



Juicio No. 03901-2021-00021

JUEZ PONENTE: MOGROVEJO ABAD ANDRES ESTEBAN, JUEZ (PONENTE)

AUTOR/A: MOGROVEJO ABAD ANDRES ESTEBAN

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE CAÑAR. - SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE CAÑAR. Azogues, lunes 4 de octubre del 2021, las 16h32.

PRIMERO: IDENTIFICACION DEL PROCESO: ACCIÓN DE PROTECCIÓN No. 2021-00021.

El Tribunal Primero de lo Penal de Cañar, el que en forma legal y acorde a la normativa respectiva asume su calidad de Juez Constitucional, en la presente causa, luego del análisis constante en su resolución, concluye en su sentencia, que se ha determinado la violación a los derechos constitucionales invocados y resuelve declarar con lugar la presente ACCION CONSTITUCIONAL DE PROTECCION, propuesta por: GINA MARÍA RUIZ ABAD, en contra del Dr. Fernando Palomeque López, en su calidad de Director Provincial del IESS del Cañar; y, Francisco Ramírez Cabrera, en calidad de Director Administrativo del Centro Clínico Quirúrgico Ambulatorio Hospital del Día de Azogues, y de la cual, los accionados en forma legal y oportuna, interponen recurso de apelación. Radicada la competencia en este Tribunal, y habiendo concluido la sustanciación de la instancia se considera: **SEGUNDO: COMPETENCIA Y VALIDEZ PROCESAL.-** La Sala es competente para conocer y resolver la presente acción constitucional de Garantías Jurisdiccionales de conformidad con lo dispuesto en el Art. 86.3 inciso segundo de la Constitución de la Republica, en concordancia con el Art. 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, habiéndose observado todas las solemnidades sustanciales, por lo que la validez es axiomática y así se ratifica. El Tribunal se encuentra integrado por los señores doctores: Víctor Zamora Astudillo, Manuel Cabrera Esquivel y Andrés Mogrovejo Abad, este último en calidad de juez ponente y sustanciador.

TERCERO: ANTECEDENTES.- 3.1.- LA DEMANDA: La parte accionante en su libelo inicial de demanda constitucional en lo pertinente dicen: ^a (¼) 7.1.- Es imprescindible, señor Juez, realizar unas necesarias puntualizaciones: La accionante laboró en forma presencial durante todo el período de la emergencia sanitaria en calidad de medico general en funciones hospitalarias grupo ocupacional SP /, escala 13, cumpliendo las funciones inherentes a mi cargo esto en triage respiratorio, con las siguientes funciones: atención directa a todos los afiliados que concurren con patologías respiratoria; anamensis, examen físico, diagnóstico, exámenes complementarios y tratamiento a todos los afiliados que acudieron a Triage del IESS; seguimiento de control de todos los afiliados COVID-SOSPECHOSOS; asilamiento de todos los pacientes COVID CONFIRMADOS; referencia y derivación de pacientes COVID POSITIVOS, tanto RPIS, como a la red complementaria de pacientes COVID POSITIVOS; alta epidemiología a los afiliados que han cumplido con el AISLAMIENTO

PREVENTIVO OBLIGATORIO. Según el propio informe enviado por el Director Médico del CENTRO CLÍNICO QUIRÚRGICO AMBULATORIO HOSPITAL DEL DÍA AZOGUES, al responsable de Talento Humano, CCQA HD Azogues, mediante memorando Nro. IESS_HD-AZ-DM-2021-3274-M, de fecha: 17 de diciembre de 2020. 7.2.-Habiendo laborado en forma presencial durante la vigencia de la emergencia sanitaria provocada por el CORONA VIRUS, lo que debió hacer el IESS era aplicar el Art. 25 de la LOAP y no lo hizo, configurándose una omisión ilegítima violatoria de derechos constitucionales. 7.3.- En fecha fecha 13 de mayo de 2021, mediante memorando Nro. IESS-SDNGTH-2021-12660-M, emitido por la Sub Directora Nacional de Gestión de Talento Humano del IESS, y recibida por el Economista Francisco Esteban Ramírez Cabrera, en calidad de Director Administrativo del Hospital del Día, en respuesta a la solicitud de información de nombramientos del legitimado activo, mediante el cual se informa que, ^a conforme lo mencionado en la normativa legal para la ejecución de los concursos de méritos y oposición, se establecieron directrices para el cumplimiento de lo señalado en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y el artículo y el artículo 10 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada el COVID 19, las cuales fueron difundidas a través de la circular Nro. IESS-SDNGTH-2020-0063-C de 11 de diciembre de 2020, misma que faculta a las Unidades Médicas o Dependencias desconcentradas de la Institución a realizar la verificación del cumplimiento de la ley antes señalada $\frac{1}{4}$ °. Adicionalmente en el mismo documento se informa que mi carpeta en particular se encuentra en custodia del área de Concursos de Méritos y Oposición, en la etapa de validación documental para la determinación del cumplimiento de disposiciones legales que rige la normativa vigente. Cabe señalar al respecto, la misma Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, en su Disposición Transitoria Novena, establece un término de cumplimiento de seis meses; Sin embargo, la legitimada pasiva no ha cumplido con el llamamiento a concurso de méritos y oposición, dentro del término antes referido, muy a pesar de que la documentación requerida por la servidora pública correspondiente de Talento Humano de la Institución, fue enviada el 15 de diciembre de 2020, incluyendo todos los verificables de atención a pacientes con COVID 19. 7.4.- El IESS, además de lo antes mencionado procede con la recepción de las carpetas de otros funcionarios públicos, excluyéndose de manera deliberada de las personas a las que ya se les ha otorgado los nombramientos definitivos ($\frac{1}{4}$)°. Por consiguiente indica que esta omisión del IESS vulnera el derecho al trabajo, a la igualdad y no discriminación, en la garantía de plazo razonable para cumplir con sus obligaciones; y, el derecho a la seguridad jurídica. Por su parte las pretensiones de la accionante son: a) Que se acepte la acción de protección, en la que se establezca que la legitimada pasiva, ha violado los derechos constitucionales del trabajo, a la igualdad y no discriminación, en la garantía de plazo razonable para cumplir con sus obligaciones y el derecho a la seguridad jurídica. b) Que como medidas de reparación se establezcan que la entidad demandada cumpla con lo

