Sin que se incurra además en ultra petita (¼) En consecuencia le corresponde: Periodo Junio 2010 a Febrero 2011 \$198,00, Periodo Marzo 2011 a Febrero 2012 \$292,00, Periodo Marzo 2012 a Febrero 2013 \$318,00, Periodo Marzo 2013 a Febrero 2014 \$340,00, sumando un total a favor del actor de \$1.148,00 (¼)°

7.2 Por el caso tres: en el fallo impugnado ¿se configuró el vicio de *ultra petita* pues se otorgó más allá de lo solicitado por la accionante en su demanda, al ordenarse en su favor el pago de las décimo tercera y décimo cuarta pensiones jubilares?

7.2.1 El caso tres previsto en el artículo 268 del COGEP, se produce: *° Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia°*

Este caso contempla vicios de naturaleza procedimental por incongruencia en la sentencia impugnada, identificados por faltar la debida correspondencia exigida entre lo decidido en el fallo frente a las pretensiones (demanda) y excepciones (contestación a la demanda).

Podemos reconocer tres clases de transgresiones que pueden afectar la congruencia de lo decidido. Así tenemos: *ultra petita* cuando el fallo resuelve más allá de pretendido en la demanda; *extra petita*, se configura al resolver cuestiones o puntos que no fueron materia del litigio⁴; y *citra petita*, ocurre al no resolverse sobre una de las pretensiones constantes en el libelo de demanda.

Al configurarse entonces uno de los tres motivos antes señalados, se entiende que la sentencia debe ser objeto de control de legalidad por parte de la Corte de Casación, dado que se encontraría afectada por vicios que atentan contra su congruencia o consonancia.

7.2.2 Al respecto, la casacionista, en lo fundamental, sostiene que el fallo cuestionado infringió el principio dispositivo y la seguridad jurídica, pues, concedió a la actora más allá de lo pedido en su demanda al equivocadamente ordenar el pago de las décimas tercera y cuarta pensiones jubilares.

Entonces, de lo señalado tenemos que la accionada acusa la configuración del vicio de *ultra petita* que ha sucedido según dice- cuando en la sentencia se concede más allá de lo pretendido en la demanda. Para verificar la alegación de esta anomalía corresponde comparar las pretensiones y excepciones frente a lo resuelto en el fallo cuestionado.

En el libelo inicial (fs. 81 a 84) vemos que la accionante como pretensiones reclama: *“ g) Reclamo el pago de retroactivo por concepto de pensión jubilar que recibió mi cónyuge señor BAQUE PROCOPIO CIRO, debido a que esta pensión en los años 2010, 2011, 2012 y 2013, ha sido calculada por el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Manta, de forma ilegal e improcedente, ya que no cumple con los presupuestos del Art. 21 del Contrato Colectivo en concordancia con el Art. 216 y siguientes del código de trabajo, ya que debió ser calculada de la siguiente manera: Por una suma equivalente al 5% del promedio de la remuneración anual percibida en los últimos cinco años, multiplicada por los años de servicio; en consecuencia la misma fue pagada de la siguiente manera desde el mes de junio de 2010 a septiembre de 2010, no recibió pago de pensión patronal, cuando le correspondía recibir 240,00\$, en los meses de octubre 2010 a diciembre 2010 recibió la cantidad de*

⁴Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá ± Colombia 2008, Pág. 422.

60\$, cuando debió recibir 172,22\$, en los meses de enero 2011 a diciembre de 2011, recibió la cantidad de 240,00\$, cuando debió recibir 792,00\$, en los meses de enero 2012 a diciembre 2012, recibió la cantidad de 240,00\$, correspondiéndole recibir la cantidad de 876,00\$ en los meses de enero de 2013 a diciembre de 2013, recibió la cantidad de 240,00\$, correspondiéndole recibir 954,00\$, en el mes de enero del año 2014 recibió por pago 20,00\$, cuando debió recibir 85,00\$; por este concepto el GAD Municipal del cantón Manta adeuda un monto de **2.319,22\$** como retroactivo de jubilación patronal. h) Reclamo el pago de lo establecido en el Art. 217 del Código de Trabajo (1/4)°.

