



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

Juicio No: 09281202001477

Casillero Judicial No: 2223
Casillero Judicial Electrónico No: 0928617133
cristiancobo10@hotmail.com

Fecha: miércoles 22 de diciembre del 2021

A: AB. ABRAHAM BEDRAN PLAZA - DIRECTOR PROVINCIAL IESS

Dr/Ab.: CRISTIAN DAVID COBO GRANDA

SALA ESPECIALIZADA DE LO LABORAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE GUAYAS

En el Juicio Especial No. 09281202001477 , hay lo siguiente:

VISTOS:- Continuando con la sustanciación del proceso, y una vez que se escucharon a las partes procesales, por el sorteo de ley, ha correspondido conocer y resolver a este Tribunal Quinto, que forma parte de la Sala Especializada Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que actúa como juez constitucional pluripersonal de alzada por recurso de apelación presentado por la parte accionante, en contra de la sentencia, dictada por el Abogado MOYA CEDEÑO ANGEL LUIS, Juez de la UNIDAD JUDICIAL DE GARANTÍAS PENALES CON COMPETENCIA EN DELITOS FLAGRANTES DE GUAYAQUIL, PROVINCIA DEL GUAYAS.- Siendo el estado de resolver, para hacerlo se considera lo siguiente:

PRIMERO.- INDIVIDUALIZACIÓN DEL TRIBUNAL: El Tribunal Quinto de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial del Guayas, que actúa como juez constitucional pluripersonal de alzada, que conoce y resuelve los recursos, se haya integrado por los siguientes Jueces Provinciales: **Ab. JULIO ALEJANDRO AGUAYO URGILÉS (Ponente), Ab. ROLANDO COLORADO AGUIRRE y Dra. IVONNE NÚÑEZ FIGUEROA;** en reemplazo por ausencia por traslado administrativo del **Dr. Marco Jirón**, según lo determina el sorteo de ley.-

SEGUNDO.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES PROCESALES:-

LEGITIMADO ACTIVO: JORGE ALFREDO VALENCIA MOREIRA.

LEGITIMADOS PASIVOS: MGS. DAVID RUALES MOSQUERA, por los derechos que representa como DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, o quien haga sus veces; y , AB. ABRAHAM BEDRAN PLAZA, por los derechos que representa como DIRECTOR PROVINCIAL DE GUAYAS INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, o quien haga sus veces.-

TERCERO.- COMPETENCIA:- El Art. 86 numeral 2 de la Constitución señala: “Será

competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos”, norma que concuerda con el Art. 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece: “**Art. 7.- Competencia.- Será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos.** Cuando en la misma circunscripción territorial hubiere varias juezas o jueces competentes, la demanda se sorteará entre ellos. Estas acciones serán sorteadas de modo adecuado, preferente e inmediato. En caso de que se presente la demanda oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal. En las acciones de hábeas data y acceso a la información pública, se estará a lo dispuesto en esta ley.- La jueza o juez que deba conocer las acciones previstas en este título no podrá inhibirse, sin perjuicio de la excusa a que hubiere lugar.- La jueza o juez que sea incompetente en razón del territorio o los grados, inadmitirá la acción en su primera providencia.- La jueza o juez de turno será competente cuando se presente una acción en días feriados o fuera del horario de atención de los otros juzgados” (lo subrayado es nuestro).- En el caso que nos ocupa, los efectos del acto, en el caso de que constituyan vulneración de derechos constitucionales sucedieron en Guayaquil.- Por lo antes expuesto, este Tribunal, que actúa como juez pluripersonal constitucional, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso interpuesto al amparo del numeral 3, inciso 2º del Art. 86 y artículo 178, numeral 2, de la Constitución de la República del Ecuador, en relación con el artículo 24, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como de los artículos 159, 160 y 208 del Código Orgánico de la Función Judicial.-

CUARTO:- VALIDEZ PROCESAL:- En la presente causa se ha respetado el debido proceso y el derecho a la defensa de las partes consagrado en el Art. 76 de la Constitución de la República, en concordancia con el Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que se declara su validez.-

QUINTO: ANTECEDENTES:-

5.1.-) La parte accionante en su demanda inicial, manifestó en lo principal: “*Con fecha 04 de marzo del 2020, mediante el Informe Final de Resultados del Proceso de Selección de Nivel Jerárquico Superior del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo, basado en la resolución C.D.590 (Anexo 1), realizado por Psic. Org. Andrea Arteaga Vaquez, Líder de Proyecto de la Consultora PLUSSAFETY CONSULTING GROUP, dirigido a la Ing. María Cecilia Arteaga, Directora Nacional de Corporativos y a la Ing. Lorena Katherine Apunte Osorio, Subdirectora Nacional de Gestión de Talento Humano del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo, empresa contratada para el proceso de selección del Nivel Jerárquico Superior del IESS, concluyó que "en base al proceso de selección realizado para los Cargos de Gerente, Director Técnico Médico y Director Administrativo para el Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo y conforme los resultados obtenidos en el Assessment Center realizado, se concluye que: El MGS. VALENCIA MOREIRA JORGE ALFREDO es el postulante más idóneo para el cargo de Director Técnico Médico del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo, ya que su desempeño en el Assessment Centro de evaluación Center fue el candidato que más destacó y posee un buen nivel de desarrollo de competencias para el cargo,*

obteniendo un puntaje de 84,88% en la valoración de su perfil y un puntaje de 79,1% en el Assessment Center (...)."(Anexo 2) Mediante Memorando Nro. IESSDNSC20201118M, de fecha 27 de marzo del 2020, suscrito por la Ing. María Cecilia Arteaga Flor, Directora Nacional de Servicios Corporativos, dirigido al Dr. Miguel Angel Loja Llanos, Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, trasladó el informe final de selección de cargos directivos de Gerente, Director Administrativo y Director Técnico Médico, para el Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo, emitido por la empresa PLUSSAFETY CONSULTING GROUP, en el cual copia textualmente las conclusiones del informe realizado por la Consultora PLUSSAFETY CONSULTING GROUP y concluye que "traslada para su conocimiento y consideración las recomendaciones del informe con fecha 05 de marzo del 2020, con los resultados del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo, emitido por la empresa consultora PlusSafety Consulting Group mediante memorando Nro. IESSSDNGD202012320E de 21 de marzo de 2020, con la finalidad de designar a los profesionales recomendados por esta empresa en los cargos directivos de Gerente, Director Administrativo y Director Técnico Médico para el referido nosocomio, que debido a la coyuntura por el estado de emergencia sanitaria que atraviesa el país, se requiere de la incorporación de ese personal." (Anexo 3) En base a las recomendaciones mencionadas en el punto anterior, con fecha 27 de marzo del 2020, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, emitió la Acción de Personal Nro. SDNGTH202001056MP a favor del Dr. Jorge Alfredo Valencia Moreira, mediante la cual la Ing. María Cecilia Arteaga Flor, Directora Nacional de Servicios Corporativos, en uso de sus atribuciones, autoriza el encargo de la función de Director Técnico Médico del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo a favor del Dr. Jorge Alfredo Valencia Moreira desde el 28 de marzo del 2020. (Anexo 4) Mediante correo electrónico de fecha 31 de marzo del 2020, enviado por la Mgs. Rosana Celorio Vasquez, Administradora de la Unidad de Planificación y Administración de Talento Humano del IESS, que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Servicio Público remite su declaración patrimonial juramentada, mediante lo cual se logra evidenciar además la intención de integrar al Dr. Jorge Alfredo Valencia Moreira en el cargo que le corresponde. (Anexo 5) Con fecha 23 de marzo del 2020 el Dr. Jorge Alfredo Valencia Moreira recibió atención de urgencia en el área de medicina personal en el Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado ya que presentaba graves síntomas respiratorios, fiebre, tos seca, rinorrea artralgiás, mialgias cefalea y náuseas. Esto se logra evidenciar en el historial de registro médico del Dr. Jorge Alfredo Valencia Moreira. (Anexo 6) Consta el certificado médico de fecha 4 de mayo del 2020, suscrito por el Dr. Héctor Torres Soto, del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado, los síntomas mencionados en el punto anterior, razón por la cual se procedió a enviar los exámenes al laboratorio, lo cual certificó que el paciente VALENCIA MOREIRA JORGE ALFREDO, se encontraba con enfermedad viral por COVID19. (Anexo 7) Situación que se logra evidenciar además en su historial de registro médico. (Anexo 8) Finalmente, con fecha 28 de abril del 2020 el Dr. Jorge Alfredo Valencia Moreira logra obtener el resultado negativo al virus COVID19, momento en el que de no existir ningún impedimento en su salud podría reintegrarse a su trabajo. (Anexo 9) En base al resultado negativo que obtuvo, explicado en el punto anterior, de manera inmediata mediante correo electrónico de fecha 29 de abril

del presente año enviado por el Dr. Jorge Alfredo Valencia Moreira dirigido a Elvira Fuentes Hernández, a su correo institucional del IESS señaló que una vez superada su indisposición de salud, por contagio de COVID19 y reincorporado a las actividades hospitalarias solicita se emita la Acción de personal correspondiente como Director Técnico Médico del Hospital Teodoro Maldonado Carbo, cargo que se le otorgó a través del concurso correspondiente. Ante esta solicitud, basada en la Acción de Personal Nro. SDNGTH202001056MP, no se ha recibido respuesta alguna. (Anexo 10) De igual manera, mediante correo electrónico de fecha 29 de abril del 2020, enviado por el Dr. Jorge Alfredo Valencia Moreira dirigido a Alejandro Israel Zambrano Vargas, a su correo institucional del IESS, notifica su reintegro al Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo al haber superado el virus COVID19 y solicita la gestión de la acción de personal al ser ganador del concurso mencionado en el punto 1. (Anexo 11) Actualmente el Dr. Jorge Alfredo Valencia Moreira, Director Técnico Médico del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo, se encuentra en capacidad de retomar sus funciones encargadas, sin embargo, conoce que su puesto ha sido encargado a una tercera persona, situación que pretende irrespetar la Acción de Personal Nro. SDNGTH202001056MP, aceptada y posesionada el 27 de marzo de 2020. Es importante tomar en consideración que la ausencia en el desempeño de su cargo respondió a su grave condición médica. Con fecha 29 de abril del 2020 mediante Acción de Personal No. SDNGTH202001332MP se resuelve otorgar el nombramiento provisional de Director Técnico a la Mgs. ESTHELA NARCISA TINOCO MORENO, en ese sentido, se pretende hacer caso omiso a lo establecido en la Acción de Personal Nro. SDNGTH202001056MP. (Anexo 12) Al momento de generar la acción de personal No. SDNGTH202001332MP no existió notificación alguna o antecedentes que sustenten dicha decisión. Queda evidenciado que mediante correos electrónicos notifiqué mi recuperación e intención de reintegro en mis actividades en el Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo y es indispensable tomar en consideración que no existe respuesta alguna lo que evidencia una clara vulneración a mis derechos constitucionales por no permitirme trabajar en el cargo que por méritos alcancé y además se demuestra una grave vulneración al debido proceso y a la seguridad jurídica. Petición Concreta. En base a los fundamentos expuestos, solicito la protección mis derechos constitucionales al trabajo, seguridad jurídica y al debido proceso, los cuales han sido vulnerados por; en tal virtud, mediante sentencia Declare: La vulneración de los derechos constitucionales del Dr. Jorge Alfredo Valencia Moreira, al trabajo, seguridad jurídica y al debido proceso por parte de las autoridades respectivas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y el Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carpió; Dejar sin efecto la Acción de Personal No. SDNGTH202001332MP de fecha 29 de abril del 2020, firmado por la Ing. Lidia Maribel López Cabrera, Directora Nacional de Servicios Corporativos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Ordenar el reintegro del Dr. Jorge Alfredo Valencia Morena en sus actividades como Director Técnico Médico del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carpió”.

