



**R DEL E
COPIA CERTIFICO**

18111-2020-00028

SENTENCIA DICTADA EN LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN QUE SIGUE SARA MENESES ALVAREZ EN CONTRA DEL SEÑOR DIRECTOR REGIONAL DE CHIMBORAZO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO LEONOR HELENA HOLGUIN BUCHELI, JOSHUA ISRAEL CULCAY DELEGADO DIRECTOR DE SALUD.

Juicio No. 18111-2020-00028

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE TUNGURAHUA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y LABORAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE TUNGURAHUA. Ambato, viernes 14 de agosto del 2020, las 13h54. **VISTOS:** Dentro de la acción de protección signada con el número 18111-2020-00028, 18461-2020-03479 en primer nivel, el Tribunal Constitucional ordinario de la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil y Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, integrado por los señores Jueces Provinciales, Doctores César Audberto Granizo Montalvo, Presidente y Ponente, Ricardo Amable Araujo Coba y David Julio Álvarez Vásquez, avoca conocimiento de la causa y profiere la siguiente sentencia:

I. Antecedentes

1.1) Identificación de la persona afectada y/o accionante.- La señora **Meneses Álvarez Sara** - en adelante Legitimada activa, Demandante, Actora, Accionante, Impugnante, Recurrente o Apelante-, ecuatoriana, casada, no precisa el número de su cédula de identidad y/o ciudadanía, de 54 años de edad, “de profesión Médico -sic- ... sin ocupación actual”, domiciliada en el sector Cashapamba del cantón Ambato, provincia de Tungurahua, en calidad de accionante -se presume que también es afectada-, con escrito que corre desde el folio 26 al 38 –sin impresión en los respaldos-, el día jueves 25 de junio del 2020, a las 12h12', ha ejercido su derecho a la jurisdicción -que doctrinariamente abarca a los de acceso a la administración de justicia y de la tutela judicial efectiva- establecido en el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador -en lo venidero sólo CRE-, en relación con el principio de acceso a la justicia constitucional previsto en el precepto 86.1 ibídem, al presentar una demanda de acción ordinaria de protección de derechos, que ha dado inicio a la causa número 18461-2020-03479 en la Unidad Judicial de Tránsito, con sede en el cantón antes indicado, a cargo de la doctora Dina Gladys Curay Quispe -en lo sucesivo solamente señora Jueza A-quo-.

1.2) Identidad de la persona, entidad u órgano accionado.- La persona accionada es el señor Joshua Israel Culcay Delgado, **Director Distrital 18D02 CZONAL3-SALUD**, y se ha

contado con el “**señor Director Regional Chimborazo de la Procuraduría General del Estado**”, con domicilios en esta ciudad de Ambato y en Riobamba, respectivamente.

1.3) Descripción del acto u omisión supuestamente violatorio de derechos que produjo el daño.- Concretando de la relación circunstanciada de los hechos, según la Legitimada activa, la situación se reduce a lo que sigue: “*Con fecha 27 de diciembre del 2019, a través de memorando signado con el número MSP-CZ3-DDS18DD02-2019-4864-M, suscrito por la Mgr. Maria -sic- Augusta Riofrio Riofrio -sic- en su calidad de Directora Distrital 187D02 CZonal3-Salud y dirigida a la infrascrita, donde en su parte pertinente dice textualmente: “[...] Por medio del presénteme -sic- permito recordar que los contratos de servicios ocasionales de fecha 04 de febrero del 2019, suscritos con la Dirección Distrital 18D02_SALUD, termina -sic- el 31 de diciembre del 2019, conforme consta en la cláusula -sic- Tercera y Quinta del mencionado contrato así como también en lo determinado en la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento [...]”.*

Como sustento fáctico de su acción, precisa: “**3.1.1.-** *Con fecha 5 de junio del 2018, suscribo un contrato de servicios ocasionales con el Mgs. Diego Iván Ramírez López, en su calidad de Director de la Dirección Distrital 18D02 - Parroquias Urbanas: (Celiano Monge a Pishilata) y parroquias rurales: Huachi Grande a Totoras - Salud. // El objeto del contrato se circunscribe a contratar mi -sic- servicios lícitos y personales, para realizar el trabajo en calidad de Servidor Público 12 de la Salud, como médico especialista en Medicina Familiar, en el Centro de Salud de Huachi Chico, en la Unidad Orgánica de Atención Integral en Salud. // Las actividades a realizarse se regulan en el acápite -sic- segundo de -sic- contrato laboral. // El plazo del contrato se regula a partir del 1 de junio hasta el 31 d diciembre del 2018. // La remuneración se la fija en la cantidad de U.S.C. 2641,00 dólares de los Estados Unidos de América -sic-. // La normativa legal se la establece en virtud de la Ley Orgánica de Servicio Público LOSEP. // La jurisdicción y competencia e -sic- la radica en la jurisdicción del cantón Ambato y al trámite contencioso administrativo”.* Agrega, que el 4 de febrero del 2019, suscribe un contrato similar de servicios ocasionales, en cuanto a Entidad, tipo de servicios, para el plazo que va desde el 1 de enero hasta el 31 d diciembre del 2019, no es del 2018 como mal consta en la narración de primera instancia, con igual remuneración, normativa, jurisdicción y competencia, y trámite administrativo. Añade: “**3.1.3.-** *La evaluación de desempeño correspondiente al año 2018 se la ha cuantificado en 93,75 % ... sobre CIEN, equivalente a Muy Buena, lo que significa que mi desempeño se encontraba en un nivel óptimo”.*

Acota que con fecha 6 de febrero del 2020, el Mgs. Raúl Sánchez Zúñiga, Director del Distrito 18D02-salud (Subrogante) y Psc. Ind. Rolando Guevara Núñez, responsable de Talento Humano del Distrito 18D02-Salud, ante el pedido del señor doctor David Pulgar Haro, en su calidad de Coordinador Zonal3-Salud, emite la conclusión de la finalización del contrato de la ex-servidora Dra. Meneses Álvarez Sara, al cargo que desempeñaba, basado en el Art. 146 literal a) del reglamento de la LOSEP y a la certificación presupuestaria para el ejercicio para el ejercicio fiscal 2020, emitida por la Unidad Administrativa Financiera para la nómina del personal que consta en los anexos indicados, estableciendo como recomendación la de validar el presente informe con la finalidad de justificar la finalización del contrato.

Como **documentación** de apoyo anexa: **1)** Circular MEF-VGF-2020-00003-C, de abril 16 del 2020, suscrita por el Viceministro de Finanzas, en la que se comunica austeridad y recorte presupuestario -fojas 1 a 6-; **2)** Oficio número MEF-VGF-2020-0090-0, del mismo funcionario -7 a 8-, que informa que la desvinculación de persona es de responsabilidad de cada Entidad; **3)** Oficio de la ASECMEFAC (Asociación Ecuatoriana de Medicina Familiar y Comunitaria Integral) al Ministro de Economía y Finanzas, solicitando no desvinculación -9 a 14-; **4)** Resolución de la Comisión Especializada Permanente del Derecho a la Salud, de la Asamblea Nacional, que inacepta la decisión del gobierno nacional de despedir o desvincular masivamente a los trabajadores y profesionales de la salud del Ministerio de Salud Pública, en plena emergencia sanitaria por el COVID-19 -15 a 16-; **5)** Memorando MSP-CZ3-DDS18D02-2019-4864-M, mediante el cual se le notifica la terminación del contrato, con fecha 27 de diciembre del 2019 -17-; **6)** Contrato de servicios ocasionales, celebrado el 5 de junio del 2028 -18 a 20-; **7)** Igual contrato, otorgado el 4 de febrero del 2019 -21 a 23-; **8)** Documentos personales de la Actora -24-; y, **9)** Credencial de su Abogado patrocinador -25-. Afirma acompañar la historia laboral emitida por el IESS para demostrar la calidad de servidora pública y la relación profesional, la cual no aparece.

Alrededor de estos asertos gira su demanda constitucional, lo cual será materia de discernimiento en líneas infra.

1.4) Cita de los derechos presuntamente vulnerados por la acción u omisión.- En base a esta fundamentación fáctica, en su demanda dice en relación a este tema:

1.4.1) Derecho a la motivación, en torno al cual Transcribe el precepto 76.7, se presume que la letra l) de la CRE, derecho sobre el que desde la foja 28 explica que lo que preció el Constituyente, luego cita dos precedentes de la Corte Constitucional del Ecuador, es decir las sentencias constitucionales 009-14SEP-CC, 069-10SEP-CC y 227-12-SEP-CC, que establecen los requisitos de la sentencia de la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad. Agrega que se articula simbólicamente con el derecho a una tutela efectiva, y obviamente aquello contribuirá a garantizar la seguridad jurídica, dentro de un Estado Constitucional de Justicia y Derechos, con el objeto de que quienes acudan a sus diversas instancias del sector público, no queden en la indefensión y de generar la confianza debida en el sistema jurídico ecuatoriano; que aquello no significa exclusivamente acceder a órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, los servidores públicos deben guiar sus actuaciones diligentemente en aras de alcanzar la tan anhelada seguridad jurídica, y es precisamente a través de la motivación de las decisiones **del Poder Público, cuando éste determine que sus actuaciones se han producido con apego** a la Constitución y las leyes que rigen un caso concreto. Precisa que en el caso sub júdice la relación laboral se inicia con fecha 8 de junio del año 2018 -sic-, y termina formalmente el 31 de diciembre del año 2019, es decir aproximadamente DOS AÑOS, situación que no ha sido expuesto en el memorando, el cual se ha impugnado a través de esta garantía procesal constitucional. Que una vez que se da por terminada la relación laboral, con fecha 6 de febrero de 2020, se emite una conclusión y una recomendación indicando que la finalización del cargo en calidad de servidora pública, obedece al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 146 literal a) del Reglamento de la LOSEP, sin que exista tampoco el cumplimiento de los elementos que se rige la motivación.

Que tampoco se hace relación al primer contrato de servicios ocasionales del mes de junio del año 2018, y peor aún la evaluación de desempeño, omitiendo realizar disposiciones establecidas en el Artículo 143 de la indicada normativa, que fue reformada a través del decreto ejecutivo signado con el número 858 del 19 de agosto del 2019, en torno al cual anota que las disposiciones antes indicada establecen que no se pueden celebrar contratos de servicios ocasionales de manera indefinida y sucesiva, que se debe crear una necesidad institucional permanentemente, con la respectiva creación del puesto, de conformidad con lo que dispone el Art. 58 de la LOSEP. Por lo que la única manera de proseguir en el ejercicio del servicio público, es la realización de los respectivos concursos de méritos y oposición, conforme lo dispone el Art. 228 de la Constitución de la República del Ecuador, en relación con el Art. 65 de la LOSEP. Transcribe de la circular N° MEF-VGF-2020-0090-0 de fecha 21 de febrero de 2020, suscrita por el Viceministro de Finanzas, que habla de adoptar “...medidas de ahorro y austeridad, no deberán afectar la provisión de servicios públicos, mucho menos en lo concerniente a la salud ... En tal razón los profesionales médicos no deberán formar parte de los procesos de optimización planteados”; transcribe el artículo 100 del Código Orgánico Administrativo, relativo a la motivación, según el cual se puede hacer remisión a otros documentos, siempre que la referencia se incorpore al texto del acto administrativo y conste en el expediente al que haya tenido acceso la persona interesada.

1.4.2) El derecho a la seguridad jurídica, en relación al que cita el artículo 82 de la CRE y un fallo de la Corte Constitucional del Ecuador, relativa a la previsibilidad en la actuación de las autoridades entre ellos los jueces, que excluye la posibilidad de modificación arbitraria de situaciones jurídicas preexistentes. Indica que los contratos ocasionales se originan por necesidades institucionales, que en el Art. 58 de la LOSEP, consagra que no existe estabilidad laboral, pero que se creó para que el tiempo de servicio sea corto en duración, doce meses, y por excepción un año más. En torno a la precarización laboral refiere la transitoria undécima de la LOSEP, que facultó que se debía regularizar con nombramientos a las personas que laboraron bajo esa modalidad por más de cuatro años, previo concurso de méritos y oposición, criterio que apoya con las reformas a la LOSEP consagradas en el R.O. 1008 de 19 de mayo del 2017, que en su Art. 12, referente a la transitoria undécima, desarrolla y actualizada la garantía de permanencia de cuatro años, para acceder a un nombramiento que genera estabilidad laboral. Cita artículo 3 del acuerdo ministerial Nro. MDT-0192-2017 expedido por el Ministerio de Trabajo, que dispone la reglamentación respectiva para efectivizar el desarrollo de esta garantía de estabilidad para estos contratos ocasionales, ampliando no solo hasta septiembre del año 2010 sino hasta el 19 de mayo 2017, fecha de emisión de esta decisión. Por lo tanto, en relación con la progresividad de Derechos contemplados en el Art. 11 numeral 5 y 8 de la Constitución permite que la interpretación de Derechos sea la más favorable, pero a la vez exige su progresividad. Adicionalmente el Art. 143 reformado del Reglamento de la LOSEP a través del decreto ejecutivo signado con el número 858 del 19 de agosto del 2019, permite generar la aplicación del principio “in dubio pro reo”, contenido en el artículo 11 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador. Por lo tanto, se consagra que la aplicación de estas normas legales y constitucionales debe aplicarse en el presente caso, con la creación de una necesidad institucional permanente, así como la realización del respectivo concurso de méritos y

oposición. Añade que la ausencia de estas consideraciones afecta no solo al profesional de salud, sino a la de sus pacientes, por lo que resulta un ejercicio de conexidad de derechos. Concreta que **los criterios de optimización laboral y austeridad fiscal, fueron mal interpretados por las Autoridades de Salud, y que el propio Viceministro de Finanzas Sr. Fabián Aníbal Carrillo Jaramillo**, a través de oficio No. MEF-VGF-2020-0090-O de fecha 21 de febrero del 2020; y, que esta situación repercute en la actualidad de manera directa, por cuanto la crisis sanitaria provocado por el COVID19, incide en la ausencia de atención médica de primer nivel, pero que se preveía que el personal médico, no debía ser afectado por criterios de austeridad fiscal y optimización de personal y en la Direcciones de Salud. Dice que bajo estas circunstancias, han existido pronunciamientos de otras entidades jurisdiccionales, en el sentido que, si bien se reconoce que los contratos ocasionales no generan estabilidad ni permanencia, pero la única forma de concluir a excepción de los trámites disciplinarios en la consecución y realización del respectivo concurso de méritos y oposición, conforme lo dispone el Art, 58 de la LOSEP, en relación al Art. 143 del Reglamento de la LOSEP, situación que se ha evidenciado en el presente caso, más aún cuando fue ganador en el proceso de ingreso. Hace referencia, también al artículo 25 y la disposición general séptima y la transitoria octava de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, las que según ella, permitan precisamente determina de manera fehaciente la discriminación positiva a favor del personal médico de la Red Integral de Salud, en cualquiera de sus modalidades incluyendo los becarios. Sostiene que con la vigencia de esta ley, debe aplicarse la figura in dubio pro-operario y el Art. 11 numeral 5 y 326 numeral 3 de la Constitución y el análisis constitucional a fin de garantizar la seguridad jurídica lo determinado también por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su resolución N° 01-2020 dentro de la pandemia COVID -2019, donde se consagra al derecho a la salud como un elemento primordial conexo a la vida. Por último, ofrece adjuntar sentencias dictadas en otros órganos judiciales del país, como de Sigsig, Cuenca, La Maná.

1.4.3) El derecho al trabajo, establecido en los artículos 33 y 34 de la CRE, precisando que al concluir de manera abrupta la relación laboral, su proyecto de vida personal, así como, los beneficios adicionales, se merman totalmente, por cuanto ya no tiene ingresos económicos para sustentarse, sin tener acceso a la seguridad social y sus prestaciones, sobre todo médico, lo que genera afectación a sus derechos personales. Que a una edad que tiene, después de haber laborado ininterrumpidamente por aproximadamente DOS años en la misma institución pública, soslaya el respeto a la dignidad humana, pero sobre todo conculca un derecho que las propias autoridades concibieron reconocer.

