



Juicio No. 11333-2020-00875

JUEZ PONENTE: AGUIRRE TORRES MARCO BORIS, JUEZ PROVINCIAL (PONENTE)

AUTOR/A: AGUIRRE TORRES MARCO BORIS

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA. Loja, lunes 28 de septiembre del 2020, las 16h27. **Caso Nro.- 11333-2020-00875- PONENTE: Dr. Marco Boris Aguirre Torres**

VISTOS: PRIMERO.- PARTES PROCESALES: 1.1.- ACCIONANTE: Diego Sebastián Morocho Araujo; **1.2.- ACCIONADOS:** Procuraduría General del Estado, en la persona de la Delegada Regional en Loja, Abg. Ana Cristina Vivanco; Director General y Director Zonal 7 del Servicio Nacional de Gestión de Riesgos, representados por el Mgs. Rommel Ulises Salazar Cedeño y Ángel Medardo Serrano Amaya, respectivamente en su orden;

SEGUNDO.- ANTECEDENTES.- El presente caso llega a conocimiento de esta Sala por la interposición del recurso de apelación presentado por la parte accionada y la parte accionante, de la sentencia de primer nivel;

TERCERO.- ANÁLISIS DE FORMA:

3.1.- COMPETENCIA.- De conformidad a los Arts. 86, 167, 172 y 186 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el Art. 208 del Código Orgánico de la Función Judicial y Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el Tribunal de esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso interpuesto por la parte procesal accionante.

3.2.- VALIDEZ PROCESAL.- De la revisión del expediente se evidencia que la parte accionada ha sido legalmente notificada con el contenido de la presente demanda, a fin de que pueda preparar su

defensa y ejercerla de manera efectiva. Las partes procesales, que han comparecido al proceso, han tenido la oportunidad procesal de presentar sus pruebas de cargo y de descargo, así como la posibilidad cierta de contradecirlas. En concreto se han respetado todas y cada una de las garantías básicas del debido proceso establecidas en el Art. 76 de la Constitución de la República, bajo el título de Derechos de Protección, en consecuencia al no existir violación de solemnidad alguna que pudiese generar nulidad, se declara la validez del presente proceso.-

CUARTO: ANÁLISIS DE FONDO.-

4.1 ARGUMENTOS DEL ACCIONANTE: Obran in extensu (en su totalidad), en el escrito de demanda constante a fojas 14 a 31 del proceso, y que en resumen alega:

^aDe la documentación que adjunta, viene a conocimiento que ingresó a laborar en la Secretaría de Gestión de Riesgos en la ciudad de Loja, el 1 de diciembre del año 2016 (consolidado de aportaciones al IESS), en las funciones de Analista de Análisis de Riesgos Zonal 2, esto en la Coordinación Zonal de Gestión de Riesgos Zona 7, con una remuneración mensual de USD. 1.212 dólares mensuales; 2.2. La Sra. Susana Dueñas de la Torre, Secretaria de Gestión de Riesgos, en su calidad de Autoridad Nominadora, así como el Dr. Roberto Monard Rodríguez, en su calidad de Responsable de Recursos Humanos, de la Secretaría de Gestión de Riesgos, mediante Acción de Personal Nro. SGR-DARH-CZ-2016-0122 de fecha 30 de noviembre de 2016, le otorgan el NOMBRAMIENTO PROVISIONAL en el cargo de Analista de Análisis de Riesgos Zonal 2, esto en la Coordinación Zonal de Gestión de Riesgos Zona 7, lugar de trabajo Loja, sueldo \$1212,00, partida presupuestaria: 2016034700000005700000001000511100001000000 00-45; la misma que rigió desde el mismo 01 de diciembre de 2016. En la EXPLICACIÓN de dicha acción de personal se establece: "De conformidad al Decreto Ejecutivo N.-1008, de fecha 04 de mayo de 2016, y en base a lo dispuesto en el Art. 18 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público, se procede a emitir el Nombramiento Provisional al Ing. Diego Sebastián Morocho Araujo para ocupar el puesto de ANALISTA DE ANÁLISIS DE RIESGOS ZONAL2, a partir del 01 de diciembre de 2016, hasta la declaratoria de ganador del respectivo concurso de méritos y oposición."; 2.3. Durante el tiempo que laboró en dicha institución, nunca fue llamado la atención, sancionado o se instauró algún sumario administrativo en su contra o sanción por aplicación de régimen disciplinario; al contrario la institución, en virtud de su buen desempeño, le otorgó

responsabilidades adicionales como "Responsabilidad de la Unidad de Gestión de la Información y Análisis de Riesgos de la Coordinación Zonal 7º, de acuerdo al Memorando Nro. SGR-CZ7GR-2017-1119-M, cuya copia adjunta; 2.4. Durante casi cuatro años laboró normalmente en el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias, anteriormente Secretaría de Gestión de Riesgos en la ciudad de Loja en calidad de ANALISTA DE ANÁLISIS DE RIESGOS ZONAL2 con una RMU de 1.212 dólares mensuales, y hasta la presente fecha no se ha otorgado nombramiento definitivo al cargo que ocupó, ni se ha suprimido la partida del mencionado cargo; 2.5. Con estos antecedentes procede a narrar y demostrar la violación de sus derechos constitucionales a la SEGURIDAD JURÍDICA, AL DEBIDO PROCESO EN LA GARANTÍA DE LA MOTIVACIÓN Y LA VULNERACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO.- Ocorre que con fecha 31 de Mayo de 2020 recibe mediante QUIPUX el Memorando Nro. SNGRE-SNGRE-2020-0338-M, suscrito electrónicamente por el DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE GESTIÓN DE RIESGOS Y EMERGENCIAS, Mgs. Rommel Ulises Salazar Cedeño, mediante el cual se da por terminado su nombramiento provisional al 31 de mayo de 2020, con el siguiente texto en la parte pertinente: "En cumplimiento a lo dispuesto y en atención a las directrices presupuestarias frente a la emergencia sanitaria emitidas por el Ministerio de Finanzas (mismas que son de conocimiento público), el Servicio Nacional de Gestión de Riegos y Emergencias, ejecuta un proceso de optimización de su presupuesto institucional, siendo necesario dar por terminado su nombramiento provisional al 31 de mayo de 2020.º. Es evidente que no existe motivación EN EL MEMORANDO NRO. SNGRE-SNGRE-2020-0338-M, de fecha 31 de mayo de 2020, suscrito electrónicamente por el DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE GESTIÓN DE RIESGOS Y EMERGENCIAS, Mgs. Rommel Ulises Salazar Cedeño, consecuentemente es totalmente autoritario, se reviste de total ilegalidad, es nulo de nulidad absoluta por justamente no encontrarse debidamente motivado y fundamentado conforme lo exige el Art. 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador. En dicho acto administrativo no se enuncia la pertinencia o principios jurídicos en que se funda. Se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo, al debido proceso, así como el derecho a la seguridad jurídica, garantizada en el Art. 82 de la Carta Magna, por cuanto el nombramiento provisional expedido a su favor mediante la mediante Acción de Personal Nro. SGR-DARH-CZ-2016-0122 de fecha 30 de noviembre de 2016, se circunscribe en aquellos nombramientos determinados en el literal c) del Art. 18 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público que señala: "Excepciones del Nombramiento provisional.- Se podrá expedir nombramiento provisional en los siguientes casos: " c) Para ocupar un puesto cuya partida estuviera vacante hasta obtener el

ganador del concurso de méritos y oposición, para cuya designación provisional será requisito básico contar con la convocatoria. Este nombramiento provisional se podrá otorgar a favor de una servidora, un servidor o una persona que no sea servidor siempre que cumpla con los requisitos establecidos para el puesto.º; 2.6 Cita parte de las resoluciones de los procesos: Nro. 11904-2020-00007, emitida por la Sala Civil, Mercantil, Laboral y Familia de la Corte Provincial de Justicia de Loja. Nros. 11203-2019-00904; 11331-2015-00249 y 11310-2017- 00164, emitidas por la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y de Tránsito de La Corte Provincial de Justicia de Loja, en casos que dice se trató de hechos idénticos, en los que se reconoce la vulneración de los derechos a la seguridad Jurídica, motivación y al trabajo.- De acuerdo a la jurisprudencia invocada, para que sea procedente haberle cesado en sus funciones, lo correcto era que se haya ya otorgado nombramiento al ganador del concurso de méritos y oposición de su cargo, o que yo hubiera incurrido en lo establecido en el Art. 41 de la Ley Orgánica de Servicio Público, determinándose mediante un sumario administrativo en su contra, situación que no ha sucedido; 2.7 Señala además como vulnerado el derecho a una vida digna que asegure la salud, alimentación (...) trabajo, empleo; 2.8 Cita los artículos 88 de la Constitución de la República; 66.2 ib; 11 ib numerales, 3, 6, 9. La SENTENCIA de Corte constitucional con carácter de vinculante Nro. 001-16-JPO-CC expedida el 22 de marzo de 2016 en el caso Nro.0530- 10-PJ, sobre el alcance del contenido de los numerales 1 y 3 del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional referentes a la vulneración o no de un derecho constitucionalmente reconocido y la inexistencia de otras vías adecuadas y eficaces en la justicia ordinaria; la sentencia Nro. 014-13-SEP-CC, caso Nro. 0470-12- EP, respecto a la distinción del objeto de la acción de protección y los procesos de impugnación en sede contencioso-administrativa; 2.9 Anuncia como medios de prueba, los siguientes: Copia de la Acción de Personal Nro. SGR-DARH- CZ-2016-0122 de fecha 30 de noviembre de 2016, mediante la cual se le otorgó el NOMBRAMIENTO PROVISIONAL; copia de la resolución No.SGR-DARH-CZ-093-2016, mediante la cual se emitió su nombramiento provisional; copia del Memorando Nro. SNGRE-SNGRE-2020-0338-M, suscrito electrónicamente por el DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE GESTIÓN DE RIESGOS Y EMERGENCIAS, Mgs. Rommel Ulises Salazar Cedeño, mediante el cual se da por terminado su nombramiento provisional al 31 de mayo de 2020; consolidado de mis aportaciones al IESS; memorando Nro. SGR-CZ7GR-2017-1119-M de fecha 30 de agosto del 2017 mediante el cual se le otorgó la Responsabilidad de la Unidad de Gestión de la Información y Análisis de Riesgos de la Coordinación Zonal 7. Solicita se disponga a los accionados, que a la fecha, día y hora de la audiencia, presenten la CERTIFICACIÓN si la institución ha otorgado nombramiento

