



Juicio No. 01333-2023-06451

UNIDAD JUDICIAL CIVIL CUENCA. Cuenca, jueves 27 de julio del 2023, a las 12h23.

JUEZA: DRA. MONICA SACOTO COELLO

01333-2023-06451

S.N. 118.2023

Cuenca, 27 de julio de 2023; las 12h23.-

VISTOS: A.- **IDENTIFICACION DE LAS PARTES:** Comparece María Pierina León Astudillo demandando en la vía constitucional al Hospital de Especialidades José Carrasco Arteaga del Instituto Ecuatoriano de Seguridad social en la persona del economista Cristian Andrés González Franco como Gerente Negral y al Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del Azuay en la persona del abogado Franklin Rojas Torres como Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

B.- **ANTECEDENTE:** La actora fue declarada ganadora de un concurso de méritos y oposición para Médico Especialista en Reumatología y del Hospital de Especialidades José Carrasco Arteaga y se le expidió la acción de personal DNGTH-2017-8533 de fecha 22 de agosto de 2017, en la cual se le otorgó nombramiento provisional a prueba.

Que se realizó la evaluación de su periodo de prueba en noviembre de 2017, se le calificó con Regular, desempeño bajo y se le expidió la acción de personal DNGTH-2017-11856, de fecha 30 de noviembre de 2017 mediante la cual se terminó su nombramiento provisional.

Que acudió al Tribunal Contencioso Administrativo y la Sala de la Corte Nacional el 29 de octubre de 2020 desechó la casación y conformó la sentencia del proceso 01803-2018-00034.

Que el Tribunal el 18 de junio de 2021 ordenó que: el IESS debe cumplir con la Ley, que el Tribunal resolvió la nulidad de lo actuado hasta la evaluación previa a dicho nombramiento.

Que ha solicitado que se regularice su situación laboral, y que se le otorgó nombramiento provisional a prueba por haber sido declarada ganadora de concurso, pero a pesar que ha transcurrido más de tres meses de prueba la administración todavía no le ha evaluado ni expedido el nombramiento permanente.

Que realizó el 26 de enero de 2023, una petición y mediante memorando se le informó copiando parte del auto del Tribunal Contencioso Administrativo.

Que se insistió en que se atienda su petición, pues su pedido nada tiene que ver con lo

ordenado en sentencia, sino que pide que se le evalúe y expida su nombramiento permanente.

Como respuesta se le indicó que el requerimiento fue remitido a la Autoridad Nacional a fin de solicitar el respectivo criterio y directrices al respecto, indicando que una “vez remita pronunciamiento de Nivel Central se pondrá en su conocimiento tal resolución”.

Que el proceso de méritos y oposición ya concluyó, lo que corresponde es la evaluación y emisión del nombramiento permanente, que ya no tiene una mera expectativa sino una situación jurídica consolidada.

C.-DERECHOS CONSTITUCIONALES PRESUMIBLEMENTE VULNERADOS: La parte legitimada activa considera vulnerados: derecho a la seguridad jurídica, derecho al trabajo y a la igualdad y no discriminación.

D.- - ACTO U OMISIÓN DE AUTORIDAD PÚBLICA. - Que la entidad demandada ha omitido realizar la evaluación y extender el nombramiento definitivo.

E.- ARGUMENTOS DE LA PARTE ACCIONANTE:

Que la demandada ya no tiene una mera expectativa sino una situación jurídica consolidada.

Que sus derechos son adquiridos al tenor del artículo 11 de la Constitución de la República

Que se ha violentado el derecho a la seguridad jurídica consagrado por el artículo 82 de la Constitución de la República.

Que la entidad demanda ha violentado su derecho a la igualdad formal, material y no discriminación consagrados por los artículos 11.2 y 66.4 de la Carta Magna toda vez que en año 2017 se llevó a cabo el concurso de méritos y oposición para aproximadamente 31 especialistas sin embargo a todos ellos ya se les realizó la evaluación y posterior se les entregó sus nombramientos definitivos siendo la compareciente la única médica que pese a ser declarada ganadora del concurso de méritos y oposición que no se entrega su nombramiento

Que la vulneración a la seguridad jurídica y a la igualdad formal y material ha provocado la vulneración de su derecho al trabajo en la esfera de la estabilidad laboral, pues ha sido declarada ganadora del concurso de méritos y oposición sin embargo hasta la fecha continúa con nombramiento provisional a prueba.

F.- DECLARA: que no ha planteado otra garantía constitucional por los mismos actos u hechos contra la misma institución, con la misma pretensión.

G.- PRETENSION: Declarar la vulneración de derechos constitucionales a la igualdad y no discriminación, seguridad jurídica y trabajo, se ordene el otorgamiento de su nombramiento permanente previo a su evaluación tomando en consideración, que va más de dos años con nombramiento provisional a prueba y que la entidad accionada se abstenga de ejecutar

acciones y o represalias por haber presentado esta demanda.