Menciona que la acción de protección no se le considera como un mecanismo reparador residual y subsidiario, por lo que se lo puede solicitar de forma directa y autónoma, incluso se le puede ejecutar de forma conjunta con otros recursos y que, cualquier acción judicial o administrativa conlleva una duración excesiva en la tramitación, lo que dejaría más secuelas de violación de sus derechos constitucionales.

Sostiene que el daño causado está contemplado en la terminación de la relación laboral de esta manera atípica, recurriendo a mecanismos que constituyen fraude a la Ley y abuso del

Derecho; y, finalmente, declara que no ha presentado ninguna otra garantía constitucional en sede jurisdiccional.

1.5) Pretensión concreta.- La Accionante, en el numeral DÉCIMO de su demanda, a la que la intitula “PETICIÓN”, solicita que a través de sentencia se debe ordenar la reparación integral, que contendrá: “**10.1.-** *Se declare la vulneración de mis derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República del Ecuador.* **10.2.-** *Como parte del criterio de Reparación Integral y como mecanismo, se ordenará reintegrar a mis funciones previstas antes de la terminación de la relación laboral, reconociendo mis derechos indemnizatorios de los cuales fui impedida de reconocer, esto es, remuneraciones no percibidas y afiliación al Seguro Social.* **10.3.-** *Como mecanismo de carácter simbólico, se deberá ordenar las disculpas públicas a través de los medios de comunicación social de la ciudad de Ambato, a través -sic- de impresiones en un día domingo”.*

II. Trámite de la acción

2.1) Admisión a trámite de la demanda.- En providencia del día viernes 26 de junio del 2020, a las 14h34', que corre en el folio 40 al 41 del cuaderno de primer nivel, la señora Jueza Aquo ha **admitido a trámite la demanda** señalando, en lo principal: “... *avoco conocimiento ... La demanda ... por reunir los requisitos establecidos en el Art. 10 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se la califica de clara y completa, en consecuencia se la acepta al trámite establecido en los Arts. 86 numeral 3 y 88 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con los Art. 8 de la Ley Orgánica de Garantías.-En cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se convoca a la Audiencia Pública y Oral de Acción de Protección para el día JUEVES 02 de JULIO del 2020 , a las 10h10 ... se le notificará a través de Secretaria en el lugar señalado ... y, al señor Director Regional de Chimborazo de la Procuraduría General del Estado, a quien se le notificara en la casilla judicial 47, así como a los correos electrónicos ... así también, notifíquese a la Procuraduría general -sic- del Estado a través de atento deprecatorio ... Se dispone, en cumplimiento del numeral 4 del Art. 13 de la Ley Orgánica Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que las partes, en la audiencia que se convoca, presenten los elementos probatorios para determinar los hechos relatados en el libelo de la demanda ... Misma que se desarrollará en la Sala No. 9 de la Unidad Judicial de Tránsito, Torre 2 del Complejo Judicial con sede en el Cantón Ambato, provincia de Tungurahua ubicado en la avenida Manuela Sáenz y Cervantes de esta ciudad ... previniéndoles sobre la obligación que tienen de señalar casillero -sic- judicial en esta ciudad de Ambato ... Actúe el Dr. Ángel Xavier Mena Hernández, en calidad de Secretario Titular ... ”.*

2.2) Notificaciones.- Obra de los autos, al pie de la citada providencia, la constancia de la notificación efectuada a la Legitimada activa en los correos electrónicos señalados, el mismo día viernes 26 de junio del 2020, a partir de las 14h58'; y, enseguida a la Directora Regional de Chimborazo de la Procuraduría General del Estado, Dra. Leonor Holguín Bucheli, y al Legitimado pasivo en las casilla judiciales y los correos electrónicos que se indican. A foja 53 consta, además, la notificación efectuada vía deprecatorio, a la citada Delegada, el 1 de julio

del 2020, a las 07h00', quien comparece al proceso con escrito de la foja 35, en el que señala domicilios, prueba su designación con la acción de personal de la 303, agrega sus documentos personales en la 304 y designa su Abogado patrocinador.

2.3) Audiencia pública.- Este diligenciamiento se ha realizado dentro del término legal, esto es en el día, fecha y hora señalados -jueves 2 de julio del 2020, a las 10h10'-, con apego a lo prescrito en el artículo 14 de la LOGJCC, como se aprecia del acta que obra del archivo óptico adherido al folio 308, y en la razón de la carilla 309, con la comparecencia de: **a)** La Legitimada activa acompañada de su Abogado Patrocinador, Dr. Carlos Poveda Moreno; **b)** El accionado, doctor Joshua Israel Culcay Delgado, Director Distrital 18D02 CZONAL3-Salud, acompañado de su abogado el Dr. Carlos Fernando Galarza López; y, **c)** El abogado Christian Omar Viera Gaibor, en representación de la doctora Leonor Holguín Bucheli, Directora Regional de Chimborazo de la Procuraduría General del Estado. La audiencia se ha reanudado, para efectos de pronunciar la sentencia oral, el día lunes 9 de julio de 2020, a las 15h00'.

2.3.1) Aserciones de la Actora.- La Legitimada activa, por intermedio de su Abogado patrocinador, en la audiencia pública ha realizado una exposición que constituye la reiteración de la fundamentación fáctica y jurídica expuesta en la demanda, confirmando sus pretensiones, con la diferencia de que a su alegato relativo a que en primer nivel no se tomó en cuenta el plazo máximo de duración de los contratos a servicios ocasionales, los que según el decreto ejecutivo número 858 del 19 de agosto del año 2019, que reforma el artículo 143 inciso segundo a la LOSEP, con una duración de hasta un año y que podrá ser prorrogado por una vez por necesidad institucional permanente, lo que conllevará la respectiva creación del puesto conforme el artículo 58 de la misma LOSEP, mediante concurso de méritos y oposición, el cual reforma el precepto 143 de su Reglamento, agrega el aserto de que se va a decir que fue una ley posterior del contrato de servicios ocasionales de la Dra. Sara Meneses, mas, cuando se tiene un conflicto de ley, una confrontación de leyes, de acuerdo al artículo 11 de la CRE, sostiene, que se aplica lo que más favorable al ser humano, en este caso un indubio proletario, situación que no se menciona en el acto administrativo.

En la réplica, en lo sustancial, ha manifestado que *los contratos son modelos en general que establecen las Direcciones Provinciales de Salud, los que vulneran derechos constitucionales en la cláusula décima en el cual establece jurisdicción y competencia, obligando a la o el contratado en caso de surgir alguna controversia a someterse a los jueces competentes de esta jurisdicción y a juicio contencioso administrativo, para lo cual renuncia a su fuero. Esto significaría que ni siquiera podríamos haber presentado una garantía procesal constitucional como una acción de protección, es una cláusula aminora o limita un ejercicio de derechos, mientras el precedente obligatorio número 001-2016 dice lo contrario. En relación a que ella conocía que se terminaba el contrato en diciembre del 2019, indica que es una situación de Derecho Público, no de Derecho Privado, si fuera un contrato de trabajo regido por el Código de Trabajo entendería porque son contratos ya indefinidos, pero la diferencia de la Doctora es que es una médico -sic- especialista que contrata con el Estado, no contrata con un particular, y los informes ni si quiera son parte de la notificación, según los Arts. 100 y 120 del COA, si impera la LOSEP obviamente se relaciona con el COA,*

también se relaciona con la CRE. La doctora ingresa en 2018, 2019 sigue con un segundo contrato, a esto denominamos temporal. No tenemos presupuesto, pero la pregunta es por que para unos sí y para otros no, cuál fue el criterio de selección no dicen. Es preciso indicar que los proceso de desvinculación de servidores públicos son competencias exclusivas de cada una de las entidades rectoras, mas no del Ministerio de Economía, en ningún momento el Ministerio de Economía ha dicho que separen los Médicos Familiares u otro tipo de médico, les está recordando no topen a los médicos. Dice que el Ministerio de Trabajo es quien otorgó, ellos hacen un listado, pero porqué a unos sí y a otros tipos de personas se les ratifica los contratos, evidentemente afecta también Art. 66 numeral 4 que establece el principio de igualdad material y formal; respetando los criterios, en Cotopaxi, en Santo Domingo, en Pichicha, en Cuenca, dicen lo contrario, o sea yo creo que es hora de que la administración de justicia regule este tipo de expresiones a través de sus decisiones. En el caso emblemático de Edwin Chualiza Pallo es emblemático, porque rompe todo este sistema y esto es coherente con la sentencia del señor Vaca y el señor Quintana de Cuenca, por lo tanto se aplica el Art. 143, y es que a la Doctora no debieron desvincularla; exhorto que se revise de forma constitucional, pero también en virtud de la progresividad de derechos no de la regresividad de derechos, y se tome en cuenta que el Presidente de la Republica está manifestando acciones afirmativas a través de la Ley de apoyo Humanitario y lo que dice la Asamblea, por lo que insiste en que sí hay una violación de derechos por lo que proceden sus pretensiones.

2.3.2) Contestación de los Legitimados pasivos.- El Accionado, a través del abogado Carlos Fernando Galarza López, contesta en lo fundamental: *Que la defensa técnica de la accionante solamente ha hecho un relato de las disposiciones constitucionales pero no se ha evidenciado ni ha justificado algún derecho vulnerado y de qué forma se vulnera el derecho; que el memorándum No. MSP-CZ3-DDS18DD02-2019-4864-M, del 27 de diciembre 2019, no es un acto administrativo, que es una comunicación en donde consta que conforme la cláusula tercera y quinta del mencionado contrato se termina el contrato -sic-, que es un acto de mero o de simple administración pública, estipulado -sic- en el artículo 120 del Código Orgánico Administrativo: “Acto de simple administración es toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta”, muy distinto a lo que habla el Art. 98 del COOTAD, lo que es un acto administrativo y los requisitos que debe contener para hacer un acto administrativo; se está comunicando que se termina un contrato de trabajo ocasional de acuerdo al artículo 1561 del Código Civil, siendo un contrato civil es ley para las partes. En la cláusula tercera del mencionado contrato dice que el presente contrato rige desde el 1 de enero hasta la 31 de diciembre del 2019, y en la cláusula quinta señala la terminación del contrato de conformidad con la Ley Orgánica de Servicio Público a la fecha del vencimiento, sin necesidad de notificación, sin tener que hacer o emitir ningún acto ni realizar ninguna acción administrativa, porque al momento de suscribir el contrato el 4 de febrero del 2019 la legitimada activa ya conocía cuándo iniciaba y cuándo terminaba, al existir un contrato firmado voluntariamente por las partes se sujetan al mismo. Que para realizar una supuesta declaratoria de necesidad institucional permanente de un servidor público se debe realizar un proceso de contratación o para llenar*

una vacante tenemos que cumplir lo que dispone el Art. 115 del Código Orgánico de Finanzas Publicas, eso es mandato imperativo para toda la Función Pública, que debe contar con una certificación económica. Que el señor Presidente de la Republica desde el año 2017 viene emitiendo normas de austeridad económicas por cuanto el Estado no tiene asignaciones ingresos económicos. Que el aparato del Estado por la crisis económica el señor presidente ha emitido el decreto -sic- 135 y 535 para que las instituciones públicas, por la austeridad, analizar del recorte del personal, que obliga a que si no tengo la asignación económica no puedo contratar personal y mucho menos renovar el contrato. Cita varios instrumentos legales y comunicaciones con el objeto de justificar que no tienen financiamiento para seguir renovando contratos, aclarando que el Ministerio Trabajo emite el informe favorable para contratar personas pero con el recorte presupuestario ya no autoriza la renovación del contrato de la legitimada activa. Que el decreto de emergencia se dicta el 12 de marzo del 2020, eso es una Ley Orgánica con efectos para adelante no es retroactiva, donde el verbo rector es para regular la estabilidad a los funcionarios públicos, que el artículo 25 no se puede aplicar porque la Dra. Meneses lamentablemente terminó su contrato el 31 de diciembre del 2019, por lo tanto si se está atacando que es un asunto de legalidad esto corresponde o debió ser interpuesta ante el Tribunal Contencioso Administrativo. Solicita inadmitir esta acción de protección de acuerdo al artículo 40 numeral 3 de la LOGJCC, pues no se puede declarar un derecho.

En la contrarréplica, realiza una reiteración en el argumento de que *se trata de un procedimiento de mera legalidad de competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de el memorando no es un acto administrativo, que la renovación de contratos ocasionales no procede porque no le dan ninguna estabilidad, ninguna garantía para mantenerse en el cargo. Que por no haberle contratado a la Dra. Meneses Álvarez no se afectado servicio a la salud, que se ha repotenciado inclusive unidades de salud para seguir dando esta contingencia por la emergencia sanitaria, por lo tanto la comunidad no se afectado. Insiste en que se inadmita la acción de protección, por no estar consagrada en el numeral 3, artículo 40 de la LOGJCC, o rechazarla de acuerdo a los numerales 1 y 5 del artículo 42.*

2.4) Intervención de la Procuraduría General del Estado.- El abogado Christian Omar Viera Gaibor, en la calidad que comparece, en lo sustancial, ha manifestado: *Que se ha mencionado el test de la motivación, pero tenemos que ver que la Corte Constitucional ha cambiado la posición de este test de la motivación en la sentencia número 2004-13-EP/19, en su numeral 38 nos dice que el test de la motivación no debe convertirse en ningún modo en la formula mecánica aplicable de manera general a cualquier trámite. Que hay diferentes actos administrativos, hay actos de simple administración, actos administrativos resoluciones, sentencias judiciales y cada una lleva implícita una diferente motivación por eso es que la Corte Constitucional en sus últimas sentencias dice que este test de la motivación no debe ser aplicado mecánicamente, sino viendo específicamente a qué acto se refiere. Reitera que el acto en materia es de simple administración, porque se le ha notificado la terminación del contrato ocasional que de acuerdo a la ley y el reglamento y no necesita otro requisito previo; por lo tanto no se ha vulnerado el derecho a la motivación, Respecto de la seguridad*

jurídica, cita el artículo 226 de la CRE y el 228, según el cual para ingresar al servicio público tiene que hacerse declarar un ganador sobre un concurso de mérito y oposición, conforme lo ha ratificado la Corte Constitucional en las sentencias números 350-16-SEP-CC y 053-16-SEP-CC; Que en los fallos números 258-15-SEP-CC y 397-16-SEP-CC, *nos dice que estos contratos son temporales transitorios y que están supeditados a tener una transición presupuestaria que los habilite por lo tanto se ha demostrado por la entidad demanda de que ya no hay esa partida presupuestaria, de que se cumplió el plazo al que estaba el contrato ocasional, por lo tanto no habido violación de la seguridad jurídica; es más la institución pública lo único que estaba haciendo es cumplir la normativa legal y constitucional, cumpliendo su facultades al dar por terminado este contrato ocasional.* Respecto del derecho al trabajo en la sentencia 350-16-SEP-CC se dice que la precarización debe ser interpretada y aplicada en concordancia con las disposiciones que integran el ordenamiento constitucional, entre ellas las disposición del artículo 228 que obliga para el ingreso al servicio público con estabilidad y permanencia se debe previamente ser ganador de un concurso de méritos y oposición, entonces vemos que hay una limitación constitucional y legal aplicable, por lo tanto no hay ninguna violación al derecho al trabajo. Con esto vemos de que no se ha cumplido los requisitos del artículo 40 de la LPGJCC y se ha recaído en las causales determinadas en el 42, numerales 1, 3, 4 y 5 del mismo cuerpo legal por lo que solicito se rechace la presente acción de protección.

En la contrarréplica refiere la sentencia 001-16-PJO-CP que, en el numeral 86 específicamente indica que no cabe la acción de protección, si se trata de la declaración de un derecho subjetivo previsto en la legislación secundaria, el segundo cuando se trata de la aplicación de una norma infraconstitucional, y el tercero cuando se refiere a la inexistencia de una norma constitucional; que de la exposición de la misma parte actora se solicita la aplicación de artículos reglamentos, de la Ley, se menciona inclusive un oficio del Ministro de Finanzas o el Viceministro, con lo que se confirma que no es ante la Justicia Constitucional que debe reclamarse estos derechos, sino como son cuestiones de legalidad tiene que hacérselo ante el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario de esta ciudad. Que la cláusula contractual no es abusiva ya que se refiere específicamente a la figura de contrato ocasional, que se somete a la vía ordinaria ante los jueces mencionados, lo que apoya en la sentencia 0016-13-SEP-CC, por la cual la acción de protección no constituye un mecanismo de superposición o reemplazo de las instancias Judiciales ordinarias, en tal sentido para garantizar la seguridad jurídica y el debido proceso se debe considera siempre que según el artículo 76 numeral 3 de la Carta Suprema solo se podrá juzgar a una persona ante el Juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio para cada procedimiento, y además cita el contenido del artículo 169 ibídem, concluyendo que la justicia constitucional pasaría asumir potestades que no le corresponde, afectando la seguridad jurídica del ciudadano, desvirtuando la estructura jurisdiccional del Estado y desconociendo la garantía Institucional que representa la Función Judicial, por lo tanto se inadmita la acción propuesta.

