

**REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL
www.funcionjudicial.gob.ec**

Juicio No: 17230202011729

Casillero Judicial No: 4504

Casillero Judicial Electrónico No: 0

enma.clavijo@iess.gob.ec, rigo20.rc@gmail.com, bryan.sanchez@iess.gob.ec

Fecha: martes 24 de noviembre del 2020

A: MARIO JOSE ARIAS MANTILLA, DIRECTOR PROVINCIAL DE
PICHINCHA (E)

Dr/Ab.:

**UNIDAD JUDICIAL CIVIL CON SEDE EN LA PARROQUIA ÑAQUITO DEL
DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA**

En el Juicio Especial No. 17230202011729 , hay lo siguiente:

Quito, martes 24 de noviembre del 2020, a las 10h12.

VISTOS.

PRIMERO. ANTECEDENTES.

**IDENTIFICACIÓN DE LA PERSONA AFECTADA O ACCIONANTE. JESSICA
PAOLA HIDALGO AVEROS.**

**IDENTIFICACIÓN DE LA AUTORIDAD, ÓRGANO O PERSONA NATURAL O
JURÍDICA CONTRA CUYOS ACTOS U OMISIONES SE HA INTERPUESTO LA
ACCIÓN.**

**A) COORDINACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO SOCIAL CAMPESINO
PICHINCHA a través del especialista Luis Alberto Andrango Cadena.**

B) SUBDIRECTORA NACIONAL DE GESTIÓN DE TALENTO HUMANO DEL

INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL en la persona de la doctora Holanda Katiushka Zapata Jaguaco.

c) DIRECTOR PROVINCIAL DE PICHINCHA (E) DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, ingeniero Mario José Arias Mantilla.

C) PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO: En la persona del Dr. Íñigo Salvador, Procurador General del Estado.

SEGUNDO. FUNDAMENTOS Y CONTENIDO DE LA DEMANDA: El accionante señala:

Que fue designada como responsable del área de Talento Humano de la Coordinación Provincial del Seguro Social Campesino de Pichincha Encargada mediante memorando No. IESS-CPSSCP-2019-4832-M de 13 de noviembre de 2019 suscrito por la magister Vannessa Lucía Cobos Garrido.

Que mediante memorando No. IESS-CPSSCP-2020-5844-M de 16 de octubre de 2020 el especialista Luis Alberto Andrango Cadena emitió entre otras disposiciones que todo el personal laboré de manera presencial de lunes a viernes desde el 19 de octubre de 2020 en jornada completa con una hora de almuerzo conforme a los horarios establecidos.

Que frente a éste último memorando la afecta JESSICA PAOLA HIDALGO AVEROS dirige una comunicación Memorando No. IESS-CPSSCP-2020-5887-M de fecha 19 de octubre de 2020 exponiendo su situación particular y solicitando quedarse en teletrabajo parcial, de lo cual no recibió respuesta alguna.

Que su petición de continuar en teletrabajo parcial fue entre otras que es de conocimiento público que el COE NACIONAL no ha emitido disposiciones respecto del reintegro de los estudiantes a los planteles educativos, motivo por el cual encontrándose suspendidas las clases, los centros de cuidado infantil y los centros de tareas dirigidas se encuentran cerrados por tal razón al ser madre soltera no tiene con quien dejar a su hija de TRES AÑOS DE EDAD de nombres EMILY ANTONELLA ROMERO HIDALGO conforme lo manifestó en la Audiencia Pública lo cual consta de la grabación que se incorpora en cd a los autos. Que no cuenta con familiares cercanos en esta ciudad para que cuiden a su hija, que las guarderías se encuentran cerradas, que las medidas de cuidado por la pandemia al interior de los hogares restringe la posibilidad de contratar personal doméstico por horas y demás medidas restrictivas que propenden al cuidado de nuestros niños considerados dentro de los grupos de atención prioritaria conforme lo establece el artículo 35 de la

Constitución de la República. Que se inobservó el deber establecido en el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia respecto del interés superior del niño, mismo que es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privada el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Y que a esta situación se le añade su enfermedad profesional de lumbalgia por hernia distal. Y que esta situación le vulnera el derecho al trabajo, a la salud, igualdad de género, igualdad formal material y no discriminación y al goce de sus vacaciones.

Que deja constancia que de su trabajo depende ella y su hija de tres años y que con el mismo sustenta un techo, alimentación, salud y cuidado a su pequeña hija.