Por otra parte, en la contestación a la demanda (fs. 153 a 156), sobre el pago del retroactivo de la pensión jubilar, la accionada sostiene: *“(1/4) No le asiste el derecho a la parte accionante al reclamo del retroactivo de la pensión jubilar (1/4) por cuanto de fecha 24 de abril de 2018 mediante informe No. I-DGTH-AEBL-2018-495, suscrito por la ex Directora de Talento Humano requiere al señor Alcalde de aquella época se cumpla con el pago de \$ 13,552.50 por concepto de terreno, por bono de renuncia o jubilación y retroactivo, de este valor recibió un anticipo de \$ 1.000 el 09 de enero de 2018. (1/4) Cabe indicar que al ex trabajador se le ha venido cancelando sus pensiones jubilares a las que tiene derecho (1/4)°.*

7.2.3 Debe observarse que, lo pretendido por la actora es el pago de retroactivo de la pensión jubilar (que le correspondía a su difunto cónyuge) de conformidad con el artículo 216 del Código de Trabajo en concordancia con el artículo 21 del Contrato Colectivo. Entendiendo por retroactivo los rubros que por tal concepto no fueron cancelados de forma completa por la entidad demandada, y la pensión jubilar mensual que no fue satisfecha en su momento.

Ahora bien, el derecho a la jubilación patronal se origina en el artículo 216 del Código de Trabajo, cuya pensión jubilar mensual deriva de la regla primera *ibídem*; sin olvidar también que esta disposición, en su regla segunda inciso segundo, prevé la regulación del pago de este derecho mediante ordenanza en el caso de los gobiernos autónomos descentralizados municipales y provinciales. Mientras en la regla tercera se regula su satisfacción mediante un fondo global, siendo que en este se deben incluir las pensiones mensuales *“y adicionales determinadas en la ley”*. Por lo que, estas pensiones adicionales no pueden ser otras que las décima tercera y décima cuarta pensiones jubilares.

Entonces, aun cuando la regla primera ni la segunda (regulación mediante ordenanza) *ibídem* se refieren a las pensiones adicionales. La regla tercera las incluye, aunque para el fondo global; no obstante, se debe entender que las pensiones adicionales son parte inherente a la jubilación patronal cualquiera que sea el método mediante el que se satisfaga tal derecho. Incluso cuando es regulada mediante ordenanza, pues, el origen del derecho en referencia es el artículo 216 del Código de Trabajo ±cuya regla segunda habilita este mecanismo de regulación a los gobiernos autónomos descentralizados municipales y provinciales- que, como se ha visto, prevé el pago de pensiones jubilares adicionales.

Más aun, tratándose de la pensión jubilar, que constituye un rubro de carácter vitalicio y que se paga de forma mensual; por lo que la periodicidad de su satisfacción incluye la décima tercera y cuarta pensiones jubilares, tal como sucede en el caso del trabajador activo con las remuneraciones adicionales. Es decir, el Código de Trabajo, en cuanto a los jubilados y a las pensiones adicionales ha previsto un trato similar al del trabajador activo con las remuneraciones adicionales.

De ahí que, si el ex trabajador (o su cónyuge sobreviviente en este caso) reclama la satisfacción de la jubilación patronal mediante la pensión jubilar mensual, de ser procedente tal pretensión, el reconocimiento de este derecho -que involucra su pago periódico mes a mes- es inseparable de las pensiones adicionales, dado que necesariamente las contiene. Es por ello que, más allá de la invocación de la jubilación patronal, los jueces/zas y tribunales de trabajo no exigen la petición específica y expresa de las pensiones adicionales, pues se entienden incorporadas al pago normal del beneficio en análisis.

