
De: Alicia del Rosario Cango Bermeo
Enviado: jueves, 23 de marzo de 2023 8:48
Para: jairo.cajamarca@saludzona6.gob.ec
Asunto: RV: Juicio No: 01618202100234 Nombre Litigante: COORDINACION ZONAL 6 DEL MINISTERIO DE EDUCACION

Enviado desde [Correo](#) para Windows

De: satje.azuay@funcionjudicial.gob.ec
Enviado: martes, 29 de marzo de 2022 12:12
Para: alicia16ju@hotmail.com
Asunto: Juicio No: 01618202100234 Nombre Litigante: COORDINACION ZONAL 6 DEL MINISTERIO DE EDUCACION

Usted ha recibido una notificación en su casillero electrónico del proceso número 01618202100234

**REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL**

Juicio No: 01618202100234, PRIMERA INSTANCIA, número de ingreso 1
Casillero Judicial No: 0
Casillero Judicial Electrónico No: 1103636922
Fecha de Notificación: 29 de marzo de 2022
A: COORDINACION ZONAL 6 DEL MINISTERIO DE EDUCACION
Dr / Ab: ALICIA DEL ROSARIO CANGO BERMEO

UNIDAD JUDICIAL MULTICOMPETENTE DE NABÓN

En el Juicio No. 01618202100234, hay lo siguiente:

Acción de Protección Nro. 01618202100234.

Partes procesales. – La acción ha sido propuesta por:

Actora. – Dra. Ana Felicita Avilés Carpio.

Demandados. – Se direcciona en contra de:

a. Ministerio de Salud Pública del Ecuador (en adelante MSP), Dra. Ximena Patricia Garzón Villalba, o quien haga sus veces.

b. – Coordinador Zonal 6 del MSP, Dr. Fausto Rubén Idrovo Abril, o quien haga sus veces.

c. – Director Distrital 01D03 del Cantón Santa Isabel, Dr. Marco Orellana Barros o quien haga sus veces.

d. - Máxima Autoridad de la Oficina Técnica Nabón Oña, Mgs. Norma Patricia Criollo Zhagui, o quien haga sus veces.

e. - Institución llamada a intervenir en forma obligatoria: Procuraduría General del Estado (en adelante PGE).

Juez: Paúl Renato Serrano Vallejo.

VISTOS: Evacuada la diligencia de audiencia oral y pública, en la cual las partes fueron notificadas con la sentencia oral acorde al Artículo 14 inciso tercero de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC), en cumplimiento a lo que manda el Artículo 17 Ídem, se procede a emitir la presente sentencia motivada en los siguientes términos:

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: Quien suscribe posee jurisdicción y competencia para conocer, tramitar y resolver esta garantía jurisdiccional fundamentado en los Arts. 167, 178.3, 86.2 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); Art. 7, 9.a de la LOGJCC; en calidad de Juez titular único de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón Nabón, mediante acción de personal Nro. 1309-2021-UTHA-PV emitida por el Sr. Director del Consejo de la Judicatura del Azuay; en atención a lo que mandan los Artículos 244 y 245 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ); y, en virtud de las resoluciones 185-2014; y, 182-2017 aprobadas por el Pleno del Consejo de la Judicatura.

2. VALIDEZ PROCESAL: La presente causa ha sido tramitada de acuerdo con el Artículo 14 de la LOGJCC, respetando los derechos de protección contenidos en los literales a, b, c y h del numeral 7 del Art. 76 de la CRE y en los Arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin que haya existido privación del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; el despacho se aseguró que las partes cuenten con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa, fueron escuchados en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, presentaron de forma verbal y escrita las razones o argumentos de los que se creyeron asistidos y replicaron los argumentos de las otras partes; presentaron pruebas y contradijeron las que se presentaron por sus contrarios.

2.1. El despacho respetó las garantías y los principios y procedimiento previstos en las normas invocadas, sin que exista omisión de tutela de derechos y garantías que hayan provocado indefensión, o presencia de actos o vicios que ataquen a la validez procesal dando cabida a alguna nulidad que infiera en la decisión de la causa puesta a conocimiento, por tanto, el procedimiento es válido.

2.2. Se destaca que la comparecencia de la parte accionante y de PGE fue realizada por vía telemática, para ello se autorizó formalmente en autos que sea por esos medios; y, se garantizó que de forma real las partes intervinientes puedan ejercer la acción y contradicción en intermediación, visualizando, escuchando e interviniendo por video y audio con fidelidad, sin interrupciones ni angustia al patrocinio y defensa.

2.3. La audiencia fue instalada el 22 de diciembre del 2021 a las 10h00 conforme consta en autos (razón actuarial a fs. 80 y 80 vuelta), fue suspendida a fin de garantizar la intermediación de la accionante y PGE a los elementos de prueba documental presentados físicamente por los

accionados en la audiencia; y, a fin de que los accionados presenten los elementos probatorios solicitados por la judicatura dando lugar a que estos sean revisados por las partes en forma previa a la reinstalación.

2.4. La audiencia fue reinstalada el 17 de enero del 2022 a las 10h00, comparecieron la accionante y los demandados, no existió comparecencia de PGE pese a su notificación legal en todos los lugares idóneos señalados (escúchese razón de secretaría en audio de reinstalación y las constancias escritas en el cuaderno procesal), su falta de comparecencia no fue óbice para el desarrollo de la audiencia.

2.5. Sobre la tutela judicial efectiva en su segundo componente de plazo razonable (Arts. 75 de la CRE y Art. 22 del COFJ) este despacho explica: A finales de diciembre del 2021 se detectó la presencia de un número importante de peticiones de Fiscalía General del Estado sobre archivo de delitos, entre ellos, de naturaleza sexual, delitos de odio, violencia contra la mujer, los cuales estaban pendientes de pronunciamiento desde meses anteriores al arribo del suscrito como titular de esta judicatura, al ver que razonablemente podían prescribir por el decurso del tiempo, el despacho se vio obligado a concederles prioridad, inclusive, sobre esta naturaleza jurídica.

3. ANTECEDENTES. - Compareció a la administración de justicia la Dra. Ana Felicita Avilés Carpio, médico obstetra, dedujo acción de protección en contra del MSP, Dra. Ximena Patricia Garzón Villalba, Coordinador Zonal 6 del MSP, Dr. Fausto Rubén Idrovo Abril; Director Distrital 01D03 del Cantón Santa Isabel, Dr. Marco Orellana Barros; Máxima Autoridad de la Oficina Técnica Nabón Oña, Mgs. Norma Patricia Criollo Zhagui, solicitó se cuente además con PGE.

3.1. La compareciente en su acción, por escrito indicó respecto a la descripción del acto u omisión violatorio del derecho que produjo el daño y la relación circunstanciada de los hechos. - Ha venido prestado sus servicios laborales para el MSP, desde el mes de septiembre del año 2020 en la Dirección Distrital de Salud 01D03 Girón - Santa Isabel, concretamente en el centro de salud tipo C2 del cantón Nabón, en calidad de Obstetra 1 bajo la modalidad contractual de servicios ocasionales, tal como se puede desprender del certificado emitido por la Dirección Distrital 01D03, suscrito por la Lcda. Sandra Verónica León Quizhpe (administradora técnica del Centro de Salud tipo C2 Nabón).

3.2. Explicó que, como es de conocimiento público en fecha 11 de marzo de 2020, el Director General de la Organización Mundial de la Salud (OMS), calificó el brote del coronavirus (COVID-19) como una pandemia global, es así que, mediante el Acuerdo Ministerial Nro. 00126-2020 de 12 de marzo de 2020 el MSP declaró en Estado de Emergencia Sanitaria al país y el 17 de marzo de 2020 el Presidente de la República, mediante decreto ejecutivo No. 1017 declaró el Estado de Excepción por calamidad pública en todo el territorio nacional del Ecuador por los casos confirmados de coronavirus y el alto riesgo de contagio que el virus representa para la ciudadanía, generando afectación a la salud y a la convivencia pacífica del Estado, decreto que habría sido renovado por tres ocasiones, siendo que, el 21 de abril de 2021, mediante Decreto Ejecutivo No. 1291, nuevamente se declara Estado de Excepción esta vez en 16 provincias del territorio nacional.

3.3. La accionante expuso que ha prestado su contingente durante casi toda la emergencia sanitaria, conforme se puede evidenciar de la documentación adjunta, registrando contacto directo con pacientes con posible diagnóstico de COVID-19, así como pacientes diagnosticados con la enfermedad como se colige del "Informe técnico de atenciones durante la emergencia sanitaria del Coronavirus, atenciones COVID positivo", que fue presentado por la accionante y aprobado por la administradora técnica del centro de salud donde presta sus servicios; informe

del que se desprende que en fecha 16 de abril y el 09 de junio de 2021, se registran atenciones realizadas por la accionante a pacientes infectados con COVID 19.

3.4. Siendo que, en fecha 09 de junio de 2021, el responsable de Vigilancia de Salud Pública: Dr. Lennin Muñoz, certificó que: “[...] la profesional de salud Avilés Carpio con C.1. 0919172098, luego de presentar el informe técnico durante la emergencia sanitaria de coronavirus (COVID 19), atenciones COVID positivo, se encuentran los siguientes casos positivos validos (MIROZAAS y MAISOCQU) por el proceso de vigilancia de salud, en base a los datos recabados en la plataforma COVID19-PCR”. Adjunta el certificado citado, como constancia de lo expuesto, así como copias de los verificables de atención con los nombres de los pacientes debidamente censurados.

3.5. Es así como, frente a esta heroica labor, los agradecimientos no resultaban suficientes, razón por la cual el 22 de junio de 2020, se publica en el Registro Oficial la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario (en adelante LOAH) que tiene por finalidad proteger a los sectores que podrían resultar más vulnerables en el contexto de la pandemia, siendo que, el artículo 25 contiene una medida de acción afirmativa, que se dirige a brindar protección a los servidores de salud, y textualmente manda lo siguiente:

“[...] 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 [...]”.

3.6. Indicó que desde el mes de marzo del año 2020 la accionante ha venido prestando su contingente en actividades y atenciones realizadas a pacientes con sospecha y diagnóstico de COVID-19 (mediante hisopado nasofaríngeo), menciona solo algunas de ellas: A. - 21 de junio de 2021 Visita domiciliaria de seguimiento de posparto a paciente GMJA con diagnóstico de COVID positivo; B. - 15 de septiembre de 2021: Visita domiciliaria para control de embarazo a la paciente ZAMR, con diagnóstico de COVID 19; los anteriores entre otros pacientes con posible diagnóstico de COVID 19, como se desprende de los verificables que según afirma ha adjuntado a la garantía.

3.7. Es así como, en fecha 25 de junio de 2021, procedió a presentar documentación relacionada con la concesión de la referida medida de acción afirmativa para su análisis y validación en la oficina técnica 01D05 Nabón-Oña, sin que hasta la fecha haya recibido respuesta.

3.8. Con la presentación de la documentación en referencia la accionante aspiraba ser considerada para la aplicación de la medida de acción afirmativa contenida en el artículo 25 de la LOAH esto es que, se le convoque a concurso de méritos y oposición, se le declare ganadora de este y en consecuencia se proceda con el otorgamiento inmediato del nombramiento definitivo correspondiente, debiendo indicar que hasta la presente fecha no se le ha concedido el beneficio, a diferencia de sus compañeros.

3.9. Consideró que es importante mencionar que tiene una discapacidad auditiva grave del 50%, conforme se puede desprender de la copia del carné de discapacidad que adjunta; afirmó que la institución tenía conocimiento pleno de dicha condición en tanto, la accionante había

procedido a notificar a la institución previamente, situación que colocaba a la accionante en una condición de vulnerabilidad, y consecuentemente, estaba sujeta a un trato preferente por parte de la institución. Concluyó sus fundamentos de hecho indicando que la omisión vulneradora de sus derechos fundamentales se configura con la falta de aplicación de las medidas de acción afirmativa que les correspondía.

3.10. La accionante identificó los derechos fundamentales que han sido vulnerados por la actuación de la autoridad pública no judicial y los actos que contienen dichas vulneraciones en los siguientes:

A. DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 82 DE LA CRE. – Afirmó que el artículo 82 de la CRE, señala que el derecho fundamental a la seguridad jurídica está relacionado con el cumplimiento y respeto hacia la Constitución y a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

A.1. Aleccionó que la Corte Constitucional respecto a la seguridad jurídica ha señalado que: “[...] Para tener certeza respecto a una aplicación normativa, acorde a la Constitución, se prevé que las normas que formen parte del ordenamiento jurídico se encuentren determinadas previamente; además deben ser claras y públicas; solo de esta manera se logra conformar una certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos que generan la confianza acerca del respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional. Mediante un ejercicio de interpretación integral del texto constitucional se determina que el derecho a la seguridad jurídica es el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos. [...]”.

A.2. En el mismo sentido, en distintos fallos la actual conformación de la Corte Constitucional ha determinado respecto de la seguridad jurídica que: “[...] En cuanto al derecho a la seguridad jurídica reconocido en el artículo 82 de la Constitución de la República, esta Corte ha señalado que éste debe ser 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”. (...) “[...] la seguridad jurídica comprende tanto 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 permite proteger legítimas expectativas respecto de cómo el derecho deberá ser aplicado e interpretado en el futuro. [...]”.

A.3. Afirmó que el derecho a la seguridad jurídica ha sido desarrollado por la Corte Constitucional en dos dimensiones: certeza y previsibilidad conforme la cita realizada; explicó que, hablamos de certeza cuando nos referimos a la posibilidad de modificar una condición jurídica consolidada, únicamente en aplicación expresa de los procedimientos regulares y a través de los conductos previamente establecidos, y que nos referimos a previsibilidad cuando se protege la legítima expectativa de como el derecho será aplicado e interpretado en el futuro.

A.4. Considera que en el caso sub iudice, el principio y derecho fundamental a la seguridad jurídica ha sido vulnerado, toda vez que, se han inobservado normas jurídicas previas, claras y públicas que debieron ser observadas por parte del MSP a fin de hacer efectivas las medidas de acción afirmativa previstas para favorecer a trabajadores y profesionales de la salud; se refiere particularmente a la normativa prevista en: 1) Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria derivada del COVID-19, artículo 25 y, las normas que se derivan de aquella; 2) Precedentes Jurisprudenciales de la Corte Constitucional del Ecuador.

A.5. Con relación a la LOAH para Combatir la Crisis Sanitaria derivada del COVID-19, en el artículo 25 y disposición transitoria novena, textualmente refiere:

“[...] 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 [...]”.

A.6. En lo sustancial, afirmó que el contenido de la norma citada constituye una medida de acción afirmativa y comprende tres cuestiones: La convocatoria a concurso de méritos y oposición; la declaratoria de ganadores del respectivo concurso público; y, el otorgamiento inmediato del nombramiento definitivo.

A.7. Circunstancias que no parecen presentar ninguna particularidad, porque es precisamente aquella la forma en la que se debe proceder en la generalidad de los casos en los que se haya determinado la existencia de una necesidad institucional; sin embargo, las medidas excepcionales, especiales y favorables, contenidas en la normativa previa, clara y pública relacionada, vienen dadas en función de las personas; la forma de evaluación; y, el tiempo.

A.8. Respecto de las personas, se establece que las medidas afirmativas, serán aplicables en principio a los trabajadores y profesionales de la salud que hayan laborado durante la emergencia sanitaria, con nombramientos provisionales o contratos de servicios ocasionales, en cualquier cargo, y en algún centro de atención sanitaria en la Red de Salud Pública cuyas partidas no se encuentren en litigio; y, que hayan prestado su contingente directamente en la atención a pacientes con COVID-19 (artículo 10 del Reglamento General a la LOAH). Sostiene la accionante que ha presentado todos los justificativos que respaldan el cumplimiento de los requisitos referidos, sin que hasta la fecha se haya hecho efectivo el beneficio.

A.9. Respecto a la forma de evaluación, la LOAH en la Disposición Transitoria Novena, establece que, por esta única ocasión, la forma de evaluación será la siguiente: Los méritos tendrán un puntaje de 50% que se asignarán de la siguiente manera: Los profesionales de salud: Con el título debidamente registrado en la secretaria de Educación Superior, Ciencia, Tecnología, e Innovación para los perfiles que se apliquen (certificado adjunto a la demanda). 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 notarizada del contrato ocasional o nombramiento provisional vigente en la Red Integral Pública de Salud (RIPS). Los nombramientos definitivos se entregarán de manera inmediata.

A.10. Respecto al tiempo, en la misma norma citada anteriormente se establece que el procedimiento brevemente referido se llevará a cabo en “el plazo máximo de seis meses a partir de la entrada en vigencia de la Ley”. Siendo que, hasta la fecha, las prerrogativas expuestas que se encontraban contenidas en la norma clara, previa y pública y que debieron ser observadas por la entidad accionada, no se han visto materializadas, consecuentemente, con su omisión, la entidad accionada ha vulnerado el derecho fundamental a la seguridad jurídica de la accionante, y como consecuencia de ello, también otros importantes derechos, como el derecho a la protección de las expectativas legítimas, el derecho a la atención prioritaria y el derecho a la igualdad en su dimensión material.

B. - DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS. – La accionante expuso que, conforme lo ha referido la Corte Constitucional del Ecuador, y como se mencionó en el desarrollo del derecho a la seguridad jurídica, este comprende una doble dimensión, certeza y previsibilidad, siendo que, la dimensión de previsibilidad permite proteger las expectativas legítimas respecto de cómo el derecho deberá ser aplicado e interpretado en el futuro; al respecto invocó la sentencia de la Corte Constitucional No. 081-17-SEP-CC, que establece lo siguiente:

“[...] 21. De lo anterior se desprende que la seguridad jurídica comprende tanto 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 permite proteger legítimas expectativas respecto de cómo el derecho deberá ser aplicado e interpretado en el futuro. [...]”.

B.1. Al respecto, señaló que la Corte Constitucional ha realizado una distinción entre lo que se debe entender como un derecho adquirido, una expectativa legítima y una mera expectativa, así, respecto de los derechos adquiridos, se debe entender, que son aquellas situaciones jurídicas que se encuentran consolidadas; por expectativas legítimas, aquellas situaciones en las que se ha dado cumplimiento cabal a los requisitos necesarios pero sin embargo por alguna razón la situación jurídica no ha logrado consolidarse; y, las meras expectativas que se encuentran en una esfera subjetiva y obedecen a simples aspiraciones del sujeto; siendo que, únicamente las dos primeras se encuentran protegidas por la esfera constitucional.