determinado en el Art. 25 de la LOAH. c) Que se establezca la obligación para el IESS de no repetición de derechos del exponente. d) Se disponga a la Defensoría del Pueblo vigile el cumplimiento de lo resuelto. **3.2.- CONTESTACIÓN A LA ACCIÓN.-** Admitida la demanda a trámite, y cumplida con la solemnidad de la citación a los demandados, se ha convocado a las partes a la audiencia pública prevista en el Art. 86 de la Constitución y el Art. 14 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional; a la que ha comparecido la Dra. Cecilia Gomezcoello, en representación del IESS, quien al contestar la demanda en lo sustancial indica: ^a (1/4) Que niega los fundamentos de hecho y de derecho de la acción planteada por no cumplir con los requisitos de procedibilidad conforme lo dispone el Art. 88 de la CRE, en relación con los artículos 39, 40 y 42 de la LOGJCC. La accionante Dra. GINA MARÍA RUÍZ ABAD, se encuentra trabajando actualmente y presta sus servicios lícitos y personales en el CCQAHD-Azogues, en una partida especial con contrato ocasional, en el cargo de médico general, con funciones hospitalarias, desde el 04 de mayo de 2020. Sin embargo indica que es importante considerar lo establecido en el Art. 26 de la CRE, que determina que los funcionarios públicos y las instituciones ejercerán únicamente las atribuciones conferidas en la Constitución y la ley. De ahí que, la Asamblea Nacional, con ocasión de la pandemia por el Covid 19, emite la LOAH para combatir la crisis sanitaria derivada del Covid 19, en fecha 22 de junio de 2020; en su Art. 25.- brinda estabilidad de los trabajadores de la salud, que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus, con un contrato ocasional o nombramiento provisional en cualquier cargo en algún centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud (RIPS), y sus respectivas redes complementarias, previo el concurso de méritos y oposición; posteriormente se promulga el Reglamento de dicha ley en cuyo Art. 10, se determina que los subsistemas de la RIPS, deben definir las necesidades del contingente de talento humano de acuerdo con la planificación territorial, criterios técnicos y racionalización del personal requerido en los establecimientos de salud. Los concursos de méritos y oposición se ejecutarán de manera paulatina por fases siempre y cuando la necesidad de profesionales y trabajadores de la salud se respalde en la planificación del talento humano que debe ser validada y consolidada por el Ministerio de Salud y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en el ámbito de sus competencias. Para este propósito, las entidades operativas desconcentradas deberán contar con la disponibilidad presupuestaria correspondiente con cargo al ejercicio fiscal que corresponda, esto es ingresos permanentes que garanticen la sostenibilidad financiera de este gasto en el tiempo. Para el efecto se considerará a los médicos y aquellos profesionales y trabajadores de la salud, en ambos casos, en funciones relacionadas con la atención médica a pacientes diagnosticados de COVID 19. Por su parte el Ministerio de Trabajo, emite la °Norma Técnica Para la Aplicación de Concursos de Méritos y Oposición Dispuestos en el Art. 25 de la LOAH, a través del Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-232, en cuyo Art. 3, establece que las Unidades de Administración del Talento Humano de las

entidades de la RIPS definirán las necesidades del contingente del talento humano y las incluirá en su planificación mediante informe que se elaborará en base a: 1. Criterios técnicos del personal requerido en los establecimientos de salud y de conformidad a las denominaciones de los puestos establecidas en sus respectivos manuales de clasificación y valoración de puestos; 2) Los justificativos de que los profesionales de la salud cumplen con los requisitos establecidos en la LOAH y su Reglamento; 3) Que los profesionales de la salud hayan ingresado bajo la modalidad de contratos de servicios ocasionales o nombramientos provisionales. Otro de los requisitos es que se cuente con la certificación presupuestaria que acredite que el puesto esté debidamente financiado. En los casos de servidores que desempeñen sus funciones bajo la modalidad de contratos de servicios ocasionales, la Unidad de Administración del Talento Humano institucional, en base al informe de planificación del talento humano descrito en el presente artículo, solicitará la creación del puesto. Una vez creado el puesto, se procederá con el trámite del concurso de conformidad a lo determinado en el presente Acuerdo.