Que el acto violatorio de derechos constitucionales es el contenido en la decisión del día 16 de octubre de 2020 por parte del especialista Luis Alberto Andrango Cadena, Coordinador Provincial de Seguro Social Campesino Pichincha mediante memorando No.IESS-CPSSCP-2020-5844 por el cual dispone el REINTEGRO LABORAL DE MANERA PRESENCIAL sin que medie acto administrativo que evalúe cargos, áreas, recurso humano y los requerimientos de atención al público que permita determinar la modalidad de trabajo dejando una responsabilidad del servidor público y no de la entidad de Talento Humano a fin de que se excluya a personas en vulnerabilidad, mayoría de edad o enfermedades catastróficas.

Que mediante memorando No. IESS-CPSSCP-2020-61214 de 27 de octubre de 2020 se le comunica que fue relevada de sus funciones, designando al nuevo responsable de Talento Humano de dicha Coordinación.

Que durante el cargo como responsable de Talento Humano de la Coordinación Provincial del Seguro Social Campesino de Pichincha Encargada paso altas horas en su escritorio de manera ininterrumpida y como consecuencia de ello tiene la afección de trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía recomendando reposo y fisioterapia cuya rehabilitación fue iniciada su tratamiento el día 5 de octubre de 2020.

Que ha laborado ininterrumpidamente por el lapso de dos años y cuatros meses, que este hecho se contrapone a la conceptualización de trabajo eventual. Que pasando el año se debe constituir en indeterminado según el plazo máximo de duración del contrato de servicios ocasionales dispuesto en el artículo 143 del Reglamento

General a la Ley Orgánica del Servicio Público, afianzando su derecho a poder concursar por un puesto laboral dentro de dicha entidad garantizando su derecho a la estabilidad laboral del cual depende su hogar.

TERCERO. DERECHOS QUE ACUSA LA PARTE ACCIONANTE HAN SIDO VULNERADOS:

Que al incumplir normas necesarias y previas a la emisión de cualquier acto administrativo ejecución de política pública ha violado los artículos 35, 44, 326 y 331 de la Constitución de la República.

Que vulnera el derecho de las niñas a recibir atención prioritaria; el derecho que garantiza el Estado a promover de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas y asegurará el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas por no priorizar el teletrabajo.

Que inobserva el cuidado de las niñas como derecho constitucional del Estado, la sociedad y la familia y obligación de la accionante de velar por la integridad física de su hija.

Que la Constitución en el artículo 325 garantiza el derecho al trabajo reconociendo todas las modalidades a las trabajadoras y trabajadores, por cuanto debe estar pidiendo permiso con cargo a vacaciones para el cuidado de su hija y analizando su situación sus labores en un 80% son telemáticas.

Que el artículo 326 establece el derecho al trabajo bajo el principio de aplicación más favorable a las personas trabajadoras en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral. Por cuanto al no estar aperturados los lugares de cuidado infantil, no tiene otra opción para que su hija se encuentre cuidada garantizando sus derechos superiores como menor.

Que se ha vulnerado el derecho que tiene como mujer, de igualdad de acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, por cuanto al ser madre soltera es cabeza de hogar y debe desarrollar varias actividades para cuidar a su hija. Que se inobservó la disposición establecida en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada por el Covid 19 por cuanto laboró presencialmente durante el estado de excepción.

CUARTO. TRAMITACIÓN DE LA CAUSA.

Aceptada a trámite la presente acción constitucional mediante auto de 13 de noviembre de 2020; se notificó a las autoridades accionadas conforme. Se convocó a Audiencia Pública diligencia a la que concurre la parte accionante acompañada de su defensor; y, las entidades accionadas por medio de sus defensores técnicos. Los comparecientes efectuaron sus exposiciones de forma oral y presentaron documentación que se encuentra agregada al proceso. Cumplida en su integridad la tramitación de este proceso, para resolver se considera:

QUINTO. COMPETENCIA Y VALIDEZ PROCESAL. La suscrita Jueza es competente para conocer la presente Acción Constitucional de conformidad con el Art. 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. La presente Acción se ha sometido al trámite previsto en los Arts. 14, 15 y 16 *Ibíd.* Se ha garantizado el derecho de defensa de las partes. Por lo expuesto, el proceso es válido.

SEXTO. FUNDAMENTOS DE DERECHO: LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA QUE SUSTENTE LA RESOLUCIÓN. HECHOS PROBADOS, RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN.