H.- AUDIENCIA PÚBLICA Y CONTESTACION A LA DEMANDA: Las intervenciones deben constar del acta levantada por secretaría y el CD de grabación, en síntesis: La parte actora: Que la actora ganó un concurso, se emitió una acción de personal en agosto de 2017 y se le emitió un nombramiento provisional a prueba, se evalúa y se concluye que el desempeño es regular y se termina el nombramiento, la actora ante el Contencioso Administrativo discute i la nota fue o no calificado de manera objetiva y el Tribunal declara sin efecto las calificaciones y retrotrae el proceso, y se le genera un nuevo nombramiento provisional a prueba, el Tribunal dice que se declara sin lugar las calificaciones y el proceso de nombramiento definitivo corresponde al Tribunal, la actora solicita dar trámite y se genera un nombramiento provisional a prueba, esto debe durar 3 meses. La actora qué hace pide al señor Gerente que se le otorgue el nombramiento definitivo porque ya pasó más de 3 meses. La administración pública da una respuesta incongruente. Se vuelve a pedir a la administración pública, que el nombramiento provisional no puede continuar vigente y tiene que regularizar. El IESS contesta el 6 de abril de 2023 y dice que la se ha puesto en conocimiento de Nivel Central y que se pondrá oportunamente en conocimiento la resolución. Diferencia entre derechos adquiridos y meras expectativas: 184-14-ep-cc, la actora fue declarada ganadora de concurso.- Derechos vulnerados, seguridad jurídica, el art. 17.b.5 del Reglamento a la LOSEP, el nombramiento de prueba, “superado el cual o en caso de no haberse practicado, se otorgará el nombramiento definitivo”, en el caso ha pasado mas de 3 meses. Hace análisis de la confiabilidad, certeza y ausencia de arbitrariedad. Por la LOSEP, se le dio un nombramiento a prueba, la certeza nos dice a los administrados que la norma no sea alterada por la administración, y esto se enlaza con la no arbitrariedad, que se evite el actuar arbitrario de la administración. En el IESS, se llevaron como 31 concursos y a todos los demás médicos ya se les evaluó y entregó nombramiento en el caso concreto no se ha realizado, esto violenta el derecho a la igualdad y no discriminación, el parte de comparabilidad es que a los demás ya se les dio el nombramiento, en el caso el resultado es regresivo al derecho. Una tercera vulneración es el Derecho al Trabajo, EN LA ESFERA a la estabilidad laboral, porque la actora concursó, ganó el concurso y hasta la fecha no se regulariza la situación laboral. El art. 33 y 228 de la CR.- Art. 11.4 también de la CR.- Motivación también ha sido vulnerado, no se ha dado una respuesta.- Pide el nombramiento

CONTESTACION A LA DEMANDA: El art. 39 de la LOGJCC el objeto de la acción es el amparo de Derechos Constitucionales, la parte demandada no ha vulnerado derechos constitucionales, ya que se ha cumplido con lo que sentencio el Tribunal Contencioso Administrativo. Hace síntesis de la relación laboral de la actora, y demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo, en cumplimiento de lo resuelto por el tribunal el 8 de marzo de 2021 emite acción de personal.- El Tribunal contencioso administrativo, en mayo de 2021, afirma la entidad demandada que se cumplió con lo ordenado y otorgarle un nombramiento provisional y no definitivo, por eso acepta parcialmente la demanda.- El art. 99 del COGEP, habla de autoridad de cosa juzgada, y el art. 101. El art. 170 del Código de finanzas públicas,

se dará cumplimiento.- LOSEP 17 se otorgó un nombramiento provisional en cumplimiento con la resolución del Contencioso Administrativo.- Se declaró la nulidad de la Acción de Personal y las cosas volvieron a su estado anterior y se le otorgó un nombramiento provisional.- Art. 40 de la LOGJCC en el numeral 1.- Que en 2021 se emite un informe técnico y se emite la autorización para que el nombramiento provisional.- En el proceso contencioso administrativa se aceptó parcialmente la demanda y la servidora pide que se otorgue el nombramiento definitivo, revisado el proceso contencioso el 27 de mayo de 2021 el Tribunal ordena un nombramiento provisional. No hay vulneración de derechos.082-14CEP-CC LA Corte Constitucional resuelve que no se debe resolver en vía constitucional.

I.- CONSIDERACIONES Y MOTIVACIÓN: 1.- COMPETENCIA: Esta Juzgadora es competente para conocer y resolver la acción propuesta en vista de lo dispuesto en el numeral 2 del Art. 86 de la Constitución de la República y Arts. 7 y 167 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al Jueza de instancia.

2.- VALIDEZ: El proceso es válido, no se ha omitido solemnidad substancial alguna que lo afecte o influya en su decisión. El derecho de defensa como derecho fundamental está reconocido por la Constitución de la República, en adelante CR, (art. 76) por tanto es un derecho de rango constitucional, y de rango legal también cuando es desarrollado por las leyes secundarias, especialmente se desarrolla en las normas adjetivas, que indican cómo y cuándo ser oído por el órgano judicial y a su vez defenderse ante la contraparte.

3.- LEGITIMACION: Legitimación activa, las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, podrán ser ejercidas: a) por cualquier persona, comunicad, pueblo, nacionalidad o colectivo vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales quien actuará por si misma o través del representante o apoderado; por lo tanto, la accionante cuenta con legitimación activa.

3.1.- En cuanto a la legitimación pasiva, legitimado pasivo en una acción de protección pueden ser las autoridades públicas no judiciales y las personas naturales o jurídicas del sector privado que hubieren violado o amenazado violar los derechos reconocidos por la Constitución, por acción u omisión, en el primer caso la legitimación pasiva se la establece así: cuando la violación o la amenaza provenga de una autoridad pública no judicial, la acción debe ser dirigida contra dicha autoridad; cuando se propagan la acción con ocasión de una política pública, nacional o local, debe endilgársela contra el responsable de tal política, y, si se demanda al prestador de un servicio público el legitimado pasivo es quien presta el servicio. La legitimación pasiva se encuentra configurada.