Además, si se ha reconocido la jubilación patronal en favor de un trabajador, el derecho debe ser satisfecho en su totalidad. Es decir, resultaría incongruente que una sentencia disponga únicamente la pensión jubilar mensual, y no de las décimas tercera y cuarta pensiones jubilares, o, excluya una de las dos pensiones adicionales. Esto, aun cuando la accionante omita reclamar específicamente las pensiones adicionales, o reclame una y otra no. Pues, conforme se ha dicho, el derecho a la jubilación patronal mediante el pago de una pensión mensual implica la satisfacción de sus adicionales. En suma, el reconocimiento de la pensión jubilar mensual tiene como consecuencia lógica la satisfacción de las

décimas tercera y cuarta pensiones jubilares.

En este contexto, el tribunal no otorgó más allá de lo solicitado por el accionante en la demanda. Entendiendo que la sentencia reconoció el derecho a la jubilación patronal y diferencias en la satisfacción de la pensión jubilar mensual. En tal razón, aun cuando la accionante no reclamó expresamente el pago de la décima tercera y cuarta pensiones jubilares, el tribunal de instancia, por una consecuencia lógica, debía ordenar el pago de las pensiones adicionales no canceladas. De ahí que, no se configure el vicio denunciado, ni exista vulneración al principio dispositivo ni a la seguridad jurídica, dado que la sentencia en apelación es congruente.

Por la motivación que antecede, se desestiman los cargos planteados por la casacionista al tenor del caso tres del artículo 268 del COGEP. Sin que tampoco, en el contexto analizado, se configure la transgresión denunciada por el recurrente con respecto a los artículos 82, 168 numeral 6 y 169 de la Constitución de la República y artículos 18 y 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

7.3 Por el caso cinco: ¿se configuró o no la indebida aplicación del artículo 216 regla primera del Código de Trabajo dado que la pensión jubilar mensual que le corresponde percibir al actor es la prevista en la ordenanza expedida para el efecto por el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Manta?

7.3.1 El caso cinco previsto en el artículo 268 del COGEP, se produce: *“ Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”*

El caso cinco del artículo 268 del COGEP se configura por infracción directa de derecho sustantivo,

es decir, sin consideración a cuestiones fácticas o probatorias. Supone el contraste entre la sentencia frente la ley, tratándose de *“un error de adjudicación, selección o de entendimiento de normas sustanciales, es decir, el debate es estrictamente jurídico”*⁵

Así, bajo dichos parámetros, no cabe controvertir los hechos, pues se entiende que el recurrente muestra conformidad con lo determinado en el fallo recurrido. Consecuentemente, también impide cualquier impugnación dirigida a aspectos relacionados con la prueba actuada en juicio.

No se puede olvidar que el caso en referencia no se limita al yerro con respecto a la norma, sino también es posible denunciar la transgresión de la jurisprudencia obligatoria, entendiéndose por esta la que cumplió con el procedimiento previsto en los artículos 185 de la Constitución de la República y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Adviértase que tres son los motivos contemplados para la procedencia de esta clase de impugnación de naturaleza extraordinaria: indebida aplicación, falta de aplicación y errónea interpretación. La indebida aplicación es un típico error de selección y subsunción en la norma, es decir, sucede cuando el/la juez/a, para resolver el/los problema/s del caso, aplica una que no se corresponde con los hechos determinados como ciertos. La falta de aplicación, tiene relación con la existencia de la norma, se configura en el evento que el/la juez/a ignora u omite aplicar la que corresponde según los hechos fijados- para solucionar el problema jurídico puesto a su conocimiento. La errónea interpretación, este motivo exige primero que la norma escogida sea la aplicable para la premisa fáctica fijada, siendo que en este caso el yerro ocurre, pues a aquella se le otorga un sentido ajeno y diferente al de su verdadero significado u alcance, se trata entonces de una deficiencia de hermenéutica jurídica.

