

Juicio No. 03283-2022-00353

EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA.- LA SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL CAÑAR



JUEZ PONENTE: URGILÉS CAMPOS JOSÉ FRANCISCO, JUEZ

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE CAÑAR. - SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE CAÑAR. Azogues, viernes 1 de julio del 2022, las

16h27, VISTOS.- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a través del Director Provincial Dr. Fernando Palomeque López; del Economista Francisco Esteban Ramírez Cabrera como Director Administrativo del Centro Clínico Quirúrgico del Hospital del Día de Azogues; y, la Procuraduría General del Estado a través de la Delegada Regional la doctora María José Ramírez Cardoso, interponen recurso de apelación de la sentencia que dicta el Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Azogues, Dr. Paul Bonete Argudo, en el proceso de Acción de Protección que, en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social sigue Ruth Noemí Peñafiel Torres, sentencia en la que el juzgador aquo declara, con lugar la Acción de Protección propuesta por la accionante, y ordena como medida de reparación que en el plazo de quince días la entidad accionada proceda a dar por terminado el contrato de servicios ocasionales celebrado y prolongado con la accionante, mismo que pertenece al régimen de la LOSEP, en su lugar procederá a otorgarle contrato de trabajo a tiempo indefinido. Procede la entidad accionada a la homologación salarial, en el escalafón que le corresponda, bajo toda la legislación que se menciona en la sentencia. Que, se remita al Tribunal Contencioso Administrativo de la ciudad de Cuenca, para que se cuantifique el monto de la reparación integral. La Defensoría del Pueblo, vigilará el cumplimiento de lo resuelto. Radicada la competencia en este Tribunal, parte integrante de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, de conformidad a los que ordena la CRE, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y llegado el momento para resolver, se hacen las siguientes consideraciones:

PRIMERO.- El Tribunal designado mediante sorteo electrónico para conocer y resolver la presente causa y en esta instancia se encuentra conformado por los jueces provinciales, doctores: Mauro Flores González; Víctor Zamora Astudillo; y, José Urgilés Campos, como ponente.

SEGUNDO.- Este Tribunal tiene jurisdicción y competencia para conocer la presente acción, de conformidad a lo que ordena tanto el Art. 86 numeral 3 inciso segundo de la CRE, y el

numeral 8 del Art. 4 de la ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional

TERCERO.- A la presente demanda se le ha dado el trámite que ordena la ley, no se ha violado solemnidades sustanciales comunes a los juicios e instancias, los demandados tuvieron expedito el derecho a la defensa, por lo que expresamente se ratifica la validez procesal.

CUARTO.- Los accionados conforme ordena la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, interpusieron en debida forma el recurso de apelación, por lo que se admite a trámite en esta instancia.

La apelación es un medio impugnativo ordinario a través del cual una de las partes o ambas, solicitan a un tribunal de segundo grado (adquen) examine una resolución dictada dentro de un proceso (materia judicanti) por el juez que conoce de primera instancia (aquo) expresando sus incomodidades al momento de interponer (agravios), con la finalidad de que el superior jerárquico, una vez que las analice y sin que pueda suplir sus deficiencias, corrija sus defectos (errores in procedendo), modificándola o revocándola.

QUINTO.- A fs 18 comparece Ruth Noemí Peñafiel Torres, luego de entregar sus generales de ley, deduce acción ordinaria de protección de derechos constitucionales en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a través del Director Provincial Dr. Fernando Palomeque López; del Economista Francisco Esteban Ramírez Cabrera como Director Administrativo del Centro Clínico Quirúrgico del Hospital del Día de Azogues Pide que se cuente también con la Procuraduría General del Estado, hace saber la forma como deben ser citados los accionados. Ya en lo relativo a los antecedentes de hecho, hace alusión que ingresó a trabajar como auxiliar de enfermería para el IESS, desde el mes de agosto del 2014, mediante contrato de servicios ocasionales, sujeto al régimen de la LOSEP, cuando en realidad lo que le correspondía es el régimen del Código del Trabajo, por las funciones de auxiliar de enfermería, percibiendo una remuneración de \$527,00. Este hecho, se traduce como precarización laboral, pues su derecho a la estabilidad laboral, se ha visto vulnerado en tanto se mantiene con la renovación de contratos ocasionales desconociendo la estabilidad. Aquello se traduce en el hecho de no percibir una remuneración justa, pues otras compañeras como Mery Alexandra Ruilova, entre otras que desempeñan lo mismo dentro del CCQA, Hospital del día, ganan \$673,25.- Con esta diferenciación de régimen laboral, así como la discriminación del trato salarial, se vulnera el principio a igual trabajo, igual remuneración. También informa que, durante este tiempo ha venido solicitando a sus jefes inmediatos, se proceda con el cambio de régimen laboral, por ende estar amparado por el Código del