definitivo al ganador del concurso público de méritos y oposición para ocupar el cargo que ha venido ocupando, esto es el de Analista de Análisis de Riesgos Zonal 2, esto en la Coordinación Zonal de Gestión de Riesgos Zona 7, lugar de trabajo Loja, partida presupuestaria: 201603470000000570000000100051110000100000000-45.- 3. PRETENSIONES JURÍDICAS.- Que mediante sentencia, se acepte la presente acción de protección y se declare la violación y vulneración a sus derechos constitucionales en las garantías del debido proceso, en la motivación que prevé el literal 1) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República; seguridad jurídica (Art. 82 CRE) y al trabajo (Art. 33 CRE); ordenando la reparación material e inmaterial de la siguiente manera: a) Se deje sin efecto el Memorando Nro. SNGRE-SNGRE-2020-0338-M, suscrito electrónicamente por el DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO NACIONAL DE GESTIÓN DE RIESGOS Y EMERGENCIAS, Mgs. Rommel Ulises Salazar Cedeño, mediante el cual se da por terminado su nombramiento provisional al 31 de mayo de 2020, por falta de motivación. Consiguientemente se ordene su reintegro al cargo que vine ocupando, del cual posee nombramiento provisional, hasta ser en legal y debida forma remplazado por la persona que sea declarada ganadora del Concurso de Méritos y Oposición, al tenor de lo dispuesto en el literal c) del Art. 18 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público; b) A modo de reparación integral, se disponga el pago las remuneraciones que dejó de percibir desde que salió de la institución hasta la fecha que se reintegre, así como también se ordene la devolución de los gastos en los que ha incurrido en esta defensa; c) Se disponga el seguimiento del cumplimiento de la sentencia en todas sus partes, al señor Defensor del Pueblo de Loja.º

4.2.- ARGUMENTOS DE LA PARTE ACCIONADA: En la audiencia pública de acción de protección del presente proceso, la parte accionada, se oponen a la acción incoada, señalando en resumen lo siguiente:

a) SERVICIO NACIONAL DE GESTIÓN DE RIESGOS:

Señala fundamentalmente lo siguiente :

^a *improcedencia de la acción, con las siguientes aseveraciones: El legitimado activo es el señor Morocho, con nombramiento provisional dentro de la institución, este nombramiento tiene una característica especial, el literal b) del artículo 17 del Reglamento de la LOSEP dice lo siguiente: son nombramientos provisionales aquellos otorgados para ocupar temporalmente los puestos determinados en el artículo 17 de la LOSEP, comillado ^a No generan derecho de estabilidad a la o al servidor público°. De igual manera el artículo 83 de la LOSEP expresa que las servidoras y servidores públicos excluidos de la carrera del servicio público, exclúyase del tema de carrera del servicio público a las o los servidores de libre nombramiento y remisión y de nombramiento provisional. También dice la LOSEP y la Constitución que para entrar al servicio público se deberá ganar un concurso de merecimientos y oposición , este concurso al haberlo ganado genera el derecho de estabilidad del servidor, el señor Ingeniero Morocho en ningún momento ha participado concurso de merecimientos dentro de la institución, lo que se le ha dado es un nombramiento provisional y no genera ningún derecho de estabilidad. De igual manera se explica que el acto administrativo emitido por el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias no ha sido motivado, esto carece de verdad puesto que existe el informe técnico correspondiente el cual se fundamentan todas las formas y requisitos para haber tomado la decisión de desvinculación del ingeniero Morocho Araujo Diego Sebastián; se utiliza como base legal el numeral 1 del artículo 154 que habilita a las autoridades y ministros emitir la reglamentación para el normal desenvolvimiento de la institución, de igual manera el artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público que establece dentro del sector publico y carrera de servicio con el fin de obtener la eficiencia mediante la implementación del sistema de méritos y oposición que garantice la estabilidad de los servidores idóneos, conforme lo dispuesto en la Constitución de la Republica, de igual manera el artículo 85, 83, el 17 del Reglamento referido. El análisis técnico dice lo siguiente: el señor Presidente Constitucional de la Republica dispuso la implementación de normas de optimización y austeridad del gasto publico, referente al gasto permanente y no permanente su aplicación es de carácter obligatorio para todas la instituciones adscritas en el 225 de la Constitución, la Secretaria Técnica de Planificación emitió directrices para la reorganización institucional, esta es una institución que está en una reorganización puesto que recién en el año 2017 adquirió la calidad de servicio. El Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias para el año 2020 recibió una asignación presupuestaria por parte del Ministerio de Economía y Finanzas en relación al periodo fiscal 2019 por lo que se ha visto en la obligación de realizar ajustes al grupo de egresos 51000. Todos somos testigos, todos lo sabemos que este país está en una crisis económica y lastimosamente algunos tenemos que sufrir esas consecuencias, de igual manera se expresan todos los fundamentos de hecho y de derecho que posibilitan la supresión de la partida y desvinculación del señor ingeniero Morocho, las conclusiones de este informe técnico dice: Cabe indicar que de acuerdo a lo expuesto en la Ley Orgánica de Servicio Publico y su Reglamento*

los nombramientos provisionales no generan derechos de estabilidad a la o el servidor, y que el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias no ha convocado a concursos de méritos y oposición debido a que nos encontramos en proceso de reestructuración institucional según decreto ejecutivo 534 y la disposición transitoria decima quinta de la Ley para Fomento Productivo, atracción y generación de empleo, lo que dispone suspender concursos de méritos y oposición para las entidades en reestructuración. Es pertinente señalar que la desvinculación del ingeniero Morocho Araujo Diego Sebastián, de analista de análisis de Gestión de Riesgos II servidor publico 5 a la fecha 31 de mayo del 2020, no implica ingresar nuevo personal de remplazo debido al ajuste del grupo de egresos 51000, más bien sus funciones han sido redistribuidas en atención al oficio MESVGS2020-03 de fecha 16 de abril del 2020 del Ministerio de Finanzas respecto a las directrices presupuestarias. La acción es improcedente, porque el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, expresa que la acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos 1.- Violación de un derecho constitucional, , Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. El artículo 42 de esta misma ley expresa también que la acción es improcedente cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada y eficaz, en estos casos de manera sucinta la jueza o juez mediante auto declara inadmisibile la acción y especificara la causa por la que no procede la misma. En el artículo 90 de la LOGJCCC , la servidora o servidor publico sea o no de carrera tendrá derecho a demandar el reconocimiento y reparación de los derechos que consagra la Ley en el termino de 90 días contados desde la notificación del acto administrativo sin perjuicio de las acciones constitucionales que tiene derecho, la demanda se presentara ante la Sala Distrital de lo Contencioso Administrativo del lugar donde se originó el acto administrativo impugnado o del lugar donde ha generado efecto dicho acto, este derecho podrá ser ejercitado por el servidor sin perjuicio de requerir a la entidad publica que revea el acto administrativo que lesiona sus derechos; el accionante no ha recurrido a la institución no ha protestado sobre la emisión de esta resolución, si no que directamente ha optado por presentar esta acción de protección y a la luz de las disposiciones legales señaladas es improcedente. El artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial que dice: ATRIBUCIONES Y DEBERES.- Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo: Conocer y resolver las controversias que se suscitaren entre la administración pública y los particulares por violación de las normas legales o de derechos individuales, ya en actos normativos inferiores a la ley, ya en actos o hechos administrativos, siempre que tales actos o hechos no tuvieren carácter tributario; el juez natural de esta causa son los señores jueces de los tribunales de lo contencioso administrativo. Efectivamente el accionante en toda su vida profesional ha demostrado capacidad, el hecho de haber eliminado o procedido a su desvinculación no es ninguna sanción, es una atribución

de la autoridad nominadora.-^a

b) PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO: El abogado Delegado de la Procuraduría General del Estado, en esencia señala:

^a la acción es improcedente bajo los siguientes argumentos: La Procuraduría General del Estado interviene en la presente acción de protección en base a lo dispuesto en los artículos 2, 3 y 5 de nuestra ley orgánica. Amparado en los principios de celeridad procesal, economía procesal me voy a referir única y exclusivamente al objeto de la acción de protección: El accionante trabajó bajo nombramiento provisional en la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias, ese hecho es ineludible y no esta en discusión, lo que está en discusión es el hecho de la terminación de ese nombramiento provisional y la terminación de ese nombramiento provisional es en base a la austeridad; ese punto es al que me voy a referir única y exclusivamente puesto que es el objeto de esta acción de protección. El abogado del accionante dicer que ha presentado cuatro casos y dos de ellos casi similares o idénticos lo que no es verdad primero porque esos casos no son de jurisprudencia obligatoria para su autoridad puesto que son criterios de la sala, y la sala tiene criterios contradictorios así ya también va a encontrar que la secretaria presentó otras resoluciones de la sala donde dice lo contrario; y, por qué no son iguales, por que con lealtad procesal el mismo accionante manifestó o leyó lo que dice el memorando que llegó mediante quipus el 338, en la parte pertinente: En cumplimiento a lo dispuesto y en atención a las directrices presupuestarias frente a la emergencia sanitaria emitidas por el Ministerio de Finanzas mismas que son de conocimiento público el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias ejecuta un proceso de optimización de presupuesto institucional siendo necesario dar por terminado su nombramiento provisional al 31 de mayo del 2020, esta es la razón de esta terminación del nombramiento provisional lo que no tiene nada que ver con las otros terminaciones de los nombramientos provisionales, es por eso que yo quiero aclarar de que no se trata de los mismos motivos de los otros casos; todos conocemos la pirámide de Kelsen y yo la tengo muy clara constitución, leyes pero