Art. 4.- Del procedimiento.- Una vez que la Unidad de Administración del Talento Humano cuente con el informe determinado en el artículo 3 del presente Acuerdo, dará inicio al proceso de concurso de méritos y oposición, de acuerdo al siguiente procedimiento: 1. Planificar y dar inicio al proceso de Concurso de Méritos y Oposición mediante informe técnico de la Unidad de Administración del Talento Humano; 2. Notificar el inicio del proceso selectivo mediante correo electrónico (institucional y personal) al servidor beneficiario de los preceptos establecidos en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y su Reglamento, para lo cual verificará que permanezca en funciones. De manera simultánea, deberá solicitar al Ministerio del Trabajo la designación del Tribunal de Méritos y Oposición; 3. El Ministerio del Trabajo deberá conformar el Tribunal de Méritos y Oposición en el término de hasta tres (3) días contado desde la recepción del pedido de designación del Tribunal; 4. En el término máximo de siete días (7) días de recibida la notificación de inicio del proceso, el cual le acreditará como postulante, el servidor deberá remitir al Tribunal de Méritos y Oposición los sustentos de los requisitos solicitados; y, 5. Conformar el Tribunal de Apelaciones en el término de hasta tres (3) días de haberse iniciado el proceso de concurso. Que en la presente causa mediante Resolución Administrativa No. IESS-DG-CT-2020-004-RFDQ, del 11 de agosto de 2020, emitida por el Director General del IESS, delega al Subdirector Nacional de Gestión de Talento Humano para que convoque a concurso de méritos, oposición e impugnación ciudadana a nivel nacional; en esta razón mediante Circular Nro. IESS-SDNGTH-2020-0063-C de fecha 14 de diciembre de 2020, emitida por la Dra. Holanda Zapata, Subdirectora Nacional de Gestión de Talento Humano, se dispone se identifique a los servidores que puedan ser beneficiarios del Art. 25 de la LOAH; comunicación dirigida a los Directores Provinciales, esto con el fin de dar lineamientos del mentado concurso, en el que claramente se indica que este proceso será aplicable únicamente para los profesionales y trabajadores de la salud en funciones relacionadas directamente con la atención

médica a pacientes con diagnóstico COVID 19. Mediante circular IESS-DPU-2020-0078-C, el Director Provincial del IESS-Cañar, dirige el comunicado a todos los Directores y Responsables de las Unidades Médicas y del Seguro Social Campesino de la provincia; y, solicita que se disponga a todos los profesionales y trabajadores que se encuentren en esas circunstancias que presenten los expedientes con la información requerida. En el caso que nos ocupa, con circular Nro. IESS-HD-DA-2020-0051-C de 16 de diciembre de 2021 se envía la información a la Dirección Provincial, también la Comisión designada para la revisión y validación de los expedientes emite el acta de consolidación y revisión de expedientes de todas las Unidades Médicas, para luego ser remitidos por el Director Provincial a la Subdirección Nacional de Gestión de Talento Humano del IESS, con base a lo cual se ha realizado los respectivos concursos de mérito y oposición y se ha concedido los nombramientos a los profesionales de la salud que han cumplido con los requisitos. Que la accionante mantiene un contrato de servicios ocasionales en una partida especial la misma que para ser considerada dentro del concurso de méritos y oposición debe ser creada por cuanto no cuenta con el financiamiento, y en cuando esto sea autorizado se incluirá en el concurso respectivo, que en la actualidad, no existe negativa, ni aprobación respecto al expediente de la accionante. En el caso del IESS, se han programado 10 convocatorias para concursos de méritos y oposición se han superado 7 convocatorias en las cuales ya se han otorgado nombramientos definitivos de aquellos médicos y profesionales que han cumplido con los requisitos exigidos. Insiste que la médico general GINA RUIZ ABAD, tiene una partida especial razón por la cual tiene que contarse con el visto bueno del Ministerio de Finanzas y contar con la asignación presupuestaria respectiva para la creación de ese cargo, luego de lo cual se llamará a concurso de méritos y oposición, su expediente se encuentra en custodia en el área de concursos de méritos y oposición en la etapa de validación documental para la determinación del cumplimiento de las disposiciones legales. En mérito de lo expuesto, el IESS no ha vulnerado ninguno de los derechos invocados por la accionante, por el contrario ha dado estricto cumplimiento a las normas que guían el concurso, ha respetado la seguridad jurídica toda vez que los concursos se están realizando por etapas como lo determina el Art. 25 de la L.OAH y Art. 10 de su Reglamento. No se ha vulnerado el derecho al trabajo, la accionante se encuentra hasta la actualidad laborando en la institución con contrato ocasional, percibiendo una justa remuneración, no ha sido despedida, además se ha respetado el debido proceso y la igualdad al haber hecho partícipes a todos los profesionales y trabajadores de la salud según la normativa y los lineamientos para los concursos en base al Art. 25 de la L.OA.H y su reglamento. Que la presente acción debe ser rechazada con fundamento al Art. 42 de la LOGJCC, por encontrarnos en los presupuestos 1 y 5 esto es que no existe vulneración de derechos y luego por cuanto se pretende la declaración de un derecho, el nombramiento definitivo no es un derecho constitucional, sino está en la esfera laboral, el nombramiento definitivo está sujeto al cumplimiento de requisitos, por lo que solicita se declare sin lugar la acción de protección

presentada°. **3.3: INTERVENCIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO:** El Dr. Julio Cárdenas Ávila en representación de Fiscalía indica que en virtud de que la institución demandada tiene personería jurídica, solamente realizará la supervisión de la actuación procesal.