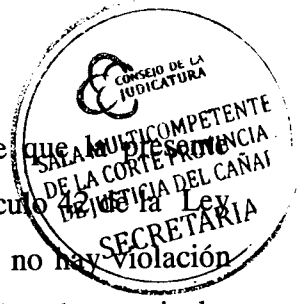
Trabajo. Lo anterior implica que, desde cuando empezó a trabajar en el Hospital del Día de Azogues, no le cancelan lo que le corresponde, en tanto auxiliares de enfermería ganan lo que hace que, se ha perpetrado en el tiempo un trato discriminatorio, diferenciado. Hace mención a los derechos que consideran se han vulnerado, esto es la seguridad jurídica, en virtud del cual se fundamenta el respeto a la CRE, y a la existencia de normas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades administrativas y judiciales competentes. Al derecho al trabajo, en la arista de igual trabajo, igual remuneración, en tanto que en el interior del Hospital del Día de Azogues, se está viviendo el hecho, de que a un mismo trabajo hay una distinta remuneración, en contra de lo que dispone la norma constitucional, específicamente el artículo 11, numeral 2, que dispone que: Todas las personas son iguales, y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Considera también que, se ha violentado el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. Hace mención a sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador, a aspectos que ordena la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Protesta que no ha planteado otra demanda por los mismos actos u omisiones contra las mismas personas y con la misma pretensión. Hace alusión a los documentos que adjunta como prueba, para finalmente autorizar a profesionales del derecho que asumen la defensa de sus intereses.

Admitida a trámite la demanda, luego de haber correspondido en sorteo su conocimiento al Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el can con sede en el cantón Azogues, se ordena que se citen y notifique tanto a la institución accionada, como a la Procuraduría General del Estado, y se fija día y hora para el cumplimiento de la audiencia pública, misma que se cumple con las formalidades y solemnidades que ordena la ley, luego de la cual se dicta la resolución motivo del presente recurso por parte del juzgador aquo.

En la audiencia respectiva, la legitimada activa con la defensa técnica de la Dra. Janina Méndez, hace mención que la accionante labora, en el IESS y específicamente para el Hospital del IESS u Hospital de Día de Azogues, desde el año 2014, que tiene un trato discriminatorio no solamente en el aspecto de su relación con la Institución, sino fundamentalmente en la remuneración que percibe, pues mientras sus compañeras perciben una remuneración que bordea los 673 dólares por mes, ella no llega a los \$530. Por lo anotado hace alusión a que este trato vulnera derechos de rango constitucional como a la seguridad jurídica, al trabajo en la arista de igual trabajo igual remuneración, en tanto hace lo mismo que sus compañeras pero percibe una remuneración inferior, al derecho de no discriminación y de igualdad formal y material. Pide que en sentencia se declare que el IESS