2.5) Núcleo de la sentencia recurrida.- La señora Jueza A-quo, en su sentencia pronunciada en forma oral al término de esta audiencia, que la ha pronunciado por escrito el día sábado 11 de

julio del 2020, a las 14h59', desde el folio 324 al 342 vuelta, y que se notificado el mismo día a partir de las 17h07', ha resuelto: “... *se niega la Acción de Protección -sic- interpuesta por la Dra. SARA MENESES ALVAREZ en contra del señor -sic- de la Dirección Distrital 18D02-CZONAL3 Representada por el DR. JOSHUA ISRAEL CULCAY DELGADO, en calidad de DIRECTOR DISTRITAL 18D02 CZONAL3-SALUD, y la Procuraduría General del Estado. Ejecutoriada que se a -sic- esta Resolución, remítase copias certificadas de la misma a la Corte Constitucional, en acatamiento a lo previsto en el ordinal quinto del Art. 86 de la Constitución de la república -sic-, y del ordinal primero del Art. 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*”.

2.5) Intervención de amicus curiae.- Se deja constancia que no han intervenido amicus curiae en el presente proceso jurisdiccional.

2.6) Impugnación.- El Abogado patrocinador de la Legitimada activa, inconforme con esta decisión y facultado por las reglas adjetivas 8.8 y 24 inciso segundo de la LOGJCC, y 86.3 último inciso de la CRE, en forma oral, al final de la audiencia pública efectuada en primera instancia, ha presentado su recurso de apelación, que se lo ha concedido en forma implícita enseguida, y luego, mediante los escritos de folios 342 y 343, dentro del término de tres días ha reiterado la impugnación, en cuya atención la señora Jueza A-quo ha dispuesto que se remita el expediente a esta instancia, mediante decreto del jueves 16 de julio del 2020, las 08h56'; el Legitimado pasivo, de su lado, ha guardado silencio.

III. Consideraciones y fundamentos

El referido medio de impugnación y el sorteo previsto en el artículo 24 de la LOGJCC, en relación con el artículo 1 agregado al 160 del Código Orgánico de la Función Judicial -en adelante COFJ-, han determinado que éste Tribunal conozca el presente procedimiento ordinario constitucional, por lo que antes de proferir resolución realiza las siguientes consideraciones:

3.1) Jurisdicción y competencia.- Sobre estos temas se anota:

3.1.1) Jurisdicción.- Los Jueces constitucionales integrantes de éste Tribunal tenemos *jurisdicción* para conocer el presente recurso, según lo prescrito en los artículos 178.2 de la CRE, 152 y 155 del COFJ, y en las acciones de personal que dan fe de nuestra designación como Jueces de segundo nivel la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua.

3.1.2) Competencia.- La *competencia*, de su lado, está establecida y asegurada por el precepto 186 inciso primero y 86.3 de la CRE, en relación con los siguientes: 11.1, 76.3 y 76.7.k) eiusdem, 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos -DUDH-, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -PIDCP-, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José-Costa Rica -CADH-, 24 inciso segundo, 166.2 y 168 de la LOGJCC, y 2 de la resolución número 128-2013 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura para la creación de ésta Sala, publicada en el tercer suplemento del Registro Oficial número 114 del viernes 1 de noviembre del 2013.

3.2) Procedimiento y solemnidades.- La causa se ha tramitado en constitucional, convencional, legal y en debida forma, con estricta observancia de las normas sustantivas de los artículos 86 y 88 de la CRE y las garantías básicas fijadas para asegurar el derecho al debido proceso, así como las reglas adjetivas 8, 10, 13 al 17, 39 al 42 y más aplicables de la LOGJCC, en primer nivel, y 24 eiusdem en el segundo; y, como no se advierte omisión de solemnidad sustancial alguna, ni violación de trámite que pudieren influir en la decisión, al proceso se lo declara válido, en vista de que no contraviene principio, valor, regla, ni norma alguna de la CRE, ni de ningún instrumento internacional constitucionalmente vigente en el Ecuador, ni de las leyes infraconstitucionales aplicables a la especie.

3.3) El problema jurídico de la causa.- La pretensión de la Legitimada activa se reduce a que *se declare la vulneración de tres derechos fundamentales: la garantía de la motivación, la seguridad jurídica y al trabajo; que, como reparación integral se ordene reintegrarle a sus funciones, se le indemnice las remuneraciones no percibidas y afiliación al Seguro Social; y, que se ordene las disculpas públicas en un medio de comunicación escrita.*

El Legitimado pasivo y el Abogado de la Procuraduría General del Estado, de su lado, coinciden en replicar que no hay un acto administrativo, por lo que no existe falta de motivación en el memorando notificadorio de la terminación del contrato ocasional de servicios, por lo que no hay vulneración de derechos, y que las alegaciones jurídicas efectuadas por la Actora son de naturaleza legal, en cuyo caso deben sustanciarse ante el Tribunal Contencioso Administrativo.

La Juzgadora A-quo, al resolver la controversia, ha denegado la acción de protección propuesta sin concretar expresamente la razón de su negativa en la parte dispositiva de su sentencia, concluyéndose de la parte considerativa que es por no encontrar vulneración de derechos constitucionales.

De la relación precedente aparece como problema jurídico a resolver, el de determinar si del documento administrativo impugnado por la Actora aparece la vulneración de los derechos a la motivación, a la seguridad jurídica y al trabajo. Después de realizar ese discernimiento se verificará si la demanda cumple o no con los requisitos de procedencia o si está incurso o no en alguna causal de improcedencia; empero, debido al nivel de las alegaciones formuladas por la Demandante en la audiencia pública especial efectuada en segundo nivel, previamente debe desarrollarse el siguiente marco considerativo:

3.3.1) El paradigma constitucional del 2008.- Desde el año 2008 se viene desarrollando la doctrina y la jurisprudencia, como fuentes principales del modelo constitucional de derechos y justicia que rige en el Ecuador -tras poner en vigencia la Constitución de Montecristi¹-, con el objetivo de que se haga efectivo el cumplimiento de los derechos humanos. Esta Carta de Derechos, en su artículo 1, establece el nuevo paradigma constitucional, según el cual el Estado asume el deber primordial de *“Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”*, y

¹ Nombre común que se le asigna a la Carta Fundamental derivada, publicada en el Registro Oficial número 449, el lunes 20 de octubre del 2008, que actualmente está vigente en el Ecuador.

como el más alto deber, el de “*respetar y hacer respetar*” esos derechos, según se desarrolla en los artículos 3.1 y 11.9 de la CRE.

Sin lugar a dudas estos deberes los cumple el Estado a través de sus funcionarios, de conformidad con el artículo 426 inciso segundo de la misma CRE, deviniéndose en un imperativo insoslayable para ellos el cumplimiento de sus normas, valores, principios cláusulas y reglas, con el carácter de vinculante², tomando en consideración básicamente los principios de aplicación directa e inmediata de esos derechos, de eficacia normativa, de fuerza vinculante, y de plena justiciabilidad, entre otros establecidos en el artículo 11 ibídem, así como en el respeto al principio pro-hómíne, donde la misma aplicación e interpretación de la ley solo sea posible en la medida que esta normativa se ajuste y no contradiga la Carta Fundamental y la Carta Internacional de los Derechos Humanos, asegurando la vigencia de las garantías básicas del debido proceso, y la aplicación de los principios de la justicia especializada, pues el fin ulterior, acorde con el preámbulo de la DHDH es el de respetar la dignidad humana.

Por ende, todos los funcionarios públicos debemos considerar que: *“Los derechos humanos son garantías jurídicas universales que protegen a todas las personas contra acciones u omisiones que puedan afectar sus libertades, sus derechos fundamentales y su dignidad humana. Es importante comprender que los derechos humanos nacieron como límite al poder público, por tanto, son fundamentalmente los funcionarios y funcionarias que trabajan en las instituciones del Estado quienes deben cuidar de no conculcarlos. // No obstante, los derechos y libertades de las personas pueden ser violentados por otros agentes distintos a aquellos que actúan en nombre del poder público: los particulares, es decir, cualquier persona que no trabaja en la función pública ... deben ser conscientes de sus obligaciones y responsabilidades ante la sociedad a la que sirven sobre la base de los derechos humanos ...”*³, cuestión que está en relación con lo prescrito en la garantía constitucional normativa contenida en el artículo 84 de la CRE, que textualmente manda: *“... En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”* -negrilla nuestras-.

Por estos imperativos, en todas las decisiones del poder público se ha de observar el respeto a los derechos de protección, en especial los relativos al debido proceso de garantizar el cumplimiento de las normas y de los derechos de las personas, es especial el de defensa y, dentro de este, la garantía de la motivación. Cuando se trata de funcionarios judiciales, además, ese respeto deben conceder a las Partes procesales, junto con el de legalidad adjetiva y sustantiva, del juez natural, de acceso a la justicia, de la tutela judicial efectiva y expedita y de la seguridad jurídica, con arreglo a los artículos 75, 76 y 82 de la CRE.

La siguiente sentencia vinculante, acorde a los artículos 429, 436.1 y 436.6 de la CRE, explica con suficiencia los efectos del cambio de paradigma legicéntrico al Constitucional, en

² Ver artículo 424 de la misma Carta Fundamental.

³ RIBADENEIRA Amelia, 2008, Cuando las palabras construyen, enfoque de género en el lenguaje, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, p.5.

lo aplicable a la materia constitucional: “... De conformidad con el artículo 1 de la Constitución de la República, el Ecuador se reconoce como un **Estado Constitucional de derechos y justicia**, denominación que se convierte en el principio constitucional esencial sobre el cual se levanta la organización política y jurídica del Estado. Producto de ello, ***muchas han sido y deberán ser las modificaciones y efectos que se generen en relación a la idea o concepción tradicional del derecho y de la ciencia jurídica.*** // 20. Tres son los **efectos esenciales** que trae consigo el Estado Constitucional ...: a) El reconocimiento de la Constitución como ***norma vinculante***, valores principios y reglas constitucionales; b) El tránsito de un juez mecánico aplicador de reglas a un juez garante de la democracia constitucional y de los contenidos axiológicos de la Constitución; y, c) La existencia de **garantías jurisdiccionales vinculantes, adecuadas y eficaces para la protección de todos los derechos constitucionales**. Son estos tres elementos sustanciales que justifican la razón de ser del Estado Constitucional de Derechos, y precisamente por ello se constituyen en los avances más notables e importantes que refleja la Constitución de 1998. Muestra de ello es el tránsito de garantías constitucionales extremadamente formales, meramente cautelares, legalistas con un ámbito material de protección reducido a justiciabilidad de derechos civiles y políticos, a **garantías jurisdiccionales de conocimiento, libres de formalidades desde su activación, y lo más importante, protectoras y reparadoras de los derechos constitucionales.** // 21. Por otro lado, muestras de esta evolución dogmática y garantista son también: el **reconocimiento de nuevos derechos y garantías**; la modificación denominativa tradicional de los derechos constitucionales **para romper con aquella clasificación tradicional sustentada en relaciones de poder**; la presencia de principios de aplicación de derechos que de manera expresa denotan su **plena justiciabilidad, interdependencia e igual jerarquía.** // 22. En definitiva, nadie puede discutir el **notable avance** que desde el punto de vista constitucional, **han experimentado las garantías jurisdiccionales y los derechos constitucionales**, pero también es cierto que, en razón de sus innovaciones, **pueden generar confusiones, equivocaciones e incluso prácticas abusivas que podrían devenir en lesiones graves a derechos constitucionales y en la generación de estados de indefensión ...**”⁴ -lo destacado no es del texto-.

Como límite para la no vulneración de derechos, en la CRE y en la Ley se ha establecido el requisito de **ingreso a las instituciones públicas basada en la meritocracia**, vale decir el **concurso** de títulos, merecimientos, oposición y control ciudadano; por ende, por regla general deben acceder a un cargo público personas capacitadas, que se han sometido a este tipo de concursos y lo han superado, llenando como parte de su perfil el dominio de la normativa de derechos humanos, de los principios de humanidad y de la dignidad humana, pues solo su conocimiento impide que, en cualquier cargo, incurran en la vulneración de derechos de las personas, ora por omisión, otrora por comisión; el incumplimiento de esta norma trae como consecuencia, responsabilidad de la autoridad nominadora y del Estado, que está obligado a reparar la vulneración ocasionada por improvisados funcionarios que

⁴ Corte Constitucional del Ecuador, Quito D.M., diciembre 22 del 2010, sentencia número 001-10-PJO-CC, caso número 0999-09-JP, caso de relevancia constitucional, causas números 368-2009 y 022-2009, Gaceta Constitucional número 001, segundo suplemento del Registro Oficial número 351, diciembre 29 –miércoles- del 2010, p. 4.

desconocen u olvidan esa obligación estatal, e incluso a responder internacionalmente de acuerdo a los artículos 1.1, 2.1 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica.

De allí que la nominación de funcionarios de libre nombramiento y remoción, a **contrato ocasional** o con nombramiento provisional, sin someterse a un concurso y sin llenar el perfil adecuado, constituye un caso de excepción y, en no pocas ocasiones, en una amenaza para los derechos de los demás, a la par que una fuente de beneficios para las personas que hacen su forma de vivir la “actividad política” que acceden al control de las instituciones del sector público, pues en el otorgamiento de esos cargos se observan frecuentes actos de corrupción y de abuso con sus subalternos, los que, cuando afectan derechos, se torna forzoso para la o el funcionario judicial realizar un examen prolijo que permita determinar si amenazan vulnerar o realmente violan derechos subjetivos legales o de orden constitucional.

3.3.2) La concepción de los derechos.- Doctrinariamente, se dice: *“Lo realmente nuevo y transformador está ... en que según la nueva Constitución, el Estado se constituye para que los derechos que en ella se enuncian sean realmente gozados, efectivamente ejercidos por los habitantes de su territorio y que estos, como individuos o como colectividades, dispongan de mecanismos para demandar a las autoridades, por medio de las garantías incluso jurisdiccionales, que cumplan este deber primordial”*⁵ -negrillas del Tribunal-.

En esta línea reflexiva, debe considerarse, también, que los derechos son plenamente justiciables, acorde al artículo 11.3 de la CRE, como se explica en este criterio: *“... respecto de la teoría de los derechos implícita en la Constitución ecuatoriana de 2008, es la objetivación de los derechos mediante su conversión en elementos objetivos del ordenamiento, de tal suerte que ya no son únicamente límites (derechos subjetivos) al ejercicio del poder del Estado, sino que son además pilares del funcionamiento de todo el Estado”*, el cual se complementa con el siguiente: *“... Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ... profundiza y reglamenta estos principios cuando establece un conjunto de principios adicionales de aplicación de la justicia constitucional entre los que se destacan: la regla de la aplicación más favorable a los derechos, el de optimización de los principios constitucionales; la obligatoriedad del precedente constitucional y la prohibición de denegación de justicia constitucional, así como la aclaración necesaria del carácter vinculante de la jurisprudencia como fuente del derecho”*⁶ -negreado por el Tribunal-.

3.3.3) Garantías jurisdiccionales.- Sobre el tema, la Corporación judicial anota:

3.3.3.1) Generalidades.- El Estado Constitucional de Derechos y justicia, indica que el Estado justifica su existencia en razón de la protección, tutela o garantía de los derechos, convertidos en normas jurídicas plenamente eficaces, justificando de esta forma el garantismo ideado por

⁵ TRUJILLO VÁSQUEZ, Julio César, 2008, en ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (Editor), 2008, *La Constitución del 2008 en el contexto andino, Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, primera edición, Imprenta V & M Gráficas, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, p. 9.