4.- DE LA ACCION DE PROTECCION: La Constitución de la República consagra una serie de garantías a fin de proteger los derechos fundamentales, bajo el más completo y amplio sistema de protección a través de garantías normativas, institucionales y jurisdiccionales, cada garantía posee un ámbito de aplicación o supuesto de hecho perfectamente definido, que establece la vía adecuada para la protección y tutela efectiva de los derechos. Las garantías

son mecanismos destinados a hacer efectivos en condiciones de optimización los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República. En cuanto a las garantías jurisdiccionales, (artículo 86 y siguientes de la Carta Magna).

5.- El Art. 88 de la Constitución de la República establece que la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

6.- El Art. 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone que la acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y Tratados Internacionales sobre derechos humanos que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena; el Art. 40 de la ley en mención establece que la acción de protección podrá presentarse cuando concurren los siguientes requisitos: 1.- Violación de un derecho constitucional; 2.- Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3.- Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado; en tanto que, el Art. 42 del cuerpo legal último citado, establece como casos de improcedencia de la acción de protección: 1.- Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales. 2.- Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación. 3.- Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos. 4.- Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz. 5.- Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho. 6.- Cuando se trate de providencias judiciales. 7.- Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

7.- La parte legitimada activa considera vulnerado sus derechos a: Al trabajo y la seguridad jurídica

8. PROBLEMA: La interrogante que se plantea: ¿la omisión acusada de no haber evaluado previo al otorgamiento de nombramiento definitivo luego de la sentencia contencioso administrativa, vulnera los derechos constitucionales de la parte actora?

9.- PRUEBA: de la parte actora: Memorando 2021-0330-M DE 7 DE JULIO DE 2021, se adjunta un oficio con la petición de nombramiento definitivo SI PRODUCE suscribe la

accionante y pide se de tramite el oficio en el que consta la actuación y el fundamento jurídico de periodo de prueba.- Acción de personal de fecha 8 de marzo de 2021 y rige de 9 de marzo de 2021. SE VALORADO fs. 3 que rige desde el 9 de marzo de 2021.- Memorando 2023-0340-M de 10 de febrero de 2023 fs.4 dirigido a la actora suscrito por el Coordinador General de Talento Humano, con asunto solita el otorgamiento de nombramiento definitivo y se transcribe la sentencia que nada tiene que ver y concluye que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por la autoridad judicial.- Memorando 2023-0825-M de fecha 6 de abril de 2023, fs. 5 AMITE con asunto otorgamiento de la Dra. María León, proceso 01803-2018-0034, suscrito por el Coordinador de Talento Humano, que la coordinación se permite poner en su conocimiento que dicho requerimiento fue remitido a la Autoridad Nacional a fin de solicitar el criterio y directrices. Que se tenga en cuenta que se aceptado que fue declarada ganadora de concurso.- Que se emita los 31 nombramientos definidos no se admite al resolver .- Memorando de 20 de octubre de 2021 FIRMADO por la coordinadora general jurídica, recién se tiene acceso.-

PRUEBA DE LA PARTE DEMANDADA: Memorando 1831-M de 17 de julio de 2023 que informa la situación actual y todos los sucesos del caso que nos ocupa respuesta proceso constitucional 01333-2023-06451, informa que la actora ingresa a laborar en 2013, que se plantea un proceso contencioso admirativo. Informe técnico de 2021-009 para emitir el nombramiento provisional, se da cumplimiento a la restitución al puesto, cita la base legal, Informe técnico de evaluación es de 20 de noviembre de 2017.- Acción de personal da por terminado el nombramiento provisional que rige de 30 de noviembre de 2017.- Memorado 20 de nombre de 2017 evaluación de desempeño de los ganadores y se adjunta el formulario de la hoy accionante de 20 de noviembre de 2017.- Acción de personal de nombramiento provisional a prueba .- Memorando de cumplimiento de sentencia . Formulario de evaluación de desempeño y su resultado y el aval de 15 de noviembre de 2017 no se considera útil.- Acciones de personal tanto de terminación y restitución por sentencia produce. Informe de nombramiento de la actora, por la magister Emma Mora, memorando 2021-01920-M DE 20 de octubre de 2021 de 20 de octubre de 2021, han transcurrido 6 meses de la emisión, Informes de Talento humano 8 de marzo de 2021.- Respuesta que se ha dado a la Dra. León Astudillo

ANALISIS: Como los derechos son interdependientes y a fin de poder analizar todo lo alegado por la actora, haré referencia a la motivación y en segundo lugar a la seguridad jurídica.

10.- En audiencia se ha afirmado que a la respuesta dada por la entidad demandada al requerimiento de la parte actora, respuesta obrante en memorando, carece de motivación. La Corte Constitucional ha hecho el siguiente análisis: “La motivación de un acto de autoridad pública es la expresión, oral o escrita, del razonamiento con el que la autoridad busca justificar dicho acto. La motivación puede alcanzar diversos grados de calidad, puede ser mejor o peor. Sin embargo, como también ha señalado esta Corte, “los órganos del poder público” tienen el deber de “desarrollar la mejor argumentación posible en apoyo de sus decisiones”. De ahí que

todo acto del poder público debe contar con una motivación correcta, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos. 24. Sin embargo, la garantía de la motivación –por sí sola– no asegura a las personas que las decisiones de las autoridades públicas cuenten con una motivación correcta conforme al Derecho y conforme a los hechos, sino que tengan una motivación suficiente: suficiente para que el derecho al debido proceso y, en particular, el derecho a la defensa puedan ser efectivamente ejercidos con miras a enmendar las incorrecciones en que incurrieren los actos del poder público

10.1.- La respuesta a la que hace referencia la parte actora contiene los requisitos para ser la respuesta a un memorando que el Coordinador de Talento Humano da al pedido y en otra comunicación que se ha pedido respuesta a Nivel Central.