De conformidad con el Art. 88 de la Constitución de la República, 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, y cuando la violación procede de una persona particular; esto en concordancia con el Art. 40 de La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que señala: “*Art. 40.- Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren 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*”; y con el Art. 41 *Ibíd.* que reza: “*Art. 41.- Procedencia y legitimación pasiva.- La acción de protección procede contra: 1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio. 2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías. 3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías. 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias: a) Presten servicios públicos impropios o de interés público; b)*

Presten servicios públicos por delegación o concesión; c) Provoque daño grave; d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo. 5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona”.

Por tanto, “*La Acción de Protección es uno de los mecanismos para precautelar derechos constitucionales del ciudadano, cuyo objeto es el amparo directo y eficaz contra aquellos actos de autoridad pública no judicial, que provoque o puedan provocar grave daño...*” (Pérez, José Antonio. “ACCIÓN DE PROTECCIÓN”. En “VIABILIDAD DE LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES”.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- 2012. Pág. 57).-

De la prueba evacuada tanto por la parte accionante como del accionado se tiene que se justifica los siguientes hechos:

La parte accionada JESSICA PAOLA HIDALGO AVEROS fue contratada al cargo de oficinista en la Coordinación Provincial del Seguro Social Campesino Pichincha desde el 29 de junio de 2018 bajo el régimen de contrato por servicios ocasionales.

Que el 13 de noviembre de 2019 es designada como Responsable del Área de Talento Humano cargo que lo desempeñó hasta el 26 de octubre de 2020 por cuanto mediante memorando No. IESS-CPSSCP-2020-614-M de fecha 27 de octubre de 2020 se cambia de Responsable de Talento Humano designando en ese cargo a otra persona e indicando que la accionante brindará su contingente y apoyo al nuevo responsable facilitando un proceso de transición ordenado y ágil.

Que la accionante estuvo durante los meses de la pandemia en teletrabajo hasta que mediante el Memorando No.IESS-CPSSCP-2020-5844-M de fecha 16 de octubre de 2020 se le notifica a la accionante con el REINTEGRO LABORAL DE MANERA PRESENCIAL.

Que, mediante Memorando No.IESS-CPSSCP-2020-5844-M de fecha 16 de octubre de 2020 y ante la notificación a la accionante con el REINTEGRO LABORAL DE MANERA PRESENCIAL, la ACCIONANTE solicita mediante Memorando No.IESS-CPSSCP-2020-5887-M de 19 de octubre de 2020 **se le mantenga en teletrabajo**

parcial, pese a no encontrarse dentro del listado de personas vulnerables, concurriendo los días lunes y miércoles para de esta forma turnarse con su madre que también se encuentra en teletrabajo el cuidado de su hija de tres años de edad por cuanto las guarderías se encuentran cerradas por la pandemia. Que su madre con quien vive también se encuentra en teletrabajo por varios días y debe turnarse con ella para el cuidado de su hija por tal razón solicita mantenerse en teletrabajo por ciertos días a la semana. Además en su demanda entre los argumentos la parte accionante añade que por las medidas de restricción por la pandemia esto dificulta la contratación de una persona extraña para el cuidado de su hija.

Que el Memorando No.IESS-CPSSCP-2020-5887-M de 19 de octubre de 2020 que contiene el pedido de teletrabajo parcial por los cuidados a su hija de tres años de edad jamás fue respondido y que por lo tanto se ejecutó en su integridad el Memorando No.IESS-CPSSCP-2020-5844-M de fecha 16 de octubre de 2020 que ordena el REINTEGRO LABORAL DE MANERA PRESENCIAL a todo el personal que no se encuentre en listado de vulnerabilidad.

Que mediante Memorando No. IESS-SDNGTH-2020-11426-M de 30 de octubre de 2020 se notifica a la accionante con la terminación del contrato de servicios ocasionales de la servidora HIDALGO AVEROS JESSICA PAOLA como OFICINISTA cuya motivación textualmente señala: "(...) En ejercicio de la delegación otorgada por el Mgs. Carlos Luis Tamayo Delgado, Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, mediante Resolución Administrativa Nro. IESS-DG-CT-2020-004-RFDQ del 11 de agosto de 2020, en el artículo 3, en la Administración y gestión del talento humano del nivel nacional numeral 10 y, de conformidad con lo establecido en el artículo 58, inciso octavo de la Ley Orgánica del Servicio Público-LOSEP y en concordancia, artículo 146, literal f) del Reglamento General a la LOSEP, determina "Por terminación unilateral del contrato por parte de la autoridad nominadora, sin que fuere necesario otro requisito previo; De lo expuesto, y en uso de mis atribuciones Resuelvo atender lo solicitado por el Ing. Mario José Arias Mantilla, Director Provincial, Encargado y dar por terminado el Contrato de Servicios Ocasionales, extendido a su favor el 29 de junio de 2018, con renovación para los años 2019 y 2020; y comunico formalmente el cese de funciones de OFICINISTA, RMU817,00, escala 7 de la COORDINACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO SOCIAL CAMPESINO PICHINCHA/ COORDINACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO SOCIAL CAMPESINO PICHINCHA, por lo que, labora hasta el 31 de octubre de 2020. (...)"

