



Juicio No. 15301-2021-00166

JUEZ PONENTE: VALDIVIESO GUILCAPI JORGE ANTONIO RODOLFO, JUEZ PROVINCIAL (PONENTE)

AUTOR/A: VALDIVIESO GUILCAPI JORGE ANTONIO RODOLFO

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE NAPO. - SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE NAPO. Tena, martes 11 de mayo del 2021, las 16h36.

VISTOS: En la acción de protección signada con el No. 2021-00166, intervienen en calidad de Jueces Constitucionales Dra. Mercedes Almeida Villacrés, Dr. Hernán Barros Noroña; y, Dr. Jorge Valdivieso Guilcapi (Ponente) para conocer y resolver el Recurso de Apelación interpuesto por la accionante Silvana Pamela Cárdenas Macías, a la sentencia dictada por la Dra. Mercedes Jumbo Jumbo, Juez de la Unidad Civil de Tena-Napo, con competencia en materia constitucional, una vez reducida a escrito y notificada a las partes expresa:

^a (...) Resuelvo: 10.1.- Declarar QUE NO EXISTE VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES.- 10.2 RECHAZAR la acción de protección propuesta por la parte accionante la Sra. Silvana Pamela Cárdenas Macías en contra del Ministerio de Salud, del Hospital José María Velasco Ibarra y de la Procuraduría General del Estado.-10.3 No se dispone medidas de reparación integral se dispone lo siguiente: - 10.4 Conmino a la parte actora presentar en no más de tres días postule con los documentos personales necesarios e indispensables para que valide la comisión o a quien corresponda; y conmino a la parte accionada a dar las facilidades necesarias para que analicen los documentos personales de la parte actora la Sra. Silvana Pamela Cárdenas Macías, a efectos de que determine si le asiste o no el derecho de acogerse al Art. 25 de LEY ORGANICA DE APOYO HUMANITARIO (...)°.

Al haberse interpuesto el recurso de apelación por la parte accionante le corresponde conocer a este Tribunal, en razón del sorteo realizado. Radicada la competencia en este Tribunal, por lo que nos corresponde dictar la resolución mérito del expediente, para ello se considera:

PRIMERO. - DE LA COMPETENCIA. - De conformidad a lo que establece el Art. 88,

178.3 de la Constitución de la República del Ecuador¹, en adelante (CRE) en concordancia con lo dispuesto en el Art. 8.8 y 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en adelante (LOGJCC)², este Tribunal de la Sala es competente para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto.

SEGUNDO. - VALIDEZ PROCESAL. - A la presente Acción de Protección se le ha dado el trámite legal y constitucional previsto en el Art. 14 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional³, verificándose que no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que influya o pueda influir en la decisión de la causa, por lo que se declara la validez.

TERCERO: ANTECEDENTES. -

3.1.- De la demanda.- La legitimada activa Silvana Pamela Cárdenas Macías, presenta demanda de acción jurisdiccional de protección, en contra del Ministerio de Salud Pública representado por el Dr. Rodolfo Enrique Farfán Jaime; Hospital José María Velasco Ibarra en la persona de Dr. Alex Fabián Araujo Muñoz en su calidad Gerente; y, en contra del Procurador General del Estado, Dr. Iñigo Salvador Crespo, refiriendo que ha ingresado a

¹ CRE.- Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; 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. Art. 178.3.- Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes (...).2. Las cortes provinciales de justicia.

² LOGJCC.- Art. 8.8.- Normas comunes a todo procedimiento.- Serán aplicables las siguientes normas: (...) 8. Los autos de inadmisión y las sentencias son apelables ante la Corte Provincial. Art. 24.- - Apelación.- Las partes podrán apelar en la misma audiencia o hasta tres días hábiles después de haber sido notificadas por escrito. La apelación será conocida por la Corte Provincial; si hubiere más de una sala, se radicará por sorteo. La interposición del recurso no suspende la ejecución de la sentencia, cuando el apelante fuere la persona o entidad accionada. Cuando hubiere más de una sala, la competencia se radicará por sorteo. La Corte Provincial avocará conocimiento y resolverá por el mérito del expediente en el término de ocho días. De considerarlo necesario, la jueza o juez podrá ordenar la práctica de elementos probatorios y convocar a audiencia, que deberá realizarse dentro de los siguientes ocho días hábiles; en estos casos, el término se suspende y corre a partir de la audiencia.

³ Ibídem.- Art. 14.- Audiencia.- La audiencia pública se llevará a cabo bajo la dirección de la jueza o juez, el día y hora señalado. Podrán intervenir tanto la persona afectada como la accionante, cuando no fueren la misma persona. La jueza o juez podrá escuchar a otras personas o instituciones, para mejor resolver. La audiencia comenzará con la intervención de la persona accionante o afectada y demostrará, de ser posible, el daño y los fundamentos de la acción; posteriormente intervendrá la persona o entidad accionada, que deberá contestar exclusivamente los fundamentos de la acción. Tanto la persona accionante como la accionada tendrán derecho a la réplica; la última intervención estará a cargo del accionante. El accionante y la persona afectada tendrán hasta veinte minutos para intervenir y diez minutos para replicar; de igual modo, las entidades o personas accionadas, tendrán derecho al mismo tiempo. Si son terceros interesados, y la jueza o el juez lo autoriza, tendrán derecho a intervenir diez minutos. La jueza o juez deberá hacer las preguntas que crea necesarias para resolver el caso, controlar la actividad de los participantes y evitar dilaciones innecesarias. La audiencia terminará sólo cuando la jueza o juez se forme criterio sobre la violación de los derechos y dictará sentencia en forma verbal en la misma audiencia, expresando exclusivamente su decisión sobre el caso. La jueza o juez, si lo creyere necesario para la práctica de pruebas, podrá suspender la audiencia y señalar una nueva fecha y hora para continuarla. La ausencia de la persona, institución u órgano accionado no impedirá que la audiencia se realice. La ausencia de la persona accionante o afectada podrá considerarse como desistimiento, de conformidad con el artículo siguiente. Si la presencia de la persona afectada no es indispensable para probar el daño, la audiencia se llevará a cabo con la presencia del accionante.

prestar sus servicios profesionales en el hospital José María Velasco Ibarra en calidad de Tecnólogo Medico de Laboratorio 3 servidor público 5, desde el 01 de octubre de 2013, con contrato ocasional; y con fecha 01 de agosto de 2017, con nombramiento provisional como Tecnólogo Medico de Laboratorio, que el acuerdo ministerial 00126-2020 de 11 de marzo de 2020, en el Art. 1 prescribe y declara el Estado de Emergencia Sanitaria en todos los establecimientos del Sistema Nacional de Salud, que la Ley de Apoyo Humanitario prescribe

^a Art. 25.- Estabilidad 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 del nombramiento definitivo.º, el Ministro de trabajo emitió el acuerdo No.232-2020 MDT de 20 de noviembre de 2020, disponiendo se aplique la normativa con la finalidad de viabilizar los procesos de selección y estabilidad laboral a los trabajadores de salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria y no se solicite a los postulantes otros requisitos que no estén establecidos en la norma indicada. E indica que cumple con los requisitos que determina la Disposición Transitoria Novena de la Ley Humanitaria; que es profesional de la Salud, que su título está debidamente registrado en la SENESCYT, que el empleador ha vulnerado el derecho constitucional de la seguridad jurídica; derecho de protección tipificado en el Art.76.1 de la carta magna, ya que no se ha garantizado el cumplimiento de las normas y derechos, en este caso el Art. 25 de la Ley Humanitaria, con lo que el legitimado pasivo debió otorgarle el nombramiento permanente y que cualquier acto inmotivado es nulo por mandato constitucional.