también habla de los decretos y los acuerdos que si bien es cierto son inferiores ante la ley y la constitución pero son de obligatorio cumplimiento, es así que el presidente de la república ya desde el año 2017 publicó en el Registro Oficial suplemento 76 el decreto ejecutivo 135 donde dispone las normas de optimización y austeridad del gasto público, estamos hablando del año 2017, posteriormente existe un acuerdo interinstitucional este acuerdo es muy importante para todas las instituciones del servicio que están bajo el ejecutivo y firmado por la Secretaria de Planificación y Desarrollo SEMPLADES, el Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio de Trabajo, donde este acuerdo interinstitucional dispone el mecanismo o procedimiento para la optimización del decreto antes indicado, este acuerdo está publicado en el Registro Oficial suplemento número 4 del 25 de julio del 2019; ya vamos con dos elementos fundamentales donde dice que todas las instituciones del sector público tienen la obligación de realizar la optimización de puestos, posteriormente tenemos el Acuerdo Ministerial MDT0124 dictado por el Ministro de Trabajo el Ab. Luis Arturo Poveda Velazco, con fecha 11 de junio donde ya dispone el cumplimiento obligatorio para todas las instituciones del estado señaladas en el Art. 225 de la Constitución de la República del Ecuador y el Art. 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público de que tienen la obligación de acatar estos acuerdos y estos decretos, y el más importante creo yo a mi entender es el circular presentado o emanado por el Viceministro de Economía del Ministerio de Finanzas señor Fabián Aníbal Carrillo Jaramillo, donde mediante oficio circular número MEF -BGF-2020-013 de fecha 16 de abril, suscrito en Quito ya ordena o dispone a todas las autoridades del sector público las directrices para el segundo trimestre del ejercicio fiscal 2020. Todo esto se da por lo que ya es conocido el tema este de la pandemia mundial del covid 19 donde está también lamentablemente el Ecuador inmiscuido que tenemos un gran déficit presupuestario y toco el recorte a todas las entidades del sector público, finalmente para ello señora jueza el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencia emite el memorando número NGDE-2020-0338 de fecha 31 de mayo del 2020 donde hace conocer el informe técnico para la desvinculación del ingeniero hoy accionante, eso vendrían a ser los fundamentos de derecho por lo que el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias dio por terminado el contrato. Por qué no procede la acción de protección, no procede porque la acción de protección en el Art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determina los requisitos y estos son cuando haya violación de un derecho constitucional, en el presente caso no ha habido violación del derecho constitucional puesto que el hoy accionante mantenía nombramiento provisional, y este nombramiento provisional no es otra cosa que una mera expectativa que él tenía de que en algún momento la entidad convoque a un

concurso de méritos y oposición, pero esto tampoco al momento que convoque lo catapultaba a ser el ganador, el tenía que participar en ese concurso e incluso lo podía perder no necesariamente tenía que ganarlo obviamente tenía muchas más posibilidades que otra persona por que ya conocía el puesto porque ya estaba en la institución pero eso no le daba la obligatoriedad a la institución de hacerlo quedar como triunfador o ganador es por eso señora jueza que la Corte Constitucional en sentencia de Nro. 184 -14-SEP- caso 2127-11-EP diferencia claramente lo que corresponde a un derecho adquirido y a una mera expectativa, obviamente un derecho adquirido es para un funcionario de carrera el tiene ya un derecho adquirido, el caso que nos ocupa estamos hablando de un nombramiento provisional donde única y exclusivamente hace o tiene una mera expectativa, legítima si pero mera expectativa y para ello dice la Corte que las expectativas legítimas son situaciones que no están consolidadas y por omisión o incumplimiento de ciertos requisitos previstos en la ley para surtir plenos efectos, por tal razón ella solamente existe en las esperanzas que no constituyen derechos ni eventuales siquiera es decir corresponde a las situaciones de hecho más que situaciones jurídicas, son intereses que no están jurídicamente protegidos por lo tanto seden ante una nueva disposición que puede dejarla sin efecto es decir se puede modificar sin que esto implique vulneración de derechos. Concretando el pedido de que esta acción de protección sea rechazada por improcedente en base a lo dispuesto en el Art. 42 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional debo terminar diciéndole que no puede permanecer en el puesto a la espera de la creación de una partida y que se llame a un concurso de méritos y oposición lo cual en el tiempo y en el espacio actual resulta imposible por los recortes de personal que son de conocimiento público como consecuencia de la pandemia por el covid 19 que limita los recursos del Estado ecuatoriano para mantener a muchas personas en estos puestos, que es lamentable, pero lamentablemente las instituciones públicas están en la obligación de acatar estos decretos y acuerdos que están en plena vigencia y son de conocimiento público. Por lo expuesto solicito una vez más se rechace esta acción de protección.º

4.3.- DECISIÓN DE LA JUZGADORA CONSTITUCIONAL DE PRIMER NIVEL.-

La señora jueza de primer nivel, en su pronunciamiento judicial que obra de fojas 129 a 140 del proceso, ^aACEPTAº la presente acción de protección, por los razonamientos constantes en dicha sentencia.

4.4.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADOS POR LA PARTE ACCIONADA ASÍ COMO LA CONTRADICCIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN DEL ACCIONANTE.-

DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO DE GESTIÓN DE RIESGOS:

Inconforme con dicha resolución, la accionada ha presentado recurso de apelación, impugnando la sentencia expedida por el señor Juez Constitucional de primer NIVEL.- En concreto, la accionante, en la audiencia respectiva, donde fueron escuchadas las partes en igualdad de condiciones, ante este Tribunal Constitucional de Apelación, en esencia para cuestionar la sentencia de primer nivel repite los fundamentos de la demanda, de manera esencial, señala que la acción es improcedente, en virtud que la vía idónea es la contenciosa administrativa. La acción de protección de última ratio. El accionante no tiene derecho a la estabilidad laboral, mas bien se benefició de un contrato. En el memorando que se lo desvincula al hoy accionante no consta el informe técnico, y no hay constancia, día y hora, que ese informe haya sido notificado al accionante. Sin embargo ese informe se agregó al proceso. La desvinculación obedeció a razones de planificación que se explican en el informe técnico a que se ha hecho alusión. Señala que no procede el pago de honorarios, ya que para proponer una acción de protección no se necesita de abogado particular. Pide se revoque la sentencia de primer nivel, y se acepte la acción de protección planteada y la reparación correspondiente.

PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO.-

Este debe resolverse de forma privativa por la vía contenciosa administrativa, la acción de protección no es la vía correcta para resolver el presente caso conforme lo determina la Ley Orgánica de garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y que no debe ordenarse ningún pago de honorarios, pues son acciones que no requieren del patrocinio de un abogado.

4.5.- EJERCICIO DE LA CONTRADICCIÓN POR LA PARTE ACCIONANTE Y

FUNDAMENTACIÓN DE SU RECURSO DE APELACIÓN:

En esencia, la parte accionante, vuelve a señalar los argumentos que utilizaron para sustentar su demanda de acción de protección, considerando que la sentencia de primer nivel es correcta, además de razonable, lógica y entendible y piden que se la ratifique en su mayor parte, pidiendo que únicamente sea reformada en lo atinente que se ordene el pago de los gastos de defensa en que ha incurrido el accionante así como que el pago de las remuneraciones se lo haga desde la fecha en que salió de la institución hasta la fecha de su efectivo reintegro .

QUINTO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE LA SALA:

5.1- NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN:

La norma legal que rige la materia de manera clara se ha encargado de señalar con precisión cuál es la finalidad de las garantías jurisdiccionales, y es así que en el Art. 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, señala ^a **Art. 6.-** *“Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación”*.

5.2.- DOCTRINA CONSTITUCIONAL: Como la parte accionada ha emitido su pronunciamiento sobre que la acción de protección es improcedente cuando existe otra vía para reclamarla, y así también lo ha expresado la Jueza a quo, en su sentencia, es necesario citar, lo que la Dra. PhD. Karla Andrade Quevedo, en la Obra ^a **Manual de Justicia Constitucional**^o refiere en relación a estos aspectos, en sus páginas 111 a 120. La Corte Constitucional: ^a *en su sentencia de precedente constitucional obligatorio n.º001-010-JPO-CC, la Corte hizo una primera aproximación respecto de la naturaleza y procedencia de la acción de protección, y estableció lo siguiente: [1/4] las garantías jurisdiccionales, específicamente la acción de protección, proceden cuando del proceso se desprenda la vulneración de derechos constitucionales provenientes de un acto de autoridad pública no judicial, vulneración que debe ser declarada por el juez constitucional vía sentencia [1/4]*

*La acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente la vía administrativa.¹² A partir de entonces, la Corte Constitucional ha mantenido este criterio y lo ha ido desarrollando. Desea que no lo ha hecho en sentencias de precedente constitucional para esta garantía jurisdiccional. De caso a caso ha ido estableciendo algunos conceptos y determinando cuándo se trata de un asunto susceptible de ser conocido mediante una acción de protección y cuándo se debe acudir a la justicia ordinaria para la solución de una controversia. En su más reciente pronunciamiento acerca de la acción de protección, la Corte Constitucional del Ecuador, de forma categórica, ha manifestado que: Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia n.º 001-10-JPO-CC, de 22 diciembre 2010, dentro del Caso n.º 999-09-JP. [1/4] la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria.¹³ (Énfasis añadido.) De modo que el máximo órgano de interpretación constitucional de nuestro país ya ha determinado claramente que cuando ocurre una vulneración de un derecho constitucional la única vía posible es la acción de protección. No existe, por tanto, otra vía idónea o eficaz puesto que la Constitución de la República ha sido clara en determinar que esta garantía opera únicamente para el amparo de derechos reconocidos en la Constitución. Por tanto, si existe otra vía posible que además resulta adecuada o eficaz es probablemente porque no se trata de un derecho de índole constitucional y el ordenamiento jurídico ha establecido para ella un procedimiento específico. Por tanto, de acuerdo con lo determinado por la jurisprudencia constitucional, la acción de protección no constituye una acción que se pueda escoger como vía frente a cualquier vulneración de un derecho, sino únicamente para aquellos derechos de fuente constitucional; **las controversias que se suscitan en el ámbito de la legalidad no tienen cabida en esta acción.***

De modo que, mediante esta sentencia, la Corte nos deja ya delimitada la cancha. Usuarios, abogados y jueces tienen perfectamente definido, tanto en una dimensión positiva como negativa, cuál es la naturaleza de los derechos que encuentran protección por medio de esta garantía jurisdiccional.