Respecto a la alegación de que se ha vulnerado el derecho a la estabilidad laboral y al trabajo con la terminación del contrato de servicios ocasionales cabe indicar lo siguiente:

Para el presente caso no es aplicable el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID 19 que manifiesta: “(...) Estabilidad de trabajadores de la salud. Como excepción, y por esta ocasión, los trabajadores y profesionales de la salud que haya trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19) con un contrato ocasional o nombramiento provisional en cualquier cargo en algún centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud (RIPS) y sus respectivas redes complementarias, previo el concurso de méritos y oposición, se los declarará ganadores del respectivo concurso público, y en consecuencia se procederá con el otorgamiento inmediato del nombramiento definitivo. (...)” por cuanto la accionante no estuvo en un área de peligro como hospital, centro de salud de ahí que incluso su cargo es de OFICINISTA para luego encargarse de Talento Humano y de realizar su trabajo de manera telemática por lo expuesto el artículo en mención y que es señalado por la accionante no aplica por la funciones que en su momento la accionante realizó.

Por otro lado, la supuesta enfermedad laboral producida por el teletrabajo es materia de análisis en el ámbito administrativo y no constitucional como pretende la accionante. Así también es pertinente señalar que el haber prestado sus servicios lícitos y personales con contrato de servicios ocasionales, por un tiempo total de dos años cuatro meses, no le da derecho a estabilidad laboral alguna conforme el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente, así la Ley Orgánica Reformatoria a las Leyes que rigen el sector público, publicado en el Registro Oficial No.1008 de 19 de mayo de 2017, que en su artículo 12 incluye la Disposición Transitoria Undécima a la Ley Orgánica del Servicio Público –LOSEP- que señala: “(...) Las personas que a la presente fecha hayan prestado ininterrumpidamente por cuatro años o más sus servicios lícitos y personales en la misma institución, ya sea con contrato o nombramiento provisional o bajo cualquier otra forma permitida por esta ley, y que en la actualidad continúen prestando sus servicios den dicha institución, serán declarados ganadores del respectivo concurso público de méritos y oposición si obtuvieren una vez realizadas las pruebas al menos el puntaje requerido para aprobar las pruebas establecidas por el Ministerio del Trabajo. (...)”. Por lo antes expuesto los hechos del caso en concreto no configura en ningún modo el

presupuesto establecido en la ley para que la parte accionante alegue que se ha vulnerado el derecho a la estabilidad y menos aún al trabajo.

De ahí que el acto de cesación de funciones Memorando No. IESS-SDNGTH-2020-11426-M de 30 de octubre de 2020 no vulnera derecho constitucional alguno por cuanto la cesación de relaciones laborales que mantenía la parte accionante JESSICA PAOLA HIDALGO AVEROS se activó mediante la terminación de su contrato de servicios ocasionales mediante memorando antes descrito puesto que sólo tenía el tiempo de dos años cuatro meses su contratación sin que se cumpla taxativamente la transitoria Décima Primera señalada en líneas anteriores y en virtud de lo establecido en el artículo 83 y 85 de la LOSEP que dispone que las personas vinculadas por un contrato de servicios ocasionales no están sujetas a los procesos de evaluación de desempeño y pueden ser removidas libremente.

Por su parte la entidad ACCIONADA ha manifestado que no ha vulnerado ningún derecho constitucional al emitir el acto unilateral de terminación de contrato ocasional de la parte ACCIONANTE con lo cual la suscrita Jueza es concordante bajo la argumentación anterior por lo tanto no existe vulneración alguna al derecho al trabajo ni a la estabilidad aludida por la parte ACCIONANTE.

Para abundar en este tema el artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público regula el contrato de servicios ocasionales siendo claro que esta modalidad de contratación dada su naturaleza, no genera estabilidad laboral. Ante el abuso y mal uso de la figura del contrato por servicios ocasionales, la Corte Constitucional ha emitido sentencias que han ido reformando el texto de esta norma con la finalidad de evitar vulneraciones de derechos de quienes han sido contratados bajo esa modalidad (Sentencia 258-15-SEP-CC; Sentencia 048-17-SEP-CC; Sentencia 309-16-SEP-CC).

