



REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL
www.funcionjudicial.gob.ec



Juicio No: 1311320210015t

Casillero Judicial No: 0

Casillero Judicial Electrónico No: 0

lissettecaicedo@hotmail.com, ruben.pavon@dpe.gob.ec, sergio.gutierrez@dpe.gob.ec

Fecha: miércoles 08 de junio del 2022

A: CAICEDO FREIRE MARIA LISSETTE

Dr/Ab.:

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

En el Juicio Especial No. 1311320210015t, hay lo siguiente:

VISTOS: CAUSA No. 13334-2021-01544 (13113-2021-0015T).- Este Tribunal Único de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, investido para efectos de la presente causa en Tribunal Constitucional, integrado por los señores jueces provinciales: Ab. Wilton Vicente Guaranda Mendoza (Juez Ponente); Ab. Publio Erasmo Delgado Sánchez; y Dra. Mayra Roxana Bravo Zambrano, avocan conocimiento de la presente Acción de Protección presentado por **CAICEDO FREIRE MARIA LISSETTE, SABANDO VELEZ JESSENIA ALEXANDRA, CEVALLOS BRIONES ERIKA TATIANA, SOLORZANO MENDOZA CINDY VIVIANA, GILER RODRIGUEZ LISKEN ANDREINA, DELGADO MENDOZA ZULLY GIANELLA, VINCES CHONG RONMY GILBERTO, MOLINA BARREZUETA ELISA ANNABELL, ZAMBRANO ARTEAGA GEMA FELISA, TREJO RODRIGUEZ JENNIFER MERCEDES, SALTOS ARTEAGA PABLO EMILIO, PIONCE VELEZ ANA GABRIELA, CASTRO PARRALES VICTOR ALFONSO, ZAMORA CUENCA ANGEL LEONARDO, QUIJIJE PARRAGA EDWIN ADRIAN y ROSAS CERVANTES ZAHIRA DIANA**, en contra **HOSPITAL GENERAL PORTOVIEJO E INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL (IESS-PORTOVIEJO)**, que sube al Tribunal en virtud del Recurso de Apelación interpuesto por la entidad accionada de la SENTENCIA, en la que acepta la acción de protección, dictada por el señor Juez de la Unidad Judicial Civil de Manabí con asiento en el Cantón Portoviejo. Ab. Carrasco Gutiérrez Carlos Augusto, de fecha miércoles 22 de septiembre del 2021, a las 11h54, constante de fs. 321 a 346, de los autos del cuaderno de primera Instancia. Siendo el estado de la causa el de resolver, de conformidad al artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, este Tribunal procede a resolver la causa al tenor de las siguientes consideraciones:

PRIMERO: Competencia.- Este Tribunal de la Sala Especializada Civil y Mercantil

de la Corte Provincial de Manabí, es competente para conocer del recurso interpuesto, atendiendo a lo preceptuado en el numeral 1 del Art. 208 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

SEGUNDO: Validez procesal.- De conformidad con el Art. 76 de la Constitución de la República, debe asegurarse el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar las garantías constitucionales básicas, entre las que se encuentra el derecho a la defensa, que comporta, no ser privado de tal ejercicio, en ninguna etapa o grado del proceso; del mismo modo, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; es facultad jurisdiccional esencial, cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes, lo cual, del estudio de las tablas procesales, no se observa haberse transgredido tales derechos y garantías, ni violado solemnidad sustancial, por lo que se declara su validez.

TERCERO.- ANTECEDENTES:

3.1).- Fundamentos de la acción de protección.- Comparece desde fojas 273 a 284 las señoras y señores MARIA LISSETTE CAICEDO FREIRE, JESSENIA ALEXANDRA SABANDO VELEZ, ERIKA TATIANA CEVALLOS BRIONES, CINDY VIVIANA SOLORZANO MENDOZA, LISKEN ANDREINA GILER RODRIGUEZ, ZULLY GIANELLA DELGADO MENDOZA, RONNY GILBERTO VINCES CHONG, ELISA ANNABELL MOLINA BARREZUETA, GEMA FELISA ZAMBRANO ARTEAGA, JENNIFER MERCEDES TREJO RODRIGUEZ, PABLO EMILIO SALTOS ARTEAGA, ANA GABRIELA PIONCE VELEZ, VICTOR ALFONSO CASTRO PARRALES, ANGEL LEONARDO ZAMORA CUENCA, EDWIN ADRIAN QUIJIJE PARRAGA, ZAHIRA DIANA ROSAS CERVANTES, patrocinados por el Delegado de la Defensoría del Pueblo en Manabí, y luego de consignar sus generales de ley manifiestan: **1.-** Que conforme el artículo 11 (9), 83 (1 y 5), 147 (1) de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) toda persona que actúe en ejercicio del poder estatal tiene como más alto deber el de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la CRE, en especial el derecho al trabajo para alcanzar una vida digna, **2.-** Que en el mes de diciembre de 2019 el virus (COVID-19) se propagó a nivel mundial incrementándose el número de fallecidos día a día y que en Ecuador, el caso cero se lo conoció en el mes de febrero de 2020, **3.-** Que la atención en las diferentes casas de salud estaba al límite de los pacientes contagiados, encontrando un desabastecimiento de personal médico y administrativo, **4.-** Que bajo estos antecedentes el Ministerio de Salud (MSP) declaró estado de emergencia sanitaria en todo el Sistema Nacional de Salud por la inminente posibilidad del efecto provocador del COVID-19, **5.-** Que con el objeto de prevenir los contagios masivos en la población se ha mantenido el área de salud al servicio de la comunidad para brindar una atención permanente en áreas como: emergencia, estadística, trabajo social, tecnología, laboratorio, unidad de cuidados intensivos (UCI), limpieza y área administrativa, trabajando diariamente todas estas áreas, **6.-** Que el 14 de marzo de 2020 el Comité de Operaciones de Emergencia (COE) ha dictado medidas de restricción de libre movilidad para evitar aglomeraciones y mitigar los efectos del COVID-19; y, el Presidente de la República por decreto ejecutivo No.1017-2020 de fecha 17 de marzo de 2020 ha declarado el estado de excepción por calamidad pública, declarando toque de queda con

