



Juicio No. 16171-2021-00008

JUEZ PONENTE:MASSON FIALLOS TANIA PATRICIA, JUEZA PROVINCIAL

AUTOR/A:MASSON FIALLOS TANIA PATRICIA

SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE PASTAZA. Pastaza,
viernes 2 de julio del 2021, a las 14h55.

VISTOS: El Tribunal de Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, conformado por los doctores Juan Sailema, Bolívar Torres y Tania Massón (ponente) Jueces Provinciales, emiten la presente sentencia de la garantía jurisdiccional de acción de protección No 16171-2021-00008, considerando:

I.- ANTECEDENTES RELEVANTES:

1.1.- En primera Instancia:

1.- El señor Ibert Johan Avila Hernández, autodefinido como afro ecuatoriano, presenta una acción de protección en contra del Ministerio de Salud, en las personas del Dr. Mauro Antonio Falconí en calidad de Ministro, el Dr. Héctor Pulgar Haro, Coordinador Zonal 3 del Ministerio de Salud, el especialista Omar David Espinoza Sarango en calidad de Director Distrital 16D02 ARAJUNO SALUD y el analista de Talento Humano del distrito Ing. Henry Iván Cabello, contándose con la Procuraduría General del Estado. El legitimado activo Ibert Johan Avila Hernández poseía un contrato de servicios profesionales en calidad de enfermero desde el año 2017, siendo sucesiva esta modalidad contractual en los años 2018, 2019, 2020 y hasta el 28 de febrero del 2021, que fue notificado por medio del sistema QUIPUX el Memorando Nro. MSP-CZ3-DDS16DS02-THD-2021-0041-M donde terminaban su relación laboral. El 01 de marzo del 2021, ocupan su puesto el señor Jefferson Edgar Pazmiño Aranda.

2.- Expresa la vulneración del derecho a la seguridad jurídica, ya que la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, Registro Oficial No 229 el 22 de junio del 2020, en su artículo 25 expresa la estabilidad de trabajadores de la salud que atendieron a pacientes COVID, adicional que los precedentes jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional establecen que los contratos de servicios ocasionales son temporales y si superan su vigencia y única renovación por doce meses es una forma de precarización laboral, adicional liga este derecho al principio de confianza legítima descrito en el artículo 22 del Código Orgánico Administrativo, ya que la entidad pública es la encargada de realizar los concursos de méritos y oposición y no lo realizó condición única para desvincularlo. El derecho al trabajo, ya que no podía terminarse una relación laboral puesto que no existía un ganador de concurso, y este método de contratación se convirtió en precarización laboral, adicional que cumplía la excepción normativa por laborar en pandemia COVID 19, y esto no ha permitido que genere sus fuentes de ingresos para su familia, afirma que se ha vulnerado su derecho a un trato igualitario en su dimensión formal, ya que a los demás funcionarios que se encontraban laborando en el distrito

de salud en condiciones iguales que el accionante no se les desvinculo y siguen con renovaciones de su contrato de servicios ocasionales, y que su puesto fue llenado el 01 de marzo del 2021 por el señor Jefferson Edgar Pazmiño Aranda, asumiendo que la necesidad de esta partida existe, al ser afro ecuatoriano se engloba en las categorías sospechosas ya que no existe una justificación objetiva y razonable para ese trato diferenciado con el accionante, alega la vulneración del debido proceso en la garantía de la motivación del Memorando Nro. Memorando Nro. MSP-CZ3-DDS16DS02-THD-2021-0041-M de fecha 29 de febrero del 2021, argumentando insuficiente motivación.

3.- Solicita se acepte la acción de protección, se declare la vulneración a los derechos constitucionales a la seguridad jurídica en relación al principio de confianza legítima, el derecho al trabajo, derecho al debido proceso en la garantía de la motivación, derecho a la igualdad formal, material y no discriminación, se ordene las medidas de reparación integral que correspondan. Como elementos probatorios adjunta el mecanizado de los aportes al IESS del accionante, Memorando Nro. MSP-CZ3-DDS16D02-2021-0044-M, Memorando Nro. MSP-CZ3-DDS16D02-THD-2021-0041-M, Memorando Nro. MSP-dnth-2021-0007-E, Memorando Nro. MSP-CZ3-DDS16D02-2021-0291-M, certificado de Pastoral Juvenil Afro, Certificado del Vicariato Apostólico de Esmeraldas, Certificado de Auto identificación de pueblos y nacionalidades, documentos del sistema de la Dirección Nacional de Vigilancia Epidemiológica, listado de campaña búsqueda activa covid 19, reconocimientos como mejor enfermero de la Dirección Distrital 16D02, fotografías de toma de muestra covid 19. Posteriormente incorporan el Acuerdo Ministerial Nro. MDT-2020-232 del Ministro de Trabajo, sobre la norma técnica para la aplicación de los concursos de méritos y oposición dispuestos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID 19, Informe Técnico No 0009 de fecha 10 de enero del 2021, aprobado por el Especialista Omar David Espinoza Sarango Director Distrital 16d02 Arajuno Salud.