y el Hospital del Día de Azogues, ha vulnerado derechos de rango constitucional en lo ya expresado, y que se mande como reparación integral a homologar su salario y remuneración. La parte accionada esto es el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, comparece la doctora Cecilia Gomezcoello a nombre del Director Provincial Dr. Fernando Palomeque López; y, del Director del Hospital del Día de Azogues Econ. Francisco Ramírez, en primer lugar niega los fundamentos de hecho y de derecho, sostiene que la acción de protección no cumple con los requisitos que determina la ley, específicamente lo que ordena los artículos 39 y 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Se refiere a que la accionante, dice haber sido discriminada en tanto tiene una remuneración inferior a otras de alimentación, esto dice la abogado va a ser desvirtuado porque el Hospital del Día no tiene auxiliares en alimentación, tampoco existe personal que tenga una retribución como la que hace constar la demandante. La accionante Ruth Noemí Peñafiel fue contratada por el IESS en el año 2014 con contratos eventuales que permitía la ley. En el año 2017 cuando ya no había posibilidad de contratarle bajo el régimen de Código del Trabajo, en tanto se dispuso que se haga únicamente bajo el régimen de la LOSEP, se le contrató desde el 1 de enero del 2017 bajo el régimen de la LOSEP, con contrato de servicios ocasionales, en el cargo de auxiliar de enfermería del Centro Ambulatorio Azogues, con una remuneración de \$527,00, habiendo continuado este contrato con renovaciones automáticas, conforme prescribe el artículo 143 de la LOSEP. En la cláusula séptima la parte contratante acepta expresamente. Que, se tiene que tomar en cuenta lo que dispone la CRE en su artículo 226, esto es que no se puede ejercer otras competencias que no estén en la ley. El artículo 228 de la CRE, prescribe que el ingreso al servicio público se realizará mediante concurso público de méritos y oposición. Sostiene que no es como se narra en la demanda que la señora Ruilova tiene una remuneración mayor a la de la compareciente, a pesar de que ganó aquella un concurso de méritos y oposición pero tiene una remuneración de \$531,00. La señora Naspud Coronel ha ganado un concurso con contrato a tiempo indefinido, con una remuneración de \$531,00, dispuesto en la ley humanitaria. No se ha vulnerado por lo tanto por parte del IESS derecho de la accionante, en tanto el contrato que mantiene la señora Peñafiel Torres es sujeto a la LOSEP, por lo tanto se ha cumplido lo que manda el artículo 58 de dicha ley, se le ha respetado el derecho al trabajo, no se le ha dado por terminado el trabajo, y se le está pagando lo que dispone la ley, conforme a los grupos ocupaciones que el reglamento establece y está definido por el Ministerio del Trabajo, gana la suma de \$ 527,00 conforme consta de la escala correspondiente. Además por el tiempo que están en la institución hay personas que tienen mayores beneficios en cuanto al escalafón los que están amparados en el



Código del Trabajo, por tanto no hay vulneración de derechos. Sostiene que la acción está más bien encausada en la improcedencia que contempla el artículo 88 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en tanto no hay de derecho de rango constitucional, además se pide la declaratoria de un derecho, particular que está prohibido en acciones de protección. Pide que se declare sin lugar la presente acción. En la réplica sostiene que, el valor que pide como remuneración no consta ni en la LOSEP, ni en la tabla de salarios del Código del Trabajo. Que, la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador que declaró como inconstitucionales las enmiendas, no se pueden aplicar en el caso de la señora Peñafiel Torres Ruth, pues sostiene la abogada que dice que, rigen para el futuro, y la accionante ya tenía contrato de servicios ocasionales en el 2018, y ella estuvo desde el 2016 y 2017 con régimen de la LOSEP, por ello que sostiene sigue con ese régimen, esos contratos deben permanecer hasta que se convoque a concurso de méritos y oposición.

La doctora Ruth Averos a nombre de la Procuraduría General del Estado, se allana con todos los argumentos que presenta la parte demandada, esto es el instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, pues no solamente que ha indicado la normativa legal y constitucional que deviene a la acción como improcedente, sino que incluso ha presentado documentación que evidencia, que las autoridades no han vulnerado ningún derecho de la accionante con rango de constitucionalidad. Hace mención que el artículo 88 de la CRE determina claramente que la acción de protección es un mecanismo de defensa constitucional, pero cuando exista violación de un derecho constitucional. Se hace mención a que la accionante ha trabajado bajo el régimen de la LOSEP, a pesar de ser una trabajadora, más si encontramos que ella trabajaba en un comienzo bajo el régimen del Código del Trabajo. Posteriormente la misma CRE obligaba a que sean contratadas bajo otro régimen, por lo que se encuentra ya contratos de servicios ocasionales, pero estos son ya en el año 2015, la inconstitucionalidad a las enmiendas constitucionales se da en el año 2018, y las directrices para el cumplimiento de esa sentencia se encuentra en el año 2019 y las entrega el Ministerio de Relaciones Laborales, pues lo que está pidiendo la demandante es que se le entregue contrato de trabajo en forma indefinida, y como reparación el pago de lo que han ganado las compañeras sujetas al Código del Trabajo, es decir una homologación salarial, pero aquello no pudiera darse desde el 2014 en tanto hasta el 2018 se dio contratos legalmente celebrados por las partes. Son dos las pretensiones que plantea la actora, más sabemos que uno de los requisitos fundamentales, es que no exista una vía adecuada y eficaz, y lo que considera la procuraduría es allanarse con lo que ha expresado la demandada a través de su defensa

técnica, en tanto la acción es improcedente, en tanto el artículo 42 y el numeral 5, que prescribe que una acción es improcedente cuando se pide una declaración de un derecho como en el presente caso.