Vale relieves que los motivos antes explicados son independientes, dado que sus posibles configuraciones se descartan entre sí. Para entender mejor, si lo fundamentado es la indebida aplicación (error de selección), resulta contradictorio señalar sobre la misma norma la denuncia de falta de aplicación (error de existencia) o errónea interpretación (error de hermenéutica), pues aquella se refiere a la efectiva aplicación de una que no se corresponde con los hechos determinados como ciertos. Si se denuncia falta de aplicación, entendemos que no ha sido considerada la norma que resuelve el problema jurídico, de ahí que se descarta la indebida aplicación, y la errónea interpretación, dado que en este último caso, no puede existir una deficiencia de hermenéutica, respecto de una disposición no aplicada. Y, si lo que se alega es errónea interpretación, partimos de la correcta apreciación sobre la selección y existencia de la norma, descartando automáticamente los dos motivos restantes.

⁵ Luis Armando Tolosa Villabona, Teoría y Técnica de la Casación, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Segunda Edición, Bogotá ± Colombia 2008, Pág. 413.

Finalmente, es de observar que el caso en referencia, a más de la infracción directa de la norma sustantiva ±enmarcada en uno de los motivos antes analizados-, exige que el vicio en la sentencia sea determinante. Entendiéndose por ello, de tal gravedad o trascendencia, que si aquel no se presentase, el resultado de la decisión hubiere sido diferente al pronunciado.

7.3.2 De la sentencia transcrita, como hechos aceptados por el tribunal ±e incontrovertibles en este nivel- tenemos: **i)** el derecho a la jubilación patronal en favor del ex trabajador; y **ii)** la existencia de la ordenanza que dispone: *“ Que el trabajador jubilado pueda acceder al cobro de la pensión jubilar de USD \$ 20.00 mensuales, a partir del mes siguiente de presentada su renuncia (1/4)° .*

En su análisis, si bien el tribunal de apelación reconoce la existencia de la ordenanza, determina que la entidad accionada no cumplió con lo previsto en la Disposición Transitoria Primera del COOTAD; es decir, actualizarla, codificarla y publicarla. Entendiéndose que ±según el Juez Plural- debido a este incumplimiento, la mencionada ordenanza no sería aplicable, debiéndose regular la satisfacción de la jubilación patronal conforme lo prevé el artículo 216 (numeral primero) del Código de Trabajo.

Y es en este contexto que las juezas de apelación realizan un cálculo propio, determinando la cantidad de USD \$ 155.19 como pensión jubilar mensual en favor del ex trabajador. Por lo que, con fundamento en este rubro determinan las diferencias que le corresponden al jubilado por concepto de pensiones jubilares mensuales, restando para ello valores pagados por la demandada con anterioridad.

Mientras que, la casacionista alega, por un lado, que si bien la Disposición Transitoria Trigésimo Primera del COOTAD ordena la actualización de la ordenanza en el plazo de 6 meses, no dispone que la omisión de este mandato implique la derogación de las ordenanzas. Y por otro, sostiene que, en aplicación de la excepción establecida en la regla segunda inciso segundo del artículo 216 del Código de Trabajo ±donde se prevé la facultad de los gobiernos autónomos descentralizados para regular la jubilación patronal mediante ordenanza- y de los artículos 7 y 47 letra a) del COOTAD, se debía considerar la ordenanza correspondiente para determinar el derecho en referencia.

Siendo incorrecto ±dice la entidad demandada- aplicar, en el caso, la regla primera *ibídem*, como equivocadamente lo realiza el tribunal de apelación al determinar la pensión jubilar mensual en el valor de USD \$ 155,19; cuando la ordenanza referida establece por tal derecho una cantidad de USD \$ 20,00.

7.3.3 Ahora bien, la ordenanza municipal aludida por la casacionista consta a fojas 150 a 151, cuyo artículo 2 establece: *“Que el trabajador jubilado pueda acceder al cobro de la pensión jubilar de \$ 20.00 (VEINTE DÓLARES) mensuales, a partir del mes siguiente de presentada su renuncia y recibida su jubilación”*.

El tribunal de instancia, no aplica tal norma sosteniendo que el GAD Municipal no actualizó ni codificó la ordenanza conforme lo ordenó la Disposición Transitoria Trigésimo Primera del COOTAD; en consecuencia, determina la pensión jubilar a partir de la regla primera del artículo 216 del Código de Trabajo.