4.- El Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, asume su competencia por prevención y el juez ponente Dr. Patricio Jinés emite el auto de admisión de la garantía jurisdiccional de conocimiento, enviando a citar a los legitimados pasivos, así como a la Procuraduría General del Estado delegación Chimborazo. La audiencia en primera instancia se desarrolló el 03 de junio del 2021, donde los legitimados pasivos representados por el Ab. Jair Flavio Real Gaibor, expresa que no se ha vulnerado ningún derecho constitucional y que la terminación de su relación laboral, se dio por ser contratos de servicios ocasionales que no generan estabilidad, no se ha discriminado al legitimado activo y posee los canales legales para realizarlo como es el Ministerio de Trabajo, el acto administrativo está motivado y que el legitimado activo sabía que el contrato de servicios ocasionales poseía una finalización, sobre la Ley de Apoyo Humanitario afirma que no puede ejecutarse sino existe presupuesto. El Dr. Juan Carlos Cantos López en representación de la Procuraduría General del Estado, expresa que para aplicación de la Ley Humanitaria, deberá definir las necesidades de contingente de talento humano de conformidad con la planificación territorial, criterios técnicos y

racionalización del personal, para que mediante concurso de méritos y oposición de manera paulatina se cumpla la norma legal, solicitando se rechace la acción de protección. En audiencia de fecha 04 de junio del 2021, el juez ponente expresa la decisión que ha llegado el tribunal A quo, siendo apelada oralmente por el Ab. Jair Flavio Real Gaibor Defensor de los accionados.

5.- El 11 de junio del 2021, a las 10h46, el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza emite sentencia declarando que existe la vulneración de derechos constitucionales, aceptando la acción de protección como reparación integral dejan sin efecto el acto vulnerador de derechos, el reintegro del accionante al puesto de trabajo, cancelación de las remuneraciones y demás beneficios legales, publicación de la sentencia y capacitación al Departamento de Talento Humano del Distrito 16D02 Arajuno Salud, sobre la aplicación de Ley Orgánica de Apoyo Humanitario. El 17 de junio del 2021, el tribunal A quo al existir una apelación oral por parte de los legitimados pasivos, admite la misma y dispone que se envíe el expediente a la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia.

1.2.- En segunda instancia:

6.- El 25 de junio del 2021, se sortea la causa correspondiendo a los doctores Juan Sailema, Bolivar Torres y Tania Massón (ponente) conformar el tribunal de apelación, el 28 de junio del 2021 la jueza ponente avoca conocimiento de esta garantía jurisdiccional; y, en aplicación del artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, dispone pasen los autos para su resolución.

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

7.- Esta Sala tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso interpuesto al amparo del artículo 86 de la Constitución de la República del Ecuador, en su numeral 3, inciso 2º y 76.7 literal m ibídem y de los artículos 168.1, 24 y 4.8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; en concordancia con el artículo 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial. En virtud del sorteo electrónico realizado, asumimos nuestra competencia por prevención, correspondiendo al Tribunal conformado por los doctores Juan Sailema, Bolivar Torres; y, Tania Massón (ponente), jueces provinciales de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza.

III.- VALIDEZ DEL PROCESO:

8.- El artículo 86 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 17 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, obliga a los jueces analizar, de oficio o a petición de parte, la validez procesal, antes de resolver sobre lo principal del litigio. La presente garantía jurisdiccional ha observado los derechos de protección constantes en la norma constitucional, además de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, se ha cumplido con el procedimiento establecido para

las garantías jurisdiccionales y los precedentes constitucionales obligatorios emitidos en las distintas sentencias de la Corte Constitucional, aplicando los artículos 76 y 86 de la Constitución de la República, 8.1 de la Convención Americana, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; por lo que el proceso es válido.

IV.- ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y RECURSO DE APELACIÓN

9.- La acción de protección tiene como objeto *“el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá imponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial...”*^[1]; para que proceda debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional^[2], con lo enunciado procedemos a examinar en el caso sub júdice, si los hechos corresponden a vulneraciones de derechos constitucionales como primer requisito de procedencia.