La Corte Constitucional ha sido muy reiterativa señalando que cuando se trata de derechos

infraconstitucionales, el titular (Al respecto, ver Corte Constitucional. Sentencia n.º 016-13-SEP-CC, de 16 mayo 2013, dentro del Caso n.º 1000-12-EP.) del derecho vulnerado cuenta con la posibilidad de acceder a una tutela judicial efectiva, expedita e imparcial en la justicia ordinaria. Es así que la Corte Constitucional para el Período de Transición, en varias sentencias señaló que si la controversia versa sobre aplicación de normativa infraconstitucional, la persona afectada debe acudir a las instancias jurisdiccionales correspondientes pues la justicia constitucional no se encuentra facultada **para resolver problemas legales que no acarren la vulneración de derechos constitucionales. Queda descartada, por tanto, toda posibilidad de que la acción de protección sea procedente para resolver asuntos de estricta legalidad o que constituya una vía para conocer y resolver la aplicación o cumplimiento de las disposiciones infraconstitucionales o contractuales, cualquiera que sea su naturaleza, pues para ello, el ordenamiento ha previsto acciones ordinarias específicas.**¹⁴ Con esto, la Corte no solo está delimitando el alcance de esta acción, sino también la competencia de los jueces constitucionales. Por medio de la jurisprudencia constitucional se ha consolidado la idea de que un juez puede ejercer las facultades que le han otorgado la Constitución y la ley solo si verifica que en efecto se trata de un derecho constitucional, de lo contrario, la competencia no radica en él sino en la justicia ordinaria. De ese modo, la Corte Constitucional, con su jurisprudencia, les ha impuesto un importante mandato a los jueces, pues ha determinado que a la hora de conocer una demanda de acción de protección, lo primero que deberán verificar es que efectivamente se trate de un tema de constitucionalidad y no de un conflicto de mera legalidad que no afecte un derecho constitucional. **Esto constituye un elemento sumamente importante, ya que queda establecido que es al juez constitucional de instancia a quien le corresponde determinar si, por la naturaleza del derecho violentado, la vía constitucional constituye la vía idónea para la resolución de la controversia. Esto significa que si del estudio del caso concreto el juez encuentra que se trata únicamente de una controversia enmarcada en el ámbito de la legalidad, debe necesariamente señalar que existen las vías adecuadas y eficaces fuera de la justicia constitucional para que dicha controversia sea resuelta.** Esto debido a que el asunto no está dentro del ámbito de competencia constitucional, sino que se interna en el ámbito reservado a la justicia ordinaria. De tal manera que, conforme ha señalado la Corte Constitucional, será el juez quien, caso a caso, deberá analizar si se trata de la vulneración de un derecho de ámbito constitucional y de modo fundamentado determinar su competencia. **La acción de protección procede cuando se verifique una real vulneración de derechos constitucionales, con lo cual, le corresponde al juez verificar y argumentar si existe o no una vulneración de un derecho constitucional.** Es a él a quien le corresponde analizar 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 infra constitucional su conocimiento le corresponde a la justicia ordinaria.¹⁵ (Énfasis añadido.)°;

5.3.- JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.-

a) La Corte Constitucional del Ecuador en la reciente Sentencia con carácter vinculante Nro.- 001-16-PJO-CC de fecha 22 de marzo de 2016, nos ilustra: ^a *Es así que el requerimiento de la "inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado" no va orientado a impedir la activación de la justicia constitucional, sino que precautela que esta sea invocada cuando la materia que la motiva requiera verdaderamente de un pronunciamiento de esta índole y no ordinario; cuando el ámbito constitucional del derecho de las personas sea vulnerado.*

64. *En tal virtud, cuando de por medio existan vulneraciones a derechos constitucionales de las personas la vía adecuada y eficaz para la protección de ese derecho será la acción de protección. Mientras que cuando el asunto controvertido se refiera a cuestiones que aún cuando tengan como base un derecho constitucional, puedan efectivamente tramitarse en la justicia ordinaria, por referirse a la dimensión legal del derecho y contar con vías procesales creadas precisamente para ventilar esa clase de asuntos, verbigracia los derechos patrimoniales, pueden ser reclamados mediante la vía civil o laboral, supuesto para el cual, es la vía ordinaria la que se debe activar y no la constitucional.*

65. *Ello porque se pretende que las garantías jurisdiccionales constitucionales de los derechos mantengan su categoría, de mecanismos útiles para de manera eficaz y urgente, superar aquellas situaciones de vulneración de derechos constitucionales de las personas, pues su generalización y empleo a cuestiones que claramente exceden su ámbito de aplicación incide negativamente en su ordinarización, perdiendo su razón de ser y afectando su esencia por cuanto se permite que mediante la justicia constitucional, se resuelvan conflictos para los cuales no fueron concebidas originalmente.*

66. *Por lo tanto, el requerimiento que hace la norma del artículo 40 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, va orientado a delimitar aquellos casos en los que cabe la invocación de la acción de protección y aquellos en los que el conflicto corresponde ser ventilado en la justicia ordinaria.°*

Para poder identificar con claridad si se trata de violaciones a derechos constitucionales o problemas que deben resolverse en vías ordinarias, nuestra Corte Constitucional, de manera didáctica y magistral,

en la jurisprudencia citada en esta sentencia nos señala:

^a A partir de lo afirmado anteriormente, surge la inquietud de cómo diferenciar cuando el asunto controvertido se refiere a problemas de índole directamente constitucional o cuándo estos deban resolverse en la vía ordinaria.

86. Al respecto, esta Corte considera que la solución que debe utilizarse, en primer lugar, es la identificación del *thema decidendum* y su correspondencia con el objeto de la acción de protección. **Es decir, cuando lo que se plantea en la demanda y se desprende de la comprobación de los hechos es una vulneración directa de derechos constitucionales, se estará ante el objeto primigenio de la acción de protección.** En cambio, cuando lo que se pretenda es la declaración de un derecho subjetivo previsto en la legislación secundaria o en general, la aplicación de una norma infraconstitucional para determinado caso o el reclamo por la falta de la misma, sin la presentación de hechos que determinen la existencia de una vulneración a derechos constitucionales, se tratará de un problema que puede ser resuelto por otras vías judiciales. 87. Este método de diferenciación entre problemas de vulneración a derechos constitucionales y problemas de aplicación de la ley, ha sido abordado por la Corte con las siguientes consideraciones:

Los juzgadores al considerar que los preceptos normativos contenidos en la LOSCCA (...) son los aplicables frente a las disposiciones de la Ley Orgánica de la Contraloría. ... en relación a las competencias de las judicaturas de los (sic) contencioso administrativo, toda vez, que ante conflictos legales la llamada a resolver estas cuestiones, conforme lo prevé la propia Constitución es la justicia ordinaria. En el caso subjudice si existe controversia sobre la normativa infraconstitucional aplicable al caso, debe la persona que se cree afectada acudir a las jurisdicciones ordinarias competentes para el caso y no a la justicia constitucional, pues ésta no se encuentra facultada para la resolución de problemas legales que no acarreen vulneraciones a derechos constitucionales.°°

La Corte Constitucional, para el período de transición, mediante la sentencia N.001-10-PJO-CC, expedida en el caso N.0 0999-09-JP, ha manifestado:

"La acción de protección procede cuando exista la vulneración de derechos constitucionales proveniente de un acto de autoridad pública no judicial, vulneración que debe ser declarada por el juez constitucional vía sentencia ... ". **Adicionalmente, ha de tenerse presente que tampoco cabe la posición de los operadores jurídicos que eludiendo su labor de jueces de garantías constitucionales, calidad de la cual se hallan investidos al conocer las acciones de garantías jurisdiccionales y aún cuando del proceso se advierte, de modo inequívoco, la vulneración de derechos consagrados en la Constitución, recurren a la trillada y en no pocas veces inmotivada alegación de que los hechos**

sometidos a su conocimiento se tratan de "asuntos de mera legalidad" y la vez, "sugiriendo" a los afectados a que acudan a las vías ordinarias (por ejemplo, la contencioso administrativa), sin reparar en que aquellas no constituyen las vías adecuadas ni eficaces para proteger y reparar de modo inmediato la afectación de derechos constitucionales. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia N.085-12-SEP-CC caso N. 0568-11-EP, ha manifestado lo siguiente:

No se trata de desconocer la competencia que tienen los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa para resolver los casos sometidos a su conocimiento por disposición de la ley; lo que debe quedar claro es que, tratándose de actos u omisiones a los que se impute vulneración de derechos constitucionales, la vía contencioso administrativa, así como las demás previstas en la jurisdicción ordinaria (que constituirían otros "mecanismos de defensa judicial") devienen en ineficaces para la protección de esos derechos ^{1/4} ^a

b) Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador Nro.-102-13-SEP-CC, de fecha 04 de diciembre de 2013, publicada en la Gaceta Judicial, publicada en el Registro Oficial del viernes 27 de diciembre de 2013:

^a Ahora bien, respecto a las alegaciones que se efectuaron sobre asuntos de legalidad, las cuales sirvieron de base para inadmitir la acción de protección, esta Corte ya ha señalado en ocasiones anteriores que si bien es claro que no es competencia de la justicia constitucional conocer asuntos de mera legalidad, es decir, el análisis de aspectos que son propios de la justicia ordinaria, sí le compete a la justicia constitucional conocer los procesos, cuando ocurran vulneraciones a derechos constitucionales. En el caso concreto, lo afirmado en la demanda respecto de que el IEES lo ha mantenido bajo una forma de precarización laboral mediante una relación laboral caracterizada por la suscripción sucesiva de varios contratos de servicios ocasionales, en relación contrastante con servidores públicos con nombramiento y de carrera, requiere de un análisis de constitucionalidad que únicamente puede ser dilucidado a través de la sustanciación del procedimiento constitucional de la acción de protección.

Así las cosas, cabe recordar que todo el ordenamiento jurídico se encuentra dirigido a la protección de derechos; por lo tanto, es indiscutible que ante la vulneración de derechos constitucionales, no cabe argumentar razones de legalidad para rechazar garantías jurisdiccionales, pues este proceder enerva la efectiva vigencia de los derechos constitucionales, ya que el objetivo de las garantías es la tutela de los derechos constitucionales. Resulta obvio que las garantías jurisdiccionales son mal utilizadas, cuando se desechan acciones de raigambre constitucional, sosteniendo que son cuestiones de legalidad, así como cuando, a la inversa, a asuntos de legalidad se les yuxtapone la justicia

constitucional.

En todo caso, si una decisión judicial rechaza una acción de protección con fundamento en que es cuestión de legalidad, dicha decisión debe sostenerse en una argumentación racional y jurídicamente fundamentada, en base a criterios que el operador de justicia se haya formado solo luego de un procedimiento que precautele los derechos constitucionales de las partes, para poder llegar así a conclusiones y establecer que la acción, efectivamente, pretendía someter a debate constitucional

cuestiones de legalidad; pero esta Corte Constitucional insiste, únicamente luego de un procedimiento, al menos rápido, en el que la parte actora pueda demostrar sus aseveraciones y la entidad accionada pueda controvertirlas, mas no en un primer auto, como el caso sub judice, en el que la juzgadora, sin justificación constitucional, se forma criterio en la primera actuación procesal, y en auto de calificación de la demanda inadmite la acción, basándose en elementos materiales de la causa.^o

c) Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador Nro.- 001-16-PJO-CC, caso Nro.- 0530-10.JP.- de fecha 22 de marzo de 2016, que en su parte pertinente, relacionada con el caso que se resuelve señala:

La Corte Constitucional, luego de un análisis acerca de las fuentes que informan esta sentencia, advierte sobre la existencia de jurisprudencia en que se desarrolla la garantía jurisdiccional de la acción de protección 001-10-JPO-CC; 013-13-SEP-CC; 016-13-SEP-CC; 043-13-SEP-CC; 102-13-SEP-CC; 006-16- SEP-CC; entre otras. Vale destacar que la jurisprudencia identificada corresponde a sentencias de jurisprudencia vinculante, así como a sentencias emitidas dentro de las acciones constitucionales que conoce la Corte Constitucional, sobre la base de que todos los criterios de la Corte Constitucional son vinculantes.