10.2.- Estos memorandos para lo que comunican están motivados, lo contrario significaría declarar la nulidad y en la causa no se encuentra falta de motivación

11.- SEGURIDAD JURIDICA, se halla reconocido en el artículo 82 de la Constitución de la República, del siguiente modo: "Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes".

12.- Sostiene la parte accionante que Derechos vulnerados, seguridad jurídica, el art. 17.b.5 del Reglamento a la LOSEP, el nombramiento de prueba, “superado el cual o en caso de no haberse practicado, se otorgará el nombramiento definitivo”, en el caso ha pasado más de 3 meses. Hace análisis de la confiabilidad, certeza y ausencia de arbitrariedad. Por la LOSEP, se le dio un nombramiento a prueba, la certeza nos dice a los administrados que la norma no sea alterada por la administración, y esto se enlaza con la no arbitrariedad, que se evite el actuar arbitrario de la administración.

13.-Por principio de interdependencia de los derechos, se debe indispensablemente analizar los otros derechos vulnerados para poder concluir si se ha vulnerado el derecho a la seguridad jurídica, pues no toda inaplicación, per se (por sí mismo), de forma automática, afecta la seguridad jurídica, se requiere que la inobservancia del ordenamiento jurídico acarree la afección de un precepto constitucional.

14.- DERECHO A LA IGUALDAD: Partimos de precisar la definición de discriminación, esto es, en cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad, considerada en la doctrina constitucional como la segregación que atenta contra la igualdad de oportunidades, que, generalmente se usa el término discriminación para referirse a la vulneración de la igualdad de derechos, la discriminación, considera la doctrina que ha sido una de las principales fuentes de vulneración de los derechos de las personas.

15.- El constituyente a lo largo no solo del artículo 11 sino de todo el texto constitucional, ha señalado ciertos principios que rigen el ejercicio de los derechos fundamentales, sin que se deba confundir los principios con los derechos.

16.- Este principio nos pone a saber que las situaciones desiguales deben ser tratadas desigualmente, pues lo contrario sería inconstitucional.

17.- La Constitución se compone también tiene principios y los principios cómo se ha dicho en la teoría general del derecho, son mandatos de optimización, ahora bien, estos mandatos de optimización no siempre tienen un supuesto de hecho muy claro, lo que siguen estos principios como mandatos de optimización es que algo se maximice en la mayor medida posible, esto es, por ejemplo el caso del principio de igualdad, en la doctrina constitucional mexicana encontramos un ejemplo, del principio igualdad: el legislador no puede hacer distinciones, pero lo hace en todo momento el legislador es distinguir personas, objetos de figuras jurídicas, y por tanto el principio de igualdad lo que ordena es que se maximice los valores de la igualdad en la mayor medida posible de acuerdo a los casos concretos y las posibilidades jurídicas, importante tener en cuenta estos conceptos, pues la parte legitimada activa considera vulnerado sus derecho a la igualdad y un principio constitucional.

18.- Los principios como no tienen un supuesto de hecho claro requieren una metodología de aplicación.

19.- El artículo 11 de la Constitución de la República, citado ya, nos sirve de base para el análisis la igualdad y no discriminación y de lo que puede considerarse como categoría sospechosa, ya que nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad de cultura, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual como estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física, ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los Derechos. La norma constitucional en este inciso concluye ordenando que la ley sancionará toda forma de discriminación.

20.- Existe además casos en los cuales no se trata una de una categoría sospechosa.

21.- La Corte ha establecido distintos estándares de escrutinio como también se llama a estas metodologías de implementación y estos principios pueden resolverse en los casos concretos a través de la aplicación de un test que la Corte Constitucional ha construido.

22.- Se debe, en la causa resolver si se ha afectado el derecho a la igualdad de la actora y si se la ha discriminado por tanto se afectó o no su derecho al trabajo y el derecho a la seguridad jurídica.

23.- En cuanto a la igualdad tenemos que ubicarnos en el escenario que nos coloca la parte

legitimada activa: la señora actora y otras personas más concursaron para algunos puestos, de todos Ellos, hubo ganadores de concurso, a los ganadores se les extendió nombramientos provisionales a prueba, incluyendo a la ahora actora y fueron evaluados, y se les extendió ya su nombramiento definitivo, a la accionante, se le evaluó, evaluación que fue nulitada y a decir de la actora a Ella no se le evalúa aún ni se le confiere nombramiento definitivo.

24.- El deber es realizar, un análisis exhaustivo a fin de poder concluir.

25.- Hechos probados, a la actora, junto con los otros ganadores de concurso se les realizó una evaluación que se le calificó con regular a la accionante, lo que trajo como consecuencia la terminación de la relación laboral. Ante esto ha demandado en la vía ordinaria y el Tribunal Contencioso administrativo nulitó aquel acto administrativo acción de personal de fecha 30 de noviembre de 2017 número DNGTH-2017-011586, mediante la cual se resolvía dar por terminado el nombramiento provisional de la ahora actora por no haber superado el periodo de prueba, volviendo las cosas al estado anterior, en tal motivo se le extendió otra vez un nombramiento provisional, con fecha 8 de marzo de 2021 acción número SDNTH-IESS-2021-009-NP que resuelve que a partir del 9 de marzo de 2021 se restituye a la actora bajo nombramiento provisional al puesto de médico en cumplimiento a la sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo.