Cabe invocar los argumentos esgrimidos por la propia Asamblea Nacional para la emisión de la ley que reformó este artículo, y que en sus considerandos consta de la siguiente manera: *“Mediante resoluciones de la Corte Constitucional No. 258 y 309,...se declaró la constitucionalidad condicionada del citado artículo 58, garantizando los derechos de las personas con discapacidad y de las mujeres embarazadas y en estado de gestación.*

Queda claro que la modalidad de contratación por servicios ocasionales no genera

estabilidad laboral conforme el Art. 58 de la LOSEP; y la parte accionante no se encuentra en la excepcionalidad establecida en la Ley por lo tanto se considera que no existe la vulneración alegada. Por lo tanto, existen modalidades de contratación temporales que no generan estabilidad, modalidades que se encuentran reguladas tanto en leyes y reglamentos que deben ser observados por las autoridades administrativas como en el presente caso ha ocurrido.

En relación al hecho de haber solicitado permanecer en teletrabajo parcial por su obligación de cuidado a su hija de tres años de nombre Emily Antonella Romero Hidalgo conforme lo ha manifestado en la Audiencia Pública, y que sostiene se ha vulnerado los derechos establecidos en los artículos 35, 44, 325, 326 y 331 de la Constitución de la República es pertinente analizar lo siguiente:

Mediante Memorando No.IESS-CPSSCP-2020-5844-M de 16 de octubre de 2020 suscrito por el economista Luis Alberto Andrango Cadena en su calidad de Coordinador Provincial del Seguro Social Campesino Pichincha NOTIFICA EL REINTEGRO LABORAL DE MANERA PRESENCIAL a todos los servidores exceptuando a las personas en condiciones de vulnerabilidad y personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria y textualmente señala que: “(...)me permito indicar que todos los servidores y/o trabajadores que: -No son vulnerables (discapacidad, Enfermedad Catastrófica debidamente certificada).- No presentan enfermedad Pre-Existente. –Menores de 65 años.- Mujeres no embarazadas, y que no estén en período de lactancia; Deberán reintegrarse a trabajar de manera Presencial (lunes a viernes) en cada una de sus áreas respectivas cumpliendo con su jornada de trabajo según el art. 22 de la Ley Orgánica de Servicio Público, que manifiesta: (...)”.

Ante dicho memorando la parte ACCIONANTE mediante memorando No.IESS-CPSSCP-2020-5887-M de 19 de octubre de 2020 solicita se la mantenga en teletrabajo parcial exponiendo su situación particular, sin embargo no tuvo ninguna respuesta su petitorio.

Es público y notorio que a partir de la pandemia por el COVID19 los hogares de cada ciudadano ecuatoriano constituyen ya no solo un espacio de descanso o de compartir con nuestros familiares, actualmente son lugares donde convergen todas las actividades del ser humano desde el trabajo, hasta el cuidado a los hijos e hijas, para mejor entender así lo manifiesta la sentencia No.3-19-JP/20 Y ACUMULADOS

cuyo Juez ponente es Ramiro Ávila Santamaría, sentencia que sin duda hace un desarrollo jurisprudencial de un derecho fundamental del ser humano y que muy pocas veces es tomado en consideración, y que ahora por motivos de la pandemia ha tomado mayor relevancia y como tal también se encuentra más susceptible de ser vulnerado, este derecho es el DERECHO AL CUIDADO.

DERECHO AL CUIDADO que se encuentra plenamente desarrollado tanto en ámbito internacional en el artículo 3.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño que manifiesta: “(...) Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.(...)”, así como en el ámbito interno a través de nuestra Constitución de la República en los siguientes artículos:

El Artículo 45 determinar: “(...) Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado (lo subrayado me corresponde) y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; (...).

Artículo 69 cuanto trata de la familia establece: “(...) Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, (lo subrayado y resaltado me corresponde) crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo. (...).”.

El artículo 325 señala: “(...) El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o

autónomas, con inclusión de labores de **autosustento y cuidado humano** (lo subrayado y resaltado me corresponde); y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores. (...).”

Y cuando trata de grupos de atención prioritaria establece en su artículo 363 numeral 5: “(...) El Estado será responsable de: (...) 5. Brindar cuidado especializado a los grupos de atención prioritaria establecidos en la Constitución. (...)”

Y cuando se trata de las personas que realizan tareas de cuidado el artículo 369 establece que se financiará con aportes y contribuciones del Estado.

