

Juicio No. 04243-2024-00010

JUEZ PONENTE:MONTENEGRO CAZARES ERNESTO ADOLFO, JUEZ PROVINCIAL

AUTOR/A:MONTENEGRO CAZARES ERNESTO ADOLFO

SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE CARCHI. Tulcan, lunes 16 de diciembre del 2024, a las 18h55.

VISTOS: El Tribunal de Garantías Penales del Carchi, con sede en el cantón Tulcán, provincia del Carchi, dicta sentencia en la que, resuelve, que existe la vulneración de los derechos constitucionales a: la seguridad jurídica, a la igualdad ante la ley y no discriminación; derecho al trabajo, derecho al debido proceso en la garantía de motivación, consagrados en los Arts. 82; 11 numeral 2 y 66 numeral 4; 33, 325, 326; y, 76, numeral 7, literal I), de la Constitución de la República del Ecuador, respectivamente, razón por la cual acepta la acción de protección presentada por el accionante señor Lcdo. Álvaro Xavier Vaca Ponce, en contra de la Dirección General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, representado actualmente por la Mgc. Milena Charfuelán Burbano; Director Provincial del Carchi del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, representado por el Abg. Wilver Daniel Ruiz Bravo; como medidas de reparación integral ordena:

a) Dejar sin efecto la Acción de personal No. SDNGTH-2017-007758, de fecha 03 de agosto de 2017, mediante la cual se “...**RESUELVE: Dar por terminado el Nombramiento Provisional extendido al servidor VACA PONCE ÁLVARO XAVIER, como TECNÓLOGO MÉDICO DE REHABILITACIÓN 2 DEL CENTRO DE SALUD B – TULCÁN...**”

b) Disponer a la institución accionada la restitución del cargo y el reintegro del señor Lcdo. Álvaro Xavier Vaca Ponce, en calidad de TECNÓLOGO MÉDICO DE REHABILITACIÓN 2 DEL CENTRO DE SALUD B – TULCÁN, bajo la modalidad de Nombramiento Provisional, con la remuneración que en la actualidad perciba dicho grupo ocupacional más los beneficios de ley.

b) Que la entidad accionada proceda al pago de los valores dejados de percibir desde la fecha de la desvinculación del señor Lcdo. Álvaro Xavier Vaca Ponce, (03 de agosto de 2017), hasta la fecha en que se produzca el reintegro a sus labores, esto con los beneficios de Ley y demás derechos que se generen hasta la total cancelación de los mismos; para el efecto se coordinará con los ministerios pertinentes.

c) Como medida de satisfacción, la parte accionada procederá a realizar las disculpas públicas al legitimado activo cuya acción ha sido aceptada, la parte accionada efectuará la publicación de aquello en su portal web, a través de un hipervínculo ubicado en un lugar visible y de fácil acceso, en la página web institucional durante un mes, y por una

sola vez en un periódico de mayor circulación de la provincia del Carchi, dentro del término máximo de quince días luego que se haya ejecutoriado la presente sentencia, cuyo texto será aprobado previamente por el Tribunal.

Al tratarse de una entidad estatal la obligada a la reparación económica ordenada, una vez ejecutoriada esta sentencia se remitirá todo el expediente, al Tribunal Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Quito, con la finalidad de que se cuantifique el monto de la reparación económica a que tiene derecho el accionante; para ello por secretaría y a costa del legitimado activo se dejará copias certificadas de todo el proceso.

Delega a la Defensoría del Pueblo del Carchi, para que realice el seguimiento del cumplimiento de esta sentencia, en todas sus partes, Institución a la que se remitirá copia certificada de la sentencia una vez ejecutoriada la misma, debiendo proporcionar la información a esta Judicatura mensualmente o cuando la situación así lo amerite; por tanto se dispone oficiar a la mencionada autoridad haciendo conocer el particular por parte de la señora actuario del Despacho, en las oficinas de la menciona entidad en la ciudad de Tulcán.

