

Juicio No. 03281-2021- 00565.



**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA:**

**JUEZ PROVINCIAL PONENTE: DR. JOSE FRANCISCO URGILES CAMPOS.**

**CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE CAÑAR. SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE CAÑAR.** Azogues, martes 23 de noviembre del 2021, las 13h01, VISTOS.- La institución demandada, el Ministerio de Salud a través del Director Distrital de Salud 03D03 La Troncal, doctor Waldo Ortega González, inconforme con la sentencia que pronuncia el Juez de la Unidad Judicial Multicompetente de lo Penal con sede en el cantón La Troncal, doctor Mendoza Peñafiel Wilson Francisco, en la Acción de Protección de Derechos Constitucionales que sigue Marcia Beatriz Macancela Orellana en contra del Ministerio de Salud Pública del Ecuador, representada por la señora Ministra Dra. Ximena Garzón Villalba, y del Director Distrital de Salud 03D03 La Troncal, doctor Waldo Ortega González, interpone recurso de apelación, sentencia en la que el juzgador aquo declara con lugar la Acción de Protección, vulnerados los derechos de la accionante en la seguridad jurídica, el derecho a la igualdad y no discriminación, al trabajo y a la vida digna, disponiendo el cumplimiento inmediato de lo establecido en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, para combatir la Crisis derivada del COVID 19, para lo cual los accionados impulsarán todas las acciones tendientes para su cumplimiento. Radicada la competencia en este Tribunal parte integrante de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, conforme ordena la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y llegado el momento para resolver, se hacen las siguientes consideraciones:

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

SEGUNDO.- Este Tribunal tiene jurisdicción y competencia para conocer la presente acción, de conformidad a lo que ordena tanto el Art. 86 numeral 3 inciso segundo de la CRE, y el numeral 8 del Art. 4 de la ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional

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

CUARTO.- El Ministerio de Salud Pública, a través de su abogado ha impugnado la resolución del juez aquo, por lo que se admite la misma en esta instancia.

La apelación es un medio impugnativo ordinario a través del cual una de las partes o ambas, solicitan a un tribunal de segundo grado (adquen) examine una resolución dictada dentro de un proceso (materia judicanti) por el juez que

conoce de primera instancia (aquo) expresando sus incomodidades al momento de interponer ( agravios), con la finalidad de que el superior jerárquico, una vez que las analice y sin que pueda suplir sus deficiencias, corrija sus defectos (errores in procedendo), modificándola o revocándola.

QUINTO.- A fs 12 de los autos comparece: Lcda. Marcia Beatriz Macancela Orellana, quien luego de entregar sus generales de ley, deducen Acción de Protección de Derechos Constitucionales en contra del Ministerio de Salud de la República del Ecuador, representada legalmente por la doctora Ximena Garzón Villalba, Ministra de Salud del Ecuador; además en contra de la Dirección Distrital 03D3 Salud La Troncal, en la persona del doctor Waldo Ortega González, Pide se cuente con la Procuraduría General del Estado. En lo que se relaciona a la descripción de los hechos violatorios de derechos constitucionales, dice que la compareciente es profesional de la salud, en su condición de Enfermera 3, y vienen laborando desde el 01 de junio del 2016, como servidor público 5, en el Distrito 03D03 La Troncal- Salud, bajo la modalidad de nombramiento provisional, y lo hace hasta la presente fecha. Que, durante este lapso han prestado sus servicios en forma eficiente, ante el azote de la pandemia del Corona Virus que enfrenta el mundo entero. Sostiene que el artículo 1 de la Ley de Apoyo Humanitario, prescribe que el objeto de esta ley, es establecer medidas de apoyo humanitario necesarias para enfrentar las consecuencias derivadas de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid 19, a través de medidas tendientes a mitigar sus efectos adversos dentro del territorio ecuatoriano. Adiciona que el artículo 25 de la Ley Humanitaria, dispone la estabilidad de los trabajadores de la salud, y la transitoria novena que, en cambio prescribe la forma como se cumplirá con la estabilidad de los funcionarios y trabajadores de la salud. Sin embargo dice el recurrente hasta la fecha en que presenta esta acción, por parte del Ministerio de Salud, ni del distrito se les ha notificado con la convocatoria a ningún concurso de méritos y oposición como ordena la ley humanitaria, y recuerdan que el artículo 2 del acuerdo ministerial No. MDT-2020- 232, señala que el ámbito de aplicación de la presente norma es obligatoria para las instituciones que pertenecen a la Red de Salud Pública. Insisten en que no se les ha notificado del inicio de ningún concurso, por lo tanto se ha irrespetado la ley. Que, con esta actuar omitiendo el cumplimiento de la ley se han violado derechos de rango constitucional- Reiteran que los concursos de méritos y oposición debían realizarse hasta el 22 de diciembre del 2020, pero al contrario de aquello, ni siquiera se les dio a conocer el cronograma en el que se establezca fechas y formas para acceder al concurso. Los derechos vulnerados de orden constitucional son el derecho al trabajo, al derecho a la igualdad formal y a la igualdad material y no discriminación, el derecho al debido proceso en la garantía del cumplimiento de normas y derechos de las partes, el derecho a la seguridad jurídica. La petición concreta es que luego del trámite pertinente en sentencia se declare que los accionados han violentado derechos de orden constitucional al trabajo, a la igualdad, a la seguridad jurídica, al debido proceso, y que se ordene en reparación integral que, el Ministerio de Salud en forma inmediata realice los trámites necesarios tendientes a la convocatoria al concurso de méritos y oposición, concurso en el que resultarán ganadoras, y se le conceda el nombramiento definitivo, como ordena la ley de apoyo humanitario. Declaran que no han presentado ninguna otra acción de la misma naturaleza, por los