5.2.-) Una vez que los legitimados pasivos conocieron la demanda, el juez constitucional a quo, convocó a la audiencia donde en lo principal manifestaron: La parte accionante se ratificó en su demanda de acción de protección, indicando que era un ganador de un concurso, que no se pudo posesionar porque se encontraba

enfermo por covid; que cuando quiso reintegrarse y pidió que se le emita la acción de personal, pero se lo negaron, lo que a criterio del accionante implicaba la vulneración de los derechos constitucionales señalados en su demanda.- Los accionados en lo principal se refirieron que el accionante no se posesionó del cargo, que el mismo no genera estabilidad porque por su naturaleza es de libre remoción, que el accionante no notificó que se encontraba enfermo y que la vía constitucional no es la idónea.-

5.3.-) Luego de escuchar a las partes, el juez de primer nivel aceptó la acción de protección, sentencia que fue recurrida, por lo que la causa subió en grado.-

SEXTO: INDIVIDUALIZACIÓN DE LA SENTENCIA IMPUGNADA:- Sentencia, dictada por el Abogado MOYA CEDEÑO ANGEL LUIS, Juez de la UNIDAD JUDICIAL DE GARANTÍAS PENALES CON COMPETENCIA EN DELITOS FLAGRANTES DE GUAYAQUIL, PROVINCIA DEL GUAYAS, de fecha Guayaquil, miércoles 27 de mayo de 2020, las 04h56, donde se resolvió: “*ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve ADMITIR la Acción de Protección propuesta por el Dr. Jorge Alfredo Valencia Moreira en contra del Director General del IESS y Director Provincial del Guayas del IESS, por cuanto de los hechos expuestos en la demanda y de las alegaciones efectuadas en la Audiencia, se pudo establecer que existió vulneración al Derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso (Art. 76 y 82 de la Constitución) en cuanto a la asignación de las acciones de personal referentes a la ocupación del cargo de director técnico del hospital Teodoro Maldonado Carbo, por lo que una vez que el doctor Jorge Alfredo Valencia Moreira se reincorporó a sus funciones, ya que no es por cuestiones ajenas a las funciones que ocupaba como médico, se indica que se conocía su contagio por Covid mientras laboraba para la misma institución en la que presta sus servicios, debe ser mucho más relevante, no que se considere como un premio, sino en este caso darle lo que por justicia se merece al haber sido designado como ganador del proceso de Selección de cargos de Nivel jerárquico Superior, por lo que el suscrito al admitir la presente acción de protección a favor del doctor Jorge Alfredo Valencia Moreira, considera en atención a lo establecido en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, disponer como reparación integral a favor del legitimado activo Dr. Jorge Alfredo Valencia Moreira, en cuanto al daño causado, que al doctor Jorge Alfredo Valencia Moreira dispone: 1.- Que al Dr. Jorge Alfredo Valencia Moreira, se le otorgue la acción de personal correspondiente para que ocupe el cargo de Director Técnico Médico del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo. 2.- Que la institución el IESS ofrezca las respectivas disculpas públicas al Dr. Jorge Alfredo Valencia Moreira, las cuales deberán ser publicadas en la página web de la institución, una vez notificada la Resolución. 3.- Que de forma inmediata el Dr. Jorge Alfredo Valencia Moreira quien fue considerado el postulante más idóneo, en base al proceso de selección de cargos de nivel jerárquico superior realizado y conforme a los resultados del Assesement Center de la Consultora Plussafetty Consulting Group, ocupe las funciones respectivas al cargo de Director Técnico Médico del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo. Consecuentemente se dispone que de forma inmediata ocupe las funciones para la cual ganó la selección respectiva como Director Técnico Médico del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo”.-*

SÉPTIMO: NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.- La autora Karla Andrade Quevedo, en su estudio “La Acción de Protección desde la jurisprudencia constitucional, Manual de Justicia Constitucional” Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional del Ecuador, pp. 118 y 119, Quito, 2013, manifiesta: “De modo que el máximo órgano de interpretación constitucional de nuestro país ya ha determinado claramente que cuando ocurre un vulneración de un derecho constitucional la única vía posible es la acción de protección. No existe, por tanto, otra vía idónea o eficaz puesto que la Constitución de la República ha sido clara en determinar que esta garantía opera únicamente para el amparo de derechos reconocidos en la Constitución. Por tanto, si existe otra vía posible que además resulta adecuada o eficaz es probablemente porque no se trata de un derecho de índole constitucional y el ordenamiento jurídico se ha establecido para ella un procedimiento específico [...] Por tanto, de acuerdo con lo determinado por la jurisprudencia constitucional, la acción de protección no constituye una acción que se pueda escoger como vía frente a cualquier vulneración de un derecho sino únicamente para aquellos derechos de fuente constitucional; las controversias que se suscitan en el ámbito de la legalidad no tiene cabida en esta acción. De modo que, mediante esta sentencia, la Corte nos deja ya delimitada la cancha. Usuarios, abogados, y jueces tienen perfectamente definido, tanto en una dimensión positiva como negativa, cual es la naturaleza de los derechos que se encuentran en protección por medio de esta garantía jurisdiccional. De ese modo, la Corte Constitucional, con su jurisprudencia, les ha impuesto un importante mandato a los jueces, pues ha determinado que a la hora de conocer una demanda de acción de protección, lo primero que deberán verificar es que efectivamente se trate de un tema de constitucionalidad y no de un conflicto de mera legalidad que no afecte un derecho constitucional”.- Como ha quedado señalado, tanto la doctrina como la jurisprudencia, en materia constitucional, sostienen que la acción de protección no es un medio que pueda sustituir las acciones judiciales ordinarias o los recursos administrativos, pues ello conllevaría a la superposición de la justicia constitucional sobre la justicia ordinaria, así como al desconocimiento y a la desarticulación de la estructura jurídico del Estado. Por lo que la acción de protección no procede cuando el titular del derecho vulnerado cuenta con la posibilidad real de acceder a una tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses en la vía ordinaria, por un lado; o, por la vía administrativa propia, por otro lado, especialmente, para demandar o recurrir de actos de la administración como los que se derivan de la especie. Por otro lado, existen circunstancias en las que si bien la persona considera que se han afectado sus derechos, la conducta denunciada no ataca directamente a la faceta constitucional del mismo, sino que el derecho ha sido quebrantado en su dimensión legal que si bien tiene siempre un trasfondo constitucional, pues todos los derechos se encuentran garantizados en la Constitución, no reclama la misma urgencia ni el mismo grado de celeridad que si se tratara de un derecho constitucional.- La acción de protección se incorporó para tutelar, proteger los derechos constitucionales, de todo ecuatoriano consagrados en nuestra constitución La definición en buena parte depende del alcance y contenido que esta garantía tenga en cada Constitución y el desarrollo constitucional de cada país. Esta realidad ha determinado el que algunos juristas consideren a la acción de protección como una acción subsidiaria o alternativa y otros como la que surge de nuestra

Constitución como una acción de naturaleza principal, de mayor jerarquía y totalmente independiente. Guillermo Cabanellas sostiene que: "Acción equivale a ejercicio de una potencia o facultad. Efecto o resultado de hacer. En cambio al hablar de Protección manifiesta que es: Amparo, defensa, favorecimiento". Couture, se refiera a la acción como: "el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión..... tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignada en la Constitución".....En este contexto, la acción de protección se origina como un mecanismo de protección que tiene 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, como es el caso, 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; en lo que compete al caso, se establece que existe una decisión adoptada por un juez constitucional a quo, en la que acepta la acción de protección, señalando en lo principal: *"QUINTO.- CONSIDERACIONES Y ANÁLISIS: La acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos por la Constitución y puede interponerse cuando exista vulneración de derechos constitucionales por: 1.- Actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; 2.- Contra políticas públicas cuando supongan privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y, 3.- Contra personas particulares, si la violación genera daño grave; si presta servicios públicos impropios; si actúa por delegación o concesión o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación (Art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador). Corresponde analizar si existe vulneración de derechos constitucionales al accionante; si su pretensión cumple los requisitos predeterminados en el Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y si se produjo o no la afectación demandada; para así cumplir con los derechos de tutela judicial a las partes procesales (Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador y Art. 23 del Código Orgánico de la Función Judicial).- ¿Existe derecho vulnerado?, ¿Se cumplen los requisitos?, y, ¿Es procedente o no la acción de protección?. Éstas tres interrogantes se conjugan para la vigencia de una acción de protección de derechos conforme se establece en la Constitución de la República y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. El artículo 41 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece: "La acción de protección procede contra: 3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías". La Constitución de la República, en el Art. 1 indica que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia..." y consagra como su más alto deber "respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución"; para hacer efectivo el cumplimiento de estos principios y que no queden en simples enunciados ha creado "derechos de protección a través del*

principio de tutela judicial efectiva (Art. 75) para que todas las personas que se crean vulneradas en sus derechos puedan acceder al órgano jurisdiccional, de manera específica, ha previsto las Garantías Jurisdiccionales.- Conforme lo prevé el numeral sexto del artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con lo reglado en el artículo 2 numeral 3 de la Ley Orgánica Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, las sentencias vinculantes con efectos erga omnes son de obligado precedente constitucional, inclusive aquellos que son criterios interpretativos.-El artículo 40 de la Ley Orgánica Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es imperativo al exigir los requisitos para la procedencia de la acción de protección.- SEXTO .- En la Sentencia No. 018-11-SEP-CC, CASO No. 0635-09-EP, desarrolla el derecho a la seguridad jurídica bajo el siguiente enfoque que citamos: “El artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador determina el derecho a la seguridad jurídica, mismo que tiene relación con el cumplimiento de los mandatos constitucionales, estableciéndose mediante aquel postulado una verdadera supremacía material del contenido de la Carta Fundamental del Estado Ecuatoriano. Para aquello y para tener certeza respecto a una aplicación normativa acorde con la Constitución se prevé que las normas que formen parte del ordenamiento jurídico se encuentren determinadas previamente; además, deben ser claras y públicas; solo de esta manera se logra conformar una certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos que generan la confianza acerca del respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional.” debiendo de considerar que la Ley es una declaración de la voluntad soberana que manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite, así lo expresa el artículo 1 del Código Civil y concuerda con el derecho a la seguridad jurídica que prevé el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador que establece que se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.- Sobre la atribución dispuesta en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador que establece: “Las Instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúan en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que le sean atribuidas en la Constitución y la Ley [...]”. Es también pertinente el precedente expuesto en las Sentencias Constitucionales N° 000-09-SEP-CC caso 0002-09-EP; 025-09-SEP-CC. casos 0023-09-EP-0024-09-EP y 0025-09-EP acumulados que al referirse a la seguridad jurídica expresan: “ La Seguridad Jurídica se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de estos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a las personas para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean vulnerados y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela”; “La seguridad jurídica es una garantía de certeza de que los derechos serán respetados, o una situación jurídica que no será cambiada sino de conformidad con procedimientos establecidos, es decir, el derecho constitucional a la seguridad jurídica implica la confiabilidad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la Ley.”. Hechos no controvertidos: Del contenido de la demanda que dio inicio a esta