Por el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, sube el proceso a conocimiento de esta Sala. Radicada por sorteo la competencia en este Tribunal, para resolver, considera:

PRIMERO: COMPETENCIA Y VALIDEZ DEL PROCESO.- Esta Sala Multicompetente de la Corte Provincial del Carchi, es competente para conocer esta acción por lo señalado en el numeral 1° del Art. 208 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con lo señalado en el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y, habiéndose dado a esta causa el trámite legal correspondiente, no existiendo omisión de solemnidad sustancial que pueda influir en su decisión, se declara la validez del proceso.-

SEGUNDO: FUNDAMENTOS DE HECHO. 2.1. El señor Lic. Álvaro Xavier Vaca Ponce, comparece en calidad de accionante en la presente acción de protección, en contra de: la Dirección General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, indicando que:

1. “Con fecha 14 de noviembre del 2012, ingresé a trabajar en el instituto ecuatoriano de seguridad social y es mediante contrato ocasional para desempeñar las funciones del licenciado en fisioterapeuta, con el grado ocupacional te1 con la duración desde el 17 de septiembre del 2012 hasta el 31 de diciembre del 2012.
2. Con fecha 1 de enero del 2013 se otorga nombramiento provisional con el cargo del licenciado fisioterapeuta, haciendo referencia de manera expresa a lo dispuesto en el Reglamento de la LOSEP, artículo 18 literal C. (...)

3. Con fecha 30 de junio del 2016, mediante acción de personal número DNGTH-2016-5214, de forma arbitraria se da por terminado el nombramiento provisional, al cargo del licenciado en fisioterapia del Centro de Salud B- Tulcán, en el cual percibe una remuneración de 1480 dólares, sin que se haya desarrollado un concurso de méritos y oposición respectivo ni declarado un ganador del concurso.
4. Con fecha primero de julio del 2016 mediante acción de personal número DNGTH-2016-7045 se otorga un nuevo nombramiento provisional, pero con un cargo inferior de tecnólogo médico de rehabilitación 2 del Centro de Salud B- Tulcán, con una remuneración de 1086 cuyo nombramiento de igual forma se encuentra amparado según reza en el documento en el artículo 18 del Reglamento de la LOSEP, es decir, hasta el desarrollo de un concurso de méritos y oposición y declaratoria de un ganador del concurso.
5. Con fecha 3 de agosto del 2017, mediante acción de personal número DNGTH-2017-07758, de forma arbitraria se da por terminado el nombramiento provisional al cargo de tecnólogo médico de rehabilitación 2 del Centro de Salud B-Tulcán, en el cual percibía una remuneración de 1086 Dólares, sin que se haya desarrollado un concurso de méritos de oposición respectivo y tampoco declarado un ganador del concurso.
6. Es relevante para la presente causa tener en cuenta que el señor Álvaro Javier Vaca Ponce, llevaba trabajando en la institución de forma consecutiva desde el mes de septiembre de 2012 hasta agosto del 2017, es decir cerca de 4 años 11 meses en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por cuanto su situación a más de estar amparada en los artículos 17 letra b, de la LOSEP y artículo 18 letra c del Reglamento de la LOSEP, que prohíbe su desvinculación hasta el desarrollo del concurso de méritos y oposición, también estaban parado en lo que dispone la Disposición Transitoria Undécima de la LOSEP, que otorgaba el derecho de nombramiento definitivo, por cuanto mantenía la prohibición, de su desvinculación. (...)

Esta desvinculación arbitraria es la que ha violado derechos constitucionales como: seguridad jurídica en el grado de la certeza confianza y estabilidad jurídica establecido en el artículo 82 de la CRE, a la garantía básica del debido proceso establecido en el artículo 76 numeral 7 letra I (Motivación) así como también el derecho al trabajo en el artículo 33 de la CRE, Derecho a la Dignidad y Proyecto de Vida”.

TERCERO: AUDIENCIA PÚBLICA. Se ha convocado a las partes a la audiencia pública, donde se ha escuchado la argumentación de las partes procesales.