22. La Constitución de la República en su artículo 436 numerales 1 y 6, establece que la Corte Constitucional tiene la atribución de: "1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante" y "6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión".

23. El artículo 436 numeral 6 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 2 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, configuran la potestad de la Corte Constitucional para crear precedentes constitucionales en sus sentencias,

mediante el establecimiento de parámetros interpretativos de la Constitución que tienen fuerza vinculante para todos los operadores Jurídicos:

De conformidad con el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución de la República, y artículo 2, numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional, a través de la Sala de Revisión, emite sentencias que contengan jurisprudencia vinculante, o precedente con carácter erga omnes, en los casos que llegan a su conocimiento a través del proceso de selección 2.

24. Por su lado, el artículo 436 numeral 1 de la Constitución de la República determina el carácter vinculante de todas las decisiones que emita la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento, considerando que en sus sentencias el máximo órgano de la administración de justicia constitucional al ser el intérprete final y auténtico de la Constitución, desarrolla criterios interpretativos que deben ser observados por los operadores jurídicos. Esto, con el objeto de lograr la unificación en las decisiones constitucionales, evitando así la generación de criterios contradictorios en circunstancias jurídicas iguales, en atención al principio de igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley.

25. De lo cual se colige entonces que todas los criterios de decisiones jurisdiccionales, esto es sentencias de acciones extraordinarias de protección, de incumplimiento, por incumplimiento, consultas de norma, control de constitucionalidad, de interpretación constitucional, dirimencia de competencias, y dictámenes constitucionales emanados por este órgano de administración de justicia son de obligatorio cumplimiento, en virtud de que la Corte Constitucional al interpretar la Constitución al decidir cada caso crea normas jurisprudenciales que se ubican al mismo nivel que la Constitución.^o

SEXTO: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE APELACIÓN DEL CASO EN CONCRETO.-

El Tribunal Constitucional de Apelación, consideramos que la demanda de la accionante es procedente, y en consecuencia debe ser aceptada, en virtud de los siguientes razonamientos:

- 1- En el caso que resolvemos tanto la parte accionada (Servicio de gestión de Riesgos y Procuraduría) al contestar la demanda, han expuesto de manera principal que la presente

demanda contiene un asunto de mera legalidad, e igualmente que al tratarse un acto administrativo, la vía contenciosa administrativa es la que debe seguirse y que por ello resulta improcedente que sea resuelto mediante la acción de protección;

- 2- Sin embargo, de la jurisprudencia y criterios doctrinarios que se cita anteriormente, se infiere que cuando se trata de vulneraciones a derechos constitucionales, la única vía adecuada es precisamente la constitucional. En el presente caso la accionante, como eje central de su demanda refiere que al emitirse el acto administrativo que dio término a su nombramiento provisional como servidora pública, se ha vulnerado un derecho constitucional, específicamente el derecho a la seguridad jurídica, el mismo que tiene estándar constitucional, pues está previsto en el artículo 82 de la norma suprema del Estado.
- 3- Entonces, si es la vulneración de un derecho constitucional, el que alega el accionante en una demanda de acción de protección, la vía correcta para analizar y constatar si es verdadera o no esa vulneración, es precisamente la Acción de Protección al tenor de lo previsto en el Art. 88 de la Constitución de la República que nos señala: *“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”*; norma que tiene concordancia con lo previsto en el Art. 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.-
- 4- Con esta apreciación coincide la doctrina citada anteriormente (ver en esta misma sentencia ordinal 5.2) cuando la Dra. Phd. Karla Andrade Quevedo, nos señala: *“De modo que el máximo órgano de interpretación constitucional de nuestro país ya ha determinado claramente que cuando ocurre una vulneración de un derecho constitucional la única vía posible es la acción de protección. No existe, por tanto, otra vía idónea o eficaz puesto que la Constitución de la República ha sido clara en determinar que esta garantía opera únicamente para el amparo de derechos reconocidos en la Constitución.”*
- 5- Con esta apreciación también coincide la jurisprudencia Constitucional citada (ver en esta sentencia ordinal 5.3, literal b), cuando la Corte Constitucional del Ecuador nos ilustra al

respecto de la siguiente manera: ^a *esta Corte ya ha señalado en ocasiones anteriores que si bien es claro que no es competencia de la justicia constitucional conocer asuntos de mera legalidad, es decir, el análisis de aspectos que son propios de la justicia ordinaria, sí le compete a la justicia constitucional conocer los procesos, cuando ocurran vulneraciones a derechos constitucionales. En el caso concreto, lo afirmado en la demanda respecto de que el IEES lo ha mantenido bajo una forma de precarización laboral mediante una relación laboral caracterizada por la suscripción sucesiva de varios contratos de servicios ocasionales, en relación contrastante con servidores públicos con nombramiento y de carrera, requiere de un análisis de constitucionalidad que únicamente puede ser dilucidado a través de la sustanciación del procedimiento constitucional de la acción de protección.*^o

- 6- Estando claro entonces que cuando se alega la vulneración de un derecho constitucional, la vía correcta y adecuada en la cual se debe analizar y resolver respecto de esa supuesta vulneración es la constitucional, corresponde entonces entrar al análisis para determinar si efectivamente ocurrió o no la vulneración constitucional alegada, y así lo hacemos a continuación;
- 7- El accionante refiere como eje central de su demanda, que el derecho constitucional que se le ha vulnerado es la seguridad jurídica. Para poder concluir si es verdadera o no esa afirmación, tenemos que hacer un razonamiento lógico, que tenga como premisa mayor la norma que contenga el derecho a la seguridad jurídica y su definición. Como premisa menor, el hecho que se alega vulneró supuestamente esa seguridad jurídica. Y contrastando esas premisas (mayor y menor) concluir si efectivamente existió vulneración al derecho o caso contrario no la hay.
- 8- Premisa Mayor.- En el caso en concreto la premisa mayor para resolver esta demanda , donde se alega una vulneración del derecho a seguridad jurídica, va a estar constituida por el contenido de la norma constitucional que protege ese derecho, específicamente el Art. 82 de la Constitución de la República, que textualmente transcrito refiere: ^a ***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.***^o

La Corte Constitucional que es el máximo órgano de interpretación de la Constitución de la República, y que sus criterios de decisiones jurisdiccionales, son de obligatorio cumplimiento, en virtud de que la Corte Constitucional al interpretar la Constitución al decidir cada caso crea normas jurisprudenciales que se ubican al mismo nivel que la Constitución, al referirse al derecho a la seguridad jurídica en reiterados fallos, tales como los contenidos en las sentencias que ha continuación se citan, ha interpretado y explicado en qué consiste dicho derecho: ^a sentencia N.º 006-13-SEP-CC, caso N.º 061412-EP; sentencia N.º 012-13-SEP-CC, caso N.º 0253-11-EP; sentencia N.º 018-13SEP-CC, caso N.º 0201-10-EP; sentencia N.º 021-13-SEP-CC, caso N.º 0960-10-EP; sentencia N.º 029-13-SEP-CC, caso N.º 2067-11-EP; sentencia N.º 040-13-SEP-CC, caso N.º 0010-12-EP; sentencia N.º 041-13-SEP-CC, caso N.º 0470-12-EP; sentencia N.º 047-13SEP-CC, caso N.º 1608-11-EP; sentencia N.º 049-13-SEP-CC, caso N.º 1450-12-EP; sentencia N.º 051-13-SEP-CC, caso N.º 0858-11-EP; sentencia N.º 052-13-SEP-CC, caso N.º 1078-11-EP; sentencia N.º 056-13-SEP-CC, caso N.º 0159-12-EP; sentencia N.º 072-13SEP-CC, caso N.º 0886-10-EP; sentencia N.º 074-13-SEP-CC, caso N.º 2072-11-EP; sentencia N.º 078-13-SEP-CC, caso N.º 1077-10-EP; sentencia N.º 079-13-SEP-CC, caso N.º 0605-11-EP; sentencia N.º 080-13-SEP-CC, caso N.º 0445-11-EP; sentencia N.º 084-13SEP-CC, caso N.º 1607-11-EP; sentencia N.º 091-13-SEP-CC, caso N.º 1210-12-EP; sentencia N.º 100-13-SEP-CC, caso N.º 0642-12-EP; sentencia N.º 108-13-SEP-CC, caso N.º 1904-11-EP; sentencia N.º 110-13-SEP-CC, caso N.º 0690-12-EP; sentencia N.º 121-13SEP-CC, caso N.º 0586-11-EP; sentencia N.º 127-13-SEP-CC, caso N.º 0033-12-EP; sentencia N.º 131-13-SEP-CC, caso N.º 0125-13-EP; sentencia N.º 006-14-SEP-CC, caso N.º 1026-12-EP; sentencia N.º 008-14-SEP-CC, caso N.º 0729-13-EP; sentencia N.º 013-14SEP-CC, caso N.º 0594-12-EP; sentencia N.º 024-14-SEP-CC, caso N.º 1014-12-EP; sentencia N.º 037-14-SEP-CC, caso N.º 0587-12-EP; sentencia N.º 047-14-SEP-CC, caso N.º 0005-11-EP; sentencia N.º 062-14-SEP-CC, caso N.º 1616-11-EP; sentencia N.º 066-14SEP-CC, caso N.º 1431-10-EP; sentencia N.º 075-14-SEP-CC, caso N.º 2073-11-EP; sentencia N.º 077-14-SEP-CC, caso N.º 1999-11-EP; sentencia N.º 086-14-SEP-CC, caso N.º 1706-11-EP; sentencia N.º 090-14-SEP-CC, caso N.º 1141-11-EP; sentencia N.º 091-14SEP-CC, caso N.º 1583-11-EP; sentencia N.º 096-14-SEP-CC, caso N.º 0146-12-EP; sentencia N.º 203-14-SEP-CC, caso N.º 0498-12-EP; sentencia N.º 224-14-SEP-CC, caso N.º 183612-EP; sentencia N.º 229-14-SEP-CC, caso N.º 0270-11-EP; sentencia N.º 230-14-SEP-CC, caso N.º 1823-10-EP; sentencia N.º 232-14-SEP-CC, caso N.º 1388-12-EP.º

Y la misma Corte Constitucional (ver Libro ^a Desarrollo Jurisprudencial de la Primera Corte

Constitucional. Serie 7. Jurisprudencia Constitucional. Secretaría Técnica Jurisdiccional Corte Constitucional del Ecuador. Pp. 113 a 116), en esencia, sobre el derecho a la seguridad jurídica nos explica con claridad en qué consiste y cómo debemos entenderlo:

^a El mismo constituye un derecho y una garantía que permite que el contenido, tanto 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, generando de esta forma en las personas la certeza respecto al goce de sus derechos constitucionales. 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. Por lo tanto, este derecho se enlaza a la confianza de los particulares con el orden jurídico y la sujeción de todos, situación que se ve relacionada con el derecho al debido proceso en la garantía de cumplimiento de normas, como ya se ha indicado previamente.