B.2. Concretamente en el marco de los concursos de méritos y oposición, explicó que la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“[...] 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 [...]”.

B.2.1. En este caso considera importante dilucidar si la accionante tenía una expectativa legítima o una mera expectativa en aplicación de las medidas afirmativas contenidas en el artículo 25 de LOAH, para ello refiere el desarrollo de la Corte Constitucional respecto de los concursos de méritos y oposición en general:

“[...] 23. En el marco de un concurso de méritos y oposición se selecciona a la persona más idónea para ocupar un determinado cargo público. La persona con el puntaje más alto es la ganadora del mismo”.

B.2.2. Siendo que, las personas que decidan participar en el concurso únicamente tienen una mera expectativa de llegar a ser declarados ganadores y de posesionarse en el cargo en cuestión, situación que, sin duda carece de protección constitucional, sin embargo, como lo ha mencionado la misma Corte Constitucional: “[...] 27. (...) pueden existir situaciones en las cuales esta mera expectativa pasa a al ser legítima [...]”.

B.2.3. Afirma que la misma Corte Constitucional ha dicho en definitiva que, para determinar si el participante, ha podido alcanzar una expectativa legítima es necesario dilucidar si ha reunido las condiciones para el ejercicio de un cargo público, aunque aún estén pendientes actuaciones

posteriores que formalicen la titularidad de dicho cargo, caso contrario nos encontraríamos frente a una mera expectativa.

B.3. La compareciente indica que, por regla general, los participantes en un concurso de méritos y oposición únicamente tienen una mera expectativa de llegar a ser designados para ocupar el cargo de manera definitiva, sin embargo, el artículo 25 de la LOAH, crea un escenario excepcional a dicha regla, que permite al grupo de funcionarios referidos en la norma alcanzar una expectativa legítima, en tanto establece que 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, por ese hecho resultan ser las personas más idóneas para ocupar el cargo en forma definitiva, por lo tanto, en el concurso de méritos y oposición que se convoque, se les deberá otorgar el puntaje más alto teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos previos en este caso a la emisión del nombramiento provisional y consecuentemente se los declarará ganadores del respectivo concurso público, debiendo procederse con el otorgamiento inmediato del nombramiento definitivo.

B.4. La accionante considera que evidentemente se trata de un concurso de méritos y posición sui generis, que lleva inmerso para estos funcionarios como lo refieren, la expectativa legítima de que la norma previa, clara y pública sea aplicada e interpretada de modo que, luego de la convocatoria al concurso, en el caso en concreto, la accionante sea declarada ganadora de este y se le otorgue el nombramiento definitivo correspondiente. Este caso estaría entonces, comprendido en aquellas situaciones excepcionales en las que una mera expectativa pasa a ser una expectativa legítima que debe ser protegida constitucionalmente en términos de la Corte Constitucional, consecuentemente, al no haberse considerado a la accionante para la aplicación del beneficio, que le permita alcanzar la obtención del nombramiento definitivo (pese a cumplir con los requisitos necesarios), se ha menoscabado el elemento de previsibilidad del derecho a su derecho fundamental a la seguridad jurídica.

C. DERECHO A LA IGUALDAD EN SU DIMENSIÓN MATERIAL CONTENIDO EN LOS ARTÍCULOS 11 NUMERO 2 Y 66 NÚMERO 4 DE LA CRE. – “[...] La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la igualdad y la consecuente prohibición de realizar distinciones inconstitucionales (..) constituye el pilar sobre el que se asienta la teoría de los derechos constitucionales, como base del Estado de Derecho y, por ende, su consecuente evolución: el Estado Constitucional de Derechos y Justicia [...]”.

C.1. Consideró que el derecho fundamental a la igualdad debe ser analizado desde dos dimensiones, que la Corte Constitucional ha desarrollado de la siguiente manera: a) La dimensión formal, se expresa por la misma Constitución en su artículo 11 número 2, primer inciso, cuando lo define como un principio de aplicación, en el siguiente enunciado: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”. De acuerdo con la Norma Fundamental, entonces, la igualdad formal implica un trato idéntico a sujetos individuales o colectivos que se hallan en la misma situación. b) La dimensión material, en cambio, la enuncia la Constitución en el tercer inciso del número 2 del artículo 11, al señalar: “El Estado adoptará medidas de acción afirmativas que promuevan la igualdad real a favor de todos los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. Esta dimensión del derecho supone en cambio que los sujetos se hallen en condiciones diferentes, por lo que requieran un trato distinto, que permita equiparar el “estatus” de garantía en el goce y ejercicio de sus derechos.”.

C.2. Respecto a la dimensión material del derecho a la igualdad, la Corte Constitucional citando a la Corte de Transición refiere que:

[...] Al respecto, la sentencia No. 027-12-SIN-CC de la Corte Constitucional para el período de transición, en su parte pertinente señala que: Igualdad material, cuya finalidad no es equiparar a todos, sino distinguirlos, a fin de no ocasionar tratos injustos. Para Laura Clérico y Martin Aldao, todas las fórmulas de igualdad encierran algún tipo de comparación que surge del reclamo de trato igualitario, en dos sentidos: 1) Alguien que es tratado en forma diferente que otro, quiere ser tratado de la misma manera porque considera que no hay razones para ser tratado en forma diferente; o 2) alguien que es tratado como otros considera que debe ser tratado en forma diferente porque hay una circunstancia relevante que justifica un trato diferenciado. [...].”

C.3. Por su parte la CRE preceptúa que: “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.

C.4. Entonces, el derecho a la igualdad en su dimensión material, implica la aplicación de medidas de acción afirmativa, que se reflejan en un trato diferenciado a fin de equiparar el estatus jurídico entre dos sujetos o grupos de sujetos que se encuentran en circunstancias diversas y de abierta ventaja de uno frente a otro, así, en el derecho comparado la Corte Constitucional Colombiana, que ha sido uno de los principales referentes para la justicia constitucional ecuatoriana, en torno a lo que debemos entender por igualdad material ha referido:

[...] Para corregir desigualdades de hecho, se encarga al Estado promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En este sentido se deben adoptar medidas en favor de ciertos grupos, y proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de inferioridad manifiesta. (...) “La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad”.

C.5. Luego, la igualdad material supone entonces generar en el sistema jurídico, espacios que prevean y garanticen a quienes se encuentren en condiciones diversas y que requieran una protección especial, en este sentido la misma Corte Constitucional Colombiana refiere:

[...] El derecho a la igualdad impone entonces el deber de no consagrar un igualitarismo jurídico entre quienes se hallan en diversidad de condiciones fácticas, es decir, la obligación de crear un sistema jurídico diferente para quienes se encuentran en desigualdad en los amplios y complejos campos de la vida política, económica, social y cultural”.

C.6. Solicitó se analice la condición de la accionante respecto a dos circunstancias:

C.6.1. Haber laborado en el área de salud (primera línea) durante la pandemia, conforme a la LOAH para combatir la Crisis Sanitaria derivada del COVID 19, que tuvo como principal propósito solventar todas aquellas desigualdades que se generaron en el contexto de la pandemia y en el capítulo III denominado “Medidas para Apoyar la Sostenibilidad del Empleo”, se incluye el artículo 25 que va a establecer medidas de acción afirmativa que permiten equilibrar la brecha diferenciadora generada entre los servidores médicos que laboraron durante la pandemia en primera línea y que se constituyeron en un grupo en situación de riesgo, exponiendo su integridad, salud y hasta su vida, frente a los funcionarios médicos que no tuvieron que hacerlo, así como respecto de los servidores públicos en general; brindándoles estabilidad laboral, previo

ser declarados ganadores de un concurso de méritos y oposición efectuado de forma excepcional.

C.6.2. La accionante al igual que muchos servidores han prestado su contingente durante la emergencia sanitaria provocada por la pandemia mundial, generándose esta referida circunstancia diferenciadora y de abierta desventaja frente a los demás, siendo una realidad lamentable y de conocimiento público que, debido a la exposición muchos servidores de salud han perdido sus vidas a consecuencia de la enfermedad, quedando plenamente justificado el trato diferenciado y preferente con la medida de acción afirmativa contenida en el artículo 25 de la LOAH, que debió ser aplicada de manera irrestricta por parte de las autoridades competentes.

C.6.3. La accionante considera que estos concursos excepcionalísimos en su procedimiento, etapas y evaluación se encontraban plenamente justificados, pues al generarse circunstancias fácticas de desigualdad, la respuesta por parte del Estado debió ser inmediata pero no solo en la formulación de medidas de acción afirmativa, sino fundamentalmente en la ejecución de las mismas. Pretender dar el mismo trato a los funcionarios médicos que laboraron y laboran en las condiciones expuestas que a los demás funcionarios públicos, en la ejecución de los concursos de méritos y oposición, implica el desconocimiento de las medidas afirmativas contenidas en la LOAH vulnerando el derecho a la igualdad material, pues, el mismo sistema jurídico ha generado las condiciones especiales que debieron considerarse.

C.6.4. Hizo referencia a que la Corte Constitucional, ya ha desarrollado una línea jurisprudencial que no resulta nueva para nadie, y que tiene como finalidad proteger a los grupos de atención prioritaria en una relación laboral (en este caso los funcionarios médicos que prestaron su contingente en durante la pandemia, considerados como un grupo en situación de riesgo) que se desprenda de alguna de las modalidades que no genera estabilidad laboral, dotándoles de lo que conocemos como estabilidad laboral reforzada, esto quiere decir, que la tendencia ya se encaminaba a conceder una protección especial que evite al máximo la desvinculación laboral de estos grupos, así:

“[...] La inestabilidad de la relación laboral, que caracteriza a los contratos ocasionales, se relativiza para los miembros de dichos grupos, precisamente porque se entiende que actos permitidos por dicha figura, como la terminación de este tipo de relaciones, podría colocarlos en una situación de vulnerabilidad mayor que al resto de personas, generando una situación discriminatoria. [...]”.

C.6.5. La accionante explica que durante la vigencia de la LOAH, y por lo tanto de las garantías contenidas en la artículo 25 a favor de los servidores de salud que han trabajado durante la pandemia, resulta evidente que la tendencia jurisprudencial de la Corte Constitucional, da cuenta de que, la máxima protección debe ser brindada en un primer momento a las personas que se encuentran dentro de los grupos de atención prioritaria (grupos en situación de riesgo), evitando con el otorgamiento de nombramientos definitivos, que se dé por terminada la relación laboral, lo cual podría colocarlos en un situación de vulnerabilidad mayor que el resto de personas en términos de la propia Corte.

C.6.6. Sobre la segunda circunstancia que pide sea analizada, indica que existe una condición de discapacidad calificada del 50%, siendo preciso analizar la situación particular de la compareciente en tanto como lo refieren en los antecedentes de hecho, adolece de una discapacidad auditiva grave del 50%, debidamente calificada por el MSP, y notificada con anterioridad a la entidad accionada. Respecto de las personas que pertenecen a grupos de

atención prioritaria y en particular a las personas con discapacidad, la Corte Constitucional como máximo órgano intérprete de la Constitución ha desarrollado una línea jurisprudencial bastante amplia, a fin de robustecer las garantías a estos sectores vulnerables, ha referido que:

“[...] la sentencia No. 258-15-SEP-CC dictada por la Corte Constitucional del Ecuador en la cual, se preocupa, entre otros elementos relevantes, por aquellos casos en que las entidades públicas han contratado a personas de grupos de atención prioritaria bajo figuras que no brindan estabilidad, como el contrato ocasional y establece que la forma de equiparar sus derechos laborales y de brindarles igualdad material, es a través del establecimiento de medidas que brinden una especial protección a su favor. (...) pues dada la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran estas personas, el no contar con un trabajo estable incide directamente en una posible afectación a otros derechos constitucionales, lo cual puede provocar una situación de grave riesgo y de afectación a su dignidad humana [...]”.

C.6.7. Indicó que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece el derecho al trabajo en igualdad de condiciones en los siguientes términos:

“[...] Art. 27- Trabajo y empleo: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laboral es que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad.

C.6.8. Explicó que la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad manda:

“[...] Art. 3.- Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen a: 1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad. [...]”.

C.6.9. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la protección especial reconocida a favor de las personas con discapacidad; en su jurisprudencia ha indicado, en el caso *Furlán y familiares vs. Argentina*:

“[...] la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómica. (...) En este sentido, la Corte Interamericana reitera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad titular de una protección especial, razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre como la discapacidad [...]”.

C.6.10. Por su parte la Corte Constitucional del Ecuador en múltiples sentencias ha desarrollado del derecho a la igualdad en su dimensión material, en relación con las personas con discapacidad:

“[...] se evidencian condiciones de desigualdad de la accionante que ameritaban en su caso, al ser una persona con discapacidad, un trato distinto, en la línea de garantizar sus derechos constitucionales, encajando esto en la dimensión material (...) la Constitución de la República, mediante la disposición del artículo 11 numeral 2 garantiza la igualdad material, y contempla diferencias de trato a través de medidas de acción afirmativa, establecidas a favor de individuos que se encuentran en situación distinta, como es el caso de las personas de los grupos de atención prioritaria y, entre ellos, las personas con discapacidad, pues, a todas luces, tal medida se justifica en una causa objetiva y razonable [...]”.

C.6.11. La forma de garantizar una verdadera igualdad entre sujetos que evidentemente presentan condiciones distintas es a través de la aplicación de medidas de acción afirmativa, en el caso que nos ocupa, la condición de discapacidad de la accionante requería la aplicación de acciones afirmativas a fin de evitar que se vulnera su derecho constitucional a la igualdad en la dimensión material; para el caso las acciones afirmativas se encuentran definidas en el artículo 4 de la Ley de Discapacidades:

“Artículo 4.- Toda aquella medida necesaria, proporcional y de aplicación obligatoria cuando se manifieste la condición de desigualdad de la persona con discapacidad en el espacio en que goce y ejerza sus derechos. Artículo 17 para el reconocimiento y ejercicio de derechos (...) se observará la situación real y condición humana de vulnerabilidad en la que se encuentre la persona con discapacidad, y se le garantizará los derechos propios de su situación particular [...]”.

C.6.12. La Constitución de la República por su parte en el artículo 35 coloca a las personas con discapacidad dentro de los grupos de atención prioritaria; así como en el artículo 47 y siguientes Ídem, garantiza la observancia de cada persona con discapacidad a fin de equiparar sus oportunidades y su integración social y específicamente, el derecho al trabajo en condiciones de igualdad con el resto de las personas y con ello pueda alcanzar una igualdad material.

C.6.13. Respecto del trato preferencial que se les debe dar a las personas que pertenecen a los grupos de atención prioritaria y concretamente a las personas discapacitadas, la Corte Constitucional ha referido:

“[...] las personas con discapacidad tienen, entre otros derechos, el de trabajar en condiciones de igualdad de oportunidades, en un marco de estabilidad laboral, que permita alcanzar la realización económica y personal de este grupo de personas con derecho a recibir atención prioritaria [...]”.

C.6.14. Según la accionante, para este caso, para los concursos de méritos y oposición en referencia, no solo que no se han tomado medidas de acción afirmativa con la compareciente tendientes a brindarle un trato preferente frente a los demás, sino que, habiendo presentado en debida forma los justificativos que acreditan el cabal cumplimiento de los requisitos establecidos para la aplicación de la LOAH, no se han tenido en cuenta, prefiriendo a otros funcionarios que no adolecen discapacidad alguna, a quienes a la fecha ya se les ha concedido el beneficio. Es decir, de ninguna manera se ha asegurado un trato distinto y preferente frente a los demás servidores, debido a su discapacidad.

C.7. Como evidencia de lo referido, conforme información tomada de la página oficial del MSP de fecha 5 de octubre de 2021, se refirió lo siguiente:

“[...] La ministra de Salud, Ximena Garzón, aseguró que desde mayo esta administración ha entregado 3.320 nombramientos de los 4.000 previstos hasta octubre (...) Lo hacemos como un acto de justicia. Ustedes arriesgaron su vida para salvar la de los demás, tuvieron que batallar contra un enemigo invisible del que se conocía poco. Mi admiración, respeto y cariño como profesionales de la salud. Se expusieron a muchos riesgos, siempre motivados por un alto sentido de servicio y vocación a los demás, dejando de lado su seguridad por el cuidado de sus pacientes (...) Asimismo, reiteró que el ser una prioridad para el Gobierno del Encuentro, existe el compromiso de que un mayor número de profesionales tengan estabilidad. En noviembre, se prevé entregar 1.000 nombramientos más (...) Trabajamos para conseguirlo y no vamos a descansar hasta que se haga justicia con quienes lo merecen. Contamos con ustedes para seguir trabajando en beneficio del país, ahora tenemos un reto mayor que es construir el mejor sistema de salud pública de la historia del Ecuador y lo vamos a hacer juntos (...) HASTA EL MOMENTO, EL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA (MSP) HA CUBIERTO 13.942 NOMBRAMIENTOS, A ESCALA NACIONAL [...]”.

C.7.1. Como evidencia de lo referido adjuntan la impresión de una captura de pantalla, de la página oficial del MSP: <https://www.salud.gob.ec/msp-entrego-nombramientos-a-profesionales-de-la-salud-en-cumplimiento-a-la-ley-humanitaria/>.

C.8. De lo expuesto, consideró que se genera un trato desigual y de ninguna manera preferente entre la accionante y los demás funcionarios médicos que han trabajado durante la emergencia sanitaria, en la emisión de los nombramientos definitivos, toda vez que, conforme información obtenida de la misma cuenta oficial del Ministerio de Salud se ha podido evidenciar que, se han cubierto 13.942 nombramientos, sin que se haya beneficiado la accionante.

C.9. Indica que en un caso relativo a una persona con discapacidad en la esfera laboral la Corte Constitucional ha referido lo siguiente:

“[...] En el marco de las disposiciones constitucionales y legales señaladas, es preciso afirmar que, en el caso sub judice, si bien la accionante suscribió un contrato de servicios ocasionales que tenía un plazo de duración determinado, al haberse demostrado que se trataba de una persona con discapacidad del 50%, se debió considerar, en el marco de la garantía del derecho a la igualdad en su dimensión material, la situación de discapacidad y especial vulnerabilidad de la accionante, y por tal condición se le debió asegurar un trato distinto al del resto de personas que suscriben este tipo de instrumentos, a fin de garantizar el respeto a sus derechos [...]”.