excepción de personal de servicios Básicos de salud, seguridad, bomberos, aeropuerto, terminales, provisión de alimentos etc., con el fin de garantizar el derecho a la vida y al acceso a servicios mínimos vitales durante la emergencia, **7.-** Que la emergencia vivida produjo efectos negativos en la economía y por tal motivo, el presidente envió un proyecto de Ley de Apoyo Humanitario a la Asamblea para su aprobación y que lograría hacerle frente a la actual situación económica y sanitaria del país, **8.-** Que en el primer debate legislativo, determinado asambleísta ha manifestado que el proyecto de ley busca ofrecer medidas solidarias para paliar la crisis, **8.1.-** Que en el sector salud se ha debatido sobre la generación de condiciones que permitan fortalecer dicho sector para la prevención, diagnóstico y atención ante el COVID-19 garantizando el goce de los derechos de los ciudadanos en todos los niveles, **9.-** Que ante lo mencionado se ha observado la garantía de la estabilidad laboral de los trabajadores del Sistema Nacional de Salud, **10.-** Que para este objetivo, se ha visto la necesidad de incluir dos artículos referentes a la estabilidad laboral de los trabajadores del área de la salud, con lo que se evidencia el espíritu de la Ley de Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del Covid-19 (LOAH), **11.-** Transcribe el contenido normativo del artículo 25 y de la disposición transitoria novena de la LOAH, resaltando en esta última el plazo que tenía la administración pública para que se lleve a efecto los concursos de méritos y oposición a partir de la vigencia de la ley, **12.-** Advierten que son personas trabajadoras y profesionales en el ámbito sanitario que laboraron durante la pandemia del COVID-19 (2020-2021) en el Hospital General Portoviejo del IESS (H-IESS, PORTOVIEJO), **13.-** Que muy a pesar de esta garantía normativa de la estabilidad laboral, se ha visto violentada, así como a la seguridad jurídica, dado que en el plazo de seis meses no se los ha otorgado los respectivos nombramientos, fecha que fenecía en diciembre de 2020, **14.-** Que estamos en septiembre del 2021 y aún no han sido entregado sus nombramiento en franca violación a la seguridad jurídica, **15.-** Que los legitimados activos a excepción de Gema Felisa Zambrano Arteaga, son profesionales médicos que se encuentran laborando en el H-IESS, Portoviejo y que atienden directa o indirectamente a los pacientes con COVID-19 conforme los documentos adjuntos a la demanda, **16.-** Que en el caso de la señora Gema Felisa Zambrano Arteaga es una persona bachiller que laboró desde el 1 de marzo del año 2015 en la entidad accionada y de forma ininterrumpida ha laborado hasta el 31 de julio de 2021, fecha en la cual ha sido desvinculada por cumplimiento del plazo del contrato, **16.1.-** Que se ha venido desempeñándose como oficinista del área del asegurado de esta Unidad Médica, en el área de admisión médica emergente de pacientes con COVID-19, quien a pesar de haber remitido la documentación para los concursos, el IESS le ha manifestado que a ella no le llamarán porque para oficinistas no aplica dicha garantía, a pesar de haber atendido a personas que llegaban con síntomas de COVID-19 o se presumía que tenían tal enfermedad ingresándolas en el área de admisión, **17.-** Que pretende dejar en claro que la LOAH tiene el carácter de ley orgánica porque regula los derechos constitucionales (cita el artículo 133.2 de la CRE y el artículo 25 y disposición transitoria novena de la LOAH) de la cual advierte que se garantiza el derecho a la estabilidad laboral, estabilidad que menciona tiene armonía con el artículo 11.8 de la CRE ya que los derechos se desarrolla de manera progresiva a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas y que por jerarquía debe aplicarse aun frente a

reglamentos o acuerdos ministeriales, **18.-** Recalca que la estabilidad, junto con la justa remuneración y a irrenunciabilidad de los derechos son parte del núcleo esencial del derecho al trabajo previsto en el artículo 33 CRE, **19.-** Que sin estabilidad las personas sufren una suerte de inestabilidad que les impide desarrollar su proyecto de vida y es una forma de precarización laboral, lo cual está proscrito por el 327 CRE, **20.-** Que la inobservancia de la norma que busca proteger la estabilidad genera afectaciones al derecho al trabajo, ya que a pesar de que el legislador previó un plazo determinado para la realización de los concursos y no se los declare ganadores, sus derechos no son realizados, **21.-** Que a pesar de existir normas previas, claras que garanticen el derecho a la estabilidad laboral, no las aplicó, manteniendo una terrible omisión y sometiendo a una suerte de falta de certeza y previsibilidad señalando para su argumentos como base la sentencia 081-17-SEP-CC dentro del caso No. 1598-11-EP la cual transcribe parte de la página 8 y 9 de la sentencia invocada, **22.-** Además al señalar sobre la seguridad jurídica expone el contenido de parte de la sentencia 039-14-SEP-CC, **23.-** Termina sosteniendo que el contenido de las disposiciones jurídicas es claro, **24.-** Que aquella acción de declararlos ganadores del concurso de méritos y oposición es una acción positiva y excepcional y de reconocimiento para quienes estuvieron exponiendo su vida, salud física y psicológica, **24.1.-** Que por ello, algunos compañeros han sido contagiados de COVID-19, **25.-** Menciona nuevamente al artículo 25 de la LOAH advirtiendo que la disposición jurídica brinda estabilidad laboral al contingente humano de las distintas casas de salud, el personal de los hospitales exponían y siguen exponiendo su integridad para dar respuesta a las unidades de salud durante la pandemia, **26.-** Que la norma constitucional establece el derecho a la seguridad jurídica y que con el ordenamiento brinda certeza y certidumbre a la ciudadanía, que este derecho constitucional evita la arbitrariedad de las autoridades públicas ya que sus actos deben ajustarse a lo determinado en la ley que en el presente caso es la LOAH para las personas trabajadoras de la salud para que estas accedan a su estabilidad laboral brindándoles un nombramiento definitivo e inobservar dicha normativa constituye un acto arbitrario que afecta a la seguridad jurídica, **27.-** Al mencionar nuevamente el derecho al trabajo y la estabilidad laboral menciona que este derecho se encuentra afectado cuando el H-IESS, Portoviejo desconoce el principio del artículo 11.5 CRE sobre la interpretación que favorezca a la vigencia de los derechos y tampoco han observado el principio pro homine (pro-persona), **28.-** Que no solo por obligación sino por convicción, el papel activo del juez constitucional debe recurrir a los principios constitucionales y sus métodos de interpretación, con la indispensable aplicación del principio pro-persona transcribiendo parte de la sentencia 90-15-SEP-CC y la sentencia 265-15-SEP-CC caso No.1204-12-EP que sobre el pro-persona sostiene que la interpretación jurídica y la aplicación del derecho siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, **29.-** Que en ese sentido, los jueces deben acudir a la norma más amplia o a una interpretación extensiva o cuando se trate de establecer límites al ejercicio de los derechos se acude a la norma o interpretación menos restrictiva, **30.-** Finalmente menciona el artículo 86.3 CRE y el artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) sobre la reversión de la carga de la prueba cuando la entidad accionada es de orden público en razón de que esta goza de presunción de veracidad, **31.-** Que los derechos constitucionales vulnerados son el derecho a l

trabajo con énfasis en la estabilidad laboral apuntando para su fundamento el artículo 33, 229, 276 (1 y 2), 284 (6 y 7), 325, 326 (1, 2 y 3) CRE y especificando al final la intangibilidad de los derechos de los trabajadores mencionando su implicancia en que ninguna norma o acto puede alterarse, salvo cuando conlleve modificación a condiciones más beneficiosas, **32.-** Sobre lo último menciona que la Corte Constitucional ya se ha pronunciado en la sentencia 26-18-IN/20 y el artículo 427 CRE, **33.-** Que por esta razón mencionan que se han hecho beneficiarios de una acción afirmativa por esta en desventaja frente a todas las personas que se encontraban en el domicilio, **34.-** En ese orden, expone el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) su artículo 6 la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDDHH) su artículo 23 (1), concluyendo que el derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos inherentes a la dignidad de las personas, señalando la sentencia 093-14-SEP-CC caso No. 1752-11-EP de 4 de junio de 2014 y transcribiendo parte de su contenido, **35.-** Sobre la seguridad jurídica la fundamenta exponiendo el artículo 82, 426 CRE sentencias 119-13-SEP-CC caso 1310-10-EP y concluye con relación a este derecho que: se encuentra en peligro porque la incertidumbre de la estabilidad laboral incumpliendo normas se irrespeta al derecho al trabajo, con el análisis en los anteriores numerales expuestos y porque este grupo adecuo su accionar en la LOAH y lo dispuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en resolución No. 1/2020 y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), por lo que reflexiona que no se ha concretado la protección estatal en el ámbito laboral afectándose su proyecto de vida; y **36.-** Menciona que se afecta la vida digna con fundamento en el artículo 66 CRE el artículo 23 (1) DUDDHH y la jurisprudencia colombiana que menciona sobre la vida digna que no implica solo existir sino que pueda desplegarse libre, física y mentalmente y que los actor que atentan contra dichos presupuestos se consideran como actor contrarios al derecho a la vida digna, **37.-** Por ultimo realizó argumentos para sostener que la vía es la idónea y eficaz citando el artículo 39 a 42 de la LOGJCC, parte de un ensayo de la Dra. Karla Andrade Quevedo la sentencia 001-16-PJO-CC regla 1 y concluyendo que basta con que exista un derecho constitucional vulnerado para que proceda la acción de protección (AP) y que varios jurisdicentes a nivel nacional están aceptando AP como los jueces dentro de los casos 09901-2021-00002, 09965-2021-00067, 12283-2021-00496, 13205-2021-00609; **38.-** Con todo lo dicho solicita: **38.1-** De declare la procedencia de la AP por haberse vulnerado los artículo 33, 82, 326, 417, 424 y 425 CRE, **38.2.-** Que el IESS mediante el H-IESS, Portoviejo en el término de 10 días ordene la apertura de los concursos de méritos y oposición para los accionantes con implicancia de la recepción inmediata de la documentación; y, que en el término de 15 días se emita los respectivos nombramientos definitivos a favor de los accionantes, **38.3.-** Que la entidad demandada, se abstenga con la desvinculación de sus labores, **38.4.-** Que con relación a la señora Gema Felisa Zambrano Arteaga, considerando que su contrato no ha sido renovado, sea reintegrada a su funciones con igual remuneración, debiendo pagar remuneración y beneficios de ley hasta su reintegro en donde se mantendrá hasta que se convoque al concurso de méritos conforme lo solicitado; y, **38.5.-** Que se extienda las respectivas disculpas públicas.