10.- En primera instancia el Tribunal A quo, ha considerado en sentencia que se han vulnerado derechos constitucionales a la seguridad jurídica en lo que respecta al artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitaria, el derecho al trabajo que al terminar la relación laboral sin acatar la Ley Humanitaria están vulnerando sus derechos constitucionales. Los accionados en su apelación oral han mencionado no estar conformes con la decisión, sin que exista una fundamentación de su argumento, en tal sentido procederemos verificar las vulneraciones alegadas por el accionante, con lo descrito por los accionados y los elementos fácticos, jurídicos y probatorios desarrollados en primera instancia en esta garantía jurisdiccional.

11.- Los problemas jurídicos a tratar son: a) El accionar de los legitimados pasivos vulnera el derecho a la seguridad jurídica descrita en el artículo 82 de la Constitución de la República del señor Ibert Johan Avila Hernández al terminar su relación laboral sin considerar que sus contratos de servicios ocasionales eran sucesivos y superaban el tiempo legal correspondiente, además se enmarca en la excepción normativa descrita en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, b) Se vulnera el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación el acto administrativo Memorando Nro. MSP-CZ3-DDS16D02-THD-2021-0041-M, de fecha 27 de febrero del 2021, suscrito por Ing. Henry Ivan Cabello, Analista distrital de talento humano, donde le notifican la terminación de su relación laboral, c) Las actuaciones de los legitimados pasivos vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación del señor Ibert Johan Avila Hernández, al desvincularle sin considerar que laboró en pandemia con pacientes COVID 19, además que es afro ecuatoriano; d) Con el acto administrativo emitido por la accionada viola el derecho al trabajo del señor Ibert Johan Avila Hernández.

a) Vulneración del derecho a la seguridad jurídica:

12.- La autoridad pública que emite actos administrativos, lo hace de una manera unilateral perturbando a terceros, y debe respetar la Constitución y la existencia de normas jurídicas

previas, claras, públicas, siendo un derecho de protección a la **seguridad jurídica**, entendido *“como el derecho a contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente que le permita al individuo tener una noción razonable de las reglas del juego que le serán aplicadas”*^[3], este derecho comprende un *“ámbito de certidumbre como uno de previsibilidad. El primero se refiere a brindar certeza al individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente y por autoridad competente para evitar la arbitrariedad; y, el segundo deberá ser aplicado e interpretado en el futuro”* ^[4].

13.- El ordenamiento jurídico debe ser estrictamente observado por las autoridades públicas, eso conlleva a brindar la certeza al administrado que su situación jurídica no se modificará más que por procedimientos regulares previamente establecidos con ellos se evita arbitrariedades, el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario^[5], establece una excepcionalidad normativa para los trabajadores de la salud que hayan laborado en pandemia COVID; y, en su disposición transitoria novena^[6] del mismo cuerpo legal, dispone el tiempo en que deben ejecutarse los concursos públicos de méritos y oposición para otorgar los nombramientos definitivos; adicional que la Norma Técnica para la aplicación de los concursos de mérito y oposición dispuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario expedido mediante Acuerdo No MDT-2020-232 del Ministro de Trabajo, en su artículo 4.2 describe el procedimiento. Los accionados argumentan que al no cumplirse con el artículo 228 de la Constitución de la República es decir un concurso de méritos y oposición no posee estabilidad en el servicio público.

14.- Al revisar la certidumbre el accionante ingresa a laborar en el Distrito de Salud 16D02 Arajuno, enero de 2018, laborando en pandemia COVID conforme la prueba documental adjuntada desde foja 12 a 23 del expediente de primera instancia, es decir que la excepción normativa constante en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario está vigente y el accionante tenía conocimiento que era beneficiario de la excepcionalidad normativa, que generaría estabilidad en sus funciones *“previo el concurso de méritos y oposición”*, y que se debería realizar en el plazo máximo de seis meses, al iniciar su trabajo en enero 2018, cubriendo su modo de contratación como es servicios ocasionales, además tenía conocimiento de la norma técnica que rige para estos concursos, que deben ser ejecutados por la institución y no por el accionante, correspondiendo una omisión que genere la terminación de una relación laboral que no corresponde a la norma legal y vulnera derechos constitucionales.