causa y de las alegaciones expuestas en la audiencia quedó establecido: Del análisis concreto respecto a las alegaciones realizadas por las partes quedó determinado que se emitió un Reglamento de Selección de Cargos de Nivel Jerárquico Superior en base a la Resolución No. C.D. 590 emitida por el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, para la designación entre otros cargos el de Director Técnico Médico del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo, proceso de selección que establecía la forma en que se elegiría a los aspirantes mejor puntuados. Culminado el proceso de selección, teniendo como referencia el Memorando Nro. IESS-DNSC-2020-1118-M de fecha Quito D.M. 27 de marzo de 2020 firmado electrónicamente por la Ing. María Cecilia Arteaga Flor, Directora Nacional de Servicios Corporativos, se emitió una Acción de Personal No. SDNGTH-2020-01056-MP de fecha 27 de marzo de 2020 y que regía a partir del 28 de marzo de 2020 a favor del Doctor Jorge Alfredo Valencia Moreira en la cual se resuelve autorizar el encargo de funciones como Director Técnico del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo y que la base legal es por el artículo 127 de la Losep que efectivamente nos indica era un encargo de un puesto vacante el cual indicaba que esté procedía por disposición de la ley o por orden escrita de autoridad competente. La servidora o servidor de la institución asume el ejercicio de un puesto directivo ubicado o no, en la escala del nivel jerárquico superior, y así mismo en base también al Art. 271 del Reglamento de la Losep que nos indica en este caso que el encargo de un puesto vacante procederá cuando la o el servidor de carrera o no, deba asumir las competencias y responsabilidades de un puesto directivo ubicado o no en la Escala del Nivel Jerárquico Superior, y que cumpla con los requisitos establecidos en los Manuales de Clasificación Puestos Genérico e Institucional, para lo cual y por excepción tratándose de casos que por las atribuciones, funciones y responsabilidades del puesto a encargarse, deban legitimar y legalizar actos administrativos propios de dicho puesto, siempre y cuando la o el servidor cumpla con los requisitos del puesto a encargarse. Hechos controvertidos que generan los problemas jurídicos a resolver en sede constitucional: Se argumentó por parte de los legitimados pasivos, así como de la Defensa de la Procuraduría General del Estado que la presente acción de protección no era procedente por relacionarse a un reclamo de mera legalidad que corresponde a la justicia ordinaria y, por ende, existir las vías adecuadas y eficaces para conocer y resolver este caso. Al respecto, se cuestionó que existe supuestamente una vía idónea y eficaz en la justicia ordinaria (materia contenciosa administrativa) en la cual se puede impugnar lo que consideran es un acto administrativo. En materia constitucional corresponde al juzgador determinar si dicha vía (contenciosa administrativa) era idónea y eficaz (ambas condiciones, por la redacción copulativa de la norma Art. 42 numeral 4 de la LOGJCC) para el caso puesto a conocimiento, para ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya en el año 1987 en la Opinión Consultiva C-9, señaló que cuando el Estado establece como defensa que se debe comparecer ante el contencioso administrativo como vía idónea, deberá presentar casos similares para establecer que se ha tutelado los derechos en plazos razonables y, en el presente, no ha cumplido con dicha prerrogativa en materia de Derechos Humanos. Se dice que el procedimiento contencioso administrativo en sede ordinaria puede impugnar el mismo acto administrativo y que por lo tanto esta acción de protección lo que busca es suplantar la justicia ordinaria o ubicarse como una especie de instancia adicional

para beneficiarse de ella. Está vastamente aclarado por la Corte Constitucional que en un procedimiento administrativo bien puede ocurrir la violación de un derecho constitucional, que es lo que le interesa a la justicia constitucional y que, determinado aquello, no podemos hablar de asuntos de mera legalidad o que le competan a la justicia ordinaria. Así, la Corte Constitucional mediante el conocimiento y resolución de acciones extraordinarias de protección ha tenido una amplísima producción jurisprudencial precisamente de casos que revisten este tipo de circunstancias y partiendo desde esos pronunciamientos tenemos que la justicia ordinaria y específicamente la materia contencioso administrativa tiene como eje fundamental el control de legalidad de los actos administrativos, mismos que gozan de una presunción de legitimidad según el Art. 68 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), pero no debe confundirse que por esa presunción de legitimidad de los actos de la Administración poseen la condición de no poder ser sujetos del examen de convencionalidad, así la norma estatutaria que es inferior en la jerarquía normativa a la Constitución de la República y a los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, les otorga una “presunción” de legitimidad y no una condición de ello. Entonces se comprende que el control de legalidad versa sobre un acto administrativo que puede ser impugnado en vía judicial ordinaria para determinar si esa presunción corresponde o no a la realidad fáctica y jurídica. Pero no debe confundirse dicho control de legalidad con el control de constitucionalidad que no solamente se aplica al acto administrativo singular que se objeta como en el caso bajo examen, la resolución de destitución emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, sino a todo el procedimiento sumarial del cual deviene ese acto por la aplicación vertical de dicho control de constitucionalidad sobre los actos de la Administración. Le corresponde a la justicia constitucional determinar si durante el procedimiento que produjo un acto administrativo y, en el contenido del mismo acto, se han generado vulneraciones a derechos constitucionales o no; se cumplen las exigencias del examen de convencionalidad que dimana del Bloque de Constitucionalidad, o no. Por eso el ejercicio de las garantías jurisdiccionales no solamente analiza el acto en sí, sino obligatoriamente el procedimiento del cual proviene dicho acto y, el respeto o violación de los derechos constitucionales desde la génesis del procedimiento hasta su finalización. La Sentencia 001-16-PJO-CC de fecha 22 de marzo del 2016, emitida por la Corte Constitucional, con carácter erga omnes dispone como jurisprudencia vinculante: 1. Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido. 2. La regla expedida en la presente sentencia deberá ser aplicada con efectos generales o erga omnes en casos similares o análogos.- De las preguntas realizadas a la Ab. Wendy Plaza sobre la acción de personal referente, a que si el documento llegó físicamente al Departamento de Talento Humano en Guayaquil, indicó que llegó el 27 de marzo del 2020 con el Quipux IESS-DNSC-2020-3047-M para que sea impreso, lo firme la

persona de talento humano de la unidad médica, quién se posesiona del cargo y firmado. De la revisión del Memorando Nro. IESS-DNSC-2020-1118-M de fecha Quito D.M. 27 de marzo de 2020, consta que el mismo se encuentra firmado electrónicamente por la Ing. María Cecilia Arteaga Flor, Directora Nacional de Servicios Corporativos, observándose que al contrario la Acción de Personal No. SDNGTH-2020-01056-MP de fecha 27 de marzo de 2020 consta como un documento digitalizado con firmas de la Ing. Lorena Apunte Osorio, Subdirectora Nacional de Gestión de Talento Humano y la Ing. María Cecilia Arteaga Flor, Directora Nacional de Servicios Corporativos, cuando se establece según dicho memorando que estaba autorizada a firmar electrónicamente, a diferencia de la Acción de Personal No. SDNGTH-2020-01332-MP de fecha 29 de abril de 2020 a favor de Tinoco Moreno Esthela que se encuentra firmada electrónicamente. De la revisión de las Acciones de Personal, se observa en la del Dr. Valencia que: “Resuelve: Autorizar el encargo de funciones como Director Técnico del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo” y en la conferida a la Dra. Tinoco: “Resuelve: Otorgar el Nombramiento Provisional” es decir si se estaba cumpliendo lo establecido en el proceso de Selección debió emitirse una Acción de Personal otorgando el Nombramiento Provisional al Dr. Valencia, ahora bien, para aclarar ese punto se le consultó a la Ab. Wendy Plaza por qué encargaron al Dr. Valencia del cargo, respondiendo que lo del Doctor era nombramiento Provisional de Nivel Jerárquico Superior, ese es el nombramiento que se le debía de dar nombramiento Provisional de Nivel Jerárquico Superior y lo que se realizó fue un encargo en virtud obviamente de la situación que estaba pasando. Se ha indicado también que conforme al Art. 16 de la Losep, el término para posesionarse del cargo público será de quince días, contados a partir de la notificación y en caso de no hacerlo, caducarán, que ya habían transcurrido esos 15 días, que se enviaron correos al funcionario, que no había dado respuestas de lo que se le solicitaba en cuanto a la posesión de la designación para la cual fue elegido el 28 de marzo, se hizo mención a que le han enviado dos correos el 28 y 30 de marzo, es decir ese término para la Institución se cumplió, sin precisar en qué fecha establecieron dicha caducidad, destacándose que para ocupar un cargo público se requiere nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora y el término para posesionarse del cargo público será de 15 días contados a partir de la notificación y en caso de no hacerlo caducarán es lo que se indicó en cuanto a lo que operó con la acción de personal del doctor Jorge Valencia. En las alegaciones realizadas por el Ab. Cristian Cobo en representación del señor Juan Gabriel Yturalde Villagómez en su calidad de Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) manifestó que en la fecha del 23 de marzo de 2020 la ciudad de Guayaquil atravesaba la peor crisis por el Covid 19 y no podía el Hospital Teodoro Maldonado mantener en afección la Dirección Técnica del Hospital Teodoro Maldonado, encargado de controlar toda la parte médica y clínica por lo tanto no podía dejar en afección o esperar que se recupere para esta situación, “en ese contexto fue que se posesionó a la segunda postulante o una de las postulantes que es la Ab. Tinoco que estaba en el proceso de selección, por lo tanto no es verdad que se ha puesto, entonces en esta situación el Hospital Teodoro Maldonado al encontrarse en esta situación que necesitaban un Director Técnico lo que hizo fue simplemente ocupar el puesto con otros de los mismos postulantes. Esta afirmación

contrasta con lo indicado por la Ab. Wendy Plaza quien intervino en representación de la Mgs. Rosana Monserrat Celorio Vasquez - Administradora del Hospital Teodoro Maldonado Carbo, a quien se le consultó si durante el tiempo en qué no se encontraba la persona a quien se encargó, en este caso el doctor Valencia, se encargó a otra persona, nos refirió que el Doctor Carlos Arriaga Salazar fue designado para que ocupe también como encargo del 4 al 28 de abril las funciones de Director Técnico de esta casa de salud, encargo del cual no se presentó la documentación concerniente al encargo mencionado. Se le preguntó en base a que informe o bajo qué parámetros encargaron al doctor Carlos Arriaga Salazar y no hicieron lo mismo que se observa emitieron un nombramiento provisional a la Dra. Tinoco, quien estuvo en el proceso de selección y efectivamente seguí luego de la ubicación del Dr. Jorge Valencia, respondiendo que el Art. 5 de la misma resolución 590 habla acerca de la designación directa en su lit. c).- Encargos y subrogaciones de preferencia personal de la misma área, o en caso de no contar con personal que cumpla el perfil se podrá seleccionar personal de otras áreas de la institución, entonces efectivamente ante la situación que estaba pasando se encargó, es un encargo entíendase a este profesional según el Art. 5 Literal C de la resolución que habla acerca de la designación directa, encargo que surgía desde la fecha ya mencionada, acorde a la resolución 590. Lo afirmado dista de la invocada Resolución No. C.D. 590 en su Art. 5 literal c).- Encargos y subrogaciones de preferencia personal de la misma área, o en caso de no contar con personal que cumpla el perfil se podrá seleccionar personal de otras áreas de la institución. Desconocemos si el encargo del Dr. Carlos Arriaga Salazar cumplía lo requerido en el Art. 5 literal c, además que de la revisión de la Matriz de Ponderación para el proceso de reclutamiento y selección del nivel directivo del less, Unidades Médicas, Director Técnico Médico, el Dr. Carlos Arriaga Salazar no consta como finalista ni postulante. Desconocemos la base legal o referencia del encargo del Dr. Arriaga desde el 4 al 28 de abril de 2020. Consta una certificación suscrita por el Dr. Héctor Torres Soto en la que se indica que el Dr. Jorge Alfredo Valencia Moreira se reintegró el día 27 de abril. Mediante correo electrónico de fecha 29 de abril de 2020 el Dr. Valencia comunica que se ha reintegrado al Hospital luego de superar el contagio del Covid, que no tiene Quipux ya que 2 días previos a la Acción de Personal, salió con permiso médico y solicita la gestión de la Acción de Personal como ganador del concurso, por cuanto indica que en vista de la enfermedad que padecía no ha podido dar cumplimiento a lo que se le solicitaba mediante correo, así también se ha puesto en conocimiento que desde el 25 de marzo el doctor Jorge Valencia tuvo un estado de salud determinado por síntomas del Covid y lo que le correspondió realizar en base también a las recomendaciones médicas que se establezca un aislamiento para que pueda recuperarse satisfactoriamente de esta enfermedad que justamente en esas fechas en el mes de marzo, el mes más crítico de esta pandemia por Covid en esta ciudad el doctor Valencia hizo lo más recomendable permanecer en aislamiento para que esta enfermedad no pueda ser contagiada a más personas, cómo es de conocimiento público, ya que un sin número de profesionales de la salud fueron contagiados con esta enfermedad muchos de los cuales perdieron la vida. De la documentación anexa por el accionante se observa que se reintegra a sus funciones con fecha 29 de abril y es en esa misma fecha que se realiza o llega una acción de personal en la cual se indica que se ha dado un nombramiento provisional,