2) Este derecho determina las condiciones que debe tener el poder estatal para producir un sistema jurídico, en cuanto a la validez y eficacia, capaz de alcanzar sus objetivos, evitando aquellos aspectos del poder que pueden dañar la seguridad del ordenamiento normativo. Es de esta manera que se constituye como un elemento esencial en la vida social, pues su observancia en cuanto a la creación y aplicación normativa en los diferentes procesos judiciales otorga

Conceptos desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, confianza no solo a quien recurre a los operadores de justicia para demandar un derecho, sino también para la persona contra quien se dirige la acción, respecto de que el administrador de justicia competente se abstenga de realizar actos o resoluciones arbitrarias. Se constituye entonces en un derecho transversal a todo el ordenamiento jurídico, por cuanto garantiza el respeto a la Constitución como norma jerárquicamente superior y la aplicación de normas jurídicas previas, claras y públicas por parte de todas las autoridades competentes para ello, garantizando la sujeción a un marco jurídico determinado, racionalizando el uso de la fuerza del poder, quién puede usarlo, con qué procedimientos, con qué contenidos y con qué límites.

3) Es ^a ¼ un principio universalmente reconocido del Derecho, por medio del cual se entiende como certeza práctica del Derecho, y representa la seguridad de que se conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público°. El Estado, como ente representativo del poder público de las relaciones en sociedad, no solo establece los lineamientos y disposiciones normativas a seguir, sino que, en un sentido más amplio, tiene la obligación de establecer la seguridad y confianza al ejercer su poder político, jurídico y legislativo. La seguridad jurídica es la garantía dada al individuo, por el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, brindándole protección y reparación. Es así que la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos establecidos previamente.

De otro lado, en lo que concierne al alcance del derecho a la seguridad jurídica, la Corte ha manifestado que el conocimiento del Derecho y su aplicación por parte de los jueces debe garantizar la observancia de las disposiciones legales y constitucionales a fin de asegurar la tranquilidad y certidumbre que coadyuvan al uso y goce eficaz de sus derechos, que no sean obstaculizados por imprevisiones, discrecionalidades y arbitrariedades de las autoridades.°

9.- Premisa Menor.- Constituida por los hechos probados en esta causa, y que son:

9.1.- La calidad de servidor público del accionante materializada en la acción de personal que enuncia: ^a NOMBRAR PROVISIONALMENTE al Ing. Diego Sebastián Morocho Araujo° para que cumpla las funciones del puesto detallado en la situación propuesta.° Este documento ha sido expedido el 30 de noviembre de 2016, en base de la Resolución Nro.- 5GR-DARH-CZ-093-2016, la misma que en su parte considerativa , octavo párrafo, señala que se lo otorga en base del Art. 18 literal c) del Reglamento General a la LOSEP, y en la parte resolutive de dicho memorando se especifica que dicho nombramiento tiene vigencia desde el mes de diciembre de 2016 hasta que sean declarados los ganadores de los respectivos concursos. (ver fojas 1 ,2 y 2 vlt del proceso- el énfasis es del Tribunal)

9.2.- Y los hechos atribuidos a la parte accionada , específicamente, emitió el memorando Nro.- SNGRE-SNGRE-2020-0338-M de fecha 31 de mayo de 2020, en el que se da por

finalizado el nombramiento provisional del hoy accionante, que obran a fojas 4 del proceso.

10.- Análisis comparativo entre la premisa mayor y la premisa menor (la norma y definiciones constitucionales sobre el derecho a la Seguridad Jurídica y los hechos anteriormente expuestos).

a) Al hacer el análisis debemos partir del contenido del Art. 82 de la Constitución de la República y de los conceptos que sobre seguridad jurídica ha establecido nuestra máximo órgano de justicia constitucional, y que anteriormente están expuestos, y al hacer un extracto de los principales enunciados tendremos que:

I-^a la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos establecidos previamente^o ;

II- ^a Se constituye entonces en un derecho transversal a todo el ordenamiento jurídico, por cuanto garantiza el respeto a la Constitución como norma jerárquicamente superior y la aplicación de normas jurídicas previas, claras y públicas por parte de todas las autoridades competentes para ello, garantizando la sujeción a un marco jurídico determinado^È

III- ^a 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^o . y,

IV- ^a La seguridad jurídica es la garantía dada al individuo, por el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, brindándole protección y reparación.^o .

b) Habiendo recibido la accionante una acción de personal que la designaba como Servidor Público en el cargo de Analista de Análisis de Riesgos Zonal 2, mediante nombramiento provisional, de conformidad con lo establecido en el 18.c) del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público. Por tanto, su situación jurídica para dar por terminada su relación laboral debía resolverse aplicando esa normativa, clara, pública y previamente establecida, esto es el Art. 18 literal c del citado Reglamento, conforme fue su

designación;

c) El Art. 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP) determina que sus disposiciones son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública. Y, el artículo innumerado, agregado luego del Art. 4, mediante Ley publicada en el R.O 1008.S, 19-V-2017, dispone que *“Las y los funcionarios judiciales y administrativos están obligados a prestar a las y los servidores públicos oportuna y DEBIDA PROTECCIÓN para la garantía y eficacia de sus derechos.”*

d) Art. 17 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, nos refiere 4 tipos de nombramientos para puestos en la función pública, en cuyo literal b) obran los nombramientos denominados *“provisionales”* que si bien no dan estabilidad en el cargo a la persona nombrada, le generan el derecho de ocupar, temporalmente, puestos determinados en el literal b) del Art. 17 de la Ley Orgánica de Servicio Público (en lo posterior LOSEP);

e) El Art. 18 del mismo Reglamento anteriormente citado, regula los casos en que se puede expedir nombramiento provisional, y específicamente en el literal c) (que es la norma jurídica que se utilizó para expedir el nombramiento de la ahora accionante), textualmente señala: *“Para ocupar un puesto cuya partida estuviere vacante hasta obtener el ganador del concurso de méritos y oposición, para cuya designación provisional será requisito básico contar con la convocatoria. Este nombramiento provisional se podrá otorgar a favor de una servidora, un servidor o una persona que no sea servidor siempre que cumpla con los requisitos establecidos para el puesto.”*

La letra de la norma citada es clara, y deja entrever que en el caso del literal c) del Art. 18 del Reglamento mencionado, se expide un nombramiento provisional, para que una persona ocupe un puesto *“hasta obtener el ganador del concurso de méritos y oposición”*. Lo que implica, sin forzar la letra de la norma, que una vez designado el ganador del concurso de méritos y oposición, concluye el nombramiento provisional.

f) Entonces si el derecho a la seguridad jurídica ^a es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos establecidos previamente^o, el derecho a la seguridad jurídica del servidor público nombrado de manera provisional en base al Art. 18 literal c) del Reglamento a la LOSEP, implica, que ese servidor se mantendrá en el cargo como lo ha determinado la norma, esto es la misma norma citada con la cual fue designado, que refiere: ^a hasta obtener el ganador del concurso de méritos y oposición.^o.

Por tanto, cualquier otro motivo o razón que se emplee para dar por terminado el nombramiento provisional de ese servidor designado con ese fundamento normativo, (salvo cuando ese nombramiento ha sido expedido de manera irregular- o se haya aplicado una sanción),sería extraño al supuesto de hecho que la norma ha establecido de manera clara, previa y públicamente, y en consecuencia se quebrantaría el derecho a la seguridad jurídica, pues, la situación jurídica de ese servidor se está modificando con un procedimiento y causa ajena, al supuesto fáctico, previamente establecido en la norma;

g) Al analizar la acción de personal y el Memorando anteriormente singularizados (ver ordinal 9.2 de esta sentencia), mediante los cuales se procede a dar por terminado el nombramiento provisional del accionante, nos encontramos que no existe una explicación fáctica, del por qué se ha tomado la decisión de dar por terminado ese nombramiento provisional. Sin embargo se cita como fundamento normativo varias resoluciones y/o decretos ejecutivos, pero entendiéndose, que los mismos deben ser aplicados, cuando se cumplan las causas o circunstancias previstas en el Art. 18 del Reglamento a la LOSEP, y que en el caso que se resuelve no se cita ninguna de ellas; y, no específica al caso en concreto del hoy accionante, cuyo nombramiento provisional fue expedido en base del Art.18. c) del mencionado reglamento, que establece de manera precisa hasta cuándo va a ocupar el puesto, que es precisamente ^a hasta obtener el ganador del concurso de méritos y oposición^o.

En el caso en concreto, no hay la constancia que se haya obtenido un ganador del concurso de méritos y oposición por el cual se otorgó el nombramiento provisional al accionante, y que es el supuesto de hecho que debe cumplirse para que la temporalidad de ese nombramiento

provisional haya concluido.

h) Del análisis efectuado se determina entonces que la terminación del nombramiento provisional del accionante no obedeció al cumplimiento de hechos o circunstancias previstos de manera expresa en el literal c) del Art. 18 del Reglamento a la LOSEP, sino que se dio por terminado su nombramiento sin sujetarse a las normas claras, previas y publicas que el ordenamiento jurídico ha establecido.

11.-Conclusión:

En base del análisis comparativo que antecede, constante en el numeral 10, literales desde el a) hasta el g), inclusive, este Tribunal concluye que al darse por terminado el nombramiento provisional del accionante, mediante el acto administrativo de fojas 6 y 7, efectivamente se vulneró de manera evidente el derecho constitucional a la seguridad jurídica, en virtud que la situación jurídica del accionante fue modificada (se dio por terminada su relación laboral) sin sujetarse a los procedimientos regulares y conductos establecidos previamente por la normativa vigente e imperante de manera clara, previa y pública. La situación jurídica de este ciudadano fue cambiada de manera abrupta e inesperada, mediante una acción administrativa que no guarda conformidad con los procedimientos legal y reglamentariamente establecidos.

Al actuarse de esta manera se afectó y vulneró la seguridad del ordenamiento normativo, al no haberse garantizado por parte de la entidad accionada el respeto y sujeción a un marco jurídico previamente determinado, que le obligaba aplicar esas normas, por tanto, su accionar vulneró el derecho a la seguridad jurídica establecido en el Art. 82 de la Constitución de la República, tornando en consecuencia procedente la acción de protección incoada a amparo de lo previsto en el Art.88 de la misma norma suprema, que determina que ésta procede cuando tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, siendo la seguridad jurídica uno de los derechos que reconoce la Constitución como anteriormente está determinado con claridad.