26.- Otros hechos probados, son: que la accionante ha pedido en reiteradas ocasiones la emisión del nombramiento definitivo y que, ante las peticiones, la entidad demandada hace alusión a la sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo y en audiencia considera la parte accionada que ya cumplió con la orden judicial, que se le extendió nombramiento provisional otra vez, como ordena la sentencia y que el Tribunal Contencioso no ha ordenado se extienda nombramiento definitivo.

27.- Hecho probado y no discutido es que, a la actora, luego de reintegrarle a su puesto de trabajo en cumplimiento a lo ordenado en sentencia, se le confirió nombramiento provisional, no ha sido sometida a nueva evaluación ni se le ha extendido ningún otro tipo de nombramiento.

28.- Otros hechos probados son las evaluaciones a las que se sometió a los ganadores del Concurso de Médicos Especialistas en el mes de noviembre del año 2017, servidores que contaban con nombramiento provisional a prueba.

29.- Con estos hechos probados hagamos mención a la doctrina.

30.- La doctrina enseña que el derecho tiene la función de distinguir cosas, objetos y figuras y a esas distinciones se les va a dar consecuencias jurídicas, cuando esas distinciones se basan en un criterio de clasificación que no sea sospechoso es decir que no utilice alguno de los enunciados constitucionales enumerados en el artículo 11, en este caso es suficiente realizar un escrutinio es ordinario, por eso lo único que se va a analizar es si se trata de una distinción

con una justificación razonable, no tiene que ser la más estrechamente relacionada con la máxima racionalidad legislativa basta con que sea razonable que no exista un sacrificio innecesario de otros derechos.

31.- Analizando los datos fácticos traídos a conocimiento, bajo los parámetros o estándares constitucionales de protección y teniendo en cuenta que los actos discriminatorios pueden ser de diferente índole siempre que tengan por objeto y/o por resultado menoscabar el reconocimiento y goce de los derechos, se puede aplicar en escrutinio estricto los cuatro mandatos a los que en múltiples sentencias hace referencia la Corte Constitucional: 1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas; 2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; 3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y, 4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en posición en parte similar en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).- (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 004-14-SCN-CC en el caso No. 0072-14-CN.).-

32.- En el caso concreto de los hechos probados podemos concluir que la legitimada activa inicialmente recibió un trato idéntico a los otros destinatarios que se encontraban en idénticas circunstancias, mas de pronto su circunstancia cambio y en tal motivo se le debía haber dado un trato diferente acorde a sus propias circunstancias a las diferencias que se presentaron, pues se le evaluó inicialmente, más el proceso para con la actora se nulitó, volviendo al estado anterior.

33.- El numeral 4 del artículo 66 de la Constitución, consagra el derecho “a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”, como parte de los derechos de libertad.

34.- Al respecto, la Corte Constitucional ha puntualizado que el derecho en cuestión contiene dos dimensiones: una formal, que “presupone un trato idéntico a sujetos individuales o colectivos- que se hallan en la misma situación”, y una dimensión material, que conlleva la obligación del Estado de adoptar acciones afirmativas, con el objetivo de equiparar el goce y ejercicio de los derechos de aquellas personas que se encuentren en situación de desventaja.

35.- Sin perjuicio de lo anterior, en la sentencia N^o. 14-21-IN/21 esta Corte determinó que: “[...] se debe recordar que ningún derecho es absoluto y, por tanto, no todo trato diferenciado es inconstitucional. De modo que no se encuentra prohibido el hecho de que [se] establezca diferencias entre sujetos, siempre que la medida diferenciada esté debidamente justificada y sea razonable”.

36.- La Corte Constitucional en la Sentencia No. 61-19-IN/21, nos ayuda a poder tener los estándares de escrutinio, así: “En este sentido, la jurisprudencia de este Organismo ha

determinado que deben concurrir tres elementos para que se configure un trato discriminatorio: (i) la comparabilidad, que implica que tienen que existir dos sujetos de derechos que se encuentren en condiciones iguales o semejantes; (ii) la constatación de un trato diferenciado, por una de las categorías que la Constitución enuncia de manera ejemplificativa en el numeral 2 del artículo 119; y (iii) la verificación del resultado, producto del trato diferenciado. El último elemento puede consistir en una diferencia justificada, que se presenta cuando promueve derechos, es objetiva y razonable, o en una diferencia discriminatoria, que se da cuando su resultado es el menoscabo o anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de derechos”.

37.- Bien, entonces los términos del análisis son los siguientes: la comparabilidad en este caso es indudable, la actora y otras personas que fueron declarados ganadores de concurso en el año 2017, los ganadores de concurso en el año 2017, fueron evaluados junto con la ahora actora, más, ¿que ocurre?, se da un proceso, para con la legitimada activa, que termina nulitándose, vuelve las cosas a como estaban antes de la evaluación para la legitimada activa, esto es, con nombramiento provisional para ser sometida a nueva evaluación como lo fueron los otros ganadores. Se configura el elemento de comparabilidad.

38.- El segundo elemento: la constatación de un trato diferenciado, por una de las categorías que la Constitución enuncia de manera ejemplificativa en el numeral 2 del artículo 11, como se explicó líneas arriba, se trata de las categorías sospechosas, que en el caso que nos ocupa no han sido alegadas ni se encuentra que estemos ante este tipo de afección a la igualdad y no discriminación.