Al respecto, en un primer análisis se debe advertir que, según la sentencia cuestionada, la relación laboral culminó en mayo de 2010, siendo que en este mes se configuró el derecho de jubilación patronal en favor del ex trabajador (fallecido). Mientras que, la Disposición Transitoria Trigésimo Primera del COOTAD⁶ a la que se remite la sala de apelación, fue incorporada en el señalado Código mediante el artículo 65 de la Ley Orgánica Reformatoria al COOTAD, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014.

Es decir, en mayo de 2010, fecha de terminación del vínculo obrero patronal y época en que el ex trabajador cumplió con los requisitos para acceder a la jubilación patronal, tal norma aún no se encontraba vigente. Por lo que, desde mayo de 2010 hasta el 20 enero de 2014, la demandada no se encontraba obligada a cumplir con lo ordenado en la disposición transitoria referida. En todo caso, la actualización y codificación señalada debía implementarse dentro de los 6 meses siguientes a la publicación de la reforma en el Registro Oficial (21 de enero de 2014); es decir, hasta julio de 2014, esto es, incluso después del fallecimiento del ex trabajador (05 de febrero de 2014⁷).

Por otro lado, si bien es cierto la Disposición Transitoria Trigésimo Primera del COOTAD ordenó a los gobiernos autónomos descentralizados expedir, codificar, actualizar y publicar sus ordenanzas en

6 Trigésimo primera.- Dentro del plazo de seis meses contados a partir de la vigencia de la presente Ley Reformatoria al Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, para su adecuada aplicación, los gobiernos autónomos descentralizados correspondientes deberán expedir, codificar y actualizar todas las ordenanzas establecidas en este Código, debiendo publicar en su gaceta oficial y en el dominio web de cada institución.

7 Véase fs. 17 del cuaderno de primer nivel.

el plazo referido, el incumplimiento de esta obligación no supone un efecto derogatorio de las que se habían dictado con anterioridad. Pues, del contenido de la disposición en comento, no es posible derivar una norma derogatoria tácita, menos aún se evidencia una derogación expresa con respecto a aquellas. En consecuencia, no existe motivo para afirmar que, por efecto del incumplimiento de la disposición en análisis, la ordenanza en referencia fue expulsada del ordenamiento jurídico.

En definitiva, mal procede el tribunal de instancia al desestimar la ordenanza con el argumento del incumplimiento de la disposición transitoria antes citada. Pues, por un lado, esta última no se encontraba vigente al momento en que el actor cumplió con los requisitos para acceder al derecho a la jubilación patronal, y por otro, de su contenido no se determina derogatoria alguna; en consecuencia, a la ordenanza se la tuvo que considerar como vigente. Lo que no implica necesariamente que sea aplicable a la causa que se examina; cuestión específica que será abordada a continuación.

7.3.4 Se ha dicho que la ordenanza en análisis regula la pensión jubilar mensual en USD \$ 20,00. No obstante, el examen sobre la procedencia de su aplicación en la causa debe abordar cuestiones relacionadas con los principios del derecho del trabajo y de relevancia constitucional, conforme el estudio que sigue.

Para el efecto, valga decir que el derecho del trabajo tiene una especial connotación dentro de nuestro ordenamiento jurídico, que se deriva de una serie de principios constitucionalmente consagrados, que irradian el desenvolvimiento de la relación obrero patronal.

Siguiendo esta idea, nuestro marco constitucional consagra los principios aplicables al derecho laboral, entendidos estos como, *“Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver casos no previstos”*⁸.

Es así que en el artículo 326 numeral 2 de la Constitución de la República se determina que los

⁸ Américo Plá Rodríguez, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Biblioteca de Derecho Laboral, Pág. 9

derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Al respecto, el principio de irrenunciabilidad se entiende como ^a [1/4] *la prohibición de abandonar derechos consagrados por el sistema jurídico en favor del trabajador y que se consideran imprescindibles para la efectiva vigencia de la idea de protección*⁹. Mientras que la intangibilidad significa que en la promulgación de una ley posterior no es posible afectar o desmejorar derechos de los trabajadores, reconocidos en condiciones más favorables por una ley anterior.

