

Juicio No: 01333202107758 Nombre Litigante: INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL (IESS). -FRANCISCO CEPEDA PAZMIÑO

satje.azuay@funcionjudicial.gob.ec <satje.azuay@funcionjudicial.gob.ec>

Vie 17/12/2021 15:16

Para: LUIS MIGUEL SAGNAY NOVILLO <luis.sagnay@iess.gob.ec>

Usted ha recibido una notificación en su casillero electrónico del proceso número 01333202107758

**REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL**

Juicio No: 01333202107758, SEGUNDA INSTANCIA, número de ingreso 1

Casillero Judicial No: 175

Casillero Judicial Electrónico No: 0

Fecha de Notificación: 17 de diciembre de 2021

A: INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL (IESS). -FRANCISCO CEPEDA PAZMIÑO

Dr / Ab:

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE AZUAY

En el Juicio No. 01333202107758, hay lo siguiente:

VISTOS: El Tribunal está integrado por el doctor Mauricio Larriva González, doctora Martha Guevara Baculima; y, Dr. Fernando Moreno Morejón (PONENTE), Jueces Provinciales de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.

I.- ANTECEDENTES:

HECHOS RELEVANTES RELATADOS POR LA ACCIONANTE

María Cecilia Ochoa Hurtado médico de profesión, en el año 2017 ingresa al programa de becas para posgrados ofertado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en la Universidad de Cuenca en la especialidad de Ginecología y Obstetricia y concluye sus estudios de cuarto nivel en el año 2019. En el mes de noviembre del año 2020, conforme se desprende del contrato de servicios ocasionales para compensación de beca, suscrito entre la compareciente y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en la cláusula cuarta, denominada "plaza para compensar", refiere que: "...la becaria en periodo de compensación realizará su compensación en el Hospital General de Quevedo, lugar determinado conforme a la plaza asignada por la Subdirección Nacional de Talento Humano".

La peticionaria se encuentra domiciliada en la ciudad de Cuenca, en donde tiene constituido su hogar y se encuentra su familia (núcleo familiar y familia extendida). Sin embargo, debido al contrato de compensación de la beca comenzó a regir desde fecha 16 de noviembre de 2020, la compareciente debe trasladarse constantemente a la localidad de la plaza asignada. La compareciente actualmente se encuentra en estado de gestación conforme se desprende del certificado de fecha 9 de marzo de 2021 emitido por la Dra., María José Culcay Veliz, como responsable de salud ocupacional del Hospital General IESS Quevedo en el que consta textualmente: *"...la Dra. Ochoa Hurtado María Cecilia, al momento cursa un embarazo de aproximadamente 4 semanas de gestación..."*. A la fecha la compareciente mantiene su estado de gestación en la semana 33; debido a su condición, la permanencia de la accionante en la referida ciudad, y los viajes a la ciudad de Cuenca se tornan en una situación de riesgo constante para ella y consecuentemente para el niño que está por nacer. Como lo mencionamos, desde la suscripción del contrato referido, hasta la presente fecha la compareciente ha tenido que trasladarse constantemente a la ciudad de Quevedo a fin de cumplir con la compensación de la referida beca, sin que le haya sido posible establecer su domicilio permanente en aquella ciudad debido a que, como lo referimos su familia, y su esposo (padre del niño que está por nacer), se encuentran radicados en la ciudad de Cuenca, siendo imposible el traslado de su núcleo familiar a la ciudad de Quevedo, en donde la compareciente se encuentra totalmente sola.

Por la condición referida, la peticionaria requiere de cuidados que son propios del embarazo, siendo que, con la finalidad de precautelar su salud y la del niño que está por nacer, se encuentra impedida de viajar a la ciudad de Cuenca con la frecuencia habitual y lo que es más grave estaría en situación de desprotección por parte de sus familiares y del padre de su hijo. Siendo entonces que, por la condición de embarazo la accionante requiere de atención prioritaria, y debido a las molestias propias de su condición que se han venido presentando, con la finalidad de precautelar su salud y la del niño, sus visitas a la ciudad de Cuenca han sido cada vez menos frecuentes, lo que ha provocado la ruptura total de los lazos familiares, con su esposo y su familia extendida; y el estado de desprotección de su persona como parte de un grupo de atención prioritaria. Ante esta apremiante situación, en el mes de abril del año 2021 (20 de abril), la compareciente presentó una solicitud de traslado de plaza, con la finalidad de continuar la devengación de la beca en la ciudad de Cuenca, donde se encuentra su núcleo familiar y su familia extendida, misma que en su parte pertinente indico: *"Con los antecedentes expuestos, por cuanto la estadía de la compareciente en la ciudad de Quevedo, alejada de su familia, resulta completamente riesgosa para la prosecución segura de su periodo de gravidez y por supuesto para bienestar del niño que está por nacer y en general los derechos del núcleo familiar, con la finalidad de que exista una garantía plena para la vigencia de los derechos fundamentales de la peticionaria y de su hijo, como medida de acción afirmativa solicitamos que mediante resolución el Comité Institucional de Becas se conceda el TRASLADO INMEDIATO DE PLAZA, a fin de que la compareciente pueda continuar la compensación de la beca en la ciudad de Cuenca, recalcando la situación de embarazo de la compareciente que amerita una atención prioritaria y urgente que ya implica un riesgo a la salud de la misma y el hijo que está por nacer"*. Debiendo resaltar que, pese a haber transcurrido en demasía el tiempo para otorgar una respuesta a la peticionaria, la institución ha hecho caso omiso, no existiendo hasta el momento respuesta alguna, derivándose en una negativa tácita de la petición realizada por la compareciente. Consecuentemente, hemos de indicar que esta negativa de traslado de plaza nada ha referido respecto de los hechos que motivaron la petición y que constaban en el documento presentado por la accionante; desencadenando en la ruptura de los lazos familiares y la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra la accionante, debido a su embarazo. Sumado a ello, y pese a que se advirtió a la entidad que mantener a la compareciente en una plaza distante de su domicilio