39.- El tercer elemento: la verificación del resultado, producto del trato diferenciado. El último elemento puede consistir en una diferencia justificada, que se presenta cuando promueve derechos, es objetiva y razonable, o en una diferencia discriminatoria, que se da cuando su resultado es el menoscabo o anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de derechos.

40.- Concretamente ¿qué es lo probado en esta causa?, que la actora y otras personas fueron declarados ganadores de concurso en el año 2017, los ganadores de concurso en el año 2017, fueron evaluados junto con la ahora actora, más que ocurre, se da un proceso, para con la legitimada activa, que por una nulidad declarada judicialmente, vuelve las cosas a como estaban antes de la evaluación de la legitimada activa, esto es con nombramiento provisional para ser sometida a evaluación como lo fueron los otros ganadores. La acción de personal mediante la cual se pone en conocimiento de la accionante que se le da por terminada la relación laboral por no haber superado con éxito la evaluación, es declara nula en la vía judicial, ordenado el órgano jurisdiccional que las cosas vuelvan al estado anterior esto es: “declara la nulidad del acto administrativo impugnado, en consecuencia, se dispone el reintegro de la accionante, en el mismo cargo y remuneración que venía desempeñando previo a la evaluación de desempeño”.

41.- Una vez que se le reintegró a la accionante al mismo cargo, previo a la evaluación de desempeño, ¿qué correspondía?, al ser ganadora de concurso, como lo fueron todas las personas a quienes se les evaluó, y al haberse nulificado el proceso de evaluación para con la actora únicamente, al regresar al cargo que venía desempeñando, correspondía a la entidad demandada, continuar nuevamente como lo hizo ya con los otros ganadores de concurso, esto es volver a evaluar para cumplir con la norma ordinaria, como lo hizo ya con los otros ganadores de concurso.

42.- Más que ocurre, a decir de la parte demandada, se le restituye al cargo por orden judicial, y no se le evalúa, porque para la parte demandada, el Tribunal Contencioso Administrativo en mayo 27 del año 2021 dictó un auto que en la parte pertinente es como sigue: Con este antecedente, el reclamo analizado y sobre el que se resolvió en este proceso, obligaba al ente accionado, en virtud del efecto de la nulidad resuelta, de volver las cosas a su estado anterior; corresponde devolverle al cargo que tenía a la fecha de la desafectación, esto es “*Médico Especialista en Reumatología I-Servidor Público 12, del Hospital de Especialidades José Carrasco Arteaga del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social*” del cual a la época disponía de nombramiento provisional, y del cual se conoció el motivo de su desafectación, en virtud de la evaluación realizada. Por lo que, las actuaciones institucionales se deben circunscribir a lo ordenado en sentencia; y, así lo entiende este Tribunal y de la verificación de las actuaciones administrativas que presenta, en esta fase de ejecución, se ha cumplido en su totalidad con lo ordenado en sentencia.”, y ante esta orden, afirma la entidad demandada, no se tiene que continuar con ningún proceso para llegar a conceder o no el nombramiento definitivo, sino que allí termina con haber otorgado, por orden impartida en sentencia, el nombramiento provisional, sosteniendo también en audiencia, que se ha cumplido con la sentencia en su totalidad y que no hay nada más que hacer por la parte demandada ya que el Tribunal contencioso no ordenó conferir nombramiento definitivo.

43.- Configurándose así la violación al derecho a la igualdad de la actora, por el resultado, ya que la legitimada activa, permanece con nombramiento provisional, como estuvo antes de su evaluación en el año 2017, pero no se repone el proceso que resultó viciado, no se vuelve a avaluar y se le mantiene así hasta la fecha de presentación de la acción, cuando a sus otros pares de comparación ya se les evaluó.

44.- Cumpliendo con la obligación como Juzgadora constitucional, de revisar los argumentos de las partes, debo argumentar respecto de la expectativa de la actora, quien pide se tenga en cuenta la diferencia entre derechos adquiridos y meras expectativas: 184-14-SEP-CC, la actora fue declarada ganadora de concurso

45.- Esta sentencia la Corte: “Prima facie, corresponde distinguir entre derechos adquiridos y expectativas legítimas, toda vez que entre ellas se contraponen. El derecho adquirido es una situación creada cumpliendo todas las condiciones necesarias para adquirirlo, en estricta observancia de los requisitos que exige el ordenamiento jurídico vigente. Una vez consolidada no puede ser desconocida ni vulnerada por los actos u omisiones posteriores, es decir, debe

respetar los derechos adquiridos; en tal virtud, se entienden incorporadas como válidas y definitivas, y pertenecen al patrimonio de una persona. En cambio, las expectativas legítimas son situaciones que no están consolidadas, ya por omisión o incumplimiento de ciertos requisitos previstos en la ley para surtir plenos efectos; por tal razón, en ellas solamente existen simples esperanzas que no constituyen derechos, ni eventuales siquiera; es decir, corresponde a situaciones de hecho más que a situaciones jurídicas, son intereses que no están jurídicamente protegidos; por tanto, ceden ante una nueva disposición que puede dejarla sin efecto, es decir, se puede modificar, sin que esto implique vulneración de "derechos".

46.- Estas definiciones encontramos en la sentencia a la que se ha referido la actora, más para poder precisar qué ha ocurrido en los derechos de la legitimada activa en torno a esta argumentación, preciso citar otra sentencia, que si bien no se trata del mismo hecho u omisión, más los conceptos desarrollados son perfectamente aplicables a este caso.