efectivamente a la doctora Tinoco Moreno Estela Narcisa, quién según lo estableció la empresa contratada para el asesoramiento y selección del personal idóneo, era la segunda persona calificada para ocupar este cargo. Se determinó en primera instancia que la acción de personal de fecha 27 de marzo emitida a favor del doctor Valencia era en cumplimiento a los parámetros que se estableció en la respectiva normativa del Reglamento de selección de cargos de nivel jerárquico Superior establecido en la Resolución No. C.D. 590 y es por esta razón que se le emite a este funcionario la respectiva acción de personal, lo contradictorio que no pudo ser determinado ni justificado por la entidad accionada, es que si se inició cumpliendo a cabalidad los pasos preestablecidos para la designación de funcionarios dentro del indicado reglamento y cumpliendo en este caso todos los requisitos, por qué razón con fecha 4 de abril, se establece o se podría entender tácitamente que ya notaron en la unidad hospitalaria la falencia en la Dirección Técnica Hospitalaria, encargan desde el 4 al 28 de abril al doctor Carlos Arriaga Salazar, cuándo evidentemente lo que correspondía era que designen inmediatamente si es que el caso así lo ameritaba a la funcionaria que le correspondía, en este lugar a la doctora Tinoco, por lo que se podría establecer es que se encargó al doctor Carlos Arriaga Salazar por cuanto tenían conocimiento de cuál era la situación médica de la persona que había ganado el respectivo proceso de selección que en este caso es el Dr. Jorge Valencia Moreira, ya que si se hubiera operado como indica la normativa de la Resolución No. CD-590 que fueron establecidas por el mismo Consejo Directivo del IESS, debieron en todo caso si seguían los parámetros correctos haber nombrado a la doctora Tinoco, pero no incluir en este intermedio, en este desfase a una persona que ni siquiera se encontraba como postulante o estaba entre los elegidos, o dentro de las personas que se encontraban aptas para ocupar este cargo, es decir se observa que en ese momento lo que existió fue una falencia en cuanto a que no se realizó lo que necesariamente se requería para la asignación del funcionario correspondiente, es decir personas idóneas que debía ocupar el cargo, se nombró a una persona que no cumplía en este caso los parámetros determinados para lo cual se originó la convocatoria mediante la Resolución No. C.D 590. Nuestra Constitución determina en su Art. 363.- El Estado será responsable de: "3. Fortalecer los servicios estatales de salud, incorporar el talento humano y proporcionar la infraestructura física y el equipamiento a las instituciones públicas de salud". Se indica que se actuó de manera rápida, muy bien pudieron haber nombrado como lo han hecho con la acción de personal a la doctora Tinoco, si el caso así lo requería o haberla encargado también y así mismo de lo que se establece la enfermedad del doctor Valencia cómo es de conocimiento público es una enfermedad sumamente contagiosa y lo que el médico estableció es su aislamiento, en este caso no podía concurrir a la entidad a firmar ningún tipo de documento independientemente de que pudo haber bajado de la página de la contraloría el documento pero tendría que acudir personalmente y la disposición médica conocida a nivel mundial es el aislamiento para evitar la expansión de la enfermedad.- La Corte Constitucional en su sentencia 001-16-PJO-CC, señala el alcance del contenido de los numerales 1 y 3 del art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: "28. En este sentido el constituyente ecuatoriano ha optado por la creación de diversos mecanismos que permiten la efectiva protección de los derechos garantizados en la norma suprema, plasmando en su texto una serie de garantías constitucionales, que tiene por objeto

la efectiva vigencia de los derechos constitucionales". Lo anterior no debe llevar al equívoco de considerar que la norma *in studium* ha consagrado la residualidad de la acción de protección, sino, todo lo contrario, pretende delimitar claramente el campo de acción de una y de otra vía. Debemos tener presente además que la Corte Constitucional, para el período de transición, mediante la sentencia 0001-10-PJO-CC, dispuso "La acción de protección procede cuando exista la vulneración de derechos constitucionales proveniente de un acto de autoridad pública no judicial, vulneración que debe ser declarada por el juez constitucional vía sentencia". Adicionalmente, ha de tenerse presente que tampoco cabe la posición de los operadores jurídicos que eludiendo su labor de jueces constitucionales, calidad de la cual se hayan investidos al conocer las acciones de garantías jurisdiccionales y aun cuando del proceso se advierte, de modo inequívoco, la vulneración de derechos consagrados en la Constitución, recurren a la trillada y en no pocas veces inmotivada alegación de que los hechos sometidos a su conocimiento se tratan de "asuntos de mera legalidad" y la vez, "sugiriendo" a los afectados a que acudan a las vías ordinarias (por ejemplo, la contencioso administrativa), sin reparar en que aquellas no constituyen las vías adecuadas ni eficaces para proteger y reparar de modo inmediato la afectación de derechos constitucionales. En la misma línea de jurisprudencia, la Corte Constitucional resolvió en sentencia 085-12-SEP-CC, caso No. 0568-11-EP: "...La acción de protección constituye una garantía jurisdiccional para la protección de derechos constitucionales, cuyo objeto es "el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución", conforme lo dispone el artículo 88 de la Carta Suprema de la República. La acción de protección se puede interponer "cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial"; de ello se infiere que los únicos requisitos exigibles para su procedencia son: 1) Existencia de acto u omisión de autoridad pública no judicial, o de particulares en los casos previstos en la citada norma constitucional; y 2) Que tal acto u omisión vulnere derechos constitucionales. Sin embargo, el legitimado activo estima que el accionante debió impugnar, mediante demanda en la jurisdicción contencioso administrativa, para cuyo efecto invoca el numeral 3 del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que exige como requisito: "Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado". El legislador, al expedir la citada Ley, agregó como requisito para la procedencia de la acción de protección la inexistencia de "otro mecanismo de defensa judicial" (artículo 40 numeral 3 LOGJCC); es decir, con dicha norma legal ha convertido a la acción de protección en una acción de carácter residual, desnaturalizando el carácter de preferente y sumario para la protección de derechos que le otorga la Constitución a la referida acción,; además, al expedirse la norma legal no se tomó en consideración el artículo 84 de la Carta Magna, que imperativamente dispone: "...En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución". Si bien la norma infraconstitucional (artículo 40 numeral 3 LOGJCC) se halla en plena vigencia y forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, es evidente que contraría el principio contenido en el artículo 11 numeral 4 de la Constitución, que dispone: "Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales", por lo que suscrito considera que efectivamente la seguridad

jurídica en cuanto al trámite debido que se estableció en esta normativa para la designación no fue cumplida estrictamente cómo lo establece el nombramiento de las personas para ocupar sus cargos, se vulneró en este caso la seguridad jurídica (art. 82 de la Constitución) por cuanto este ciudadano evidentemente en vista de la pandemia y por precautelar su salud y la del resto de personas que lo rodean automáticamente en el caso hipotético hubiera podido entregar su documentación tampoco hubiera podido ejercer el cargo por cuánto es lo que trato es de evitar el contagio y la propagación de la enfermedad y ese punto la institución debió haberlo tenido en consideración mucho más aún que es un funcionario de la misma unidad hospitalaria dónde ejerce sus funciones, resulta en este caso contradictorio que en nuestro país y el mundo les brindemos aplausos a los médicos ya que se considera son las primeras personas que han estado en la línea de batalla y en este caso la unidad hospitalaria la institución lo que ha hecho es darle la espalda a este médico qué más bien lo que trato es de evitar en este caso una propagación de su enfermedad, una vez que estuvo reintegrado con fecha 28 de abril muy bien pudo la institución haberle dado las facilidades para que cumpla la presentación de sus documentos tal como se lo dispuso en el correo electrónico porque evidentemente era la única oportunidad donde él pudo haberse movilizad para presentar su documento en la unidad hospitalaria donde prestaba sus servicios. En la intervención del Abogado Cobo indica que estos son cargos de libre remoción y que hasta la presente fecha el accionante no ha presentado estos documentos, o sea que nos da entender que si los hubiera presentado al momento de su reintegro hubiera tenido la oportunidad de haberse posesionado del cargo de Director Técnico Médico del hospital. El suscrito considera que al haberse emitido una nueva acción de personal y en vista de que la no presentación de la declaración juramentada corresponde exclusivamente a la salud que se encontraba en riesgo el médico y también por cuanto esta situación le impedía que concurra a otros lugares porque lo que hubiera ocurrido es en este caso poner en riesgo al resto de personas hubieran estado en el lugar donde el acudiría, es más bien en este punto que se establece que la situación médica del doctor Valencia, debió haber sido tomado en cuenta y haberse establecido únicamente que una vez que se cumpla el encargo de la persona que se puso en el cargo previo a la designación de la doctora Tinoco, el Doctor Carlos Arriaga Salazar, se debió realizar el respectivo informe si el doctor Valencia estaba o no en capacidad de ocupar el cargo ya que fue la persona qué consta como ganador, se considera que ese desfase de nombrar a otra persona que ni siquiera contaba como postulante ni en la escala de los ganadores, vulnerándose con ello, el principio de la Seguridad Jurídica, las garantías básicas del Debido Proceso y el derecho a la legítima defensa, consagradas en el Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador, que es la norma suprema, que rige y regula nuestra normativa jurídica y está encima de los reglamentos y disposiciones atentatorias, por lo que la situación médica del accionante lo colocó en estado de indefensión, al no poder informar, contradecir o allanarse a una comunicación de fecha 27 de marzo cuando ya desde el 25 de marzo se encontraba en aislamiento por su estado de salud. Existe un trastocamiento en cuanto a los lineamientos de la Resolución No. C.D. 590 ya que se designó al doctor Jorge Valencia Como ganador, a criterio del suscrito se considera, que existe una vulneración a la seguridad jurídica por cuanto no se le ha brindado las garantías necesarias en cuanto a la aplicación estricta de lo que debía hacer el