En la réplica las partes procesales ratifican sus posiciones, luego de lo cual el juzgador de instancia dicta la sentencia declarando con lugar la acción de protección

SEXTO.- La acción de protección, que contempla el Art. 88 de la CRE, es protectora de los derechos que en ella están consagrados, es una de las garantías jurisdiccionales, en tanto su finalidad es evitar, cesar o remediar las consecuencias de actos u omisiones ilegítimos de autoridad pública no judicial. “Es un proceso encargado de velar en forma inmediata y directa por el respeto de la supremacía constitucional y por la salvaguarda de los derechos constitucionales” (Samuel B Abad Yupangui. (EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO) Con la acción de protección, en efecto se tutela los derechos fundamentales que constan en la Carta Magna y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, en el entendido de que la pretensión va encaminada a que se condene la conducta del accionado, ordenando su reparación, dando o entregando algo, devolviendo, reparando. El Estado Constitucional de derechos basa su paradigma en la subordinación de la ley a la Constitución, por lo que el efecto es que vale la norma infra constitucional dependiendo además de la compatibilidad de su contenido con los principios constitucionales de derechos, libertades y garantías. Si bien es cierto en el sistema de fuentes del derecho, la ley es una de ellas, pero no la suprema, es por ello que la Constitución regula el sistema de fuentes del derecho. Al respecto Louis Favoreau, en su obra: La Legalidad y Constitucionalidad. La Constitucionalidad del Derecho. Temas de Derecho Público No. 59 Universidad Externado de Colombia, dice: “ Hoy, día, en el Estado de Derecho, la legalidad no es más que un componente de la constitucionalidad. La constitucionalidad es ahora el centro del orden jurídico y la legalidad no es sino una parte limitada de ella.”

El doctor Luis Cueva Carrión, define a la acción de protección, en su obra ACCION CONSTITUCIONAL ORDINARIA DE PROTECCION, de la siguiente manera: “ Es una acción procesal oral, universal, informal, sumaria que, ampara y garantiza judicialmente, en forma directa y eficaz, los derechos constitucionales, los derechos conexos definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos cuando fueren vulnerados por actos u omisiones de autoridad pública no judicial, por políticas públicas y por personas particulares”. En el contexto de la definición que realiza el maestro Cueva Carrión, encontramos algunas características: a) Es pública y tutelar; b) Es una acción universal; c) Es una acción informal; d) Es una acción inmediata, directa y el

Cuatro (4)
CONSEJO DE LA JUDICATURA
CORTE MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL CAÑAR
SECRETARIA

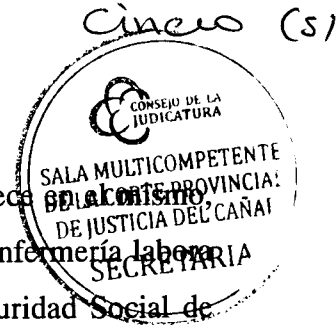
trámite debe poseer celeridad; e) Procesalmente tiene preferencia; f) No es subsidiaria y oral; g) Acción reparadora o preventiva de derechos constitucionales, acción Intercultural”.

La acción de protección, se instituyó exclusivamente para la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales de una persona, pero cuando ellos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de autoridad pública, o de particulares si la violación provoca daño grave; por lo tanto, no cualquier violación de derecho constitucional por parte de persona particular da lugar a acción de protección, sino un daño grave. En el caso que nos ocupa el reclamo de la accionante es que, se le considere trabajadora y sujeta al Código del Trabajo, así como se le homologue a la remuneración que perciben sus compañeras de trabajo. El IESS en cambio sostiene que, hay un contrato válidamente celebrado y sujeto a la LOSEP, además que las compañeras con las cuales se compara no ganan lo que sostiene la accionante.