3.2.- Presentada la Acción Constitucional de Protección, en la Sala de Sorteos, la competencia fue radicada bajo el conocimiento de la Jueza constitucional a-quo, (Ref. fs. 31); quien mediante Auto de fecha 26 de marzo de 2021, las 09h38, (Ref. fs. 35), señala para el 31 de marzo de 2021, las 11h30, **para que tenga lugar** la Audiencia Constitucional, a la cual han concurrido la legitimada activa y legitimados pasivos y en la misma oralmente han expuesto sus pretensiones y fundamentaciones, luego de lo cual han emitido el fallo respectivo, el mismo que ha sido impugnado.

3.3.- La audiencia pública, la parte accionante a través de su defensor técnico han indicado

“Que lleva laborando desde hace varios años en el hospital José María Velasco Ibarra a partir del primero octubre del 2013 como Tecnólogo médico de Laboratorio 3 servidor público 5, con contrato de servicios ocasionales, y con fecha 1 de agosto del 2017 se le hace un cambio como servidor público cuatro con nombramiento provisional, dentro de la petición de acción de protección reproduzco como prueba de favor el acuerdo ministerial 00126- 2020 en el cual se expidió de cuál es de reconocimiento nacional e internacional, por el tema de declaratoria de emergencia por el COVID-19, que esto fue firmado el 14 de marzo del 2020, fue en el contesta la realidad, es donde nacen la violación de los derechos constitucionales y que tenemos establecidos el Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, justamente la ley de Apoyo Humanitario expedida el 22 de junio del 2020, claramente en su artículo 25, dice: estabilidad de trabajadores de la salud, de los trabajadores profesionales de la salud, que habían trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus con contrato de servicios, ocasionales, nombramiento provisional, previo al concurso méritos y oposición se les otorgará ganadores del respectivo concurso público en consecuencia se procederá con el otorgamiento inmediato del nombramiento definitivo. Los concursos públicos para el otorgamiento de nombramiento definitivo que han trabajado durante la emergencia sanitaria se les otorgará el plazo máximo de seis meses, a partir de que entre vigencia esta ley, los puntajes se lo determinará el 50%, título registrado en la SENECYT, la oposición tendrá porcentaje del 50% los nombramientos provisionales legalmente notariados, Razón por la cual se violenta el derecho a la seguridad jurídica ya que una vez quien hace esta ley encuentra vigente hasta el 22 de diciembre tienen que haber realizado un concurso de méritos y oposición por parte del Ministerio de Salud Pública, lo que se establece el Art. 25 y transitoria novena, con lo que se le demuestra el derecho violentado a la seguridad jurídica, dentro del reglamento de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario en concordancia con el art. 10 para que exista estabilidad del Art. 25, quisiera manifestar que esta fase primera

es los nombramientos provisionales, la razón por la cual dentro del acuerdo ministerial, una vez que sea dado el reglamento existe el acuerdo MDT- 2020-232 este acuerdo ministerial nos da la fase es como va a realizarse el presente reglamento, nos dará la forma de cómo son las directrices para el otorgamiento nombramientos definitivos. De talento humano envía a todos sus coordinadores zonales para que se aplique a los coordinadores este acuerdo ministerial que además se cumpla con los ligamentos generales, razón por la cual la parte accionada se le ha omitido y no se ha otorgado el nombramiento definitivo, por lo que se está incumpliendo este mandato constitucional la parte accionada fue notificada con fecha 26 de octubre mediante correo electrónico justamente por parte de la Ing. Valeria Llangari, en la cual solicita que sea una carpeta azul, y que presenten justamente todos los documentos como requisitos para el nombramiento definitivo, mi clienta presenta, el informe de fecha 27 de noviembre del 2020, en el cual avalar este informe y es aprobado por el ing. Jonathan Rosales, gerente de ese tiempo, la revisado por la Dra. Gabriela Arteaga directora asistencial, en la cual ya le reconocen, pero que hasta la presente fecha no se le ha entregado, pese que haya presentado este informe, solamente basta, de acuerdo a la ley humanitaria, dos requisitos, el título avalado por el SENECIT y el nombramiento legalmente notariado, lo que justifico con el oficio, MDT-MDT-2021-004, en el cual el Ministerio de Trabajo de conmina, le obliga al Ministro de Salud, (texto ^a el mérito y la oposición^o) razón por la cual vemos el acto y la omisión por parte del segundo requisito indispensable de una acción de protección, por lo siguiente mi cliente no fue notificada, presento todos los insumos, a parte de todos los informes que solicita en Art. 10 del Reglamento, justifica, y hasta ahora no le confieren el nombramiento definitivo, poniéndole una serie de pretextos, que hasta le fecha 15 de enero, se mantuvo una reunión, por esta razón, por parte en ese tiempo el Ex Gerente, y que hasta la fecha, este momento, no se le otorga, razón por la cual, cumplimos el tercer elemento del Art. 4^o de la Ley Orgánica de Control constitucional, esto es la vía eficaz, por lo que decimos de acuerdo al Pacto de San José de Costa Rica, dice claramente su Art. 25, por eso lo demostramos este elemento. Por lo que hemos demostrado los tres elementos del Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y una vez al Art. 18 Ley Orgánica de

Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, hemos demostrado justamente, y que hasta la fecha, y por lo que hemos presentado esta acción de protección, y que mediante oficio presentado al Hospital, con fecha 26 de febrero del 2021, se nos otorgue copias certificadas de la notificación del concurso de méritos y oposición, informe del Tribunal de Méritos y Oposición, informe del tribunal de apelaciones, porque existen dos tribunales, porque hasta la presente fecha no sabemos las trabas que se han venido imponiendo, aparte de eso mi clienta ha trabajado en estado de gestación justamente en tiempo de pandemia, hasta octubre, en noviembre existe también discriminación porque mi cliente debía realizar teletrabajo, porque trabajo de plante y debería trabajar de manera operativa, justamente en el tiempo del pico, por lo que con justa razón, hemos demostrado discriminación hacia mi cliente, por la razón por estar embarazada debió estar aislada, pero mi clienta trabajó sacando muestras. Nuestra petición concreta es que se disponga como medida de reparación integral, se reconozca mi derecho adquirido que actué en primera línea conforme consta en el certificado de fecha 18 de enero del 2021, e informe técnico de fecha 27 de noviembre de 2020, Que se convoque el concurso de mérito y oposición del cual pueda ser participe en concordancia como lo estipula en el Art. 25 y Transitoria Novena de la Ley Orgánica de Ayuda Humanitaria, y se me otorgue el nombramiento permanente en calidad de Tecnólogo Médico de Laboratorio " como servidor público 4 del Hospital José María Velasco Ibarra del Ministerio de salud Pública, Que se los obligue a pagarme los gastos efectuados con motivo de los actos violatorios a mis derechos y sus consecuencias de carácter pecuniario que tiene nexo causal con los derechos denunciados, tales como intereses legales, costas procesales y honorarios profesionales de los abogados que me patrocinan, gastos de movilización. La reparación económica del daño inmaterial que me están causando los accionados y que pidan sean obligados a pagarme, no la puedo cuantificarla pues los sufrimientos y aflicciones que me causa la falta de dinero para atender mis necesidades, agrava más mi estado de salud, me causa angustia y lógicamente eleva mi stress, por lo tanto pido que en sentencia se ordene que el monto de la reparación económica por el daño material se lo fie en la forma como ordena el Art. 19 de la Ley orgánica de garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Solicito se me acepte la acción de protección° .