2 dsj.



mismos hechos y contra las mismas personas. Presentan los documentos que consideran como elementos probatorios que demuestran la existencia de actos u omisiones que dan como resultado derechos violados de rango constitucional. Indican en dónde, cómo y quién citará a los accionados, para finalmente autorizar a profesional del derecho que asume la defensa de sus intereses.

Admitida a trámite la demanda, citados los demandados y notificada la Procuraduría General del Estado, se fija día y hora para el cumplimiento de la audiencia pública. En la misma y concedida la palabra al legitimado activo, comparece el abogado Cristián David Alverca Ordóñez, y se ratifica en lo expuesto en el escrito de proposición, esto es que la accionante, ha laborado para el Ministerio de Salud desde 2016 como enfermera; es decir desde antes de conocer de la pandemia del Corona Virus para el Ministerio de Salud en el Distrito de La Troncal, a través de nombramiento provisional. Que, su labor ha cumplido a cabalidad sobre todo durante la pandemia, si bien es cierto los primeros meses tuvo permiso por lactancia materna, regresó en el mes de Julio del 2020, tiene derecho a lo que manda la Ley Humanitaria. En esta diligencia dice presentar tres informes con los cuales demuestra que en los meses de julio, agosto y septiembre del 2021 cifras de vacunación, con lo cual se justifica que ha trabajado en forma directa. Relieva que, hay informes de consta de autos en los que hay participación directa de la accionante en la lucha en contra de la pandemia, tanto en los años 2020 y 2021, más lamentablemente no hay la correspondencia, pues el Ministerio no ha cumplido con lo que manda la Ley Humanitaria, específicamente los artículos 25 y la disposición transitoria novena que, dispone como excepción que las personas que hayan trabajado en la emergencia sanitaria como premio, como recompensa, se les declarará ganadores de concursos de méritos y oposición, con ello dice, con esta omisión se han violentado derechos de orden Constitucional. Es esto lo que hace que concurra y denuncia que se han violentado derechos como al trabajo, a la seguridad jurídica, a la no discriminación, a la igualdad, por lo que pide al juzgador lo declare y como reparación integral se ordene el cumplimiento de lo manda la Ley Humanitaria.

A nombre del Ministerio de Salud el abogado Edison Idrovo Palomeque, manifiesta que para que se pueda entablar una Acción de Protección, deben cumplirse ciertos presupuestos, esto es el artículo 88 de la CRE y 39 de la Ley de Garantías Constitucionales y Control Constitucional. Sostiene que no todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional, aquello en tanto se pide la aplicación de una norma infra constitucional, específicamente lo que manda el artículo 25 de la Ley Humanitaria. Para deducir una acción de protección se requieren que se cumplan con tres requisitos: a) Violación de un Derecho Constitucional; b) Acción u omisión de autoridad pública; y, c) Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuada y eficaz para proteger el derecho violado. Hace mención a que la legitimada activa cumple funciones administrativas, se refiere a informes de carácter netamente administrativos. Menciona que hay una certificación que emite el Ing. Jhonnathan Quevedo, por el cual se indica que en el período de la pandemia la Lcda Macancela, solicitó acogerse a teletrabajo. Que, la legitimada activa es especialista de prevención y