SÉPTIMO.- El artículo 75 de la CRE, dispone que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia, y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de intermediación y celeridad; en ningún caso quedará en la indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”. En el marco del denominado bloque de constitucionalidad, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 25, dispone: “ Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualesquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales” . La Corte Constitucional del Ecuador, en sus múltiples fallos ha destacado lo que sigue: “El derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas, tiene relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para, luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y en la ley, hacer justicia. Por tanto, se puede afirmar que su contenido en amplio y se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia; el segundo con el desarrollo del proceso en estricto cumplimiento de la Constitución y la Ley, y el tercero en relación con la ejecución de la sentencia” Por lo tanto es un deber del Estado a través de los organismos correspondientes el que se de las oportunidades o las facilidades necesarias para que las personas hagan valer sus derechos, en este caso a través de una acción de protección que, es una garantía idónea y eficaz, que procede cuando el juzgador considera que efectivamente se ha violado un derecho de rango constitucional o

supra constitucional, en tanto puede darse el caso que corresponda el conocimiento a la justicia ordinaria, cuando se trate de un tema de legalidad. La Corte Constitucional al respecto de diferencias entre lo que es violación de derechos constitucionales, o violaciones legales, estableció en sentencia No. 001-16-PJO-CC, caso No., 0530-10-PJ, estableciéndose como regla jurisprudencial con efecto erga omnes lo que sigue: “ Las juezas y los jueces constitucionales que conozcan una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de 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 la 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”. Teniendo como marco referencial lo antes citado es necesario un análisis de lo que pide el accionante, constatar si acaso se trata de una violación constitucional.

El artículo 227 de la CRE, prescribe que, la administración pública constituye un servicio a la colectividad, que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”. El artículo siguiente, dispone 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, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento o remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora”. Siendo este el marco general de la forma como se ingresa al servicio público, la Ley Orgánica del Servicio Público, conocida como la LOSEP, en su artículo 17 norma las clases de nombramientos, pero la Administración Pública también puede optar por Contratos de Servicios Ocasionales, y es el artículo 58 de la LOSEP, el que regla este tipo de convenios, cuando dice: “ La suscripción de contratos de servicios ocasionales será autorizada por la autoridad nominadora, para satisfacer necesidades institucionales, previo el informe de la unidad de administración de talento humano, siempre que exista la partida presupuestaria y la disponibilidad de los recursos económicos para este fin”. De lo transcrito se infiere que puede la administración pública tener funcionarios públicos con nombramiento definitivo, con nombramiento provisional y con contrato ocasional de servicios, y otros especiales. En el caso que estamos estudiando la accionante dice haber entrado a través de un contrato bajo al régimen de la LOSEP, cuando se suscriben contratos ocasionales de servicio, y en ese tipo de



régimen se da supuestamente la violación de sus derechos, cuando permaneció en el mismo y tiene una diferenciación en el pago de los haberes que como auxiliar de enfermería labora para el Hospital conocido como del Día del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de Azogues. Sostiene que la violación de sus derechos se da por que no pertenece al régimen de la LOSEP, sino al Código del Trabajo, y que inacción de las autoridades del Hospital del Día, por no haber hecho nada para cumplir con la ley, en tanto ella debió ser cambiado al régimen del Código del Trabajo, ello conllevaba una mejor remuneración-

OCTAVO.- Esta Sala Muticompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, ha sostenido en múltiples fallos, la distinción entre lo que es el empleado público, y lo que son las obreras y obreros del sector público, en tanto el inciso tercero del artículo 229 de la CRE sufrió enmiendas; posterior, una sentencia de Corte Constitucional y hasta acuerdos ministeriales dan directrices para su aplicación. En forma elemental diríamos que obrero es aquel trabajador en cuya labor predomina el esfuerzo manual, por ejemplo los que laboran en procesos productivos de una empresa, una persona que labora en construcciones municipales; en el caso de la salud una persona que colabora con el médico en atención a los pacientes, dotándoles de lo necesario en el aspecto sanitario. El empleado es cualquier trabajador en cuya labor predomina el esfuerzo intelectual. Los obreros están sujetos al Código del Trabajo, los empleados a la LOSEP y sus reglamentos.