Entonces, la disposición constitucional en comento establece, por un lado, la imposibilidad de que el trabajador renuncie voluntariamente a los beneficios laborales que le corresponden. Marcando así una amplia protección frente al grado de desigualdad que se evidencia con relación al empleador en el desarrollo del vínculo laboral. Así la doctrina ha manifestado: *“La finalidad tuitiva del derecho del trabajo no podría cumplirse si sólo se lo declara, sin adoptarse los recaudos necesarios para su verdadera eficacia. Como correlato del principio protectorio, surge la idea de irrenunciabilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores, de modo de impedir que se afecten los institutos que resguardan la dignidad de ellos, quienes podrían declinarlos en razón de su situación de desigualdad negocial o por estado de necesidad. Por esta razón, al consagrarse el principio de irrenunciabilidad de derechos se apunta a evitar estas eventuales abdicaciones que podrían emerger de la voluntad del trabajador, sea por su propio desconocimiento de la protección normativa o por la situación de superioridad jerárquica que el empleador hiciera valer, en perjuicio de los intereses de su dependiente.* (1/4)¹⁰

Y, por otro ~~el~~ principio de intangibilidad- establece límites incluso para el legislador, pues ni aún leyes posteriores pueden menoscabar derechos adquiridos anteriormente reconocidos y que favorecen al trabajador.

Para complementar lo dicho, vale señalar que el principio de irrenunciabilidad se complementa con la protección judicial y administrativa establecida en el artículo 5 del Código de Trabajo. En el sentido que toda autoridad judicial y administrativa, dentro del marco de sus correspondientes competencias, se encuentran obligadas a prestar a los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos. Lo que lleva implícito el deber de verificar la efectiva satisfacción de derechos laborales de acuerdo a la normativa legal y -sobre todo- constitucional imperante.

9 Ángel Eduardo Gatti, ^a Derecho del Trabajo^o, Editorial B de F, Buenos Aires \pm Argentina, 2015, Pág. 48.
10 *Ibíd*em, Pág. 47-48.

De tal suerte que, por el carácter especial del derecho laboral tomando en cuenta los principios constitucionales, la aplicación de las disposiciones legales debe ser dúctil o flexible, atendiendo precisamente a resguardar el respeto y el efectivo cumplimiento de los derechos de los trabajadores. Justamente con tal propósito es que se ha instaurado el principio de protección -en correlación a todos los demás principios por los que se rige el derecho laboral- expresándose en tres reglas distintas: *in dubio pro operario*, norma más favorable, y la condición más beneficiosa¹¹.

Dentro de la esfera del derecho del trabajo y de la seguridad social tenemos a la jubilación patronal, que incluso -dada su especial trascendencia en procura de tutela a favor de los trabajadores ante las posibles consecuencias de la desvinculación laboral derivada de su avanzada edad-, ha sido declarada como imprescriptible por la Corte Suprema de Justicia con la expedición de la Resolución publicada en el Registro Oficial No. 233 de 14 julio de 1989, y a la cual por supuesto que le son aplicables el resto de principios del derecho laboral.

Así, este derecho debe necesariamente concebirse desde la perspectiva de los mencionados principios, es decir las disposiciones legales que la regulan obedecen a una aplicación flexible en tanto precautelen el real cumplimiento de dicho beneficio, cuando las condiciones normativas para tal efecto se han configurado.

De ahí es que, en este caso, al cumplir el trabajador con los requisitos que impone la norma para acceder a la jubilación patronal, en aplicación de la regla de la condición más favorable, este derecho no puede verse disminuido por otra norma ±sea ordenanza o contrato colectivo- pues contradice la ley y sobre todo la Constitución.

¹¹ Plá Rodríguez define esta tres reglas:

La regla *“in dubio pro operario”*. Criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador.