3.1. la parte accionante por intermedio de su defensor Ab. Paúl Ayala Rodríguez,

manifiesta que la presente acción de protección la presenta amparado en el Art. 86 y Art. 88 de la Constitución, en concordancia con el Art. 39 de la LOGJCC; su intervención está dividida en tres elementos fácticos, jurídicos y la conclusión a la que llegará el Tribunal, es que existió vulneración de derechos constitucionales en contra del señor Álvaro Xavier Vaca Ponce; para la presentación de la acción jurisdiccional se lo hace amparados en lo que la Corte Constitucional en sentencia No. 1754-13-EP/19 dice: *“respecto a una presunta incompetencia en razón de que la acción de protección sería de carácter supletorio y residual, es menester dejar en claro que la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución; por consiguiente, es una acción directa e independiente, que bajo ningún concepto puede ser residual y exigir el agotamiento de otras vías o recursos para poder ser ejercida.”*, dicha sentencia tiene concordancia con la No. 141-14-EP/20 que dice: *“Ello implica que los jueces constitucionales no deben ni pueden negar una acción de protección únicamente bajo el argumento de que los actos administrativos son impugnables en la justicia contencioso administrativa, tal como pretendería la entidad accionante, pues ello implicaría una vulneración del derecho de los justiciables a la tutela judicial efectiva en el componente del acceso a la justicia”*; el caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, en la sentencia de 6 de mayo del 2018, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dice: *“... la efectividad de los recursos no depende exclusivamente de que estén consagrados en la ley, sino que estos en la práctica sean rápidos y sencillos, y sobre todo que se cumpla con el objetivo de resolver sobre el derecho presuntamente vulnerado”* (párrafo 86); los elementos fácticos que los obliga a presentar la garantía jurisdiccional inician el 14 de noviembre del año 2012 cuando el señor Álvaro Xavier Vaca Ponce, ingresa a trabajar en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, con un contrato ocasional en calidad de licenciado en fisioterapia hasta el 31 de diciembre del 2012; con fecha 1 de enero del 2013 se le otorga el nombramiento provisional hasta que se desarrolle el concurso de méritos y oposición, teniendo en cuenta que tiene una condición la acción de personal que le otorga al funcionario Xavier Vaca Ponce, la cual dice y se ampara en el artículo 18 del Reglamento a la LOSEP que dice expresamente literal c): *“para ocupar un puesto cuya partida estuviese vacante hasta obtener el ganador del concurso de méritos y oposición, para cuya designación provisional será requisito básico contar con la convocatoria, este nombramiento provisional se podrá otorgar a favor de una servidora, servidor o una persona que no sea servidor, siempre que cumpla con los requisitos establecidos para el puesto”*, es decir, que el nombramiento que le otorgaron al señor Álvaro Xavier Vaca Ponce, tenía la calidad de licenciado en fisioterapia del Centro de Salud de la ciudad de Tulcán, con una remuneración de 1.480 dólares y éste tenía la condición de que debía participar en un concurso de méritos y oposición y en el caso de que lo hubiera perdido o no alcanzara el puntaje necesario poder ser desvinculado; lo increíble es que con fecha 30 de junio del año 2016, la institución notifica con la acción de personal Nro. DMGTH-2016-5414, la terminación del nombramiento provisional, sin que se haya cumplido la condición que expresa el Reglamento de la LOSEP, Art. 18, es decir, que le hayan convocado al concurso de méritos y oposición y que haya perdido para poder

