20 veinte

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS. - SEGUNDA SALA DE LO PENAL, COLUSORIOS Y TRANSITO. Guayaquil, miércoles 29 de mayo del 2013, las 14h43. **VISTOS:** En virtud del sorteo reglamentario que consta de fs. 2 de la instancia, y de conformidad a lo que dispone el Art. 86, numeral 3, inciso final y 88 de la Constitución de la República, correspondió a esta Segunda Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, conocer la presente Acción de Protección, que ha subido en grado por el recurso de apelación interpuesto por Gina Patricia Orellana Gómez y otros, respecto a la sentencia dictada por la Jueza Séptimo Adjunto de la Niñez y Adolescencia del Guayas; por lo que, siendo el estado de la presente causa el de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO:** Los suscritos Jueces de esta Sala, somos competentes para conocer y resolver el presente expediente de Acción de Protección, como Jueces Constitucionales de segunda instancia, de conformidad con el Art. 86, numeral 3, inciso segundo, de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, promulgada en el Registro Oficial Segundo Suplemento No. 52 el 22 de octubre del 2009 y Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José).- **SEGUNDO:** El proceso se ha sustanciado conforme a las reglas de procedimiento contemplada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y no se aprecia omisión de solemnidad sustancial que amerite declaración de nulidad, razón por la que se declara válido todo lo actuado; **TERCERO:** Presupuestos estos antecedentes, en la especie, tenemos que: comparecen Gina Patricia Orellana, Johanna Ivonne Andrade Orellana, Marcos Eduardo Andrade Pacheco, Lucas David Andrade Pacheco y Jonathan Christian Andrade Pacheco, en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en la persona de su Representante Legal, demanda en la que hacen conocer que: "se han violado nuestros derechos a la seguridad social, que la Subdirección del Sistema de Pensiones de Guayas, el 29 de abril del 2009 mediante acuerdo 20090682M, niega la pensión de montepío a la cónyuge sobreviviente conforme dispone el literal c, del artículo 19 de la Resolución # C.D. 100 que señala: Artículo 19. No habrá derecho a pensión de montepío: C) Si a la fecha del fallecimiento del causante, el conyugue sobreviviente hubiere estado legalmente separado por sus culpa, o simplemente separado por más de cinco (5) años" "En consecuencia, esta Comisión determina que la señora Gina Patricia Orellana Gómez, no tiene derecho a la pensión de Montepío por haberse demostrado que no vivió con el causante, los últimos cinco años, se encontraban separados, adecuando su conducta en los establecido en el artículo 19 literal c) de la resolución # C.D.100".- La presente acción se la deduce por la vulneración de derechos constitucionales y legales pues mediante las resoluciones o acuerdos No. 200900682M de fecha 2009-04-29 emitido por la Subdirección Provincial del Sistema de Pensiones del IEES del Guayas; y, según el acuerdo o resolución No. 100701C.N.A emitido por la Comisión Nacional de Apelaciones con fecha 4 de agosto del 2011, se priva a la cónyuge sobreviviente del señor Eduardo Andrade, al derecho de montepío por viudedad, a la cual tenía estricto derecho por hallarse casada con el extinto cónyuge a la fecha de su fallecimiento, esto acarrea una inobservancia causada por un acto del IESS, pues aplicando indebidamente la resolución No. 100 expedida por el Consejo Directivo del IESS, se le niega el derecho de montepío; y, además en estricta inobservancia y por omisión de la misma entidad, se les priva el derecho a los peticionarios de esta acción de los fondos de reserva, así como de la cesantía configurándose así una violación de los derechos constitucionales como son a la seguridad social, a una vida digna y a un buen vivir, a la seguridad jurídica, a la jerarquía constitucional, a la falta de un debido proceso, al principio de igualdad material, así como a la discriminación, como a la violación de la propiedad en todas sus formas y evidentemente a la violación de sus derechos habidos dentro del matrimonio. Dentro de las resoluciones cuyos derechos se han vulnerado