3.2).- Contestación a la demanda en audiencia pública.- Consta a fojas 306 a 308 vltas., de los autos, el CD y extracto de la Audiencia Pública realizada en la presente

causa, en cuya diligencia los accionantes expusieron los fundamentos de la acción interpuesta, mientras que la entidad demandada, a través de sus abogados defensores y la Procuraduría General del Estado, contestan la acción constitucional propuesta señalando en lo principal, lo siguiente:

3.2.1. Intervención de los LEGITIMADOS ACTIVOS: La defensa técnica de los legitimados activos Dr. Sergio Gutiérrez y Rubén Pavón i) Expuso como argumento inicial que la CRE en su artículo 88 y la LOGJCC en sus artículos 39 y siguientes regulan a la acción de protección, ii) que el 22 de junio de 2020 se ha promulgado la LOAH cuya finalidad legislativa fue paliar la crisis y en especial para la observación del caso para establecer condiciones de fortalecer el sector *salud*, iii) que la LOAH en su artículo 25 ha establecido una regla legislativa en la que se ha otorgado estabilidad laboral a las personas que han prestado sus servicios en algún centro de la red integral pública de salud (RIPS), iv) Que en su transitoria novena de la LOAH se ha establecido que los concursos de méritos y oposición para el personal que trabajó durante la emergencia sanitaria se los realizará en el plazo de seis meses a partir de la vigencia de la LOAH, v) Que los legitimados activos son profesionales médicos que han dado tratamiento a personas con COVID-19 o que presumiblemente tenían la enfermedad, vi) Que en el caso de la señora Gema Zambrano existe un caso adicional: ella ha sido desvinculada porque era bachiller y ha trabajado desde el 1 de marzo del 2015 hasta el 31 de julio del 2021, que ha sido desvinculada por cumplimiento del plazo del contrato, que tenía a su cargo labores de oficinista del área del asegurado y ha gestionado también la atención a pacientes en emergencia del H-IESS, Portoviejo, vii) Que ya en tratándose del tema central de la AP, el IESS ha faltado en su cumplimiento, es decir ha omitido su deber establecido en el artículo 25 y la disposición transitoria novena de la LOAH y esto vulnera el artículo 82 CRE, esto es, la seguridad jurídica en su dimensión material, y advierte que se vulnera este derecho constitucional por no aplicar las normas citadas de la LOAH, viii) Que se ha vulnerado el derecho al trabajo en su componente de la estabilidad laboral, ix) Que el artículo 327 de la CRE establece que se encuentra proscrita la precarización laboral ya que todos los servidores legitimados en la causa trabajan sin estabilidad laboral, x) Que la Corte IDH, en el caso Lagos del Campo vs Perú ha determinado que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia sin restricciones en el trabajo sino que se respete este derecho, otorgando garantías al trabajador para que en caso de que se lo despido sea lo haga bajo causas justificadas, acreditando las razones para imponer la sanción y que el trabajador tenga la posibilidad de recurrir a las autoridades para que revisen si las medidas no fueron arbitrarias o contrarias a derecho, haciendo una reflexión sobre este punto en: que la desvinculación supone vulneración del derecho al trabajo, xi) Que al haber vulnerado el derecho al trabajo, se ha vulnerado el derecho a tener una vida digna, xii) Que es este caso, la vía idónea es la AP; y, xiii) por lo que solicita que se declare procedente la presente acción declarando la vulneración de los derechos a la seguridad jurídica, trabajo y vida digna, que en el término de 10 días se los convoque a los accionantes a un concurso de méritos y oposición y en el término de 15 días se los declare ganadores y se les otorgue el respectivo nombramiento definitivo; y, en el caso de la señora Gema Zambrano, además deberá disponer el reintegro en las mismas condiciones en las que se encontraba y se ordene el pago de las remuneraciones que dejó de percibir con las respectivas disculpas públicas para

todos los legitimados.

3.2.2.- Intervención del LEGITIMADO PASIVO: INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL.- La defensa técnica de la parte legitimada pasiva Dra. Lorena Mendoza luego de ofrecer poder o ratificación de gestiones i) inició manifestando que la defensa se dividirá en tres partes. Con relación a los señores JESSENIA ALEXANDRA SABANDO VELEZ, ERIKA TATIANA CEVALLOS BRIONES, RONNY GILBERTO VINCES CHONG, ELISA ANNABELL MOLINA BARREZUETA, JENNIFER MERCEDES TREJO RODRIGUEZ, PABLO EMILIO SALTOS ARTEAGA, ANA GABRIELA PIONCE VELEZ, VICTOR ALFONSO CASTRO PARRALES, ANGEL LEONARDO ZAMORA CUENCA, EDWIN ADRIAN QUIJIJE PARRAGA, ZAHIRA DIANA ROSAS CERVANTES sobre que no se han considerado, es de manifestar que existe un memorando suscrito por Annuska Vélez con fecha 14 de septiembre de 2021 en la cual se ha dispuesto que los prenombrados señores sean considerados y que la decisión se encuentra en la autoridad central, por lo que no se ha vulnerado los derechos de estas personas, menciona sobre este particular que la sentencia 1921-14-EP/20 la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) ha enseñado que la indebida aplicación de una norma infra-constitucional no es motivo de una garantía jurisdiccional por vulneración a la seguridad jurídica, que si ya se ha remitido para la revisión no procede la AP por incumplimiento de plazos, ii) Sobre los señores antes mencionados advierte que si es un hecho probado que todos ellos están trabajando y que ya se ha remitido a la ciudad de Quito para obtener su nombramiento, que es cuestión de esperar porque se los está llamando por fases, iii) Con relación a los señores MARIA LISSETTE CAICEDO FREIRE, CINDY VIVIANA SOLORZANO MENDOZA, LISKEN ANDREINA GILER RODRIGUEZ y ZULLY GIANELLA DELGADO MENDOZA no han sido consideradas por haberse acogido al teletrabajo por tener vulnerabilidad por causa de embarazo o lactancia, mencionó que estas personas no han atendido de manera directa a personas con COVID-19; iii) Con relación a la señora GEMA FELISA ZAMBRANO ARTEAGA advirtió que según memorando de fecha 27 de julio de 2021 se ha hecho constar que los contratos ocasionales de trabajo no generan estabilidad y por haberse cumplido el plazo no existía la posibilidad de mantenerla en sus labores, para este argumento manifestó que la misma CCE en la sentencia 218-18-SEP-CC ha manifestado que los contratos ocasionales no genera estabilidad y al no generar estabilidad tampoco se puede aplicar el artículo 25 de la LOAH ya que su cargo fue de oficinista, por lo que; iv) Solicita que se niegue la demanda ya que no se ha cumplido los presupuestos del artículo 42 (1, 4 y 5) de la LOGJCC.