desvincular; pero esta desvinculación tiene un elemento fáctico muy importante e imprescindible que el Tribunal, conozca y es que la institución de forma arbitraria y de mala fe le obliga o le insiste para que él firme y pueda ser desvinculado y no haga problema siempre y cuando se le otorgue un nuevo nombramiento provisional; él estaba en calidad de licenciado de fisioterapia y es por ello que con fecha 1 de julio del 2016, es decir, un día después le otorgan un nuevo nombramiento provisional, pero con una remuneración menor y con otra denominación del cargo, es decir, él estaba como licenciado en fisioterapia y le bajan a tecnólogo en fisioterapia reduciendo también su remuneración al valor de 1.080 dólares mensuales; no siendo suficiente la primera vulneración de derechos al señor Álvaro Vaca Ponce, de forma arbitraria con fecha 3 de agosto del año 2017 le notifican nuevamente la terminación del nombramiento provisional, amparados en un informe, según consta en el acta de personal en el cual por razones de que no está acudiendo con normalidad por tener un certificado de reposo médico está de alguna forma descoordinando la atención en el centro médico, razón por la cual la directora en ese momento establece que es una causal suficiente para que sea desvinculado y salga de la institución; teniendo en cuenta de que él en ese momento sufría de una condición médica ya que se encontraba operado de su rodilla toda vez que padeció un accidente que tuvo en el desarrollo de actividades deportivas; esta situación no solo vulnera el derecho a la seguridad jurídica sino otros derechos constitucionales que a continuación iré detallando; parece increíble pero se ha identificado de forma clara dos momentos de vulneración de derechos constitucionales; hay un tercer momento de vulneración de derechos que es que la Disposición Transitoria Undécima de la LOSEP, establece que los funcionarios públicos que hayan trabajado en una institución por 4 años o más, hasta el 19 de mayo del año 2017, se les debía otorgar un nombramiento definitivo, es decir, las acciones de personal que emitió la institución vulnera el derecho a la seguridad jurídica porque no está evidenciando la normativa legal vigente que existía en ese momento para que se pueda emitir un acto administrativo de desvinculación; por lo tanto genera una lesión de derecho de forma clara y evidente, puesto que él no podía ser desvinculado adicionalmente porque le amparaba y le protegía la Disposición Transitoria Undécima de la LOSEP, es decir, existía una prohibición absoluta; los derechos vulnerados en la presente causa y de acuerdo a ese relato son: derecho a la seguridad jurídica, que es la aplicación de normas previas, claras y publicas emanadas por autoridad competente; se vulnera el derecho a la garantía básica del debido proceso en el grado de la motivación, ya que para emitir un acto administrativo en el cual se establezca la desvinculación del funcionario ellos tenían la obligación de ver bajo qué estructura legal podían hacer esa desvinculación, y si lo podían o no hacer, al no haberlo hecho genera una motivación aparente, que es un vicio motivacional que la Corte Constitucional ya se ha pronunciado; además genera la vulneración al derecho a la igualdad formal, material y no discriminación, se pregunta cuántos funcionarios públicos servidores del IESS han sido desvinculados por tener un certificado médico de ausencia de su lugar de trabajo, esa condición médica específica que su patrocinado tenía en ese momento la institución la toma como pretexto

injustificado y arbitrario para poder desvincular al señor Álvaro Xavier Vaca Ponce; de forma directa se vulnera el derecho al trabajo ya que al ser una desvinculación arbitraria, interrumpe su proyecto de vida e interrumpe la forma en la cual estaba desarrollando sus actividades para su sustento, vulnerando el derecho a la dignidad humana, según lo que la Corte ya lo ha manifestado que es un elemento indispensable del trabajo la dignidad como ser humano; también se vulnera el derecho a la salud porque la institución conocía la situación médica del Licenciado Álvaro Xavier Vaca Ponce, en la cual salía de una operación de rodilla y por cuanto dentro de sus actividades como fisioterapeuta tuvo que acudir a la institución aún en esa condición para no perder su trabajo y aun así terminan la relación laboral; adicional a ello pierde sus beneficios en el IESS, es decir, pierde el acceso al derecho a la salud y al acceso a la Seguridad Social mediante la cual recibía sus atenciones médicas; es indispensable para entender de forma clara esta acción de protección bajo qué principio está amparados y han presentado la acción constitucional, el Art. 11 de la Constitución, establece que el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: *“1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; y estas autoridades garantizarán su cumplimiento. (...) 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos...”*. Es importante recordar que el Art. 226 de la Constitución establece cual es la obligación de los funcionarios públicos, la cual es someterse a la Constitución y la ley; ellos no tienen una facultad de interpretativa de la norma sino que tienen que someterse a lo que estaba prescrito, en ese momento estaba prescrito que los nombramientos provisionales otorgados a Álvaro Xavier Vaca Ponce tenían la condición de que se desarrolle el concurso de méritos y oposición, pero arbitrariamente inobservaron dicha disposición, inobservaron la disposiciones que estaba amparado bajo la Disposición Transitoria Undécima de la LOSEP que le otorgaba un nombramiento definitivo previo al concurso de méritos y oposición y haber obtenido un puntaje necesario, no lo hicieron; inobservaron la condición médica que él poseía en ese momento, lo que afecta no solamente a su salud física, sino también su salud psicológica, puesto que al ser una persona de fuera de esta ciudad vino a trabajar a esta ciudad, quedándose desempleado con un accidente médico, siendo una situación muy complicada ya que él vivía de su trabajo. La Corte Constitucional en su sentencia No. 060-18-SEP-CC dice *“que la seguridad jurídica supone la creación de un ámbito de certeza y confianza en las relaciones sociales y en la relación de la sociedad civil con el Estado, que, en este caso específico, se traduciría como la certeza y confianza de los ciudadanos frente al abuso y la arbitrariedad .”* (Pág. 11 párrafo 2); en la sentencia, No. 015-10-SEP-CC dice: *“es preciso señalar que una de las formas de garantizar el derecho a la seguridad jurídica por ende el cumplimiento de las normas y los derechos de la parte es el principio de legalidad.”*