y de su familia, y realizando constantes viaje de Quevedo a Cuenca (340 kilómetros), significa un riesgo para la salud de la peticionaria, y del niño que está por nacer, ante lo cual el IESS ha hecho caso omiso.

En fecha 23 de junio de 2021, el médico ginecólogo tratante de la compareciente certifica: "la señora: MARÍA CECILIA OCHOA HURTADO, con CI: 0104789813, de 33 años de edad, presenta un cuadro compatible con un diagnóstico de EMBARAZO DE ALTO RIESGO DE 21 SEMANAS (Z359) (...) EL ALTO RIESGO está dado por los antecedentes de la paciente, además se evidencia de una implantación baja del Trofoblasto, por lo que a las 10.3 semanas de Gestación presentó un sangrado trans vaginal". Curiosamente en fecha 07 de septiembre de 2021, pese a ni siquiera haber recibido contestación de la petición administrativa de traslado, se notifica a la compareciente el reintegro a sus labores de manera presencial por medio de Memorando Nro. IESS-HG-QUE-TH-2021-1006-M del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, indicando textualmente: "*Al respecto, en cumplimiento a lo dispuesto por la Dirección Nacional de Servicios Corporativos se procede a solicitar el reintegro a su jornada legal de trabajo de forma presencial a Usted Espc. María Cecilia Ochoa Hurtado, Medico/a Especialista en Ginecología 1, por lo que deberá presentarse en el Hospital General Quevedo*". Estos son los hechos, que incentivan a presentar esta garantía jurisdiccional en pro de los derechos de la compareciente y de su núcleo familiar.

ACTO VIOLATORIO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES:

La omisión contentiva de la vulneración a los derechos fundamentales es la falta de contestación a la petición de TRASLADO INMEDIATO DE PLAZA realizada por la accionante a la Subdirectora Nacional de Gestión de Talento Humano (IESS)

VULNERACIONES ALEGADAS POR EL ACTO QUE IMPUGNA:

Se alega la vulneración varios derechos: Derecho de Protección a la Mujer Embarazada y en Periodo de lactancia, Derecho al trabajo igualitario y sin discriminación, Derecho a tomar decisiones libres sobre la salud sexual y reproductiva, Derecho a Protección Especial de las Mujeres Embarazadas, Desarrollo integral y la Protección Familiar del Niño, Derecho de Petición.

PETICIÓN CONCRETA:

Pide se declara con lugar la acción planteada en contra del IESS, se declaren vulnerados los derechos invocados, así como en razón del principio *lura Novit Curia*, todos aquellos que el juzgador encuentre; y, como medidas de reparación se ordene las que correspondan.

Recibida la demanda, se ha procedido a calificar la misma y admitirla a trámite y se ha dispuesto que se notifique a la parte accionada, y se ha notificado a Procuraduría General del Estado.

LA AUDIENCIA. -

El accionante, a través de su defensa técnica, hace su exposición, ratificado en los argumentos esgrimidos en el texto de la demanda.

CONTESTACION DE LA ENTIDAD ACCIONADA:

En audiencia pública, la parte demandada a través de su defensa técnica manifiesta: Que en todo momento han sido respetados; que la entidad accionada no tiene conocimiento de solicitud alguna de la actora, de lo que tampoco existe constancia en el Sistema Quipux, que, revisados los archivos

y documentos recibidos en la Subdirección Nacional de Gestión de Talento Humano, no existe constancia de la petición pidiendo cambio de plaza, hecha por la actora, mediante oficio de 20 de abril de 2021 (fs. 04). Que la Dra. María Cecilia Ochoa Hurtado, viene realizando teletrabajo desde el 16 de noviembre de 2020 hasta la presente fecha, precautelando su salud (embarazo de alto riesgo) se mantiene en esta modalidad, pese a que se dispuso con memorándum de fecha 07 de septiembre de 2021, (fs. 8) que reintegre a realizar labores presenciales. Que la accionante, no ha realizado el trámite pertinente dentro del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y que en ningún momento se opuso a trasladarse a la plaza asignada en la ciudad de Quevedo, que en el Hospital General de Quevedo necesitan de sus servicios médicos, porque así no se afecta el servicio de salud a los ciudadanos de ese cantón, consagrado en el Art. 421 de la Constitución *"La aplicación de los instrumentos comerciales internacionales no menoscabará, directa o indirectamente, el derecho a la salud, el acceso a medicamentos, insumos, servicios, ni los avances científicos y tecnológicos"*.