3.2.3. Intervención del DELEGADO DE LA PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO.- La defensa técnica Dr. Edgardo Mendoza, manifestó que se adhiere a los argumentos realizados por la defensa técnica del IESS.

3.2.4.- En el mismo acto procesal, el Juez A quo, dicta sentencia aceptando la acción constitucional de protección, sentencia que es impugnada por la parte accionada y razón por la cual se genera esta segunda instancia.

CUARTO.- Argumentación jurídica que sustenta la presente resolución:

Por cuanto la Corte Constitucional del Ecuador, en SENTENCIA No. 001-16-P.JO-CC, CASO N. 0 0530-10-.JP, dictó precedente jurisprudencial obligatorio en la cual dispuso como precedente vinculante que: "Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca

de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido”, corresponde realizar el análisis en concreto para determinar si el acto accionado mediante esta garantía jurisdiccional, viola o no algún derecho constitucional de los alegados por el accionante.

De la revisión del contenido del cuaderno procesal tramitado por la Juzgadora de primera instancia, y atendiendo a los argumentos sostenidos por cada una de las partes procesales, tanto en la demanda de acción de protección como en la contestación a la misma; y a la fundamentación de la Jueza de instancia, este Tribunal considera que para resolver la presente apelación debe responderse al siguiente problema jurídico: i) ¿Existen causas justificadas para que el IESS no haya incluido al accionante dentro de los profesionales que debieron acogerse a lo previsto en el artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario, de no ser así, su no inclusión, viola el derecho constitucional al trabajo, el derecho a la seguridad jurídica y vida digna, prevista en el artículo 33, 66 numeral 4 y artículo 82 y 336 de la Constitución de la República, y resulta procedente su aplicación al haberse declarado inconstitucional las normas en que se fundan las pretensiones de los accionantes? ii) ¿Cuentan los accionantes con otros mecanismos de carácter legal para garantizar su derecho a la estabilidad laboral y garantizar el derecho al trabajo previsto en los artículos 33 y 332 de la Constitución de la República?

4.1).- Decisión sobre los problemas jurídicos planteados:

4.1.1.- ¿Existen causas justificadas para que el IESS no haya incluido al accionante dentro de los profesionales que debieron acogerse a lo previsto en el artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario, de no ser así, su no inclusión, viola el derecho constitucional al trabajo, el derecho a la seguridad jurídica y vida digna, prevista en el artículo 33, 66 numeral 4 y artículo 82 y 336 de la Constitución de la República, y resulta procedente su aplicación al haberse declarado inconstitucional las normas en que se fundan las pretensiones de los accionantes?

Cabe señalar en primer lugar, que la acción de protección de acuerdo con lo establecido en el Art. 88 de la Constitución y Art. 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, tiene como propósito tutelar derechos constitucionales vulnerados, traducido en objetivos de protección destinados a cesar, evitar la comisión o remediar las consecuencias de un acto u omisión ilegítima que viole derechos constitucionales protegidos. En este sentido es de valor sustantivo y condición de procedencia de la acción de protección, la verificación de la vulneración del derecho en que haya incurrido el ente público y la posibilidad efectiva de la tutela que la acción promueve para garantía de los derechos constitucionales violentados. En concordancia con lo dicho, bien vale recordar que no es suficiente que un acto impugnado aparezca como injusto o ilegal, ya que sólo cuando viola en forma clara y concreta normas constitucionales o tratados internacionales vigentes, esta acción encuentra su razón y su procedencia.

Antes de entrar al análisis del presente problema jurídico, es preciso indicar cuál es

el contenido mínimo del derecho al trabajo, el derecho a seguridad jurídica y el derecho a la vida digna, previsto en nuestro sistema jurídico.

Contenido mínimo del derecho al trabajo.-

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales proclama el derecho al trabajo en un sentido general en su artículo 6 y desarrolla explícitamente la dimensión individual del derecho al trabajo mediante el reconocimiento, en el artículo 7, del derecho de toda persona a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, en especial la seguridad de las condiciones de trabajo. En el párrafo 1 del artículo 6, los Estados Partes reconocen "el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho". En el párrafo 2, establece que los Estados Partes reconocen que "para lograr la plena efectividad de este derecho", habrán de adoptar medidas entre las que deberán figurar "la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana". El artículo 33 de la Constitución de la República reconoce el derecho al trabajo de la siguiente forma: "Artículo 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado".

En relación al derecho al trabajo, la Corte Constitucional, en la sentencia N. 016-13-SEP-CC, dentro del caso N. 1000-L2-EP manifestó: El derecho al trabajo, al ser un derecho social y económico, adquiere una categoría especial toda vez que tutela derechos de la parte considerada débil dentro de la relación laboral, quien al verse desprovista de los medios e instrumentos de producción puede ser objeto de vulneración de sus derechos; es en aquel sentido que se reconoce constitucionalmente el derecho a la irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos de los trabajadores, los cuales, asociados con el principio de indubio pro operario constituyen importantes conquistas sociales que han sido reconocidas de forma expresa en el constitucionalismo ecuatoriano. Adicionalmente en la sentencia N. 241-16-SEP-CC dentro del caso N. 1573-LZ-EP, este Organismo señaló: De igual forma, cabe indicar que dado el principio de interdependencia de los derechos, el derecho al trabajo está inexorablemente relacionado con la materialización de otros derechos constitucionales, como el derecho a la vida digna, vivienda o los derechos de libertad, entre otros; de manera que el ejercicio pleno del derecho al trabajo, irradia sus efectos respecto de otras actividades ajenas al trabajo como tal. En este contexto, el derecho al trabajo adquiere trascendental importancia, por cuanto permite un desarrollo integral del trabajador, tanto en una esfera particular como en una dimensión social. En consecuencia, hay que observar al trabajo como fuente de ingresos económicos y como fuente de realización personal y profesional; el cual, a su vez, permite al trabajador, materializar su proyecto de vida y el de su familia, por lo que, son estos elementos fundamentales, los que hacen que el derecho al trabajo tenga una protección constitucional que deriva en la obligación del Estado de tutelarlos".

Contenido mínimo del derecho constitucional a la seguridad jurídica.-

El no actuar conforme lo determina la Constitución y la ley, implica una afectación al derecho a la seguridad jurídica, que se encuentra establecido en el artículo 82 de la Constitución de la República, que dispone: "(...) se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes". Por lo tanto, destaca el papel que tiene la Constitución como norma suprema, asegurando a la vez la aplicación del ordenamiento jurídico vigente. La Corte Constitucional, en relación a la seguridad jurídica, ha señalado lo siguiente: (...) El artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador determina el derecho a la seguridad jurídica el mismo que tiene relación con el cumplimiento de los mandatos constitucionales, estableciéndose mediante aquel postulado una verdadera supremacía material del contenido de la Carta Fundamental del Estado ecuatoriano. Para tener certeza respecto a una aplicación normativa, acorde a la Constitución, se prevé que las normas que formen parte del ordenamiento jurídico se encuentren determinadas previamente; además, deben ser claras y públicas; solo de esta manera se logra conformar una certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos que generan la confianza acerca del respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional (...). (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 0016-13-SEP-CC, caso No. 1000-12-EP). De esta forma, el Estado, como ente regulador de las relaciones en sociedad, no solo establece los lineamientos y normas a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de brindar "seguridad jurídica" al ejercer su poder estatal. La citada garantía debe otorgarse por el estado al individuo, para que su integridad, bienes y derechos no sean transgredidos, y si esto llegara a producirse, le sean restaurados a través de la normativa constitucional y legal existente aplicada por las autoridades competentes. En resumen, 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, mediante el respeto a la Constitución y en la existencia de normas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes".