control bajo la modalidad de nombramiento provisional, desde junio del 2016, por lo tanto manifiesta que la accionante no cumplió funciones operativas que hicieron los que sí brindaron atenciones directas a pacientes de Covid. Hace mención que hay solicitudes de jueces que han pedido a la Corte Constitucional del Ecuador se declare la inconstitucionalidad de la Ley Humanitaria. Menciona lo que prescribe la LOSEP en su artículo 65 que refiere que el ingreso y ascenso en el servicio público es a través de concurso de méritos y oposición. Lo mismo prescribe el artículo 228 de la CRE. Manifiesta que hay múltiples acciones de protección basadas en el artículo 25 de la Ley Humanitaria, mas esta ley da lugar a que participen solo los profesionales de la salud que han laborado durante la emergencia sanitaria, dejando al lado a otros profesionales que aspiran ingresar. Hay una sentencia de la Corte Constitucional, que declara la inconstitucionalidad de esa norma, se refiere al artículo 25. Pide que se desestime la presente acción.

La abogada Ruth Averos, a nombre de la Procuraduría General del Estado, manifiesta que se allana a todo lo expuesto por el abogado del Ministerio de Salud Pública, esto es que no se han vulnerado derechos de rango constitucional de la legitimada activa. Añade que la acción de protección acorde a lo que ordena el artículo 88 de la CRE, tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, estos presupuestos no están presentes en el presente caso. La actora pide que se aplique el artículo 25 de la Ley Humanitaria, que dispone que las instituciones de la Red Pública de Salud, entregarán nombramientos a profesionales de la salud que atendieron a pacientes de Covid en la emergencia sanitaria. Pero el artículo 10 del Reglamento a la mentada ley, establece que los subsistemas de salud, deberán definir las necesidades del contingente de talento humano de acuerdo con la planificación territorial, criterios técnicos y racionalización del personal requerido en los establecimientos de salud. Para el efecto se considerarán a los médicos y aquellos profesionales y trabajadores de la salud, en funciones relacionadas directamente con la atención médica a pacientes con diagnóstico de Covid 19. Por lo tanto los concursos deben ejecutarse en forma paulatina, siempre que los profesionales de la salud sean calificados por el MSP, acorde a las necesidades y sobre todo con la existencia de una partida presupuestaria, conforme manda el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Al haber cumplido funciones administrativas la actora no tiene derecho, no se acredita que tuvo contacto con pacientes con COVID 19. Que, hay ya una sentencia de la Corte Constitucional que declara la inconstitucionalidad del artículo 25 de ley Humanitaria, y está bien, pues dice que hubieron miles de médicos que sí estuvieron en la primera línea y no se les ha tomado en cuenta, y hay caso como los presentes, que no laboraron en forma directa con pacientes Covid, y lo que quiso la ley es premiar a los que trabajaron directamente con pacientes Covid 19. Hace mención a lo que manda el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y que se refieren a la improcedencia, el numeral primero hace referencia a cuando no se ha probado la violación de derecho constitucional alguno.



En la réplica el abogado de la actora menciona que hay informes con los cuales prueba que estuvo relacionada en su trabajo con pacientes Covid. Las demás partes procesales se ratifican en sus posiciones.

En la réplica y contrarréplica las partes afianzan sus posiciones, luego de lo cual se dicta la sentencia motivo del presente recurso.

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

El doctor Luis Cueva Carrión, define a la acción de protección, en su obra ACCION CONSTITUCIONAL ORDINARIA DE PROTECCION, de la siguiente manera: " Es una acción procesal oral, universal, informal, sumaria que, ampara y garantiza judicialmente, en forma directa y eficaz, los derechos constitucionales, los derechos conexos definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos cuando fueren vulnerados por actos u omisiones de autoridad pública no judicial, por políticas públicas y por personas particulares". En el contexto de la definición que realiza el maestro Cueva Carrión, encontramos algunas características: a) Es pública y tutelar; b) Es una acción universal; c) Es una acción informal; d) Es una acción inmediata, directa y el trámite debe poseer celeridad; e) Procesalmente tiene preferencia; f) No es subsidiaria; g) Es sumaria y oral; g) Acción reparadora o preventiva de derechos constitucionales, h) Es una acción Intercultural".

La acción de protección, se instituyó exclusivamente para la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales de una persona, pero cuando ellos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de autoridad pública, o de particulares si la violación provoca daño grave; por lo

tanto, no cualquier violación de derecho constitucional por parte de persona particular da lugar a acción de protección, sino un daño grave. En el caso que nos ocupa la accionante sostiene haber laborado para el Ministerio de Salud Pública, como enfermera desde el 2016 en el Centro de Salud de la ciudad de La Troncal, y si bien sostiene que algunos días del año 2020, hizo teletrabajo, desde julio de ese año se reintegró a trabajo presencial, y sostiene que laboró en casos directos de pandemia del Covid 19. Los accionados en cambio manifiestan que su labor en el 2020 no fue presencial, y lo que hizo fue trabajo administrativo.