POR LA ENTIDAD PÚBLICA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO compareció manifestando que va a ejercer exclusivamente la supervisión del proceso, no asistió a la Audiencia Pública convocada

Concluida la audiencia, la señora Jueza Constitucional doctora Miriam Cristina Vázquez Coronel ha dictado su resolución, declarando con lugar la acción propuesta, y luego haciéndolo por escrito.

ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La señora Jueza constitucional doctora Miriam Cristina Vázquez Coronel acepta la Acción de Protección planteada por la Dra. MARÍA CECILIA OCHOA HURTADO, en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Subdirección de Gestión de Talento Humano, por considerar que la entidad accionada violó el derecho constitucional de la Dra. María Cecilia Ochoa Hurtado a obtener una resolución motivada a su petición, derecho reconocido en el art. 76 numeral 7 literal (I) de la Constitución de la República; y, por lo tanto, se violó el derecho fundamental de la peticionaria a la seguridad jurídica, previsto en el art. 82 de la Constitución de la República; a la igualdad material a través de la aplicación de una debida atención prioritaria por su condición de madre embarazada; el interés superior del niño, el derecho a la familia, previsto en los arts. 35, 44, 45 y 69.4 de la Constitución de la República, y como medidas positivas de restitución de los derechos vulnerados consistentes en: Dejar sin efecto el Memorando Nro. IESS-HG-QUE-TH-2021-1006-M, emitido en fecha 07 de septiembre de 2021, suscrito por la Responsable de Talento Humano. Como medida de restitución, se dispone que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y la Subdirección de Gestión de Talento Humano del IESS, de manera inmediata y sin demoras proceda al traslado y cambio de plaza a la Dra. María Cecilia Ochoa Hurtado, Médico especialista en Ginecología y Obstetricia para continuar y concluir el periodo de compensación o delegación de la beca desde la ciudad de Quevedo a la ciudad de Cuenca. Como medida positiva de reparación por parte de la entidad demandada, se dispone como garantía de no repetición de los hechos sucedidos: Difundir el contenido de ésta sentencia, través de los mecanismos de los que dispone, pagina web, carteleras del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se les haga conocer a todos los servidores sobre el contenido de esta sentencia, en especial a la Subdirección de Gestión de Talento Humano.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

A fs. 99 la parte accionada, interpone el recurso de apelación por no estar de acuerdo con la

sentencia dictada. A fs. 10/12 del cuaderno de segundo nivel la entidad accionada indica que la jueza constitucional de primer nivel solo establece los hechos indicados por la accionante, pero no efectúa un análisis factibilidad sobre la necesidad institucional, la normativa existente al caso materia de resolución. A la accionante se le asignó la plaza del Hospital General de Quevedo, que de realizarse el cambio sin un estudio de la necesidad institucional se estaría vulnerando el derecho a la seguridad social de aquel grupo poblacional. Que referente al traslado de plazas de devengantes de becas a las doctoras Sonia Herrera y Bettysun García se debieron a necesidades institucionales. Pide que se revoque la sentencia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- COMPETENCIA: Este Tribunal tiene competencia para conocer y resolver el recurso interpuesto por el sorteo realizado y de acuerdo a lo establecido en el Art. 86, numeral 3, inciso segundo, de la Constitución, y en el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

2.- CUESTIÓN PREVIA: PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN

Legitimación activa: La afectada y accionante María Cecilia Ochoa Hurtado, persona natural que reclama la protección de derechos constitucionales, presuntamente vulnerados por la autoridad pública no judicial Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en virtud de cumplir con los requerimientos establecidos en el artículo 439 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es legitimado activo.

Legitimación pasiva: la legitimación pasiva dentro del trámite de la acción de protección hace referencia al funcionario u órgano del que emana el acto que se acusa una consecuencia lesiva para un derecho fundamental. Se trata, pues, del autor del acto y no de la persona jurídica de la que forma parte aquél. Esta particularidad implica dotar de capacidad procesal a entes que carecen de personalidad jurídica pública, pero debe advertirse que en nada afecta a la correcta composición de la Litis y, lo que es más importante, a los fines que persigue la acción ordinaria de protección, así tenemos lo dispuesto en el artículo 88 de la Constitución de la República y los artículos 41 Y 10.4 LOGJCC. En el asunto de la referencia, el autor de acto es autoridad pública no judicial IESS, y se le acusa de haber violado un derecho constitucional, por lo que contra el procede la acción de protección.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 88 de la CRE la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, a su vez los artículos 40.3 y 42.4 de la LOGJCC, consagra que dicha garantía procede excepcionalmente como mecanismo de protección: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, y eficaz los derechos constitucionales, en las circunstancias del caso concreto.