15.- Sobre la previsibilidad donde se protege las legítimas expectativas de como el derecho deberá ser aplicado e interpretado en el futuro, debiendo diferenciarlos entre *“quienes tienen una mera expectativa, una expectativa legítima o un derecho adquirido como resultado de un concurso de méritos y oposición”* ^[7], la legítima expectativa de ocupar un cargo público para el cual participaron y ganaron y una vez nombrados adquieren el derecho de estabilidad del cargo, la *“legítima expectativa, a diferencia de la mera expectativa, implica que la persona se encuentra en una posición jurídica en la que ha reunido las condiciones para el ejercicio de un cargo público, aunque aún estén pendientes actuaciones posteriores que formalicen la*

titularidad de dicho cargo”; y, la “mera expectativa de ocupar el cargo público en cuestión puesto que el posible nombramiento al cargo estará sujeto a circunstancias y condiciones posteriores que implican modificaciones a situaciones jurídicas” [8], en el caso tenemos que el derecho adquirido se manifiesta una vez declarado ganador del concurso conforme lo establece el artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario y la Corte Constitucional en el fallo anteriormente descrito, en tal sentido la accionante tiene una mera expectativa de ocupar el cargo público, pero tienen la posibilidad de participar en el concurso que se efectúan por la excepción normativa descrita en el artículo 25 y disposición transitoria novena de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, en ese momento se generarían la estabilidad, debiendo la autoridad actuar con la “certidumbre y previsibilidad. El primero se refiere a brindar certeza al individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente y por autoridad competente para evitar la arbitrariedad”.

16.- En el caso el legitimado activo se encontraba en una excepcionalidad normativa al haber laborado en pandemia COVID, y no se revisó correctamente por parte de la entidad la misma, además que los contratos de servicios ocasionales al *“responder a una necesidad institucional temporal y excepcional, la Corte Constitucional ha sostenido que mantener al trabajador bajo esta modalidad por un tiempo indefinido pasado el año, da a entender que la necesidad institucional ya no es temporal, sino permanente”*^[9], considerando una forma de precarización laboral ya que el inicio de su contratación ocasional se efectuó en enero del 2018 y su culminación en febrero de 2021, es decir tres años un mes convirtiéndose en necesidad permanente de la institución, concluyendo que debían llamarle a participar en el concurso correspondiente, conforme lo dispone la norma legal correspondiente y no desvincularle de la institución.

17.- La Corte Constitucional ha *“señalado que los fundamentos relacionados únicamente con la falta o errónea aplicación o interpretación de normas infra constitucionales constituyen un asunto de legalidad que es de competencia privativa de la justicia ordinaria, de acuerdo a la materia e instancia de que se trate, y como tal dicha fundamentación no puede ser discutida en sede constitucional”* ^[10], en el caso sub júdice esta acción trata de derechos constitucionales, ya que el accionado conocía que al cumplir con los requisitos propuestos por la normativa accedería a un concurso por una excepción normativa, la administración debía ejecutar lo mandado por las normas legales, y no terminar su relación laboral conforme se lo realizó, ya que si bien el accionante tenía un contrato de servicios ocasionales, al laborar en el área médica como enfermero y atender directamente pacientes COVID, ingresa en la excepcionalidad normativa, correspondiendo a la justicia constitucional resolverlo, no siendo un asunto de legalidad, adicional que su puesto superó el tiempo legal que debe regir para una contratación ocasional convirtiéndose en permanente, además que en su mismo puesto de trabajo ingreso a laborar otra persona conforme lo afirmado por el accionante, sin que los accionados hayan probado esa afirmación, recordando que la carga de prueba se revierte a los legitimados pasivos, conforme el último inciso del artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Gubernamental.

b.- Sobre el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación:

18.- El artículo 76.7 literal l de la Constitución de la República, menciona que *“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”*, debiendo motivar las resoluciones las autoridades públicas. Procedemos analizar el Memorando Nro. MSP-CZ3-DDS16D02-THD-2021-0041-M, de fecha 27 de febrero del 2021, suscrito por Ing. Henry Ivan Cabello, Analista distrital de talento humano, donde le notifican la terminación de la relación laboral del licenciado Ibert Johan Avila, que refiere la disposición emitida por el Director Distrital 16D02 de Salud Especialista Espinoza Sarango Omar, mediante Memorando Nro. MSP-CZ3-DDS16D02-2021-0291-M, de fecha 27 de febrero del 2021, donde dispone notificar la terminación de los contratos a cuatro personas entre ellos el accionante, vulnera el derecho a la motivación que posee los ciudadanos, considerando que las resoluciones de las autoridades administrativas deben ser motivadas, ya que *“les corresponde respetar el marco normativo legal y constitucional vigente en cada caso identificándolo y garantizando que sea aplicando en la resolución de los asuntos puestos a su consideración, así como asegurar que los derechos de las partes sean observadas a lo largo de todo proceso”* ^[11], para que un acto administrativo este motivado, las autoridades deben enunciar las normas que sustentan su decisión, además de la explicación de la pertinencia de estas normas en los hechos del caso, con esto se permite al ciudadano conocer las razones por que la autoridad llegó a determinada conclusión.