SÉPTIMO.- Previo al análisis de lo expuesto por el accionante y los accionados, es necesario referirnos a la génesis del reclamo, esto es la forma como estuvieron relacionados la legitimada activa con el Ministerio de Salud Pública del Ecuador. La actora tiene nombramiento provisional como enfermera en el Centro de Salud de La Troncal. Labora desde 2016, es decir mucho tiempo antes de la pandemia de La Troncal. Constan de autos el nombramiento provisional. La demandada sostiene que la señora Lcda Macancela siempre ha trabajado en forma administrativa en el Centro de Salud de La Troncal, por lo tanto no afrontó en forma directa con atención a pacientes durante el lapso de la emergencia sanitaria.

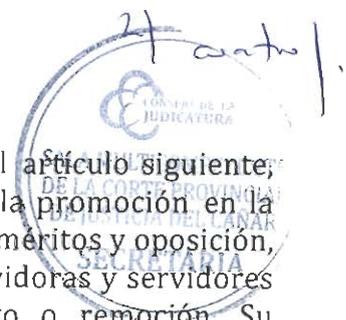
Hay una serie de documentos por los cuales se demuestra que se hicieron visitas a casos específicos de COVID, y la elaboración del informe lo hizo lo hicieron entre otros la Lcda Macancela, pero los mismos son del año 2021. Hay también otros como los que consta de 75 en adelante suscrita por la Lcda Marcia Macancela de 10 de octubre del 2020, otro de mayo del 2020, con lo que se demuestra que la accionante, responsable de la estrategia de inmunización Distrito de Salud 03D03 La Troncal, si laboró en el año 2020 durante la emergencia sanitaria, en labores que coadyuvaban a controlar el Virus, no necesariamente con atención a pacientes, pues al parecer estaba en estado de gestación y luego de lactancia, pero coordinó a través de teletrabajo o trabajo presencial actividades necesarias para cuidar de la población.

El abogado del Ministerio de Salud al contestar la demanda no niega el trabajo del demandante durante la pandemia, lo que sostiene es que laboró en trabajos administrativos y que, el artículo 10 del Reglamento a la Ley humanitaria, hace una distinción para ser beneficiario de lo que ordena la Ley Humanitaria, esto es el haber atendido, trabajado directamente con enfermos de COVID 19, ellos si tienen derechos, los demás no. Insistimos hay documentación con la cual se demuestra que la Lcda Macancela participó activamente en reuniones, en sesiones propiciadas por el Ministerio de Salud tendientes a conocer, diagnosticar y planificar la lucha contra este mal como es el Coronavirus, trabajos muy necesarios, pues no solamente es laudable y loable la misión del médico, de la enfermera que atiende directamente al paciente, sino también el de los administradores que, a través de estrategias, compromisos, decisiones colaboraron para cuidar de la población, y este trabajo lo hizo la accionante.

El artículo 227 de la CRE, prescribe que, la administración pública constituye un servicio a la colectividad, que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación,

participación, planificación, transparencia y evaluación". El artículo siguiente dispone que: "el ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento o remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora". Siendo este el marco general de la forma como se ingresa al servicio público, la Ley Orgánica del Servicio Público, conocida como la LOSEP, en su artículo 17 norma las clases de nombramientos, cuando dice: " para el ejercicio de la función pública, los nombramientos podrán ser: a) permanentes.....[...]; b) Provisionales, aquellos que se expiden para ocupar: b.1.- El puesto de un servidor que ha sido suspendido en sus funciones o destituido, hasta que se produzca el fallo de la Sala de lo Contencioso- Administrativo u otra instancia competente para el efecto; b.2) El puesto de una servidora o servidor que se hallare en goce de licencia sin remuneración. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada licencia; b.3) Para ocupar el puesto de la servidora o servidor que se encuentre en comisión de servicios sin remuneración o vacante. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada comisión; b.4) Quienes ocupen puestos dentro de la escala de nivel jerárquico superior; b.5) De prueba, otorgado a la servidora o servidor que ingresa a la administración pública o a quienes fuere ascendido durante el período de prueba." De lo transcrito se infiere que hay casos específicos en los que se puede optar por nombramiento provisional, no en todos como generalmente se acostumbra en la administración pública. Pero la Administración Pública también puede optar por Contratos de Servicios Ocasionales, y es el artículo 58 de la LOSEP, el que regla este tipo de convenios, cuando dice: " La suscripción de contratos de servicios ocasionales será autorizada por la autoridad nominadora, para satisfacer necesidades institucionales, previo el informe de la unidad de administración de talento humano, siempre que exista la partida presupuestaria y la disponibilidad de los recursos económicos para este fin". De lo transcrito se infiere que puede la administración pública tener funcionarios públicos con nombramiento definitivo, con nombramiento provisional y con contrato ocasional de servicios, y otros especiales. No es la oportunidad para un análisis exhaustivo de los mismos.