debemos puntualizar que se manifiesta en estas que se niega el montepío a la viuda del extinto Eduardo Andrade, porque supuestamente no han tenido convivencia dentro de los últimos cinco años, cabe indicar que el Art. 138 del Código Civil Ecuatoriano, manifiesta entre otras cosas, específicamente en su último inciso, los derechos y deberes que este código establece para los cónyuges subsistirán mientras no se disuelva legalmente el matrimonio, aunque por cualquier motivo, no mantuvieren un hogar común, corroborado con el Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador, que manifiesta: se reconoce la familia en sus diversos tipos, el estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezca íntegramente la consecución de sus fines. En su segundo inciso manifiesta el matrimonio es la unión entre hombre y mujer se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derecho, obligaciones y capacidad legal. En el mismo cuerpo legal en su Art. 68 claramente determina la unión estable y monogamica entre dos personas libre de vínculo matrimonial que forme un hogar de hecho, por el lapso y condiciones y circunstancias que señala la ley. Sin embargo con las resoluciones o acuerdos aludidos el IESS, manifiesta que se niega el montepío a la señoras Gina Patricia Orellana, cónyuge del extinto Eduardo Andrade; indebidamente mencionan a la señora Norma Pacheco becerra, por encontrarse separados más de cinco años, aplicando la resolución 100, emitida por el Consejo directivo. De ahí a una aplicación de una resolución, no puede estar por encima de una norma sustantiva, y mucho más sobre una norma constitucional, pues los derechos violentados están ya establecidos por haber sido la cónyuge sobreviviente y sus hijos respectivamente. Con la partida de matrimonio se demuestra que el vinculo matrimonial habido entre la señora Gina Orellana y el señor Eduardo Andrade, persistía hasta la fecha de su deceso el 28 de junio del 2008, pues con estos argumentos estamos demostrando de que nuestros derechos constitucionales, especialmente al de la seguridad pública y al de la propiedad, por herencia como de adquirirla ha sido vulnerado pues de la misma Ley de Seguridad Social en su Art. 193 manifiesta entre otras cosas establece que causara derechos a los beneficios del montepío al jubilado en goce de pensión de invalidez, o vejez, el asegurado activo que al momento de su fallecimiento hubiere acreditado sesenta imposiciones mensuales por lo menos, dejando constancia que pese a estas normativas no fuimos considerados para ser beneficiario del montepío...".- **CUARTO:** El Art. 88 de la Constitución de la República, expresa: "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"; por otra parte, la Constitución de la República es 'La ley de las leyes', es en suma, dos veces ley: rige como tal ley y rige sobre todas las leyes, estas reflexiones jurídicas se desprenden de la propia Constitución de la República, cuando dispone en el Art. 424 de la Constitución de la República, lo siguiente: "La Constituciones la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica', más, todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a ella, es decir, rige sobre las leyes y sobre los hombres, erga omnes"; **QUINTO:** Cabe recordar que este instituto jurídico constitucional, fundamental de protección de derechos, lo desarrolla en su aspecto operativo, la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el R. O. No. 52 del 22 de octubre del 2009, en su Capítulo III, "Acción de Protección", Arts. 39 al 42; Ley que por su naturaleza esencial se constituye en el Código de Procedimiento Constitucional, en nuestro sistema legal; definiendo en su Art. 39, que la "acción de protección tendrá por

objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinario de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena." En la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se señalan los presupuestos, requisitos, y las condiciones de procedibilidad para que un acción constitucional de protección de derechos, sea un acto válido y pueda tener eficacia jurídica. En definitiva, nos enseña la doctrina, que si las circunstancias de procedibilidad exigidas para la validez de una acto procesal, no se cumplen todos y cada una de esos presupuestos, requisitos y condiciones de procedibilidad, la acción propuesta o la demanda intentada, deviene en inadmisible y sin eficacia jurídica.- Estas circunstancias de procedibilidad, para la admisión y eficacia de la demanda o acción de protección de derechos, constan en el Art. 40 de la Ley de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, que reza: "la acción de protección se podrá presentar cuando concurran los siguientes requisitos: 1) Violación de un derecho constitucional; 2) acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y 3) inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado". Como se observa de la transcripción de la norma, los requisitos que exige el Art. 40, son taxativos, son todos ellos, conjuntamente, por lo que concluimos que la falta de alguno de ellos hace ineficaz la acción intentada, pues, la convierte en ilegal, en contraria al derecho, en improcedente.- En este caso, la pretensión de los accionantes es que se les proteja su derecho a la seguridad social, especialmente el derecho a recibir el monte pío, fondos de reserva y cesantía en calidad de viuda e hijos del afiliado; así como se sirva ordenar la reparación integral por los daños materiales e inmateriales ocasionados por la acción u omisión de la entidad accionada dentro del presente acto administrativo.- **SEXTO:** En la presente es de recalcar, que la acción de protección no procede cuando se refiere a temas o asuntos de mera legalidad de un acto administrativo, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos y particularmente la vía administrativa; pues la misma se ajusta a la especie, puesto que la parte accionante basa su acción de protección, en que la Subdirección del Sistema de Pensiones de Guayas, el 29 de abril del 2009, mediante acuerdo 20090682M, niega la pensión de montepío a la cónyuge sobreviviente, conforme dispone el literal c, del Art. 19 de la Resolución No. C.D. 100, apreciándose que, la parte accionante tampoco ha demostrado que las vías ordinarias o judiciales no hayan sido adecuadas o eficaces, lo que vuelve improcedente la acción de protección, por cuanto, se trata de un asunto de mera legalidad; es decir que la accionante no agotó la vía pertinente, no siguió otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado, como lo es lo Contencioso Administrativo; para su efecto el Art. 173 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que: "Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial".- Es de recordar y mencionar que el objeto de la acción de protección es el aseguramiento y la efectividad de los derechos y garantías fundamentales, evitando un perjuicio irremediable al incurrir el accionar de las autoridades públicas en una violación de las normas fundamentales, sea por acción u omisión en una sentencia, auto o resolución en ejercicio de su actividad; para su efecto el numeral 3ro. y 4to. del Art. 42 de la Ley de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, expresan imperativamente que: La Acción de Protección no procede: "...Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos...- ...Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz... ...en estos casos, de manera sucinta la Jueza o Juez, mediante auto, declarará inadmisible la acción y especificará la causa por la que no procede la misma"; por otra parte, el Art. 38 de la Ley de modernización del Estado y la Resolución del Tribunal de lo

Contencioso Administrativo publicado en el Registro Oficial No. 722 del 9 de julio del año 1.991" indicada en su Art. 1, expresa: "que el Recurso Contencioso Administrativo puede interponerse por las personas naturales o Jurídicas, contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública que causen estado y vulneren un derecho o interés directo del demandante" , y el Art. 2, prevé: "También puede interponerse el Recurso Contencioso Administrativo en contra de las resoluciones Administrativas que lesionan los derechos particulares, establecidos o reconocidos por la Ley cuando tales resoluciones han sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con esta se infringen la Ley en la cual se originan aquellos derechos"; por lo tanto, no habiendo agotado la vía pertinente, como es la contenciosa administrativa y en atención a los artículos constitucionales antes invocados, esta Segunda Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, rechazando el recurso de apelación interpuesto, confirma en todas sus partes la sentencia venida en grado.- Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el proceso al Juzgado de origen, para los fines legales consiguientes.- Así mismo, el Secretario Relator de esta Sala, envíe copia certificada de esta sentencia a la Corte Constitucional, conforme lo estipula el Art. 86, numeral 5 de la Constitución de la República. Cúmplase con lo dispuesto en el Art. 277 del Código de Procedimiento Civil.- **CUMPLASE y NOTIFIQUESE.-**

AB. JUAN PAREDES FERNANDEZ
JUEZ

MENDOZA CORDOVA GINGER
CONJUEZ(E)

FREIRE LEON GUILLERMO ANTONIO AB.
CONJUEZ(E)

Ab. Guedis Covallos Cruz
SECRETARIO ENCARGADO