3.4.- La parte del legitimado pasivo a través de su defensor técnico ha indicado.

“Nos ha causado algo que no podemos expresar lo con palabras, aquí se encuentra presente la Señora Cárdenas Macías Silvana Pamela quien trabaja en el hospital y tiene una acción de personal con nombramiento provisional, se ha otorgado un contrato ocasional por dos años y por sus buenas gestiones de sus trabajos se ha otorgado un nombramiento provisional, este se tiene para cada año, podrá acceder a un concurso de méritos y oposición, que es legal y debida forma avalado por el Ministerio de Trabajo y de Finanzas, si es verdad que la Sra. Licenciada Pamela Cárdenas Macías ha trabajado en el hospital, pero son 576 funcionarios que trabajan en el hospital todos tienen los derechos pero en este caso, en el segundo párrafo del artículo diez, quienes habían trabajado directamente con el paciente con COVID 19, en la documentación de la Sra. Accionada tiene el cargo de laboratorio que no trabaja directamente con los pacientes, su señoría aquí estamos viendo con demasía que no se ha vulnerado los derechos, primero le invitó a la accionante a que presente su carpeta y para que proceda a su verificación por parte de la comisión técnica, por la comisión, una vez verificado todo requisitos, se emitiera un informe que cumple o no cumple para otorgarle un nombramiento definitivo. Por lo que judicializamos este informe que en copia simple anexamos que la Señora Silvana Pamela Cárdenas Macías no se encuentra en dicho informe, y el informe técnico, no hay una negativa a la Señora Silvana Cárdenas que no le vamos a entregar así, simplemente los que han presentado son los 212 funcionarios que presentaron cumplieron apenas 148 expedientes, 7 expedientes no se validó, de igual manera judicializo el informe de la comisión de transparencia de tratamiento del información de la Ley Humanitaria del cual, sólo se presentaron 66 de la primera dotación para tener beneficios de La Ley de Ayuda Humanitaria, expedientes los cuales fueron validados 43, el número de expedientes con alguna novedad 23 simplemente para las observaciones que se necesita realizar. Hemos ratificado que la Sra. Silvana Pamela Cárdenas Macías, presentó un informe entregado por el Sr. Ing. Rosales quien por haber sido amigo íntimo a lo mejor la Señora Silvana para que le pueda dar un certificado médico en el que indica que tenía contacto directo con los pacientes, no es una atención directa que no simplemente va y

retira y nada más lo único que tiene que ver es adjuntar datos con las muestras, adjuntará códigos de barras a los estampados en su oficina que no tiene atención directamente con los pacientes, este certificado no le demuestra que es válido, para demostrar que tiene atención directamente con el paciente, por lo que no hemos violado los derechos como lo demostramos directamente, la Sra. Silvana Pamela Cárdenas Macías sigue trabajando en el hospital, los lineamientos para que puedan obtener este beneficio a través de la ley humanitaria en el cual dicen hoja de vida actualizada formato socio empleo actualización de contratos para servicios profesionales la Sra. En este caso tienen nombramiento provisional, horarios de trabajo que se les entregaron a través de talento humano, lo único que aquí que no cumplió es que debe estar directamente con el paciente, con eso lo estamos manifestando que no se le va entregar, y no esconden lo dice la defensa técnica que ser está discriminando, la Sra. Sigue trabajando, estamos respetando su derecho al embarazo, tenemos que precautelar más que todo el hospital, siendo un hospital en medicina respetamos a la Sra. Cárdenas Macías, no sé cómo ser afectara de forma psicológica, para manifestar a quien solicita una reparación integral si la Sra. Está recibiendo su sueldo, a través de un nombramiento provisional, judicializamos el memorando N.- MPS-CZONAL2-2020-8896 de fecha 22 de noviembre de 2020 emitido por la coordinadora zonal dos de salud en la cual da al lineamientos al memorando para la Ley Humanitaria, y de igual manera el memorando MSP-CZ2-HJMVIT-G-2020-5187-M de fecha 23 de noviembre del 2020 emitido por el Ing. Jonathan Rosales y el memorando número MPS-HJMVIT-GAH-2020-1474-M de fecha 24 noviembre 2020, emitido por la Ingeniera Glenda Vega analista de talento humano 2, quien da a conocer a todos los líderes para que tengan conocimiento acerca de la Ley Humanitaria, con estos antecedentes nos causó un asombro increíble que una funcionaria que estamos a la espera de 570 funcionarios, estaría a través de una acción de protección, se le quiera entregar nombramiento definitivo, no ser está violentando ningún derecho constitucional más bien, el hospital José María Velasco Ibarra está precautelando los derechos trabajadores y servidores se señale día y quien audiencia de manifiesto que el Señor abogado nos ha hecho litigar de manera innecesaria cuando como lo manifiesta el reglamento en su Art. 10 los concursos de méritos y oposición se entregarán de manera paulatina no podemos emitir 567

concursos de méritos y oposición es más la Sra. Silvana Cárdenas Macías no ha sido notificada para emitir un concurso de méritos y oposición, he manifestado la Sra. Cárdenas no ha presentado ni la carpeta para poderla calificar, la califica la comisión técnica y la comisión de transparencia no se ha ordenado ningún derecho, y pido que se deseche esta acción de protección. Por todo lo dicho señor Juez se puede evidenciar que el Ministerio de Salud Pública no ha incurrido en una violación de derechos al amparo del Art 40 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional ya que allí señala que la Acción de Protección procederá cuando concurra los siguientes requisitos: 1.- Violación del derecho constitucional, como lo mencione la administración Publica ha actuado conforme la LOSEP y reglamento lo determina.- 2.- Acción u omisión de Autoridad Publica.- si bien es cierto existe una acción de la autoridad Publica esta no vulnera ningún derecho al amparo de las leyes que rigen la materia como ya lo mencione.- 3.- Inexistencia de otro mecanismo de defensa Judicial.- Como podía la institución demandada verificar si la actora cumple con los requisitos que determina Ley Humanitaria, si no ha entregado documento alguno, la carpeta la ha exhibido en esta audiencia no ha hecho su ingreso a la entidad para ser validada y determinar si cumple o no los requisitos para que la accionada le otorgue nombramiento permanente. Consecuentemente la presente acción incurre en las causales de improcedencia determinadas en el Art. 42 numerales 1.- Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos como ya mencione, la ley faculta expresamente a dar por terminado estos nombramientos provisionales ya que expresamente señala que puede remover libremente a los servidores que tengan un nombramiento provisional; numeral 3.- Cuando en la demanda se impugne la constitucionalidad o la legalidad de un acto como ya dije al pretender la nulidad de estos dos actos que se presumen legítimos y deben ser ejecutoriados, se pretende revisar si esta terminación es legal o no, cosa que no es materia constitucional.- numeral 4.- Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en vía judicial.- Como ya mencione hay la vía adecuada que es ante el Tribunal Distrital Contencioso de lo Administrativo misma que no ha sido activada y no se ha demostrado que fuera inadecuada o ineficaz y numeral 5.- Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de derechos.- como ya vimos pretende que se le dé una estabilidad laboral que la ley no le otorga, expresamente esa

estabilidad está señalada en el Art. 17 b) del reglamento que claramente señala que los nombramientos provisionales no generan derecho de estabilidad, por todo esto señor Juez solicito que en sentencia se inadmita la presente acción° .

CUARTO. ± NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Nuestra Carta Magna en el Art. 76 numeral 7 literal m), concordante con los numerales 7 y 8 del Art. 8 y Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece a la apelación como un recurso a través del cual las partes reclaman al juez o Tribunal Superior, para que revoque o reforme un decreto, auto o sentencia del inferior.