CUARTO: DETERMINACION NORMATIVA.- El artículo 86 de la Constitución de la República, establece que: *“Las garantías jurisdiccionales se regirán en general por las siguientes disposiciones:*

*1.- Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución. 2.- Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento: a) El procedimiento será sencillo rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias. b) Serán hábiles todos los días y horas. c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin solemnidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será necesario el patrocinio de un abogado para presentar la acción. d) Las notificaciones se efectuarán por los medios al alcance del Juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión. e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar, su ágil despacho. 3.- Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones positivas y negativas a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias en que deban cumplirse°. Por su parte la Ley de Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece: Art. 6: *“Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación. Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho. Salvo los casos en que esta ley dispone lo contrario, la acción de protección, el hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, el hábeas data, la acción por incumplimiento, la acción extraordinaria de protección y la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, se regulan de conformidad con este capítulo°.**

QUINTO: SOBRE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.- Respecto a la naturaleza de la Acción de Protección debe puntualizarse en primer término que, la palabra protección proviene del latín *“protegerē°*, que significa: cubrir, resguardar, defender, favorecer, patrocinar. El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Cabanellas la define como *“amparo, favorecimiento. Defensa. Favor que un poderoso o influyente dispensa a menesterosos o perseguidos procurándoles lo que necesitan, o librándolos de lo*

que los amenaza^o. El artículo 25 de la Convención Interamericana sobre derechos humanos sobre la Protección Judicial enuncia: ^aToda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes, para que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales^o. Se puntualiza que, la acción de tutela se instituyó exclusivamente para la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales de toda persona cuando ellos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares y no disponga el afectado de otro medio expedito de defensa judicial, acción que es eminentemente subsidiaria y sólo es viable si no existe para el ciudadano otro mecanismo expedito para solucionar la vulneración de sus derechos, o si, teniéndolo, persigue evitar un perjuicio irremediable (art. 86 C.R). Toda actuación o decisión judicial goza de presunción de legalidad y acierto, razón por la cual tales providencias no son cuestionables por la vía de la acción de tutela, excepto cuando se haya incurrido, por lo menos, en uno de los llamados por la Corte Constitucional *“criterios de procedibilidad”*; es por ello que, para que proceda la acción de garantías constitucionales en el ámbito de las decisiones de las autoridades públicas o administrativas, ha de evidenciarse que ellas se profieren con error evidente o falta grosera, sin que el afectado disponga de otro medio de defensa expedito para alcanzar el desagravio o que la protección sirva de mecanismo transitorio para evitar un perjuicio de carácter iusfundamental. No, en cambio sería procedente cuando la acción de protección se sustenta en el descuido del accionante en el desarrollo del proceso, el desconocimiento de la ley o preeminencia de sus criterios con descrédito de los de la contraparte o de los juzgadores, o cuando busque dilatar u obstruir la actuación o el cumplimiento de una decisión con el velado propósito de obtener recomendación o consejo del juez de tutela a fin de utilizarlo como fundamento de peticiones futuras en la actuación judicial; o cuando se pretende el reconocimiento o declaración del derecho litigado, pues la acción de tutela no tiene por finalidad activar términos para interponer recursos que por negligencia o deliberadamente no se interpusieron ni tampoco modificar la competencia de jueces o autoridades públicas o administrativas, desplazarlos del conocimiento de sus asuntos y mucho menos es una instancia para controvertir las decisiones adoptadas en los juicios de acuerdo a las competencias establecidas en la Ley y en la Constitución; en todo caso, para que el vicio constituya alguno de los criterios de procedibilidad debe ser ostensible, esto es, que pueda constatarse en ella. En consecuencia, debe ser evidente el carácter excepcional, subsidiario y residual de ese mecanismo de amparo constitucional, pues de no ser así, se desnaturalizaría la esencia y finalidad de la acción de tutela como mecanismo de protección especial y extraordinario de los derechos fundamentales de las personas, menoscabando la facultad preventiva de tutela que los jueces tenemos frente a la amenaza o vulneración de derechos primordiales. **SEXTO: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL.- 6.1.-** El artículo 86,

de la Constitución de la República establece que: ^a Las garantías jurisdiccionales se regirán en general por las siguientes disposiciones: 1.- Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la constitución. 2.- Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento: a).- El procedimiento será sencillo rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias. b).- Serán hábiles todos los días y horas. c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin solemnidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será necesario el patrocinio de un abogado para presentar la acción. d) Las notificaciones se efectuarán por los medios al alcance del Juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión. e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar, su ágil despacho. 3.- Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones positivas y negativas a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias en que deban cumplirse^o. Por su parte la Ley de Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece: Art. 6: ^a Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación. Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho. Salvo los casos en que esta ley dispone lo contrario, la acción de protección, el hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, el hábeas data, la acción por incumplimiento, la acción extraordinaria de protección y la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, se regulan de conformidad con este capítulo^o. **6.2.-** La Constitución manda que para el ingreso al servicio público, ascenso o promoción es necesario un concurso de merecimiento y oposición previo, requisito establecido en el artículo 228 como se señala a continuación: *"El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora"*. Es así que previo a otorgar un nombramiento para el ingreso de una persona al servicio público, esta debe someterse a un concurso de merecimiento y oposición; situación que no ocurre en la especie, generando un principio de inestabilidad en la institución; pues lo contrario sería atentar en contra del