C.10. De manera concordante con la línea jurisprudencial que venía manejando la anterior composición de la Corte Constitucional, la composición actual ha referido:

“[...] no se evidencia que, en ningún momento durante el proceso de recorte, se haya tomado en cuenta la discapacidad del accionante para decidir sobre su situación particular y sobre la procedencia de la terminación anticipada y unilateral de su nombramiento provisional. Contrario a la dimensión material del derecho a la igualdad - que supone que los sujetos que se hallen en condiciones diferentes “requieren un trato distinto, que permita equiparar el estatus de garantía en el goce y ejercicio de sus derechos (...) el Consejo de la Judicatura de Tungurahua consideró que el accionante se

encontraba en la misma situación que el resto de funcionarios, pese a que conocía de su discapacidad. Al respecto, esta Corte ya ha establecido que las personas con discapacidad se encuentran en una situación distinta a la del resto de personas, correspondiendo otorgarles un trato acorde a sus circunstancias [...]”.

C.11. Si bien el caso resuelto por la Corte Constitucional mediante la sentencia citada versa sobre la desvinculación laboral de una persona con discapacidad se dejan sentados importantes cuestiones a considerar: Por una parte, se hace referencia que, durante proceso, en ese caso puntual de recorte personal, el presente caso de nombramiento definitivo, se debe tomar en cuenta la discapacidad de la persona, para decidir sobre su situación particular; y, las personas con discapacidad se encuentran en una situación distinta al resto de personas, correspondiéndoles un trato acorde sus circunstancias. Siendo que, en el caso puntual, no se ha actuado manera que favorezca a la accionante por su condición de discapacidad, consecuentemente se ha vulnerado su derecho la igualdad en la dimensión material.

3.11. Consta en la garantía que la accionante indicó que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, según lo determina el artículo 1 de la CRE, Estado de derechos cuyo ejercicio se efectiviza a través de garantías, entre estas las jurisdiccionales, siendo una de aquellas la acción de protección que puede ser propuesta por cualquier persona a la que se haya vulnerado un derecho constitucional tal cual la regula el artículo 88 de la CRE: “[...] Art. 88.- La acción de protección 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; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de 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. [...]”.

3.12. Explicó que la protección de los derechos fundamentales que debe garantizar el Estado, según estas normas no es cualquier protección, considera que se trata de una tutela efectiva, esto es, una protección que garantice que en la práctica los derechos sean respetados por todos, determina que, ante ello, puede afirmarse que la CRE prevé un principio de efectividad, por medio del cual podrán ser evaluados los actos de protección de los derechos y, en su caso, juzgados, no tanto desde la óptica de la validez procedimental o sustancial, sino desde la perspectiva de su capacidad de asegurar o no, la garantía integral de los derechos.

3.13. La accionante explicó que, en cuanto a la tutela de derechos fundamentales a través de medios efectivos Claudia Storini y Marco Navas Alvear, en su obra “La acción de protección en Ecuador Realidad jurídica y social”, p.54 y 55 señalan:

“[...] Como es conocido, la Convención Americana establece el derecho a una garantía judicial específica, destinada a proteger de manera efectiva a las personas frente a la violación de sus derechos humanos. Derecho consagrado en el artículo 25 de este instrumento internacional que establece la necesidad de contar con recursos sencillos, rápidos y efectivos contra la vulneración de derechos fundamentales. La Convención Americana, en primer lugar, establece una obligación estatal de crear un recurso sencillo y rápido, principalmente de carácter judicial, aunque otros recursos son admisibles en la medida en que sean efectivos, para la tutela de derechos fundamentales contenidos en la Convención, en la Constitución o en la ley; en segundo lugar demanda que el recurso sea efectivo; en tercer lugar, obliga al Estado a garantizar que el recurso será considerado;

en cuarto lugar, establece que el recurso debe poder dirigirse contra actos cometidos por autoridades públicas y contra actos cometidos por sujetos privados; en quinto lugar, compromete al Estado a desarrollar el recurso judicial y establece la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada a partir del recurso [...].”

3.14. Respecto a nuestra realidad jurídica, la accionante indica que la Corte Constitucional en varios de sus precedentes jurisprudenciales ha establecido la naturaleza jurídica de la acción de protección y ha brindado parámetros respecto de la procedencia de esta, así por ejemplo en la sentencia 001-16-PJO-CC ha establecido que los jueces tienen la obligación de 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 [...].”

3.15. Explicó que, de igual forma, en la misma sentencia antes mencionada ha dicho que:

“[...] ha de tenerse presente que tampoco cabe la posición de los operadores jurídicos que eludiendo su labor de jueces de garantías constitucionales, calidad de la cual se hallan investidos al conocer las acciones de garantías jurisdiccionales y aun cuando del proceso se advierte, de modo inequívoco, la vulneración de derechos consagrados en la Constitución, recurren a la trillada y en no pocas veces inmotivada alegación de que los hechos sometidos a su conocimiento se tratan de “asuntos de mera legalidad”; y, a la vez, “sugiriendo” a los afectados a que acudan a las vías ordinarias (por ejemplo, la contencioso administrativa), sin reparar en que aquellas no constituyen las vías adecuadas ni eficaces para proteger y reparar de modo inmediato la afectación de derechos constitucionales [...].”

3.16. La accionante considera que, por lo tanto, la acción de protección se constituye en el mecanismo para reparar derechos constitucionales, alejados de la consideración respecto de la legalidad que podría manifestarse únicamente cuando no exista vulneración a derechos.

4. FUNDAMENTOS DE DERECHO. – Invocó las siguientes normas en inclusión con normativa internacional, sentencias y doctrina:

4.1. Legislación Nacional. – Arts. 82; 11 numeral 2; 66 numeral 4; 35, 88 de la CRE; Arts. 10, 39, 40, 41, 42 de la LOGJyCC; Arts. 25 y Disposición Transitoria Novena de la LOAH; Art. 10 del Reglamento General a la LOAH; Arts. 4 y 17 de la Ley de Discapacidades.

4.2. Cuerpos Internacionales. – Art. 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Art. 3 de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad.

4.3. Sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante CCE). – Sentencia Nro. 001-16-PJO-CC, Caso No. 0530-10-JP (entre otros, párrafo 67); Sentencia Nro. 016-13-SEP-CC; Sentencia No. 989-1-EP/19, de 10 de septiembre del 2019, párr. 20; Sentencia No. 5-19-CN/19, entre otros, párr. 23, 27; Sentencia No. 081-17-SEP-CC, de 29 de marzo del 2017, párr. 21; Sentencia No. 05-14-SIN-CC; Sentencia No. 117-13-SEP-CC, Caso No. 0619-12-EP; Sentencia No.

027-12-SIN-CC, Caso No. 0002-12-IN; Sentencia No. 139-18-SEP-CC; Sentencia No. 258-15-SEP-CC; Sentencia No. 172-18-SEP-CC, de 16 de mayo del 2018, p. 39; Sentencia No. 1342-16-EP/21.

4.4. Sentencias extranjeras: Sentencia No. T-432-92, Corte Constitucional de Colombia.

4.5. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH). – Caso Furlán y familiares VS. Argentina, 31 de agosto del 2012.

4.6. Invocación Doctrinaria. – “La acción de protección en Ecuador Realidad jurídica y social”, de Claudia Storini y Marco Navas Alvear, pp. 54 y 55.

5. PRETENSIONES. - Con los antecedentes expuestos deduce Acción de Protección y solicita que en sentencia se proceda a lo siguiente:

5.1. Se acepte la acción de protección propuesta.

5.2. Se declare la vulneración de los derechos constitucionales a la seguridad jurídica, igualdad material, atención prioritaria, y en aplicación al principio iura novit curia los demás que considere el despacho.

5.3. Se ordenen las medidas de reparación integral que correspondan.

6. TRÁMITE. - Aceptada a trámite la acción de protección mediante auto de fecha 06 de diciembre del 2021 (fs. 45), se ordenó la citación con la demanda y notificación a los demandados y a PGE con la convocatoria a la diligencia de audiencia pública, lo cual fue cumplido conforme consta en actas y en la comparecencia directa oral de la defensa de las entidades demandadas, la defensa fue consultada oralmente sobre su intervención a nombre de la totalidad de demandados y su conocimiento de la acción y la totalidad de documentación adjunta a ella con el tiempo legal previsto en la norma para el ejercicio de su defensa. Se evacuó la diligencia de audiencia pública y su reinstalación, en la cual se emitió sentencia oral.

7. AUDIENCIA PÚBLICA. – Comparecieron: Por vía telemática la accionante y su Sta. y Sr. Patrocinadores. En forma física en sala, las entidades demandadas, por medio de la Sta. Dra. Alicia Rosario Cango Bermeo, se le concedió término para ratificar su intervención. Por parte de PGE compareció vía telemática la Sta. Dra. Zobeida Esther Robles Castillo a la audiencia suspendida; los prenombrados asistieron a la reinstalación a excepción de PGE.

8. EXPOSICIÓN DE LA PARTE ACCIONANTE: El Sr. Dr. Marcelo Guerra Coronel explicó oralmente los fundamentos de hecho contenidos en la garantía escrita, relacionados con el contexto de la pandemia, la emergencia sanitaria, el historial de servicios de la accionante en calidad de Médico Obstetra desde septiembre del 2020 para el MSP bajo la modalidad de contrato de servicio ocasional, hizo énfasis en que la accionante atendió a pacientes con COVID y posibles COVID, explica que existe un informe aprobado con el cual presentó toda la documentación necesaria para poder acceder a la aplicación del Art. 25 de la LOAH, conforme al certificado emitido en 09 de junio del 2021 por el Sr. Lenin Muñoz, responsable de vigilancia emite documento que acredita la atención de la accionante en beneficio de pacientes con COVID, incluso con datos estadísticos y con datos de esos pacientes, los cuales no refiere sus nombres y apellidos debido al derecho a la privacidad e intimidad de las personas.

8.1. El 25 de junio la accionante presentó absolutamente toda la documentación, esa documentación es avalada por el MSP en sentido estricto; a varios funcionarios que cumplían la

misma situación, prestando sus servicios durante la pandemia y calidad de médicos ya se les otorgó nombramientos definitivos siguiendo lo determinado en el artículo 25 de la LOAH, además de esto, un factor muy importante en la parte práctica de este caso es que la doctora Ana Felicita Avilés tiene una discapacidad, el letrado explicó e ilustró que hoy en día lo apropiado es hablar ya no de una “discapacidad”, sino de una diversidad funcional física del 50%, cuestiones que ni siquiera fueron tomadas en cuenta por la entidad accionada, entre ellas presentes, precisamente para la aplicación de la acción afirmativa del Art. 25 de la LOAH.

8.2. Consideran vulnerados en primer lugar, el derecho a la seguridad jurídica, como principal derecho en el presente caso; sostuvo que en la audiencia se escuchará en la contestación sobre que el artículo 25 y la disposición transitoria novena de la LOAH han sido declaradas inconstitucionales; y, precisamente sobre la seguridad jurídica van a realizar un análisis sobre aquello, puesto que la Corte Constitucional no se pronunció sobre casos de violación de derechos, pues dicha sentencia obedece a control de constitucionalidad y no de garantías jurisdiccionales.

8.3. Para sostener la vulneración al derecho a la seguridad jurídica invocó la sentencia 2034-13-EP/19 que considera la más completa al respecto que suele citar, que determina tres elementos de la seguridad jurídica: Parámetro de certeza, parámetro de previsibilidad y la prohibición de arbitrariedad consecuente para la administración pública. Indica que dicha sentencia establece la implicación de la certeza que tiene la persona de cómo va a ser manejada su situación jurídica aplicando las disposiciones normativas vigentes en el ordenamiento jurídico al momento de los hechos que se presentasen; la previsibilidad tiene que ver con la previsión que tiene una persona a futuro de que su expectativa legítima en todo ese ordenamiento jurídico va a ser aplicada e interpretada conforme a la misma; y, la prohibición de arbitrariedad que es la consecuente observación de disposiciones normativas por parte de la administración pública que permite que precisamente la administración pública no actúe de manera discrecional y no viole o vulnere derechos de sentido estricto.

8.4. Explicó que, la Corte Constitucional ha determinado que, para que la seguridad jurídica sea reparada integralmente con el proceso de acción de protección no se base en la violación únicamente a disposiciones normativas infra constitucionales, sino que la inobservancia de éstas esté atada a la observancia de preceptos constitucionales y esto lo dice la sentencia 687-13-EP/20, la cual menciona precisamente lo que explicó.

8.5. En este caso puntual considera que la inobservancia de las disposiciones que mencionará, a su vez, genera la inobservancia de dos preceptos constitucionales fundamentalmente: la primera que está regulada en el artículo 11 número dos de la CRE en principios de aplicación de derechos, que refiere a las medidas de acción afirmativa, en el concepto de igualdad real o material; y, por otro lado, el artículo 11 Número 3, en el cual se determina la aplicación directa de la CRE y de los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos y en el siguiente inciso, además, se hace referencia a que no se podrá exigir para el ejercicio de los derechos requisitos o condiciones que no estén establecidos en la ley ni en la CRE, y precisamente eso es lo que se va a presenciar en los hechos porque la accionante cumple con todos los requisitos de la LOAH, la administración no le pudo haber existido otro tipo de requisitos en ese momento oportuno, en el cual tenía que generarse ese derecho adquirido ya como tal, puesto que ya tenía la expectativa legítima.

8.6. Identificó oralmente que esta acción no se direcciona a la declaración de un derecho. Considera que las disposiciones normativas inobservadas en sentido estricto son: Art. 25 de la LOAH que básicamente generaba una medida de acción afirmativa que determinaba que se

convoquen a concursos, se declaren ganadores a las personas que prestaron sus servicios durante la primera línea de atención al COVID y se les entregue un nombramiento definitivo; para eso tenía que seguirse una serie de requisitos en torno a las personas, al procedimiento y al tiempo.

8.7. En cuanto a las personas, fundamentalmente lo que se requería es que sean trabajadores o profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria bajo la modalidad de contrato de servicios ocasionales o con nombramientos provisionales, sin que pudiera beneficiarse una persona con otra modalidad contractual; y, de acuerdo al artículo 10 del Reglamento a la LOAH, a médicos que hayan prestado funciones relacionadas con la atención a pacientes COVID, teniendo en cuenta que la accionante trató, atendió directamente a pacientes COVID.

8.8. En torno al procedimiento, explicó que tanto el artículo 3 del acuerdo ministerial en 2020-232-132 que determinaba el procedimiento que tiene que seguirse al igual que el artículo 10 del Reglamento de la LOAH, que van de la mano, determinaba básicamente tres situaciones que tienen que cumplirse para que las personas puedan verse beneficiadas de esta acción de medida afirmativa, la primera era los criterios técnicos de la necesidad institucional de estas personas en esas funciones; la segunda, la justificación de que cumplan con los requisitos determinados en el Art. 25 de la LOAH; y, la tercera, que hayan estado bajo la modalidad de contratos de servicios personales o de un nombramiento provisional.

8.9. Explicó que la accionante tiene un contrato de servicios ocasionales, está probado, en el proceso; ella cumplió todos los requisitos médicos, atendió a pacientes COVID, se merecía que se le aplique esta acción afirmativa. El criterio técnico de la necesidad y el presupuesto, que quizás suele ser el que la administración alegaba como que no se cumplía; en este caso, algunas situaciones para observar cumplidas sobre este presupuesto: La Corte Constitucional ha determinado, por ejemplo, la sentencia 3-19-CN/20, en la cual se determina que los contratos de servicios ocasionales que sobrepasen de un año automáticamente se entiende que existe ya una necesidad institucional permanente, por una parte la necesidad se volvió permanente; por otra parte, un médico obstetra, no implica una necesidad de institucional no permanente, la atención de salud y el servicio de salud siempre va a ser una necesidad permanente, por lo tanto, la accionante con la contratación de servicios ocasionales, la administración necesariamente, debía de contar con presupuesto para en algún momento, convocar a concurso público de méritos y oposición, así, ella no haya sido beneficiaria del artículo 25 de la LOAH.

8.10. Sostuvo que, para solventar este criterio, el artículo 2 de la LOAH ya vigente en junio, determinaba que cuando se haga contratos de servicios ocasionales a personal médico, precisamente para que preste su contingente durante la pandemia, ya debía contar con la planificación presupuestaria para realizar la contratación de servicios y esto le resulta lógico, evidente, en este caso le contratan en septiembre del año 2020 con contrato de servicios ocasionales para atender a pacientes COVID en primera línea, de una u otra manera, considera que ya deberían haber contado con la planificación presupuestaria para hacer ese contrato de servicios ocasionales en sentido estricto, por lo tanto, en definitiva, pueden afirmar o llegar a afirmar que se cumplía con todos los requisitos determinados en el artículo 25 de la LOAH, como dice el Art. 11 número 3 de la CRE, no se podrán exigir requisitos que no estén previstos en la Ley y en la CRE y absolutamente todos los del Art. 25 e incluso con lo determinado en el Reglamento y en el Acuerdo Ministerial 232, que determinan cómo es el procedimiento que tiene que seguirse para que se apruebe su nombramiento definitivo. Debían contar con presupuesto porque la disposición normativa y las actuaciones que hizo los llevaban o les

conducían a tener la certeza de que ya contaban con presupuesto, tenía un contrato de servicios ocasionales y prestó atención directamente a pacientes COVID.

8.11. En función de lo anterior, en definitiva, cuando le solicitaron los documentos, ya absolutamente a todos los funcionarios, en este caso, se entiende que ya el hecho de haberle solicitado la documentación estaban ya inmersos dentro del procedimiento y dentro del concurso público de méritos y oposición, el sólo hecho de la solicitud de esos documentos, luego que no se quiera tergiversar diciendo que para aplicar la norma técnica para los concursos de la LOAH, puesto que ya la sola solicitud se entiende que el proceso inició en sentido estricto.

8.12. La accionante explicó que la forma de evaluación era 50% de méritos para el título registrado en la SENESCYT que lo cumple; y, el 50% de evaluación era la presentación notarizada del contrato de servicios ocasionales que también lo cumple, señaló trascendentalmente que debe recordarse que el tiempo máximo que le otorgaba la ley para que la administración genere esta planificación era de seis meses, según la disposición transitoria novena para la planificación de los concursos, a la accionante le contrataron en septiembre, calcula que en enero máximo debía cumplirse debido a que a la accionante se le contrató en septiembre, estaríamos hablando de septiembre a enero máximo de este año (refiere al 2021) ellos ya deberían haber hecho toda la planificación para que en este caso la accionante esté con su nombramiento definitivo, precisamente por eso, les dan ese tiempo, porque ante contrato de servicios personales tienen que planificar.