3.- VALIDEZ PROCESAL:

El proceso es válido pues se han observado las solemnidades establecidas en el Art. 86 de la Constitución y en los Capítulos I y III del Título II de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

4.- ANALISIS DEL TRIBUNAL Y MOTIVACION:

La acción de protección prevista en el artículo 88 de la CRE. y 39 de la LOGJCC. consagra que tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, a través de un procedimiento especial, basado en los principios de preferencia y sumariedad, que pretende proteger de manera inmediata cualquier vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones efectuados entre otros por una persona natural o jurídica del sector privado cuando, presten servicios públicos impropios, presten servicios públicos por delegación o concesión, provoquen un daño grave, o la persona se encuentre en situación de subordinación, indefensión, frente al poder económico, social, cultural o religioso. Esta acción también procede cuando se haya producido un acto discriminatorio contra una persona bien sea por acción u omisión de cualquier persona o entidad pública o privada, entendiéndose por vulnerar el transgredir, quebrantar, violar una ley o un precepto, se violan los derechos reconocidos en la Constitución cuando se los quebranta e irrespeta causando daño y perjuicio a quien la padece haciendo algo o absteniéndose de hacer, se hace necesario tener claro que no se protege el derecho ordinario sino se protege el derecho fundamental a ser tutelado.

En este orden de ideas la Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 0140-12-SEP-CC, de 17 abril 2012, dentro del Caso n.º 1739-10-EP. ha señalado que la acción de protección tiene dos objetivos primordiales "la tutela de los derechos constitucionales de las personas, así como la declaración y la consiguiente reparación integral de los daños causados por su violación. En la sentencia de precedente constitucional obligatorio n.º 001-010-JPO-CC, la Corte hizo una primera aproximación respecto de la naturaleza y procedencia de la acción de protección, y estableció lo siguiente: [...] las garantías jurisdiccionales, específicamente la acción de protección, proceden cuando del proceso se desprenda la vulneración de derechos constitucionales provenientes de un acto de autoridad pública no judicial, vulneración que debe ser declarada por el juez constitucional vía sentencia [...]

PLANTEAMIENTO DEL CASO Y PROBLEMA JURÍDICO CONSTITUCIONAL

La accionante solicita se ampare sus derechos constitucionales de Protección a la Mujer Embarazada y en Periodo de lactancia; al trabajo igualitario y sin discriminación; a tomar decisiones libres sobre la salud sexual y reproductiva; a Protección Especial de las Mujeres Embarazadas, Desarrollo integral y la Protección Familiar del Niño; Derecho de Petición y, en consecuencia, se ordene el traslado de plaza. La accionante no cuestiona la legalidad del acto administrativo, la aplicación de las cláusulas del contrato, ni su obligación de cumplir con la devengación de la beca, sino que requiere la protección de cuidado en beneficio de la mujer embarazada, del niño que está por nacer, y la protección familiar, en vista que las circunstancias han cambiado entre las que existían al momento del otorgamiento de una plaza para la devengación de la beca y las particulares circunstancias que rodean en la actualidad.

En tanto, que la entidad accionada argumenta que la Jueza constitucional no efectúa un análisis factibilidad sobre la necesidad institucional, la normativa existente al caso materia de resolución, si a la accionante se le asigno la plaza del Hospital General de Quevedo, era por una necesidad, y si se le traslada sin un estudio se estaría en cambio vulnerando el derecho a la seguridad social de aquella población.

Ante estas circunstancias corresponde seleccionar y aplicar las normas y la interpretación que más favorezca a la vigencia de los derechos constitucionales, determinando, en primer término, sobre la procedibilidad de la acción de protección. Una vez resuelto aquello, corresponderá hacer un análisis de fondo de las pretensiones invocadas, el Tribunal responderá a los siguientes problemas

jurídicos: (i) ¿Los derechos de la mujer embarazada, del niño, y la protección familiar se habrían visto lesionados y continuaría en riesgo que se agudice ante la falta de trámite a la petición realizada a la Subdirectora Nacional de Gestión de Talento Humano (IESS)?; (ii) ¿se afecta los derechos constitucionales mencionados de no adoptar por parte de los jueces constitucional una protección constitucional?.

i. DERECHO DE PETICIÓN.

La actora manifiesta que, realizó una petición de traslado de plaza, sin que pese al tiempo transcurrido no ha recibido una respuesta deduciendo que existe la negativa tácita a la petición realizada, para justificar sus asertos adjunta una copia de un oficio (fs. 4/5), que tiene como fecha Cuenca, 20 de abril de 2021, dirigida a la Subdirectora Nacional de Gestión de Talento Humano del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, *en la que indica que se encuentra en estado de gestión y su estadía como devengante de la beca en la ciudad de Quevedo, alejada de su familia, su estado de gravedad, solicita como medida de acción afirmativa que el Comité Institucional de Becas se conceda el traslado inmediato de plaza a la ciudad de Cuenca, sin fe de recibido (como si lo tiene el certificado médico fs.3).*

A su vez la entidad accionada afirma no conocer de la solicitud, que no existe constancia en el Sistema Quipux, que, incluso conforme el memorando Nro. IESS-SDGTH-2021-19724-M, emitida por la Subdirectora Nacional de Gestión de Talento Humano, de fecha 29 de septiembre de 2021, informa *"...que una vez revisados los archivos y documentos recibidos en la Subdirección Nacional de Gestión de Talento Humano, no existe petición administrativa alguna por parte de la Dra. María Cecilia Ochoa Hurtado, solicitando cambio de plaza..."*(fs. 59).