⁶ MONTAÑA PINTO, Juan y PAZMIÑO FREIRE, Patricio, 2012, *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Cuadernos de trabajo, Tomo 1, Corte Constitucional para el período de transición, Quito, Ecuador, pp. 41 y 42.

Luigi Ferrajolli. La indicada tutela no se puede hacer efectiva, sin embargo, si no existieran los mecanismos que permiten su tutela o garantía. Esos mecanismos son las garantías jurisdiccionales, que deben entenderse en forma llana como instrumentos jurídicos de protección para efectos de evitar, mitigar o reparar la vulneración de los derechos establecidos en la CRE o en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En el artículo 6 inciso primero de la LOGJCC, se fijan los fines de estas garantías en estos términos: “**Finalidad de las garantías.- Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación ...**” -destaco nuestro-. Como se aprecia, son tres las finalidades establecidas normativamente; mas, cuando la doctrina refiere sólo la protección inmediata y eficaz de los derechos constitucionales, aquello no significa que se deba dejar de lado la protección de las dos restantes.

La doctrina jurisprudencial, en relación al tema, complementa: “... las garantías jurisdiccionales han sido establecidas por nuestra Constitución con el objeto de **lograr una protección efectiva y cierta de los derechos presuntamente violados o amenazados, por cualquier persona, con prescindencia de su edad, origen, raza, nivel económico, condición social o profesional y, por supuesto, sin que para tramitarla y decidirla sean indispensables los requisitos formales ni las fórmulas exactas y ni siquiera un escrito, por cuanto puede ser verbal, y para lo cual se explica la necesidad de un mandato proferido por el juez en sentido positivo o negativo, por la facultad que tienen los órganos de la función judicial cuyo cometido consiste en asegurar la integridad y primacía de la Constitución ...**”⁷.

3.3.3.2) Tipos de garantías.- En la CRE ecuatoriana del 2008, se han incorporado varios mecanismos, instrumentos o medios que permiten evitar la vulneración de los derechos antes de que esta se produzca, o mitigar y/o reparar la violación cuando la misma ya ha ocasionado un daño. “Una de las principales innovaciones de la Constitución ecuatoriana vigente es la importancia que en ella tienen los derechos humanos no solamente dentro de la llamada **parte dogmática** de la Constitución, que establece un extenso catálogo de derechos con sus respectivos mecanismos de garantía y frente a cualquier forma de poder; sino que además construye toda su **estructura orgánica** y la finalidad ulterior del Estado en la eficacia material de los derechos de las personas y de la naturaleza. // Específicamente establece lo que la doctrina denomina **garantías primarias** que, según Ferrajolli, son aquellas que sirven para garantizar el buen funcionamiento del Estado y del sistema jurídico entre las que se destacan la caracterización del Estado como **Estado de derechos**, el reconocimiento del **principio de legalidad**, la **normativización del principio de supremacía de la Constitución** y la **definición de los fines últimos del Estado**. Hay también, según la doctrina, **garantías secundarias** que son aquellos mecanismos administrativos o jurisdiccionales que permiten

⁷ Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, Quito D.M., diciembre 9 del 2010, sentencia número 068-10-SEP-CC, caso número 0734-09-EP, suplemento del Registro Oficial número 372, 13 de enero del 2011, p. 44.

*proteger los derechos de las personas en casos concretos; y por último existen algunas **garantías extrajurídicas** denominadas garantías **sociales** que, según Gerardo Pisarello, serían aquellos mecanismos de presión social, en manos de las personas y los grupos, que sirven para forzar al Estado al cumplimiento de sus obligaciones, así como vigilar el buen funcionamiento de los poderes públicos. // Entre las **garantías secundarias o específicas**, la Constitución incorpora al ordenamiento **jurídico tres tipos de garantías**: las normativas, las de políticas públicas y las jurisdiccionales. Las garantías **normativas** están establecidas en el artículo 84 de la Constitución y se derivan del deber general de adecuación de las normas jurídicas a los derechos establecidos, tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos; **y permiten evitar que las actuaciones de los poderes públicos puedan causar desconocimiento o daño a los derechos reconocidos ... las garantías de políticas públicas ... están establecidas en el artículo 85 ... Finalmente están las garantías jurisdiccionales o concretas, típicas del Estado constitucional de derecho, que son los mecanismos procesales que permiten a los titulares de un derecho, sean individuales o colectivos, la tutela directa y eficaz de los derechos constitucionales; aparte de su consagración constitucional, su característica fundamental es que son **los jueces los encargados de garantizar a nombre del Estado esta protección.** // ... la Constitución reconoce ... **siete mecanismos procesales específicos** y especializados que permiten a las personas y colectivos, por intermedio de los jueces, garantizar efectivamente sus derechos. Estos son: las medidas cautelares, **la acción de protección**, el hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, el hábeas data, la acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección ...**”⁸ -negrillas fuera del texto-.*

De las garantías relacionadas, las cinco primeras son ordinarias porque las conocen, tramitan y resuelven las y los jueces ordinarios, quienes cuando asumen su conocimiento actúan como juezas y jueces constitucionales, y la competencia de las dos últimas corresponden en forma exclusiva a la Corte Constitucional, circunstancia por la que se les denomina extraordinarias.

Doctrinariamente se habla de una cuarta categoría de garantías, las *institucionales o extrajudiciales*, que “*Son los mecanismos de protección que la Constitución otorga, no ya a los derechos constitucionales de las personas, sino a determinadas organizaciones o instituciones valiosas desde el punto de vista del constituyente, a las que asegura un núcleo o reducto indisponible para el legislador*”⁹. Ejemplos de este tipo de garantías es el principio de separación de poderes, el reconocimiento del carácter laico del Estado o de éste con la iglesia, el principio de legalidad sustantiva y adjetiva, la existencia de la Corte Constitucional como órgano independiente y autónomo para que vele por el cumplimiento del principio de suprallegalidad de la CRE, y la función de la defensoría del pueblo.

⁸ MONTAÑA PINTO, Juan y PORRAS VELASCO, Angélica, 2012, Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Cuadernos de trabajo, Tomo 2, Corte Constitucional para el período de transición, Quito, Ecuador, pp. 103 a 105.

⁹ MONTAÑA PINTO, Juan y PORRAS VELASCO, Angélica, 2012, Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, parte especial 1, Garantías constitucionales en Ecuador, Tomo 2, Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, Ecuador, p. 29.

En esta línea de reflexión, cabe recordar que: *“todo el ordenamiento jurídico se encuentra dirigido hacia la protección de derechos, por lo tanto, es indiscutible que ante su vulneración no cabe argumentar razones de legalidad para rechazar garantías jurisdiccionales, pues este proceder enerva la efectiva vigencia de estos derechos, ya que el objetivo de las garantías es la tutela de los derechos constitucionales. Concluyendo que las garantías jurisdiccionales son mal utilizadas cuando se desechan acciones de raigambre constitucional, sosteniendo que son cuestiones de legalidad, así como a asuntos de legalidad se les yuxtapone la justicia constitucional”*¹⁰ -destacado ajeno al texto-.

Un tratadista identificado con el iusnaturalismo del Derecho pregona la globalización de la defensa de los derechos humanos, defiende el modelo constitucional democrático y sostiene que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -hoy de la persona-, normó en el artículo XVIII: *“toda persona debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”*; luego acota: *“De este modo quedó establecida la necesidad de contar en el diseño institucional con un recurso judicial extraordinario -tanto en forma como en plazo-, mediante el cual el perjudicado por un acto de autoridad pueda acudir ante el sistema judicial para que restablezca sus derechos. Se trata de un recurso inicial, cuya interposición no requiera haber recurrido con anterioridad a otras instancias”*¹¹.

3.4) La acción de protección.- Una de las garantías jurisdiccionales -quizá la más importantes es la de protección, establecida en los artículos 88 de la CRE y 39 de la LOGJCC, diferente a la acción de amparo que, según los constitucionalistas, entró crisis de operatividad, por lo que: *“... El constituyente de Montecristi consciente de esta situación quiso cambiar la situación precisando los conceptos, estableciendo normativamente que las garantías son de dos tipos preventivas y reparatorias y dividiendo el antiguo recurso de amparo en dos acciones independientes: las **medidas cautelares** cuando se trate de evitar la vulneración de un derecho constitucional, y la **acción de protección** para reparar integralmente el daño a un derecho cuando este se causa efectivamente”*¹² -negritas agregadas-; y, en armonía con ese razonamiento, el legislador adecuó las reglas de sustanciación, quedando fijadas sustantiva y adjetivamente en la siguiente forma:

3.4.1) ¿Cuándo debe interponerse?.- En el precepto 88 de la CRE se establece: *“... y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales ...”*, texto que se desarrolla como requisito de procedibilidad de la acción en el artículo 40.1 de la LOGJCC, mientras en el 42.1 consta como causal de improcedencia; de ellos se colige el primer límite a la deducción abusiva de esta garantía constitucional, pues *si no existe una vulneración de*

¹⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Quito D.M., agosto 21 del 2013, sentencia número 069-13-SEP-CC, caso número 0629-12-EP, primer suplemento Registro Oficial número 406, martes 30 de diciembre del 2014, p. 6.

¹¹ PÁSARA, Luis, 2008, El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia, serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Naciones Unidas, primera edición, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, p 59.

¹² MONTAÑA PINTO, Juan y PORRAS VELASCO, Angélica, 2012, Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Cuadernos de trabajo, Tomo 2, obra citada, p. 107.

derechos constitucionales -en los que no se incluye a los derechos subjetivos infraconstitucionales-, la acción está destinada a ser inadmitida en sentencia de fondo¹³.

3.4.2) Objeto de la acción de protección.- En el mismo precepto 88 de la CRE se ha legislado: “*La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución*”; en el artículo 39 de la LGJCC se agrega: “... y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de *hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena*”; este objeto, al igual que el de todas las demás garantías jurisdiccionales, según se aprecia del artículo 6 de la LOGJCC, es el de brindar un amparo directo y eficaz, además de inmediato, de los derechos constitucionales e instrumentos internacionales de derechos humanos, que no estén amparados por otra garantía similar, y así lo recoge basta doctrina y jurisprudencia, siendo obligación fundamental de una o un Juez tutelar esa protección.

La Corte Constitucional en forma reiterada viene señalando que: “... *la acción de protección, tiene como finalidad tutelar y reparar las afectaciones de derechos constitucionales que se deriven de la acción u omisión de autoridades públicas no judiciales, así como de actos lesivos provenientes de personas particulares o políticas públicas; por consiguiente, si la controversia sometida a conocimiento de los jueces constitucionales se fundamenta en la observancia y aplicación de la normativa infraconstitucional, la persona que se considere afectada debe acudir a las instancias jurisdiccionales ordinarias competentes para solucionar este tipo de conflictos, pues a través de la resolución de una acción de protección, los operadores de justicia no se encuentran facultados para realizar un análisis respecto de la aplicación e interpretación de normas legales en cuanto ello evidentemente, requiere un examen de legalidad que se excede a las competencias de la jurisdicción constitucional y que además desnaturaliza el objeto mismo de la acción de protección ... esta garantía jurisdiccional ha sido prevista por el constituyente con el objetivo de subsanar y reparar aquellas acciones u omisiones en las que se afecta la dimensión constitucional de un derecho, más no para aquellos conflictos que residen en cuestiones de legalidad”¹⁴ - destacado nuestro-.*

Si bien el Constituyente garantizó el “*amparo directo y eficaz*”, este amparo está restringido en el artículo 40.3 de la LOGJCC, que viene a ser el segundo límite en el ejercicio de la acción, que ha sido interpretado ya por la Corte Constitucional no como un caso de residualidad sino de no subsidiariedad; y, el tercero es el de que los derechos que se consideren vulnerados “*no estén amparados*” en las restantes garantías jurisdiccionales, porque de estarlo esto determinaría que la acción se devenga en improcedente.

Lo dicho está en armonía con los artículos 8 de la DUDH, 18 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, que establecen la obligación general de los Estados partes de garantizar que toda persona pueda contar con un recurso efectivo ante los tribunales para lograr la protección

¹³ Corte Constitucional del Ecuador, ,

¹⁴ Corte Constitucional del Ecuador, Quito D.M., septiembre 28 del 2016, sentencia número 314-16-SEP-CC, caso número 0106-11-EP, acción extraordinaria de protección.

contra actos que violen sus derechos, de ahí que en la CRE se considere a la acción de protección como un mecanismo directo y eficaz, además de inmediato, para que cualquier persona o colectivo, mediante procedimiento breve, informal y sencillo, acuda ante las y los jueces para obtener rápida y de forma oportuna la protección necesaria frente a hechos y actos jurídicos que violen efectivamente sus derechos; lo que significa que la protección reforzada de la acción de protección ampara a todos los derechos relacionados con la dignidad humana y la naturaleza, los cuales son plenamente justiciables bajo el principio de interdependencia e igual jerarquía de los mismos.

3.4.3) ¿Por qué hechos?.- En el referido precepto 88 de la CRE se normó: “... *por acciones u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial ... y cuando ... proceda de una persona particular ...*”, eso lo confirma el Asambleísta en el precepto 41 de la Ley adjetiva constitucional, esto es la LOGJCC, cuando legisló: “**Procedencia- La acción de protección procede contra: 1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio ... 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado ...**” -lo destacado no consta en los textos originales-; es decir que procede contra acciones u omisiones de las referidas personas.

3.4.4) Legitimación pasiva.- Como se aprecia del mismo artículo 88 de la CRE, la acción de protección se puede dirigir en contra de “...*cualquier autoridad pública no judicial ... y cuando ... proceda de una persona particular ...*”, lo que se reitera en el artículo 41 de la LOGJCC, que reza: “... **legitimación pasiva.- La acción de protección procede contra: 1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio ... 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado ...**” -lo destacado es nuestro-, es decir que, en contrario sensu a las citas surge el cuarto límite, pues si la **acción** -de acto jurídico, no de reclamar en juicio- o la **omisión** proviniera de una **autoridad judicial** es absolutamente improcedente, en vista de que estas no son susceptibles de perseguirse en una acción de protección porque están prohibidas en forma taxativa en el artículo 42 eiusdem, que informa: “**Improcedencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede: ... 6. Cuando se trate de providencias judiciales**”.

Atendiendo lo que precede y la naturaleza de los derechos como límite de poder y vínculos, que obliga a todo poder público y las personas particulares a tener una actuación subordinada a los principios, valores, normas, reglas y cláusulas de la CRE, se infiere que, por regla general, el **sujeto pasivo** de la acción de protección es el funcionario público no judicial que vulnere los derechos constitucionales de las personas, y por la eficacia horizontal de los derechos fundamentales frente a particulares o *Drittwirkung*, que nace de la eficacia normativa establecida en el artículo 11.5 de la CRE, también la legitimación pasiva radica en las personas naturales o jurídicas privadas que incurran en igual conducta, en vista de que los poderes privados constituyen una amenaza igual o mayor que el poder público.

La legitimación activa, en cambio, le corresponde asumir a la persona que resulte ser la víctima de esa violación o aquella que accione por ésta, por cuanto tal legitimación en las acciones jurisdiccionales es abierta.

En doctrina legal, así se lo ha establecido, cuando se dijo: “... tratándose de la acción de protección, el **legitimado pasivo** para ser accionado mediante dicha garantía jurisdiccional, es toda autoridad pública no judicial que expida actos o incurra en omisiones violatorias de derechos constitucionales, así como los particulares, cuando la vulneración de derechos provoca daños graves, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación, conforme lo previsto en el artículo 88 de la Constitución de la República”¹⁵ -
negrillas nuestras-.

3.4.5) ¿Contra qué procede?.- La respuesta a esta incógnita la encontramos estatuida en el mismo precepto 88 de la CRE y se reproduce en el artículo 41 de la LOGJCC, que informan: “... cuando exista una vulneración de derechos constitucionales ... contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca, daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

3.4.6) Juez competente.- De acuerdo al artículo 86.2 de la CRE: “Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos ...”, que se desarrolla en el artículo 7 inciso primero de la LOGJCC en estos términos: “**Competencia.-** Será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos”. En la regla se agrega: “Cuando en la misma circunscripción territorial hubiere varias juezas o jueces competentes, la demanda se **sorteará** entre ellos. Estas acciones serán sorteadas de modo adecuado, preferente e inmediato. En caso de que se presente la demanda oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal. En las acciones de hábeas data y acceso a la información pública, se estará a lo dispuesto en esta ley. // La jueza o juez que deba conocer las acciones previstas en este título no podrá inhibirse, sin perjuicio de la excusa a que hubiere lugar. // La jueza o juez que sea incompetente en razón del territorio o los grados, inadmitirá la acción en su primera providencia. // La jueza o juez de turno será competente cuando se presente una acción en días feriados o fuera del horario de atención de los otros juzgados”.