8.13. Considera entonces que hay una negligencia al respecto de la que no se puede alegar la declaratoria de inconstitucional del Art. 25, porque la obligación de la administración se generó los primeros meses del año 2021. Esta idea de la violación a la seguridad jurídica e inobservancia de estas disposiciones está anclada a la violación de estas expectativas legítimas, la Corte Constitucional ha diferenciado tres elementos que nos permiten dilucidar si una acción de protección es o no donde se traten de derechos; diferenciar lo que es un derecho adquirido, entre lo que es una expectativa legítima y lo que es una mera expectativa.

8.14. Respecto a lo anterior aludió a la sentencia de la Corte Constitucional No. 5-19-CN/19, en la que se determina básicamente esta diferenciación, explica que un derecho adquirido es cuando una persona que ha cumplido con todos los requisitos determinados en la ley y ha logrado posicionarse en una situación jurídica determinada, ese es un derecho adquirido; una mera expectativa es cuando una persona no ha cumplido con todos los requisitos determinados en la ley, pero que aun así espera a futuro poder cumplirlos para posicionarse en esa situación jurídica; y, una expectativa legítima es cuando la persona, habiendo cumplido con todos los requisitos determinados en la ley para posicionarse en esa situación jurídica, no logra hacerlo por circunstancias ajenas a esa persona, es decir, son circunstancias que están fuera de su control y que dependen ya de la administración pública, en este caso, particularmente en la sentencia invocada por ejemplo, se determina que una persona no logra acceder a un cargo público con nombramiento definitivo, porque existen o faltan actuaciones posteriores por parte de la administración para formalizar esa entrega del nombramiento definitivo, lo cual, consideró que es lo mismo que pasa en el presente caso.

8.15. Explicó que en el caso de la accionante hay una expectativa legítima e incluso la Corte Constitucional en la sentencia 18-21-CN/21 determina que las acciones de protección que en su momento se presentaron fueron válidas porque las personas tenían expectativas legítimas que les permitía presentar sus acciones de protección, porque cumplía con todos los requisitos determinados en la LOAH, en su Reglamento y en el acuerdo ministerial 232, absolutamente todos, se presentó toda la documentación, le validaron la documentación en sentido estricto, lo

que quiere decir que la accionante cumplió con absolutamente todos los requisitos y todo lo que estaba en su control jurídicamente hablando, el resto de actuaciones dependía de la administración, si la administración no generó esas actuaciones a su vez, se generó una omisión por parte de esa situación y una negligencia por parte de esa administración que no dependía de la accionante.

8.16. Sostiene que, con lo anterior, queda explicado que la accionante tenía una expectativa legítima que es susceptible de ser protegida a través de una acción de protección. Ligado al tema de la seguridad jurídica, también consideró indispensable referirse a la ultra actividad de las disposiciones normativas, alecciona que esto de las expectativas legítimas lo dice la misma Corte Constitucional, la ultra actividad de las disposiciones normativas, indica, que la sentencia más adecuada para revisar es la No. 15-18-1020/19, refiere a esa idea de ultractividad en latín que dice: *Tempus Regit Actum*, lo que quiere decir, que rige la norma vigente al momento de haberse sucedido los hechos previstos por esa disposición, independientemente de si la disposición fue derogada; expuso su idea indicando que, al momento de haberse sucedido los hechos previstos por esa disposición, independientemente de si la disposición fue derogada, es decir, si hay una disposición que ya fue derogada, pero que al momento de generarse los hechos o la obligación, esa disposición estaba vigente, la disposición genera efectos ultra activos, que siguen generando sus efectos jurídicos. Pide recordar que la Corte Constitucional cuando declaró inconstitucional el artículo 25 y la disposición transitoria novena, lo que dijo es, que regirá efectos solo a futuro, lo cual está al final del párrafo 57 de esa sentencia que dice exactamente que los efectos de aquella se aplicarán a las contrataciones y concursos a efectuarse a partir de su publicación en el Registro Oficial.

8.17. Consideró que, por lo anterior, la Corte les advierte y les dice que no se aplique el artículo 25 debido a que la Corte Constitucional está pensando en aquellos casos en los cuales recién se le va a generar a la administración la obligación de convocar los concursos públicos; ejemplificó su idea: Si es que la sentencia habría sido emitida hace un mes y en el mes de octubre contrataron a una persona con contratos de servicios ocasionales, no se han ajustado los 6 meses para la planificación y para convocar al concurso, lo cual quiere decir que ya no pueden aplicar el Art. 25.

8.18. Determina que, en el caso de la accionante la obligación se generó a la administración en el mes de enero o febrero (2021) más o menos, de haberle convocado a concurso a la doctora accionante y haberle dado su nombramiento definitivo. Entonces los efectos ultractivos de la disposición siguen generándose en el tiempo y efectivamente, la Corte Constitucional en esa sentencia dice que la posibilidad de que la normal sea aplicada en sus efectos más allá del momento en que dejó de pertenecer al ordenamiento jurídico positivo, independientemente de si los hechos que la motivaron se dieron antes o después de dicha derogatoria.

8.19. Con relación a la sentencia 18-21-CN/21, indicó que es una sentencia de consulta de norma, es de control constitucional, pide que se diferencie claramente entre consulta de norma y sentencia dentro de una garantía jurisdiccional. El control constitucional lo que hace es corregir el ordenamiento jurídico que no esté en armonía con la CRE y los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos; y, la garantía constitucional lo que hace es observar la violación a derechos constitucionales por acciones u omisiones de entidades públicas, en este caso particulares también, y repararlos integralmente, son dos cuestiones completamente distintas. Las dos son garantías, la primera es una garantía constitucional normativa, el otro es una garantía jurisdiccional de los jueces, esa sentencia es una de control constitucional, que declaró la inconstitucionalidad de disposiciones normativas con efectos a futuro, no se podrá tocar las acciones de protección que ya de una u otra manera ordenaron que se convoquen a

los concursos y se conceda los nombramientos definitivos y tampoco se podrá tocar, según la sentencia, aquellos concursos que ya fueron convocados, están en curso, ni tampoco los nombramientos que fueron entregados.

8.20. Hizo notar que se está refiriendo a los concursos de los cuales ya se le generó la obligación de convocar a los concursos a la administración y que se estaban llevando a cabo porque la Corte Constitucional no tiene una esfera que le permita ver más allá de lo evidente, en el sentido de que la administración cumplió o no cumplió con su obligación determinada en determinado momento de convocar a esos concursos públicos de méritos y oposición, por la razón de que no están resolviendo casos concretos, están resolviendo la inconstitucionalidad de una disposición en abstracto, la Corte asume o está hablando de que los concursos de los cuales ya se han convocado, a futuro para las contrataciones siguientes; se entiende que no va a tocar los concursos que ya se están llevando a cabo y que están en proceso porque supone que los otros concursos ya se llevaron a cabo en el momento en el cual debieron haberse llevado a cabo, lo cual no ingresó a resolver la Corte Constitucional, organismo que dentro de una sentencia de consulta de norma no puede resolver las violaciones concretas a cada uno de los casos que se vayan presentando y si bien en la sentencia se menciona hacia los jueces que no se podrá aplicar el Art. 25 es debido a que se ejecutó un control concreto que ejecuta la Corte y se refiere a que en esos dos casos puntuales no cabía la aplicación de la acción afirmativa lo cual es completamente diferente a decir que ningún juez puede aplicar los efectos ultractivos de la disposición del Art. 25 que se siguen generando en sentido estricto por las expectativas legítimas que le generaron a la accionante.

8.21. Considera que la violación a la seguridad jurídica ha conllevado a la violación al derecho a la igualdad formal y material; formal debido a que la Sra. Ministra de Salud aseguró que desde mayo habían entregado 3320 nombramiento y, que hasta octubre entregarían 4000 nombramientos, lo cual da cuenta que sí tenían presupuesto para la entrega de esos nombramientos por una parte; y, por otra parte, que entregaron a otros compañeros de la accionante sin entregarle a ella, lo que genera un trato diferenciado que no está justificado si se lo somete al test de comparabilidad, como resultado existe una obstaculización al derecho de la igualdad formal de la accionante y además, la igualdad material por no haberse aplicado la medida de acción afirmativa que tenía que aplicarse en su determinado momento (Art. 25 de la LOAH); y, por otra parte, lo más doloroso, se ha visto obligada a presentar la acción de protección por ser una persona que tiene una discapacidad física del 50 % que merecía un trato diferenciado, preferencial en la entrega de los nombramientos definitivos, por sobre todos los compañeros que no tenían discapacidad, se le debió haber preferido para la entrega del nombramiento definitivo a la accionante; siendo contradictorio al ordenamiento constitucional que a una persona con discapacidad del 50% sea la única a quien no se le entregue el nombramiento definitivo, existe un trato discriminatorio, sin que exista justificación razonable ni objetiva que justifique el porqué a la accionante no se le incluyó en los grupos que sí se lo hizo a otras personas, en este caso el trato igualitario realizado a la accionante le des caracterizaba porque forma parte de un grupo vulnerable, pese a ello, atendió a pacientes COVID arriesgando su vida y la vida de su familia.

8.22. Consideró que los derechos de la accionante han sido vulnerados solicitó se declare con lugar la acción de protección y como medidas de reparación integral se determine inmediatamente que a la accionante se realice todas las gestiones administrativas para que se le entregue su nombramiento definitivo además de ello, se le pida disculpas públicas por el trato discriminatorio que ha recibido; y, que se determine el cálculo de una reparación integral por los gastos económicos para acceder vía acción de protección.

9. CONTESTACIÓN A LA ACCIÓN POR PARTE DE LOS DEMANDADOS. – En su exposición oral (Audio 00:39:20), la Srta. Dra. Alicia de Rosario Cango Bermeo en representación de los demandados, se opuso a la acción manifestando:

9.1. De la escucha de la exposición de la parte accionante quien en la parte pertinente expuso sobre la inconstitucionalidad del artículo 25; se habla de los derechos violentados como seguridad jurídica, igualdad real y demás, si nos vamos a lo que dice la CRE, el artículo 228 nos dice que el ingreso al servicio público, el acceso y la promoción en la carrera administrativa se la realizará mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con la excepción de los servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción, su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora; explica que lo anterior se refiere a la Ley Orgánica de Servicio Público (en adelante LOSEP), en la cual está determinado cómo es el concurso de méritos y oposición.

9.2. Indicó que se ha hablado de la violación de derechos, consultó ¿dónde queda el derecho del resto de profesionales de la salud que trabajaron en el tiempo del COVID en instituciones privadas? Hablamos del trato discriminatorio, nosotros mismos con la LOAH, el artículo 25, disposición transitoria novena, estamos violentando el derecho a participar a todos los profesionales de la salud, es decir, esta ley, si bien la hizo en un momento la Asamblea Nacional, pero no se dio cuenta que violento el derecho de todo ecuatoriano a participar en un concurso de méritos y oposición, ¿de qué derechos hablamos si hemos violentado el derecho de todos los profesionales de la salud aquí en el Ecuador?

9.3. La parte accionante habla del presupuesto, indicando que ya estaba el presupuesto porque es contrato ocasional, teniendo que diferenciar los contratos ocasionales que tienen presupuesto del Grupo 71 y cuando ya se abre la vacante para ocupar un puesto, ya sea médico, obstetra o demás de salud, necesariamente debe pasar al grupo 51, sin que por el contrato deba estar ya el presupuesto para el nombramiento. Explicó que en el grupo 71 se encuentran todos los contratados, una vez que ya se llama la vacante existente se pasa al Grupo 51.

9.4. Se ha hablado de las acciones que fueron dadas y otras acciones que fueron dadas en el registro oficial 1821, que dice en la página 6: “El régimen de excepcionalidad que permite a las autoridades administrativas del MSP otorgar nombramientos definitivos a favor del trabajadores y profesionales de la salud sin concurso previo [...]” porque si bien en ambas disposiciones se menciona un concurso público, este concurso no existe, debido a que eran tres los requisitos, a tal punto que lo primero era la atención; lo segundo el título, ahí está el 50 %, es decir, desde ahí se violentó el derecho todos los ecuatorianos.

9.5. Sobre los estados de emergencia, señaló que el artículo 25 nos dice: “[...] la 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 [...] para esto se tiene que tomar en cuenta los acuerdos que generó el MSP donde consta el tiempo en el que se declaró emergencia porque no fue que todo el año, todos los meses fueron declarados emergencia sanitaria. Señaló e invocó el acuerdo No. 001262020 que incluía la emergencia del 11 de marzo al 11 de mayo del 2020; Acuerdo No. 000092020 que incluye la emergencia del 11 de mayo al 11 de junio; el acuerdo Nro. 00242020, Decreto Ejecutivo 1074, que incluye el tiempo de emergencia del 16 de junio al 15 de agosto del 2020; Acuerdo Nro. 00442020 que incluía del 16 de septiembre del del 2020, al 12 de marzo, al 12 de junio.

9.6. Observados los documentos que adjunta la accionante, en el informe técnico de atenciones en base a la LOAH y en base al artículo 40 del concurso de méritos esta una atención que es del

16 de abril del 2020, cuando conforme a los acuerdos que han nombrado no era emergencia sanitaria. La única atención que tiene es dentro de emergencias sanitaria del 9 de junio del 2020.

9.7. La parte accionante indicó que no es de carácter retroactivo, pero está claramente en la decisión del Registro Oficial, en el numeral 3 dice: “[...] Señalar que lo dispuesto en esta sentencia surtirá efectos a futuro a partir de la publicación de este fallo en el Registro Oficial y no tendrá efecto alguno respecto a los concursos de méritos y oposición efectuados bajo el régimen excepcional establecido en dicha norma, tanto en aquellos terminados como aquellos que se encuentran en curso en cualquier etapa a partir de la convocatoria [...]”, se refiere a la convocatoria, porque la última convocatoria fue la emitida por la circular MSP-CZONAL 6-20212043C, esa fue la última convocatoria de la cuarta fase, en la cual ingresaron los profesionales de la salud que elaboraron el emergencia sanitaria desde diciembre del 2020 hasta enero del 2021, hasta la cuarta fase sólo ingresaron hasta ellos, porque la misma LOAH dice que debía haber una unión entre el MSP, el Ministerio de Trabajo (MDT) y el de Finanzas porque; el MSP creaba la necesidad, solicitaba la creación del puesto al Ministerio de Trabajo, el Ministerio de Trabajo aprobaba la creación de esta vacante, siempre y cuando el Ministerio de Finanzas tenga los recursos para que fueran estos recursos emitidos al grupo 71.

9.8. La defensa consultó ¿De qué trato discriminatorio hablamos?, lastimosamente ya salió el documento que declara inconstitucional el artículo 25, donde ingresaron los que tuvieron hasta la convocatoria de la cuarta fase, que fue del 10 de septiembre del 2021, que incluyeron solamente a los médicos hasta enero del 2021, no porque el MSP lo determinó así, sino porque es un proceso, que hasta le parecieron que cuando aprobaron la LOAH dijeron: hágase en 6 meses para obtener nombramientos, cuando esa fecha está fuera de lugar, todos sabemos que el Ecuador está pasando por una crisis presupuestaria terrible y el mismo Código de Finanzas dice que no se puede contraer obligaciones sin el presupuesto, ¿cómo el Ministerio de Trabajo acepta la creación de puestos si no tienen cómo sustentar y pagar al Grupo 51 a la nueva profesional con nombramiento?, con esto queda muy claro que el MSP en ningún momento ha violentado los derechos de la accionante, siempre desde el principio en el MSP hablamos de que esta LOAH era inconstitucional, porque dejaba fuera del lugar a todos los profesionales de la salud, como ecuatorianos que tenían derecho a participar en estos concursos. Con lo expuesto solicitó se declare sin lugar la acción de protección.

10. CONSULTAS REALIZADAS POR LA JUDICATURA A LOS DEMANDADOS. – A la finalización de la contestación a la acción, este despacho consideró oportuno conforme a los Arts. 4.6 e inciso segundo del Art. 14 de la LOGJyCC solicitar aclaraciones a la entidad demandada, que fueron las siguientes:

10.1. ¿Trataron la petición realizada por la accionante para entrar en el proceso para obtener su nombramiento, o no? Los demandados indicaron que la accionante ingresó un documento el 07 de octubre a lo cual Talento Humano le informó (verbalmente) que se le dio respuesta de que lo que tenían que presentar eran las carpetas para validaciones a las atenciones. Concluyó indicando en definitiva que no le dieron una respuesta al requerimiento realizado por la accionante para obtener o acceder al procedimiento previo al nombramiento.

10.2. ¿Cómo entidad accionada, conocen que la accionante realizó la petición para ingresar previo a la obtención de nombramiento bajo el Art. 25 de la LOAH? Los accionados se remitieron a la lectura de la petición dirigida por la accionante a los demandados en la cual solicita se informe el estado del trámite para entrega de nombramiento por la LOAH ya que el 25 del 2021 se entregó la carpeta para su análisis y validación, por este documento se enteró que el 25 de junio del 2021 entregó su carpeta (documento de fs. 11 de autos).

10.3. Al referirse a esa consulta en donde constaría haberse entregado una carpeta, se consultó a los demandados ¿Ustedes solicitaron la entrega de esa carpeta y a quién se entregó? Los demandados indicaron que, de lo que tiene entendido, cada oficina técnica tenía que recibir la carpeta de los que quieran ingresar al concurso de méritos y oposición.

10.4. Ese requerimiento, para la entrega de carpetas ¿Lo realizó la institución a la accionante? De lo que tiene entendido, se les dijo que va a haber el concurso y que entreguen quienes quieran acceder a ese proceso (habría otros funcionarios que no lo requerían/era a libre disposición). Por el oficio que consta a fs. 11 sabe que el 25 de junio del 2021 habría ingresado la petición. Los demandados indicaron que el Distrito 01D03 acoge a Nabón y a Ponce Enríquez.

10.5. Durante el procedimiento de solicitarle la carpeta, el 07 de octubre del 2021 la parte actora les habría solicitado información respecto a qué ocurrió con ese trámite, ¿En algún momento se valoró la circunstancia personal del grado de discapacidad que presentaría la accionante? Indicaron que desconoce, no le consta.

10.6. Dentro del específico escenario de la acción, en que la accionante entregó una carpeta para un trámite previo a la obtención de un nombramiento: ¿Hay otras personas que hicieron lo mismo e ingresaron y obtuvieron un nombramiento? Los demandados indicaron que no. Quienes obtuvieron nombramiento fue por la entrega de carpetas de diciembre hasta enero, hasta ahí llegó la cuarta fase.