El derecho de petición consagrado en el artículo 66 numeral 23 de la Constitución de la República como *"el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo"*.

Los elementos del núcleo esencial de este derecho se les pueden describirse de la siguiente manera: (i) La pronta resolución constituye una obligación de las autoridades y los particulares que prestan un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad, el derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la Administración, por lo que deben responder las solicitudes presentadas por las personas en el menor plazo posible, sin que se exceda el tiempo legal establecido para el efecto, (ii) La respuesta de fondo hace referencia al deber que tienen las autoridades y los particulares bajo las condiciones establecidas en líneas anteriores de responder materialmente a las peticiones realizadas, la respuesta debe observar las siguientes condiciones: a) claridad, esto es que la misma sea inteligible y que contenga argumentos de fácil comprensión; b) precisión, de manera que la respuesta atienda directamente a lo solicitado por el ciudadano y que se excluya toda información impertinente y que conlleve a respuestas evasivas o elusivas; c) congruencia, que hace referencia a que la respuesta esté conforme con lo solicitado; y por último, d) consecuencia en relación con el trámite dentro del cual la solicitud es presentada, "de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente. La notificación de la decisión atiende a la necesidad de poner al ciudadano en conocimiento de la decisión proferida por las autoridades, ya que lo contrario, implicaría la desprotección del derecho de petición. La notificación en estos casos, se traduce en la

posibilidad de impugnar la respuesta correspondiente.

Al ejercicio del peticionario y la correlativa obligación de la autoridad de producir una respuesta, se debe cumplir con una serie de elementos, así la petición debe formularse de manera pacífica y respetuosa, dirigirse a una autoridad y RECABARSE LA CONSTANCIA DE QUE FUE ENTREGADA; además de que el peticionario ha de proporcionar el domicilio para recibir la respuesta.

En el caso, el accionante no ha justificado que ha recabado la constancia de que fue entregada pues del oficio adjuntado no consta la fe de recibido el documento, y esto sumado a lo manifestado por la Subdirectora Nacional de Gestión de Talento Humano, informa que no existe petición administrativa alguna por parte de la Dra. María Cecilia Ochoa Hurtado, solicitando cambio de plaza, no permite al Tribunal tener la certeza de la entrega del documento, siendo así no existe vulneración al derecho de petición.

desde fecha 16 de noviembre de 2020, la compareciente debe trasladarse constantemente a la localidad de la plaza asignada

La peticionaria se encuentra domiciliada en la ciudad de Cuenca, en donde tiene constituido su hogar y se encuentra su familia (núcleo familiar y familia extendida). Sin embargo, debido al contrato de compensación de la beca comenzó a regir desde fecha 16 de noviembre de 2020, la compareciente debe trasladarse constantemente a la localidad de la plaza asignada

ii. EL DERECHO A LA IGUALDAD MATERIAL Y NO DISCRIMINACIÓN CON FUNDAMENTO EN LOS ARTÍCULOS 11.2 Y 66.4 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA; LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE LAS MUJERES EMBARAZADAS, DESARROLLO INTEGRAL Y LA PROTECCIÓN FAMILIAR DEL NIÑO.

En el caso tenemos que, la accionante en el año 2017 ingresa al programa de becas para posgrados ofertado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en la Universidad de Cuenca en la especialidad de Ginecología y Obstetricia y concluye sus estudios de cuarto nivel en el año 2019. En el mes de noviembre del año 2020, celebra con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el contrato de servicios ocasionales para compensación de beca, en la cláusula cuarta, denominada "plaza para compensar", refiere que: "...la becaria en periodo de compensación realizará su compensación en el Hospital General de Quevedo, lugar determinado conforme a la plaza asignada por la Subdirección Nacional de Talento Humano", el contrato comienza a regir desde fecha 16 de noviembre de 2020, por lo que tiene que trasladarse constantemente a la localidad asignada, empero durante el periodo de devengación queda embarazada conforme se desprende del certificado de fecha 9 de marzo de 2021 emitido por la Dra. María José Culcay Veliz, como responsable de salud ocupacional del Hospital General IESS Quevedo en el que consta textualmente: *"...la Dra. Ochoa Hurtado María Cecilia, al momento cursa un embarazo de aproximadamente 4 semanas de gestación..."*.

A la fecha la compareciente mantiene su estado de gestación en la semana 33; debido a su condición, la permanencia de la accionante en la referida ciudad, y los viajes a la ciudad de Cuenca se tornan en una situación de riesgo constante para ella y consecuentemente para el niño que está por nacer, razón por la cual requiere de cuidados que son propios del embarazo para precautelar su salud y la del niño que está por nacer, encontrándose impedida de viajar a la ciudad de Cuenca con la frecuencia habitual y lo que ocasiona una situación de desprotección por parte de sus familiares y del padre de su hijo, por ello que solicito el traslado de plaza a la ciudad de Cuenca,

donde se encuentra su núcleo familiar y su familia extendida. En fecha 23 de junio de 2021, el médico ginecólogo tratante de la compareciente certifica: *"la señora: MARÍA CECILIA OCHOA HURTADO, con CI: 0104789813, de 33 años de edad, presenta un cuadro compatible con un diagnóstico de EMBARAZO DE ALTO RIESGO DE 21 SEMANAS (Z359) (...) EL ALTO RIESGO está dado por los antecedentes de la paciente, además se evidencia de una implantación baja del Trofoblasto, por lo que a las 10.3 semanas de Gestación presentó un sangrado trans vaginal"*.