derecho a la igualdad material y formal, consagrado en el artículo 66 numeral 4, para el resto de ciudadanos que decidieren participar en el concurso público que debe imperiosamente convocarse, así como el precepto contenido en el artículo 228 de la Constitución de la República. Es evidente que de conformidad con lo que dispone la Ley Orgánica de Servicio Público, en el Art. 58 que establece: ^aLa suscripción de contratos de servicios ocasionales será autorizada de forma excepcional por la autoridad nominadora, para satisfacer necesidades institucionales no permanentes, previo el informe motivado de la Unidad de Administración del Talento Humano, siempre que exista facultad a la administración pública contratar en forma ocasional^o, bajo esta normativa, el IESS, y bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, ha celebrado un contrato ocasional con la accionada, por lo que la relación jurídica y concretamente la legitimación en esta causa no es objeto de controversia, pues se reconoce que la legitimados activa: GINA MARÍA RUIZ ABAD, conforme la abundante documentación que obra desde fojas 2 a fojas 42, hasta la presente fecha, han trabajado en primera línea, en EL Centro Clínico Quirúrgico Ambulatorio Hospital del Día Azogues, desde que comenzó la pandemia por la COVID 19, en nuestro país, atendiendo a pacientes diagnosticados con el mortal virus, igualmente no está en duda el título profesional de la accionante, como médico. Bajo estas condiciones, en ejercicio del supremo principio de legalidad que informa a toda la administración pública, en el régimen de derecho y más aún en un Estado Social de Derechos y Justicia, como es la condición del Ecuador, conforme expresamente lo señala el Art. 1 de la Constitución, que para los empleos del servicio público la Ley Orgánica de la materia, contempla los nombramientos permanentes, en provisionalidad o en encargo; a prueba, de libre nombramiento y remoción; y a periodo fijo (Art. 17), de la siguiente manera: a) Permanentes: Aquellos que se expiden para llenar vacantes mediante el sistema de selección previstos en esta Ley; b) Provisionales, aquellos que se expiden para ocupar: b.1) El puesto de un servidor que ha sido suspendido en sus funciones o destituido, hasta que se produzca el fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo u otra instancia competente para este efecto; b.2) El puesto de una servidora o servidor que se hallare en goce de licencia sin remuneración. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada licencia; b.3) Para ocupar el puesto de la servidora o servidor que se encuentre en comisión de servicios sin remuneración o vacante. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada comisión; b.4) Quienes ocupen puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior; y, b.5) De prueba, otorgado a la servidora o servidor que ingresa a la administración pública o a quien fuere ascendido durante el periodo de prueba. El servidor o servidora pública se encuentra sujeto a evaluación durante un periodo de tres meses, superado el cual, o, en caso de no haberse practicado, se otorgará el nombramiento definitivo; si no superare la prueba respectiva, cesará en el puesto. De igual manera se otorgará nombramiento provisional a quienes fueron ascendidos, los mismos que serán evaluados dentro de un periodo máximo de seis meses, mediante

una evaluación técnica y objetiva de sus servicios y si se determinare luego de ésta que no califica para el desempeño del puesto se procederá al reintegro al puesto anterior con su remuneración anterior; c) De libre nombramiento y remoción; y, d) De período fijo. Los nombramientos provisionales señalados en los literales b.1) y b.2) podrán ser otorgados a favor de servidoras o servidores públicos de carrera que prestan servicios en la misma institución; o a favor de personas que no tengan la calidad de servidores públicos. El nombramiento en propiedad se da cuando el empleo se encuentra vacante definitivamente (desde el punto de vista de la Carrera) y la persona haya superado las etapas del proceso de selección; también se aplica en caso de traslado. Según las constancias fácticas incorporadas al proceso, la actora se encuentran laborando para dicha Institución, por lo que pide la aplicación del Art. 25 de la Ley de Régimen Humanitario, en relación con la disposición transitoria novena ibídem. **6.3.-** Como es de conocimiento público, la Organización Mundial de la Salud, declara como pandemia el Corona Virus, y como prevención, se dispone que los Estados, ejecuten una serie de medidas, situación que lleva al Ecuador, a emitir una serie de decretos, acuerdos y resoluciones, con el fin de contener o frenar la enfermedad, para luego expedir la ^aLey de Apoyo Humanitario^o, y, en relación con lo que en la especie nos ocupa, son las siguientes: Se emite el Acuerdo Ministerial Nro. 00126-2020, de 11 de marzo de 2020, emitido por el Ministerio de Salud Pública, que en su artículo 1 dispone: ^aDeclarar el Estado de Emergencia Sanitaria en todos los establecimientos del Sistema Nacional de Salud, en los servicios de laboratorio, unidades de epidemiología y control, ambulancias aéreas, servicios de médicos y paramédicos, hospitalización y consulta externa por la inminente posibilidad del efecto provocado por el coronavirus COVID-19, y prevenir un posible contagio masivo en la población.^o; el Acuerdo Ministerial Nro. 0076-2020, de 12 de marzo de 2020, pronunciado por el Ministerio de Trabajo, mediante el cual se establecen las directrices para la aplicación del teletrabajo emergente, durante la Declaratoria de Emergencia Sanitaria para las instituciones que conforman el sector público, así como para las del sector privado, y en el Art. 3 se lee: ^aDe la adopción del teletrabajo emergente.- A fin de garantizar la salud de los trabajadores y servidores públicos, durante la emergencia sanitaria declarada; será potestad de la máxima autoridad institucional del sector público y/o del empleador del sector privado adoptar la implementación de teletrabajo emergente.^o; el Decreto Ejecutivo Nro. 1017 del 16 de marzo de 2020, mediante el cual el señor Presidente Constitucional de la República del Ecuador, declaró Estado de Emergencia en todo el Territorio Nacional ante el brote del Corona virus (COVID-19), disponiendo en el artículo 6 literal a): ^aSe SUSPENDE la jornada presencial de trabajo comprendida entre el 17 y 24 de marzo de 2020, para todos los trabajadores y empleados del sector público y del sector privado. El Comité de Operaciones de Emergencias Nacional, una vez evaluada situación, podrá prorrogar los días de suspensión de la jornada presencial de trabajo. Para el efecto los servidores públicos y empleados en general que su actividad lo permita, se acogerán al teletrabajo en todo el territorio