11. CONTESTACIÓN DE PGE (Audio 00:59:36). – La Sta. Dra. Zobeida Robles a nombre de PGE se opuso a la acción, indicó en lo trascendental, lo siguiente:

11.1. Respecto de la acción que ha sido intentada pide se recuerde que la única manera de ingresar al sector público de acuerdo con el Art. 228 de la CRE es únicamente mediante un concurso de méritos y oposición. Conocen y están conscientes del Reglamento a la LOAH, el artículo 25 fue declarado inconstitucional porque violentaba derechos constitucionales de los demás médicos que trabajan también al igual que la accionante, por lo tanto, respecto de aquellos requisitos que la ley norma establece tenemos que la institución accionada a través de sus departamentos, como es el departamento financiero, el departamento de talento humano, debe definir las necesidades, los criterios técnicos de racionalización de personal y todo aquello que implica el ingreso o no de personal de médicos que laboraron en las pandemia siempre y cuando aquellos cumplan con los requisitos determinados de la normativa y en el artículo específico, y esto es mantener la relación directa con pacientes COVID.

11.2. Sostuvo que no es únicamente el hecho de haber trabajado en aquellas fechas al momento de la pandemia, no es únicamente aquello sino también las fases por las cuales el MSP ha hecho el ingreso, son más de siete mil trabajadores a nivel nacional y obviamente no pueden ingresar todos en una sola oportunidad lo cual se dispuso sea llevado en fases; a su vez, debe existir los ingresos permanentes que garanticen las sostenibilidad financiera del personal médico, sin aquellos requisitos no se puede mantener al personal dentro del MSP.

11.3. Requiere considerar que el Art. 25 fue declarado inconstitucional y al llevarse a cabo en fases habrá personal médico que no pudo ingresar en un momento determinado, sin embargo eso no es responsabilidad de la institución pública, pues el exceso de personal es grande y obviamente es imposible humano que el ingreso se pueda dar de una sola vez; por lo tanto, al no tener carácter retroactivo, lamentablemente la accionante está presentando su demanda cuando la Ley ya fue declarada inconstitucional, considera que no existe vulneración a derechos constitucionales, solicita se declare sin lugar la acción.

12. PRUEBAS PRESENTADAS POR LA PARTE ACCIONANTE (Dra. Paola Guerra Coronel). – En audiencia explicó que muchos de los argumentos presentados no han sido controvertidos, más bien fueron aceptados por los demandados, solicitó como pruebas en su beneficio:

12.1. Carné de discapacidad (fs. 26/no objetado).

12.2. Informe técnico de atenciones durante la emergencia de sanitaria del COVID-19 (fs. 8-10), presentado por la accionante, en el numeral 2 en lo sustancial refiere las atenciones a pacientes COVID que ha tenido (censurado nombres), corresponden estas atenciones a fechas: 16 de abril del 2021 y del 9 de junio del año 2021, entre otras que ya fueron mencionadas por la misma abogada del MSP, que habría tenido con anterioridad. Este informe consta aprobado y validado por parte de la Licenciada Sandra Verónica León Quishpe, quien es la directora del Centro de Salud de Nabón tipo C y que tiene los respectivos sellos de la dirección Distrital.

12.3. El certificado del registro del título Universitario, en el que se constata que en el año 2006 la accionante obtuvo su titulación como médico obstetra (fs. 1/no objetado).

12.4. Memorando No. MSP-CZ6-DD01D05-PSS-USNA-2021-0179-M, de fecha 04 de marzo del 2021 (fs. 24/no objetado), la notificación de discapacidad realizada por la accionante al centro de Salud en donde prestaba sus servicios laborales y la hoja de ruta de esta información (fs. 24/no objetado).

12.5. Historial de trabajo de la accionante, documento emitido por el IESS (fs. 4-7), inició sus labores en el Centro de Salud en el mes de agosto del 2020; certificado de trabajo del MSP de fs. 3 (no objetados).

12.6. Certificado remitido por el responsable de Vigilancia de Salud Pública del MSP, de fecha 09 de junio del 2021, que certifica que la accionante, luego de presentar el informe, ha presentado atenciones a pacientes COVID, indicando los casos validados con base a los datos de la plataforma COVID PCR, y se detallan los datos de las personas que pudieron ser verificadas (fs. 8).

12.7. Memorando de 07 de octubre del 2021, No. MSP-CZ6-01D03-OT05-USNA-2021-0739-M (fs. 11/no objetado), por medio del cual la accionante se dirige a la Sta. Ing. María Augusta Coello Erráez, Analista Distrital de Talento Humano, en la que solicita información del estado del trámite de nombramiento por Ley Humanitaria, la accionante pide en ese documento que se le informe el estado del trámite de nombramiento por Ley Humanitaria ya que el 25 de junio del 2021 se entregó la carpeta para su análisis y validación y hasta el momento (07 de octubre del 2021) no tiene respuesta del estado del mismo.

12.8. Verificables de pacientes COVID 19, historias clínicas de la Unidad Operativa del Centro de Salud de Nabón Nos. 01875; 6231; 12258; 21510 (fs. 12-23).

12.9. CONTROVERSIA DE PRUEBA MSP. – Los demandados no presentaron oposición a las pruebas y su contenido que presentó la accionante.

12.10. CONTROVERSIA DE PRUEBA PGE. – No tiene nada que manifestar respecto a los elementos de prueba de la parte accionante, sin embargo, solicitó que el despacho se asegure de la justificación de la discapacidad de la parte actora en base a la documentación presentada.

13. PRUEBAS PRESENTADAS POR LOS DEMANDADOS. – Refirió la declaratoria de inconstitucionalidad del Art. 25 de la LOAH y presentó:

13.1. Cronograma de fechas para el concurso de la LOAH de la cuarta fase (fs. 75; fs. 79), “CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 25 DE LA LEY ORGÁNICA DE APOYO HUMANITARIO PARA COMBATIR LA CRISIS SANITARIA DERIVADA DEL COVID 19 (CUARTA FASE)”, en la cual, entre otros, constan: 1. - Pasos previos: desde el 08 al 10 de septiembre del 2021; 2. - Notificación a los postulantes con el inicio del proceso el 11 de septiembre del 2021.

13.1.1. Circular No. MSP-CZONAL6-2021-2043-C, de 10 de septiembre del 2021 (fs. 76), por medio del cual el Sr. Coordinador Zonal 6-Salud, en el cual, en la parte pertinente indica:

“[...] Con estos antecedentes, dispongo a ustedes en calidad de Autoridades Nominadoras de cada una de las Entidad Operativa Desconcentrada, disponer a las Unidades de Administración de Talento Humano., realizar el procedimiento pertinente para la ejecución de los Concursos de Méritos y Oposición para la aplicación del Artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID 19 (Cuarta Fase), mismos que darán inicio el día de mañana Sábado 11 de septiembre de 2021. Nombre del Concurso: Concursos de Méritos y Oposición para la aplicación del artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID 19 (Cuarta Fase). 1.- Lista de asignaciones de partidas presupuestarias individuales a Concursos LOAH-Cuarta fase, definidas por cada una de las EOD'S. en respuesta a la circular Nro. MSP-CZONAL6-2021-1683-C. de fecha 04 de agosto de 2021. y las partidas presupuestarias individuales creadas dispuestas mediante circular Nro. MSP-CZONAL6-2021-2033-C. de fecha 09 de septiembre de 2021, se solicita que en la matriz lista de asignaciones colocar el número de PPI asignada a cada profesional por creación de PPL 2 Cronograma de Concurso. 3.- Instructivo para Concursos de Méritos y Oposición para la aplicación del artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID 19, adjunto. [...]”.

13.2. El despacho en la evacuación de la prueba solicitó a los demandados que, respecto al cronograma presentado, en la fase que consta en el documento como “pasos previos” del primer casillero “documentación, certificados e informes (fs. 75 y fs. 79), ¿En esta fase es cuando se requiere la presentación de las carpetas que se refirió la accionante o no? La parte demandada indicó que no, explica que ese casillero alude a cuando se solicita la documentación de parte del Coordinador Zonal para el inicio del concurso. Las carpetas se revisan por un grupo designado cuando se apertura el concurso; con la disposición del inicio del concurso se procede a la revisión de las carpetas. Indicó que a la fecha presente no hay concurso activo, el último fue de la cuarta fase, esto debido a la declaratoria de inconstitucionalidad del Art. 25 de la LOAH.

14. PRUEBAS SOLICITADAS POR EL JUZGADO. – Con fundamento en el inciso tercero del Art. 14 de la LOGJyCC se solicitó a los demandados que lo siguiente:

14.1. Se disponga al funcionario que corresponda, informe a este despacho, la fecha de entrega de la carpeta que menciona la actora, y cuál fue el tratamiento que se dio a esa documentación.

14.2. Se ordene al funcionario competente que informe a este despacho, el estado laboral actual de la accionante, remitiendo una copia certificada de su contrato o nombramiento según corresponda.

14.3. En virtud de que, dentro del alegato inicial de la parte actora, se indicó que existiría necesidad definitiva del cargo o labor que realiza la accionante en la entidad demandada, se requiere se disponga al competente funcionario que informe si existe un concurso activo para su puesto de trabajo.

14.4. Se ordene al competente funcionario del MSP que se informe a este despacho si existe a la presente fecha un concurso o trámite activo que tenga por finalidad dar cumplimiento al Art. 25 de la LOAH así como sus varios reglamentos, informando su estado actual en caso de haberlo.

14.5. Las peticiones fueron solventadas con el ingreso de los contratos de servicios ocasionales entre el MSP y la accionante (fs. 112-116); el certificado de fecha 30 de diciembre del 2021 emitido por la Analista Distrital de Talento Humano 01D03 GIRÓN-SANTA ISABEL, del MSP (fs. 117), a esa fecha la accionante continuaba en labores para el MSP (2 períodos); y, un informe de la Ing. Laura Guanoquiza Naula, Analista Distrital de Talento Humano 01D03 GIRÓN-SANTA ISABEL (fs. 118-119).

15. CONTROVERSIA DE LA ACCIONANTE A LA PRUEBA PRESENTADA POR LOS ACCIONADOS Y A LA SOLICITADA POR LA JUDICATURA. – La audiencia fue suspendida, entre otros, para que la parte accionante y PGE puedan revisar la documentación presentada como prueba por los demandados en la audiencia; y, a fin de que los demandados presenten elementos solicitados por parte del juzgado:

15.1. Con respecto al informe que incluye capturas de pantalla de la red social de Whatsapp (fs. 118-120). – La accionante indica que, de ese chat, la accionante hace una consulta a sus superiores respecto a su carpeta, le respondieron que no estaría dentro de las fechas de emergencia sanitaria, lo cual los llevó a determinar que existe un grave error de parte de los accionados, pues la actora trabaja desde el 23 de septiembre del 2020, atendiendo directamente a pacientes COVID, lo que consta certificado por la misma institución demandada (en las pruebas presentadas por la accionante).

15.1.1. Se menciona además que en fecha 08 de agosto presentó la carpeta, cuando su carpeta fue presentada con muchísima anterioridad. La oficina Técnica de Nabón realizó todas las gestiones para la revisión por la Dirección Distrital previa a la gestión de los nombramientos, la Dirección Distrital recibió la carpeta, entienden que cumplió con los requisitos, y que Planta Central es la que no da las indicaciones posteriores. Alude a la documentación presentada por los demandados a petición del juzgado, se menciona que desde el mes de septiembre del 2021 se llevó a cabo el último concurso, sin que esté pendiente fases del concurso, cuando la accionante presentó su carpeta antes de la fecha del último concurso.

15.2. Respecto al documento de fs. 75, Circular MSP-CZONAL6-2021-2043-C, “Concurso de Méritos y Oposición para la Aplicación del Art. 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis Sanitaria del COVID 19 (CUARTA FASE)”, en el cuadro, el primer paso previo “Documentación, certificados e informes”, inició el 08 de septiembre del 2021, finalizando el 10 de septiembre del 2021, hizo notar la accionante que su carpeta fue entregada mucho antes de estas fechas y del cuadro, estas fechas corresponden a más de un mes después de que tuvieron conocimiento de la carpeta de la accionante.

16. CONTROVERSIA DE PGE A LA PRUEBA PRESENTADA POR LOS ACCIONADOS Y A LA SOLICITADA POR LA JUDICATURA: No compareció a la reinstalación pese a su notificación.

17. RÉPLICA DE LA ACCIONANTE (00:12:25 reinstalación). – La accionante ingresó a trabajar en septiembre del año 2020, es decir, en plena emergencia sanitaria bajo la modalidad de servicios ocasionales en calidad de médico obstetra, presentando un servicio completamente necesario, nada temporal para la institución del MSP y atendiendo directamente a pacientes COVID conforme a la documentación que fue adjuntada y practicada, adicional a ello, la accionante tiene una diversidad funcional o discapacidad auditiva del 50%.

17.1. El MSP dijo que lo que se buscaba con esta acción era la aplicación del artículo 25 de la LOAH, situación completamente ajena a su fundamentación a la demanda, en la cual se ha sostenido la omisión por parte del MSP que ha generado discriminación en este caso a la accionante, discriminación conexas con otros derechos que los podemos tener como la seguridad jurídica y el derecho al trabajo.

17.2. El MSP indicó que han violentado todos los derechos de las y los ecuatorianos al establecer esa medida en el artículo 25 de la LOAH, indica la accionante que está totalmente de acuerdo con el MSP, incluso en primera instancia era totalmente criticable, era necesario que se someta a un test de igualdad para observar si esta medida que se tomaba era o no era proporcional en sentido estricto, pues estaba generando discriminación en abstracto a otros sectores de la sociedad y efectivamente, así la Corte Constitucional lo declaró, pero no está en discusión ese particular, sino la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad en el momento en el cual la medida estaba vigente en el ordenamiento jurídico y que fue objeto de entrega de varios nombramientos provisionales a varias personas que ni siquiera adolecían o formaban parte del grupo de atención prioritaria, pese a que prácticamente habría estado obligada a dar atención pese a su condición y pertenencia al grupo de atención prioritaria, debía permanecer en su vivienda.

17.3. Aludió sobre la asignación de la partida presupuestaria del grupo 71, cuestión falsa, pues ella pertenece al grupo 51 de gastos corrientes, no son gastos para proyectos de inversión de ninguna forma. La accionante no forma parte del Grupo 71 de su partida presupuestaria, es decir, no es gastos de inversión, sería para formar parte del Grupo 51 porque es gastos de operación y esto se dilucida fácilmente si revisamos incluso el mismo artículo 28 de del Reglamento de la ley de presupuesto del sector público en la cual se determina cuáles son gastos de inversión y cuáles son gastos corrientes. Explicó que los gastos de operación son los gastos normales que sirven para prestar el servicio y los gastos de inversión son aquellos especiales que, de una u otra manera, no sirven en sentido estricto para prestar el servicio y que fundamentalmente, según el MSP, son dos y tienen que ver con el pago de los médicos brigadistas y analistas de inversión, la accionante no corresponde a ninguno de ellos, es médico obstetra, siendo netamente operativa. En caso de que existiera el error de pagarle con ese tipo de partidas, sería responsabilidad del MSP.

17.4. Respecto a que la accionante habría dado una sola atención médica, indica que la Ley no exigía una atención tasada, numérica. Respecto a la mención de los demandados a que existe una crisis de su presupuestaria terrible y probablemente así suceda y no solamente la crisis presupuestaria en el Estado deviene de la LOAH, sino de varios factores, falta de pago de impuestos, corrupción, etcétera y muchos factores más sumados a la emergencia sanitaria, pero sin embargo no implica que el Estado deba suspender la aplicación de los derechos puesto que imaginemos nosotros porque existe una crisis presupuestaria de Estado, no tendría la obligación en el caso de cubrir medicamentos para personas que tienen enfermedades crónicas y probablemente estas personas estarían frente al mismo supuesto.

17.5. La abogada del MSP reconoció oralmente que efectivamente se recibió la carpeta, al responder las preguntas en ese sentido, volvió a recalcar que se presentó la carpeta que sencillamente no sabía por qué no se había dado gestión, mencionando que a los funcionarios en ese entonces se les envió un mensaje, de una u otra manera se les hizo conocer si querían sujetarse al concurso de la LOAH, y en este caso reconoció entonces que ya estaba llevando a cabo los concursos.

17.6. Aludió a nombres de profesionales que en las mismas fechas de la doctora Avilés, fueron convocados a concurso y recibieron ya sus nombramientos definitivos. Existen personas que accedieron al beneficio del Art. 25 de la LOAH pese a que no presentaban la discapacidad que tiene la accionante, en este caso el MSP por omisión, no convocó a los concursos. La Corte Constitucional fue enfática en indicar que la declaratoria de inconstitucionalidad del Art. 25 de la LOAH no puede aplicarse retroactivamente a aquellos concursos que ya fueron convocados, pues ello significaría arbitrariedad.

18. MSP. – Insistió en que los funcionarios que accedieron al nombramiento presentaron su documentación por haber sido notificados con la apertura del concurso, luego de la cuarta convocatoria no se ha presentado nuevos concursos. Insiste en que la accionante no habría brindado atención a pacientes COVID durante la emergencia. En forma trascendente aludiendo a la discapacidad de la accionante, sostuvo que en ningún momento ha habido discriminación por el MSP en contra de la accionante.

19. ALEGATOS FINALES ACCIONANTE. – Manifestó que no persiguen la declaratoria de un derecho. Por el contexto de la pandemia, en Ecuador se emitieron varios estados de excepción (constitucionalmente no pueden durar indefinidamente) lo cual es diferente a la emergencia sanitaria, la prestación de servicios en estado de excepción es diferente a la de los estados de emergencia. La accionante prestó su contingente y atendió a pacientes con COVID 19 y posible COVID 19 durante la emergencia sanitaria que es lo que requiere el Art. 25 de la LOAH.

19.1. Varios meses anteriores a la entrega de la información personal de la accionante para acceder al beneficio del Art. 25 de la LOAH notificó a los demandados de su discapacidad física (04 de marzo del 2021).

19.2. Defendió su tesis respecto a que, la Disposición Transitoria novena de la LOAH ordenaba que el procedimiento del concurso sea realizado en seis meses, los demandados excedieron los tiempos pese a que la accionante entregó su información inclusive antes de la vigencia de la declaratoria de inconstitucionalidad de esas normas.

19.3. Si bien tenía que realizarse el concurso por fases la entidad demandada debió hacer prevalecer y respetar el derecho de la accionante como persona con discapacidad, formando el grupo de atención preferente con acciones afirmativas adecuadas, conforme demanda la CRE y la legislación vigente, con criterios objetivos y razonables.