Esta manera de interpretar los hechos y considerar procedente la acción de protección encuentra respaldo en el llamado bloque de constitucionalidad o principio de convencionalidad que esta dado en jurisprudencia constituida por los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo posterior CIDH), como lo constituye el caso análogo denominado ^a Chocrón Chocrón Vs Venezuela, en cuyo considerando Nro.- 105 nos señala:

^a 105. Asimismo, el Tribunal reitera que de la misma forma en que el Estado está obligado a garantizar un procedimiento adecuado de nombramiento para los jueces provisorios, debe garantizarles cierta inamovilidad en su cargo. Esta Corte ha manifestado que la provisionalidad ^a debe estar sujeta a una condición resolutoria, tal como el cumplimiento de un plazo predeterminado o la celebración y conclusión de un concurso público de oposición y antecedentes que nombre al reemplazante del juez provisorio con carácter permanente^o . De esta manera, la garantía de la inamovilidad se traduce, en el ámbito de los jueces provisorios, en la exigencia de que ellos puedan disfrutar de todos los beneficios propios de la permanencia hasta tanto acaezca la condición resolutoria que ponga fin legal a su mandato.^o

En el considerando 152, se indica: ^a 152. *La Corte toma nota que, según el Estado, no es posible la reincorporación como reparación, ya que la señora Chocrón Chocrón se desempeñaba como jueza temporal. Sin embargo, en los capítulos anteriores esta Corte determinó que los jueces provisorios o temporales deben disfrutar de todos los beneficios propios de la estabilidad hasta tanto acaezca una condición resolutoria que pudiese poner fin legal a su mandato (supra párr.105). Igualmente, en relación con la permanencia en el ejercicio de funciones públicas y su relación con la estabilidad de los jueces, el Tribunal reitera su jurisprudencia en el sentido de que ante una remoción arbitraria de un juez lo que procede es su reincorporación.^o;*

Y, en el considerando Nro.- 153, se dispone: ^a 153. *En consecuencia, la Corte declara que en este caso el Estado debe reincorporar a la señora Chocrón Chocrón a un cargo similar al que desempeñaba, con la misma remuneración, beneficios sociales y rango equiparables a los que le correspondería a la fecha si hubiese sido reincorporada en su momento. Para ello, el Estado cuenta con un plazo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia. La Corte*

aclara que la reincorporación deberá ser en la misma condición de temporalidad que tenía la señora Chocrón Chocrón al momento de su destitución. No obstante, esta provisionalidad debe ser entendida en el sentido que la Corte ha expuesto en este Fallo.° (el énfasis es del Tribunal)

15.- En cuanto a la reparación solicitada por el accionante en su apelación, se hace necesario precisar ,que desde hace algunas sentencias recientes, en el presente año 2020, los Tribunales que conforman la Sala Penal de la Corte de Loja, hemos venido resolviendo que el monto por remuneraciones dejadas de percibir, que se debe pagar a la parte accionante, cuando ha sido extrañado de una entidad pública, con vulneración a derechos constitucionales, se debe calcular desde la fecha que se presentó la demanda ante el organismo jurisdiccional correspondiente, esto , entre otros argumentos, consideramos de forma fundamental que la orden de reintegro al puesto de trabajo , per se (por si misma) ya constituye la mejor manera de reparar el derecho vulnerado y volver las cosas al estado anterior en que se encontraba la parte accionante, por tanto constituye la forma más genuina de reparación material en sus dimensiones de restitución y satisfacción; y, en cuanto a las remuneraciones dejadas de percibir, se paguen a partir de la fecha de la presentación de la demanda, consideramos que estas vienen a constituir una consecuencia del acto de reintegro, es decir son un aspecto accesorio a la restitución, y deben ser reconocidas, a partir de la fecha en que el accionante tuvo efectivo interés de volver a trabajar y por ende presentar su demanda de acción de protección. Caso contrario, disponer que se paguen remuneraciones dejadas de percibir, a partir de la fecha del acto vulneratorio de los derechos constitucionales, sin que haya existido una muestra objetiva del interés de la persona afectada para solicitar a los órganos de justicia tutela judicial, se traduciría en alentar, que las personas, sabedoras que se han violado sus derechos, dejen transcurrir el tiempo por años, para luego, cuando sea su voluntad, ser retornados a sus puestos en el sector público, recibiendo salarios acumulados por años ,sin haber devengado un trabajo efectivo en beneficio de la sociedad, lo cual, puede ser considerado como ^a ociosidad°, que está prohibido en nuestra Constitución en el Art. 83, cuando al describir los deberes y responsabilidades de los ecuatorianos, establece en su numeral 2: ^a Ama Killa, ama llulla, ama shwa. No ser ocioso, no mentir, no robar.°

En consecuencia en este país, está prohibido ^a SER OCIOSO°, por tanto, no se enmarcaría en la normativa constitucional citada, el ordenar pagos a quien no ha mostrado

interés objetivo, traducido en la presentación de una demanda, de querer volver a trabajar y prestar un servicio a la sociedad, por el cual, como equivalente a su esfuerzo venía recibiendo una remuneración ,hasta antes que fue extrañado de su cargo, con vulneración a sus derechos constitucionales. Una persona, que tiene ese deseo por trabajar, va a activar su reclamo constitucional ante la justicia, y desde ese momento consideramos que es justo ordenar que le sean pagadas sus remuneraciones que las dejó de percibir por hechos ajenos a su voluntad, hasta que se de su efectivo reingreso.

16- En cuanto a la petición que se cancele gastos de defensa en que ha incurrido el accionante, que en esencia equivaldría a una petición de pago de gastos de honorarios , consideramos que dicho pedido es improcedente, en virtud que :

- a) El Art. 42 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador, establece: *“ Los honorarios profesionales del Abogado o Doctor en Jurisprudencia, en todos los casos a los cuales se refiere el inciso primero del artículo precedente, serán estipulados libremente entre el Abogado y su cliente. Los honorarios profesionales podrán convenirse por escrito o verbalmente.”* ;
- b) El Art. 45 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador, establece: *“ El honorario mínimo es una parte de los derechos profesionales que debe percibir el abogado y que será pagado directamente por el interesado o cliente, sin perjuicio del honorario regulado por el Juez, en caso de condena en costas.”* ;
- c) El Art. 284 del COGEP, establece cuando procede el pago en costas: *“ Costas. La persona que litigue de forma abusiva, maliciosa, temeraria o con deslealtad será condenada a pagar al Estado y su contraparte, cuando haya lugar, los gastos en que haya incurrido. La o el juzgador deberá calificar esta forma de litigar y determinar su pago en todas las sentencias y autos interlocutorios que pongan fin al proceso.*
El Estado no será condenado en costas, pero en su lugar podrá ser condenado a pagarlas quien ejerza su defensa.” ;
- d) Art. 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

Constitucional: ^a *Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.*

La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.

En la sentencia o acuerdo reparatorio deberá constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo siguiente.

La persona titular o titulares del derecho violado deberán ser necesariamente escuchadas para determinar la reparación, de ser posible en la misma audiencia. Si la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, que deberá realizarse dentro del término de ocho días;

- e) Las normas citadas anteriormente, sirven para poder resolver el pedido del accionante en relación que se pague los honorarios de su defensa. Al respecto debe

considerarse que efectivamente cualquier persona tiene libertad para pactar honorarios con su abogado defensor. Pero ese pacto es obligatorio entre cliente y abogado, conforme lo estipula el Art. 42 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador;

- f) Sin embargo, el Art. 45 de la citada del Ley de Federación de Abogados del Ecuador, determina que a un Juez le corresponde determinar el pago de honorarios, cuando se ha condenado en costas a una de las partes en litigio;
- g) El Art. 284 del Código Orgánico General de Procesos, ha establecido que procede ordenar el pago en costas, contra la parte que litigue de forma abusiva, maliciosa, temeraria o con deslealtad. Para lo cual corresponderá al juzgador, calificar esa conducta maliciosa de litigar. En el proceso no obra que la conducta de los abogados del Estado, haya sido calificada como desleal por parte de la juzgadora de primer nivel, por lo tanto, no existe base legal ni fáctica para disponer ese pago solicitado por el accionante;
- h) En cuanto a la reparación integral que solicita el accionante, la misma fue atendida en la sentencia del primer nivel conforme obra de la parte resolutive de la misma.-

SÉPTIMO: DECISIÓN.- Por las motivaciones expuestas, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Loja, obrando en este caso como Tribunal Constitucional de Apelación, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** RESUELVE: 1.- NO aceptar el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada; 2- Aceptar parcialmente el recurso del accionante, única y exclusivamente en el sentido que los valores que se pagarán al hoy accionante por la parte accionada de este proceso (Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias) a título de reparación serán los valores correspondientes a los sueldos, dejados de percibir a partir de la presentación de la demanda que ha dado origen a este proceso de garantías jurisdiccionales hasta su real y efectivo reintegro, de los cuales se descontarán los valores que haya venido percibiendo como

servidor público, en caso de haber estado enrolado en alguna entidad del Estado diversa a la accionada, con anterioridad a que se expida la presente sentencia. La determinación del monto correspondiente a la reparación económica debe ser efectuada a través de un proceso contencioso administrativo observando lo dispuesto en el Art. 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como las sentencias de la Corte Constitucional Nros: 004-13-SAN-CC y 011-16-SIS-CC. En lo demás la sentencia de primer nivel queda inalterable. **4.-** El secretario de la Sala, una vez ejecutoriada esta sentencia, remita copia certificada de la misma a la Corte Constitucional, conforme lo dispone el numeral 5 del Art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador. Cúmplase y Hágase saber.

AGUIRRE TORRES MARCO BORIS

JUEZ PROVINCIAL (PONENTE)

GUERRERO CORDOVA FERNANDO HUMBERTO

JUEZ PROVINCIAL

BRAVOL GONZALEZ LEONARDO ENRIQUE

JUEZ PROVINCIAL

VOTO SALVADO DEL JUEZ PROVINCIAL, SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA, BRAVOL GONZALEZ LEONARDO ENRIQUE.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA. Loja, lunes 28 de septiembre del 2020, las 16h27.