cumplimiento del proceso de selección para la asignación del ganador, así también se crea este desfase por cuanto no se aplicaron todos los lineamientos necesarios, ya que en el caso no consentido de que se lo hubiera considerado en ese momento el doctor Valencia no podía ocupar el cargo, muy bien pudo haberse establecido que se nombre a la segunda postulante, no se lo hizo por cuanto efectivamente se nombra a una persona ajena a este proceso de selección, por lo que se podría establecer qué es lo que se trató de hacer es subrogar o encargar las funciones para las cuales se encargó en primer momento al doctor Jorge Valencia, es lo que determina el suscrito que una vez reintegrado a sus actividades laborales el doctor Valencia, debió dársele la facilidad, la oportunidad, para que proceda a concluir lo referente a su posesión presentando la documentación correspondiente, cumpliendo así lo requerido y pueda realizar las actividades ya que se lo consideró como ganador en este proceso de selección debidamente convocada por el Consejo Directivo del less, no se actuó con certeza en aplicación a los parámetros que se definieron en el proceso de selección, motivo por el cual se viola el derecho constitucional al debido proceso en la garantía del cumplimiento de las normas y los derechos de las partes y el derecho constitucional a la seguridad jurídica, consagrados en los artículos 76, numeral 1 y 82 de la Constitución de la República, respectivamente, se establece así la vulneración a la seguridad jurídica no se cumplió el trámite debido en vista de la situación en que se encontraba el doctor Valencia por su enfermedad y por cuanto en ningún momento en la audiencia se presentó al suscrito la documentación correspondiente del encargo del Dr. Carlos Arriaga Salazar, en el que se determine si dicho encargo es por ausencia de la persona designada para ocupar ese cargo en este caso el doctor Jorge Valencia, por qué motivos o con qué documentación se realizó este encargo, no hay constancia documental, se ha hecho conocer esta información por parte de la abogada Wendy Plaza, documentación y encargo del que al parecer desconoce el Abogado Cobo quién manifestó que se ha cumplido lo referente al proceso de selección y que luego de la ausencia del doctor Valencia se ha nombrado a quien le correspondía en segundo lugar esto es a la doctora Tinoco, es decir la propia Dirección Provincial del Guayas del less, desconocía que existió un encargo entre el período comprendido del 4 al 28 de abril de 2020, ya que no se cuenta con la documentación referente de sustento para la designación del encargo del Doctor Carlos Arriaga Salazar información que fue introducida por parte de la abogada Wendy Plaza que intervino nombre de la Administración del hospital Teodoro Maldonado Carbo, determinándose que los accionados al contestar la demanda y al hacer uso de la réplica, indicaron que se cumplió la realidad material de lo dispuesto por el reglamento aplicable a este caso concreto, lo que no difiere al observarse que no se siguió con la normativa para la designación de los funcionarios de cargos de Nivel Jerárquico Superior en los que participaron tanto el doctor Valencia, como la doctora Tinoco quien actualmente tiene las funciones de Directora Técnica, según lo refiere la acción de personal que se ha anexado por lo que el suscrito considera que esos actos, la omisión de los lineamientos para la ejecución de la designación de los ganadores ha vulnerado la seguridad jurídica en cuanto a la emisión de las acciones de personal referente al encargo en este caso y luego un nombramiento provisional para el cargo de Director Técnico del Hospital Teodoro Maldonado en contraposición a lo establecido en el Art. 227 de la Constitución que refiere: La administración

pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.- El artículo 42 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala que no procede la acción de protección "cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz". No se trata de desconocer la competencia que tienen los jueces en la jurisdicción contencioso administrativa para resolver los casos sometidos a su conocimiento por disposición de la ley; lo que debe quedar claro es que tratándose de actos u omisiones a los que se impute vulneración de derechos constitucionales, la vía contencioso administrativa, así como las demás vías previstas en la jurisdicción ordinaria (que constituirían otros "mecanismos de defensa judicial"), devienen en ineficaces para la protección de esos derechos, debido a la naturaleza del trámite propio de cada una de las acciones en la jurisdicción ordinaria, caracterizado por la dilación que genera su propia sustanciación, así como por la interposición de recursos, lo que no es desconocido por el foro ni por los usuarios del sistema de administración de justicia, siendo ello público y notorio, y respecto de lo cual no amerita que se exija prueba, por expreso mandato del artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial. La larga espera que implica el trámite de un proceso judicial en la jurisdicción ordinaria sin duda alguna contradice el objeto de la acción de protección, esto es, el amparo directo y eficaz de derechos constitucionales. De aceptarse el criterio expuesto por el legitimado activo, implica que en todo caso de vulneración de derechos constitucionales, el afectado deba transitar por el largo y engorroso trámite de un proceso judicial en las "otras vías judiciales", que además no cumple el principio de celeridad previsto en el artículo 75 del texto constitucional..." Este pronunciamiento de la Corte Constitucional es confirmado en las sentencias 054-11-SEP-CC, 056-11-SEP-CC, 064-12-SEP-CC y 080-13-SEP-CC, cuyos precedentes jurisprudenciales están vigentes y no han sido modificados ni modulados por la propia Corte. Al contrario, la Corte Constitucional, en su sentencia 102-13-SEP-CC, caso No. 0380-10-EP, estableció la interpretación conforme y condicionada con efectos erga omnes del artículo 40 y artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ubicándola como de obligatorio acatamiento, bajo los parámetros allí generados, siendo al momento de emitir esta sentencia que el juzgador constitucional, aunque no se haya invocado expresamente, sustentado en el principio iura novit curia, debe pronunciarse al respecto. Consecuentemente suscrito considera conforme a la regla quinta de la sentencia 102-13-SEP-CC que expresa: "Los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional constituyen cuestiones que implican un análisis de fondo del asunto controvertido en la acción de protección; por lo tanto podrán ser invocados por el juzgador únicamente a través de sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional" por lo que tal como indica el artículo 40 de la Ley Orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional. Consecuentemente se ha establecido en este caso dentro de la acción de protección planteada que efectivamente se ha vulnerado un derecho constitucional y corresponde en este caso al suscrito una vez que asumió la competencia se encuentra embestido en este caso de una potestad

constitucional porque así lo establece dentro de las funciones del suscrito observar si efectivamente existe esta vulneración de un derecho constitucional, efectivamente se considera que hay vulneración en este caso de la seguridad jurídica en cuanto al debido proceso (Art. 76 y 82 de la Constitución) que debió tramitarse con relación a las asignaciones de las acciones de personal y establecido también la vulneración de estos derechos conforme el Art. 41 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”.- Le corresponde a este Quinto Tribunal considerar si efectivamente estamos frente a una vulneración de derechos constitucionales, o es un caso de mera legalidad, que le corresponde a la jurisdicción ordinaria conocer y resolver, puesto que, como lo ha señalado la Corte Constitucional, en razón de lo prescrito en el artículo 186 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el Art 24 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales; con la finalidad de resolver si los hechos narrados en la acción de protección, implican la vulneración, por acción u omisión, algunos de los derechos constitucionales mencionados por el accionante en su demanda, siendo oportuno recordar que la acción de protección no es una instancia adicional, es decir, a partir de ella no se puede pretender el examen de asuntos de mera legalidad propios e inherentes de la justicia ordinaria. Por lo tanto, no se puede entrar a analizar, menos aún resolver, cuestiones eminentemente legales. El objeto de su estudio se dirige directamente a la presunta vulneración de los derechos constitucionales, normas del debido proceso y el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución.-

OCTAVO: MOTIVACIÓN:- La motivación la encontramos como integrante del derecho fundamental denominado debido proceso, tal como señala nuestra norma suprema en su Art. 76, numeral 7, literal I, que expresa: **“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) I) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.-** El tratadista Fernando de la Rúa, respecto a la motivación, nos dice: **“La motivación constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en un conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el Juez apoya su decisión”** (De La Rúa Fernando, TEORÍA GENERAL DEL PROCESO, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991, pág. 146).- Entonces, la motivación debe entenderse como la exposición que el juzgador debe ofrecer a los sujetos procesales, como solución a la controversia, pero sin dejar en tener en cuenta de que esta debe ser una solución racional, capaz de responder a las exigencias de la lógica y al entendimiento.- El fin de la motivación consiste en manifestar la razón jurídica en virtud de la cual el juzgador toma una determinada decisión, acogiendo la postura de una de las partes, analizando los hechos y cada uno de los elementos de prueba que aquéllas han presentado, los cuales deben haber sido valorados conforme a las reglas de la sana crítica.- Para considerar como

no motivada una sentencia del juez a quo, ésta no debería cumplir con la finalidad de la motivación, que es garantizar la posibilidad de control de la resolución por un Juez de alzada; también busca convencer a los sujetos procesales y a la sociedad en general, sobre la justificación y legitimidad de la decisión judicial; y constatar que no es producto de una actuación arbitraria del juzgador, sino de la correcta aplicación del derecho, en vista de un proceso garante y transparente. En síntesis, motivar no es otra cosa que dar los argumentos justificativos lógicos y jurídicos, del porqué el juzgador ha llegado a tal o cual resolución, a efecto de que los sujetos procesales expresen su conformidad o inconformidad. Con el cumplimiento de la obligación de motivar se permite a los sujetos procesales y a la sociedad en general, controlar y vigilar que las actuaciones de los administradores de justicia, se encuentre apegada a la Constitución de la República y la Ley.- La Corte Constitucional, para el periodo de transición, en sentencia No. 021-12-SEP-CC, Caso No. 0419-11-EP, respecto a la naturaleza jurídica de la motivación, ha expresado que: **“La motivación debe referir un proceso lógico donde el juzgador está en la obligación de vincular los fundamentos de hecho expuestos inicialmente con las normas o principios jurídicos, garantizando de esta manera que la decisión no fue arbitraria ni antojadiza, sino que el resultado de un análisis del contenido de las pruebas aportadas al proceso por los contendores o de las que pudo ordenar de oficio. La motivación tiene como objetivo fundamental garantizar que se ha actuado racionalmente, ya que debe atender al sistema de fuentes normativas capaces de justificar la actuación de quienes atentan la facultad de decidir, el sometimiento de juzgador a los preceptos constitucionales, de derechos humanos, así como las disposiciones sustantivas y adjetivas, lograr el convencimiento de las partes de la correcta administración de justicia, garantizar la posibilidad de control de la resolución por el superior que conozca los recursos ordinarios y extraordinarios e inclusive llegar a conocimiento y resolución del problema jurídico a la Corte Constitucional, ya que el hecho de motivar la sentencia no significa que su contenido sea correcto, sino que a pesar de ella puede haber quebrantamiento de la Ley o del debido proceso”**.-

NOVENO: SOBRE LA APELACIÓN Y EL DERECHO A RECURRIR:- El Dr. Patricio Pazmiño Freire en calidad de Juez Ponente, dentro de la Resolución de la Corte Constitucional 18, Registro Oficial Suplemento 572 de 10 de Noviembre del 2011. SENTENCIA No. 018-11-SEP-CC, CASO No. 0635-09-EP desarrolla la seguridad jurídica bajo el siguiente enfoque que citamos: **“El artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador determina el derecho a la seguridad jurídica, mismo que tiene relación con el cumplimiento de los mandatos constitucionales, estableciéndose mediante aquel postulado una verdadera supremacía material del contenido de la Carta Fundamental del Estado ecuatoriano. Para aquello y para tener certeza respecto a una aplicación normativa acorde a la Constitución se prevé que las normas que formen parte del ordenamiento jurídico se encuentren determinadas previamente; además, deben ser claras y públicas; solo de esta manera se logra conformar una certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos que generan la confianza acerca del respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional”**. Ahora bien, en el marco de derechos

tenemos el derecho a recurrir, en este sentido la Corte Constitucional de Colombia, afirma que: **"Tradicionalmente se ha aceptado que el recurso de apelación forma parte de la garantía universal de impugnación que se reconoce a quienes han intervenido o están legitimados para intervenir en la causa, con el fin de poder obtener la tutela de un interés jurídico propio, previo análisis del juez superior quien revisa y corrige los defectos, vicios o errores jurídicos del procedimiento o de la sentencia en que hubiere podido incurrir el a-quo..."**, esta garantía está consagrada en nuestra Constitución ecuatoriana en el artículo 76 numeral 7 literal m, definida como un derecho de protección y particularmente del debido proceso: El derecho de las personas a **"Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos"**. La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia No. 001-13-SEP-CC, caso No. 1647-11-EP respecto al debido proceso ha señalado que constituye el "axioma madre", el generador del cual se desprenden todos y cada uno de los principios y garantías que el Estado ecuatoriano se encuentra obligado a tutelar, los jueces como garantes del cumplimiento de la Constitución y del ordenamiento jurídico, deben ejercer todas las acciones necesarias para el cumplimiento y respeto de esta garantía. El derecho a la defensa constituye a su vez una garantía del debido proceso que permite a las personas acceder a los medios necesarios para hacer respetar sus derechos en el desarrollo de un proceso legal, ya sea contradiciendo los argumentos de hecho y de derecho alegados por la parte contraria o cualquier otro medio para desarrollar su defensa de forma consistente con las garantías establecidas en la Constitución.- Del mismo modo, la Corte Constitucional ha señalado ("Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional, Periodo noviembre de 2012 - noviembre de 2015", Quito 2016): **"El derecho a la doble instancia, en otras palabras, indica que el debido proceso legal carecería de eficacia sin el derecho a la defensa en juicio y la oportunidad de defenderse contra una resolución o fallo adverso; de allí que a través de este recurso se le permite al afectado proteger sus derechos mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa, se le otorga la posibilidad a la persona afectada por un fallo desfavorable para impugnarlo y lograr un nuevo examen de la cuestión. Por lo tanto, resulta fundamental que los operadores de justicia evalúen de una manera adecuada y en el contexto de un Estado constitucional de derechos y justicia, las circunstancias por las cuales un recurso de apelación no procede, dado que negarlo sin la debida motivación puede generar la afectación de derechos y garantías constitucionales"**.-