En fecha 07 de septiembre de 2021, pese a ni siquiera haber recibido contestación de la petición administrativa de traslado, se notifica a la compareciente el reintegro a sus labores de manera presencial por medio de Memorando Nro. IESS-HG-QUE-TH-2021-1006-M del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, indicando textualmente: *"Al respecto, en cumplimiento a lo dispuesto por la Dirección Nacional de Servicios Corporativos se procede a solicitar el reintegro a su jornada legal de trabajo de forma presencial a Usted Espc. María Cecilia Ochoa Hurtado, Medico/a Especialista en Ginecología 1, por lo que deberá presentarse en el Hospital General Quevedo"*.

En este contexto fáctico, el tribunal considera necesario plantear las disposiciones constitucionales y la jurisprudencia vinculante sobre tema materia de análisis:

La Constitución de la República, en el artículo 11.2 hace referencia a la igualdad como principio *"la prohibición de discriminación"* que conlleva una obligación para el Estado Ecuatoriano de no introducir, eliminar, combatir en el ordenamiento jurídico regulaciones y prácticas discriminatorias y pone como ej por razones de género, sexo, raza, lengua, entre otros.

El artículo 66.4 ibídem la igualdad como derecho constitucional *la igualdad formal, material y no discriminación*, es lo que se conoce como la superación de la igualdad formal con el fin de dar paso a la igualdad material, la cual permite dar tratos diferenciados para así remover los obstáculos y la desigualdad social mediante la formulación de políticas públicas que favorezcan a grupos discriminados o desposeídos.

El derecho a la igualdad tiene dos dimensiones como lo habíamos afirmado y que la Corte Constitucional lo ha puntualizado así: *"a) La dimensión formal (...) implica un trato idéntico a sujetos individuales o colectivos que se hallan en la misma situación. b) La dimensión material, en cambio, la enuncia la Constitución en el tercer inciso del número 2 del artículo 11, al señalar: "El Estado adoptará medidas de acción afirmativas que promuevan la igualdad real a favor de todos los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. Esta dimensión del derecho supone en cambio que los sujetos se hallen en condiciones diferentes, por lo que requieran un trato distinto, que permita equiparar el status de garantía en el goce y ejercicio de sus derechos."* Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 117-13-SEP-CC, caso No. 0619-12-EP.

La acción afirmativa se las otorga entre otros a las mujeres, a las personas en situación de discapacidad; las comunidades pueblos y nacionalidad indígenas, las víctimas del conflicto armado; los adultos mayores, etc. y buscan alcanzar condiciones materiales de igualdad a través de la discriminación positiva, que consiste en el conjunto de medidas destinadas a romper una situación de desigualdad.

En la Constitución de la República en el artículo 35 identifica a grupos de personas a quienes el Estado debe atender en forma prioritaria. En el capítulo III DERECHO DE LAS PERSONAS Y GRUPOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA, en la Sección 5ª. Niñas. Niños y adolescentes, en el artículo Art. 44.- "El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas,

niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales."

El Art. 45 Constitución de la República consagra: "... Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar..."

el Art 67: "Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes". Si la familia es el núcleo de la sociedad entonces se la debe proteger para que alcance sus fines

En la Sentencia N° 108-14-EP/20: La Corte Constitucional analiza si la sentencia dictada en segunda instancia dentro de la acción de protección No. 09112-2013-0519 vulnera el derecho al debido proceso en la garantía de motivación, y examina el mérito del caso ante una posible vulneración al derecho a la protección especial de la accionante, en su condición de mujer en periodo de lactancia, en el ejercicio del derecho al trabajo.

En el párrafo 85 dice: *"De ahí que el Estado tiene la obligación de identificar las situaciones de discriminación y de riesgo que enfrentan las mujeres, y adoptar distintas medidas de carácter legislativo, de política pública, mecanismos de protección judicial, entre otros, desde un enfoque diferenciado e interseccional, con el fin de atender las necesidades particulares de protección (que están asociadas a su cosmovisión, a sus tradiciones y cultura, a su situación económica y geográfica, entre otras), y reducir progresivamente los obstáculos o barreras que limitan el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres embarazadas y en período de lactancia."*

En el párrafo 87 dice: *"El derecho a la protección especial y prioritaria de las mujeres embarazadas y en período de lactancia exige por parte del Estado tanto obligaciones negativas o de abstención como obligaciones positivas y la adopción de medidas reforzadas. Entre las obligaciones negativas o de abstención, la Constitución de la República reconoce, por ejemplo, la prohibición de despido de una mujer trabajadora asociada a su condición de gestación y maternidad (artículo 332), así como la prohibición de discriminación por su embarazo en el ámbito laboral y vinculada con los roles reproductivos (artículos 43.1 y 332).*

En el párrafo 92 dice: *"A criterio de esta Corte, en el marco de las medidas positivas de protección reforzada de los derechos de las mujeres embarazadas y en período de lactancia en el ámbito laboral, se encuentra asimismo la protección a su estabilidad laboral durante este período. Lo anterior se fundamenta en la confianza que las mujeres requieren tener en que continuarán trabajando en*

condición de igualdad con los hombres una vez que el permiso de maternidad por embarazo y lactancia culmine. Adicionalmente, esta protección reforzada a las mujeres embarazadas y lactantes va más allá del derecho al trabajo y se relaciona tanto con el efectivo ejercicio de otros derechos interdependientes de este último, como son los derechos a la vida digna, a la salud e integridad personal, a la seguridad social, entre otros, así como con la necesidad de garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes."