El artículo 82 de la CRE, señala: " El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes" Refiriéndose a la seguridad jurídica la Corte Constitucional en sentencia No. 224-12-SR-CC, Caso No. 1863-10 EP, dice: " Dentro de ese enfoque de garantismo procesal, conviene precisar que la garantía del debido proceso consolida a su vez la seguridad jurídica, que constituye elemento esencial y patrimonio común de la cultura del Estado de Derechos y Justicia; garantiza la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y a la ley; es la confiabilidad en el orden jurídico, la certeza sobre el derecho escrito y vigente, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica. Las constituciones de nuestros países garantizan la seguridad jurídica a través de algunas concreciones, como el principio de la legalidad y el debido proceso". En suma la seguridad jurídica ha de entenderse en la certeza que tienen los



ciudadanos de la existencia de una norma, y que por lo tanto las actuaciones de las autoridades y subordinados será en respeto estricto a lo que ella dispone. Hay una confianza de que se actuará conforme a lo que ordenan las leyes. La seguridad jurídica ha considerado la Corte Constitucional como el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana, por lo tanto los actos que emanan de las autoridades públicas, deben contener una argumentación respecto al tema puesto a conocimiento, además debe ser claro, preciso, sujetándose a las atribuciones que les concede la ley. En este sentido la ley y la CRE, dispone y obliga que para ingresar al servicio público, se lo hará por concurso público de méritos y oposición, es la única forma para poder ingresar es a través del concurso. Es necesario aclarar que la Constitución siendo la norma marco, las normas de inferior jerarquía deben estar acorde a lo que ella dispone.

La Lcda Macancela demuestra que, trabajó durante la emergencia por la pandemia del Covid 19, en el Centro de Salud de La Troncal, en labores propias de su contratación como enfermera, y obviamente en labores del combate al Coronavirus.

Cuando las autoridades de la Organización Mundial de la Salud, declararon al COVID 19, pandemia, las autoridades nacionales pertinentes declararon emergencia de salud, dispusieron y ordenaron la atención prioritaria a los pacientes con este mal, tanto desde el punto de vista económico, dictando medidas que se consideraron necesarias, pero por sobre todo poniendo a disposición todo el personal de salud, pues se convirtió en pandemia mundial, que amenazaba a toda población del orbe, pasando por lo tanto los médicos, profesionales, y trabajadores que laboran en el área de la salud a jugar un papel protagónico para hacer frente. En este marco referencial, para remediar en algo la situación de la población, y de paso por la loable y laudable acción de los médicos y trabajadores de la Salud, se promulgó en el Ecuador la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del Covid 19, que se lo conoce como Ley Humanitaria.

El artículo 25 de la ley en cita, dice textualmente lo que sigue: " Estabilidad de los 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 con un contrato ocasional o nombramiento provisional en cualquier cargo 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". La norma es clara, no se refiere o no legisla únicamente para profesionales de la salud, sino para trabajadores de la salud; es decir, abarca una gama de personal que laboró durante la emergencia sanitaria.

El artículo 86 numeral 3 de la CRE, cuando regula disposiciones comunes para las acciones de Garantías Jurisdiccionales, dice lo que sigue: "Las garantías jurisdiccionales, se regirán en general por las siguientes disposiciones: 3.- Presentada la acción, la jueza o juez, convocará inmediatamente a una audiencia, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los



fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información....[...]" El artículo 16 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone en idéntica forma a lo anotado, por lo tanto no es materia de controversia la relación laboral de la accionante con el Ministerio de Salud.

El artículo 228 de la CRE, prescribe que, el ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa, se realizará mediante concurso de méritos y oposición en la forma que determine la ley; por lo tanto, el ingresar al servicio público sin concurso de méritos y oposición como determina la ley humanitaria, efectivamente es una excepción, insistimos el espíritu de la norma del artículo 25 de la Ley humanitaria, es reconocer el esfuerzo, la dedicación de profesionales y trabajadores de la salud durante el auge de la pandemia en el Ecuador, o durante la emergencia sanitaria que fue desde el 17 de marzo al 13 de septiembre del 2020. En la transitoria novena del cuerpo de leyes que estamos citando, se dispone la forma como se hará efectivo el artículo 25, cuando dice:" - 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".