Al respecto, es preciso señalar que una de las formas de garantizar el derecho a la seguridad jurídica y por ende garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes es el principio de legalidad, así lo sostuvo la Corte Constitucional, para el periodo de transición, en la sentencia No. 015-10-SEP-CC al manifestar que "(...) Las Constituciones de nuestros países garantizan la seguridad jurídica a través de algunas concreciones como: el principio de la legalidad, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (...)" (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 015-10-SEP-CC, Caso No. 0135-09-EP). En tal sentido, el derecho a la seguridad jurídica evita la arbitrariedad, ya que sujeta las actuaciones públicas a un marco jurídico previamente establecido.

El reconocimiento de este derecho exige que toda autoridad administrativa o judicial se encuentra en la obligación de observar la legislación aplicable al tema decidendum, en todos los procesos que lleguen a su conocimiento, pues de no hacerlo, estaría vulnerando el derecho constitucional a la seguridad jurídica que le asiste a las partes procesales. De allí que todos los actos emanados de las autoridades públicas

deben apegarse a las normas que constituyen el ordenamiento jurídico, debiendo además sujetarse a las atribuciones que le compete a cada órgano.

Contenido mínimo del derecho a la vida digna.-

Conforme lo prescrito en el artículo 66 de la Constitución de la República, se reconoce y garantiza a las personas el "derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios".

Bajo esta premisa normativa, la vida digna podría concebirse como aquellos servicios sociales que permiten a la persona tener el mínimo de oportunidades para la realización de sus proyectos de vida, dentro del marco del Buen Vivir. Si bien la doctrina y jurisprudencia de las altas cortes constitucionales no han desarrollado este concepto, en su jurisprudencia dan a entender que son las condiciones económicas sociales y culturales que debe fomentar el Estado para que las personas puedan tener un derecho a su dignidad y se alcance el Buen Vivir que se desea para toda la sociedad^[1].

De esta manera, en cuanto a la interrelación e interdependencia de los derechos humanos, el derecho al trabajo es un bien intrínseco de la persona y su familia, que los Pactos Internacionales de Derechos Humanos reconocen la importancia de elementos como la estabilidad laboral y la remuneración justa como condiciones para vivir en dignidad.

Análisis sobre la presunta vulneración de los derechos constitucionales citados.-

Definido el alcance y definición de los derechos constitucionales antes señalados, corresponde analizar si los hechos probados en la presente causa hacen mérito para establecer la vulneración de los derechos constitucionales, tomando en consideración que la alegación de los accionantes es que la entidad accionada debía haberlos incluido dentro del grupo de profesionales a los cuales se les debe otorgar nombramiento definitivo, en virtud de previsto en el artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario, que señala lo siguiente:

*"los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus... con un contrato ocasional o nombramiento provisional en cualquier cargo en algún centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud...**previo el concurso de méritos y oposición, se los declarará ganadores del respectivo concurso público, y en consecuencia se procederá con el otorgamiento inmediato del nombramiento definitivo**".*

Cabe señalar que el 29 de septiembre de 2020 entró en vigencia el Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID 19, norma que desarrolla, en su artículo 10, las normas de la Ley de Apoyo Humanitario, en la cual se establece el parámetro para la aplicación del artículo 25 de la norma antes indicada, en la cual se establece lo siguiente:

"Art. 10.- Estabilidad laboral: Para la aplicación del artículo 25 de la Ley, previo al otorgamiento de nombramientos definitivos, los subsistemas de la Red Integral Pública de Salud, deberán definir las necesidades del contingente de talento humano de acuerdo con la planificación territorial, criterios técnicos y racionalización del personal requerido en los establecimientos de salud. Este análisis deberá contextualizarse en todo el territorio nacional considerando los criterios geográficos

establecidos y consensuados entre el Ministerio del Trabajo y el Ministerio de Salud e Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Los concursos de méritos y oposición se ejecutarán de manera paulatina por fases siempre y cuando la necesidad de profesionales y trabajadores de la salud se respalde en la planificación del talento humano que debe ser validada y consolidada por el Ministerio de Salud y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en el ámbito de sus competencias. Para este propósito, las Entidades Operativas Desconcentradas deberán contar con la disponibilidad presupuestaria correspondiente con cargo al ejercicio fiscal que corresponda, emitida a través del sistema de gestión financiera, se deberá contar con disponibilidad presupuestaria de ingresos permanentes que garanticen la sostenibilidad financiera de este gasto en el tiempo. Con la correspondiente certificación presupuestaria de estos recursos, el establecimiento de salud podrá iniciar los procedimientos para conferir los nombramientos a los profesionales y trabajadores de la salud beneficiarios. **Para el efecto se considerará a los médicos y aquellos profesionales y trabajadores de la salud, en ambos casos, en funciones relacionadas directamente con la atención médica a pacientes con diagnóstico de COVID19.** El Ministerio de Trabajo en coordinación con el Ministerio de Salud Pública como Autoridad Sanitaria Nacional definirán las denominaciones y condiciones de puestos sujetos a este artículo” (el subrayado y resaltado corresponde al Tribunal).

De las normas antes indicadas se establece que el legislador previó un régimen excepcional para aquellos profesionales de la salud que prestaron servicios médicos durante la emergencia sanitaria, en la atención de casos diagnosticados de la pandemia COVID-19, a fin de que previo a un concurso cerrado, aparente, puedan obtener un nombramiento definitivo. En este sentido, se expide el Reglamento a la Ley de Apoyo Humanitario que estableció las circunstancias en las cuales debían considerar dicha posibilidad.

Al analizar las circunstancias laborales de cada uno de los accionantes, constan como hechos probados los siguientes:

- a. La accionante Maria Lissette Caicedo Freire presta servicios para la entidad accionante según contrato de servicios ocasionales y adenda de fojas 2-8 del proceso del cual se desprende que ha trabajado desde el 15 de febrero de 2019 hasta la fecha en funciones para el H-IESS, Portoviejo. Su título registrado se justifica de fojas 12 del proceso.
- b. La accionante Jessenia Alexandra Sabando Vélez mantiene contrato de servicios ocasionales y adenda de fojas 23-28 del proceso del cual se desprende que ha trabajado desde el 9 de enero de 2017 hasta la fecha en funciones para el H-IESS, Portoviejo. Su título registrado se justifica de fojas 21 del proceso.
- c. La accionante Erika Tatiana Cevallos Briones mantiene contrato de servicios ocasionales y adenda de fojas 42-48 del proceso del cual se desprende que ha trabajado desde el 1 de marzo de 2017 hasta la fecha en funciones para el H-IESS, Portoviejo. Su título registrado se justifica de fojas 50 del proceso.
- d. La accionante Cindy Viviana Solórzano Mendoza mantiene contrato de servicios ocasionales conforme de fojas 59-60 que ha trabajado desde 1 de

febrero de 2018 con justificación de lactancia de fojas 64-65 que regía desde el 3 de junio de 2020 y justificación de telemedicina conforme fojas 69-74 del proceso. Su trabajo es hasta la fecha en funciones para el H-IESS, Portoviejo. Su título registrado se justifica de fojas 62 del proceso.