19.4. Aludiendo a los demandados que indicaron que la fecha de convocatoria del último concurso habría sido desde el 08 al 10 de septiembre del 2021, probablemente no la accionante no fue convocada a concurso, pero la falencia por la falta de esa convocatoria no es imputable a la accionante, sino a la accionada.

19.5. En este caso, si existe duda, no puede aplicarse esa duda a favor del Estado, sino en favor de la persona más vulnerable, de la persona oprimida, respecto a las temporalidades de recepción de carpetas se ha afirmado algo que no consta del expediente.

19.6. La labor de la accionante como Obstetra no es una necesidad temporal, es permanente, no puede afirmarse lo contrario por parte de los demandados.

19.7. Considera que en este caso existe discriminación, violación fundamentalmente al derecho a la igualdad, anclado a otros derechos, y por eso es por lo que consideran que es esta acción la vía adecuada porque ninguna otra vía de carácter ordinario es adecuada para resolver el problema de accionante respecto a la discriminación, a ella no se le ha realizado una igualdad material pese a haberse justificado su discapacidad y haber tenido legalmente preferencia en la convocatoria de sus concursos.

19.8. Consideró que en este momento la accionante debería encontrar con nombramiento definitivo, laborando en la institución, el Estado tiene que responsabilizarse, la vulneración de estos derechos jamás puede recaer sobre los administrados.

19.9. Requiere que se resuelva bajo el respeto a la Ley, pero también desde nuestras emociones sin las cuales dejamos de ser humanos, no solamente haciendo este ejercicio de razonamiento, sino empleando el corazón, como lo dice Eduardo Galeano, sentir y pensar. En función de aquello requieren que se declare procedente esta garantía, se declaren vulnerados los derechos y en consecuencia se proceda a determinar los contenidos de reparación que sean necesarios para reparar las violaciones a los derechos de la Dra. Ana Felicita Avilés Carpio.

20. ALEGATOS FINALES ACCIONADOS. – No existió en audiencia la generación de nueva información o tesis de parte de la entidad demanda que respalden de otra forma los asertos contenidos en la contestación a la acción, la tesis de la parte demandada se contiene en el desarrollo de su contestación, la acción no cumple los requisitos legales, no existe vulneración de derechos, se solicita como pretensión que se rechace la acción.

21. ALEGATOS FINALES DE PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO. – No asistió a la reinstalación.

22. INTERVENCIÓN DIRECTA DE LA PARTE ACCIONANTE. – En forma trascendental el despacho pudo escuchar de forma directa la intervención de la Dra. Ana Felicita, quien expuso su autodeterminación, exteriorizó el arduo trabajo que ejecuta en la realidad en beneficio de toda esta jurisdicción, narra que arribó a sus labores como rural hace cuatro años, aprendió a amar a esta tierra por el amor a su profesión y a este lugar; está convencida de que su acción es justa para poder continuar sirviendo a la población de las comunidades, a las mujeres de esta jurisdicción, lo cual le proporciona una profunda satisfacción como profesional al poder ayudar con los controles prenatales y la atención permanente a las pacientes por ser la persona que tiene empatía y conoce la real situación de cada mujer incluso de muchas comunicadas de quienes se ha podido ganar la confianza.

22.1. A las preguntas del despacho explicó (por medio de su patrocinio) que actualmente se encuentra trabajando en el mismo lugar teniendo en cuenta y añadiendo que este ya sería un nuevo período fiscal incluso bajo la modalidad de contratación servicio nacional estamos hablando desde el período fiscal: 2020, 2021 y 2022.

23. FORMULACIÓN DE PROBLEMAS JURÍDICOS. –

23.1. ¿La entidad demandada vulneró por omisión los derechos de la accionante a la seguridad jurídica contenido en el artículo 82 de la CRE con relación a la protección constitucional de las Expectativas Legítimas?

23.2. ¿La entidad demandada vulneró por omisión los derechos de la accionante a la igualdad en su dimensión material contenido en los artículos 11 número 2 y 66 número 4 de la CRE?

24. LEGISLACIÓN GENERAL APLICABLE AL CASO EN CUANTO A LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN. – Como en otros casos, la CRE, norma suprema del Estado conforme a sus Artículos 424 y 425 se autodetermina como norma suprema, prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, dispone que las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; y, en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Norma manda que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

24.1. En cuanto a la acción de protección la CRE en su Art. 88 manda: “La acción de protección 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; 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.”.

24.2. La acción tiene como objeto lo determinado en el Artículo 39 de la LOGJCC: El amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la CRE y en los 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.

24.3. Para que la acción sea declarada con lugar tiene que cumplir los requisitos que se encuentran determinados en el Artículo 40 de la LOGJyCC: “[...] 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.”. Resulta procedente la acción al tenor del Artículo 41 del cuerpo legal invocado, en contra de, entre otros: “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.”.

24.4. Conforme al principio contenido en el Artículo 2 numeral 3 de la LOGJyCC, existe la obligatoriedad en las sentencias de observar los parámetros interpretativos de la CCE, al respecto, este organismo ha abordado respecto a la acción propuesta varias consideraciones en diferentes sentencias, así ha determinado que los jueces constitucionales deben centrar su análisis en la verificación de la vulneración de derechos, a fin de que la garantía cumpla el objetivo por la cual fue creada (222-16-SEP-CC/0439-12-EP), debiendo atender a la regla erga omnes (respecto a todos) que fue empleada en la sentencia 215-16-SEP-CC/0890-12-EP, jurisprudencia vinculante constante en la sentencia No. 001-16-JO-CC dentro del caso No. 0530-10-JP:

“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.”. Lo cual ha sido mantenido y desarrollado por la CCE en varias sentencias, una última de ellas, por ejemplo, No. 1266-16-EP/21 de 21 de julio del 2021 (párr. 28).

24.5. Es también importante destacar lo dicho en la sentencia No. 224-16-SEP-CC / 0346-12-EP: “En el modelo constitucional adoptado, el juez adquiere un rol protagónico en tanto debe velar por la eficiencia de los derechos consagrados en la Constitución de la República. Al respecto, el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia No. 102-13-SEP-CC dictada dentro del caso No. 0380-10-EP, determinó que: En este punto sobra recordar que la nueva corriente del constitucionalismo, en la que el Ecuador está inmerso, cuestiona la posición del juez como un simple “director del proceso” o espectador, pues mira al juzgador avocado al activismo judicial en miras de precautelar los derechos constitucionales, cumplimiento (sic) un rol proactivo durante la sustanciación de las garantías jurisdiccionales de los derechos, comprometido en alcanzar una verdadera justicia, tomando el ordenamiento jurídico y la realidad social como su fundamento.”.

24.6. La CCE en sentencia No. 215-16-SEP-CC, Caso No. 0890-12-EP, ha establecido lo siguiente:

“[...] Adicionalmente, se observa que la pretensión de los accionantes se circunscribe a que se declare que tienen derecho a una estabilidad laboral, debiendo recordarse que por medio de una acción de garantías jurisdiccionales se tutela derechos constitucionales, más no se convierte en un instrumento para declararlos. Esta Corte en la sentencia No. 013-13-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0991-12-EP, determinó que: Cabe resaltar que la Constitución de la República es el instrumento que reconoce los derechos constitucionales de las personas (...) y para tutelar efectivamente esos derechos reconocidos se ha provisto de las garantías jurisdiccionales. La acción de protección, como una garantía jurisdiccional, no puede ser concebida para fundar o declarar derechos, sino para tutelar y reparar integralmente cuando exista vulneración ya sea por acción u omisión de las autoridades no judiciales o de los particulares. Por tanto, no cabe y resulta inoficioso demandar una acción de protección cuando los derechos no existen previamente reconocidos en la Constitución o frente a meras expectativas que no generan derecho [...]”.

24.7. Respecto a la motivación, tratamiento de pruebas, manejo de hechos y decisión, la CCE ha determinado en varios fallos, la forma del tratamiento probatorio, en una importante sentencia identificable con el No. 639-19-JP/20 y acumulados del 21 de octubre del 2020, indicó lo que al caso aplica:

“[...] 91. La prueba en los procesos de garantías jurisdiccionales, a diferencia de los procesos civiles, penales, labores, entre otros, se rige por principios y reglas que le son propias y los caracteriza. Por su naturaleza jurídica se admite mayor flexibilidad en la forma de actuar los medios probatorios, que no son comunes en los procedimientos de justicia ordinaria. Esto debido a que el procedimiento en el que se conoce vulneraciones de derechos debe ser “sencillo, rápido y eficaz”, pues tales vulneraciones son de tal magnitud que para su verificación debe bastar con una actividad probatoria razonablemente flexible. Por el contrario, los litigios que demandan una actividad probatoria más compleja, son propios de la jurisdicción ordinaria. Por esta razón, por ejemplo, es admisible copias simples de documentos públicos, recortes de prensa, declaraciones de funcionarios públicos en medios de comunicación, y se aceptan categorías probatorias e instituciones flexibles, como la carga probatoria dinámica,

la inversión de la carga de la prueba, la formación de comisiones para recabar la prueba, o las presunciones cuando el elemento probatorio está en manos del presunto responsable por la vulneración de derechos. 92. Las pruebas que no deben ser valoradas en un proceso de garantías son las que se obtuvieron contra la Constitución, que son impertinentes o que impiden el principio de contradicción. [...]”.

24.8. Sobre la motivación como ejercicio de razonamiento imparcial, éste es una necesaria garantía cuyo cumplimiento permite alcanzar la justificación de la decisión, la necesidad de que toda decisión adoptada por los jueces deba contener requisitos mínimos para poder gozar de una fortaleza que permita su correcta materialización en la realidad objetiva así como la debida eficacia en la ejecución.

24.9. La CCE en la sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre del 2021, desarrolla lo anterior y determina los tipos de deficiencias motivacionales a fin de que las decisiones que se adopten gocen de una motivación completa. Una decisión motivada se aleja de la arbitrariedad, en contrario, la decisión sin motivación se constituye en un mandato de cumplimiento obligatorio (ejecución) que emana de un órgano judicial, pero no necesariamente y en todos los casos es apegado a derecho (Art. 76, numeral 7, literal I de la CRE).

24.10. Los vicios motivaciones en general a evitar son: incoherencia, la inatención, la incongruencia y la incomprensibilidad. (Sentencia C.C. No. 1158-17-EP/21).

24.11. Una decisión motivada se aleja de la arbitrariedad, en contrario, la decisión sin motivación se constituye en un mandato de cumplimiento obligatorio (ejecución) que emana de un órgano judicial, pero no necesariamente y en todos los casos es apegado a derecho (Art. 76, numeral 7, literal I de la CRE).

24.12. El numeral cuarto del Artículo 130 del COFJ ordena como facultad jurisdiccional de juezas y jueces: “Motivar debidamente sus resoluciones. 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. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos.”.

24.13. El Artículo 11.6 de la CRE manda. “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.”, respecto a lo anterior la sentencia de la Corte Constitucional No 146-14-SEP-CC, caso No. 1773-11-EP se ha referido al contenido de la norma transcrita:

“Así, conforme lo dispuesto en el artículo 11 numeral 6 de la Constitución de la República, todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. Inalienables en el sentido de que los derechos constitucionales no pueden ser negados a ninguna persona; irrenunciables, por cuanto estos no pueden ser privados, ni su titular puede renunciar a ellos; indivisibles, en razón de que los derechos no pueden ser disgregados de los demás derechos, deben actuar todos de forma interdependiente, relacionados unos con otros, ya que son la base en la que se asienta el aparato estatal. Finalmente, nuestra Constitución de la República determina que los derechos constitucionales son de igual jerarquía y de aplicación directa, en el sentido de que todos tienen el mismo valor e importancia, y requieren la misma protección por parte del Estado, es decir, todos los derechos constitucionales, sin distinción alguna, son justiciables. En este sentido, los derechos constitucionales deben

ser observados desde todas las dimensiones que abarcan, ya sea desde el análisis de la función que cumplen, de su desarrollo infraconstitucional, así como de las modalidades que estos pueden tener; análisis bajo el cual, el juez constitucional, caso a caso, debe discernir acerca de si se trata de la vulneración de un derecho constitucional como tal o del reconocimiento de la titularidad de un derecho -justicia ordinaria.”.

24.14. En consecuencia, en nuestro estado constitucional, en construcción y desarrollo actual, la motivación no es opcional, es una facultad/obligación del juez por así disponerlo la CRE, el COFJ, y los tratados internacionales (Arts. 8 y 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos), que legitima ante el auditorio social las decisiones adoptadas, puede afirmarme que sin motivación no hay protección judicial, la ausencia de motivación va en contra de la seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y el debido proceso (Arts. 82, 75 y 76.3 de la CRE) como derechos de los ciudadanos.

25. RESPUESTA A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS EN CUANTO A LOS DERECHOS QUE LA ACCIOANTE AFIRMA HAN SIDO VULNERADOS. – En contexto, la accionante considera que el MSP ha vulnerado sus derechos a la seguridad jurídica con relación a las expectativas legítimas; y, a la igualdad material debido a que, por omisión, ha sido acreedora de un trato discriminatorio porque en las fases de los concursos generados no prevaleció el respeto a sus derechos como persona perteneciente al grupo de atención prioritaria por tener discapacidad física auditiva del 25%, el MSP en consecuencia de ello, ha impedido que, respetando su derecho haya obtenido el nombramiento que de acuerdo con el Art. 25 de la LOAH le corresponde, pese a que cumplió todos los requisitos cuando aquella norma estuvo en vigencia, era aplicable y en consecuencia se le debió considerar, tanto más que notificó al MSP que tiene una discapacidad lo cual al no ser considerado por los demandados vulneró su derecho a la igualdad en su dimensión material contenido en los artículos 11 número 2 y 66 número 4 de la CRE.

26. A fin de solventar eficazmente los problemas jurídicos planteados, se va a partir refiriendo que el Art. 25 de la LOAH disponía:

“[...] 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. [...]”.

27. La Disposición Transitoria Novena de dicha norma establecía:

“[...] 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. [...]”.

28. Para poder materializar el contenido de esas disposiciones, se expidieron: el Reglamento General de la LOAH para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID 19, el cual en su Art. 10 reglaba un procedimiento:

“[...] Estabilidad laboral: Para la aplicación del artículo 25 de la Ley, previo al otorgamiento de nombramientos definitivos, los subsistemas de la Red Integral Pública de Salud, deberán definir las necesidades del contingente de talento humano de acuerdo con la planificación territorial, criterios técnicos y racionalización del personal requerido en los establecimientos de salud. Este análisis deberá contextualizarse en todo el territorio nacional considerando los criterios geográficos establecidos y consensuados entre el Ministerio del Trabajo y el Ministerio de Salud e Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Los concursos de méritos y oposición se ejecutarán de manera paulatina por fases siempre y cuando la necesidad de profesionales y trabajadores de la salud se respalde en la planificación de talento humano que debe ser validada y consolidada por el Ministerio de Salud y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en el ámbito de sus competencias. Para este propósito, las Entidades Operativas Desconcentradas deberán contar con la disponibilidad presupuestaria correspondiente con cargo al ejercicio fiscal que corresponda emitida a través del sistema de gestión financiera, se deberá contar con disponibilidad presupuestaria de ingresos permanentes que garanticen la sostenibilidad financiera de este gasto en el tiempo. Con la correspondiente certificación presupuestaria de estos recursos, el establecimiento de salud podrá iniciar los procedimientos para conferir los nombramientos a los profesionales y trabajadores de la salud beneficiarios. Para el efecto se considerará a los médicos y aquellos profesionales y trabajadores de la salud, en ambos casos, en funciones relacionadas directamente con la atención médica a pacientes con diagnóstico de COVID19. El Ministerio de Trabajo en coordinación con el Ministerio de Salud Pública como Autoridad Sanitaria Nacional definirán las denominaciones y condiciones de puestos sujetos a este artículo. [...]”.

29. Cronológicamente la LOAH tuvo vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial (22 de junio del 2020), su Reglamento General tuvo vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial (en adelante R.O./05 de octubre del 2020); el Acuerdo No. MDT-2020-232 (Norma Técnica para la aplicación de los concursos de mérito y oposición dispuestos en el artículo 25 de la LOAH) entró en vigor a partir de su suscripción (20 de noviembre del 2020); y, el Reglamento para la Aplicación del Artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y Artículo 10 de su Reglamento General tuvo vigor a partir de su expedición, el 02 de julio del 2021.

30. Los artículos de la LOAH, Reglamento; así como, el Acuerdo y El Reglamento para la Aplicación anteriores fueron declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional mediante Sentencia No. 18-21-CN/21 y acumulado, de fecha 29 de septiembre del 2021, publicada en el R.O. E.C. 245, 01-XII-2021 y su Auto de aclaración No. 18-21-CN/21 y acumulado, de fecha 17 de noviembre del 2021.

31. Mediante dicha sentencia y su auto de aclaración fueron declarados inconstitucionales:

“[...] 1. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19 y de la Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19. 2. Declarar, por conexidad, la inconstitucionalidad del

artículo 10 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID 19, la Norma técnica para la aplicación de los concursos de mérito y oposición dispuestos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, y el Reglamento para la Aplicación del Artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y Artículo 10 de su Reglamento General. 3. Señalar que lo dispuesto en esta sentencia surtirá efectos a futuro, a partir de la publicación de este fallo en el Registro Oficial y no tendrá efecto alguno respecto a concursos de méritos y oposición efectuados bajo el régimen excepcional establecido en dicha norma, tanto de aquellos terminados como aquellos que se encuentran en curso en cualquier etapa a partir de su convocatoria. Así también de aquellos nombramientos ya obtenidos como producto de la interposición de acciones de protección. Esto debido a que dichas normas hasta ese momento se presumían como constitucionales y por cuanto generaron legítimas expectativas para quienes se encuentran participando en concursos legalmente convocados y en curso. 4. Determinar que, en relación a las dos consultas presentadas, el juez consultante y la jueza consultante no deben aplicar en sus resoluciones las disposiciones declaradas inconstitucionales mediante esta sentencia. Esto debido a que ya no gozan de presunción de constitucionalidad y ser contrarias a derechos constitucionales. [...]”.