19.- La Corte Interamericana de derechos humanos respecto a la motivación ha señalado que *“es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”* ^[12], en nuestro país los derechos de protección establece el debido proceso y dentro de ellos se encuentra la motivación, siendo una obligación de las autoridades públicas motivar sus decisiones y actos de administración, ya que esto permite a los ciudadanos conocer los fundamentos que llevan emitir una resolución en el ámbito de sus competencias.

20.- La obligación de motivación de las autoridades públicas, debe *“guardar la debida relación entre los alegatos vertidos por las partes, los antecedentes de hecho extraídos de las alegaciones de las partes y las normas jurídicas aplicadas en el caso concreto, sobre las que también se fundamentó su pertinencia para el caso concreto”* ^[13], el Memorando Nro. MSP-CZ3-DDS16D02-THD-2021-0041-M, de fecha 27 de febrero del 2021, suscrito por Ing. Henry Ivan Cabello, Analista distrital de talento humano, donde le notifican la terminación de la relación laboral del licenciado Ibert Johan Avila, que refiere la disposición emitida por el Director Distrital 16D02 de Salud Especialista Espinoza Sarango Omar, mediante Memorando Nro. MSP-CZ3-DDS16D02-2021-0291-M, de fecha 27 de febrero del 2021, que dispone notificar la terminación de los contratos a cuatro personas entre ellos el accionante, comunicación dirigida hacia la recurrente, y consta de antecedentes donde describe el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas en sus artículos 115 y 178, comunicando que el 28 de febrero del 2021 se da por concluido su relación laboral, por poseer contratos de servicios ocasionales, agradeciendo los servicios prestados y solicitándole realice lo

correspondiente para la terminación laboral.

21.- El accionante argumenta una insuficiente motivación del acto administrativo, aplicado “*cuando se incumplen criterios que nacen de la propia Constitución al punto que no permiten su comprensión efectiva*” ^[14], de la revisión de documento se tiene que la modalidad de contratación era por medio de servicios ocasionales describiendo los artículos 115 y 178 del Código Orgánico de Planificación y finanzas públicas que trata sobre la certificación presupuestaria y las sanciones por comprometer recursos públicos sin certificación presupuestaria, y enuncia el Memorando de disposición del Director Distrital y procede notificarle la terminación de su relación laboral concluyendo su contrato de servicios ocasionales.

22.- Sobre la excepción normativa prevista en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, cuya vigencia es desde el 22 de junio del 2020, el memorando analizado no expresa ningún razonamiento, pese a que la relación laboral era desde el 2018 y posteriormente entró en vigencia esta norma y debía explicarse las razones de la terminación de su relación laboral, ya que el accionante era o no beneficiario de esta excepción normativa, constituyéndose en una insuficiente motivación del acto administrativo.

23.- De lo expresado se concluye que la autoridad administrativa en el acto administrativo Memorando Nro. MSP-CZ3-DDS16D02-THD-2021-0041-M, de fecha 27 de febrero del 2021, suscrito por Ing. Henry Ivan Cabello, Analista distrital de talento humano, donde le notifican la terminación de la relación laboral del licenciado Ibert Johan Avila, que refiere la disposición emitida por el Director Distrital 16D02 de Salud Especialista Espinoza Sarango Omar, mediante Memorando Nro. MSP-CZ3-DDS16D02-2021-0291-M, de fecha 27 de febrero del 2021, donde dispone notificar la terminación de los contratos a cuatro personas entre ellos el accionante, vulnera el derecho a la motivación que posee los ciudadanos, al no encontrarse motivados, ya que no se explicó al legitimado activo sobre si por su condición de enfermero que atiende pacientes COVID en esta pandemia conforme la prueba documental constante en fojas 12 a 23 del expediente de primera instancia, puede acceder a la excepción normativa descrita en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, se debía dar una explicación clara de la decisión tomada por los legitimados pasivos, además menciona las normas jurídicas aplicadas es decir la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y realizar un razonamiento lógico de cada punto es decir los contratos ocasionales, partida presupuestaria y si la recurrente ingresa a la excepción normativa o no para que “*aplicados en su conjunto, a partir de los cuales, una vez identificados será posible realizar un juicio a cada caso concreto para verificar, de acuerdo a sus criterios, si se garantizó o no la motivación*”^[15], concluyendo este tribunal de apelación que la comunicación de la autoridad administrativa no se encuentra motivada tanto la emitida por el analista de talento humano como la disposición del Director Distrital.