- e. La accionante Liskén Andreína Giler Rodríguez mantiene contrato ocasional de trabajo y adenda conforme de fojas 77-83 que rige desde 1 de abril de 2019 hasta la actualidad en funciones y con comunicado de pertenecer a grupo vulnerable de fojas 88-90. Su trabajo es hasta la fecha en funciones para el H-IESS, Portoviejo. Su título registrado se justifica de fojas 85 del proceso.
- f. La accionante Zully Gianella Delgado Mendoza mantiene contrato de servicios ocasionales y adenda que rige desde el 1 de febrero de 2017 hasta la actualidad en funciones conforme de fojas 98-102 y comunicado de pertenecer a grupo de atención prioritaria 110-112. Trabajadora del H-IESS, Portoviejo. Su título registrado se justifica de fojas 104 del proceso.
- g. El accionante Ronny Gilberto Vínces Chong mantiene contrato de servicios ocasionales y adenda que rige desde el 8 de enero de 2018 hasta la actualidad en funciones conforme de fojas 126-129. Sus funciones para el H-IESS, Portoviejo. Su título registrado se justifica de fojas 123 vta., del proceso.
- h. La accionante Elisa Annabell Molina Barrezueta mantiene contrato de servicios ocasionales y adenda que rige desde el 1 de abril de 2017 hasta la actualidad en funciones conforme de fojas 134-137. Sus funciones para el H-IESS, Portoviejo. Su título registrado se justifica de fojas 139 del proceso.
- i. La accionante Gema Felisa Zambrano Arteaga, según el certificado que obra de fojas 153 determina que trabaja en el H-IESS, Portoviejo desde el 1 de marzo de 2015 con contrato de servicios ocasionales. De fojas 152-153 se evidencia que la Institución legitimada pasiva consiente en seguir manteniendo la contratación. Esta certificación tiene fecha 2 de enero de 2020. Tampoco tiene impedimento legal conforme se observa de fojas 155 y de fojas 156 se certifica que la señora trabaja en un cargo vacante de la LOSEP. Título verificado de fojas 172.
- j. La accionante Jennifer Mercedes Trejo Rodríguez mantiene contrato de servicios ocasionales que rige desde el 1 de enero de 2018 conforme consta de fojas 198-201, así como el certificado del IESS que determina que su función la desempeña desde enero del 2018 hasta julio de 2021 (el certificado de agosto de 2021. Hasta la actualidad en funciones para el H-IESS, Portoviejo. Su título registrado se justifica de fojas 193 del proceso.
- k. El accionante Pablo Emilio Saltos Arteaga mantiene contrato de servicios ocasionales y adenda que rige desde el 1 de enero de 2018 hasta la actualidad en funciones conforme de fojas 213-214vta. Sus funciones para el H-IESS, Portoviejo. Su título registrado se justifica de fojas 207 del proceso.
- l. La accionante Ana Gabriela Pionce Vélez mantiene contrato de servicios ocasionales que rige desde el 1 de septiembre de 2016 hasta la actualidad en funciones conforme de fojas 224-228. Sus funciones para el H-IESS, Portoviejo.

- Su título registrado se justifica de fojas 220 del proceso.
- m. El accionante Víctor Alfonso Castro Parrales mantiene contrato de servicios ocasionales que rige desde el 1 de enero de 2018 hasta la actualidad en funciones conforme de fojas 235 y 236vta. Sus funciones para el H-IESS, Portoviejo. Su título registrado se justifica de fojas 233 del proceso.
 - n. El accionante Ángel Leonardo Zamora Cuenca mantiene contrato de servicios ocasionales que rige desde el 1 de enero de 2018 hasta la actualidad en funciones conforme de fojas 241-242vta. Sus funciones para el H-IESS, Portoviejo. Su título registrado se justifica de fojas 243 del proceso.
 - o. El accionante Edwin Adrián Quijiije Párraga mantiene contrato de servicios ocasionales que rige desde el 2 de enero de 2018 hasta la actualidad en funciones conforme de fojas 251-254. Sus funciones para el H-IESS, Portoviejo. Su título registrado se justifica de fojas 255 del proceso.
 - p. La accionante Zaira Diana Rosas Cervantes mantiene contrato de servicios ocasionales que rige desde el 1 de febrero de 2019 hasta la actualidad en funciones conforme de fojas 260-263. Sus funciones para el H-IESS, Portoviejo. Su título registrado se justifica de fojas 258 del proceso.
 - q. Las accionantes MARIA LISSETTE CAICEDO FREIRE, JESSENIA ALEXANDRA SABANDO VELEZ, ERIKA TATIANA CEVALLOS BRIONES, CINDY VIVIANA SOLORZANO MENDOZA, LISKEN ANDREINA GILER RODRIGUEZ, ZULLY GIANELLA DELGADO MENDOZA, RONNY GILBERTO VINCES CHONG, ELISA ANNABELL MOLINA BARREZUETA, GEMA FELISA ZAMBRANO ARTEAGA, JENNIFER MERCEDES TREJO RODRIGUEZ, PABLO EMILIO SALTOS ARTEAGA, ANA GABRIELA PIONCE VELEZ, VICTOR ALFONSO CASTRO PARRALES, ANGEL LEONARDO ZAMORA CUENCA, EDWIN ADRIAN QUIJIJE PARRAGA, ZAHIRA DIANA ROSAS CERVANTES han trabajado en la atención médica durante la emergencia sanitaria en el Ecuador, desde la vigencia del Decreto Ejecutivo 1017 del 16 de marzo del 2020, en distintos cargos en el H-IESS, Portoviejo.
 - r. Las accionantes CINDY VIVIANA SOLORZANO MENDOZA, LISKEN ANDREINA GILER RODRIGUEZ y ZULLY GIANELLA DELGADO MENDOZA han trabajado bajo la modalidad de teletrabajo por ser personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria; y,
 - s. La señora GEMA FELISA ZAMBRANO ARTEAGA ha trabajado en el área de atención al afiliado o asegurado de la Unidad Médica, en el área de admisión de emergencias a pacientes COVID-19. En este caso existe un aspecto adicional, ella ha sido desvinculada por cumplimiento del plazo del contrato, a pesar de haber trabajado desde el 1 de marzo del 2015 hasta el 31 de julio del 2021, teniendo a su cargo labores de oficinista del área del asegurado y ha gestionado también la atención a pacientes en emergencia del H-IESS, Portoviejo.
 - t. Según información oficial del IESS, todos los accionantes a excepción de las

señoras MARIA LISSETTE CAICEDO FREIRE, CINDY VIVIANA SOLORZANO MENDOZA, LISKEN ANDREINA GILER RODRIGUEZ y ZULLY GIANELLA DELGADO MENDOZA, no se las considera para incluirlas en conjunto con los legitimados activos para que participen del concurso para obtener nombramiento definitivo, en razón de haberse acogido al teletrabajo. Mientras que, la accionante GEMA FELISA ZAMBRANO ARTEAGA no ha sido considerada en razón de haber trabajado en el área de atención al afiliado o asegurado de la Unidad Médica, en el área de admisión de emergencias y por cuanto se dio por concluido su contrato ocasional de trabajo.

De los hechos probados antes indicado, se constata que los accionantes, a excepción de accionante GEMA FELISA ZAMBRANO ARTEAGA han justificado ser profesionales de la salud, que laboran en la entidad accionada, que acreditan haber realizado funciones relacionadas directamente, de forma presencial, con la atención médica a pacientes con diagnóstico de COVID19, a excepción de las accionantes MARIA LISSETTE CAICEDO FREIRE, CINDY VIVIANA SOLORZANO MENDOZA, LISKEN ANDREINA GILER RODRIGUEZ y ZULLY GIANELLA DELGADO MENDOZA, razones suficientes para que, de conformidad a las condiciones previstas en la Ley de Apoyo Humanitario y el Reglamento pudieran ser incluidas en los procesos de concurso previstos en dichas normas.

No obstante lo anteriormente señalado, es preciso indicar que las normas antes citadas (art. 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y Art. 10 del Reglamento General) estuvieron vigentes hasta la expedición de la sentencia **No. 18-21-CN/21 y acumulado, CASOS No. 18-21-CN y 29-21-CN, de fecha** Quito, D.M. 29 de septiembre de 2021, en la cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19 y de la Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19. Además, se declaró por conexidad, la inconstitucionalidad del artículo 10 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID 19, la Norma técnica para la aplicación de los concursos de mérito y oposición dispuestos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, y el Reglamento para la Aplicación del Artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y Artículo 10 de su Reglamento General". Inconstitucionalidad que de conformidad al numeral 3 de la parte resolutive de la Sentencia antes mencionada, entró en vigencia a partir de la publicación en el Registro Oficial Suplemento 245 de fecha 1 de Diciembre del 2021. En consecuencia, si bien dichas normas estuvieron vigentes a la fecha en que se suscitaron los hechos y fue resuelta la presente causa, en la actualidad ya se encuentran expulsadas del sistema jurídico, por lo que resulta indispensable garantizar el derecho a la seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República.