DÉCIMO: DERECHOS CONSTITUCIONALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

:- En su petición, los legitimados activos señalaron como derechos constitucionales presuntamente violentados los siguientes: 1) Derecho al Trabajo; 2) Seguridad Jurídica; 3) Debido proceso; 4) Derecho a desarrollar actividades económicas.-

UNDÉCIMO: CONSIDERACIONES EFECTUADAS POR ESTE TRIBUNAL:-

11.1.-) SOBRE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA:- Aunque no conste en la acción de protección, sobre la presunta afectación a la tutela judicial efectiva, debemos considerar, que el Art. 75 de la Constitución de la República expresa: **"Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El**

incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley". La Corte Constitucional ("Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional, Periodo noviembre de 2012 - noviembre de 2015", Quito 2016) concibe al derecho a la tutela judicial efectiva en los siguientes términos: **"indicando que es un derecho de protección cuya finalidad radica en hacer efectivo el ejercicio y optimización de los demás derechos contenidos en el ordenamiento jurídico. Asimismo ha destacado que su importancia se centra en que tiene un amplio espectro tutelar que permite la realización de los derechos; por tal razón, ha dicho la Corte, se constituye en uno de los derechos y garantías de gran relevancia dentro del ámbito procesal y constitucional (...)**4) El derecho a la tutela judicial efectiva incluye además la posibilidad de reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso para obtener una resolución motivada y argumentada sobre una petición amparada por la ley, otorgando a toda persona la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas. 5) El contenido, nacional e internacional, del derecho a la tutela judicial efectiva se enmarca en una protección jurídica amplia que permite a la persona acceder a la justicia, a poder presentar sus pretensiones y argumentos ante los órganos jurisdiccionales con la finalidad de hacer valer sus derechos y obtener una resolución fundada en derecho. Ante esta protección jurídica, los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de observar los procedimientos para cada caso y las garantías mínimas de las partes, evitando su indefensión, y de esa manera emitir una resolución debidamente fundamentada que satisfaga los **derechos procesales de las partes**".- La Corte Constitucional (Sentencia N.º 142-14- SEP-CC) ha señalado tres momentos en que se cumple este derecho: **"el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita se cumple en tres momentos: primero, a través del derecho de acción, que implica el acceso a los órganos jurisdiccionales, en armonía con el principio dispuesto en el artículo 168 de la Constitución; en segundo lugar, mediante el sometimiento de la actividad jurisdiccional a las disposiciones constitucionales y legales vigentes que permitan contar con resoluciones fundadas en derecho; y finalmente, a través del rol de la jueza o juez, una vez dictada la resolución, tanto en la ejecución como en la plena efectividad de los pronunciamientos, es decir, la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita va más allá del simple acceso gratuito a la justicia; implica una serie de actuaciones por parte del Estado a través de los órganos jurisdiccionales, que permiten asegurar el efectivo goce y cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución de la República**".- En el caso sub judice, el accionante presentó acción de protección, porque consideró que se afectaron sus derechos constitucionales, acción que fue tramitada y resuelta por el juez a quo, quien aceptó su petición a través de la respectiva sentencia, la que fue recurrida por lo que subió en grado para conocimiento y resolución de este Tribunal.-

11.2.-) ¿LOS HECHOS NARRADOS POR EL ACCIONANTE CONSTITUYERON VULNERACIÓN A LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES SEÑALADOS POR EL LEGITIMADO ACTIVO?.-

11.2.1.-) DERECHO AL TRABAJO:-

11.2.1.1.-) PRINCIPIOS QUE INTEGRAN EL DERECHO AL TRABAJO:-

a.-) El Art. 45 de la Carta de la Organización de Estados Americanos establece varios incisos respecto a las condiciones que debe reunir el “orden social justo”, entre ellos reconoce al trabajo como “**un derecho y un deber social**” y **determina que su prestación debe incluir “un régimen de salarios justos, que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar”** (literal b).

b.-) Estos principios han sido reconocidos por el art. 6.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos respecto al trabajo, al expresar que nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio; y, por el art. 26 de la Convención, en cuyo capítulo intitulado “DESARROLLO PROGRESIVO DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES”, expresa: “**que los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenida en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados**”, lo que se encuentra ratificado por el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", que desarrolla de mejor manera los derechos económicos, sociales y culturales que fueron tratados de manera no muy amplia en el Pacto de San José, que nos trae importantísimos conceptos como el señalado en el Art. 6.1, que establece: “**Artículo 6.- Derecho al Trabajo.- 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada**”, y que se encuentra ampliamente desarrollado en el Art. 7, que señala: “**Artículo 7. Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo.- Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción; b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva; c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio; d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional; e. la seguridad e higiene en el**

trabajo; f. la prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida; g. la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos; h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales”.-

c.-) Los precitados principios y normas del corpus iuris, reconocidos por el Estado ecuatoriano, se encuentran incorporados en la Constitución de la República que en los artículos 33 y 34, establece que el trabajo además de constituir un derecho y un deber social, es un derecho económico, **“fuente de realización personal y base de la economía”**, debiendo el estado incluso garantizar a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas. Igualmente el art. 326 expresa que el derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: **“[...] 2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario [...] 3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras [...]”**.-

d.-) Esta protección especial se encuentra desarrollada en el Código de Trabajo, que incorpora disposiciones fundamentales tales como: la obligatoriedad del trabajo, la libertad de contratación, la irrenunciabilidad de derechos, protección judicial y administrativa; y, la aplicación favorable al trabajador (artículos 1 al 7 Código de Trabajo), encontrándose los funcionarios judiciales y administrativos, en la obligación de prestar a los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos y que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva y debido proceso previstos en los artículos 75 y 76 de la Constitución.- El Estado constitucional de derechos supone la consagración del principio de supra legalidad constitucional, es decir, la supremacía de la Constitución, la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales de las personas y, estando en discusión derechos constitucionales, las juezas y los jueces estamos obligados a aplicar de manera directa e inmediata la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.-

e.-) La Corte Constitucional, el 4-VI-2014, Sentencia No. 093-14-SEP-CC, R.O. 289-S, 15-VII-2014, al resolver la acción extraordinaria de protección, con relación al derecho al trabajo y la protección de los derechos de los trabajadores ha señalado: **“El derecho al trabajo, es un derecho de trascendental importancia, por cuanto garantiza a todas las personas un trabajo digno, acorde las necesidades del ser humano, en el cual se les permita desempeñarse en un ambiente óptimo, con una remuneración justa y racional. La Constitución de la República en el artículo 33 define a este derecho como: “El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a**

su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado”.- Conforme lo dicho, el derecho al trabajo se constituye en una necesidad humana, que obligatoriamente debe ser tutelada por el Estado, a través del incentivo de políticas públicas que estimulen al trabajo a través de todas sus modalidades, así como también, a través de la protección de los derechos laborales de todas las trabajadoras y trabajadores. Este derecho, es un derecho universal, por cuanto es reconocido a “todas” las personas, así como también abarca “todas” las modalidades de trabajo. En este sentido, el artículo 325 de la Constitución establece: “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; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores”.- Por su parte, el artículo 326 de la Constitución consagra los principios que sustentan el derecho al trabajo, entre los cuales determina: “El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios (...) 2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario; 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”. Los principios transcritos, consagran la irrenunciabilidad de los derechos laborales y el principio *indubio pro operario* –aplicación de la norma más favorable al trabajador–.- La Corte Constitucional del Ecuador, respecto a este derecho manifestó: “el derecho al trabajo, al ser un derecho social y económico, adquiere una categoría especial toda vez que tutela derechos de la parte considerada débil dentro de la relación laboral, quien al verse desprovista de los medios e instrumentos de producción puede ser objeto de vulneración de sus derechos; es en aquel sentido que se reconoce constitucionalmente el derecho a la irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos de los trabajadores, los cuales, asociados con el principio de *indubio pro operario* constituyen importantes conquistas sociales que han sido reconocidas de forma expresa en el constitucionalismo ecuatoriano”.- Por las consideraciones expuestas, los operadores de justicia no pueden desconocer este derecho constitucional, cuyo reconocimiento ha sido producto de la lucha de los trabajadores a través del tiempo, quienes desde los inicios de la sociedad han sido sujetos a tratos discriminatorios.- En razón de lo dicho, en la sustanciación de los procesos laborales, los jueces tienen que aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en atención a los principios que delinear la materia laboral, tomando en consideración las diferentes modalidades de trabajo reconocidas en la normativa, así como también los hechos que originan cada caso concreto. Bajo esta enunciación, se debe tener en cuenta que las relaciones laborales generadas a partir de cada modalidad de trabajo son diferentes, las cuales requieren de consideraciones que atiendan a la naturaleza de cada una de ellas, sin establecer generalizaciones que puedan restringir el ejercicio del derecho al trabajo”.-

11.2.1.2.-) LA DOBLE DIMENSIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO:-

a.-) El derecho al trabajo tiene una doble dimensión, por un lado, el trabajo en su esfera constitucional, que es la que es pasible o materia de la justicia constitucional,

y la esfera legal de este derecho, que se trata de tema de mera legalidad, que debe ser conocido y resuelto por la justicia ordinaria.-

b.-) En la sentencia No. 324-16-SEP-CC emitida dentro del caso No. 1659-10-EP, estableció: **“Siendo así, el derecho al trabajo es fundamental para las personas, ya que su ejercicio garantiza el disfrute de otros derechos constitucionales. Sin embargo, al igual que sucede con otros derechos constitucionales, el derecho al trabajo tiene una doble dimensión dentro del estado constitucional, ya que por una parte, tiene una dimensión constitucional y por otra, posee una dimensión legal. Por lo que los jueces constitucionales, en el conocimiento de una garantía jurisdiccional, deben determinar frente a cual dimensión del derecho se encuentran”**.-

c.-) En la sentencia No. 204-16-SEP-CC dictada dentro del caso No. 1153-11-EP, señaló: **“De ahí que al ser el derecho al trabajo un medio para lograr la justicia social y la dignidad humana, el juez constitucional deberá identificar si la controversia laboral que ha sido puesta en su conocimiento se enmarca en dichos propósitos y por lo tanto, se constituye en objeto de análisis de la justicia constitucional a través de las garantías jurisdiccionales o si al contrario, corresponde a una materia cuyo análisis le compete a la justicia ordinaria, por cuanto pretende la declaración de un derecho y su respectiva titularidad, para lo cual el ordenamiento jurídico ha previsto las acciones ordinarias pertinentes, conforme se lo explicó en el problema jurídico anterior”**.-