nacional, conforme el Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-076, del 12 de marzo de 2020, para lo cual las máximas autoridades institucionales organizarán las correspondientes acciones con el fin de implementar la modalidad señalada en el presente artículo. b) Durante el lapso de la suspensión de la jornada presencial de trabajo se deberá garantizar la provisión de los servicios públicos básicos, de salud, seguridad, bomberos, riesgos, aeropuertos, terminales aéreos, terrestres, marítimos, fluviales, bancarios, provisión de víveres, sectores estratégicos y otros servicios necesarios, en especial, los que ayuden a combatir la propagación del COVID-19. Para el efecto, estos servicios podrán mantener la jornada laboral presencial.^o; pero, en la especie, lo que se solicita en este caso específico es que el Ministerio de Salud Pública, cumpla con el Art. 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario que establece: ^aEstabilidad de trabajadores de la salud.- Como excepción, y por esta ocasión, los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19) con un contrato ocasional o nombramiento provisional en cualquier cargo en algún centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud (RIPS) y sus respectivas redes complementarias, previo el concurso de méritos y oposición, se los declarará ganadores del respectivo concurso público, y en consecuencia se procederá con el otorgamiento inmediato de nombramiento definitivo^o ± lo resaltado pertenece a la Sala- ; pero no obstante de aquello, conforme se desprende de los autos es evidente que el IESS, a través del Centro Clínico Quirúrgico Ambulatorio Hospital del Día Azogues, han incumplido con lo que determina la disposición transitoria novena ibídem que se lee: ^aLos concursos públicos de méritos y oposición para otorgar los nombramientos definitivos a los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19) en cualquier centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud (RIPS), se los realizará en el plazo máximo de seis meses a partir de la entrada en vigencia de esta Ley. Los méritos tendrán un puntaje de 50% que se asignarán con el título debidamente registrado en la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología, e Innovación para los perfiles que se apliquen. En el caso de los trabajadores de la salud el puntaje se basará en los requisitos previos a su contratación. La oposición tendrá un puntaje de 50% que será asignado con la presentación notariada del contrato ocasional o nombramiento provisional vigente en la Red Integral Pública de Salud (RIPS). Los nombramientos definitivos se entregarán de manera inmediata^o. **6.4.-** Para la Sala resulta evidente que, de conformidad con las normas citadas, formalmente sí se estructuraron los requisitos indispensables para que se cumpla con la Ley invocada, a favor de la accionante, lo que tampoco ha sido un tema de debate, respecto de que la legitimada activa, prestan sus servicios en forma ininterrumpida al interior del Centro Clínico Quirúrgico Ambulatorio Hospital del Día Azogues, pues este tema no se ha desvanecido, en el sentido de que la indicada profesional, se encontraban en primera línea; pues incluso los legitimados pasivos, han argumentado, que se está cumpliendo con disposiciones del Ministerio de Salud, y que el proceso se está llevando a cabo; por lo que no son