Cuando la determinación de la relación laboral es clara, diáfana, sin lugar a dudas y sobre todo cuando hay un antecedente de aquello, nos hemos pronunciado sin ninguna dificultad sobre el régimen del mismo. En el caso del examen no hay duda alguna que, una auxiliar de enfermería, es una trabajadora sujeta al Código del Trabajo. Tan cierto es aquello que, la misma Entidad accionada, ha presentado como prueba de que compañeras de la accionante, están ligadas con su patrono mediante contrato de trabajo regido por el Código del Trabajo. El inciso tercero del artículo 229 de la CRE, reza textualmente lo que sigue: “LAS OBRERAS Y LOS OBREROS DEL SECTOR PUBLICO ESTARAN SUJETOS AL CODIGO DEL TRABAJO”. Este inciso en el año 2015, fue suprimido por parte de la Asamblea Nacional, con lo que se conoció las enmiendas constitucionales, para posteriormente a través de una sentencia de la Corte Constitucional, declarar la inconstitucionalidad, y posteriormente el Ministerio del Trabajo a través de un acuerdo ministerial, expedir las directrices necesarias para la aplicación en forma debida de la sentencia del máximo organismo constitucional del Ecuador. Además de la norma citada, también se hizo enmiendas en lo que respecta al numeral 16 del artículo 326, en su parte final que se hacía alusión a personas que laborando para la administración pública, estaban

regidas por el Código del Trabajo, en suma lo que se buscó con las enmiendas constitucionales, es que los obreros y obreras del sector público, no estén amparados por el Código del Trabajo sino por la LOSEP y sus reglamentos, razón por la que grupos sindicales, personas naturales, y hasta partidos políticos pidieron que se declare la inconstitucionalidad, porque se consideraba que se restringía los derechos de los obreros del sector público, que existía los derechos adquiridos, que se limitaba la contratación colectiva en el sector público.

Ahora bien la ley, la norma jurídica tiene una vigencia en el espacio del tiempo y en una determinada zona geográfica. Así una norma pierde su valor cuando ha sido reformada, derogada u otra forma por la cual deja de ser vigente, pero también es erga omnes para una determinada circunscripción territorial, una norma que como determina la ley, no puede regir en otro lugar que no tenga competencia quien lo promulgó. En el caso que analizamos es necesario referirnos a la historia laboral del accionante. Así dice la recurrente que desde su inicio ha estado bajo el régimen de la LOSEP. Este Tribunal considera que, hay un lapso en el que debió estar regida por ese régimen en tanto, la norma obligaba a aquello, pero que también debió actuar la demandada, el momento en que esas normas fueron declaradas inconstitucionales.-

La sentencia de la Corte Constitucional es notificada el 2 de Agosto del 2018, declara inconstitucional las enmiendas introducidas por la Asamblea Nacional, volviéndose por lo tanto al texto original el inciso tercero del artículo 229 y el numeral 16 del artículo 326 de la CRE, existen en el sector público trabajadores sujetos al Código del Trabajo. Para ser viable dicha sentencia, el Ministerio del Trabajo en Diciembre del 2019, a través de un acuerdo expide directrices para la aplicación de la sentencia ya citada de la Corte Constitucional, y específicamente en su artículo 10 dice: Directrices de aplicación para los contratos de servicios ocasionales.- Las UATH institucionales o

quien haga sus veces, luego de la verificación de su nómina de contratos de servicios ocasionales, de los cuales no contemplen actividades administrativas en función a los criterios contenidos en el Acuerdo Ministerial Nro. MDT- 2016-098, deberán pasar al régimen del Código del Trabajo, para lo cual se considerará lo siguiente: En el caso de contratos de servicios ocasionales celebrados a partir del 2 de agosto de 2018 y que por consecuencia tengan más de noventa (90) días contados a partir de la fecha de inicio de sus actividades, se procederá con la terminación del contrato e inmediatamente se suscribirá un nuevo contrato de trabajo a tiempo indefinido con la misma persona”.



Era por lo tanto obligación de la Institución demandada lo dispuesto en la norma antes transcrita, en tanto se insiste la actividad de la accionante, es de las que corresponde y la misma institución demandada ha reconocida sujeta al Código del Trabajo.