En la sentencia No. 3-19-JP JURISPRUDENCIA VINCULANTE EMANADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL se consagra **LA PROTECCIÓN REFORZADA A LAS MUJERES EMBARAZADAS**, partiendo de la igualdad en la dimensión material y adopción de medidas de acción afirmativas para su logro, estableciendo mecanismos por un lado para evitar la terminación de la relación laboral con motivo su situación de embarazo, y por otro eliminar las formas de vulneración que afectan al contenido de los derechos de la mujer embarazada y en el periodo de lactancia, reconociéndoles el derecho al cuidado en el contexto laboral dándoles primacía a sus derechos sobre cualquier otra necesidad administrativa, así tenemos:

En el párrafo 58 dice: *"El derecho a la salud sexual y a la salud reproductiva respecto de personas trabajadoras impone tres obligaciones específicas: respetar, proteger y cumplir. La obligación de respetar exige que el Estado como empleador se abstenga de injerir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva en el trabajo, o de promulgar leyes y políticas que obstaculicen su acceso. La obligación de proteger requiere que el Estado adopte medidas para evitar que terceros, entidades públicas o personas, limiten, restrinjan o anulen el disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva en el contexto laboral. Por último, la obligación de cumplir requiere que el Estado adopte medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, promocionales o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud sexual y reproductiva. En este caso en concreto, como parte del Estado, la Corte Constitucional desarrolla mediante esta sentencia el alcance y el contenido de algunos de estos derechos. Estas obligaciones específicas no excluyen la adopción de otras medidas generales que fueren necesarias y no previstas en esta sentencia para hacer efectivos estos derechos."*

En el párrafo 66, dice: *"Por el derecho a la intimidad, las mujeres pueden guardar reserva sobre sus planes de vida, su situación de embarazo, sobre su salud y sobre cualquier condición que crean importante reservarse de comunicar. La notificación del embarazo permite que las personas obligadas cumplan con su responsabilidad, pero las mujeres pueden, por las razones que crean, decidir el momento de la notificación."*

En el párrafo 80 dice: *"La protección especial significa que las mujeres durante su embarazo, parto, postparto y periodo de lactancia deben ser atendidas en función de sus necesidades específicas, sin que este hecho signifique que las mujeres no tengan capacidad para ejercer sus derechos con autonomía. Esta protección se da frente a la desventaja en la que esta condición las pone frente a los hombres dentro de un sistema patriarcal. No solo garantiza a las mujeres la igualdad en el acceso al empleo sino también la permanencia. Al garantizar este derecho, los demás derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia se refuerzan para su pleno ejercicio."*

En el párrafo 114 dice *El derecho al cuidado es un derecho universal. En consecuencia, no cabe una concepción que restrinja el derecho exclusivamente a las personas que no gocen de la autonomía suficiente para cuidarse por sí mismas, como podrían ser las personas recién nacidas, los adultos mayores, ciertas personas enfermas o con discapacidad. Tampoco se trata de un derecho particularísimo de las mujeres sino de cada persona.*

En el párrafo 115 dice: El cuidado alude a una necesidad humana, ya que todas las personas necesitan cuidados de otros a lo largo del ciclo vital. Sin embargo, se reconoce que hay períodos en que estas necesidades son más imprescindibles para la sobrevivencia, sobre todo al comienzo y al final de la vida, aunque a lo largo de toda la vida se necesita de cuidados cotidianos frente a situaciones que podrían producir limitaciones a la autonomía.

En el párrafo 116. En ciertos casos el cuidado puede ser ejercido por el o la titular (derecho al autocuidado); en otras circunstancias, el cuidado constituye una obligación y responsabilidad para otras personas, entidades o el Estado (derecho a ser cuidado).

En el párrafo 119 se establece que es el derecho al cuidado "Un derecho reconocido, como en el presente caso el derecho al cuidado, permite a una persona o grupo de personas hacer o no hacer algo, y reclamar a terceros (funcionarios públicos o particulares) que hagan o no hagan algo. El o la titular, en base a un derecho reconocido en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o derivado de la dignidad, puede tener una expectativa positiva (acción) y negativa (omisión) por parte de un sujeto que tiene obligaciones correlativas al derecho. El derecho otorga poder a su titular y condiciona o restringe el accionar de la persona o entidad obligada, sea estatal o privada. Finalmente, el reconocimiento de un derecho permite a su titular, cuando considera que éste se ha violado, reclamarlo judicialmente vía mecanismos de protección de derechos (garantías jurisdiccionales)."