QUINTO: GENERALIDADES RESPECTO DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.-5.1.-

El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, como así lo prescribe nuestra Constitución del 2008 en su Art. 1; el mismo que debe ser garantizado por todos los servidores públicos, y de manera primordial, por los jueces; quienes estamos obligados a poner en primer lugar los derechos de las personas sobre los intereses del Estado como se realizaba en el sistema de legalidad. En el estado de derechos, deben primar los derechos humanos constantes en la Constitución de la República y los Tratados Internacionales ratificados por el Estado, en todo aquello que se reconozca derechos, sean individuales o colectivos que pongan de relieve la dignidad de la persona humana. Ante violaciones de esa naturaleza, se debe activar las garantías de los derechos, teniendo en cuenta que es deber fundamental de los jueces construir caminos viables, a efectos de que los dichos derechos, como: los de libertad en todo su contexto; la inviolabilidad de la vida; el derecho a una vida digna; la integridad personal; la igualdad formal; igualdad material y no discriminación; el libre desarrollo de la personalidad, y otros que garantizan un sistema de inclusión y equidad social, en el cual tanto hombres, mujeres, niños, niñas; en sí, todo ser humano, son titulares y pueden activarlos bajo las garantías jurisdiccionales a efecto de que permanezcan intactos.

5.2.- Entre las garantías del cumplimiento de los derechos, la Constitución de la Republica establece como mecanismos para otorgar la tutela efectiva de los derechos de los individuos, a la Acción de Protección, reconocida en nuestra Constitución, en el Art. 88, que literalmente expresa:

*“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; 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.”*⁹

Esta garantía constitucional se encuentra regulada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en los artículos 39 a 42⁴, la cual delimita los aspectos procedimentales, así como las normas de ejecución, requisitos para su procedencia, objeto, trámite e improcedencia de la acción; en tal virtud, es elemental iniciar el presente análisis fijando los parámetros, elementos o características básicas de la Acción de Protección; la cual, al ser una acción al servicio de los ciudadanos, está destinada a garantizar el respeto y protección de los derechos establecidos en la constitución. Para su procedencia debe verificarse lo siguiente:

- i.- Una violación de un derecho constitucional, no solo de aquellos que la Constitución regula sino incluso de los reconocidos por tratados internacionales suscritos por el Ecuador;
- ii.- Que dicha violación haya sido producto de una acción u omisión de autoridad pública o de

⁴ LOGJ y CC.- Art. 39.- Objeto.- 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. Art. 40.- Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 1 Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. Art. 41.- procedencia y legitimación pasiva.- La acción de protección procede contra: 1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio. 2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías. 3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías. 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias: a) Presten servicios públicos impropios o de interés público; b) Presten servicios públicos por delegación o concesión; c) Provoque daño grave; d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo. 5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona. Art. 42.- Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede: 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. En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibles la acción y especificará la causa por la que no procede la misma.

un particular;

iii.- Necesariamente debe darse la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado; debiendo hacer énfasis que el otro mecanismo debe ser o tener mucha más eficacia, así como ser más adecuado para garantizar el derecho del ciudadano, como lo determina el Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

iv.- El procedimiento debe ser sencillo, rápido y eficaz, considerando que la sencillez, no solo es la presentación, si no en la facultad de notificar a los legitimados activos o pasivos, por cualquier medio eficaz;

v.- El trámite debe desarrollarse con la mayor prontitud y oportunidad, descartando cualquier complejidad procesal que podría aceptarse en el trámite de los procesos ordinarios; por lo tanto, no se pueden permitir incidentes, requisitos, formalidades ni dilaciones innecesarias que retrasen su resolución, conforme lo establecen las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición (Ref. Art. 43.1/R.O.466 de 13 de noviembre de 2008);

vi.- La acción constitucional puede ser propuesta oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida, y no será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción, bastando detallar los hechos u omisión, como lo determina el Art. 86 numeral 2, c) de la Constitución de la República⁵;

vii.- Es una acción y no un recurso, porque no tiene por objeto impugnar ninguna resolución judicial, sino que es el mecanismo para poner en conocimiento un acto u omisión que vulnere un derecho garantizado en la Constitución.

5.3.- De conformidad con lo dispuesto en el Art. 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Acción de Protección procede:

i.- Contra todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio; siendo necesario puntualizar, que la autoridad pública en el marco de su actividad está facultada a dictar actos

⁵ CRE.- Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: (...)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 (...) . c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción. d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén 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.

según su competencia, pero dichos actos pueden violar o vulnerar derechos de los administrados garantizados en la Constitución, por ello no se excluyen de la acción de protección a los actos de las cinco funciones del Estado, mientras, que la omisión o incumplimiento, consiste en el no cumplir, con el reconocimiento de derechos garantizados en la Constitución;

ii.- Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías; en este punto, con respecto a las políticas públicas, es necesario destacar que en ciertas ocasiones estas están direccionadas a controlar y sancionar, como deber general del Estado, mismo que busca desarrollar un plan que asegure el cumplimiento de las obligaciones y derechos, con políticas claramente formuladas y adaptadas, aplicando los principios de inclusión, participación, rendición de cuentas, responsabilidad, e igualdad y no discriminación;

iii.- Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías; en este punto hace referencia a la vulneración de un derecho, en donde el hecho puede efectivamente vulnerar uno o varios derechos ya sea por acción u omisión, en la cual es necesario perseguir directamente al acto que vaya en contra de lo dispuesto en la Constitución, a fin de subsanar los efectos, o la violación a los derechos derivados del acto u omisión;

iv.- Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias: a) Presten servicios públicos impropios o de interés público; b) Presten servicios públicos por delegación o concesión; c) Provoque daño grave; d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo; v.- Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.

5.4.- En este orden de ideas, es importante determinar, varios presupuestos dentro de la acción de protección como son: Legitimación activa: La cual comprende a cualquier persona natural o jurídica, la naturaleza o colectivo social que estime vulnerados sus derechos constitucionales, debiendo considerarse que el agravio provenga de actos u omisiones de una

autoridad pública no judicial; o también cuando exista una privación del goce o ejercicio de los derechos proveniente de políticas públicas, de la prestación de servicios públicos impropios o de particulares que presten un servicio público.

SEXTO.- DE LA RELACIÓN LABORAL DEL ACCIONANTE CON LA ENTIDAD ACCIONADA.-

6.1.- En la especie tenemos que, la legitimada activa es una persona natural, quien ha sido vinculado al Hospital José María Velasco Ibarra, con los siguientes documentos contractuales:

6.1.1.- El 01 de agosto de 2017, se emite Acción de Personal No. 464 -UATH-HJMVIT de nombramiento provisional a la accionante, bajo el fundamento jurídico establecido en el Art. 17 literales b de la LOSEP y Art. 18 literal c) del Reglamento a la LOSEP, como tecnólogo médico de laboratorio 2, (Servidor Público de Apoyo 4). (fs. 3).

6.1.2.- Historial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. (fs. 4).

6.1.3.- Certificado emitido por la Dra. Jhoan Pule Verduga, especialista en Ginecología de fecha 16 de diciembre de 2020.