32. El mismo Organismo, en el auto de aclaración (17 de noviembre del 2021), dispuso:

“[...] 21. Respecto a la solicitud de la primera peticionaria cabe aclarar que las sentencias constitucionales que gozan de cosa juzgada formal y material, es decir aquellas decisiones que son definitivas y no pueden ser modificadas por nuevos recursos y cuyos efectos son irrevocables, en las que se dispuso se convoque y realice el concurso dispuesto en las normas del artículo 25 y disposición transitoria novena de la Ley de Apoyo Humanitario, vigentes a la época, no han perdido valor jurídico, son de obligatorio cumplimiento y corresponde la ejecución de su decisión. Esto en razón de que las sentencias y dictámenes constitucionales “son de inmediato cumplimiento” y los jueces y juezas tienen la obligación de “ejecutar las sentencias en materia constitucional que hayan dictado.”. En relación a la solicitud de la segunda peticionaria cabe aclarar que, respecto a las frases “procesos ya en curso” y “expectativas legítimas” en la sentencia, dichas frases citadas se encuentran relacionadas específicamente con los concursos de méritos y oposición. La Corte se refiere a los procesos administrativos que ya se han ejecutado y aquellos que se están ejecutando en sede administrativa y no respecto a los procesos judiciales que no gozan de cosa juzgada, tal como se explicó en el párrafo anterior respecto a la solicitud de aclaración de la primera peticionaria. Los procesos judiciales que sigan en curso no podrán aplicar las normas declaradas inconstitucionales a partir de la publicación de la sentencia 18-21-CN/21 y acumulado y de este auto de aclaración en el Registro Oficial. [...]”.

33. Para poder resolver los problemas jurídicos, resulta trascendental dilucidar si la accionante estuvo dentro de un proceso ya en curso, con lo cual se habría generado en su favor una expectativa legítima protegida por la CRE y la Ley.

34. La tesis que sostiene la accionante corresponde a que: sí, ella estuvo inmersa en el concurso desde que se le solicitó la entrega de la documentación por el MSP y la entregó el 25 de junio del 2021 en la oficina técnica 01D05 Nabón-Oña.

35. ¿De acuerdo con la Ley, ¿cuándo iniciaba el concurso? - El Acuerdo No. MDT-2020-232 (Norma Técnica para la aplicación de los concursos de mérito y oposición dispuestos en el

artículo 25 de la LOAH), disponía el debido proceso para el concurso de oposición y méritos, su artículo 1 definía su objeto:

“[...] El objeto de la presente norma es establecer el proceso del concurso de méritos y oposición, mediante el cual se otorgará un nombramiento permanente a los profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19) con un contrato ocasional o nombramiento provisional en los centros de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud (RIPS), de conformidad a lo establecido en el artículo 25 y Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria derivada del COVID-19; y, artículos 10 y 40 de su Reglamento [...].

36. Para la planificación de Talento Humano, el Artículo 3 Ídem disponía que:

“[...] Las Unidades de Administración del Talento Humano de las entidades de la Red Integral Pública de Salud definirán las necesidades del contingente del talento humano y las incluirá en su planificación mediante informe que se elaborará en base a: 1. Criterios técnicos del personal requerido en los establecimientos de salud y de conformidad a las denominaciones de los puestos establecidas en sus respectivos manuales de clasificación y valoración de puestos; 2. Los justificativos de que los profesionales de la salud cumplen con los requisitos establecidos en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y su Reglamento; 3. Que los profesionales de la salud hayan ingresado bajo la modalidad de contratos de servicios ocasionales o nombramientos provisionales; 4. No se considerarán partidas que se encuentren en litigio o aquellas que posean un servidor titular. 5. No se considerará a los profesionales de la salud que tengan nombramiento permanente en la Red Pública Integral de Salud; y, 6. Contar con la certificación presupuestaria que acredite que el puesto esté debidamente financiado. En los casos de servidores que desempeñen sus funciones bajo la modalidad de contratos de servicios ocasionales, la Unidad de Administración del Talento Humano institucional, en base al informe de planificación del talento humano descrito en el presente artículo, solicitará la creación del puesto. Una vez creado el puesto, se procederá con el trámite del concurso de conformidad a lo determinado en el presente Acuerdo. [...]”.

37. La norma invocada, reglaba en su Art. 4 que, una vez que la Unidad de Administración del Talento Humano cuente con el informe determinado en el artículo 3 de dicho Acuerdo, dará inicio al proceso de concurso de méritos y oposición, respetando el siguiente procedimiento:

“[...] 1. Planificar y dar inicio al proceso de Concurso de Méritos y Oposición mediante informe técnico de la Unidad de Administración del Talento Humano; 2. Notificar el inicio del proceso selectivo mediante correo electrónico (institucional y personal) al servidor beneficiario de los preceptos establecidos en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y su Reglamento, para lo cual verificará que permanezca en funciones. De manera simultánea, deberá solicitar al Ministerio del Trabajo la designación del Tribunal de Méritos y Oposición; 3. El Ministerio del Trabajo deberá conformar el Tribunal de Méritos y Oposición en el término de hasta tres (3) días contado desde la recepción del pedido de designación del Tribunal; 4. En el término máximo de siete días (7) días de recibida la notificación de inicio del proceso, el cual le acreditará como postulante, el servidor deberá remitir al Tribunal de Méritos y Oposición los sustentos de los requisitos solicitados. En caso de que el servidor no remita la mencionada documentación, se entenderá como desistimiento de la postulación; y, 5. Conformar el Tribunal de

Apelaciones en el término de hasta tres (3) días de haberse iniciado el proceso de concurso. [...]”.

38. De acuerdo con lo anterior, la accionante para estar inmersa en el proceso debió ser notificada con el inicio de dicho proceso selectivo a su correo personal e institucional, lo cual, en el caso de la accionante no ocurrió, en consecuencia, no tuvo la calidad de concursante porque el proceso con relación al cargo de la actora no inició, a diferencia de otros funcionarios que fueron convocados en las primeras fases, lo cual no es imputable al MSP debido a que la misma norma determinó el procedimiento por fases luego de la coordinación interinstitucional entre la Unidad de Administración del Talento Humano del MSP, el Ministerio de Trabajo e Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (Art. 10 del Reglamento General de la LOAH).

39. ¿Cómo debía entregarse los datos por parte de la accionante para la validación? – De acuerdo con el Reglamento para la Aplicación del Artículo 25 de la LOAH y Art. 10 de su Reglamento General, la accionante debía ser notificada por el MSP para la carga de datos en una plataforma electrónica, esta norma entró en vigor en la fecha de su expedición: 02 de julio del 2021, de acuerdo con su ámbito de aplicación (Art. 2) la accionante y el MSP debían observarla al momento de ser notificada con el inicio del procedimiento, esta norma, entre otros, definía en su glosario lo siguiente:

“[...] 2. Carga de documentos. - Acción de asociar requisitos documentales a un trámite y almacenarlos en un repositorio digital. (...) 5. Plataforma “GOB.EC”. - Guía oficial de trámites y servicios del Ecuador que permite consultar y realizar trámites en línea. [...]”.

39.1. La accionante no fue notificada antes de la emisión de dicha norma, en consecuencia, se entiende que una vez notificada debía observar el debido proceso que dicha legislación contiene.

40. La información para entregar por parte de la accionante al MSP para acceder al beneficio del Art. 25 de la LOAH debía ser cargada inexorablemente a la plataforma electrónica en mención, luego de la notificación a su correo electrónico personal o institucional con el inicio del procedimiento, porque así lo dispone el Art. 4 del Reglamento para la aplicación, cuando manda:

“[...] Art. 4.- Trámite para la carga de Requisitos en línea. - La solicitud de acceso al beneficio establecido en los artículos 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19 y 10 de su Reglamento General de aplicación, deberá ser realizada por el beneficiario a través del enlace habilitado en la plataforma “GOB.EC”, en donde se deberá cargar los datos e información requerida para dicha finalidad conforme a los términos establecidos en el presente Reglamento. La carga de los datos e información se realizará de acuerdo al formato constante en el formulario preestablecido y los módulos habilitados en dicha plataforma. [...]”.

41. A fin de que no quede duda alguna de lo dicho, el Art. 9 del Reglamento para la Aplicación del Artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y Art. 10 de su Reglamento General disponía:

“[...] Plazo para realizar el trámite en la Plataforma GOB.EC.- La Dirección Nacional de Talento Humano del Ministerio de Salud Pública, una vez concluida la socialización de estos lineamientos conforme lo previsto en el presente Reglamento, notificará a las Coordinaciones Zonales del inicio del trámite “Declaración de Responsabilidad sobre información para nombramientos definitivos por la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario”,

luego de lo cual los beneficiarios dispondrán de un término no mayor de cinco (5) días para realizar la carga de la información detallada en los formularios preestablecidos y de la información habilitante referida en los artículos 5 y 8 del presente instrumento. Será responsabilidad de cada Coordinación Zonal, informar al personal del inicio del proceso, con el objeto de que los beneficiarios puedan acceder a la plataforma y realizar la carga de la información referida en el presente Acuerdo Ministerial. [...]”.

42. Como vemos, la accionante debía cumplir con la validación de los documentos cargándolos en la plataforma dispuesta para tal efecto en el Reglamento para la Aplicación (Art. 11), no mediante la entrega física que la realizó en fecha 25 de junio de 2021, en la oficina técnica 01D05 Nabón-Oña, pues ello es contrario a dicho Reglamento; es de hacer notar que, luego de la notificación por parte del MSP al correo electrónico personal o institucional la accionante habría adquirido la calidad de postulante y no antes como ha sostenido como uno de los fundamentos base de su acción, así lo dispone el Art. 4.4. del Acuerdo No. MDT-2020-232 (Norma Técnica para la aplicación de los concursos de mérito y oposición dispuestos en el artículo 25 de la LOAH), que entró en vigor el 20 de noviembre del 2020 y que, textualmente manda:

“[...] Art. 4.- Del procedimiento. - Una vez que la Unidad de Administración del Talento Humano cuente con el informe determinado en el artículo 3 del presente Acuerdo, dará inicio al proceso de concurso de méritos y oposición, de acuerdo al siguiente procedimiento: (...) 4. En el término máximo de siete días (7) días de recibida la notificación de inicio del proceso, el cual le acreditará como postulante, el servidor deberá remitir al Tribunal de Méritos y Oposición los sustentos de los requisitos solicitados. En caso de que el servidor no remita la mencionada documentación, se entenderá como desistimiento de la postulación; y, [...]”.

43. De acuerdo a la ley transcrita, la acreditación de postulante, la calidad de ser postulante de la actora se produce luego de recibida la notificación a su correo institucional o personal con el inicio del proceso, lo cual hace que la tesis sostenida por la actora respecto a considerar que el MSP omitió observar las normas anteriores, dado el hecho de que, cuando le solicitaron los documentos, le daba la calidad de estar inmersa dentro del procedimiento y dentro del concurso público de méritos y oposición, pues sostuvo que el sólo hecho de la solicitud de esos documentos, la sola solicitud, le hacía entender que el proceso inició en sentido estricto, sea errada, es un error estructural que obedece a una apreciación personal, pero no se encuentra en armonía con la Ley aplicable que determina de forma diferente cuándo se le consideraba participante en el concurso y cuando iniciaba.

44. La seguridad jurídica ha sido determinada como derecho de protección en el Art. 82 de la CRE, impone el respeto a la CRE y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

45. La Seguridad Jurídica como derecho de protección de los ciudadanos y como obligación por parte del estado y toda persona particular (Art. 83.1 de la CRE), ha recibido tratamiento por parte de la CCE, Organismo que ha indicado en varios fallos, como ejemplos:

A) No. 215-16-SEP-CC/0890-12-EP: “De lo anotado, es innegable que la seguridad jurídica al ser un derecho constitucional constituye un elemento esencial en la vida social, pues su observancia en cuanto a la aplicación normativa en los diferentes procesos judiciales otorga confianza no solo a quien recurre a los operadores de justicia para demandar un derecho, sino también para la persona contra quién se dirige la acción, respecto de que el administrador de justicia competente se abstenga de realizar actos o resoluciones arbitrarias.”;

B) No. 225-16-SEP-CC / 1647-13-EP: En la sentencia No. 016-15-SEP-CC estableció: “Según lo establece la Constitución de la República en su artículo 82, el derecho constitucional a la seguridad jurídica se sustenta en el respeto a las disposiciones constitucionales y en la existencia de normas jurídicas previamente establecidas, las mismas que deberán ser claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, pues de este modo se logra la certeza y confianza de los ciudadanos ante el cumplimiento de la legislación en nuestro país. Por ello, corresponde a las autoridades públicas acatar y respetar el ordenamiento jurídico, caso contrario, deviene una incertidumbre en torno a la aplicación de dichas normas.” [...] En virtud de las consideraciones señaladas, se evidencia que la seguridad jurídica en el marco constitucional vigente se constituye en un derecho y a su vez en una obligación de las autoridades competentes; y,

C) No. 236-16-SEP-CC / 1338-12-EP: De esta forma, el derecho a la seguridad jurídica cumplirá una doble función, ya que por un lado se establece una obligación de toda autoridad competente y por otro lado, el derecho a todas las personas que puede ser exigido en cualquier momento. De igual forma, mediante la sentencia No. 075-15-SEP-CC, caso No. 0471-13-EP, la Corte Constitucional considera que: “Mediante un ejercicio de interpretación integral del texto constitucional se determina que el derecho a la seguridad jurídica es el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos.”.

46. En la sentencia por medio de la que se declaró la inconstitucionalidad del Art. 25 de la LOAH y las normas conexas, se determinó que dicha declaratoria no tendrá efectos, entre otros, en los procesos en curso, refiriéndose a los concursos de méritos y oposición, dentro de los cuales, como ha quedado identificado de acuerdo con el numeral 4.4. del Acuerdo no. MDT-2020-232 (norma técnica para la aplicación de los concursos de mérito y oposición dispuestos en el artículo 25 de la ley orgánica de apoyo humanitario), iniciaba con la notificación a la accionante, lo cual le acreditaba como postulante, lo que significa fuera de toda duda que, respecto al cargo para la accionante como Obstetra 1, no inició el proceso, no estando en curso y en consecuencia no tiene una expectativa legítima conforme la propia Corte ha sentenciado.

47. La misma accionante señaló con toda la razón en su acción: “[...] que la misma Corte Constitucional ha dicho en definitiva que, para determinar si el participante, ha podido alcanzar una expectativa legítima es necesario dilucidar si ha reunido las condiciones para el ejercicio de un cargo público, aunque aún estén pendientes actuaciones posteriores que formalicen la titularidad de dicho cargo, caso contrario nos encontraríamos frente a una mera expectativa”, pero en este caso el MSP siguió los procedimientos acorde al debido proceso que el Asambleísta configuró para estos casos en la legislación aplicable, respecto a la cual la accionante no presentó todos los justificativos para analizar el cumplimiento de los requisitos referidos, por no haber sido notificada para su carga en la plataforma electrónica como lo señaló en su acción escrita y oral (Véase fundamentos de la acción respecto al Derecho a la Seguridad Jurídica en Relación con la protección Constitucional de las Expectativas Legítimas), el proceso respecto a ella para el cargo de Obstetra 1 no inició, debido a que durante la ejecución de las fases de los concursos se emitió la declaratoria de inconstitucionalidad, que entró en vigencia antes de que la accionante sea notificada con el inicio del concurso que le beneficie, por ende, no se configuró en su beneficio la previsibilidad que se habría generado de estar inmersa en ese procedimiento administrativo. Si bien es cierto el alegato de apertura, se solicitó por parte de la accionante que se ordene el inicio inmediato de todos los actos administrativos y que se le entregue el nombramiento definitivo (declaratoria de un derecho) este despacho considera que esto no fue inapropiado porque dentro del contexto de la acción como tal, lo que solicitó la accionante estaba previsto en la misma ley (Art. 25 de la LOAH), porque así gramaticalmente fue estructurada: conceder de inmediato el nombramiento dentro de un concurso que no tenía las condiciones de tal.

48. Tampoco el MSP incumplió con los plazos determinados en la norma sin justificación alguna pues, el Acuerdo y el Reglamento de Aplicación fueron emitidos en forma posterior a la LOAH y a su Reglamento General y configuraron una serie de procedimientos que debían ser realizados en varias fases de concursos, siendo razonable que por el número de profesionales de la salud y la complejidad y articulación del trámite haya tomado más tiempo del previsto en los cálculos iniciales de la norma lo cual no le es imputable al MSP porque no dependía únicamente de esa institución, sino de articulación a generar con el Ministerio de Trabajo y con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, lo cual se demuestra con la propia prueba de la actora (impresión de una captura de pantalla, de la página oficial del MSP: [https://www.salud.gob.ec/msp-entrego-nombramientos-a-profesionales-de-la-salud-en-cumplimiento-a-la-ley-humanitaria/.](https://www.salud.gob.ec/msp-entrego-nombramientos-a-profesionales-de-la-salud-en-cumplimiento-a-la-ley-humanitaria/))

49. Si bien en su primera intervención oral la accionante consideró que estos concursos excepcionalísimos en su procedimiento, etapas y evaluación se encontraban plenamente justificados, pues al generarse circunstancias fácticas de desigualdad, la respuesta por parte del Estado debió ser inmediata pero no solo en la formulación de medidas de acción afirmativa, sino fundamentalmente en la ejecución de las mismas, indicó además que pretender dar el mismo trato a los funcionarios médicos que laboraron en las condiciones expuestas que a los demás funcionarios públicos, en la ejecución de los concursos de méritos y oposición, implicaría el desconocimiento de las medidas afirmativas contenidas en la LOAH vulnerando el derecho a la igualdad material, pues, el mismo sistema jurídico ha generado las condiciones especiales que debieron considerarse; luego cambió de parecer al indicar en la reinstalación que está totalmente de acuerdo con el MSP, incluso en primera instancia era totalmente criticable, era necesario que se someta a un test de igualdad para observar si esta medida que se tomaba era o no era proporcional en sentido estricto, pues estaba generando discriminación en abstracto a otros sectores de la sociedad y efectivamente, así la Corte Constitucional lo declaró (véase número 17.2 del fallo).

50. La Corte Constitucional en su sentencia determinó que en las acciones posteriores que se presenten debe aplicarse el contenido de esa sentencia, por tanto, estas normas ya no se presumen constitucionales, no pudiendo ser aplicadas sino únicamente de forma ultra activa (bien explicado en el desarrollo oral de la parte accionante, en su réplica y alegato final) pero siempre y cuando el proceso de concurso haya iniciado, haya estado en curso, en cuyo caso la inconstitucionalidad de las normas no podría haber afectado las legítimas expectativas de la accionante porque aquellas sí se habrían generado.

51. El inciso final del Art. 16 de la LOGJyCC dispone que se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria, en este caso en concreto, analizada la propia prueba presentada por la accionante se denota que la documentación por ella presentada no fue ingresada en forma posterior a la notificación con el inicio del concurso en la plataforma electrónica creada para tal efecto y no le acredita como participante pues no inició el procedimiento.