El artículo 333 respecto del derecho de cuidado dice: “(...)El **Estado promoverá un régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades del cuidado humano, que facilite servicios, infraestructura y horarios de trabajo adecuados ; de manera especial, proveerá servicios de cuidado infantil**, de atención a las personas con discapacidad y otros necesarios **para que las personas trabajadoras puedan desempeñar sus actividades laborales; e impulsará la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares.** (...)” lo resaltado me corresponde.

El cuidado se conceptualiza como: “(...) una actividad específica que incluye todo lo que hacemos para mantener, continuar y reparar nuestro mundo, de manera que podamos vivir en él tan bien como sea posible. Ese mundo incluye nuestros cuerpos, nuestro ser y nuestro ambiente, todo lo que buscamos para entretejer una compleja red del sostenimiento de la vida (...)” –Tomado de la sentencia No.3-19-JP/20 Y ACUMULADOS JUEZ PONENTE: RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA-

De lo expuesto tenemos que en el presente caso el titular del derecho al cuidado es la niña de tres años EMILY ANTONELLA ROMERO HIDALGO hija de la accionante y que es obligación de la madre permitirle el goce del ejercicio del derecho al cuidado a su hija y que el mismo no puede ser restringido por sus actividades laborales más aún cuando dichas actividades laborales las estaba ejerciendo de forma telemática y cuando solicita a su empleador que le permita seguir en dicha modalidad la entidad decide omitir su obligación y coresponsabilidad constitucional de brindarle un régimen laboral que funcione acorde con las necesidades de cuidado de su hija de tres años como lo establece el inciso segundo del artículo 333 de la Constitución de la República más aún encontrándonos en pandemia por COVID19, así también en armonía de la situación de emergencia generada por la pandemia conforme también lo establece el artículo 46.6 cuando determina que el Estado adoptará medidas que aseguren a los y las niñas el cuidado diario y una atención prioritaria en

caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencia.

El artículo 46 de la Constitución señala: “(...) El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y **cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos.** (lo subrayado me corresponde)

6. Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias. (lo subrayado me corresponde). (...)”

La pandemia por COVID19 es una emergencia y así fue declarada mediante decreto presidencial de 16 de marzo de 2020 No.1017 en tal circunstancia el derecho al cuidado como obligación positiva de la entidad accionada esto es INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL I.E.S.S. en la COORDINACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO SOCIAL CAMPESINO PICHINCHA donde prestaba sus servicios lícitos y personales la accionada JESSICA PAOLA HIDALGO AVEROS exige a tal Institución -conforme la normativa vigente- que le brinde a la accionante condiciones necesarias dentro del régimen laboral, esto es mantenerla en teletrabajo para que así pueda cumplir también con el ejercicio de su obligación de cuidado a su hija de tres años de edad que por las restricciones de la pandemia por el riesgo que implicaría incluso la contratación de una tercera persona para que cumpla con el trabajo de cuidado a la hija de la accionante, así como por el cierre temporal por pandemia de los centros de cuidado infantil denominados GUARDERIAS.

Los centros de cuidado diario infantil denominadas GUARDERÍAS se conceptualizan como una forma de CONCILIAR EL TRABAJO CON EL CUIDADO de quienes están bajo el cuidado de padre y/o madre, denominados HIJOS E HIJAS, en este sentido la sentencia No.3-19-JP/20 y Acumulados de la Corte Constitucional cuyo juez ponente doctor Ramiro Ávila Santamaría menciona: “(...) es contar con la posibilidad de tener cerca a la persona que requiere cuidado, tanto para el hombre como para la mujer que tiene bajo sus responsabilidades cuidar al hijo o hija. Estos espacios se los conoce como centros de cuidado diario o guarderías. (...)

Al respecto la Ley Orgánica de Servicio Público en su artículo 23 reconoce el derecho del servidor y servidora pública a contar con un lugar de cuidado infantil y señala: “(...) Mantener a sus hijos e hijas, hasta los cuatro años de edad, en un

centro de cuidado infantil pagado y elegido por la entidad pública. (...)”

Este servicio de cuidado traducido en un derecho es el que actualmente se encuentra suspendido por las medidas de restricción de la pandemia COVID19 lo que hace necesario que la accionada repiense en cómo garantizar el derecho de cuidado otorgándole las condiciones laborales adecuadas en este sentido existen modalidades de trabajo en el sector público que con motivos propios de la pandemia COVID19 se incorporó la herramienta del TELETRABAJO que puede ser realizada en las diferentes modalidades de trabajo llámese contrato de servicios ocasionales, nombramiento provisiona o definitivo, es decir el TELETRABAJO se establece en pandemia COVID19 como la condición de continuar trabajando sin que sea necesaria la presencia física de la persona en las instalaciones laborales, en consecuencia y en el caso en concreto la accionante JESSICA PAOLA HIDALGO VIVEROS venía realizando TELETRABAJO hasta el 16 de octubre de 2020 cuando fue notificado con el memorando No. IESS-CPSSCP-2020-5844-M para el reintegro presencial a sus labores y que pese haber solicitado y alertado a la parte accionada de su situación la misma no fue atendida.