6.1.4.- Certificado emitido Msc. Alex Araujo, Gerente del Hospital José María Velasco Ibarra, de 18 de febrero de 2021, quien indica que Silvana Pamela Cárdenas Macías, tecnólogo médico, brindó atención directa a 4 pacientes ambulatorio con diagnóstico de PCR de COVID-19 POSITIVO, realizó actividades como: Recepción del pedido al paciente COVID POSITIVO. Validación y verificación cruzada de datos de identificación del usuario. Ubicación del paciente en el módulo de toma de muestras. Palpación y preparación de miembro superior para identificación, asepsia y antisepsia de zona de punción. Extracción de muestra sanguínea. Asepsia de zona de punción. Procesamiento de muestras de pacientes COVID 19 incluidas muestras sanguíneas, orina, heces, esputos, aspirados traqueales, aspirados gástricos, Líquidos cefalorraquídeos. Desafección de tubos de muestras para desechos y área de trabajo. Análisis, validación y entrega de resultados. (fs. 8).

6.1.5.- Certificado emitido el Ing. Jhonathan Lee Rosales Santamaría, Gerente del Hospital José María Velasco Ibarra, de 27 de noviembre de 2020, quien indica que Silvana Pamela Cárdenas Macías, tecnólogo médico, brindó atención directa a 4 pacientes ambulatorio con diagnóstico de PCR de COVID-19 POSITIVO, realizó actividades como: Recepción del pedido al paciente COVID POSITIVO. (fs. 9).

6.1.6.- Informe motivado de las razones por las cuales la compareciente Silvana Pamela Cárdenas Macías, atendió pacientes con COVID-19.

6.1.7.- Historial de registro de asistencia, de entradas y salidas de Silvana Pamela Cárdenas Macías, al HOSPITAL GENERAL JOSÉ MARÍA VELASCO IBARRA, del mes de junio 2020 ± julio 2020 ± agosto 2021 ± septiembre 2020, (fs. 82 y de 85 a 95) informe suscrito por la Dra. Gabriela Cantillo, Coordinadora de laboratorio clínico y Gabriela Arteaga Directora médico del Hospital José María Velasco Ibarra.

6.1.8.- Oficio Nro. AN-SSAR-2021-0011-O, de fecha 26 de marzo de 2021, Asunto: ^a SOLICITUD DE AUDIENCIA^o, dirigido al Doctor Mauro Falconí García, Ministro de Salud Pública MSP, firmado electrónicamente por el Dr. Ángel Ruperto Sinmaleza, Asambleísta.

6.1.9.- Memorando No. MSP-CZONAL2-2020-8896, de fecha 22 de noviembre de 2020. Asunto: Lineamientos al Memorando No. MSP-CZONAL2-2020-8565, información de Th-Ley Humanitaria. Firmado electrónicamente por la Coordinadora Zonal 2 Salud, Espc. Mercy Almeida.

6.1.10.- Memorando No. MSP-CZ2-HJMVIT-G-2021-0142-M, de fecha 15 DE ENERO DE 2021, mediante el cual convocan a reunión para tratar aplicación de la ley humanitaria, Firmado electrónicamente por Ing. Jhonathan Lee Rosales Santamaría, Gerente del Hospital José María Velasco Ibarra.

6.1.10.- Informe técnico HJMVIT-CLOAH-2021-01, revisión de expedientes para aplicación

de Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, suscrito por la comisión técnica del Hospital José María Velasco Ibarra, de fecha de 25 de febrero de 2021, sin que se haya adjuntado los anexos que se menciona en dicho informe.

SÈPTIMO.- DE LA LEGITIMACIÒN PASIVA.-

Legitimación Pasiva: Puede ser la persona natural que preste un servicio público o el representante legal de la persona jurídica que por una acción u omisión, vulnere los derechos garantizados en la Constitución, debiendo demandarse también al representante legal de la institución del Estado, cuando el particular actúa por representación, concesión o delegación, que para el presente caso es el Ing. Jhonathan Lee Rosales Santamaría, en su calidad de Gerente del Hospital José María Velasco Ibarra, perteneciente al Ministerio de Salud Pública.

OCTAVO.- DE LA PETICIÒN DE ACCIÒN DE PROTECCIÒN.

8.1 A efectos de una ordenada aplicación del procedimiento legal, existe la jerarquización de normas, conforme lo dispone el Art. 424, de la Constitución de la República⁶, en el que se señala que la Constitución de la Republica es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Igualmente indica que los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier norma jurídica.

8.2.- Para establecer si existe o no violación de derechos constitucionales de la legitimada activa, en necesario identificar, cual es derecho que se presume vulnerado. Para tal efecto hay que tomar en consideración lo manifestado por la accionante en su petición de acción de protección, en la que señala que se ha violado el derecho a la seguridad jurídica, derecho de protección y derecho al debido proceso en la garantía de motivación.

Se tiene que la legitimada activa tiene nombramiento provisional, y labora en el Hospital José María Velasco Ibarra, como tecnólogo medico de laboratorio 2, a quien no se le fa la oportunidad de concursar para ocupar el cargo de manera indefinida inobservando la Ley

⁶ CRE.- Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público

Humanitaria.

8.3.- La Jueza constitucional A-quo, debió realizar una confrontación de los aspectos alegados por la accionante, en base a los diferentes documentos con los cuales se vinculó a la entidad pública y prestó sus servicios en especial en tiempos de la pandemia, y con la vigencia de la Ley Humanitaria ver si procede o no la aplicación de dicho beneficio que da a los profesionales y trabajadores de la salud, análisis que omite la referida Jueza, a efecto de que la acción de protección se constituya en el medio apto para resarcir la vulneración del derecho constitucional.

En esta línea, la Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia. No 001-16-.JO-C-CASO N.0530-10-.JP, ha establecido lo siguiente:

“ [1/4]se considera fundamental que el análisis que realicen las y los operadores de justicia, respecto de la procedibilidad de la acción de protección, debe considerar, la íntima conexión que existe entre el requisito del numeral 1 del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (violación de un derecho constitucional) con el contemplado en el numeral 3 (inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado) de la misma disposición legal. Cuando se activa la justicia constitucional por medio de una acción de protección, se está invocando el funcionamiento de un procedimiento sencillo, rápido, eficaz y oral (artículo 86 numeral 2 literal a de la Constitución de la República), a fin de que la conducta de la autoridad pública o del particular, que haya afectado, menoscabado, violentado el derecho, sea anulada o dejada sin efecto, y además se dicte medidas de reparación integral (...). La acción de protección de los derechos, como garantía jurisdiccional, es un mecanismo procesal judicial al alcance de todos los ciudadanos, reconocido en la Constitución para que en caso de que sus derechos hayan sido vulnerados por una autoridad pública o personas privadas, estos puedan obtener su restablecimiento y una posterior reparación por el daño causado, con lo cual la acción de protección es la realización de un derecho constitucional/humano en sí mismo [1/4].° .

En consecuencia, cuando el juez constitucional en la sustanciación de la garantía jurisdiccional, luego del análisis y la confrontación con la prueba aportada a la petición, establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posible controversia de índole infra constitucional puede señalar la existencia de otras vías, hecho que no se realiza en la especie.

El inc. 2 del Art. 426 de la Constitución de la República del Ecuador dice:

“Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.”

8.6.- En virtud de lo expuesto, dada la relevancia de la línea jurisprudencial marcada por la Corte Constitucional, a través de sendas y reiteradas sentencias vinculantes el máximo Organismo de control constitucional, con el objetivo de una mejor difusión y recepción de los criterios jurídicos desarrollados por parte de los operadores que integran el sistema de justicia en relación a cómo debe resolverse y motivarse una sentencia de acción de protección, y así, evitar que los jueces que actúan dentro de las acciones de protección tanto en primera como en segunda instancia incurran en vulneraciones de derechos constitucionales; emitió el precedente con carácter erga omnes N. 0 001-16-PJO-CC en donde se estableció que:

“ [1/4]1. Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de

los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido. [1/4]°.