c) Vulneran el derecho a la igualdad y no discriminación:

24.- El derecho a la **igualdad**, en su dimensión formal y material y la prohibición de discriminación, descrito en el artículo 66.4 de la Constitución de la República, “*constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos*”^[16], que afecta a la dignidad humana, sin que se pueda ejecutar acciones directas o indirectas tanto jurídicas como fácticas que generen discriminación, “*frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; a que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación*”^[17]. Las categorías sospechosas^[18], en los grupos que se encuentran protegidos en el artículo 11.2 de la Constitución de la República^[19], ya ha sido revisada por la Corte Constitucional manifestando que “*quien acude a estas categorías o factores sospechosos para establecer diferencias en el trato, se presume que ha incurrido en una conducta arbitraria*”^[20], catalogándoles como inconstitucionales, a menos que se demuestre lo contrario, revertiendo la carga argumentativa y probatorio a los accionados quienes deben justificar que el trato diferente, es razonable y proporcional, y “*solo una justificación razonable exige a quienes hayan establecido distinciones, de la responsabilidad de que pueda imputarse un tratamiento discriminatorio*”^[21].

25.-El principio de igualdad y no discriminación, ha configurado elementos para que se establezca el trato discriminatorio, siendo el primero la comparabilidad ya que debe existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones, el accionante se autodefinido como afro ecuatoriano; adjuntando certificaciones constantes en fojas 10 y 11 del expediente de primera instancia, afirma que en su reemplazo está el señor Jefferson Edgar Pazmiño Aranda, afirmación que no ha sido desvirtuada por los legitimados pasivos, además en foja 94 del expediente consta un distributivo de personal del Distrito de salud 16D02 Arajuno, donde existen 3 personas más con el cargo de enfermeros 3 y con contrato de servicios ocasionales con igual remuneración, evidenciando el segundo elemento de discriminación, constatando un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas ejemplificativamente en el artículo 11.2 de la Constitución de la República que son categorías sospechosas y la verificación del resultado, ese trato diferenciado fue discriminatorio ya que se menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos^[22], por ser afro ecuatoriano, ya que la administración debió analizar individualmente los casos de los enfermeros que procedían con la excepción normativa, haciendo constar en la nómina al legitimado activo para que proceda al concurso y no terminarle su relación laboral, conforme ha expresado la recurrente.

26.- No se ha justificado las razones que motivaron a culminar su relación laboral, ya que si bien poseía contrato por servicios ocasionales desde el 2018, la Institución sabía que el legitimado activo es afro ecuatoriano y que laboró en la pandemia COVID 19, atendiendo pacientes con esa sintomatología conforme se ha probado en esta causa, y era su obligación revisar su caso, admitiéndose el criterio sospechoso de su terminación laboral por ser afro ecuatoriano para incorporar en su puesto de trabajo al señor Pazmiño Aranda Jefferson Edgar, constituyéndose en un trato arbitrario^[23] e inconstitucional^[24], vulnerando derechos

humanos, al separarle de la institución por un comportamiento discriminatorio directo^[25] y prejuicioso, al ser afro ecuatoriano y haber laborado en pandemia y con pacientes con sintomatología de COVID. La discriminación directa *“se materializa en aquellos casos en los que existe un trato desfavorable en perjuicio de una persona frente a otra, en circunstancias comparables”* ^[26], en este caso el señor Pazmiño Aranda Jefferson Edgar, posee las mismas circunstancias que el accionante pero le desvincularon para que ingrese el señor Pazmiño Jefferson concluyendo en un perjuicio hacia el legitimado activo por su condición de afro americano, ya que la necesidad de su puesto subsiste en el Distrito de Salud 16D02 Arajuno.

d) Vulneración del derecho al trabajo:

27.- El **derecho al trabajo**, que es parte del buen vivir de las personas descrito en el artículo 33 de la Constitución, considerado como un derecho económico y deber social, fuente de realización permanente que garantiza la dignidad y vida decorosa y justa de los ciudadanos, concordante con el artículo 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde *“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”*, este condiciona varias garantías estatales cuyo eje fundamental es el respeto a la dignidad de las personas trabajadoras, una vida decorosa, remuneración justa, desempeño en un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado. Este derecho no es absoluto, ya que *“de su naturaleza y de las repercusiones sociales de su ejercicio, se desprenden las limitaciones que la sujetan a prescripciones de carácter genera establecidas por el legislador en el ordenamiento jurídico vigente y a restricciones de índole concreta por parte de las autoridades administrativas”* ^[27]

.