La regla de la norma más favorable. Determina que en caso de que haya más de una norma aplicable, deba optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios clásicos sobre jerarquía de normas.

La regla de la condición más beneficiosa. Criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador.

Américo Plá Rodríguez, *“Los Principios del Derecho del Trabajo”*, Biblioteca de Derecho Laboral, Pág. 40.

Enfatizando sobre este punto ±y como antes se dijo- incluso en aplicación del principio de intangibilidad, ni aún el legislador puede promulgar leyes que menoscaben derechos de los trabajadores reconocidos en leyes anteriores. De tal forma que la regulación de la jubilación patronal ± derivada de una ordenanza municipal o de la contratación colectiva- también encuentra su límite en este principio constitucional. Sin que por ninguno motivo esta pueda reducir el contenido de los derechos laborales previstos en las normas legales. Tanto más tratándose de la jubilación patronal, que tiene una protección especialísima dentro de nuestro marco constitucional y legal.

7.3.5 Siguiendo el análisis anterior, se debe concluir que la excepción prevista en la regla segunda inciso segundo del artículo 216 del Código de Trabajo ±donde se prevé la facultad de los gobiernos autónomos descentralizados para regular la jubilación patronal mediante ordenanza- no puede constituirse en un limitante ni contradecir la primera regla *ibídem*. Entendiéndose que las ordenanzas no pueden instaurar un valor por pensión jubilar mensual menor al que resulta de la aplicación de tal regla primera.

Ahora bien, en una causa anterior y similar a la actual, correspondiente al Juicio No. 19332-2017-00397, esta Sala Especializada de lo Laboral dictó la sentencia de 10 de septiembre de 2018, las 14h35 ±citada en el libelo de casación- cuya Jueza Ponente se identifica con la de esta causa. En dicha decisión, se determinó que al ex trabajador le correspondía percibir la pensión jubilar mensual determinada por el ordenanza ±en ese caso expedida por el Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Zamora Chinchipe- en aplicación de la regla segunda inciso segundo del artículo 216; y no, la derivada de la regla primera *ibídem*.

No obstante, esta sala de casación, en las últimas sentencias dictadas sobre el tema actual¹², se apartó de criterios anteriores ±como el expuesto en la sentencia correspondiente al fallo Juicio No. 19332-2017-00397- en donde se aceptó la aplicación de las ordenanzas municipales que regulan la pensión jubilar mensual. Tal alejamiento se sostiene en el análisis legal y constitucional que antecede y que continúa más adelante. **Entonces, dado el actual cambio de línea jurisprudencial, se debe entender que la excepcionalidad prevista en la regla segunda inciso segundo del artículo 216 del Código de Trabajo permite regular a los gobiernos autónomos descentralizados la pensión jubilar mensual mediante ordenanza, siempre que ±en el caso en concreto- la cantidad ahí establecida**

12 Véase sentencias dictadas en el Juicio No. 11335-2019-00368 y Juicio No. 11335-2019-00049.

sea superior al cálculo derivado de la regla primera *ibídem*.

Una interpretación contraria, aceptando el pago originado en una ordenanza y a su vez inferior al resultado de la regla primera *ibídem*, implicaría directa contradicción con el principio de intangibilidad previsto en el artículo 326 numeral 2 de la Constitución de la República, a la condición más favorable \pm derivada de interdependencia de los principios constitucionales del derecho al trabajo y del artículo 11 numerales 4 y 8 *ibídem*. Esto último, pues, aceptar un pago regulado en una ordenanza inferior al que resulta de la aplicación de la ley, por un lado, restringiría el contenido del derecho a la jubilación patronal. Y por otro, implicaría un retroceso en la configuración del mismo, contradiciendo el desarrollo progresivo al que se refiere la Constitución en la disposición invocada.