En estas circunstancias, este Tribunal estima que al haberse declarado inconstitucionales las disposiciones previstas en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario en concordancia con el Reglamento respectivo y demás disposiciones de carácter administrativas, lo resuelto por la Juez A quo en sentencia de fecha miércoles 22 de septiembre del 2021, es inejecutable, por cuanto en Auto de aclaración de la referida sentencia, expedido por la Corte Constitucional con fecha

17 de noviembre de 2021, respecto a la causa N°. 18-21-CN/21 y acumulado, señaló que “Los procesos judiciales que sigan en curso no podrán aplicar las normas declaradas inconstitucionales a partir de la publicación de la sentencia 18-21-CN/21 y acumulado y de este auto de aclaración en el Registro Oficial”. En consecuencia, no es posible declarar la vulneración de derechos respecto de la aplicación de una norma que a la presente fecha de resolver la impugnación interpuesta ya se encuentra expulsada del sistema jurídico y está claramente determinada la imposibilidad de su aplicación en los procesos judiciales en curso, como ocurre con la presente causa. Sin embargo de aquello, es preciso señalar que de conformidad con la sentencia y auto de aclaración expedido por la Corte Constitucional dentro de la causa N°. 18-21-CN/21 y acumulado, los nombramientos definitivos que hayan sido otorgados con anterioridad se mantienen vigentes; razón por la cual, en el caso de los accionantes que fueron considerados para tal efecto, según el detalle expuesto por la entidad accionada en el Memorando No. IESS-HG-PO-DA-2021-5957-M de fecha 14 de septiembre del 2021, estos nombramientos de haberse realizado se tendrán inalterables; y en cuanto a las accionantes MARIA LISSETTE CAICEDO FREIRE, CINDY VIVIANA SOLORZANO MENDOZA, LISKEN ANDREINA GILER RODRIGUEZ y ZULLY GIANELLA DELGADO MENDOZA, sus contratos de Servicios Ocasionales deberán seguir vigente hasta que se cumplan los fines determinados en el inciso 13 del artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público en concordancia con la Disposición Transitoria Undécima ibídem.

4.1.2. ¿Cuentan los accionantes con otros mecanismos de carácter legal para garantizar su derecho a la estabilidad laboral y garantizar el derecho al trabajo previsto en los artículos 33 y 332 de la Constitución de la República?

Si bien en la presente causa, no es posible declarar la vulneración del derecho a la seguridad jurídica y al trabajo, por cuanto el sustento del acto impugnado tiene relación a la aplicación de normas jurídicas que a esta fecha ya se encuentra expulsada del sistema jurídico por declaratoria de inconstitucionalidad dictada por la Corte Constitucional, no es menos cierto que este Tribunal debe garantizar los derechos constitucionales que ha observado se encuentra en disfrute de los accionantes, en aplicación al principio de garantía de los derechos constitucionales al trabajo en su núcleo de estabilidad temporal, para hacer efectiva la debida aplicación de las normas del sistema jurídico.

En este sentido, vale aplicar los principios de convencionalidad establecidos por la Corte IDH que en la *Sentencia de 31 de agosto del 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*. *Caso Lagos del Campo vs Perú*. 31 de agosto^[2], sostuvo:

“Cabe precisar que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho”.

Bajo estas circunstancias, observa el Tribunal que si bien la relación laboral de los legitimados activos, incluyendo la accionante cesada del puesto de trabajo, señora

GEMA FELISA ZAMBRANO ARTEAGA, no es de naturaleza permanente e indefinida, por cuanto sus vinculaciones laborales son por contrato ocasional, no es menos cierto que en la práctica, los accionantes han prestado sus servicios lícitos y personales para la misma entidad, en el mismo cargo o puesto de trabajo desde hace más cinco, cuatro, tres y dos años, respectivamente, conforme se observa de los contratos ocasionales e historial del IESS que se establecieron en líneas anteriores al verificar los hechos probados en la presente causa; por consiguiente, la relación contractual ocasional de los accionantes se encuentra por encima del plazo que prevé el Art. 58 de la Ley Orgánica del Servicio Público concordante con el inciso 2 del Art. 143 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público que determina: *"Art. 58.- De los contratos de servicios ocasionales.- La suscripción de contratos de servicios ocasionales será autorizada de forma excepcional por la autoridad nominadora, para satisfacer necesidades institucionales no permanentes, previo el informe motivado de la Unidad de Administración del Talento Humano, siempre que exista la partida presupuestaria y disponibilidad de los recursos económicos para este fin."... "El plazo máximo de duración del contrato de servicios ocasionales será de hasta doce meses o hasta finalizar el ejercicio fiscal en curso y podrá ser renovado, en cuyo caso no será necesaria la suscripción de un nuevo contrato por el transcurso del nuevo ejercicio fiscal, bastando la decisión administrativa que en tal sentido expida la autoridad nominadora o su delegado la cual se incorporará al expediente respectivo al igual que la certificación presupuestaria que expida la unidad financiera de la institución (...)"*. En igual sentido, los incisos 11, 12 y 13 del Art. 58 de la ley Orgánica del Servicio Público textualmente disponen: *"Cuando la necesidad institucional pasa a ser permanente, la Unidad Administrativa de Talento Humano planificará la creación del puesto el cual será ocupado agotando el concurso de méritos y oposición, previo al cumplimiento de los requisitos y procesos legales correspondientes. Se considerará que las necesidades institucionales pasan a ser permanentes cuando luego de un año de contratación ocasional se mantenga a la misma persona o se contrate a otra, bajo esta modalidad, para suplir la misma necesidad, en la respectiva institución pública. La Unidad Administrativa de Talento Humano bajo sanción en caso de incumplimiento tendrá la Obligación de iniciar el concurso de méritos y oposición correspondiente, tiempo en el cual se entenderá prorrogado el contrato ocasional hasta la finalización del concurso y la designación de la persona ganadora"*. Las normas señaladas establecen como límite de esta clase de contratos (12 meses y hasta un máximo de dos años), en el presente caso, como ha quedado demostrado, los accionantes, en el peor de los escenarios, tienen más de dos años, con lo cual la norma señala en forma expresa, que si aquello ocurre, si considerará que las actividades dejan de ser ocasionales y se convierten en permanentes, razón por la cual la ley dispone al Estado a través de las Unidades de Talento Humano deberá realizar un concurso público, tiempo en el cual, se entenderá prorrogado el contrato ocasional hasta la finalización del concurso y la designación de la persona ganadora.

En consecuencia, dado el tiempo transcurrido que mantienen los accionantes dentro de la referida entidad accionada, la autoridad nominadora está obligada a actuar conforme al contenido de la norma antes señalada y del inciso 4 del Art. 143 del Reglamento del Reglamento General a la ley Orgánica del servicio Público que

textualmente expresa: *“Cuando las instituciones del Estado hayan contratado personal hasta el lapso de tiempo que permite el artículo 58 de la LOSEP, en el que se incluye la renovación, de persistir la necesidad de cumplimiento de actividades permanentes, la UATH planificará la creación del puesto el cual será ocupado agotando el concurso de méritos y oposición (...)”*.