47.- Se trata de la sentencia Sentencia No. 5-19-CN/19, siendo la señora Jueza ponente: Daniela Salazar Marín, en la resolución la Corte razona así: “ 23.En el marco de un concurso de méritos y oposición se selecciona a la persona más idónea para ocupar un determinado cargo público. La persona con el puntaje más alto es la ganadora del mismo. Por otra parte, las personas inmediatas que no han conseguido el puntaje necesario para ser ganadoras, son parte del banco de elegibles. Esta distinción resulta relevante para diferenciar entre quienes tienen una mera expectativa, una expectativa legítima o un derecho adquirido como resultado de un concurso de méritos y oposición. 24.Por un lado, las personas ganadoras de un determinado concurso de méritos y oposición son quienes tienen una legítima expectativa de ocupar el cargo público para el cual participaron y ganaron, y una vez nombrados adquieren el derecho de estabilidad para dicho cargo La legítima expectativa, a diferencia de la mera expectativa, implica que la persona se encuentra en una posición jurídica en la que ha reunido las condiciones para el ejercicio de un cargo publico, aunque aún estén pendientes actuaciones posteriores que formalicen la titularidad de dicho cargo.”

48.- Que ocurre con la actora, fue ganadora de concurso, se le extendió el nombramiento a prueba y posteriormente se realizó la evaluación, al no obtener nota suficiente se le extendió la acción de personal desvinculándola, acto que fue declarado nulo y se ordenó judicialmente que se reintegre a la accionante al mismo cargo que venía desempeñando previo a la evaluación de desempeño, incluso el Tribunal que resolvió la acción ordinaria el 5 de mayo de 2021, dicta un auto precisando la ejecución de lo resuelto: “Con este antecedente, el reclamo analizado y sobre el que se resolvió en este proceso, obligaba al ente accionado, en virtud del efecto de la nulidad resuelta, de volver las cosas a su estado anterior; corresponde devolverle al cargo que tenía a la fecha de la desafectación, esto es *“Médico Especialista en Reumatología 1-Servidor Público 12, del Hospital de Especialidades José Carrasco Arteaga del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”* del cual a la época disponía de nombramiento provisional, y del cual se conoció el motivo de su desafectación, en virtud de la evaluación realizada. Por lo que, las actuaciones institucionales se deben circunscribir a lo ordenado en sentencia; y, así lo entiende este Tribunal y de la verificación de las actuaciones

administrativas que presenta, en esta fase de ejecución, se ha cumplido en su totalidad con lo ordenado en sentencia. Por lo que, sin nada más que atender, se ordena el archivo de la presente causa. Hecho, dese de baja de los libros del Tribunal. Hágase saber.”

49.- Es decir la actora tiene una expectativa legítima se encuentra en una posición jurídica en la que ha reunido las condiciones para el ejercicio de un cargo público, y está pendiente actuaciones posteriores que formalicen la titularidad de dicho cargo, que según la normativa ordinaria LOSEP y su Reglamento, estaría pendiente la evaluación y el nombramiento definitivo, ya que esta es la fase del proceso al que se regresó las cosas por la nulidad decretada.

50.- Bien, continuando el análisis, la LOSEP en el artículo 17: “Para el ejercicio de la función pública los nombramientos podrán ser: 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.”

51.- Si a la legitimada activa se le vulneró el derecho a la igualdad como ha quedado ya analizado, ¿cuál es en este momento su legítima expectativa?, ser evaluada previo al otorgamiento del nombramiento definitivo, ya que volvió a estar en aquella fase del proceso de nombramiento provisional a prueba, en el que correspondía su evaluación durante tres meses previo a la concesión del nombramiento, es así como se debe proceder a fin de poder reparar el daño que se ha causado.

52.- Habiendo quedado pendiente concluir con un análisis, la seguridad jurídica, reconocida por el artículo 82 de la Constitución de la República, entendida como el derecho a contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado estable y coherente “que le permita al individuo tener una noción razonable de las reglas del juego que le serán aplicadas”, es decir seguridad jurídica en el ámbito de la certidumbre como uno de previsibilidad.

53.- Razonando en el caso concreto, la certidumbre, entendida como brindar certeza al individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente y por autoridad competente para evitar la arbitrariedad y el segundo permite proteger legítimas expectativas respecto de cómo el derecho deberá ser aplicado e interpretado en el futuro, ha sido violentada al haber vulnerado el derecho a la igualdad de la actora y al no haber protegido sus expectativas legítimas.

54.- Se considera vulnerado el derecho al trabajo: El artículo 33 de la Constitución de la República determina: “El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado”; sobre el

ejercicio del derecho al trabajo la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado "... el derecho al trabajo se constituye en una necesidad humana, que obligatoriamente debe ser tutelada por el Estado, a través del incentivo de políticas públicas que estimulen al trabajo a través de todas sus modalidades, así como también, a través de la protección de los derechos laborales de todas las trabajadoras y trabajadores. Este derecho, es un derecho universal, por cuanto es reconocido a "todas" las personas, así como también abarca "todas" las modalidades de trabajo."