Al ser las sentencias emitidas por la Corte Constitucional de rango constitucional, éstas son de cumplimiento obligatorio, más aún cuando sobre ellas se ha dictado precedente jurisprudencial con carácter erga omnes como es en el caso, al cual se ha hecho referencia en el párrafo que antecede.

8.7.- Bajo este entender, es primordial observar si en el caso en estudio, se ha vulnerado o no derechos constitucionales por parte del legitimado pasivo; y en el caso que se haya determinado que no han sido violados tales derechos, de forma posterior analizar si la vía administrativa era la adecuada para que el legitimado activo reclame sus derechos violados.

NOVENO.- ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA:

9.1 En base a lo expuesto, corresponde precisar si se han vulnerado o no derechos constitucionales que pudieren ser resueltas mediante la Acción Constitucional de Protección, por cuanto indica que no le ha convocado al concurso público de méritos y oposición para otorgar el nombramiento definitivo que le corresponde según lo establecido en el Art. 25 de la LOAH y su Disposición Transitoria Novena.

9.1.1.- LA GARANTIA DE LA SEGURIDAD JURIDICA:

El Art. 82 de la Constitución del Ecuador, que se refiere a la seguridad jurídica, establece:

“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.”°

Este derecho a la seguridad jurídica, además se encuentra desarrollado en cuerpos normativos como el Código Orgánico de la Función Judicial en el Art. 25, que textualmente dispone:

"Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas."

De los textos tanto constitucional y legal citados; se desprende que la seguridad jurídica no solo emana de las autoridades judiciales, sino también de las administrativas en el campo de sus competencias, cuya inobservancia en la expedición de actos administrativos, vulnera derechos constitucionalmente protegidos.

El Art. 3, numeral 1 de la Constitución ordena que es deber primordial del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, siendo el derecho a la seguridad jurídica uno de aquellos que garantiza nuestra Constitución.

El derecho a la seguridad jurídica comporta: a) En el Estado constitucional de derechos y justicia, la observancia de la Constitución, cuyo máximo deber es respetar y hacer respetar los derechos garantizados por él mismo, exista o no norma jurídica, pues "no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento."

Para la ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición en la Sentencia N. 006-09-SEP-CC, caso 0002-08-EP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 605 de 4 de junio de 2009, al referirse a la seguridad jurídica, expresa:

"La seguridad jurídica en la doctrina es vista como un principio universalmente reconocido del derecho que se encuentra como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto, como lo prohibido, lo

permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre los particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce en favor de la persona, para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela, sin embargo vale expresar que los principios de la seguridad jurídica y la aplicación no retroactiva de la ley, no son absolutos, puesto que deben ser analizados en concordancia con las normas constitucionales e interpretados de forma integral y progresiva, como lo establece el artículo 427 de la Constitución° [1/4]° .

Al caso que nos ocupa, tenemos que la legitimada activa ingresa a trabajar en el HOSPITAL JOSÉ MARÍA VELASCO IBARRA DEL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA de la ciudad del Tena, en calidad de TECNOLOGO MEDICO DE LABORATORIO 3 servidor público 5, con contrato ocasional y con fecha 01 de octubre del 2013, con fecha 01 de agosto del 2017, mediante acción de personal se le ha otorgado nombramiento provisional como TECNOLOGO MEDICO DE LABORATORIO 2. Respecto al tiempo de trabajo y al cargo que ocupa la accionante hasta la actualidad, no ha existido controversia alguna, de hecho, la parte accionada confirma que la accionante viene prestando sus servicios laborales en el Hospital José María Velasco Ibarra de la ciudad del Tena hasta la actualidad en el puesto de Tecnólogo médico de laboratorio, que se viene cumpliendo de manera legal y oportuna con el pago de su remuneración. Ha que ha trabajado de manera normal durante los meses de junio, julio, agosto y septiembre del año 2020, con el registro de ingresos y salidas al Hospital General José María Velasco Ibarra, es decir, se encontraba trabajando durante los meses de pandemia, esto ha sido demostrado con el Certificado emitido Msc. Alex Araujo, Gerente del Hospital José María Velasco Ibarra, de 18 de febrero de 2021, quien indica que Silvana Pamela Cárdenas Macias, tecnólogo médico, brindó atención directa a 4 pacientes ambulatorio con diagnóstico de PCR de COVID-19 POSITIVO, realizó actividades como: Recepción del pedido al paciente COVID POSITIVO. Validación y verificación cruzada de datos de identificación del usuario. Ubicación del paciente en el módulo de toma de muestras. Palpación y preparación de miembro superior para identificación, asepsia y antisepsia de zona de punción. Extracción de muestra sanguínea. Asepsia de zona de punción. Procesamiento de muestras de pacientes COVID 19 incluidas muestras sanguíneas, orina, heces, esputos,

aspirados traqueales, aspirados gástricos, Líquidos cefalorraquídeos. Desafección de tubos de muestras para desechos y área de trabajo. Análisis, validación y entrega de resultados. Igualmente ha demostrado con la certificación concedida por el Ing. Jhonathan Lee Rosales Santamaría, Gerente del Hospital José María Velasco Ibarra, de 27 de noviembre de 2020, quien indica que Silvana Pamela Cárdenas Macías, tecnólogo médico, brindó atención directa a 4 pacientes ambulatorio con diagnóstico de PCR de COVID-19 POSITIVO, realizó actividades como: Recepción del pedido al paciente COVID POSITIVO.

Estas actividades conllevan a demostrar que la Accionante cumplió con lo que establece el art. 25 de la LOAH, que dice:

“Art. 25.- Estabilidad 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 del nombramiento definitivo.”

De la lectura de la norma, por las especiales consideraciones que devienen de la pandemia, que ha exigido un sacrificio extraordinario a los profesionales y trabajadores de la salud, que se han visto en la obligación de sacrificar no solo su tiempo y el de su familia, si no su salud e incluso sus vidas; ante esta situaciones de riesgo se crea la ley orgánica de ayuda humanitaria, siendo que se trata de compensar a estos servidores de la salud una garantía especial de estabilidad que mejora los derechos establecidos para los servidores de la salud en la Constitución. Esta garantía está dirigida a los trabajadores y profesionales de la salud que trabajaron “en cualquier cargo” durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19) con un contrato ocasional o nombramiento provisional en algún centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud; situación que corresponde en forma perfecta a la accionante, puesto que es una profesional de la salud que ha laborado mediante su NOMBRAMIENTO PROVISIONAL, en calidad de Tecnólogo Médico de Laboratorio 2, servidor público 4, en el HOSPITAL JOSÉ MARÍA VELASCO IBARRA de la ciudad del Tena. Por tanto, no solo que tiene una mera expectativa, sino que tiene el derecho establecido en la norma a que, previo el concurso de méritos y oposición, se la declare ganadora del respectivo concurso público, y en consecuencia se le otorgue de inmediato el nombramiento definitivo, en el caso que cumpla con todos los requisitos legales.

Sin embargo, a pesar de estar perfectamente encuadrada en la norma y asistirle el derecho a la accionante, de las declaraciones de ambas partes consta que NO ha sido convocada al concurso dentro del término determinado en la disposición transitoria undécima de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, que manifiesta:

“Novena.- Los 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.”