En consecuencia, tomando en cuenta que los legitimados activos, de acuerdo a los contratos ocasionales suscritos con la entidad accionada, vienen laborando por más de dos años y en el caso de la accionante GEMA FELISA ZAMBRANO ARTEAGA, que fue desvinculada tiene más de seis años, todos ellos se encuentra bajo el amparo de las disposiciones legales antes señaladas, es decir, que la institución nominadora si bien no podrá otorgarle el nombramiento definitivo, en razón de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario, tampoco podría dar por terminada la relación laboral, dado que su actividad se ha vuelto por imperio de la ley en permanente, y las funciones que los accionantes desempeñan se estiman importantes para el cumplimiento de la misión de esta institución.

En consecuencia, bajo el derecho constitucional de seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República, el H-IESS debe observar los efectos jurídicos contenidos en la LOSEP y su Reglamento, garantizando el derecho constitucional a la estabilidad laboral prevista en el artículo 229 segundo inciso de la Constitución de la República, dado que al existir normas vigentes que regulan la relación laboral de quienes hayan superado el plazo de contratación ocasional, como son el artículo 58 de la LOSEP y el artículo 143 del Reglamento del Reglamento General a la ley Orgánica del Servicio Público, la entidad accionada está en la obligación de respetar y aplicar las normas vigentes, por cuanto así lo establece el artículo 228 de la Constitución de la república que establece que “El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley”. Y en este caso, la ley LOSEP determina cual es la consecuencia de extender por fuera del tiempo previsto en la ley un contrato ocasional, razón por la cual, resulta importante recordar que los accionante mantiene una estabilidad laboral temporal, en razón de los contratos ocasionales sucesivos que ostentan, los mismos que subsisten hasta que exista un ganador en dicho puesto, por lo que, la entidad accionada deberá convocar al respectivo concurso público, donde los accionantes tengan derecho a participar en los mismos. Y en el caso de la accionante GEMA FELISA ZAMBRANO ARTEAGA, al haberse sido cesada de sus funciones, debe ser restituida al cargo que venía desempeñando para que ejerza los derechos que surgen por haber estado vinculada dentro del tiempo que la ley le otorga el derecho de participar en concursos públicos para el cargo que ostenta.

CONSIDERACIONES ADICIONALES.- Para concluir con el análisis realizado es necesario referirnos a las particularidades en la presente causa estamos frente a una acción propuestas por el personal médico que realizo sus actividades profesionales en plena crisis sanitaria, en la defensa y protección de la salud de la población que le garantizaba estabilidad en sus puestos de trabajo si bien es cierto, los jueces abogado Publio Erasmo Delgado Sanchez, y Dra. Mayra Roxana Bravo Zambrano, que forma parte de este Tribunal en varios fallos han sostenido que los nombramiento provisionales no gozan de estabilidad, sin cambiar de criterio, es

necesario dejar claro que cada caso tiene sus hechos concretos sobre los cuales se basan la motivación de cada una de las decisiones, es por esta razón, que al tratarse de personal médico que ha laborado en plena Crisis Sanitaria del COVID 19, en una labor humanitaria para con los ciudadanos cuando estaba vigente una norma que le garantizaba estabilidad en sus puestos de trabajo, es por esta circunstancia por la cual nos permitimos pronunciarnos en tal sentido de que los médicos, y personal médico, dependen del cumplimiento de condiciones, como es la convocatoria y terminación de un concurso de mérito, previo a ser desvinculadas laboralmente de la institución pública si no resultan ganadores pero al observar el caso concreto el Tribunal no puede establecer que bajo el parámetro de la acción de protección donde se alega la vulneración de sus derechos laborales y de estabilidad que le otorgada la Ley Humanitaria art 25 por resolución de la Corte Constitucional ha sido objeto de supresión, no se puede señalar que se estén vulnerando los derechos constitucionales de los accionantes por la falta de aplicación de una norma que no existe que fue apartada del ordenamiento jurídico del País, como se encuentra señalado en esta resolución, ni la seguridad jurídica; y, si bien los Jueces y Tribunales debemos ser coherentes con lo que a diario se resuelve, los hechos deben ser analizados desde cada caso concreto para llegar a una conclusión adecuada, es por tal razón este pronunciamiento.

QUINTO: Decisión.-

Por lo expuesto, habiéndose determinado las razones por las cuales se adopta la presente decisión, conforme a las normas de la motivación constitucional establecidas en el art. 76 numeral 7 literal L de la Constitución de la República, este Tribunal Fijo de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, acepta parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la entidad accionada, reformando la Sentencia subida en grado, por lo que, en relación a la acción de protección planteada por MARIA LISSETTE CAICEDO FREIRE, JESSENIA ALEXANDRA SABANDO VELEZ, ERIKA TATIANA CEVALLOS BRIONES, CINDY VIVIANA SOLORZANO MENDOZA, LISKEN ANDREINA GILER RODRIGUEZ, ZULLY GIANELLA DELGADO MENDOZA, RONNY GILBERTO VINCES CHONG, ELISA ANNABELL MOLINA BARREZUETA, JENNIFER MERCEDES TREJO RODRIGUEZ, PABLO EMILIO SALTOS ARTEAGA, ANA GABRIELA PIONCE VELEZ, VICTOR ALFONSO CASTRO PARRALES, ANGEL LEONARDO ZAMORA CUENCA, EDWIN ADRIAN QUIJIJE PARRAGA, ZAHIRA DIANA ROSAS CERVANTES se declara improcedente la acción de protección interpuesta por no haberse vulnerado los derechos constitucionales alegados por los accionantes. Sin embargo, se deja precisado que en virtud de la sentencia y auto de aclaración expedido por la Corte Constitucional dentro de la causa N°. 18-21-CN/21 y acumulado, los nombramientos definitivos que hayan sido otorgados a los accionantes que fueron considerados para tal efecto, según el detalle expuesto en el Memorando No. IESS-HG-PO-DA-2021-5957-M de fecha 14 de septiembre del 2021, se mantendrán inalterables y de no ser así, sus contratos deberán seguir vigentes hasta que exista un ganador en el concurso para el respectivo puesto que ocupan los accionantes; y en cuanto a las accionantes MARIA LISSETTE CAICEDO FREIRE, CINDY VIVIANA SOLORZANO MENDOZA,

LISKEN ANDREINA GILER RODRIGUEZ y ZULLY GIANELLA DELGADO MENDOZA, sus contratos de Servicios Ocasionales deberán seguir vigente hasta que se cumplan los fines determinados en el inciso 13 del artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público en concordancia con la Disposición Transitoria Undécima ibídem, esto es, exista un ganador en el concurso para el respectivo puesto que ocupan. Con relación a la señora GEMA FELISA ZAMBRANO ARTEAGA, considerando que su contrato ocasional que mantiene por más de seis años, deberá ser reintegrada a su funciones con igual remuneración, debiendo la entidad accionada cancelar la remuneración y beneficios de ley hasta su reintegro, en donde se mantendrá hasta que se convoque al concurso de méritos y exista un ganador en el puesto que ocupa la accionante. De conformidad con lo previsto en el artículo 25 numeral 1 de la LOGJCC, en el término de tres días posterior a su ejecutoria, remítase copia certificada de la presente sentencia, a la Corte Constitucional del Ecuador. Actúe la Ab. Jenny Vera Loor como Secretaria Relatora en la presente causa. **Notifíquese.-**

1. ^ Ver Sentencia 148-12-SEP-CC, Sentencia 209-12-SEP-CC, Sentencia 093-14-SEP-CC, Sentencia 115-14-SEP-CC y Sentencia 375-17-SEP-CC.

2. ^ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf

f).- GUARANDA MENDOZA WILTON VICENTE, JUEZ PROVINCIAL; DELGADO SANCHEZ PUBLIO ERASMO, JUEZ PROVINCIAL; BRAVO ZAMBRANO MAYRA ROXANA, JUEZA PROVINCIAL.

Lo que comunico a usted para los fines de ley

VERA LOOR JENNY EVELIN CARMITA
SECRETARIA RELATORA