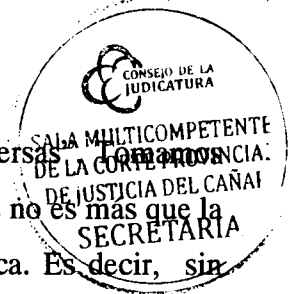
NOVENO.- La declaración Universal de los Derechos Humanos, es un documento que marcó un hito en la defensa de los derechos del hombre, y se establece por vez primera cuales son los mismos y la forma de protegerlos. Uno de los considerandos de este documento histórico dice: "Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en el que los seres humanos, liberados del temor y la miseria, disfruten de la libertad de la palabra y de la libertad de creencias". Otro de los considerandos dice: "Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y en el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombre y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad", y en su artículo 1, proclama: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están en razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". El artículo 2 de esta misma Carta proclama que somos iguales sin distinción de raza, sexo, religión, opinión política, además que no se hará distinción alguna fundada en condición política, jurídica o internacional del país o territorio. La igualdad de los seres humanos y la no discriminación no sólo son parte de lo que consta en la Carta de las Naciones Unidas, sino en todos los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales, y las Constituciones que se han dictado en el Ecuador. Este Tribunal para el análisis de esta resolución toma los dos primeros artículos de la Carta Universal de Derechos Humanos, en los mismos se traduce derechos fundamentales del ser humano, esto es que nacemos libres e iguales en dignidad y derechos, y que somos iguales sin distinción alguna. La declaración Universal de Derechos humanos incluye derechos civiles y políticos, así como económicos, sociales y culturales. Por ser universal su declaración se aplica a todas las personas, a pesar de que están copiados los mismos en casi todas las Constituciones de los países del mundo. Además todos los derechos allí concebidos tienen la misma importancia, siendo inalienables.

Los derechos a la igualdad y no discriminación son básicos, y se pueden resumir a que toda persona sin distinción tiene derecho a disfrutar de todos los derechos humanos, incluidos el

derecho a la igualdad ante la ley, de ser protegido contra la discriminación por diversos motivos, pudiendo ser raza, sexo, orientación sexual, pensamiento político, etc. La discriminación es: “ Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión con intervención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se basa en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de la piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales, o cualquier otro motivo/ También se entenderá como discriminación la homofobia, la misoginia, cualquier manifestación de xenofobia, la segregación racial y otras formas conexas de intolerancia”. En suma la discriminación no es más que un trato distinto a una persona con respecto de otra u otras, generando una desventaja, sintiéndose inferiores, sin poder reclamar, en suma lesionando su dignidad de ser humano. La discriminación puede presentarse en diferentes formas, como por ejemplo una discriminación de hecho, cuando se da directamente. Una discriminación de derecho, como cuando la mujer tenía que ser representada por su marido. La discriminación directa cuando se realiza en forma explícita; la indirecta, cuando se disfraza y aparece como una acción neutra. La discriminación en suma es la negación del principio de igualdad, y es uno de los obstáculos para el avance pleno de los derechos humanos.

El principio de la igualdad es uno de los valores de mayor trascendencia que se reconoce en la comunidad internacional, y sin lugar a dudas es pilar fundamental en la teoría de los Derechos Humanos. Se puede sintetizar en que se garantiza derechos y se limita privilegios. Las personas no sólo que deben ser consideradas iguales, sino tratadas iguales.

El artículo 66 de la CRE, prescribe que se reconoce y se garantiza a las personas, y en el numeral 4, dice: “El derecho a la igualdad formal y a la igualdad material sin discriminación”. La igualdad formal y conocida también igualdad ante la ley, es diferente a la igualdad material o real. La igualdad formal tiene relación con la garantía de identidad de trato a todos los destinatarios de la norma jurídica, obviamente evitando los privilegios. La igualdad material tiene que ver con la real posición social del individuo a quien va a ser aplicada la ley, con el propósito de evitar injusticias. La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar: “Que, la igualdad no significa una igualdad de trato uniforme, sino más bien un



trato igual en situaciones idénticas, y un trato diferente en situaciones diversas para esta resolución lo que es la igualdad formal o ante la ley, que insistimos no es más que la garantía de identidad de trato a todos los destinatarios de la norma jurídica. Es decir, sin discriminación ni privilegios. La doctrina considera a la igualdad formal con un sentido de seguridad jurídica, con igualdad de trato, no se me perjudica, pero tampoco se me beneficia, un trato igual para todos.