En el párrafo 130 establece quienes son los obligados: "Un principio importante que contribuye a esclarecer las obligaciones de cuidado, es el de corresponsabilidad. La corresponsabilidad refiere a la responsabilidad que tiene cada uno de los sujetos con relación al cuidado. En primer lugar, está cada una de las personas con el cuidado a sí mismo (autocuidado). En segundo lugar, están quienes tienen obligaciones (por el principio de reciprocidad), como el padre y madre con relación a sus hijas e hijos, la mujer o el hombre en relación con su cónyuge o pareja. Un tercer lugar corresponde a los miembros del espacio en el que se desenvuelven cotidianamente las personas, como la familia, el lugar de trabajo o de educación. En cuarto lugar, es la sociedad o comunidad, el barrio, el condominio, la familia ampliada, las organizaciones sociales. En quinto lugar, está el Estado, y acá pueden existir varios niveles: nacional, provincial, cantonal, parroquial.

En el párrafo 153 establece: La falta de notificación por parte de las mujeres embarazadas no acarrea responsabilidad alguna para ellas.

En el párrafo 169. Establece "La Corte considera que los contratos ocasionales, los nombramientos provisionales y los cargos de libre remoción no deben cambiar de naturaleza jurídica, sino que tienen un régimen especial debido al derecho a la protección especial, a la no discriminación y al derecho cuidado que tienen las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia.

Los elementos recogidos de las normas constitucionales, de los precedentes jurisprudenciales se puede establecer que la regulación constitucional y jurisprudencial de protección especial de maternidad se fundamenta en el derecho de las mujeres a recibir una especial protección durante la maternidad; la protección de la mujer embarazada o lactante y las obligaciones de cuidado que entre otras le corresponde al Estado que en base a la observancia de los principios, normas y valores constitucionales debe adoptar medidas necesarias y conducentes para cumplir su obligación de velar por la salud de la accionante del niño que está por nacer y por la relevancia de la familia.

Aquellos elementos referidos en el párrafo anterior relacionado con las situaciones fácticas del caso permiten colegir que, la devengante de la beca se encuentra embarazada (es parte de un grupo de atención prioritaria), presenta un cuadro compatible con un diagnóstico de EMBARAZO DE ALTO RIESGO DE 21 SEMANAS (Z359) (...), su familia, y su esposo (padre del niño que está por nacer), se encuentran radicados en la ciudad de Cuenca, siendo imposible su traslado a la ciudad de Quevedo por el trabajo, lo cual provoca ruptura de los lazos familiares, siendo por tanto que la accionante se encuentra sola. Entones es evidente que, la peticionaria requiere de cuidados que son propios del embarazo más aún si es de riesgo esto con la finalidad de precautelar su salud y la del niño que está por nacer, correspondiendo proporcionarle al padre, a la familia, y al Estado a través del IESS, empero el IESS *no ha demostrado que ha adoptado las medidas necesarias y conducentes para cumplir su obligación de velar por el desarrollo integral del hijo de la accionante*. Por lo tanto, la reubicación de la accionante a vivir en la ciudad de Cuenca para convivir con esposo y familia es necesaria, por tanto, el Comité de Becas tiene que considerar el entorno familiar y de salud de la accionante, para decidir el cambio de plaza a la ciudad de Cuenca.

Por otro lado, queda claro que la accionante por la aplicación de la acción afirmativa no significa que la beca no deba devengarse, sino por el contrario se lo debe hacer, existe un contrato que nació sujeto al ordenamiento civil a un "Reglamento para el otorgamiento y la devengación de becas de estudio de pregrado y postgrado, concedidas por el Ministerio de Salud Pública", en las que si bien en su artículo 8, constan las atribuciones del Comité de Becas, empero por las circunstancias especiales se debe conceder su traslado a la ciudad de Cuenca.

Por la argumentación que antecede, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay como jueces constitucionales **"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LEYES DE LA REPUBLICA"**, RECHAZA el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia emitida en primera instancia en cuanto acepta la acción de protección planteada por la doctora María Cecilia Ochoa Hurtado en contra del IESS, pero por haber violado el derecho a la igualdad material y no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la familia, previstos en los artículos 35, 44, 45, 69.4 de la Constitución de la República, y se ratifica las medidas de reparación establecidas en la sentencia apelada. Ejecutoriada esta resolución, remítase copia certificada a la Corte Constitucional en cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 86.5 de la Constitución de la República. Con el ejecutorial devuélvase al Juzgado de origen. Notifíquese

f: GUEVARA BACULIMA MARTHA DEL ROCIO, JUEZ; LARRIVA GONZALEZ FERNANDO MAURICIO, JUEZ; MORENO MOREJON FERNANDO PATRICIO, JUEZ PROVINCIAL

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

MEDINA GARCIA EFREN BOANERGES
SECRETARIO

Link para descarga de documentos.

Descarga documentos

La información contenida en este mensaje es confidencial y reservada, prevista solamente para el uso de la persona o la entidad a quienes se dirija y no puede ser usada, reproducida o divulgada por otras personas.

Si usted no es el destinatario de este mail, le rogamos se sirva eliminarlo.

***** UTILIDAD SOLO PARA INFORMACIÓN *****