La para accionada o legitimada activa en la audiencia, que la señora accionante tiene el cargo de laboratorio que no trabaja directamente con los pacientes, que no se ha vulnerado los derechos, que se le invitó a la accionante a que presente su carpeta y para que proceda a su verificación por parte de la comisión técnica, informe que dicen adjunta sin que entreguen en audiencia su anexo o el nombre de Silvana Pamela Cárdenas Macias que se indique que no cumple con los parámetros que la ley y el reglamento exige, que el certificado médico en el que indica que tenía contacto directo con los pacientes, no es una atención directa que no simplemente va y retira y nada más lo único que tiene que ver es adjuntar datos con las muestras, adjuntará códigos de barras a los estampados en su oficina que no tiene atención directamente con los pacientes, este certificado no le demuestra que es válido para demostrar que tiene atención directamente con el paciente; que la accionante no ha presentado ni la carpeta para poderla calificar.

Es menester indicar que a otros funcionarios del sistema de salud, que igualmente cumplían puestos de atención en primera línea que si se les ha llamado a estos concursos, o han sido calificados y que aquellas personas son diferentes al de la actora. En este caso, la entidad pública tampoco ha demostrado por qué a otros funcionarios del área de la salud si se les ha aplicado lo que determina la ley humanitaria y no a la accionante, en la misma situación, por lo que cabe señalar que el artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dice:

“Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria.”

Por lo que la Corte Constitucional ha manifestado que:

“Del contenido de dicha disposición legal se desprende que "se redistribuye la carga de la prueba para que el que tiene más poder -generalmente la autoridad pública o un particular en

situación de superioridad- tenga también la carga de aportar pruebas al proceso".º

Bajo estas premisas constitucionales se analiza, sí el Informe Técnico MSP-TH-GIDI.2021-020, de cumplimiento del Art. 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y el memorando No. MSP-CZ2-HJMAVIT-G-2021-1911-M, de fecha 23 de abril de 2021 y el no convocar a los accionante a concurso de méritos y oposición hasta la abril de 2021, conforme lo determina el artículo 25 y transitoria novena de la Ley de Apoyo Humanitario para combatir la Crisis Sanitaria deriva del COVID-19. En el caso concreto la legitimada activa al fundamentar los hechos de su acción manifiesta que, al promulgarse la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario el artículo 25, da lugar a que se los declare ganadores de los concursos de méritos a los médicos y trabajadores de la salud que laboraron en la pandemia. Usualmente los concursos de mérito y oposición tienen muchas fases, procedimientos burocráticos establecidos en la LOSEP., sin embargo la Disposición Transitoria Novena establece en qué consisten los méritos y en que consiste la oposición para llevar a cabo estos nombramientos y establece aquí que se lo realizará en seis meses a partir de la entrada en vigencia de esta ley; y, ya llevan ocho meses y todavía no se han iniciado los concursos, dice la norma que se asignarán con el título debidamente registrado en la Secretaría de Educación Superior, Ciencia Tecnología e Innovación para los perfiles que se apliquen, porque también se aplican en los perfiles no profesionales. En el caso de los trabajadores de la salud el puntaje se basará en los requisitos previos a su contratación, trabajadores, obviamente se refiere a los de índole administrativo, dice la Disposición Transitoria Novena.- La oposición, dice que será asignada con la presentación notariada del contrato ocasional o nombramiento provisional, es decir la figura legal con la cual tiene vinculación con el Ministerio de Salud, pero la ley no únicamente se refiere al Ministerio de Salud sino también al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y los que complementan la red general de salud, pero ese no es el caso. Que, la norma contenida en estos artículos se desarrolla en una Ley Orgánica lo cuales los arts. 424 y 425 están en un nivel 3 de jerarquía después de la constitución y de los Instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Emitida esta normativa, por parte de la Asamblea Nacional , en virtud de las garantías normativas establecidas en el Art. 84 de la constitución ya promulgada y aceptada se comienzan a emitir una serie de actos normativos, por parte del Ministerio de Salud el acuerdo ministerial No. MDT-2020-232, la norma técnica para la aplicación de los concursos de mérito y oposición dispuestos la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario artículo 25, señala dicho acuerdo ministerial los parámetros y requisitos.

La Corte Constitucional en la sentencia No. 102-13-SEP-CC, dentro del caso No. 0380-10-EP, ha determinado que la naturaleza de la acción de protección de derechos se circunscribe al análisis de la posible vulneración a derechos constitucionales, habiendo por ello realizado un estudio de fondo del asunto controvertido; puesto que, el carácter de protección de las garantías jurisdiccionales obliga al juzgador a efectuar una verdadera tutela judicial efectiva ante una aparente vulneración de los derechos constitucionales, para que únicamente, luego de la sustanciación del procedimiento respectivo se establezca si se verificó o no la vulneración.

Habiéndose establecido de la revisión y análisis de lo requerido en calidad de prueba y presentados al proceso por la legitimada activa, se determina que la entidad de Salud no ha cumplido hasta la fecha con convocar a los médicos y profesionales de 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), inmersos en la presente acción, a los concursos de méritos y oposición como dispone el artículo 25 y el inciso primero de la transitoria novena de la Ley orgánica de Apoyo humanitario así como el artículo 10 de su Reglamento, debiendo destacar que el derecho a la Seguridad Jurídica invocado, es una garantía que permite que tanto el contenido del texto constitucional como de las normas que conforman el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sean observadas y aplicadas en todas sus actuaciones por operadores jurídicos y por autoridades públicas investidas de competencia, así este derecho materializa el respeto a los derechos y asegura que una situación jurídica no será cambiada sino de conformidad con los procedimientos legalmente establecidos, es decir que la seguridad jurídica es la garantía dada el individuo por el Estado, de que su persona, sus bienes, y sus derechos no serán vulnerados o que, si esto llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, brindándole protección y reparación. De lo expuesto este Tribunal, concluye que el legitimado pasivo Ministerio de Salud Pública- Hospital José María Velasco Ibarra de Tena, al no haber convocado a la legitimada activa a concurso de méritos y oposición hasta abril de 2021, incumplió con lo dispuesto en el artículo 25 y Transitoria Novena de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la Crisis Sanitaria derivada del COVID-19 vulnerando el Derecho a la Seguridad Jurídica de los accionantes establecido en el artículo 82 de la Constitución de la República. El legitimado pasivo representantes del

Hospital José María Velasco Ibarra- Ministerio de Salud Pública, al contestar la demanda, manifestó que no le asiste este derecho reclamado pues son servidores de áreas administrativas y de otras actividades que no están relacionadas con la atención directa a pacientes COVID-19 durante la emergencia sanitaria y que son los profesionales beneficiarios de la Ley Humanitaria, pues ejercen cargos de laboratorio a quienes no les asiste el derecho. Siendo imprescindible pronunciarse sobre ello, es necesario mencionar que el máximo organismo de interpretación constitucional en el caso No-1000-12-EP, sentencia No-0016-13-SEP-CC, estableció que, procederá la Acción de Protección únicamente cuando el juzgador verifique una real vulneración de derechos constitucionales, debiendo por ello verificar y argumentar si existe tal violación, analizando caso a caso, sobre la base de un ejercicio de profunda razonabilidad, los hechos y las pretensiones del actor para poder dilucidar si se trata de un caso de justicia constitucional o si por el contrario, por su naturaleza infraconstitucional su conocimiento le corresponde a la justicia ordinaria, lo que se ha aplicado en el caso sub analice, pues para llegar a la formación del criterio razonado ha debido analizarse individualmente cada caso de los cuarenta tres legitimados activos, concluyendo que la actividad laboral desempeñada por la actora no está relacionada directamente con la atención médica a pacientes con diagnóstico de COVID-19, como lo delimita el inciso final del artículo 10 del Reglamento General de la Ley de Apoyo Humanitario, no siendo potestad de este tribunal realizar tal clasificación, selección que deberá hacerla con absoluta responsabilidad el órgano legitimado al momento de realizar la convocatoria a los concursos de méritos y oposición, debiendo aplicar para ello la Norma Técnica para Aplicación de los concursos de Mérito y Oposición dispuestos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19.