11.2.2.-) LA SEGURIDAD JURÍDICA:-

a.-) Con relación a este derecho, la Corte Constitucional, en la sentencia No. 141-14-EP/20, Juez ponente: Agustín Grijalva Jiménez: **“37. El artículo 82 de la Constitución establece que, *“el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”***. De acuerdo con lo señalado en la Sentencia No. 989-11-EP/19, las personas deben **“contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente que le permita tener una noción razonable de las reglas del juego que le serán aplicadas”**. Por lo que, no se observa que se haya vulnerado este derecho constitucional, puesto que, el trámite que se le dio al sumario administrativo es el previsto en el COESCOPE.-

b.-) En la sentencia No. 1357-13-EP/20, Jueza constitucional ponente: Daniela Salazar Marín, se menciona: **“En la sustanciación de un proceso administrativo o judicial, el derecho a la seguridad jurídica es una protección ante la arbitrariedad de la actuación de los órganos administrativos o jurisdiccionales y no ante cualquier desacuerdo respecto a la adecuada aplicación de la ley en un caso o la procedencia o no de una demanda específica (...)**”. Más adelante, en la misma sentencia se refieren a los elementos que configuran la seguridad jurídica: **“Esta Corte ha manifestado que la seguridad jurídica parte de tres elementos: confiabilidad, certeza y no arbitrariedad. La confiabilidad está garantizada con el proceso de generación de normas, es decir, la aplicación del principio de legalidad. En cuanto a la certeza, los particulares deben estar seguros de que las reglas de juego no sean alteradas, para lo que se debe contar con una legislación estable y coherente, así como un conjunto de**

normas que hagan valer sus derechos. Finalmente, debe evitarse una posible arbitrariedad por parte de los órganos administrativos y jurisdiccionales en la aplicación de preceptos legales (...) 53. Como ya se mencionó en el párrafo 44 supra, dentro de un procedimiento administrativo o jurisdiccional, la seguridad jurídica no se ve afectada por el mero desacuerdo respecto a la aplicación de normas jurídicas, sino ante una actuación arbitraria de las autoridades que implique vulneración de derechos (...).-

11.2.3.-) DEBIDO PROCESO:-

a.-) Con relación al derecho al debido proceso, que supuestamente fue vulnerado, este Tribunal señala lo siguiente: Tradicionalmente se ha considerado al debido proceso solamente desde una esfera procedimental, así OSSORIO, Manuel, en su obra: “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. Primera Edición Electrónica Osorio lo define como: “(el) **Cumplimiento con los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, por ejemplo en cuanto a posibilidad de defensa y producción de pruebas**”.-

b.-) Pero, el debido proceso va más allá, y debe ser considerado como un derecho fundamental, no simplemente como el cumplimiento de normas adjetivas, por cuanto este *due process*, pues como afirma Jorge Alexander Portocarrero Quispe: “**El derecho al debido proceso está concebido como garantía aseguradora de los demás derechos fundamentales, connatural a la (en palabras de Marlaux) Condición Humana, y no sólo un principio o atribución de quienes ejercen la función jurisdiccional**”. La autora Leny Palma Encalada sostiene: “**Este debido proceso concebido en su esfera subjetiva como un derecho fundamental oponible a todos los poderes del Estado e incluso a los particulares (procedimientos disciplinarios privados), y en su esfera objetiva como un instrumento procesal para que el proceso no devenga en nulo, supone la base sobre la que se asienta la tutela judicial y extrajudicial efectiva a fin de llegar a la solución de los conflictos y conseguir la tan ansiada paz social en justicia**”.-

c.-) La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera al debido proceso como: “**...el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera**”.-

d.-) El derecho constitucional al debido proceso ha sido conceptualizado por la Corte Constitucional, en la obra, “Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional (Periodo noviembre de 2012 – noviembre de 2015)” de la siguiente manera: “**En suma, el derecho al debido proceso se muestra como un conjunto de garantías que persiguen que el desarrollo de los trámites judiciales y administrativos se sujeten a reglas invariables con el fin de proteger los derechos que establece la Constitución, para evitar que la actuación discrecional de los operadores de justicia y de todas las autoridades, durante el trámite, vulnere derechos constitucionales. Por eso, el referido derecho constitucional se encamina a que el proceso cumpla con las garantías básicas a fin de que las personas obtengan una resolución o sentencia según el caso de fondo, basada en el puro derecho.- Este derecho consolida el sistema de justicia ecuatoriano, puesto que prevé la garantía de que a todas las personas,**

dentro de cualquier proceso, se les tutele la realización de una causa justa, amparada en la Constitución y en el ordenamiento jurídico vigente” (las negritas son nuestras).- El Art. 76 de la Constitución en sus numerales 1, 3 y 7 señalan: “**Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes (...)** 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. **Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (...)** 7. **El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto. f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento. g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor. h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto. j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo. k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto. l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos” (lo resaltado es nuestro).-**

e.-) Las normas del debido proceso son plenamente aplicables a los procedimientos administrativos, como lo ha determinado la Corte Interamericana en el caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de

enero de 2001, Serie C No. 71, señaló: **“71. De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”, lo que significa que en todo procedimiento, incluso los administrativos deben respetarse el debido proceso.-**

11.2.4.-) DERECHO A DESARROLLAR ACTIVIDADES ECONÓMICAS:-

La Corte Constitucional en la sentencia No. 171-14-SEP-CC, caso No. 0884-12-EP con relación a este derecho ha mencionado: **“Por otro lado, pero en el mismo ámbito garantista constitucional, se reconoce el derecho a la libertad de contratación, instituido como "derecho de libertad de las personas" por el artículo 66 numeral 16 de la Constitución, situación que implica que el inmenso ámbito que poseen estas para decidir celebrar contratos y determinar su contenido, así como las condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos y demás particularidades estarán regidas por la autonomía de la voluntad de los contratantes, dentro del marco constitucional y legal vigente en el Ecuador.- En igual línea (de derechos de libertad), se encuentra la libertad de empresa, definida dentro del "derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental", situación que entrevé que sigue siendo la voluntad de las personas el asunto definidor de las políticas, fines, objetivos y la naturaleza jurídica a plasmarse en determinada unidad o agrupación de personas.- Es así como, tanto la libertad de contratación y de empresa son el reflejo de la libre competencia establecida por la existencia de varias empresas que pueden dedicarse a una misma actividad, para lo cual se les garantiza la no discriminación a través de la igualdad formal y material, es decir, se las equipara en un mismo rango ante la ley, con derechos y obligaciones semejantes entre sí para con el Estado”.**

11.3.-) ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:-

a.-) Son elementos no controvertidos que el accionante fue ganador de un concurso para la provisión del cargo de Director Técnico Médico del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo; que el accionante VALENCIA MOREIRA JORGE ALFREDO estuvo aquejado de COVID 19; que solicitó reincorporarse a sus funciones y que se emita la acción de personal por el cargo que ganó en el concurso; sin embargo, se ha emitido acción de personal a favor de otra funcionaria la Mgs. ESTHELA NARCISA TINOCO MORENO.-

b.-) Tampoco es elemento controvertido que el puesto de Director Técnico Médico del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo es de libre nombramiento y remoción (Resolución No. C.D. 590, Reglamento de Selección de Cargos de Nivel

Jerárquico Superior).-

c.-) Con relación a la notificación de la enfermedad del accionante, constan dentro del proceso (fs. 44-50) que el accionante recibió atención médica de profesionales de salud del IESS, por lo que, el empleador, el Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo que es del IESS, debió conocer del estado de salud de su empleado, por lo que, la aseveración de que los jefes del accionante VALENCIA MOREIRA JORGE ALFREDO, que no se comunicó sobre la enfermedad, carece de fundamento.-

d.-) Es correcto que el cargo que ganó por medio del concurso, como Director Técnico Médico del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo, es de libre nombramiento y remoción según lo que determina la Resolución No. C.D. 590, Reglamento de Selección de Cargos de Nivel Jerárquico Superior; sin embargo, el legitimado activo, fue ganador de un concurso, y como tal era beneficiario de legítimas expectativas, como ha señalado la Corte Constitucional en su sentencia No. 5-19-CN/19, Jueza ponente: Daniela Salazar Marín: **“23. En el marco de un concurso de méritos y oposición se selecciona a la persona más idónea para ocupar un determinado cargo público. La persona con el puntaje más alto es la ganadora del mismo. Por otra parte, las personas inmediatas que no han conseguido el puntaje necesario para ser ganadoras, son parte del banco de elegibles. Esta distinción resulta relevante para diferenciar entre quienes tienen una mera expectativa, una expectativa legítima o un derecho adquirido como resultado de un concurso de méritos y oposición.- 24. Por un lado, las personas ganadoras de un determinado concurso de méritos y oposición son quienes tienen una legítima expectativa de ocupar el cargo público para el cual participaron y ganaron, y una vez nombrados adquieren el derecho de estabilidad para dicho cargo. La legítima expectativa, a diferencia de la mera expectativa, implica que la persona se encuentra en una posición jurídica en la que ha reunido las condiciones para el ejercicio de un cargo público, aunque aún estén pendientes actuaciones posteriores que formalicen la titularidad de dicho cargo.- 25. Por otro lado, las personas que forman parte del banco de elegibles inmediatos, únicamente tienen una mera expectativa de ocupar el cargo público en cuestión puesto que el posible nombramiento al cargo estará sujeto a circunstancias y condiciones posteriores que implican modificaciones a situaciones jurídicas, por ejemplo que la persona ganadora del concurso no haya podido o haya dejado de ejercer el cargo para el cual fue nombrada, y que se proceda a activar el banco de elegibles”.-**

e.-) Al momento en que un ganador de concurso, que no se pudo posesionar del mismo, por cuanto se encontraba enfermo de COVID 19, superó su impedimento de salud, y solicitar que se genere la acción de personal para ocupar las funciones que le correspondían, o que tenía las legítimas expectativas para desempeñarlas, se encontró con que se había designado a otra persona, que tenía un puntaje inferior al él; aunque el cargo era de libre nombramiento y remoción, al momento en que se estableció un Reglamento de Selección de Cargos de Nivel Jerárquico Superior, debe someterse el IESS a la normativa creado por ellos mismos, es decir, actuar de otra manera vulnera el derecho a la seguridad jurídica, puesto que, se afectaría la predictibilidad de las normas jurídicas, específicamente la Resolución No. CD 590, en consecuencia este Tribunal considera que en el caso que nos ocupa existió

vulneración del derecho constitucional a la seguridad jurídica.-

f.-) Al haberse afectado a la seguridad jurídica, la negativa a que acceda al puesto que le correspondía, vulneró el derecho al trabajo, puesto que, la remuneración y funciones que le correspondían eran superiores a la que le correspondían como Director Técnico Médico del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo, en consecuencia este Tribunal considera que se vulneró el derecho constitucional al trabajo en su fase constitucional, porque no es la mera discrepancia laboral contractual, sino es desconocimiento de las legítimas expectativas del accionante, las que no se consolidaron inicialmente por causas ajenas a su voluntad, como lo fue la enfermedad del COVID 19, pandemia cuyos efectos son conocidos, y cuyo tratamiento implica que el paciente, además de la medicación y descanso, debe mantenerse alejado de otras personas para evitar el contagio.-