acertados los argumentos que se han planteado en la contestación a esta acción en la que igualmente afirman que esta acción no es procedente, porque la demandante debería acudir a la vía jurisdiccional ordinaria si se encontraran en suma inconformes con el proceso que se está siguiendo, argumentos que son contrarios a los presupuestos fácticos de la acción que nos ocupa; particular que ha sido examinado por el Juez A quo, al igual que las disposiciones legales de carácter laboral, emitidas a nivel Nacional, por las instituciones, en su único afán de precautelar la salud, la vida y evitar precisamente que se colapse el sistema de salud de este país, pues sería muy subjetivo pensar que obligue a la persona compelida a actuar de una determinada forma, concretamente desarrollar sus funciones al interior del Centro de Salud, y que no pueda contagiarse. Sobre este punto, tenemos que reiterar que: por un lado, es suficiente la justificación de orden legal, de aceptar las disposiciones administrativas en el cumplimiento de su trabajo, cumpliendo con lo establece la LOSEP y su Reglamento, y sobre todo la emergencia que vive el estado ecuatoriano. Además, se debe tener presente que la legitimad activa, sin duda alguna ocupa cargo de médico general, por lo que cuentan con los suficientes conocimientos y la experiencia necesaria, la que se puso al servicio del IESS, para atender a la colectividad durante esta dura pandemia mortal; entonces no podemos dar paso a tan escuetas e infundadas alegaciones de la parte accionada que le restan validez a su sustento y su actuar. Ahora bien, de las pruebas documentales aportadas al expediente, se concluye que existe evidencia clara que permite afirmar que la actora cumplió con sus funciones, al interior de la casa de salud del IESS, por lo tanto existe incumplimiento de las instituciones demandadas, a lo que en forma expresa establece la Ley de Apoyo Humanitario. Bajo esta perspectiva, el principio de legalidad constitucional y doctrinariamente va ligado a la seguridad jurídica consagrada, en el artículo 82 de la Constitución que señala: ^aEl 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^o. Sobre este tema, la Corte Constitucional para el periodo de transición en sentencia N° 021-10-SEP-CC de 11 de mayo del 2010, ha determinado: ^aEs la necesidad de certeza y seguridad jurídica uno de los principios que alimentan el núcleo duro del deber ser de las formalidades y solemnidades que caracterizan a los procesos en derecho, sin embargo, la seguridad jurídica no se agota en las meras formas, pues en muchos casos dichas formalidades y solemnidades podrían ser el mecanismo de perpetuación de una injusticia o un sinrazón jurídico. Esta Corte estima que la seguridad jurídica es uno de los resultados de la certeza que otorga el cumplimiento de la normatividad jurídica en el tiempo y a lo largo del proceso, siempre y cuando dichas normas sean justas y provoquen desenlaces justos, y cuya inobservancia sea la razón y esencia misma de una sentencia, pues lo contrario configuraría una situación jurídica injusta, irrita o fraudulenta^o ; y en sentencia N° 017-10-SEP-CC de 11 de mayo de 2011 ha señalado: ^aLa Constitución de la República garantiza la seguridad jurídica, la que debe entenderse como la certeza de todo ciudadano de que los

hechos se desarrollarán de una determinada manera en virtud del mandato de las leyes que rigen un país. Entre las diferentes concepciones sobre la seguridad jurídica, rescatamos aquellas que tienen relación a la expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible. En consecuencia, recae en el Estado la obligación de establecer seguridad jurídica al ejercer su poder de imperio, es decir, produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que previsiblemente lo será en el futuro. La seguridad jurídica establece ese clima cívico de confianza en el ordenamiento jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad que este presupuesto y función del Estado de Derecho supone al conocimiento de las normas vigentes. La Seguridad Jurídica debe ser garantizada y así lo establece la Carta Nacional del Estado°. En definitiva la seguridad jurídica constituye la certeza y confianza de la sociedad, de que en un Estado Constitucional de Derechos imperan los principios, derechos, y garantías constitucionales, así como las disposiciones jurídicas vigentes, cuya aplicación debe realizarse de manera objetiva; igualmente implica el principio de que ante hechos iguales sometidos a decisión de los órganos jurisdiccionales, las resoluciones van a ser siempre las mismas, impidiendo que las autoridades administrativas o judiciales realicen interpretaciones arbitrarias o al margen de la ley, que den lugar a una afectación de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico vigente. Por su parte la Constitución de la República del Ecuador establece en el artículo 76, las garantías básicas que se deben cumplir en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones, a fin de asegurar el derecho al debido proceso, el cual constituye una serie de circunstancias que imperativamente deben cumplirse en el desarrollo de los distintos procesos judiciales o administrativos en los cuales se decidan derechos, a fin de proteger y garantizar la defensa e igualdad de derechos de las partes intervinientes, que están siendo objeto de una resolución judicial, o se ven afectadas por esta. Así, el debido proceso lo que busca es la observancia plena y el respeto a todos los principios generales y normas esencialmente constitucionales y procesales vigentes, en aras de conseguir la efectiva vigencia del derecho sustantivo; es una institución jurídica cuyo objetivo radica en una recta administración de justicia y la protección a las ciudadanas y ciudadanos frente a la inseguridad jurídica que pueda presentarse; en este sentido, la ley viene a regular los deberes y derechos de las personas, así como el procedimiento para ejercitarlos. **6.5.-** El Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales- ^a Protocolo de San Salvador^o, en su Art. 7, literal d) establece: ^a Art. 7.- 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. d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo a las características de las industrias y profesiones y con las causas justas de separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo

o cualesquiera otra prestación prevista en la legislación nacional°. De lo expuesto se colige que el IESS, ha vulnerado las disposiciones consagradas en los Arts. 11 numeral 3 y 426 de la Constitución de la República, que establecen que los derechos reconocidos en tratados internacionales sobre derechos humanos son de directa e inmediata aplicación. Siendo el trabajo un derecho y un deber social de conformidad con lo establecido en el Art. 33 de la Constitución de la República, el Estado debe garantizar a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad. Bajo este principio, no se explica la razón por la cual, la entidad demandada, le priva del derecho a la actora de tener la posibilidad de un trabajo estable, que goza de protección estatal y le coloca en una condición de inestabilidad, vulnerando así el principio reconocido en el Art. 326 numeral 1 de la Carta Magna que establece: ^a 326.-El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios (¼) 1.-El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo°. Ello en concordancia con lo establecido en el Art. 23 numeral 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece: ^a 1.-Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo°. La parte actora, como reiteradamente viene señalando el Tribunal, accedió a prestar sus servicios en el IESS, bajo la modalidad que ha sido examinada ut supra por el Tribunal; como tampoco ha justificado la parte accionada, que dicha funcionaria, no realizó o no tuvo contacto con personas con COVID, pues incluso obra a fojas dos y tres sendos reconocimientos por su labor durante emergencia sanitaria ocasionada por COVID 19, emitidos no solo por la propia entidad accionada, sino por el Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia del Cañar, sin que exista entonces, motivo legal alguno para que se le violente el derecho a la estabilidad de trabajo y no se cumpla con lo que establece la Ley de Apoyo Humanitario. Además la Carta Magna en el Art. 276.2 dispone que uno de los objetivos del régimen de desarrollo del Estado es generar un trabajo digno y estable; no obstante la institución demandada hace valoraciones que contravienen la legislación ecuatoriana, situación que llama profundamente la atención; aspecto que genera indudablemente una vulneración de su derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación contemplado en el Art. 11 numeral 2 de la Constitución de la República; por otra parte conocido es que ninguna norma de ordenamiento jurídico legal puede contravenir o intervenir un derecho fundamental, menos, una estipulación contractual o administrativa, como así lo consagran los principios de aplicación y sustantivos establecidos en los Arts. 11 y 326 numeral 2 de la Carta Fundamental del Estado, como mandatos de optimización de los derechos, que declaran que los derechos laborales son irrenunciables e intangibles, siendo nula toda estipulación en contrario, inexistente carente de eficacia jurídica conforme manda el inciso primero del Art. 424 del texto constitucional que prohíbe cualquier forma de restricción, menoscabo o renuncia de los derechos, procurando restablecer con el derecho la proporcionalidad de las fuerzas y de los poderes de decisión y el exceso de poder, siendo toda acción contraria a estos principios un abuso del

derecho, con falsas percepciones de legalidad; intentando desnaturalizar la relación laboral, menoscabando los derechos y la dignidad misma de la persona; constituyéndose la acción denunciada en ilegal, ilegítima, en un abuso del derecho. Consecuentemente, como era su obligación, la entidad no ha justificado la naturaleza de su actuación en relación directa con los presupuestos fácticos de esta acción, al no cumplirse con lo que establece la Ley de Apoyo Humanitario, que está vigente, violentando derechos básicos, como son: el derecho al trabajo, al debido proceso y a la seguridad jurídica, constantes en los 35, 76 y 82 de la Constitución, en su orden; y el numeral 7, literal 1) del artículo 76, de la misma norma suprema, que consagra que las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas, todos ellos de la Constitución Política. **6.6.-** Con respecto a los derechos fundamentales vulnerados por la acción que se impugna, toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Luego, pretender que la acción de protección como mecanismo de orden constitucional y; principalmente, fundamental, sea residual, es desconocer con toda ligereza el contexto constitucional, pues corresponde, como garantía normativa del legislador, de acuerdo al Art. 84 de la Carta Magna, adecuar el ordenamiento jurídico al respeto inexorable a la Constitución, a la esencia de los derechos en un Estado constitucional de derechos y justicia; lleva consigo retratar en inconsistencias la supremacía constitucional, los principios de no regresividad de los derechos, recogidos en los Arts. 11 numerales 3, 4, 5, 6 y 424, 426 y 427 de la Carta fundamental, en virtud de los cuales, todas las autoridades y particulares están sometidos a la Constitución, luego ninguna ley puede restringir el alcance de los derechos, indistintamente de que esta sea orgánica, general, etc. Pues siempre en materia de aplicación e interpretación de los derechos, partiendo de sus mandatos de optimización y como normas téticas, esta se hará en el sentido más favorable a la persona, el llamado principio pro-homine o pro-persona; por lo que, toda acción u omisión del Estado que atente contra un derecho fundamental constituye un atentado a su integridad y al régimen de desarrollo como instrumento para la consecución y realización del buen vivir, sumak kawsay y la procura existencial, obligando a la funcionalización de todos los poderes a cumplir con su deber general de brindar una garantía efectiva del ejercicio de los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza, para un crecimiento sostenible y dinámico. Que, de conformidad con el número 5 del artículo 3 de la Constitución de la República del Ecuador, es deber primordial del Estado, planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir; que en concordancia con lo dispuesto en el número 1 del artículo 85 de la Constitución de la República del Ecuador, las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se

formularán a partir del principio de solidaridad. **SÉPTIMO: DECISIÓN.-** Por lo expuesto, el Tribunal de la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, por mandato de la Constitución, ^a ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA°, rechaza el recurso de apelación interpuesto por los accionados, y confirma la sentencia subida en grado, con la motivación que antecede. Remítase copia de este fallo a la Corte Constitucional para fines de Ley. HAGASE SABER.-

MOGROVEJO ABAD ANDRES ESTEBAN

JUEZ (PONENTE)

CABRERA ESQUIVEL MANUEL ENRIQUE

JUEZ

ZAMORA ASTUDILLO VICTOR ENRIQUE

JUEZ