28.- En el caso sub júdice, el legitimado activo ha mencionado que se vulnera su derecho al trabajo ya que se terminó su relación laboral que mantenía por un contrato ocasional desde enero 2018 y cumplía con todos los requisitos legales para acceder al servicio público, los legitimados pasivos argumentan que no se le ha vulnerado el derecho a trabajo ya que es un contrato de servicios ocasionales y no genera estabilidad.

29.- Sobre la estabilidad laboral considerada a los funcionarios públicos como una *“garantía para la permanencia en el puesto de trabajo, no es absoluta debido a que puede ser limitada si ocurren condiciones previstas legalmente que permitan la desvinculación del personal. Dicho en otras palabras, se garantiza que las autoridades nominadoras actúen conforme previsiones legales y constitucionales para la permanencia en el puesto de trabajo de los funcionarios y que los motivos para proceder con su separación no sean arbitrarios, sino que corresponda causales justificadas para el efecto”*^[28]; ya que *“la estabilidad, por lo que se aprecia que la misma solo podría materializarse a través de un nombramiento provisional que garantice la estabilidad de la accionante hasta la realización del respectivo concurso de méritos y oposición para cubrir la vacante, concurso en el que la accionante puede participar”*^[29], y ante la excepción normativa antes descrita se tiene una consideración especial por la pandemia COVID 19, y su trabajo realizado en este tiempo de restricción y

confinamiento mundial, no posee una estabilidad laboral pero si una legítima expectativa de participar en el concurso y eso se debe respetar por parte de la administración, ya que si bien posee un contrato de servicios ocasionales que no genera estabilidad y puede terminarse en cualquier momento, pero ante la descripción de la Ley de Apoyo Humanitario el personal de salud que atiende pacientes COVID, debe considerarse en esta excepción normativa, conforme lo explicamos en el párrafo 17 de esta sentencia.

30.- El segundo requisito de procedibilidad de la acción de protección tiene que ver con la especificación del mandato constitucional respecto de que la violación del derecho necesariamente debe ser el resultado de la acción u omisión de autoridad pública no judicial, el acto administrativo fue generado por una autoridad pública como es el Director Distrital de Salud 16D02 Arajuno quien dispuso la culminación de la relación laboral hacia el legitimado activo, al analista de talento humano de ese distrito quien instrumento la misma.

31.- El tercer requisito de procedibilidad de la acción de protección, es determinar que el derecho concreto violentado se pueda remediar por medio de esta garantía jurisdiccional y no tenga en el ordenamiento jurídico una garantía especial. En el caso sub júdice se trata de derechos constitucionales como igualdad y no discriminación (artículo 66.4 de la Constitución de la República), adicional al principio de igualdad descrito en el artículo 11.2 ibídem al ser una persona autodefinida como afro ecuatoriana, a la seguridad jurídica (artículo 82 CRE), a la motivación del acto administrativo (artículo 76.7 literal l ibídem) el mecanismo eficaz para tutelar de una manera efectiva es la garantía jurisdiccional de acción de protección. El legitimado activo en su demanda ha declarado que no ha presentado otra garantía jurisdiccional sobre los mismos hechos fácticos, siendo un requisito de procedencia en la presente garantía jurisdiccional. Al no ser un aspecto de mera legalidad sino vulneraciones de derechos se considera que la acción de protección es la más adecuada para reparar dicha vulneración.

V. DECISIÓN:

Por todo lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, el tribunal de Sala resuelve:

1. Negar el recurso de apelación presentado por los legitimados pasivos.
- 2.- Confirmar la sentencia de fecha 11 de junio del 2021, a las 10h46, emitido por el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza.
- 3.- Cúmplase con lo que establece los artículos 86.5 de la Constitución de la Republica y 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y remítase la presente resolución a la Corte Constitucional; y, a la señora secretaria proceda a notificar esta sentencia en legal forma. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**