La legitimada pasiva omite dar cumplimiento a la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario a la accionante, a pesar de que es una servidora pública del Hospital José María Velasco Ibarra, que tiene nombramiento provisional, quien ha demostrado haber estado al frente de pacientes con COVID-19 y ha laborado en tiempo de la pandemia poniendo en riesgo su salud y vida, así lo ha aseverado el Msc. Alex Araujo y el Ing. Jhonathan Lee Rosales Santamaría, Gerentes del Hospital José María Velasco Ibarra, en el año 2020 y 2021, quienes manifiestan que la accionante Cárdenas Pamela brindó atención directa a 4 pacientes ambulatorio con diagnóstico de PCR de COVID-19 POSITIVO. Pese a estas situaciones el legitimado pasivo

no ha considerado lo determinado en la ley, transgrediendo la norma; esto es, no llamado al concurso a pesar de la disposición expresa de normas previas, claras y públicas, a pesar de no haber sido invocado por la demandante, sin sustento fáctico, indudablemente que se ha violentado la Seguridad jurídica.

9.2 LA GARANTÍA DE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS:

El Hospital José María Velasco Ibarra, es una institución pública, por ende, las actuaciones de sus representantes deben estar enmarcadas en los principios constitucionales señalados en el Art. 227 de la Norma Suprema, como son:

^a (1/4 servicio a la colectividad, eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación^o .)

De la misma forma, el Art. 229, ibídem, dice:

^a Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables (1/4)^o .

En función de esto, y al tenor de lo señalado en el Art. 76 de la Constitución de la Republica, que señala al debido proceso como una garantía al derecho de protección de las personas, tenemos el numeral 7 literal 1) que consagra la garantía de la motivación de las resoluciones de los poderes públicos ; y puntualmente dice que:

^a No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos.^o .

Respecto de la garantía de la motivación, la Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 024-13-SEP-CC, caso No. 1437-11-EP del 07 de junio del 2013, ha dicho:

"Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto".

La motivación de las decisiones que emanan de los funcionarios de los poderes públicos, aparece como un instrumento que evita la arbitrariedad, puesto que exige a los servidores del poder público, la mejor explicación posible basada en la ley y en los hechos, de las decisiones; a efectos de que sean aceptables y comprensibles a los sujetos a quienes van dirigidas y a la sociedad en su conjunto.

Para cumplir con tal objetivo, se ha establecido que para que la decisión sea motivada, debe tener las condiciones mínimas de ser razonable, lógica y comprensible; lo cual significa que la misma se debe exponer conectando los enunciados normativos, con los hechos y los deseos de solucionar los conflictos presentados, lo que a su vez implica oportunidad, adecuación y conveniencia de los enunciados normativos utilizados.

Una decisión que se pueda calificar de razonable, es aquella fundada en una razón jurídica que guarde conformidad con los principios constitucionales; es decir, la razonabilidad en el proceso de aplicación de la normativa requiere de un proceso previo de interpretación teleológica y sistemática de las normas por parte de la autoridad.

En cambio, la adecuación, depende en forma directa del tipo de resolución que se debe motivar, lo que, a su vez, se conecta al tipo de proceso o procedimiento que se sustancia. Así, una resolución debe utilizar las normas que correspondan al objetivo que busca el proceso que la precedió.

En el presente caso, la omisión de no haberse convocado a la Accionante, al concurso público de méritos y oposición, de conformidad a lo que establece el Art. 25 de la LOAH y su Disposición Transitoria Novena, infringe el debido proceso como una garantía al derecho de protección de las personas, la accionante ha manifestado que la autoridad pública accionada ha hecho caso omiso a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, es decir que no existe, hasta el momento, proceso alguno referente al concurso público de merecimientos y oposición para el cargo que pretende la accionante, resultando ilógico y contradictorio teniendo como consecuencia la trasgresión al derecho constitucional de la motivación.

En consecuencia, la parte accionada el haber omitido el cumplimiento de su obligación convocar a la accionante al concurso que le permita el acceso a esa garantía excepcional de estabilidad consagrada en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, puesto que impide un ejercicio pleno del derecho al trabajo, sometiendo a la funcionaria a una situación de zozobra y preocupación, más aun que es una servidora pública en situación vulnerable (embarazada); habiéndose por parte de la autoridad pública impedido, entonces, el desarrollo personal y profesional adecuado de la Accionante, durante todo el tiempo que no cumplió con su obligación. En este caso, se realiza un análisis constitucional de la omisión de no llamar o convocar a concurso de méritos y oposición tal como lo señala la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario; garantía que no ha sido adecuadamente analizada por la Jueza constitucional de primer nivel en la sentencia de marras, consecuentemente es una sentencia inmotivada.

DÉCIMO: RESOLUCIÓN: Por las consideraciones expuestas, este tribunal de Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Napo, ADMINISTRANDO JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve:

10.1.- Aceptar el recurso de apelación presentado por la accionante SILVANA PAMELA CÁRDENAS MACÍAS, y revocar la sentencia de fecha 5 de abril de 2021, las 16h56.

10.2.- Se declara la vulneración de los derechos constitucionales: a.- El Derecho a la Seguridad Jurídica consagrado en el Art. 82 de la Constitución de la República.

10.3.- REPARACIÓN INTEGRAL. - De conformidad a lo establecido en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que consagra: *“en caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación^{1/4}°*; y, valorando lo manifestado por la Accionante en Audiencia. Se dispone las siguientes MEDIDAS DE REPARACIÓN:

10.3.1.- En el término de 15 días, el Hospital José María Velasco Ibarra del Ministerio de Salud Pública a través de las entidades, órganos, unidades, coordinaciones o direcciones que corresponda, convoque al concurso público de méritos oposición que corresponde al cargo para el que se extendió el NOMBRAMIENTO PROVISIONAL a la Accionante, como TECNÓLOGO MÉDICO DE LABORATORIO 2, Servidor Público 4, de conformidad a lo establecido en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, respetándose el debido proceso.

10.3.2.- Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral anterior, dentro del mismo tiempo, la Institución deberá realizar todas las reformas que sean necesarias dentro de su presupuesto con la finalidad de disponer del financiamiento necesario.

10.4.- Del seguimiento de lo resuelto, se delega al Señor Delegado de la Defensoría del Pueblo en la provincia de Napo, conforme lo establecido el Art. 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Ejecutoriada esta sentencia, remítase copia certificada a la Corte Constitucional, de conformidad con lo ordenado en el Art. 25 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁷.

⁷ LOGJyCC.- Art. 25.1.- Selección de sentencias por la Corte Constitucional.- Para la selección de las sentencias por la Corte Constitucional, se tendrán en cuenta las siguientes reglas: 1. Todas las sentencias ejecutoriadas de garantías jurisdiccionales serán remitidas

Devuélvase el expediente al Juzgado de origen. Notifíquese y Cúmplase. -

VALDIVIESO GUILCAPI JORGE ANTONIO RODOLFO
JUEZ PROVINCIAL (PONENTE)

BARROS NOROÑA HERNAN MANUEL
JUEZ PROVINCIAL

ALMEIDA VILLACRES MERCEDES
JUEZA PROVINCIAL

en el término de tres días contados a partir de su ejecutoría a la Corte Constitucional, para su conocimiento y eventual selección y revisión.