En el caso que hemos analizado, ha existido omisión en el trato del IESS con la accionante en el sentido de incumplir con las normas legalmente dictadas por Autoridad competente, esto es suscribir contrato indefinido de trabajo, con ello la accionante debía homologarse sus remuneraciones con compañeras que laborando en el IESS y perteneciendo al régimen laboral del Código del Trabajo, percibían por su antigüedad salarios mayores a los que ha recibido la accionante sujeta a la LOSEP. Hay por lo tanto una palmaria discriminación en su trato laboral con la accionante, en tanto otras compañeras, de su misma profesión, con iguales responsabilidades y derechos tiene trato diferenciado, percibiendo una remuneración mayor, por un mismo trabajo.

El Derecho al trabajo está garantizado en Instrumentos Internacionales, en la CRE en su artículo 33, prescribe que es un derecho y un deber social, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantiza el pleno respeto a su dignidad, a una vida decorosa, pero también a REMUNERACIONES JUSTAS (lo resaltado corresponde al Tribunal). Nos preguntamos ¿Es justo que tenga un trabajo con mayor responsabilidad, y no se le reconozca? ¿Es justo que, por ese mismo trabajo, otras personas perciban una remuneración mayor a la que percibió el accionante?. Los Mandatos Constitucionales dictados en Ciudad Alfaro, y sobre todo el artículo 327 de la CRE, prohíbe toda precarización laboral que afecta a los derechos de las personas; y, el artículo 328 de la misma Carta Magna, prescribe lo que sigue: “La remuneración será justa, con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia, será inembargable, salvo para el pago de las pensiones por alimentos”.

El artículo 326 de la CRE, prescribe que el Derecho al Trabajo se sustenta en los siguientes principios: ... 4.- A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración”. También prescribe que, el Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, a una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y equitativas. En este sentido no se puede aceptar por lo tanto que, una persona labore en una función determinada, pero no se le reconozca la remuneración que la norma determina para esa actividad, el no reconocimiento viola el respeto a la dignidad de una persona, se le está

denigrando en tanto no se le cancela lo que merece, lo que reciben personas que hacen ese mismo trabajo, no se le está pagando lo justo. Con esa actuación de no reconocerle lo que merece, se está violentando el principio de igualdad. El artículo 11 de la CRE, cuando se refiere al ejercicio de los derechos de las personas, reza lo que sigue: “ El ejercicio de los derechos, se regirá...6.- Todos los principios y los derechos son inalienables , irrenunciables, indivisibles, e interdependientes i de igual jerarquía”. No se pueden negar los derechos de las personas, no se pueden renunciar, ni así el titular del mismo pida, no pueden disgregarse, es por lo tanto el Estado quien debe y efectivamente se compromete a velar por su cumplimiento, cuando en la norma constitucional prescribe, que es deber primordial del Estado cumplir y hacer cumplir la Constitución de la República.

No se trata de un asunto de mera legalidad sino de violación de derechos de rango constitucional como hemos analizado.

Por lo analizado y examinado, este Tribunal, parte integrante de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, no admite el recurso de apelación deducido por la Institución demandada, y considera que el IESS ha violentado derechos de rango constitucional en su trato laboral con la accionante Ruth Noemí Peñafiel Torres, por lo que confirma en su integridad la sentencia venida a nuestro conocimiento. De conformidad a disposición constitucional envíese copia de la presente sentencia a la Corte Constitucional del Ecuador. Notifíquese y devuélvase. F) URGILES CAMPOS JOSE FRANCISCO- JUEZ (PONENTE). ZAMORA ASTUDILLO VICTOR ENRIQUE- JUEZ. FLORES GONZALEZ MAURO ALFREDO- JUEZ. Certifico: DRA. LUISA MARITZA MEDINA VILLARREAL, SECRETARIA RELATORA. CERTIFICO: Que la SENTENCIA que antecede es fiel copia de su original, misma que se encuentra ejecutoriada por el ministerio de la Ley. Azogues, 7 de julio del 2022.


DRA. LUISA MARITZA MEDINA VILLARREAL
SECRETARIA RELATORA
SECRETARIA
SECRETARIA

JUAN.MERCHAN