Se complementa lo indicado con lo prescrito en el artículo 167 de la LOGJCC, que reza: “**Juezas y jueces de primer nivel.-** Compete a las juezas y jueces de primer nivel conocer y resolver, en primera instancia, la acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública, petición de medidas cautelares; y ejercer control concreto en los términos establecidos en esta ley”, así como lo estatuido en el 168, que determina las

¹⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Quito D.M., mayo 3 del 2012, sentencia número 175-12-SEP-CC, caso número 1268-10-EP, acción extraordinaria de protección.

competencias de las cortes provinciales, y la regla del 169, que lo hace en relación a la Corte Nacional de Justicia.

En un precedente se sintetiza el tema, pues enseña: “... los **jueces de instancia**, al conocer las diferentes materias o garantías jurisdiccionales como la acción de protección, hábeas corpus, habeas data, o acceso a la información, que de acuerdo a la Constitución de la República tienen cada una su propio objeto a proteger, ya sea la libertad, la vida, el acceso a la información pública, o el acceso a la información relacionada con las personas, **cumplen la función de jueces constitucionales**; su función es precisamente ejercer un control o amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, y luego está la **Corte Provincial de Justicia** que conoce y **resuelve en apelación** dichas sentencias, las que son de última instancia en materia de garantías”¹⁶; tales juezas y jueces deben ser **proactivos, garantes de los derechos**, que plasmen en sus fallos auténticos análisis argumentativos, que **demuestren y justifiquen racionalmente su pertinencia a las circunstancias fácticas** acaecidas en el caso.

3.4.7) Requisitos de procedibilidad de la acción.- Para que opere una acción de protección, ésta debe reunir tres presupuestos fácticos en forma ineludible, pues de faltar uno o más la misma debe deducirse, menos aún tornarse exigible por el Legitimado activo; tales son: “**Requisitos.**- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: **1. Violación de un derecho Constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado**”.

En este ítem cabe aclarar que pese a la referida limitación, la o el Juez constitucional ordinario debe realizar, de manera forzosa, un examen profundo sobre las pretensiones del Legitimado activo para determinar si existe o no una vulneración de derechos constitucionales, pues sólo después de ese examen debe pronunciarse sobre estos tres requisitos.

3.4.8) Causales de improcedencia.- Doctrinariamente se concibe que los procesos constitucionales de carácter jurisdiccional deben cumplir con determinadas exigencias formales y sustantivas, pues de no hacerlo se crearía un caos procedimental, por eso el Asambleísta enumera en el artículo 42 de la LOGJCC las causas de improcedencia para la acción ordinaria de protección, a saber: “**Improcedencia de la acción.**- La acción de protección de derechos no procede: **1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales. // 2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación. // 3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos. // 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz. // 5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho. 6.**

¹⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Quito D.M., agosto 21 del 2013, sentencia número 069-13-SEP-CC, caso número 0629-12-EP, acción extraordinaria de protección, primer suplemento Registro Oficial número 406, martes 30 de diciembre del 2014, p. 5.

Cuando se trate de providencias judiciales. // 7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral. En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibles la acción y especificará la causa por la que no procede la misma”.

Se aclara que por sentencia vinculante de la Corte Constitucional, la inadmisión al momento de calificar la demanda, mediante auto y de manera sucinta, procede únicamente en los casos 6 y 7 del artículo preinserto, no en los demás, en virtud de que esos se resolverán mediante sentencia y motivadamente¹⁷ al final del procedimiento, mientras que en lo relativo al numeral 4 -que guarda íntima relación con el precepto 40.3 eiusdem en lo atinente a la no residualidad- tiene que considerarse esta enseñanza fundamental: *“Al respecto se debe mencionar que lo previsto por el **artículo 42 numeral 4 ibídem**, esto es, que la acción de protección no procede 'cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz', **no significa que esta garantía jurisdiccional tenga carácter residual y que por lo tanto, sea necesario el agotamiento de recursos en la vía administrativa o en la vía ordinaria**, como requisito previo para la procedencia de la acción de protección, como erróneamente lo interpretan ... al señalar que por tratarse de un tema de mera legalidad el accionante debía acudir a la justicia ordinaria, sin fundamentos jurídicos que sustenten lo afirmado”¹⁸.*

Para complementar la idea, cabe reiterar que de las citas se colige que en nuestra CRE rige un sistema de no subsidiariedad, por cuanto la doctrina legal establecida en forma vinculante por la Corte Constitucional, la o el Juez constitucional debe realizar un examen de si existe o no la violación de derechos fundamentales y, el caso de existir está en la obligación de declarar esa vulneración y ordenar la reparación integral, y cuando lo que se lleve a su conocimiento debe rechazar en sentencia, de donde surge que el ejercicio de la acción de protección es directa y no admite su desnaturalización cuando hay una vía adecuada y eficaz, frente a la cual no se la puede emplear en subsidio.

Revisadas las características básicas de la acción de protección, estamos preparados ya para entrar a la resolución del problema jurídico planteado en la causa, lo que se desarrolla con el siguiente discernimiento.

3.5) El caso en análisis.- Del núcleo argumentativo esgrimido por la Legitimada activa en su demanda, este Tribunal encuentra que ha planteado esta acción constitucional alegando vulneración de los derechos al debido proceso en la garantía de la “motivación”, a “la seguridad jurídica” y al “trabajo”, por cuanto, afirma, se le ha notificado con la terminación del contrato ocasional de servicios sin resolver las alegaciones que formula, por lo que

¹⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Quito DM, 4 de diciembre del 2013, sentencia número 102-13-SEP-CC, caso número 0380-10-EP, suplemento tercero, Registro Oficial número 152, viernes 27 de diciembre del 2013, p. 12.

¹⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Quito D.M., julio 22 del 2015, sentencia número 240-15-SEP-CC, caso número 679-14-EP, acción extraordinaria de protección.

reclama se declare la vulneración de los mismos y que, como reparación integral se ordene el reintegro a su función, el pago de remuneraciones no percibidas y la afiliación al Seguro Social.

En segunda instancia, sin embargo, cambió su pretensión, por cuanto requiere que con fundamento en el artículo 3 del Decreto Ejecutivo número 858, del 19 de agosto del 2019, que reforma el artículo 143 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, al haberse prorrogado por un año más el primer contrato de servicios ocasionales de la Actora, se declare al cargo que ocupaba como necesidad institucional permanente y, como consecuencia de aquello, se convoque a un concurso de méritos y oposición para extender el nombramiento definitivo.

El Abogado del Legitimado pasivo y el de la Procuraduría General del Estado, de su lado, se ratificaron en la fundamentación esgrimida en la audiencia pública de primera instancia, concretando tres aspectos esenciales: a) Que no hay acto administrativo en el memorando impugnado; b) Que lo alegado por la Actora es un asunto de legalidad, por cuanto impugna ese acto, el cual dicen es de administración, por lo que la competencia para resolver la tiene el Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario; y, c) Que no hay violación de los derechos constitucionales citados por aquella.

La decisión denegatoria pronunciada por la señora Jueza A-quo ha sido impugnada por la Actora, bajo el argumento expuesto en segundo nivel, de que es inmotivada y no le da solución a los fundamentos jurídicos esgrimidos en la audiencia pública efectuada en esa instancia, circunstancia por la que esta Corporación judicial considera oportuno analizar el problema jurídico expuesto ut supra, a través del siguiente itinerario reflexivo:

1. ¿El presente es un asunto de legalidad, como sostienen los Abogados patrocinadores del Accionado y de la Procuraduría General del Estado?; y,

2. ¿La resolución impugnada afecta los derechos citados por la Actora?.

3.5.1) Legalidad o constitucionalidad.- Sobre los niveles de razonamiento de legalidad y de constitucionalidad, la doctrina jurisprudencial enseña: “... *cabe aclarar que cuando esta Corte hace referencia a dos niveles de reflexión: el de legalidad y el de constitucionalidad, no pretende disminuir la importancia del primero y engrandecer el ejercicio del segundo. Por el contrario, más allá de una simple jerarquía, es necesario considerar que determinados problemas de carácter jurídico encuentran solución eficaz en un nivel de análisis de legalidad, y otros de constitucionalidad. Evidentemente la cuestión se torna más compleja ante la difícil tarea de establecer un límite exacto entre el nivel de reflexión constitucional y un nivel de reflexión legal de un derecho*”¹⁹.

¹⁹ Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, mayo 11 del 2010, sentencia número 021-10-SEP-CC, caso número 0585-09-EP, acción extraordinaria de protección, suplemento del Registro Oficial número 228, lunes 5 de julio del 2010, p. 32.

Y es el Pleno de la misma Corporación la que, al determinar el alcance del precepto 40.3 de la LOGJCC, y precisar la no subsidiariedad de la acción de protección -luego de descartar la posibilidad de una presunta residualidad establecida por el Asambleísta en él-, la que en criterio vinculante ha dado la solución para determinar los límites entre los dos niveles de reflexión, fijando esta regla de aplicación *erga omnes* en el numeral 1 de la parte dispositiva de la sentencia que se cita al pie: ***“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”***²⁰ -destacado nuestro-.

Esta norma, no olvidemos que las sentencias de la Corte Constitucional que resuelven sobre garantías jurisdiccionales constituyen normas jurídicas, se complementa con el considerando que explica: ***“... esta Corte considera que la solución que debe utilizarse, en primer lugar, es la identificación del thema decidendum y su correspondencia con el objeto de la acción de protección. Es decir, cuando lo que se plantea en la demanda y se desprende de la comprobación de los hechos es una vulneración directa de derechos constitucionales, se estará ante el objeto primigenio de la acción de protección. En cambio, cuando lo que se pretenda es la declaración de un derecho subjetivo previsto en la legislación secundaria o en general, la aplicación de una norma infraconstitucional para determinado caso o el reclamo por la falta de la misma, sin la presentación de hechos que determinen la existencia de una vulneración a derechos constitucionales, se tratará de un problema que puede ser resuelto por otras vías judiciales”***.

Del texto transcrito se colige con meridiana claridad que el análisis debe versar sobre la vulneración de un derecho en la dimensión constitucional, pues solamente de existir esta se podrá emplear a la garantía jurisdiccional en cuestión como la idónea, esto es la adecuada y eficaz para resolver un caso concreto y, en el evento de que se presente uno de los tres escenarios descritos, esto es: i) Que se pretenda la declaración de un derecho subjetivo previsto en la legislación secundaria; ii) La aplicación de una norma infraconstitucional para determinado caso; y, iii) El reclamo por la falta de la misma, sin la presentación de hechos que determinen la existencia de una vulneración a derechos constitucionales, se tratará de un problema que puede ser resuelto por otras vías judiciales, improcede la acción de protección y así debe declararse.

La regla coincide con pronunciamientos anteriores de la misma Corporación, en las que ha precisado que la diferencia de los dos niveles surge de la naturaleza de la acción de protección, en vista de que este mecanismo se estableció con el objeto de brindar “tutela” de los derechos constitucionales, en correspondencia con el fin fundamental del Estado

²⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Quito D.M., marzo 22 del 2016, sentencia número 001-16-PJO-CC, caso número 0530-10-JP, relevancia constitucional.

constitucional de derechos y justicia, siendo tal naturaleza la que le distingue de la justicia ordinaria²¹; por consecuencia, cuando se requiere “tutela” de los derechos acusados como vulnerados opera la acción jurisdiccional genérica en estudio; en ese sentido, la naturaleza de la afección debe revestir relevancia constitucional, porque sólo en tal caso la acción de protección asistirá como el medio idóneo para resarcir el derecho constitucional conculcado por un acto u omisión de un funcionario público no judicial o de una persona particular, que lesione arbitraria, ilegítima y manifiestamente la dimensión ius fundamental del mismo.

Empero si se requiere la “declaración” de un derecho subjetivo previsto en la legislación secundaria, o la aplicación de una norma infraconstitucional para determinado caso, o el reclamo por la falta aplicación de la misma, sin la presentación de hechos que determinen la existencia de una vulneración a derechos constitucionales, se tratará de un problema que puede ser resuelto por otras vías judiciales; por ende, la vía adecuada y eficaz está en la justicia ordinaria, *“ya sea por ser expeditivo o porque confiere a la o al interesado algún beneficio particular que la acción de protección no contempla, haciendo más efectiva la tutela”*²², pues se trata de procesos dirimientes que permiten una amplia discusión y aportación de pruebas sobre el tema controvertido, ventajas que el proceso constitucional no otorga.

Como refuerzo de la última posición, este Tribunal anota que la distinción de las dos especies de reflexión, está en íntima relación con lo que en otras legislaciones se le denomina “núcleo duro” o “núcleo esencial” del derecho constitucional, es decir con lo que le es sustancial, fundamental o esencial, por eso en el el contexto internacional del reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, se le ha designado el nombre de “contenido mínimo” o “nivel esencial”; vale decir que la o el Juez competente debe investigar, en cada caso, la existencia de un ataque a la parte esencial del derecho constitucional, y de encontrarlo debe declarar la violación y la consiguiente reparación, pues la acción de protección es la vía idónea para ese efecto.

Por el contrario, si lo que se lleva a conocimiento de la o del Juez constitucional versa sobre aspectos no esenciales de los derechos fundamentales en estudio, el problema tiene connotación de legalidad, en cuyo caso la o el Operador jurídico competente para resolverlo es el de la administración de justicia ordinaria y la vía es una acción legal, no dentro de la garantía jurisdiccional de la acción de protección, en aplicación irrestricta del principio de “legalidad adjetiva” legislado en la última parte del precepto 76.3 de la CRE, que manda a que una persona sólo sea juzgada por el juez competente y siguiendo el trámite propio de cada procedimiento.

En tal evento, la justicia constitucional no se encuentra facultada para resolver problemas legales que no acarreen vulneración de derechos constitucionales, razón por la que la o el Juez ordinario, que funge la calidad de constitucional, carece de competencia, en vista de que

²¹ Corte Constitucional del Ecuador, Quito D.M., diciembre 4 del 2013, sentencia número 102-13-SEP-CC, caso 0380-10-EP, acción extraordinaria de protección,

²² SBDAR, Claudia Beatriz, Amparo de derechos fundamentales, Editorial Ciudad-Argentina, Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 162.

estaría ordenarizando la justicia constitucional, a la par que le convertiría en una simple parte del “todo” que compone la justicia ordinaria, con el efecto de que contravendría el principio de suprallegalidad o carácter supremo de la CRE y, en especial, el objeto de la garantía jurisdiccional establecido en el artículo 88 eiusdem y en el 39 de la LOGJCC, en relación con el 6 ibídem.

La Corte Constitucional, en criterios vinculantes, como el que sigue, en relación al tema que se analiza, ha dicho: “... *la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria. El juez constitucional cuando de la sustanciación de una garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías (énfasis añadido)*”²³.

En lo relacionado a la obligación de la o del Juez ordinario que interviene en una acción de protección, advierte: “*Por consiguiente, las autoridades jurisdiccionales que se encuentren en el conocimiento de una acción de protección, están en la obligación de centrar su análisis en la verificación de la vulneración de derechos constitucionales, en el caso puesto en su conocimiento, toda vez que sólo de esta forma se cumplirá el objetivo de la garantía jurisdiccional en cuestión*”.

Por ende, observando estos precedentes, es como va a intervenir este Tribunal en el caso concreto llevado a su conocimiento en la presente causa.

3.5.2) Hechos probados.- Son hechos probados, según las propias expresiones vertidas por la Actora en la demanda, así como por su Abogado patrocinador y la del Legitimado pasivo, expuestas en la audiencia pública:

3.5.2.1) Que la Legitimada activa ha laborado para la Dirección Distrital 18D02-SALUD, prestando sus servicios profesionales en calidad de Servidor Público 12 en medicina familiar en el Centro de Salud Tipo A, Huachi Chico DDS18-D02-CZ3, vinculación que la demuestra con dos contratos de servicios ocasionales, el primero, según ella narra en la demanda, por el plazo de seis meses, pues corre desde el 01 de junio hasta el 31 de diciembre del 2018; y, el segundo, por un año, desde el 01 de enero al 31 de diciembre del 2019. Las condiciones contractuales obran de los instrumentos anexados desde la foja 18 a la 23 de los recaudos de primera instancia.