Sin embargo de existir todo un régimen internacional y nacional del DERECHO DE CUIDADO la entidad accionada olvida toda la normativa constitucional y omite pronunciarse al pedido de la accionada que lo realizó mediante memorando IESS-CPSSCP-2020-5887-M de 19 de octubre de 2020 por lo que su memorando IESS-CPSSCP-2020-5844-M de 16 de octubre de 2020 mediante el cual notifica el REINTEGRO LABORAL DE MANERA PRESENCIAL A TODOS LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE LA COORDINACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO SOCIAL CAMPESINO PICHINCHA sin que en dicho memorando se tome en cuenta estas obligaciones de orden constitucional, determinando así la vulneración del derecho de cuidado de la niña de tres años de edad hija de la accionante, error que pudo haber sido enmendado en el momento que la accionante puso en alerta a la Institución de esta situación, pues en la simple revisión de las normas constitucionales se prevé la obligación y responsabilidad de la Institución para el pleno ejercicio del derecho de cuidado situación que en el memorando No. IESS-CPSSCP-2020-5844-M de fecha 16 de octubre de 2020 no la considero y de esta forma omitió la aplicación de todo el régimen constitucional del derecho de cuidado que no solo afecta a la niña en el caso en concreto sino a todos los trabajadores de la COORDINACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO SOCIAL CAMPESINO PICHINCHA que se encuentran en idéntica circunstancia por el hecho público y notorio de la pandemia COVID19 y de todas las

medidas de restricción y cierre de centros de cuidado que venían ejerciendo dicha tarea.

Reiterando esta obligación positiva exige que la entidad accionada ofrezca condiciones necesarias para el ejercicio del derecho al cuidado como lo sería el permitir que la accionada realice teletrabajo por esta circunstancia, por lo tanto la accionada no debió obstaculizar el ejercicio pleno del derecho al cuidado como en el caso se efectuó al obligarle sin que media razón constitucional a reintegrarse de manera presencial impidiendo de esta forma el cuidado a su hija de tres años a sabiendas de que los centros de cuidado infantil por el riesgo que representan se encuentran cerrados.

En la especie esa obligación de cuidado se desarrolla en virtud al principio de corresponsabilidad que existe entre la persona que tiene el derecho a ser cuidada (niña de tres años Emily Antonella Romero Hidalgo hija de la accionante) la persona que tiene la obligación a cuidarla (Jessica Paola Hidalgo Viveros madre de la niña de tres años) y la parte accionada al no obstaculizar su obligación de cuidado permitiendo un régimen laboral acorde al efectivo cumplimiento del derecho de cuidado de la niña de tres años Emily Antonella Romero Hidalgo que por tener una autonomía disminuida propia de su edad requiere de un cuidado específico para gozar de su derecho. De ahí que la entidad pública debió brindar el apoyo necesario para permitir que la accionante combine sus obligaciones de cuidado con sus obligaciones laborales dotándole de la modalidad de trabajo adecuada a sus necesidades, situación que la accionada obvió hacerlo.

Como se lo dijo en líneas anteriores esta obligación es corresponsabilidad estatal por lo tanto el cuidado al niño es una cuestión de corresponsabilidad social y pública como se lo establece en la sentencia No. 3-19-JP/20 Y ACUMULADOS Juez Ponente Ramiro Ávila Santamaría garantizando de esta forma una protección especial y prioritaria tal como lo señala nuestra Constitución en su artículo:

El artículo 35 expresamente manifiesta: "(...) DERECHOS DE LAS PERSONAS Y GRUPOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA. Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo,

las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. **El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad. (...)**”.

Y el artículo 44 de la Carta Magna señala: “(...) NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. (...)

Además, el artículo 326 textualmente señala: “(...) (Reformado por el Art. 9 de la Enmienda s/n, R.O. 653-S, 21-XII-2015, que la Sentencia No. 018-18-SIN-CC, R.O. E.C. 79, 30-IV-2019, de la Corte Constitucional declaró inconstitucional por la forma; por lo que el presente artículo retorna a su texto original).- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: (...) 3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras. (...)