Ahora bien, al responder a la presente acción el Ministerio de Salud, no desconoce que la accionante, haya trabajado en la emergencia sanitaria, sino más bien sostiene que hay normas dictadas por el Ministerio de Trabajo, de carácter obligatorio, por las cuales cuando no hay una partida presupuestaria definitiva como en el caso de contrato de nombramientos provisionales, primeramente hay que crearlo, y luego convocar a concurso de méritos y oposición. Es decir esperar un trámite que, a lo mejor la administración no va a cumplir. Que, también se han dictado normas que tienen que ver con la necesidad del personal, que los concursos van a ser por fases, etc, cuando todo aquello no consta en la norma, finalmente el abogado del ministerio de salud, considera que el artículo 25 de la Ley Humanitaria es inconstitucional, particular éste que se conoce se ha demandado en la Corte Constitucional, sin que hasta el momento haya pronunciamiento, por lo tanto la ley humanitaria es ley obligatoria.

Reiteramos el artículo 25 de la Ley Humanitaria, dice: - "Como excepción, y por esta ocasión, los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus con un contrato ocasional o nombramiento provisional en cualquier cargo en un centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud". De lo transcrito se

infiere que la norma no es únicamente para los profesionales de la Salud, sino también para los que no son profesionales de la salud, pero que trabajaron **EN CUALQUIER CARGO** ( lo resaltado del Tribunal) en un centro de atención sanitaria. En el caso que estamos comentando son profesionales de la salud que trabajaron presencialmente durante la emergencia sanitaria.

Al determinarse en la ley la forma como se accede al nombramiento definitivo del personal de salud que trabajó en la pandemia del Covid 19, durante la emergencia sanitaria nacional, considera el Tribunal que no puede establecerse en un reglamento, en acuerdos ministeriales, condiciones, requisitos extras para los concursos, basados éstos en criterios geográficos, que ellos deben realizarse de manera paulatina, por fases, siempre y cuando se requieran profesionales, respaldados en la planificación de talento humano, e incluso de acuerdo a las posibilidades presupuestarias, condiciones que no constan en la ley. Además, tampoco se determina como se ha hecho en resoluciones, en acuerdos, que solamente insistimos tienen derecho quienes hayan atendido casos de Covid. Nos preguntamos, acaso no fueron muy valiosos, los enfermeros, las enfermeras, las auxiliares de enfermería, las choferes de ambulancia, los camilleros, las personas que hacían las pruebas del Covid, las personas que laboraron en la limpieza de los hospitales, los técnicos de atención primaria de salud, etc. No se puede a pretexto de reglamentar, de viabilizar la norma poner condiciones, o, restringir derechos.

La justicia constitucional como se reconoce en la LOGJCC, es una herramienta eficaz e idónea para hacer realidad las exigencias del texto constitucional, para asegurar la vigencia del principio democrático y para controlar eficazmente la actividad de los poderes públicos y de los particulares, reconoce que el fin del Estado y de la organización social es el goce de los derechos de los seres humanos y de la naturaleza, y que para tal efecto, deben existir recursos sencillos y rápidos ante los jueces o tribunales competentes.

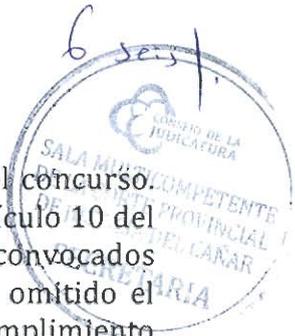
Entre los principios de la justicia constitucional está el de aplicación más favorable a los derechos; y, entre los métodos y reglas de interpretación constitucional, está en primera línea, en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integridad, y en caso de duda en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Ya en el campo de la hermenéutica jurídica el artículo 3 numeral 7 de la LOGJCC, dice lo que sigue: "literal.- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá a su tenor literal,...[...]".

Concretándonos al caso en estudio, el artículo 25 de la Ley Humanitaria, es claro y de fácil comprensión, que está complementado con la transitoria novena, que pone las condiciones para hacerse acreedor de ingresar con nombramiento definitivo a la administración pública en el área de salud. No se puede por lo tanto exigir otras condiciones como las que sostiene el abogado de la Institución demandada, esto es que primeramente se cree una partida presupuestaria definitiva, y luego se empiece con los trámites del concurso, condiciones que a lo mejor en forma deliberada la administración no las cumpliría, justamente con el propósito de violentar derechos de los recurrentes y de miles de profesionales de la salud.