VISTOS: Estoy de acuerdo con la sentencia; sin embargo considero necesario agregar que el suscrito Juez, desde la Acción de Protección Nro. 2019-06294, propuesta por YURIDIA MERCEDES MONTERO JIMENEZ, ha expresado su criterio en el sentido de que el derecho de la parte actora, a una reparación patrimonial por la violación de sus derechos, no es precisamente percibir las remuneraciones que ha dejado de recibir por todo el tiempo que ha pasado desde que fue separada del cargo hasta su reintegro, sino una indemnización que represente el valor de las remuneraciones desde que propuso la demanda. En efecto, con ponencia de este mismo Juez, se resolvió en aquel proceso constitucional y en los siguientes que se encontraban en similar situación:

^a Se trata, como señalamos, de indemnizar por los perjuicios sufridos; indemnización que debe concederse en forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso. En este sentido se ha venido disponiendo que, como medida de reparación material, se pague a la parte accionante las remuneraciones que ha dejado de percibir, desde que se produjo la separación de su cargo vulnerando derechos constitucionales, con descuento de lo que haya percibido en lo público o en lo privado. Así se resolvió en muchas acciones de protección, sobre casos similares^{1/4}.

Sin embargo, dicho criterio, en cuanto a que debe pagarse las remuneraciones dejadas de percibir desde la violación del derecho, debe actualizarse con nuevas consideraciones, que tomen en cuenta criterios de proporcionalidad y razonabilidad, sobre todo cuando las acciones de protección han sido presentadas luego de transcurrido mucho tiempo desde la violación del derecho constitucional, que si bien no tiene incidencia en cuanto a la procedencia de la acción, dado que no hay normas que

establezcan plazos o términos de caducidad o de prescripción, sí tiene incidencia en la modulación de la reparación patrimonial, dado que el derecho no es a gozar las remuneraciones dejadas de percibir, sino a una indemnización patrimonial proporcional y justa en cada caso concreto, como enseña la doctrina.

En efecto, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia, Nro. SU. 556 de 2014, la Corporación señala en lo principal:

^a 3.6.3. Del anterior recuento jurisprudencial de las distintas etapas, encuentra esta Corte que se ha mantenido invariable la regla conforme a la cual, cuando se desvincula sin motivación a un servidor público que se encontraba nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, lo que procede es ordenar la nulidad del acto, como mecanismo para la protección de los derechos a la estabilidad laboral, a la igualdad y al debido proceso. No obstante, en cuanto hace a las medidas de restablecimiento, se han ido desarrollando algunos matices, puesto que primero se evolucionó en la dirección de reconocer no solamente el reintegro del funcionario como una consecuencia natural de dejar sin efectos el acto de desvinculación, sino también el pago a su favor de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta su efectiva reincorporación, pero luego se han introducido criterios que, por consideraciones de equidad, limitan esa regla.

3.6.3.1. Como se ha mostrado, el primero de esos criterios alude a que la orden de pago de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de desvinculación hasta que se efectuara el reintegro al cargo que venía desempeñando en provisionalidad, sólo surte efectos hasta el momento en el que el respectivo cargo hubiere sido provisto a través de concurso de méritos. Esta regla de decisión parte de la consideración conforme a la cual carece de soporte la orden de pagar salarios y prestaciones por un periodo en el cual el servidor público ya se encontraría desvinculado del cargo por una decisión ajustada a la Constitución y a la ley, esto es, porque el cargo que ocupaba en provisionalidad ya habría sido provisto mediante concurso.

El segundo, por su parte, alude al eventual descuento que debe ordenarse a la suma total correspondiente al concepto de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, cuando la persona afectada con el retiro discrecional haya recibido otras sumas del tesoro público por virtud de su desempeño en otros cargos de naturaleza pública durante el interregno que estuvo desvinculada.

Finalmente, conforme a un tercer criterio, aplicado en un solo caso por la Sala Cuarta de Revisión, en la Sentencia T-961 de 2011, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir solo se ordena en sede constitucional, a partir del momento en el que se presentó la acción de tutela

3.6.3.2. El anterior recuento muestra que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre el tema

de la estabilidad laboral relativa de los servidores públicos vinculados en provisionalidad, se ha manifestado la existencia de una tensión constitucional entre, por un lado, el alcance de las medidas de protección de quien ha sido desvinculado con desconocimiento de su derecho a la estabilidad y, por otro, la proporcionalidad del reconocimiento que a título de indemnización está llamado a percibir, a la luz del carácter precario de su estabilidad y de la necesidad de que tal reconocimiento tenga una efectiva conexidad con la afectación de los derechos que se encuentran en juego.

Esta necesidad de limitar el alcance de la orden de protección se origina en la evidente desproporción que, en razón de la congestión judicial y la consiguiente mora en la adopción de las decisiones de protección, se produce cuando quien tiene un título precario de estabilidad, accede a un reconocimiento patrimonial que abarca periodos de varios años y excede el ámbito de lo que pudiera considerarse como reparación o compensación por el efecto lesivo del acto de desvinculación. En esa línea, cabe señalar que los remedios hasta ahora ensayados por la Corte, si bien ofrecen una respuesta parcial, y, ciertamente, marcan un derrotero en la consideración del asunto, resultan claramente insuficientes. Así, la decisión de limitar el pago de salarios y prestaciones hasta el momento en el que el respectivo empleo haya sido provisto mediante concurso, si bien responde a una lógica impecable, no resulta suficiente desde el punto de vista de la equidad, porque no ofrece respuesta para los eventos, que son muchos, en los que la convocatoria de los concursos se dilata indefinidamente en el tiempo. En esas hipótesis, quien hubiese sido desvinculado sin motivación estando en provisionalidad en un cargo de carrera, continuaría acumulando salarios y prestaciones, por periodos no laborados, durante todo el tiempo que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y, si fuere del caso, la constitucional, tardase en resolver de manera definitiva el asunto. A su vez, la determinación de descontar lo que la persona afectada hubiese devengado del tesoro público durante el periodo por el que deben reconocerse los salarios y prestaciones dejadas de percibir, no es consistente con la consideración de que, desde la perspectiva de la ausencia de causa para ese pago, la misma razón resulta predicable en aquellos eventos en los que la persona ha desempeñado un empleo remunerado en el sector privado o ha generado su propio ingreso como trabajador independiente. Finalmente, en sentido contrario, la previsión conforme a la cual el pago solamente se reconoce a partir del momento en la que se presentó la solicitud de amparo constitucional, no resultaría de recibo en aquellos eventos en los que la protección se brinda por el juez de tutela de primera instancia, caso en el cual el reconocimiento sería irrisorio.

De ahí que no exista claridad en relación con las medidas que, por vía de consecuencia, han de adoptarse de manera complementaria para el restablecimiento de los derechos; cuestión que, a la luz de los efectos que en los casos particulares ha tenido la decisión de amparo constitucional, impone la

necesidad de una consideración específica del asunto.

3.6.3.3. En este orden de ideas, cabe señalar que el fundamento para la orden de pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir, no puede tenerse como una consecuencia automática de la nulidad del acto de desvinculación porque, si bien, en general, el resultado de la nulidad es la de que las cosas se retrotraen hasta el momento en el que se produjo el acto invalidado, tal efecto no es posible en este caso, puesto que, aunque sería posible disponer el pago retroactivo del salario, no es posible hacer lo propio con la prestación del servicio. Si el salario está indisolublemente ligado a la prestación del servicio, en ausencia de éste, desaparece la causa para el pago de aquel.

En este evento, es forzoso concluir que, si los salarios dejados de percibir no se pueden concebir como un pago retroactivo del servicio, porque éste no se prestó y ya no es posible su prestación, sólo cabe interpretar que el pago se dispone como una modalidad de indemnización de perjuicios. Sin embargo, como pasa a explicarse, esta aproximación conduce a un resultado claramente desproporcionado y, por consiguiente, contrario a principios constitucionales y legales de indemnización, que establecen que *<<dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.45>>*^{1/4}.°.

^{1/4}°

En dicha Sentencia, la Corte de Colombia, concluye fijando como regla jurisprudencial:

^a 3.6.3.13.8. Conforme con lo expuesto, las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: (i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.°

De acuerdo con dicha doctrina, la primera precisión es que por la nulidad del acto violatorio de

derechos, lo procedente no es mandar a pagar remuneraciones, dado que las mismas sólo pueden ser consecuencia de un trabajo efectivo, sino una indemnización por el daño sufrido, que debe establecerse atendiendo a criterios de equidad, justicia y proporcionalidad, capaz que la indemnización no resulte irracional en cada caso concreto.

En este orden de ideas, ha de tenerse en cuenta en este caso concreto, el principio general del derecho sobre que nadie puede beneficiarse de su propia incuria, lo cual es necesario tener en cuenta en la especie, dado que al no haberse justificado la tardanza en interponer la presente acción (a los dos años y tres meses), es posible inferir que hubo incuria de parte del actor, y por lo tanto mal puede beneficiarse del pago de una indemnización patrimonial equivalente a las remuneraciones que ha dejado de percibir desde que fue separado de su puesto con vulneración de derechos, siendo por ello que el Tribunal de la Sala, mandará a pagar una indemnización que comprenda un monto que represente el valor de las remuneraciones que dejó de percibir desde que presentó esta Acción de Protección, como ha sido precisamente uno de los criterios de la Corte de Colombia, con la aclaración de que si bien es cierto que su criterio vigente es que se mande a pagar un valor que represente no menos de 6 meses ni más de dos años, también es cierto que esto encontraría explicación en el hecho de que los Colombianos no pueden interponer la acción de tutela constitucional inmediatamente de ocurrida la vulneración, sino agotando la justicia ordinaria (que es precisamente uno de los temas que se tiene en cuenta en dicha sentencia), por cuanto están inmersos en un sistema residual, que no es el caso Ecuatoriano en donde la acción puede presentarse inmediatamente de producida la violación del derecho, por el carácter subsidiario de la Acción de Protección, por manera que el retardo en su interposición no puede atribuirse al sistema jurídico del Estado, sino a la propia culpa del accionante, con consecuencias en el campo indemnizatorio.^o

Así el criterio del suscrito Juez, en cuanto a los fundamentos por los cuales se viene mandando a pagar una indemnización patrimonial que represente las remuneraciones que ha dejado de percibir la parte accionante, desde la presentación de la demanda. Diría que el fundamento central es el indicado principio general del derecho; el hecho de no haber justificado razonablemente la demora en ejercer la Acción de Protección; y, que el derecho no es a que se paguen las remuneraciones dejadas de percibir, dado que las mismas son legítimas frente a un trabajo devengado, sino a percibir una indemnización patrimonial razonable en las circunstancias de cada caso concreto.- Hágase saber.

AGUIRRE TORRES MARCO BORIS

JUEZ PROVINCIAL (PONENTE)

GUERRERO CORDOVA FERNANDO HUMBERTO

JUEZ PROVINCIAL

BRAVOL GONZALEZ LEONARDO ENRIQUE

JUEZ PROVINCIAL