3.5.2.2) Que mediante el memorando de la carilla 17 del mismo cuaderno, se le ha notificado la conclusión del segundo contrato, indicándole lo que sigue: “*Ambato 27 de diciembre del 2019, PARA: Sra. Esp. Sara Meneses Alvarez -sic-, Médico/a Especialista de Medicina*

²³ Corte Constitucional del Ecuador, Quito D.M., septiembre 20 del 2017, sentencia número 311-17-SEP-CC, caso número 0867-13-EP, acción extraordinaria de protección.

Familiar, Centro de Salud Tipo A, Huachi Chico DDS18D02 CZ3. // ASUNTO: NOTIFICACION DE VIGENCIA DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS OCASIONALES. // De mi consideración: // Por medio del presente me permito recordar que los contratos de servicios ocasionales de fecha 404 de febrero del 2019, suscritos con la Dirección Distrital 18D02_SALUD, termina -sic- el 31 de diciembre de 2019, conforme consta en la cláusula Tercera y Quinta del mencionado contrato así como también en lo determinado en la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento. // Particular que pongo en su conocimiento para los fines pertinentes. // Con sentimientos de distinguida consideración. // Atentamente. // Documento firmado electrónicamente. // Mgs. María Augusta Riofrío Riofrío. // DIRECTORA DISTRITAL 18D02 ZONAL3 – SALUD. // RG.”.

3.5.2.3) Que la acción de protección presentada por la Actora se fundamenta en que se declare que la mencionada notificación no está motivada, por lo que viola ese derecho, el de seguridad jurídica y el del trabajo, solicitando la reparación constante en la demanda.

3.5.2.4) Que estas pretensiones, según la fundamentación de la vulneración de los derechos y la del recurso, reflejan serias inconsistencias tanto en la fundamentación fáctica, como en la jurídica y en el ejercicio hermenéutico realizado por la Recurrente, que se citan enseguida.

3.5.3) Informalidad de las garantías jurisdiccionales.- Del artículo 86.2.c), que dice: “c) *Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción*”, se observa que las garantías jurisdiccionales tienen un carácter informal; esta circunstancia determina que la sustanciación de las mismas responda al principio de tutela judicial efectiva, el cual a la vez es un derecho de los justiciables y una obligación de las y los juzgadores prevista en el artículo 75 de la CRE, y que debe cumplirse con apego al principio de la debida diligencia establecida en el artículo 172 ibídem. De lo indicado se deduce que la obligación de determinar la existencia de una vulneración de derechos garantizados en la CRE y en los instrumentos internacionales no le corresponde a la persona justiciable accionante, sino a la o al Juez constitucional.

3.5.4) Actuación judicial en la acción de protección.- Según basta jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional, que coincide con la competencia otorgada en el artículo 86.2 de la CRE, a las y los jueces ordinarios, en su actuar como constitucionales, en la acción de protección deben observar: “... ***a los jueces constitucionales, en el marco de una acción de protección, les corresponde verificar si el acto u omisión impugnado vulnera o no derechos constitucionales. Para ello, es indispensable realizar un recorrido analítico respecto a varios elementos, de manera preponderante, dada su competencia, las normas constitucionales y de derecho internacional que regulan las relaciones propias de cada caso. El rol de los jueces constitucionales es importante en la construcción de un estado social de derechos, en el que el juez ya no es considerado un mero aplicador de la ley, sino quien, de forma activa, debe velar por el cumplimiento de los principios y valores contemplados en la Constitución, vista en su integralidad. En ese marco, dentro del caso sub examine, los jueces de la Sala debieron realizar un análisis garantista y proactivo del asunto*** puesto a su consideración y hacer un examen que tome en cuenta todos los derechos

constitucionales de las partes, y de manera especial de aquellos contemplados para las personas con discapacidad, a fin de asegurar el ejercicio progresivo de derechos'. // En razón de lo manifestado y en atención a la naturaleza de la acción de protección, que tal como lo ha señalado esta Corte, 'constituye la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales', siendo que, no cabe argumentar razones de legalidad para rechazar garantías jurisdiccionales, pues este proceder enerva la efectiva vigencia de los derechos constitucionales''²⁴.

Otra sentencia confirma esta obligación de las y los Operadores jurídicos que actúan de ordinarios constitucionales, cuando dice: “La transcripción normativa que realiza la Sala se concentra en demostrar que el acto objeto de la acción de protección mediante el cual fue cesado el accionante **es un acto administrativo**, circunstancia que resulta clara y que **no puede ser el objeto central de análisis de una garantía jurisdiccional** de derechos constitucionales, como en efecto es la **acción de protección**. Si la Sala advirtió que se trataba de un acto administrativo, aquello, lejos de justificar la improcedencia de la acción planteada, **demuestra que se cumple con la legitimación pasiva que prevé el artículo 88 de la Constitución de la República para la acción de protección**. En efecto, la **acción de protección**, tal como lo dispone la Carta Fundamental, **procede contra cualquier acto u omisión de autoridad pública, con excepción de las decisiones judiciales**. En ese contexto, habiéndose identificado la **naturaleza y carácter del acto, correspondía a la Sala verificar la vulneración o no de derechos constitucionales**, pues es dicho ámbito el centro de análisis de una garantía jurisdiccional de derechos constitucionales, circunstancia que no se desprende del fallo objeto de la presente acción²⁵” -lo destacado es del Tribunal-.

Como colofón de las aserciones que preceden, la Corporación judicial puntualiza que, además de lo mencionado, la o el Juzgador constitucional debe aplicar el principio de la administración de justicia “iura nóvit curia”, contenido -para la materia constitucional- en el artículo 426 segundo inciso de la CRE, y desarrollado como principio procesal en el precepto 4.13 de la LOGJCC, según el cual debe aplicar de manera directa e inmediata las normas constitucionales y las de los instrumentos internacionales de derechos humanos que sean más favorables a las establecidas en la CRE, aunque las partes no las invoquen expresamente.

En la especie, la señora Jueza A-quo, ha cumplido con este deber y ha rechazado la demanda en base al razonamiento jurídico que expone en su sentencia, cuya motivación se pasa a verificar.

3.5.4.1) El derecho al debido proceso en la garantía de la motivación.- A efectos de determinar si la notificación administrativa impugnada por la Legitimada activa, constituye o no una violación del derecho al debido proceso en la garantía de la motivación, es necesario

²⁴ Corte Constitucional del Ecuador, Quito, D.M., agosto 12 del 2015, sentencia número 258-15-SEP-CC, caso número 2184-11-EP, Gaceta Judicial número 16, lunes 12 de octubre del 2015, pp. 1 a 16.

²⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Quito D.M., agosto 21 del 2013, sentencia número 069-13-SEP-CC, caso número 0629-12-EP, primer suplemento Registro Oficial número 406, martes 30 de diciembre del 2014, p. 5.

precisar que en el artículo 76 de la CRE, el constituyente de Montecristi no la definió, limitándose a enunciarlo y a continuación enumerar los subderechos que lo conforman, de esta forma: *“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas ...”*; como lo anuncia, abre un amplio catálogo de garantías, entre las cuales encontramos a la de la defensa, que abarca a la motivación.

Al no haber definición legal sobre el debido proceso, la Corte Constitucional en su doctrina jurisprudencial ha generado uno en estos términos: *“... se define como el sistema de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección de los justiciables, incursos en una actuación judicial o administrativa, para que, durante su trámite respectivo, se respeten sus garantías constitucionales y se alcance la correcta aplicación de la justicia en iguales condiciones”*²⁶.

La misma Corte en sentido descriptivo, precisa que el debido proceso es: *“Un mínimo de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un procedimiento y asegurar condiciones mínimas para la defensa, constituyendo además una concreta disposición desde el ingreso al proceso y durante el transcurso de toda la instancia, para concluir con una decisión adecuadamente motivada que encuentre concreción en la ejecución de lo dispuesto por los jueces”*²⁷.

Efectuando un desarrollo inductivo, cabe señalarse que la motivación es un subderecho y a la vez una garantía para los justiciables, aparte de constituir un deber a observar por parte de las y los servidores públicos, entre ellos los judiciales, el cual forma parte del derecho a la defensa, el cual, a su vez integra el derecho al debido proceso como parte de los derechos de protección de las personas.

Por lo prescrito en el artículo 76.7.1) de la CRE, la motivación se constriñe a que: *“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: ... 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: ... 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”*.

El precepto se desarrolla en el artículo 4.9 de la LOGJCC, estableciéndose entre los principios procesales de la justicia constitucional: *“La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la*

²⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Quito D.M., marzo 28 del 2018, sentencia número 119-18-SEP-CC, caso número 0999-15-EP, acción extraordinaria de protección.

²⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Quito D.M., agosto 12 del 2015, sentencia número 136-16-SEP-CC, caso número 2001-11-EP, sentencia número 143-16-SEP-CC, caso número 1827-11-EP, sentencia número 067-10-SEP-CC, caso número 0945-09-EP.

argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso”.

De estas normas se desprenden los elementos que se presentan en la motivación: **1)** Existencia de una resolución que provenga del poder público; **2)** Que en ella se enuncien los hechos y las normas y/o principios jurídicos en los que se funda, en especial de los precedentes jurisprudenciales; y, **3)** Que, además, se explique la pertinencia de la aplicación de esas normas, principios y/o precedentes a los antecedentes de hecho.

Doctrinariamente, en forma general y simple, se dice que la motivación *“Constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión”*²⁸.

La doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional, precisa que la motivación constituye: *“(…) un condicionamiento de todas las resoluciones de los poderes públicos, con el objeto de que las personas puedan conocer de forma efectiva y veraz las razones que motivaron la emisión de una determinada decisión. La motivación no implica la enunciación dispersa de normas jurídicas o de antecedentes de hechos, sino por el contrario exige un mayor ejercicio argumentativo en el cual se fundamente la aplicación de una determinada norma jurídica a un antecedente de hecho y las conclusiones establecidas a partir de ello (...)”*²⁹, sin descuidar, si el caso lo amerita, las que provengan de las personas particulares.

En criterio de dicha Corte, para que una resolución se encuentre debidamente motivada, la fundamentación debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible. La **razonabilidad** de una decisión se refleja en la *fundamentación de los principios constitucionales y legales*, es decir en el derecho; por **lógica**, se entiende la existencia de la debida **coherencia entre las premisas y la conclusión**, mientras que la **comprensibilidad** implica la *claridad en el lenguaje utilizado a efectos de ser entendible por los ciudadanos*.

De las tres condiciones la que demanda de explicación es la primera, es decir la **razonabilidad**, la que en apreciación de la misma Corte implica que el órgano judicial o administrativo no solo debe citar la norma utilizada en la decisión, sino que por el contrario, *debe explicar el alcance y el contenido de la norma legal a efectos de que la parte afectada, conozca los motivos por los cuales se la aplica. Es decir, debe realizar un análisis coherente y articulado del nexo existente entre la norma aplicada y los hechos fácticos*.

Atendiendo el principio de interdependencia de los derechos y principios constitucionales, determinado en el artículo 11.6 de la CRE, vale aclarar que no puede separarse el derecho al debido proceso del de acceso a la justicia, ni de la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de los justiciables, que se funden en el derecho a la jurisdicción previsto

²⁸ DE LA RÚA, Fernando, 1991, Teoría General del Proceso, Ediciones Depalma, Buenos Aires, p. 46.

²⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Quito D.M., enero 9 del 2014, resolución número 003-14-SEP-CC, caso número 0613-11-EP, acción extraordinaria de protección, suplemento Registro Oficial número 184, febrero 14 del 2014. Se ha tomado de lo resuelto por la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, sentencia número 054-10-SEP-CC, caso número 0762-09-EP, noviembre 16 del 2010.

en el artículo 75 de la CRE, ni del de la seguridad jurídica garantizado en el 82 eiusdem y, mucho menos, del derecho a la defensa del 76.7) ibídem, que integra dentro de él a la motivación.

En la especie, la Actora afirma que el memorando notificadorio de la fecha de terminación del segundo contrato de servicios ocasionales, no ha sido motivado, mientras los defensores jurídicos del Legitimado pasivo y de la Directora de la Procuraduría General del Estado Regional Riobamba, indican que ese documento no contiene un acto administrativo, en tanto sólo comunica la terminación del contrato, por lo que no contiene ninguna resolución que deba ser motivada, constituyendo un hecho administrativo, y que, contractualmente ese “recordatorio” no era necesario.

En relación al ítem, la Juzgadora A-quo, ha expuesto: *“El Memorando ... cumple con los requisitos es razonable, lógico y comprensible; pues menciona claramente que se da por terminado -sic- la relación laboral por terminación -sic- del contrato conforme la clausula -sic- tercera y quinta que menciona que el plazo del contrato rige del 01 de enero del 2019 hasta el 31 de diciembre del 2019 de conformidad con la resolución SENRES 2007-00155 de fecha 29 de diciembre del 2007 emitida por la Secretaría Nacional Técnica -sic- de Desarrollo y Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público -sic-, y la clausula -sic- QUINTA ... sin darse por terminado el contrato por decisión unilateral sino por cumplimiento del contrato -sic-, que se encuentra debidamente motivado, y que es un acto de mera administración pública, siendo el contrato ley para las partes, existiendo la debida motivación pues la misma es razonable, lógico -sic- y comprensible, sin existir violación a este derecho constitucional”* -negritas nuestras-.

Este Tribunal encuentra que la Juzgadora declara que no existe violación del derecho a la motivación, por cuanto afirma existen los parámetros de la motivación en el memorando impugnado; también resuelve los puntos controvertidos en relación a que ese documento constituye un acto de mera administración pública, lo que implica que no es un “acto administrativo”, con lo cual da a entender que se relaciona con lo establecido en el artículo 1561 de la Codificación del Código Civil, que dice: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*, a lo que se debe añadir lo del precepto 1562, que manda: *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”*.

Es claro, entonces, que la Legitimada activa conocía con certeza que el segundo contrato de servicios ocasionales concluía el 31 de diciembre del 2019, y que según constaba de lo pactado en la cláusula QUINTA, *“De conformidad con lo estipulado -sic- en la Ley Orgánica de Servicio Público, el contrato terminará en la fecha de vencimiento, en este caso sin necesidad de notificación”*, teniendo la Entidad contratante, incluso la facultad de: *“... dar por terminado este contrato por así convenir a los intereses institucionales, previo informe técnico justificativo del Analista distrital de la Unidad de Administración de Talento*

Humano; esta terminación unilateral, además podrá obedecer a la insuficiente disponibilidad económica y presupuestaria de la institución, El presente contrato no genera estabilidad laboral”.

Por ende, al haberle participado en el memorando las estipulaciones contractuales, no se ha vulnerado el derecho a la motivación, en tanto no hay resolución unilateral, razón por la que no es arbitraria, ilegal ni inconstitucional, además de que no debía hacer relación al contrato anterior, ni referir todo lo que reclama la Apelante, pues el documento contiene una simple comunicación de los compromisos estipulados contractualmente, los que, como bien señala la señora Jueza A-quo, es Ley para las partes.

Para cabal comprensión, sobre el acto administrativo cabe esta reflexión; “... *se ha establecido que cuando la administración pública en el ejercicio de sus-competencias, expide un acto administrativo, este se impone obligatoriamente a sus destinatarios, que constituye uno de los elementos importantes del acto administrativo, es decir, la ejecutividad, el carácter obligatorio del acto, el derecho de la administración de exigir su cumplimiento y el deber de cumplir el acto a partir de su notificación*” -destacado por el Tribunal-.