La transitoria novena de la Ley, más bien se refiere al trámite que deben seguir los beneficiarios para hacerse acreedores a la estabilidad, estabilidad que es

6 2021



excepcional, por esta única vez, y la forma como debe realizarse el concurso. No pone condiciones especiales como las que encontramos en el artículo 10 del Reglamento a la misma. Además los concursos debieron ser convocados en seis meses a partir de la vigencia de la ley, particular que ha omitido el Ministerio de Salud, por lo que la presente es por omisión en el cumplimiento de la ley. Es necesario también referirnos que incluso el artículo 10 del Reglamento a la ley, no legisla solo para los profesionales de la Salud, sino también para los trabajadores que han laborado en la pandemia en función directa con la atención médica a pacientes de Covid 19, su último inciso es del texto que sigue: "Para el efecto se considerará a los médicos y aquellos profesionales y trabajadores de la salud, en ambos casos, en funciones relacionadas directamente con la atención médica a pacientes con diagnóstico de COVID19. El Ministerio de Trabajo en coordinación con el Ministerio de Salud Pública como Autoridad Sanitaria Nacional definirán las denominaciones y condiciones de puestos sujetos a este artículo."

OCTAVO.- Este Tribunal en reiteradas resoluciones ha considerado que, el contrato de servicios ocasionales, o los nombramientos provisionales no da estabilidad laboral, y ello lo consigna la LOSEP y su reglamento; más, hay una ley que excepciona por esta vez, como reconocimiento al trabajo en la pandemia de los servidores y trabajadores de la salud, siendo necesario un análisis, si este reclamo da lugar a violaciones de derechos constitucionales. Considera el Tribunal que, Si se ha violentado el derecho al trabajo que, de acuerdo al artículo 33 de la CRE, es un derecho y un deber social, un derecho económico y una fuente de realización personal. El artículo 23 numeral 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que: " 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" El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido como Protocolo de San Salvador, en su artículo 7 literal d) establece " Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo, en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales de manera particular ...d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo a las características de las industrias y profesiones, y con las causas justas de separación. En caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o cualesquiera otra prestación prevista en la legislación nacional" La CRE del Ecuador siguiendo postulados de Convenios, Tratados Internacionales en el inciso segundo del artículo 229, dice en una parte: " Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables". El artículo 326 que norma los principios del derecho laboral, que es conexo a la causa que comentamos, dice en su numeral 2. " El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios. 2.- Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario ". De todo lo expuesto y transcrito se colige que el Ministerio de Salud, ha vulnerado las disposiciones consagradas en los artículos 11.3 y 426 de la CRE, que prescriben que los derechos reconocidos en Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos son de directa

e inmediata aplicación. Insistimos si el Estado consideró que se debía garantizar la permanencia de médicos y trabajadores de la salud que estuvieron en primera línea en el combate en contra del COVID 19, y ello lo consagró en ley, esta pasó a ser erga omnes, de cumplimiento obligatorio, particular que no ha cumplido, poniendo ahora trabas y obstáculos, inclusive y como se advierte de la exposición del abogado del MSP, se pone trabas, del Director Distrital de Salud de La Troncal de no concederles, cuando el accionante trabajó en la emergencia sanitaria. Considera el Tribunal que también se ha lesionado el derecho a la seguridad jurídica, hay normas claras, precisas, previas que no han sido aplicadas por la administración, como hemos advertido, a sabiendas que este principio implica por parte de todos los poderes del Estado y sobre todo de la comunidad una confianza ciega al orden jurídico pre establecido, en la seguridad de que nadie lo va a violentar, en este caso lo que dispone el artículo 25 y la disposición transitoria novena de la Ley Orgánica Humanitaria. El artículo 82 de la CRE, prescribe: "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 autoridades competentes". Incluso el Tribunal considera que con la actuación de las autoridades del Ministerio de Salud, de no aplicar la Ley Humanitaria a favor de las actora, se ha violentado el derecho a la igualdad, pues mientras a otros se les concede este beneficio, a la señorita accionante se le excluye a pesar de haber laborado en la pandemia. La Carta Universal de los Derechos Humanos, proclama "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están en razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". El artículo 2 de esta misma Carta dispone que, somos iguales sin distinción de raza, sexo, religión, opinión política, además que no se hará distinción alguna fundada en condición política, jurídica o internacional del país o territorio". La igualdad de los seres humanos y la no discriminación no sólo son parte de lo que consta en la Carta de las Naciones Unidas, sino en todos los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales, y las Constituciones que se han dictado en el Ecuador.