Y finalmente el artículo 331 que manifiesta: “(...)El Estado garantizará a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo. Se adoptarán todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades.

Se prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que afecte a las mujeres en el trabajo. (...)

Por tanto, se ha configurado los requisitos de procedencia de la presente Acción de Protección determinados en el Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional que señala: “(...) *Art. 40. Requisitos. La acción de protección se podrá presentar cuando concurren 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*

(...)"

En este caso, se trata de la violación de los derechos señalados al inobservar el marco constitucional existente y de esta forma vulnerar el derecho de cuidado que bien pudo ser observado cuando la accionante en su debido momento alerto a la Institución sin que ésta atendiera su pedido. Con certeza afirmo que no existe otro mecanismo judicial adecuado y eficaz, que la presente acción de protección que el evento de no dar paso se dejaría con la vulneración a su derecho constitucional, con lo que queda justificada la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial "adecuado y eficaz". Se evidencia por tanto, la vulneración del derecho de cuidado reconocido en la Constitución, que de ser el caso.

SÉPTIMO. DECISIÓN:

Por lo expuesto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, esta autoridad resuelve:

1. Aceptar parcialmente la presente acción de protección.
2. **DECLARA LA VULNERACIÓN AL DERECHO DE CUIDADO** de la niña de tres años Emily Antonella Romero Hidalgo hija de la accionante JESSICA PAOLA HIDALGO AVEROS.
3. Dejar sin efecto para la accionante JESSICA PAOLA HIDALGO AVEROS el MEMORANDO NO. IESS-CPSSCP-2020-5844-M de 16 de octubre de 2020 suscrito por el especialista LUIS ALBERTO ANDRANGO CADENA en su calidad de COORDINADOR PROVINCIAL DEL SEGURO SOCIAL CAMPESINO DE PICHINCHA.
4. Como medida de no repetición se ordena que la parte accionada en el término de 30 días diseñe un Modelo de Ambiente Laboral para el Cuidado que permita garantizar el derecho al cuidado dentro del ámbito laboral para los servidores y servidoras públicas de la Institución, mismo que será desarrollado en virtud de las normas internacionales y constitucionales que han sido expuestas en la presente sentencia, además incluirá todos los parámetros señalados en la sentencia No.3-19-JP/20 y acumulados Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría de fecha 05 de agosto de 2020; también se establece como medida de no repetición que la parte accionada en igual término establezca mediante el departamento correspondiente dentro de la Institución un Modelo de Indicadores entre ellos indicadores de resultado para la

medición del cumplimiento del derecho de cuidado dentro de la Institución considerando a los y las servidoras públicas de dicha Institución para el pleno ejercicio y goce del derecho de cuidado.

5. Como medida de reparación, se ordena que la parte accionada de DISCULPAS PÚBLICAS a la accionante JESSICA PAOLA HIDALGO AVEROS madre de la afectada niña EMILY ANTONELA ROMERO HIDALGO de tres años de edad, a través de uno de los canales de televisión nacional y además se expondrá dicha disculpa pública en la página web de la Institución durante 30 días.

6. Como medida de reparación económica se establece una compensación económica en un valor equivalente al de la remuneración que venía percibiendo en su contrato de servicio ocasional, como parte de la corresponsabilidad estatal del derecho de cuidado durante el tiempo que se reintegro a trabajo presencial la accionada JESSICA PAOLA HIDALGO AVEROS esto es desde el 17 de octubre de 2020 hasta que finalizará su contrato de servicios ocasionales esto es hasta el 31 de octubre de 2020 misma que deberá ser cancelada por la parte ACCIONADA con la liquidación que por ley le corresponda por el contrato de servicios ocasionales que feneció el 31 de octubre de 2020, compensación que será liquidada dentro del plazo de 30 días a partir de la notificación de la terminación del contrato de servicios ocasionales y sin necesidad de judicializarse tal como lo estipula la sentencia de la Corte Constitucional No. 3-19-JP/20 Y ACUMULADOS de fecha 05 de agosto de 2020 en su numeral 193.

7. La entidad accionada INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL I.E.S.S., por medio del departamento correspondiente deberá informar sobre el cumplimiento de lo resuelto en esta Sentencia en el mismo término, es decir 30 días.

8. Remítase copia certificada de la presente sentencia a la Corte Constitucional de conformidad a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 86 de la Constitución de la República del Ecuador. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**

f).- PILA AVENDAÑO VIVIANA JEANNETH, JUEZ.

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

LEYTON GUAYASAMIN CLAUDIA SOLANGE
SECRETARIO