En esa línea de reflexión, la alegación de la Recurrente es desacertada, por cuanto el acto administrativo es una decisión o “resolución” adoptada por una autoridad no judicial competente, pues en el artículo 76.7.1) de la CRE se refiere a “*Las resoluciones de los poderes públicos ...*”³⁰ -negreado nuestro-; mas, en el caso lo que se ha notificado a través del medio de comunicación administrativa, el memorando, no es una “resolución”, sino un recordatorio para que se cumpla lo pactado contractualmente -que no es acto administrativo porque no le da a conocer una resolución-, circunstancia por la que resulta por demás absurdo -por decir lo menos- que se exija una motivación estricta en el texto que contiene ese documento, como aquella pretende; sin embargo, se expone el hecho, se cita la norma y la relación entre los dos, por lo que está motivada.

El corolario del análisis, entonces, es que en la causa no hay vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de la motivación, y que la Juzgadora A-quo resolvió ajustándose a la normativa inherente, debido a lo que no cabe la revisión de su pronunciamiento y se desecha el cargo.

3.5.4.2) El derecho a la seguridad jurídica.- En el artículo 82 de la CRE, el constituyente normó: “*El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes*”. Con base a ella, en varias sentencias, la Corte Constitucional ha resuelto que la seguridad jurídica comprende un ámbito de certidumbre y previsibilidad en el individuo, en el sentido de saber a qué atenerse al encontrarse en determinada situación jurídicamente relevante. Las referidas condiciones están diseñadas para impedir la arbitrariedad en las actuaciones de quienes ejercen el poder público, pues su sometimiento a la Constitución y a

³⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Quito D.M, diciembre 19 del 2013, sentencia número 129-13-SEP-CC, caso número 1208-12-EP, acción extraordinaria de protección, suplemento Registro Oficial número 203, marzo 14 del 2014.

las normas que integran el ordenamiento jurídico fija los cauces objetivos en los cuales cumplirán sus actividades en el marco de sus competencias.

De esta forma, la seguridad jurídica representa el derecho constitucional que otorga certeza y confianza ciudadana respecto a la existencia de un ordenamiento jurídico previamente establecido que debe ser aplicado y respetado por parte de las autoridades correspondientes en el desempeño de sus funciones, sean estas públicas o privadas.

También ha determinado: “... que la **seguridad jurídica** se compone de tres elementos, a saber, el primero de ellos referido al principio de **supremacía constitucional**, ya que la disposición antes invocada establece como fundamento esencial de este derecho, el respeto a la Carta Magna, la cual se constituye en la máxima norma del ordenamiento jurídico y goza de supremacía respecto a todo el sistema normativo. El segundo elemento, se refiere a la **existencia de normas jurídicas previas, claras y públicas**, es decir la presencia de un ordenamiento jurídico predeterminado; y finalmente, el tercer elemento establece la **obligación de las autoridades competentes de aplicar las disposiciones previstas en la normativa jurídica**” -destacado del Tribunal-.

En la causa sub-júdice, la juzgadora A-quo ha realizado un discernimiento adecuado en la resolución de este tema, por cuanto la ahora Recurrente, lo que alega es que por efecto de retroactividad de la Ley, según el “principio de favorabilidad -sic- de los derechos”, que según ella se prevé en el artículo 11 de la CRE -se entiende que se refiere al 76.5 ibídem-, se debió aplicar la normativa que invoca y que fuera expedida por los organismos -que tienen facultad normativa- con posterioridad a la fecha de terminación de su contrato.

El tema, la Contraparte lo ha contradicho en el sentido de que la Ley no es retroactiva, y la juzgadora se ha inclinado por esta opción, la cual tiene sentido por cuanto al referirse a la Ley, que es de orden infraconstitucional, en el artículo 7 de la Codificación del Código Civil se precisa algo que un estudiante de primer semestre de la carrera de Derecho conoce, pues manda; “La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes: ... 18a.- En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. // Exceptúanse de esta disposición: 1o., las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato; y, 2o., las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en los contratos; pues ésta será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido; // 19a.- Los actos o contratos válidamente celebrados según una ley, podrán probarse, bajo el imperio de otra, por los medios que aquella establecía para justificarlos; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará sujeta a la ley vigente al tiempo en que se rindiere”.

La Impugnante sostiene que se le ha vulnerado su derecho a la seguridad jurídica, empero ha invocado una serie de normas infraconstitucionales, e incluso infralegales, con lo que demuestra incontrastablemente que se refiere a derechos subjetivos y que no atacan la esencialidad del derecho, vale decir su ámbito constitucional o ius fundamental; por este hecho ni siquiera hubiese sido necesaria una reflexión sobre el asunto en discusión, mas por

el deber de motivación y de justificación de la ausencia de una vulneración de derechos constitucionales, se anota que casi la totalidad de las normas que cita no son aplicables a la especie porque no estuvieron vigentes al tiempo de culminación del contrato de marras, y por ese solo hecho, por simple sentido común, se concluye que al 31 de diciembre del 2019 no se podía recurrir a leyes y normas que se expidieron con posterioridad.

Afirmar lo contrario, a más de ilegal e inconstitucional, carece de sentido, de lógica y de razón, pues el Legitimado pasivo para esa fecha ni siquiera sospechaba que podrían expedirse leyes de emergencia, y de haberlo hecho, pues le fue imposible recurrir a ellas porque inexístían en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por ende, la Ley de Ayuda Humanitaria y todas los demás cuerpos normativos -excepto el que refiere en líneas infra- no tienen vigor para el caso concreto.

Desde otro ángulo, creer que por haber incoado la acción de protección seis meses después de la fecha en que se generó el hecho supuestamente conculcador de sus derechos constitucionales, es decir por la tardanza en el ejercicio del derecho a la jurisdicción en el segmento de acceso a la administración de justicia, se le debe beneficiar aplicando normas nuevas con efecto retroactivo, resulta un desaguisado jurídico; su sola manifestación torna en improcedente el alegato, en virtud de ser abusivo en el ejercicio de su derecho de acción y de forzar el más elemental sentido común.

Afirmar que el principio de favorabilidad, que está previsto en el artículo 76.5 de la CRE es observable en la especie, es a todas luces inconstitucional, por el hecho de que a la Actora no le han aplicado ninguna “sanción” para justificar su procedencia. La norma reza: *“En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora”* -destacado nuestro-; el texto merece el siguiente discernimiento.

Como requisitos, se exige: a) Un conflicto normativo infraconstitucional entre leyes de la misma materia; b) Esas leyes tienen que contemplar sanciones diferentes para un mismo hecho; c) Sólo entonces, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación fuera posterior; y, d) En caso de duda se aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. Nada de aquello se presenta en la causa sub-lite, por eso es que la Recurrente no ha citado ni las normas en colisión ni la sanción aplicada, y no cabe referencia en ese sentido, porque el hecho de comunicarle el cese de la actividad de servicio por la culminación del plazo de duración del contrato, aún sin tener necesidad de hacerlo, no constituye imponerle una sanción.

El único reproche que debe ser revisado es el relativo a la aplicación del artículo 3 del decreto No. 858, expedido el 19 de agosto del 2019 y que modula el artículo 143 del Reglamento General de la LOSEP en estos términos: *“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. **Se podrán suscribir varios contratos de servicios ocasionales entre la misma institución y la o el mismo servidor, durante un ejercicio fiscal en curso, que se pueden renovar por necesidad institucional. // De persistir la necesidad de cumplimiento de actividades permanentes lo UATH planificará la creación del puesto el cual será ocupado agotando el concurso de méritos y oposición. // En caso de proceder a la renovación del contrato de servicios ocasionales, no se suspende la relación entre la o el servidor y la institución contratante [...] Por su naturaleza, este tipo de contratos no genero estabilidad laboral alguna ...***

La señora Jueza A-quo ha realizado un análisis adecuado sobre el tema, al que se ha de añadir que en la reforma se faculta la celebración de este tipo de contratos por “doce meses” o hasta finalizar el ejercicio fiscal, pudiendo renovarse sin necesidad de suscripción de un nuevo contrato por necesidad institucional y, en caso de persistir la necesidad se debe “planificar” la creación del puesto que será ocupado por el ganador del concurso de méritos y oposición. En ningún lado aparece lo que sostiene la Actora, pues no obliga a declarar la necesidad permanente, en razón de que esta existe y es la que obligó a contratar ocasionalmente, por eso, la planificación de la creación del puesto es obligación de la UATH, pero aquello no le vincula a la persona contratada. El resultado de lo dicho, es que no tiene sustento legal ni constitucional su aserción y, por ser injurídica debe desecharse de plano.

Por otro lado, de los recaudos procesales no aparece lo que sostiene la Legitimada activa, en relación a que se le ha contratado a otra profesional para ocupar su puesto, ni de que haya sido la única profesional desvinculada; de lo que sí hay evidencia es que después de cumplirse el tiempo de la renovación del contrato, procedía su desvinculación el 31 de diciembre del 2019; por ende, las resoluciones y los cuerpos normativos expedidos con posterioridad a esa fecha no le son aplicables, cuanto más que no estuvo sirviendo en la fase crítica de la pandemia que azota al mundo, hecho por el cual no puede estar protegida por la Ley Orgánica de Ayuda Humanitaria, la cual beneficia a quienes si enfrentaron la lucha contra el coronavirus y que, debido a ese sacrificio, se ganaron el derecho a una protección y estabilidad.

Por cuestiones de razonabilidad y lógica, en la concreción que sigue se acota el presente análisis.

3.5.4.3) El derecho al trabajo.- Este tema se lo expone a través del siguiente argumentación:

a) Normas internas.- En el artículo 33 de la CRE se garantiza: *“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 el precepto 66, numerales 16 y 17 de la CRE, se complementa: “*Se reconoce y garantizará a las personas ... 16. El derecho a la libertad de contratación. 17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley*”.

Por su lado, en el artículo 325 ibídem se establece la obligación estatal, que se vincula con los artículos 3.1 y 11.9 eiusdem, relativa a que: “*El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores*”.

En el artículo 326 se enumeran los principios en los que se sustenta el derecho al trabajo, de entre ellos: “... **2.** *Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario ... 13.* *Se garantizará la contratación colectiva entre personas trabajadoras y empleadoras, con las excepciones que establezca la ley ...*”.

b) Normativa supranacional.- En el artículo 23 de la DUDH, en forma genérica, se norma: “**1.** *Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses*”.

La primera parte se reitera en el 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y se agrega en el numeral 2: “*Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación tecnicoprofesional, 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*”.

En el artículo 7 del mismo instrumento internacional se regula: “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;*

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”.

c) Carácter tuitivo del Derecho de Trabajo.- El carácter tuitivo del Derecho Social que anima al Derecho del Trabajo, ha llevado a que se protejan los intereses de los trabajadores a quienes se les considera como el sector débil de la relación contractual de trabajo, debiendo inclusive aplicarse en caso de que hubiera alguna “*duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales*”, en el sentido más favorable a los trabajadores, según los artículos 326.2 de la CRE, debe observarse, además, lo prescrito en los artículos 3.1, 11.3, 11.9 y 426 inciso segundo de la CRE, en respeto a los derechos de los justiciables, a la tutela judicial, al debido proceso y a la seguridad jurídica, así como al de igualdad; por ese carácter especial, a las personas afectadas en este derecho les corresponde el amparo judicial si logran probar la existencia de estabilidad en el vínculo laboral.

Además, esto encaja con el garantismo establecido en el Ecuador desde la CRE de Montecristi, que introdujo el nuevo paradigma constitucional de derechos y justicia social, sobre el que la doctrina jurisprudencial ha señalado: “*El Estado democrático constitucional de derechos supone la consagración del principio de supra legalidad constitucional, es decir, la supremacía de la Constitución, la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales de las personas y, estando en discusión derechos constitucionales, las juezas y jueces estamos obligados a aplicar de manera directa e inmediata la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia*”³¹.

Como último elemento de análisis, indiquemos que en el presente caso la Juzgadora A-quo realizó debida interpretación de los derechos citados por la Actora, por cuanto verificó que no se presenta la acusada afectación al derecho al trabajo, debido al tipo de relación mantenida por la Legitimada activa con el área de salud del cantón Ambato.

En efecto, lo básico aquí era determinar si un nombramiento provisional otorgado para laborar en una entidad pública, aunque carente de personalidad jurídica, otorga **estabilidad** a la persona contratada, partiendo del origen de dicho nombramiento, pues en la especie la estabilidad es la base o núcleo esencial del derecho al trabajo, la cual no invoca la Actora, pues lo que reclama es lo relativo al derecho subjetivo de continuidad en el cargo hasta que se lo asigne a quien ganare un concurso de méritos y oposición, tema sobre el que se anota:

En primer lugar se advierte que dos elementos esenciales se extraen del artículo 33 de la CRE, de acuerdo a lo que explicó este Tribunal en la causa número 18111-2019-00039, y son: “*A juicio del Tribunal, el núcleo esencial del derecho al trabajo estriba en dos aspectos: en que el vínculo jurídico laboral no se termine por decisión arbitraria del empleador y en que la remuneración no se ubique por debajo del mínimo general definido por la respectiva autoridad, dado que son estos dos aspectos los necesarios para que, mínimamente, se cumpla lo que señala el mentado artículo con la frase 'fuente de realización personal'*”.

³¹ Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Laboral, Quito, noviembre 29 del 2013, las 14h55', resolución número 915-2013, juicio número 727-2010, oral laboral.

En la especie, la Accionante, en uno más de sus desatinos, reconoce que no tenía estabilidad en el puesto por cuanto no accedió a él luego de haber sido declarada ganadora de un concurso de méritos y oposición, como se manda en el artículo 228 de la CRE, sino por la celebración de dos contratos precarios, los cuales los acepta como legalmente celebrados, por lo que su conclusión no ha obedecido a una decisión unilateral o arbitraria del contratante.

Pese a esa realidad, en esta garantía jurisdiccional ha solicitado el pago de remuneraciones no percibidas y del seguro social, así como el reintegro a funciones, derechos subjetivos infraconstitucionales a los que no tiene derecho, precisamente por haber concluido la relación laboral por cumplimiento del plazo pactado en el convenio y, por ser de esa naturaleza, improcede su exigencia en esta vía, debiendo concurrir a la justicia ordinaria, donde en proceso declarativo se los ha de aceptar o denegar.

En el artículo 229 de la CRE se establece: “*Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. // Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. **La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores ...***” -destacado nuestro-.

La Corte Constitucional realiza una interpretación de la norma en los siguientes términos: “*Del texto de la norma constitucional citada, se advierte que **la Constitución delega al legislador la definición de los requisitos y condiciones para el ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, estabilidad, sistema remunerativo, así como la terminación de las funciones de los servidores. No obstante, las condiciones y requisitos antes referidos, deben estar orientados hacia la consecución de los principios consagrados a nivel constitucional con respecto al servicio público. En este sentido, la Constitución de la República prevé que el servicio público y en general 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’** -se refiere al artículo 227 de la CRE-. Por tanto, la ley debe establecer mecanismos que permitan asegurar que **los ciudadanos que van ocupar un cierto cargo o función en el sector público, sean los más adecuados y preparados en razón de las exigencias que dicho cargo o función demanda, con miras a cumplir los principios constitucionales referidos**”³² -negritas fuera del texto-.*

Esta aspiración, lamentablemente no se alcanza en la práctica, debido a la posibilidad cierta de que se cometan abusos desde dos vías en la contratación de personal. Por un lado desde la administración, muy frecuentemente se convierte a la entidad concreta en una tienda clientelar, por eso se suscriben contratos ocasionales y se confieren nombramientos provisionales o contratos ocasionales en porcentajes que superan el 20 % establecido en el

³² Corte Constitucional del Ecuador, Quito, D. M., diciembre 14 del 2016, sentencia número 390-16-SEP-CC, caso número 1098-11-EP, acción extraordinaria de protección.

artículo 58 de la LOSEP y los plazos allí determinados, sin exigir al personal un perfil ni el concurso de méritos y oposición, sino por causas alejadas de dichas exigencias, como por precio, clientelismo partidario, recompensa al trabajo desarrollado en el evento electoral, paisanaje, familiaridad y más, todo lo cual va en desmedro del adecuado servicio social y de la dignidad de estas personas, circunstancia por la que se debe empezar a erradicar de la práctica real, por ser nociva para la comunidad. De otro lado, los aspirantes aceptan los cargos en estas condiciones y con pleno conocimiento de dicha realidad, en ocasiones propiciando la salida de quien le precede, coadyuvando al abuso que se revierte luego en su contra.