52. Lo anterior es compatible con el informe dado por el MSP (fs. 119) en la parte pertinente explica que se encontraba, respecto a la accionante y otras personas generando los pasos previos de articulación anteriores al inicio del concurso:

“[...] ante ello con fecha 8 de agosto del 2021 se recibe en la unidad distrital de talento humano Memorando Nro. MSP-CZ6 01D03-OT05-2021-0833-M suscrito por la Med. Verónica Rodríguez R. Responsable de Provisión de la Oficina Técnica Nabón Oña Salud

con ASUNTO: VALIDACION DE EXPEDIENTE PARA APLICACIÓN DE LEY ORGANICA DE APOYO HUMANITARIA CONFORME REGLAMENTO PARA LA APLICACION DEL ART 25 DE LEY ORGANICA Y ART. 10 DEL REGLAMENTO GENERAL, PUBLICADO EN REGISTRO OFICIAL NRO. 497 DEL 19 JULIO 2021, en el cual se adjunta link en los cuales envía informes de expedientes presentados por los funcionarios de la Oficina Técnica Nabón - Oña y Certificados de documentos validados por los funcionarios de la oficina técnica, entre ellos se recibe informe y certificado correspondiente a la Obst. Ana Felicita Avilez Carpio para revisión en la Dirección Distrital; una vez revisado se recepta en la unidad de talento humano para consolidación en matriz de los funcionarios validados para envío a la Coordinación Zonal 6 - Salud y de esta a Planta Central del MSP, para que en el caso de contratos ocasionales se realice la gestión para la creación de nombramientos provisionales responsabilidad del Ministerio de Trabajo previa certificación de disponibilidad presupuestaria por parte del Ministerio de Finanzas, tal como determina la normativa Art. 115 Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. En base a esto indicar que hasta la presente fecha no se ha recibido la resolución de creación de partidas para otorgamiento de nombramiento para funcionarios con contrato ocasional por tanto no es posible la iniciación de un concurso de méritos y oposición. [...].”

53. Es por todo lo dicho que la entidad demandada no vulneró por omisión los derechos de la accionante a la seguridad jurídica contenido en el artículo 82 de la CRE con relación a la protección constitucional de las Expectativas Legítimas, pues, según la sentencia de la Corte Constitucional y los propios argumentos dados por la accionante, al no haberse iniciado el procedimiento y acreditado a ella como participante, no se generaron esas legítimas expectativas.

54. ¿La entidad demandada vulneró por omisión los derechos de la accionante a la igualdad en su dimensión material contenido en los artículos 11 número 2 y 66 número 4 de la CRE? – En el proceso ha quedado demostrado que la accionante tiene discapacidad auditiva del 50%, pertenece al grupo de atención prioritaria previsto en el Art. 35 de la CRE, lo cual fue notificado al MSP el 04 de marzo del 2021, antes de la presentación de la documentación relacionada a la aplicación del Art. 25 de la LOAH.

55. De acuerdo con el inciso segundo del Art. 10 del Reglamento General de la LOAH, los concursos de méritos y oposición para acceder al Art. 25 de dicha Ley se ejecutarían de manera paulatina, por fases, siempre y cuando la necesidad de profesionales y trabajadores de la salud se respalde en la planificación de talento humano que debe ser validada y consolidada por el Ministerio de Salud y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en el ámbito de sus competencias; y, para este propósito, las Entidades Operativas Desconcentradas deberán contar con la disponibilidad presupuestaria correspondiente, sin que se mencione en la norma la aplicación de acciones afirmativas en beneficio de los grupos de atención prioritaria.

56. La razón le asiste a la accionante en contexto, debido a que estos concursos carecían de elementos que lo configuren como tal, la Sentencia emitida por la Corte Constitucional que declaró la inconstitucionalidad de dichas normas, analizó que la propia norma invocada por la accionante para aplicar no respetaba el contenido del Art. 61.7 de la CRE: “[...] 7. Desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional. [...]”.

57. En esa sentencia la Corte concluyó que el artículo 25 y la Disposición Transitoria Novena, al establecer un concurso cerrado y con un ganador ya determinado, desnaturalizan al derecho a acceder al servicio público mediante un concurso de méritos y oposición conforme la normativa constitucional que debía respetar la discapacidad de la accionante, no obstante, estuvo configurada de esa forma y por ello fue expulsada del ordenamiento jurídico, lo cual resulta compatible con las alegaciones iniciales del MSP y de PGE, así como con las alegaciones finales del MSP.

58. Razonablemente no existe un trato discriminatorio en la intencionalidad de los demandados que acataron una norma que se presumía constitucional, y que, a partir de la emisión de la Sentencia de la Corte, por irrespetar varios derechos, incluyendo los que le cobijan a la accionante por su discapacidad, fue expulsada del ordenamiento jurídico, no existiendo prueba en concreto de que la accionante haya sido la única persona con discapacidad que no pudo acceder al favor de la norma prevista en el Art. 25 de la LOAH.

59. Nuestra CRE en el numeral 2 del Art. 11 manda que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, la Ley Suprema prohíbe la discriminación 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, inclusive se establece que la ley sancionará toda forma de discriminación; y, que el Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

60. La Carta Fundamental CRE en el Art. 66.4 claramente determina que todos gozamos del derecho de libertad a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

61. La CortelDH, en el cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 14: Igualdad y no Discriminación, indica, aplicablemente al caso, lo siguiente:

“[...] 1.1. Alcance del principio de igualdad y no discriminación, carácter de jus cogens Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4. 55. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o 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 de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza. En el mismo sentido: Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 45; Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 87. Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. 83. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no

discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados [...], al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que "[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio". 88. El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias. [...]"

62. La CCE en sentencia No. 258-15-SEP-CC, Caso No. 2184-11-EP, ha indicado lo siguiente:

"[...] La Constitución de la República, a través del artículo 66 numeral 4, reconoce y garantiza el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. En este sentido, la Corte Constitucional, mediante sentencia, ha señalado que el derecho a la igualdad debe ser entendido sobre la base de dos dimensiones: la formal y la material: a) La dimensión formal, se expresa por la misma Constitución en su artículo 11 numeral 2 primer inciso, cuando se la define como un principio de aplicación, en el siguiente enunciado: "Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades". De acuerdo con la Norma Fundamental, entonces, la igualdad formal implica un trato idéntico a sujetos -individuales o colectivos- que se hallan en la misma situación. b) La dimensión material, en cambio, se establece en el tercer inciso del numeral 2 del artículo 11 de la Constitución, al señalar: "El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad". Esta dimensión del derecho supone en cambio, que los sujetos se hallen en condiciones diferentes, por lo que requieran un trato distinto, que permita equiparar el estatus de garantía en el goce y ejercicio de sus derechos. [...]"

63. Guillermo Cabanellas: "DISCRIMINAR: Diferenciar o distinguir cosas o situaciones entre sí, tratar con inferioridad a personas o colectividades por causas raciales, religiosas, políticas o sociales. El principio de igualdad desaparece cuando a las personas no se les permite acceder a determinado trabajo por discriminaciones que diferencian al ser humano, por su situación social, económica, religiosa o de género, y más aún cuando se prohíbe el derecho a escoger libremente un oficio acorde a las capacidades y preparación de cada persona." (CCE: 234-16-SEP-CC / 0771-10-EP).

64. No existe forma de visualizar una discriminación por omisión por parte de la entidad accionada en contra de la actora en este caso en concreto debido a que, dentro del contexto normativo aplicable a su específico caso, el Reglamento de Aplicación al artículo 25 de la LOAH, en su artículo 10 indica que previo al inicio a los concursos que tiene que realizarse dentro de los subsistemas de la red integral pública de salud, se definen las necesidades de la institución, si la institución primero tenía que definir sus necesidades, esto excluye cualquier consideración respecto a que dentro del mismo cargo que la accionante desempeña como ginecobstetricia en el Centro de Salud de la Red Pública de Salud se haya favorecido a otra persona que no haya tenido discapacidad, con lo cual existiría una categoría sospechosa que daría la pauta para verificar una discriminación arbitraria e injustificable en su contra.

65. Sin embargo, al ser la única persona que desempeña ese cargo tan delicado, dentro de sus específicas circunstancias no se ha favorecido de acuerdo con los elementos del proceso a otra

persona que haya recibido nombramiento definitivo en virtud de la aplicación del Art. 25 de la LOAH para el cargo que la accionante desempeña: Obstreta 1.

66. Si no existió la necesidad del cargo para apertura al concurso, este nunca podría haber configurado una discriminación porque no existió comparación entre 2 profesionales para el específico cargo que desempeña la accionante en el Centro de Salud de Nabón, la institución nunca ingresó a analizar la situación personal de la accionante ni ha generado en su favor acciones afirmativas dentro de un contexto de concurso, por que aquel no se convocó.

67. Con base a las consultas realizadas por la judicatura y a la información proporcionada por el MSP y por la accionante (contratos de servicios ocasionales y certificación de fs. 112 a 117), ella continúa laborando bajo relación de dependencia para la institución, con la misma modalidad contractual, no observándose que sea necesario tratar el contenido del Art. 58 de la LOSEP y el contenido de las Sentencias de la CCE No. 258-15-SEP-CC; R.O. 629-S, 17-XI-2015 (aditiva con relación a los derechos de las personas con discapacidad); luego por la Sentencia No. 048-17-SEP-CC, R.O. E.C. 7, 2-V-2017 (aditiva con relación a los derechos de las personas con discapacidad y mujeres embarazadas y en periodo de lactancia); y, por la Sentencia No. 309-16-SEP-CC, R.O. 866-S, 20-X-2016 (Constitucionalidad condicionada con relación a los derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia); siendo actualmente sustituido por el Art. 1 de la Ley s/n, R.O. 78-S, 13-IX-2017, debido a que no es materia de discusión por no haber sido separada de la relación laboral; tampoco resulta prudente para este despacho emitir un pronunciamiento sobre la calificación de necesidad permanente (ocasionalidad-permanencia) de la labor de la accionante en la institución, debido a que ello no fue materia de la acción ni de ese particular se defendieron los demandados, inclusive pueden generarse acciones a futuro que, razonablemente estarían a control de este u otro despacho.

68. La norma anterior también determinaba que la disponibilidad presupuestaria deba ser emitida a través del sistema de gestión financiera, para lo cual se deberá contar con factibilidad presupuestaria de ingresos permanentes que garanticen la sostenibilidad financiera de este gasto en el tiempo; dicha disposición normativa ordena que, con la correspondiente certificación presupuestaria de estos recursos, el establecimiento de salud podrá iniciar los procedimientos para conferir los nombramientos a los profesionales y trabajadores de la salud beneficiarios, es por este motivo que la discusión respecto a la diferenciación de los contratos ocasionales que tienen presupuesto del Grupo 71 y los del grupo 51 (vacante), no es trascendente en este escenario ni prudente tratar por parte del despacho pues no corresponde al objeto de la verificación de los derechos vulnerados que han sido alegados por la parte actora.

69. Lo anterior también conlleva a razonar que, respecto a que la accionante haya prestado su contingente durante casi toda la emergencia sanitaria, analizando la documentación adjunta en la que se registraría el contacto directo con pacientes con posible diagnóstico de COVID-19, así como pacientes diagnosticados con la enfermedad "Informe técnico de atenciones durante la emergencia sanitaria del Coronavirus, atenciones COVID positivo", que fue presentado por la accionante y aprobado por la administradora técnica del centro de salud donde presta sus servicios debía ser objeto de validación por parte de las Unidades de Administración del Talento Humano de las entidades de la Red Integral Pública de Salud, incluyendo el análisis de atenciones realizadas a pacientes con sospecha y diagnóstico de COVID-19, pues así lo dispone el Art. 3.2. del Acuerdo No. MDT-2020-232 (Norma Técnica para la aplicación de los concursos de mérito y oposición dispuestos en el artículo 25 de la LOAH), ese es un componente para revisar previa a la emisión de las necesidades del contingente del talento humano para la inclusión en su planificación previa al concurso, lo cual incluye el reporte del responsable de Vigilancia de Salud Pública: Dr. Lennin Muñoz, que certificó que: "[...] la profesional de salud Avilés Carpio con C.1.

0919172098, luego de presentar el informe técnico durante la emergencia sanitaria de coronavirus (COVID 19), atenciones COVID positivo, se encuentran los siguientes casos positivos validos (MIROZAAS y MAISOCQU) por el proceso de vigilancia de salud, en base a los datos recabados en la plataforma COVID19-PCR”, no pudiendo este despacho invadir la esfera de competencia administrativa y emitir un pronunciamiento que, de acuerdo con la Ley, es de atribución de esa Unidad de Administración y de otro organismo respecto de lo que este despacho, como tarea atribuida por norma, no tiene competencia legal; lo cual es aplicable también al análisis de los componentes de méritos y oposición que corresponde a la responsabilidad del Tribunal de Méritos y Oposición y del Tribunal de Apelaciones (Arts. 6 y 7 del Acuerdo) una vez que se inicia el concurso lo cual desborda la naturaleza constitucional de esta acción, pues corresponde a una valoración infra constitucional y serviría eventualmente para emitir una declaratoria de derechos.

70. De la petición que la accionante dirigió al MSP aun cuando se hayan presentado impresiones de conversaciones por vía WhatsApp, no consta que exista una respuesta formal de parte del MSP a la accionante, así lo demuestra el propio pronunciamiento de buena fe dado por los accionados, la petición que la accionante ingresó el 07 de octubre del 2021 (fs. 11) dirigido a la Sta. Ing. María Augusta Coello Erraez, Analista de Talento Humano del MSP no fue respondida formalmente, no hay constancia de ello en autos, al tener el derecho de petición la característica de necesidad de existencia de respuesta, el MSP lo vulneró en contra de la accionante por no haber respondido esa consulta, lo cual conlleva a que la accionante se encuentre en una situación de incertidumbre. No se conoce quién es el número del remitente de sus mensajes se entiende que es un funcionario del MSP.

71. CONCLUSIONES-DECISIONES. – Ha quedado demostrado en autos que, cada los fundamentos de hecho de la acción no han sido demostrados. Muy importante hacer notar que el Juez deberá atender la necesidad de emplear su accionar en la protección de los derechos y en el acercamiento a lo que dictamina la Ley positiva que nos rige, evitando la tarea de tratar de justificarse ante la amenaza de un reproche, la búsqueda judicial será guiada por la necesidad de dar la respuesta legal y concreta que determina la Constitución y la Ley en atención a la realidad objetiva de los hechos que han sido probados dentro de un proceso.

72. Por cuanto del análisis procesal se concluye que de los hechos no se desprende que exista una violación de los derechos constitucionales alegados por la accionante; pero, ejecutando el control directo del despacho se ha determinado que el derecho de libertad de la accionante a recibir una respuesta motivada de parte del MSP a su requerimiento de fecha 04 de marzo del 2021 fue vulnerado por falta de respuesta, con fundamento en el numeral 1 del Art. 42 de la LOGJyCC, “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”, se resuelve:

UNO. - Se declara sin lugar la acción constitucional con relación a los derechos presuntamente vulnerados alegados por la accionante Ana Felicita Aviles Carpio en contra de los demandados.

DOS. – Aplicando el Art. 140 del COFJ, teniendo congruencia con los fundamentos de la acción, de los cuales existió defensa por parte de los demandados, por control directo que hace la judicatura, se verifica la vulneración al derecho de petición (Art. 66.23 de la CRE), que fue realizado por omisión de parte del MSP al no haber dado contestación al requerimiento de la accionante mediante Memorando No. MSP-CZ6-DD01D05-PSS-USNA-2021-0179-M de fecha 04 de marzo del 2021, dirigido a la Administradora Técnica del Establecimiento de Salud de Primer Nivel de Atención, Tipo C2 Nabón.

DOS.A. – Se ordena como medida de reparación integral que se le emita en el término judicial razonable de 10 días la respuesta formal a dicho requerimiento, junto con una disculpa de manera expresa por parte de la máxima autoridad del distrito del MSP, orientado al reconocimiento de la obligación de la entidad a dar una respuesta formal a las peticiones de información que hagan sus funcionarios. Adicional a ello, a la entidad demandada se le ordena abstenerse de ejecutar cualquier acción negativa en contra de los derechos de la accionante dentro de su ambiente laboral y en virtud de esta acción constitucional, se abstendrá de cualquier actitud, acción u omisión que pueda, en virtud de las circunstancias de esta acción constitucional o de las órdenes emitidas generar un mal ambiente de trabajo en contra de los derechos del accionante.

TRES. – Con relación al artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público, se deja a salvo el derecho de la accionante en el caso de que a futuro pueda presentarse vulneración de sus derechos a la estabilidad laboral u otros, a fin de que tenga claro que puede presentar las acciones constitucionales u ordinarias que considere pertinentes.

CUATRO. - Como medida de reparación simbólica en cuanto al derecho de petición, que ha sido vulnerado, quedará la emisión de la sentencia oral y la emisión de la sentencia escrita.

73. Pese a que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional nos da la posibilidad de hacer que la Defensoría del Pueblo controle la ejecución de la sentencia se dispone que sea este mismo despacho el que controle que se cumpla lo ordenado y para ello en el caso de no cumplirse en el término dispuesto, secretaria sentará razón directa de la falta de constancia de cumplimiento y se procederá conforme la LOGJyCC, dejando a salvo el derecho a la acción por el incumplimiento ante la Corte Constitucional.

74. Ejecutoriada esta sentencia conforme el artículo 86 numeral 5 de la Constitución remítase a la Corte Constitucional para eventual selección.

75. RECURSOS. – Sin recursos. Sin costas ni honorarios que regular de acuerdo con los Arts. 12 y 148 del COFJ. Considérese todos los casilleros electrónicos y físicos, incluyendo los que han sido indicados en audiencia y los que se identifican en el escrito que ha sido presentado. Cúmplase y hágase saber e imprímase con la constancia de la firma electrónica generada por el suscrito. –

f: SERRANO VALLEJO PAUL RENATO, JUEZ

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

MARIA DEL CARMEN DONAULA LOJA
SECRETARIA

[Link para descarga de documentos.](#)

[Descarga documentos](#)

La información contenida en este mensaje es confidencial y reservada, prevista solamente para el uso de la persona o la entidad a quienes se dirija y no puede ser usada, reproducida o divulgada por otras personas.

Si usted no es el destinatario de este mail, le rogamos se sirva eliminarlo.

***** UTILIDAD SOLO PARA INFORMACIÓN *****