La discriminación no es más que un trato distinto a una persona con respecto de otra u otras, generando una desventaja, sintiéndose inferiores, sin poder reclamar, lesionando su dignidad de ser humano. La discriminación puede presentarse en diferentes formas, como por ejemplo una discriminación de hecho, cuando se da directamente. Una discriminación de derecho, como cuando la mujer tenía que ser representada por su marido. La discriminación directa cuando se realiza en forma explícita; la indirecta, cuando se disfraza y aparece como una acción neutra. La discriminación en suma es la negación del principio de igualdad, y es uno de los obstáculos para el avance pleno de los derechos humanos.

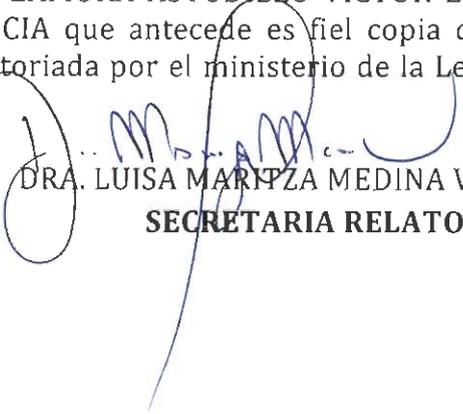
El principio de la igualdad es uno de los valores de mayor trascendencia que se reconoce en la comunidad internacional, y sin lugar a dudas es pilar fundamental en la teoría de los Derechos Humanos. Se puede sintetizar en que se garantiza derechos y se limita privilegios. Las personas no sólo que deben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

El artículo 66 de la CRE, en el numeral 4, dice: "El derecho a la igualdad formal y a la igualdad material sin discriminación". La igualdad formal y conocida también igualdad ante la ley, es diferente a la igualdad material o real. La igualdad formal tiene relación con la garantía de identidad de trato a todos los destinatarios de la norma jurídica, obviamente evitando los privilegios. La igualdad material tiene que ver con la real posición social del individuo a quien va a ser aplicada la ley, con el propósito de evitar injusticias. La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar: "Que, la igualdad no significa una igualdad de trato uniforme, sino más bien un trato igual en situaciones idénticas, y un trato diferente en situaciones diversas". Tomamos para esta resolución lo que es la igualdad formal o ante la ley, que insistimos no es más que la garantía de identidad de trato a todos los destinatarios de la norma jurídica. Es decir, sin discriminación ni privilegios. La doctrina considera a la igualdad formal con un sentido de seguridad jurídica, con igualdad de trato, no se me perjudica, pero tampoco se me beneficia, un trato igual para todos. El recurrente en esta acción, no tuvo un trato igualitario en relación con los demás médicos y trabajadores de salud que fueron contratados durante la pandemia o antes, que sí lograron el beneficio de la estabilidad.

El artículo 424 de la CRE prohíbe cualquier forma de restricción, menos cabo o renuncia de los derechos, procurando restablecer con el derecho la proporcionalidad de las fuerzas y los poderes de decisión y el exceso del poder, siendo toda acción contraria a estos principios un abuso del derecho, con falsas percepciones de legalidad.

Se ha sostenido que la accionante trabajó en el campo administrativo durante la emergencia, particular que no se ha probado en debida forma. Además, de que se ha dictado una sentencia de Inconstitucionalidad del artículo que se invoca se ha incumplido el 25 de la Ley Humanitaria, pero no ha sido promulgada la misma en el Registro Oficial

Se ha justificado la vulneración de derechos constitucionales, al trabajo, a la seguridad jurídica, al trato igualitario y justo de las accionantes, por lo que este Tribunal, parte integrante de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, no admite el recurso de apelación deducido por el Ministerio de Salud Pública, en tanto como hemos analizado si se han violentado derechos de rango constitucional y hasta supra constitucional de la accionante LCDA MACANCELA ORELLANA MARCIA BEATRIZ, por lo que confirma en su integridad la sentencia venida a nuestro conocimiento. Por disposición Constitucional envíese copia de la presente a la Corte Constitucional del Ecuador. Notifíquese y devuélvase. **f) URGILES CAMPOS JOSE FRANCISCO JUEZ (PONENTE), CABRERA ESQUIVEL MANUEL ENRIQUE JUEZ, ZAMORA ASTUDILLO VICTOR ENRIQUE JUEZ.- CERTIFICO:** Que la SENTENCIA que antecede es fiel copia de su original, misma que se encuentra ejecutoriada por el ministerio de la Ley. Azogues, 29 de Noviembre del 2021.

  
DRA. LUISA MARITZA MEDINA VILLARREAL  
**SECRETARIA RELATORA**