55.- La Corte Constitucional en la sentencia No. 241-16-SEP-CC dentro del caso No. 1573-12-EP, señaló: "De igual forma, cabe indicar que dado el principio de interdependencia de los derechos, el derecho al trabajo está inexorablemente relacionado con la materialización de otros derechos constitucionales, como el derecho a la vida digna, vivienda o los derechos de libertad, entre otros; de manera que el ejercicio pleno del derecho al trabajo, irradia sus efectos respecto de otras actividades ajenas al trabajo. En este contexto, el derecho al trabajo adquiere trascendental importancia, por cuanto permite un desarrollo integral del trabajador, tanto en una esfera particular como en una dimensión social. En consecuencia, hay que observar al trabajo como fuente de ingresos económicos y como fuente de realización personal y profesional; el cual, a su vez, permite al trabajador, materializar su proyecto de vida y el de su familia. En consecuencia, son estos elementos fundamentales, los que hacen que el derecho al trabajo tenga una protección constitucional que deriva en la obligación del Estado de tutelarlos."

56.- La Corte Constitucional del Ecuador ha establecido que: " a fin de realizar un análisis por parte de la o el juez constitucional, sobre la vulneración de un derecho, la parte accionante debe argumentar de manera clara su tesis, enunciar la base fáctica y la justificación jurídica, circunstancias estas que hagan denotar la vulneración de derechos, manifestando: "...una forma de identificar la existencia de un argumento claro consiste en verificar: (i) una tesis o conclusión, en la que se afirme cuál es el derecho fundamental cuya vulneración se acusa; (ii) una base fáctica consistente en el señalamiento de cuál es la acción u omisión judicial de la autoridad judicial cuya consecuencia habría sido la vulneración del derecho; y, (iii) una justificación jurídica que demuestre porque la acción u omisión judicial vulnera el derecho en forma directa e inmediata". (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N° 1967-14-EP/20).

57.- La legitimada activa sostiene que el mantenerle con nombramiento provisional, a pesar de haber ganado un concurso y haberse otorgado nombramiento de prueba hace mucho más de tres meses que es el tiempo que la ley ordena vulnera su derecho al trabajo concretamente en la estabilidad laboral.

58.- "En la sentencia N."053-16-SEP-CC donde esta Corte expresamente estableció: El ingreso de una persona al servicio público de manera permanente -que genere estabilidad- en cualquiera de sus instituciones, está supeditado a la realización y culminación de un concurso público de méritos y oposición, a partir del cual, sea declarado como ganador y en función de lo cual debe otorgársele el respectivo nombramiento En tal razón, la expedición de un

nombramiento definitivo, solo puede obedecer a la finalización de un concurso público de méritos y oposición, desarrollado bajo los parámetros con atribuciones y legales que los regulan; sin que sea posible, bajo ningún supuesto lacheo legal, la otorgación de un nombramiento definitivo aun ciudadano o ciudadana, que no haya participado y ganado el correspondiente concurso, en tanto, esto representaría obviar el proceso administrativo legalmente establecido, generando un acto ilegal y violatorio de la normativa constitucional.”

59.- Una de las características del nombramiento provisional, es precisamente lo que se lee en su nombre, ser provisional, muy diferente al nombramiento definitivo, de manera que el nombramiento provisional, como el que se le otorgó a la accionante debía durar hasta la evaluación, mas como el proceso fue declarado nulo, a fin de lesionar su estabilidad laboral, se debía una vez que las cosas regresaron a su estado anterior, evaluar a la actora, ya que, la accionante no puede permanecer, después de haber ganado un concurso para ingresar al sector público con nombramiento provisional por la omisión de la entidad demandada.

60.- Se concluye inequívocamente que se lesionó el derecho al trabajo de la actora.

61.- El contexto normativo, los hechos, fundamentación fáctica y el contenido del Art. 88 de la CRE , la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y puede interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, en lo que nos atañe, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial en estrecha relación con la LOGJCC, artículos 6, 39, 40 en cuanto a los requisitos que esta acción, sirven de sustento para la resolución

62.- Con esta fundamentación, por las consideraciones anotadas, con base en las exposiciones realizadas por las partes y las pruebas aportadas “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”, se declara que:

I.- La parte demandada vulneró los derechos de la accionante a la seguridad jurídica, a la igualdad y al trabajo en el rango constitucional.

II.- Se acepta la Acción de Protección propuesta por María Pierina León Astudillo

III.- Como reparación integral, que la parte demandada en el término de 30 días, como ha pedido en su pretensión la parte actora, al presentar su acción, proceda a realizar la evaluación, evaluación del puesto para el cual la accionante resultó ganadora de concurso de méritos y oposición y por el cual se le extendió la acción de personal que resuelve otorgar el nombramiento provisional a prueba.

IV.- Superada la evaluación se le otorgará el nombramiento definitivo.

V.- Como medida de satisfacción: la sentencia por si constituye un mecanismo de reparación al recurrente.

VI.- Como garantía de no repetición de las vulneraciones a los derechos constitucionales la entidad accionada publique esta sentencia en su página Web de la Institución, de no contar con página web en las carteleras de la institución por el plazo de 30 días.

VII.- De acuerdo a lo establecido en el art. 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se dispone oficiarse una vez ejecutoriada la presente sentencia, a la Defensoría del Pueblo a fin de que dé seguimiento al cumplimiento de la misma por parte de la entidad accionada, debiendo informarse por parte de la Defensoría del Pueblo sobre el cumplimiento de lo ordenado

VIII.- Ejecutoriada esta sentencia, remítase copia certificada a la Corte Constitucional, en cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 5) del Art. 86 de la Constitución de la República.- Se deja constancia que la parte demandada presentó RECURSO DE APELACION, que fue concedido. Hágase saber.-

SACOTO COELLO MONICA ELIZABETH

JUEZ(PONENTE)