1. [^] *Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No 449, publicado el 20 de octubre del 2008, artículo 88.*
2. [^] *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial 2do. S. 52, publicado el 22 de octubre del 2009, artículo 40.1. 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.*
3. [^] *Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 0989-11-EP/20, 10 de septiembre de 2019.*
4. [^] *Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 26-18-IN/20, 28 de octubre de 2020, párr. 100.*
5. [^] *Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, “Art. 25.- Estabilidad de trabajadores de la salud.- Como excepción, y por esta ocasión, los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19) con un contrato ocasional o nombramiento provisional en cualquier cargo en algún centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud (RIPS) y sus respectivas redes complementarias, previo el concurso de méritos y oposición, se los declarará ganadores del respectivo concurso público, y en consecuencia se procederá con el otorgamiento inmediato del nombramiento definitivo”.*
6. [^] *Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, “Disposición Transitoria Novena: Los concursos públicos de méritos y oposición para otorgar los nombramientos definitivos a los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19) en cualquier centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud (RIPS), se los realizará en el plazo máximo de seis meses a partir de la entrada en vigencia de esta Ley. Los méritos tendrán un puntaje de 50% que se asignarán con el título debidamente registrado en la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología, e Innovación para los perfiles que se apliquen. En el caso de los trabajadores de la salud el puntaje se basará en los requisitos previos a su contratación. La oposición tendrá un puntaje de 50% que será asignado con la presentación notariada del contrato ocasional o nombramiento provisional vigente en la Red Integral Pública de Salud (RIPS). Los nombramientos definitivos se entregarán de manera inmediata”.*
7. [^] *Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 25-19-CN/19, 18 de diciembre de 2019, párr. 23.*
8. [^] *Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 25-19-CN/19, 18 de diciembre de 2019, párr. 23 y 24.*
9. [^] *Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 048-17-SEP-CC, No 3-19-JP/20, 5 de Agosto de 2020, párr. 171.*
10. [^] *Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 1032-14-EP/19, 18 de diciembre de 2019, párr. 32; No 307-10-EP/19, 09 de junio de 2019.*
11. [^] *Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 637-15-EP/20, 18 de noviembre del 2020, párr.24.*

12. [^] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 21 de noviembre de 2007, serie C No 170, párr.107.
13. [^] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 778-16-EP/20, párr.33.
14. [^] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 540-16-EP/21, 3 de marzo del 2021, párr.46. Sentencia No 1679-12-EP/20, párr. 44, Sentencia No 1236-14-EP/20, párr. 19, Sentencia No 1320-13-EP/20, párr. 39 y Sentencia No 2067-15-EP/20.
15. [^] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No 280-13-EP/19, párr. 28.
16. [^] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 1894-10-JP/20, 04 de marzo de 2020.
17. [^] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 79.
18. [^] Corte Constitucional, Sentencia No 080-13-SEP-CC, Las categorías sospechosas: son aquellas categorías utilizadas para realizar tratos “diferentes” respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables y proporcionales, cuyo uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a colocar en situaciones de desventaja o desprotección a grupos de personas generalmente marginados y que sin ser taxativos, se encuentran contenidos en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República.
19. [^] Constitución de la República del Ecuador, artículo 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 2.-Todas las personas son iguales y gozaran de los mismo derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.
20. [^] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 080-13-SEP-CC.
21. [^] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 080-13-SEP-CC.
22. [^] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No 61-09-IN/10. R.O.E.C 7 de junio del 2019.
23. [^] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 004-18-SEP-CC, caso No 0664-14-EP, del 3 de enero de 2018.
24. [^] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 292-16-SEP-CC, “Significa que una distinción en ese sentido tendrá sobre si la necesidad de sobrepasar una presunción de inconstitucionalidad que deberá ser desvirtuada por quien tenga intereses en la utilización de dicha diferencia, demostrando que la misma busca la realización de un fin constitucionalmente valioso y que tal diferenciación resulta en medio adecuado para conseguirlo”
25. [^] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 1894-10-JP/20, párr. 52.
“discriminación indirecta se materializa en aquellos casos en los que existe un trato

desfavorable en perjuicio de una persona frente a otra, en circunstancias comparables. En este sentido, la práctica o norma aplicada al caso bajo estudio implicaría consecuencias jurídicas distintas para dos personas que se encuentran en una situación análoga”.

26. [^] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 1894-10-JP/20, párr. 53.

27. [^] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 26-18-IN/20, 28 de octubre del 2020, párr. 127.

28. [^] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No 26-18-IN/20, 28 de octubre del 2020, párr. 129.

29. [^] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No 23 11 1S/19, del 11 de diciembre del 2019.

MASSON FIALLOS TANIA PATRICIA

JUEZA PROVINCIAL(PONENTE)

SAILEMA ARMIJO JUAN GIOVANI

JUEZ PROVINCIAL

TORRES ORTIZ BOLÍVAR ENRIQUE

JUEZ PROVINCIAL