Para resolver aquello, que no le compete al Tribunal constitucional, existe una disposición para que el Legislador regule en la Ley infraconstitucional lo concerniente a la **estabilidad y cesación de funciones** de las y los servidores públicos, estableciéndose en el precepto 146 del Reglamento General de la LOSEP, en lo atinente al caso, la “**Terminación de los contratos de servicios ocasionales.- Los contratos de servicios ocasionales *terminarán* por las siguientes causales: a) **Cumplimiento del plazo**” -negrillas nuestras-; y si legalmente se direcciona una solución de los dos aspectos en un nivel de legalidad, sin que exista una vulneración de derechos reconocidos en la CRE en la causa sub-lite, supralegalmente se excluye toda posibilidad de resolver tales asuntos a través de una garantía constitucional, en el caso la acción de protección.**

Si de hecho se lo plantea, como ha ocurrido en la especie, no solamente que la actuación va en clara contravención de lo prescrito en esta norma normárum -el transcrito artículo 229 de la CRE-, sino que se desnaturaliza la garantía jurisdiccional al llevar a resolución de una o un Juez constitucional algo que es de competencia privativa de un órgano judicial ordinario, el de lo contencioso-administrativo, a través de la vía establecida en el Código Orgánico General de Procesos, que es la adecuada y eficaz para ese efecto.

Además, se vulnera el debido proceso en la garantía del cumplimiento de las normas y de los derechos de los justiciables -artículo 76.1 *ibídem*-, por cuanto se inobserva la mencionada y, por consecuencia obvia, debido a la interdependencia de los principios y de los derechos constitucionales se atenta al derecho a la seguridad jurídica; y, finalmente, la de llevar la causa a resolución de una o un juez incompetente, por cuanto aquello se debe ventilar ante la justicia ordinaria, con lo cual se contraviene el precepto 76.3 de la CRE.

A esto se añade que, en el artículo 228 *eiusdem*, se ha normado: “**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**”, de donde se aprecia que el Constituyente estableció un camino único para el acceso y la consecuente estabilidad en el servicio público, realizando nueva remisión a la Ley y a las excepciones indicadas, por lo que lo concerniente a los contratos ocasionales -si no incluyen violaciones de derechos constitucionales-, son cuestiones de mera legalidad, pues están regulados por la Ley, lo que

pasa a ser otra razón por la que no corresponde discutir ni resolverse a través de la garantía jurisdiccional denominada acción de protección.

La Accionante así lo reconoce expresamente, por cuanto sostiene en su demanda que no exige estabilidad porque no le corresponde, pretendiendo -sin enunciarlo- una **continuidad** laboral que alcanza el rango de derecho constitucional, con lo que alega una vulneración de “derechos subjetivos”; además, fundándose en normativa legal y reglamentaria para permanecer en el cargo hasta ser reemplazada por quien gane un concurso de méritos y oposición, reclama con ese propósito el reintegro al trabajo, presumiendo tener derecho a esa continuidad.

Es diáfano, por otro lado, que no alcanzó estabilidad, por no haber ingresado al servicio público luego de haber ganado un concurso de méritos y oposición, conforme se manda en el precepto 228 de la CRE, pues sólo así se obtienen derechos irrenunciables de acuerdo al precepto 229 eiusdem, por lo que su petición no procede.

Por lo dicho en el párrafo que precede, aclárase que en el artículo 18.c) del Reglamento General de la LOSEP no se concede estabilidad, sino continuidad, y ésta como una facultad de ocupar el puesto “que estuviere vacante” hasta obtener el ganador del concurso de méritos y oposición; mas, esta norma es de orden reglamentario que jerárquicamente está por debajo de una Ley, por lo que la Actora no ha reparado en que la misma está sujeta a control de legalidad, que no encaja en el que se realiza por la vía constitucional.

En sentido corroborativo, se indica que la actual Corte Constitucional, en sentencia relacionada con el tema, luego de reseñar que en un primer momento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando los contratos de servicios ocasionales se extendían más allá del tiempo establecido en la ley, señaló que esto generaba estabilidad laboral, lo cual obligaba a la institución pública a emitir un nombramiento sin la realización de un concurso de méritos y oposición, indica que, con posterioridad, se dijo -esto es lo que rige aún- que en virtud de la naturaleza jurídica de los contratos en referencia, estos *no generan estabilidad en la relación laboral*, por cuanto la única forma de obtener estabilidad permanente en el sector público, es el haber sido declarado ganador de un concurso de méritos y oposición, de acuerdo al artículo 228 de la CRE y el entonces vigente artículo 58 de la LOSEP, concluyendo: “*Por todo lo expuesto, esta Corte concluye que la emisión de contratos de servicios ocasionales **no generó estabilidad laboral** a la accionante en su cargo de oficinista bancaria en el BNF, y en consecuencia, el BNF **no vulneró el derecho al trabajo de la accionante**”³³.*

Se aclara que la protección especial reforzada que se brinda a la mujer embarazada o en período de lactancia, en razón del ejercicio de la relación laboral, que se analiza en la referida causa, para el caso no opera por no presentarse este patrón fáctico.

Por otro lado, la Recurrente no ha considerado un claro precedente que advierte un asunto trascendente, remarcando el sentido de legalidad del reclamo, pues señala: “... *el juzgador de*

³³ Corte Constitucional del Ecuador, Quito D.M., junio 9 del 2020, sentencia número 108-14-EP/20, caso número 108-14-EP, acción extraordinaria de protección.

*primera instancia, dilucidó un problema de aplicación de las leyes ordinarias, lo cual torna en un conflicto legal, el mismo que, conforme la propia Constitución, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y la jurisprudencia de este Organismo, no le corresponde a la justicia constitucional; sino a la justicia ordinaria, quien es la llamada a resolver las controversias sobre la aplicación de la normativa infraconstitucional al caso*³⁴*concreto...*” -destacado nuestro-.

3.6) Concreción.- En el desarrollo del examen del caso concreto, el Tribunal precisa que, en forma gráfica se ha demostrado que la Actora pretende ignorar que su acción no reúne los requisitos previstos en los artículos 40 de la LOGJCC, que no llena los de procedencia de la acción estatuidos en el 41 ibídem, y que se encuentra inmersa en las causales de improcedencia establecidas en los numerales 1, 3, 4 y 5 del artículo 42 eiusdem; en relación al primero, por cuanto luego de la revisión exhaustiva de sus argumentos no se encuentra vulneración de derechos constitucionales, ni la acción u omisión de una autoridad pública, menos una actuación arbitraria o violatoria de derechos fundamentales; aparte, es claro que cuenta con la vía idónea e eficaz que es la contenciosa administrativa, en vista de impugnar un supuesto administrativo y requerir reintegro al trabajo, pago de sueldos y del seguro social, todo lo cual concierne a la esfera de legalidad y debe ser resuelto por la justicia ordinaria, por lo que de intervenir la justicia constitucional se desnaturaliza la misma y la o el Juzgador actúa sin competencia.

Por los mismos hechos, no reúne los requisitos de procedencia, e improcede la acción por las causales antes invocadas y, por otro lado, los hechos no se subsumen en el objeto de la acción de protección, hallándose alejados de ser objeto de ponderación, por su propia naturaleza.

En base al enfoque diáfano de lo que es la acción de protección, con todas sus incidencias, determinando que se trata de una garantía jurisdiccional que es de libre ejercicio e informal, pero que para su procedencia debe reunir los requisitos determinados en el artículo 40 de la LOGJCC, fundamentalmente el hecho de que debe afectar derechos reconocidos en la CRE y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en este caso los derechos al trabajo, al debido proceso en la garantía de la motivación y a la seguridad jurídica, desarrollando el discernimiento sobre los mismos, lo procedente es que esta Corporación constitucional, en virtud de los principios de aplicación directa e inmediata del texto constitucional, determine que no hubo vulneración de los mismos.

La conclusión del Tribunal, entonces, es que en la acción deducida por la Accionante pretende soluciones de legalidad a los supuestos derechos vulnerados en la vía constitucional, intentando que la Justicia constitucional actúe careciendo de competencia para declarar la vulneración de “derechos subjetivos” como el retorno al cargo y pagos, lo cual corresponde al ámbito ordinario o de legalidad, por lo que el reclamo debió plantearse en un procedimiento contencioso-administrativo, según se desprende de los artículos 300, 302 y 303 del COGEP, el cual manda: *“Se encuentran habilitados para demandar en procedimiento contencioso*

³⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia número 326-17-SEP-CC, caso número 0108- 13-EP, Registro Oficial Edición Constitucional número 22, de diciembre 5 del 2017.

tributario y contencioso administrativo: 1. La persona natural o jurídica que tenga interés directo en demandar la nulidad o ilegalidad de los actos administrativos o los actos normativos de la administración pública, ya sea en materia tributaria o administrativa”, y está en relación con los artículos 173 de la CRE, 31 y 217.1 del COFJ.

Por otro lado, al reclamar solapadamente una continuidad laboral que no tiene rango constitucional, ni siquiera la normativa infraconstitucional, así como el reintegro a su lugar de trabajo y el pago de valores no percibidos, todo lo cual es de orden legal, la competencia no le corresponde ni a la Jueza ni al Juez constitucional.

De lo dicho se infiere, que la Actora ha desnaturalizado la acción de protección, planteándola con el fin de reemplazar la vía administrativa, y lo más preocupante, intentando conseguir una sentencia constitucional que legitime sus mal planteadas pretensiones, que demuestran confusión entre la argumentación de legalidad con la constitucional.

Con el fin de que no queden dudas, cabe anotar que en forma concluyente la Corte Constitucional ha dicho, sobre las impugnaciones administrativas: *“El juez que conoce de garantías jurisdiccionales de los derechos debe adecuar sus actuaciones a las normas constitucionales, legales y jurisprudenciales que integran el ordenamiento jurídico ecuatoriano; por tanto, los filtros regulatorios para determinar su competencia se circunscriben a la vulneración de derechos constitucionales, mas no a problemas que se deriven de antinomias infraconstitucionales ... Las reclamaciones respecto a las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública que contravengan normas legales son competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Con la finalidad de salvaguardar los derechos a la igualdad formal y material, y seguridad jurídica de las personas; cuando se demande una presunta **antinomia entre normas de rango infraconstitucional deberá acudir al recurso de anulación u objetivo como el mecanismo jurisdiccional ordinario pertinente e idóneo propio de la jurisdicción contencioso administrativa** para atender dicha problemática ... Al constituirse esta regla en criterio interpretativo de la Constitución que precautela la materialización de la igualdad material y formal, debido proceso, y seguridad jurídica, evitando la superposición entre mecanismos jurisdiccionales previstos en la Constitución, esta regla tendrá efecto para todos aquellos casos que presenten identidad en la pretensión, es decir en el patrón fáctico aquí detallado”³⁵.*

Resulta evidente, entonces, que la Actora planteó la acción en base a una errada interpretación de las normas infraconstitucionales que ha citado, sin hacer un ejercicio de las reglas hermenéuticas de la literalidad e integralidad previstas en el precepto 427 de la CRE, así como tampoco realizó una adecuada interpretación en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos humanos y que mejor respete la voluntad del constituyente; por la claridad del texto, el Tribunal considera que la petición fue planteada por la Legitimada

³⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Quito D.M., mayo 16 del 2013, sentencia número 0016-13-SEP-CC, caso número 1000-12-EP, acción extraordinaria de protección.

activa contrariando normas expresas, circunstancia por la que se devienen en improcedente el recurso de apelación formulado, debiendo el Tribunal confirmar la sentencia impugnada.

Finalmente, en aplicación de los artículos 174 inciso segundo de la CRE y 23 inciso segundo de la LOGJCC, dada la señalada desnaturalización de la acción de protección y los errores hermenéuticos precitados, que evidencian una conducta de la parte accionante, al haber actuado en contra de normativa expresa, correspondería condenarle al pago de costas procesales en favor del Estado ecuatoriano, según el artículo 12 del COFJ, así como el Reglamento de la materia publicada en el Registro Oficial número 821 del 18 de agosto del 2016, mas por la naturaleza de la garantía jurisdiccional y por ser la presunta afectada una mujer, pese a que no se halla en un grupo de atención prioritaria, pero fundamentalmente en reconocimiento de la prerrogativa que le otorga el derecho de acceso a la administración de justicia y a la consiguiente tutela judicial efectiva, no se le condena.

IV. Sentencia

Por los antecedentes y consideraciones anotados, este Tribunal Constitucional de segunda instancia, en uso de las atribuciones constitucionales y legales conferidas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, resuelve:**

4.1) Rechazar el recurso de apelación deducido por la legitimada activa, señora **Meneses Álvarez Sara**, por improcedente; y, por ende, confirmar la sentencia proferida en primer nivel, en cuanto rechaza la acción de protección, pero en base al discernimiento aquí efectuado.

4.2) De conformidad con el precepto 86.5 de la CRE legalizado en el 25 de la LOGJCC, dentro del término de tres días contados a partir de su ejecutoria, remítase una copia certificada de la sentencia a la Corte Constitucional, para el efecto allí señalado.

4.3) En consideración a lo resuelto, no se ordena la reparación integral, material e inmaterial, ni se especifica e individualiza las obligaciones positivas y negativas, a cargo del destinatario de la acción judicial -por no haber-, ni las circunstancias en que deben cumplirse, como mandan los preceptos 86.3 de la CRE y 18 de la LOGJCC; y,

4.4) El señor Actuario ponga esta sentencia en conocimiento de los Legitimados involucrados. Una vez que cause ejecutoria, devuelva el expediente de primer nivel a la Unidad Judicial de origen para los fines de Ley; y, lo actuado en esta instancia envíe al Archivo Central local, conforme el "*Protocolo Genérico de Manejo Documental y Archivístico para las Unidades Judiciales*".

f.f.f.) Dr. César Audberto Granizo Montalvo, Dr. Ricardo Amable Araujo Coba y Dr. David Alvarez Vásquez. JUECES PROVINCIALES. A continuación siguen las notificaciones: En Ambato, viernes catorce de agosto del dos mil veinte, a partir de las catorce horas y cuatro minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA que antecede a: MENESES ALVAREZ SARA en el correo electrónico capomo6036@gmail.com,

cinthys88@hotmail.com, smenesesalvarez@yahoo.es, en el casillero electrónico No. 0501553093 del Dr./Ab. CARLOS HERNAN POVEDA MORENO. DIRECTOR REGIONAL DE CHIMBORAZO DE LA PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO HOLGUIN BUCHELI LEONOR HELENA en el correo electrónico secretaria_general@pge.gob.ec; en la casilla No. 47 y correo electrónico holguinb.leonor.dra.1988@gmail.com, marco.proanio@pge.gob.ec, alexandra.mogrovejo@pge.gob.ec, leonor.holguin@pge.gob.ec, omilan13@hotmail.com, fj-chimborazo@pge.gob.ec, hcamino@pge.gob.ec, jimera@pge.gob.ec, jacintomeravela@yahoo.es, jmeravela@yahoo.es, cargua@pge.ec, avillegas@pge.gob.ec, eviera@pge.gob.ec, en el casillero electrónico No. 1801335520 del Dr./Ab. LEONOR HELENA HOLGUIN BUCHELI; JOSHUA ISRAEL CULCAY DELEGADO DIRECTOR DE SALUD en la casilla No. 58 y correo electrónico ceguaman@gmail.com, cguaman@defensoria.gob.ec, en el casillero electrónico No. 1803461894 del Dr./Ab. GUAMÁN SUPE CARLOS EFRAIN; en la casilla No. 81 y correo electrónico fernandogalarzal_@hotmail.com, en el casillero electrónico No. 1802180826 del Dr./Ab. CARLOS FERNANDO GALARZA LOPEZ. Certifico: f) Dr. Marco Ramos Real, Secretario

CERTIFICO: Que la copia que antecede guarda conformidad con el original que consta en la ACCIÓN DE PROTECCIÓN No. **18111-2020-00028** que sigue SARA MENESES ALVAREZ en contra del SEÑOR DIRECTOR REGIONAL DE CHIMBORAZO DE LA PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO LEONOR HELENA HOLGUIN BUCHELI, JOSHUA ISRAEL CULCAY DELEGADO DIRECTOR DE SALUD, la misma que se encuentra Ejecutoriada por el Ministerio de la Ley. Ambato, 07 de Septiembre del 2020.

Dr. Marco Ramos Real
SECRETARIO RELATOR