g.-) Con relación al derecho al debido proceso, el cuestionamiento a la designación de un reemplazo del accionante VALENCIA MOREIRA JORGE ALFREDO como Director Técnico Médico del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo, no es materia de análisis constitucional, puesto que, precisamente por las condiciones de pandemia, no era factible que un cargo de tanta importancia quedara vacante, y en consideración que los aspirantes que superaron las pruebas, y que no fueron seleccionados para la designación del cargo de Director Técnico Médico del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo de elegidos ganadores, gozan de meras expectativas, a diferencias del accionante, quien fue designado como Director Técnico Médico del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo; y si aquéllos cuestionaran la designación de la Mgs. ESTHELA NARCISA TINOCO MORENO, debían plantear la acción respectiva; pero en el caso que nos ocupa, eso no ha sucedido, además de que, si no se cumplió con el trámite del encargo, eso configura una afectación a la seguridad jurídica, no al debido proceso, en su faceta constitucional, por lo que, se considera que no se ha vulnerado este derecho.-

g.-) En cuanto al derecho a desarrollar actividades económicas, no guarda relación con el objetivo de la presente acción de protección, puesto que, como ha señalado la Corte Constitucional, en su sentencia No. 7-14-IN/21 y acumulados, Jueza ponente: Teresa Nuques Martínez: **“47. Del mismo modo, la Corte Constitucional, ha definido el derecho a desarrollar actividades económicas como: “el derecho de libertad, que permite a la población efectuar actividades para generar ganancia en su beneficio, que finalmente le permitirá tener una vida digna, pero que contiene un límite a su ejercicio que se constituye en el cumplimiento de lo contemplado en la Constitución, la ley, y decisiones legítimas de autoridad competente; y que, además, se encuentra relacionado con los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”**, y en la especie no se trata de efectuar actividad alguna, sino del respeto a las legítimas expectativas de un funcionario que fue designado para ocupar una función de libre nombramiento y remoción, como Director Técnico Médico del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo, por lo que, a criterio de este Tribunal no se observa vulneración de este derecho.-

h.-) Sin embargo, este Tribunal considera que no puede disponer que se le otorgue o emita acción de personal a favor del ciudadano VALENCIA MOREIRA JORGE ALFREDO, porque eso significaría el reconocimiento de un derecho, lo que no es

materia de conocimiento de una acción de protección por mandato expreso del Art. 42 numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, además de que si se declara sin valor la acción de personal en contra de la Mgs. ESTHELA NARCISA TINOCO MORENO, se la dejaría en indefensión, porque no se contó con ella durante un proceso.-

i.-) La Corte Constitucional en la sentencia No. 016-13-SEP-CC, emitida en la causa No. 1000-12-EP del 16 de mayo de 2013, se señaló: "... la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria. El juez constitucional cuando de la sustanciación de garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías. El razonamiento que desarrolla la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que la acción de protección procede cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado (énfasis fuera de texto)".-

i.-) La Corte Constitucional en la sentencia No. 002-18-SIN-CC, casos No. 0035-15-IN, 0029-15-IN, 0032-15-IN, 0034-15-IN, 0095-15-IN, y 0030-15-IN (acumulados), señaló: "La Constitución no genera una propuesta de reemplazo de la justicia ordinaria por parte de la constitucional, con la consecuente "ordinarización" de la justicia constitucional, que implica un reemplazo del thema decidendum de las garantías normativas de la Constitución, en lugar de las previstas en la legislación ordinaria, sino un reto de constitucionalización de los procesos ordinarios, en pro del fortalecimiento de la administración de justicia como mecanismo de garantía ordinaria del orden constitucional. Entonces, es claro que deben existir filtros para determinar con meridiana claridad cuándo un problema jurídico corresponde ser conocido por medio de las garantías normativas como la acción pública de inconstitucionalidad y cuándo los procedimientos jurisdiccionales ordinarios tienen idoneidad para cumplir con dicho objetivo".-

j.-) La Corte Constitucional en la causa 040-11-SEP-CC (Suplemento del Registro Oficial No. 597 Jueves 15 de Diciembre de 2011), señaló: "Resulta menester dilucidar sobre dos niveles: el de legalidad y el de constitucionalidad, sin pretender disminuir la importancia del primero y sobresalir en el ejercicio del segundo. Determinados problemas de carácter jurídico encuentran solución eficaz en un nivel de análisis de legalidad, y otros de constitucionalidad. Evidentemente, la cuestión se torna más compleja ante la difícil tarea de establecer un límite exacto entre el nivel de reflexión constitucional y el nivel de reflexión legal de un derecho. Quizá una herramienta que podría darnos una relativa certeza sobre este problema es distinguir las diferentes facetas que puede tener un derecho (...) El juez constitucional está obligado a examinar la descripción de los hechos que ante él se exponen, así como las pretensiones

del actor, y a verificar si por sus características, el caso puede ser resuelto en relación con los derechos constitucionales posiblemente afectados y con la efectividad indispensable para su salvaguardia. Por tanto, es ineludible que el legitimado activo describa el acto u omisión violatorio del derecho de manera clara, cierta, específica, pertinente y suficiente sobre el derecho constitucional supuestamente vulnerado. Estos elementos, informados adecuadamente al juez constitucional, hacen posible el debate constitucional en el ámbito de la jurisdicción constitucional”.-

K.-) La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional con relación a la reparación integral señala: *“Art. 18.- Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.- La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.- En la sentencia o acuerdo reparatorio deberá constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo siguiente.- La persona titular o titulares del derecho violado deberán ser necesariamente escuchadas para determinar la reparación, de ser posible en la misma audiencia. Si la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, que deberá realizarse dentro del término de ocho días”.-*

L.-) La Corte Constitucional (Sentencia No. 068-18-SEP-CC, Caso No. 1529-16-EP) ha señalado con relación a la reparación integral: *“La reparación integral a más de constituirse en un mecanismo de protección, se constituye en un derecho constitucional, cuyo objetivo es que los derechos que fueron vulnerados a una persona sean reparados a través de medidas que procuren ubicar a la persona en una situación igual o similar a la que tenía previo a la vulneración de derechos.- En razón de aquello, la Corte Constitucional en la sentencia N.º 146-14-SEP-CC, dictada dentro del caso N.º 1773-11-EP manifestó: la reparación integral incluye tanto una reparación material como inmaterial del daño causado, cuyo objetivo es*

que las personas cuyos derechos han sido vulnerados, gocen y disfruten del derecho que les fue privado, de la manera más adecuada posible, procurándose que se establezca a la situación anterior a la vulneración y se ordenen las compensaciones atinentes al daño sufrido. En los casos en que por las circunstancias fácticas de cada caso, el derecho no pueda ser restablecido, el juez constitucional debe establecer la medida que más se aproxime a garantizar el resarcimiento del daño provocado.- Adicionalmente, en la misma jurisprudencia constitucional se establecen lineamientos que deberán observar los jueces constitucionales al momento de determinar las medidas de reparación integral para cada caso, partiendo del rol activo que están llamados a asumir dentro del Estado Constitucional de Derechos, en el que la "creatividad" en el diseño de la medida de reparación, garantiza la eficacia de las garantías jurisdiccionales".-

m.-) Por todo lo antes expuesto, al llegar este Tribunal a la conclusión que se ha vulnerado el derecho constitucionalmente protegido a la seguridad jurídica y al trabajo, tal como ha sido reseñado en líneas anteriores en contra de VALENCIA MOREIRA JORGE ALFREDO, por parte de los accionados, y encontrándose el Estado en la obligación de garantizarlos de forma prioritaria, pues como ha señalado la Corte Constitucional (Sentencia No. 068-18-SEP-CC, Caso No. 1529-16-EP): “*En este orden de ideas, esta Corte Constitucional es enfática en señalar la obligación constitucional que tiene el Estado por intermedio de sus instituciones de realizar toda gestión necesaria a fin de garantizar la efectiva vigencia de los derechos constitucionales*” **y por cuanto le corresponde a este Tribunal emitir medidas de reparación integral** con el fin de proteger y reparar los derechos vulnerados en la presente causa, y al respecto se determina lo siguiente:

1.-) Esta sentencia constituye en sí una forma de reparación integral;

2.-) Que los accionados pidan disculpas públicas al accionante, debiendo hacerlo en la página web institucional;

3.-) No procede que este Tribunal que ejerce como Juez Pluripersonal Constitucional de Segundo Nivel, se pronuncie sobre el otorgamiento o no de acción de personal a favor de VALENCIA MOREIRA JORGE ALFREDO; sin embargo, si en cumplimiento de la sentencia de primer nivel, el legitimado activo ya se encuentra en funciones, en aplicación del principio de hechos consolidados, deberá continuar en dichas funciones, pero siempre y cuando haya cumplido con el procedimiento administrativo para desempeñarse como Director Técnico Médico del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo; y con la consideración que dicho cargo es de libre remoción;

4.-) Se dispone oficiar a la Defensoría del Pueblo del Guayas verifique el cumplimiento de la presente decisión, debiendo emitir un informe en tal sentido dirigido al juez de primer nivel; y,

5.-) Como garantía de no repetición que los funcionarios de talento humano de los entes accionados, sean capacitados en el respeto de la seguridad jurídica como derecho constitucional al momento de que se realicen las respectivas acciones de personal para el ingreso de un funcionario público.-

DUODÉCIMO: DECISIÓN:- En mérito de lo expuesto, por considerar que se ha vulnerado el derecho constitucional a la defensa, este Tribunal que forma parte de la Sala Única de lo Laboral de la Corte Provincial del Justicia del Guayas, que actúa como juez constitucional pluripersonal, ADMINISTRANDO JUSTICIA

CONSTITUCIONAL EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, expide la siguiente: **SENTENCIA:** en los términos de este fallo, REFORMA la sentencia de primer nivel, y se **ACEPTA PARCIALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por los accionados, **COMO MECANISMOS DE REPARACIÓN INTEGRAL SE SEÑALAN LOS SIGUIENTES:** **1.-)** Esta sentencia constituye en sí una forma de reparación integral; **2.-)** Que los accionados pidan disculpas públicas al accionante, debiendo hacerlo en la página web institucional; **3.-)** No procede que este Tribunal que ejerce como Juez Pluripersonal Constitucional de Segundo Nivel, se pronuncie sobre el otorgamiento o no de acción de personal a favor de VALENCIA MOREIRA JORGE ALFREDO; sin embargo, si en cumplimiento de la sentencia de primer nivel, el legitimado activo ya se encuentra en funciones, en aplicación del principio de hechos consolidados, deberá continuar en dichas funciones, pero siempre y cuando haya cumplido con el procedimiento administrativo para desempeñarse como Director Técnico Médico del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo; y con la consideración que dicho cargo es de libre remoción; **4.-)** Se dispone oficiar a la Defensoría del Pueblo del Guayas verifique el cumplimiento de la presente decisión, debiendo emitir un informe en tal sentido dirigido al juez de primer nivel; y, **5.-)** Como garantía de no repetición que los funcionarios de talento humano de los entes accionados, sean capacitados en el respeto de la seguridad jurídica como derecho constitucional al momento de que se realicen las respectivas acciones de personal para el ingreso de un funcionario público.- Una vez ejecutoriado este fallo, cúmplase con lo establecido en el artículo 86 numeral 5 de la Constitución de la República.- Intervenga como Secretaria la Abogada GLENDA LEÓN GARCÍA, Secretaria Relatora de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

f).- NUÑEZ FIGUEROA IVONNE ELIZABETH, JUEZ; COLORADO AGUIRRE ROLANDO ROBERTO, JUEZ; AGUAYO URGILÉS JULIO ALEJANDRO, JUEZ.

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

LEON GARCIA GLENDA AZUCENA
SECRETARIO