Al respecto, esta sala de casación, en un caso anterior argumentó: *“En este contexto, se observa que, si bien los juzgadores de segunda instancia realizan una interpretación literal de la disposición contenida en el numeral 2 del artículo 216 del Código del Trabajo, respecto a la facultad legal que tienen los municipios y concejos provinciales de emitir sus propias ordenanzas para fijar la pensión jubilar de sus trabajadores; señalando además que en otras ocasiones la Sala Laboral se ha pronunciado de otra manera, más con amparo de las normas constitucionales que hemos señalado, este Tribunal de casación se desmarca de ese criterio y considera que no existe una justificación para perjudicar y aplicar una norma que resulta ser regresiva de derechos a los trabajadores, tanto más que la jubilación patronal es uno de los pilares del derecho laboral, que como se vio con antelación, resulta inaudito que por una parte, se fije como pensión jubilar a través de una ordenanza, el pago de US \$40,00 y US 50,00 como pensión jubilar mensual, y por otra parte, si se considera las disposiciones generales para todos los trabajadores, en el caso en particular, se obtiene el valor de \$ 270.26 como pensión jubilar mensual.”*^{13o}

Resulta entonces que el valor de USD \$ 20,00 fijado como pensión jubilar mensual en la ordenanza referida por la entidad accionada, resultaría muy inferior al que se obtiene conforme el método de cálculo previsto en el artículo 216 regla primera del Código de Trabajo; esto es, USD \$ 155,19. Por lo dicho, ante la contraposición normativa, de acuerdo con el criterio jerárquico establecido en el artículo 425 de la Constitución, la disposición legal derrota a la ordenanza. Siendo que, en este caso, la aplicación de la regla primera del artículo 216 del Código de Trabajo para determinar la pensión

13 Véase sentencia correspondiente a Juicio No. 11335-2019-00049.

jubilación mensual, garantiza el cumplimiento de normas superiores y del mencionado derecho en favor del ex trabajador, satisfaciendo así lo dispuesto en el artículo 76 numeral 1 de la Constitución.

Por lo dicho, aun cuando el Juez Plural equivoca al descartar la ordenanza analizada con fundamento en la Disposición Transitoria Primera del COOTAD, atendiendo la solución de la antinomia que se presenta, corresponde aplicar la regla primera del artículo 216 del Código de Trabajo con el propósito de obtener la pensión jubilación mensual que le corresponde al ex trabajador. En tal razón, si bien el yerro analizado no altera el resultado de la decisión cuestionada, esta sala procede a corregir la motivación en esta parte en específico.

Y precisamente, solucionada la antinomia referida, tampoco se transgreden los artículos 7 y 57 letra a) del COOTAD, que conceden facultad normativa a los gobiernos autónomos descentralizados municipales aplicable dentro de su circunscripción territorial. Pues, por un lado, al tiempo de expedición de la ordenanza en comento (13 de septiembre de 2002) el Código citado no se había promulgado (publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de Octubre 2010), en consecuencia, las disposiciones invocadas no se encontraban vigentes. Y por otro, la norma que soluciona la controversia, en aplicación de aquel criterio jerárquico de solución de antinomias, es la regla primera del artículo 216 del Código de Trabajo.

En razón del análisis que antecede, se rechaza las infracciones alegadas con respecto a los artículos 76 numeral 1 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador y 216 del Código de Trabajo, artículos 7, 57 letra a) y Disposición Transitoria Trigésimo Primera del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (en adelante COOTAD); y artículo 2 de la ordenanza referida.

No obstante, se acepta la infracción de la Disposición Transitoria Trigésimo Primera del COOTAD, corrigiéndose exclusivamente este error particular en la motivación de la sentencia, sin que esto comporte alterar la parte resolutoria de la misma, conforme antes se explicó. De ahí que, proceda parcialmente el recurso de casación presentado por la entidad accionada con fundamento en el caso cinco del artículo 268 del COGEP.

OCTAVO-. DECISIÓN:

Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, casa parcialmente la sentencia dictada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, el 02 de marzo de 2020, las 10h48. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA

JUEZA NACIONAL (PONENTE)

TAPIA RIVERA ENMA TERESITA

JUEZA NACIONAL

DRA. MARIA CONSUELO HEREDIA YEROVI

JUEZA NACIONAL