La vulneración de la seguridad jurídica se genera en el momento en que la institución inobservó el artículo 17 de la LOSEP, Art. 18 literal c) del Reglamento de la LOSEP, se vulnera cuando inobserva la Disposición Transitoria Undécima de la LOSEP normativa, previa clara, pública y conocida por la institución; la Disposición Transitoria Undécima dice expresamente lo siguiente: “.. *las personas que a la presente fecha hayan presentado ininterrumpidamente por 4 años o más sus servicios lícitos y personales en la misma institución, ya sea por contrato ocasional o por nombramiento ocasional o cualquier otra forma permitida por esta ley que en la actualidad continúe prestando sus servicios en dicha institución, serán declarados ganadoras del respectivo concurso público de méritos y oposición si obtuvieren al menos el puntaje requerido para aprobar las pruebas establecidas por el Ministerio de Trabajo...*”. La institución inobserva el Reglamento a la LOSEP, inobserva la Constitución y cómo deberían aplicar y motivar los actos administrativos para poder desvincularlo; también inobserva las sentencias en las que se ha pronunciado la Corte Constitucional y en ese sentido, en la sentencia No. 1342-2016-EP/21 dice: “...*La convicción por parte de los particulares de que las autoridades competentes no podrán alejarse de los parámetros constitucionales y jurisprudenciales que se aplican a sus situaciones jurídicas concretas de forma injustificada o arbitraria...*”. (Párrafo 31); de lo anterior se tiene que la inobservancia de un precedentes constitucional constituye por sí sola una afectación susceptible a ser examinada a la luz del derecho a la seguridad jurídica, en tal sentido, en supuestos en los que se alegue que la vulneración de derecho a la seguridad jurídica ante la inobservancia de precedentes constitucionales no es necesario de verificar la existencia de una afectación de otros preceptos constitucionales; lo cual tiene relación con lo que establece el Protocolo de San Salvador en su artículo 7 mismo que dice: “...*la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas justas de separación, es decir, en caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o cualquier obra, prestación en la legislación nacional...*”, lo que es concordante con lo que la Corte ha establecido que cuando una sentencia constitucional ordena como medida de reparación el reintegro a una persona a su puesto el pago de los haberes dejados de percibir es una medida implícita, ya que garantiza el Estado anterior a la vulneración de sus derechos constitucionales; el derecho al trabajo lo encontramos en el Art. 33 y Art. 326 de la Constitución que tiene como principios y dice que los derechos laborales son irrenunciables e intangibles y será nula toda estipulación en contrario y que en caso de duda sobre el alcance de una disposición legal, reglamentaria o contractual en materia laboral, ésta se aplicará siempre en el sentido más favorable de la persona del trabajador. En el Protocolo de San Salvador, en su numeral 1 dice: “...*Toda persona tiene derecho al trabajo el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para obtener una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida y aceptada...*”; además, el derecho al trabajo está reconocido por la Corte Constitucional y hace un análisis de la importancia social que tiene el derecho al trabajo para el desarrollo del ser humano como tal, haber despedido arbitrariamente genera de manera clara y directa una vulneración al derecho al trabajo;

el derecho a la motivación, la sentencia No. 540-17-EP/21 dice: “...esta Corte determinó que la argumentación jurídica es aparente cuando parece que contiene la fundamentación normativa y fáctica suficiente, pero que en realidad es inexistente o insuficiente...”, es decir, o no se ha analizado una norma legal o jurisprudencial determinante en la resolución de problemas jurídicos; solicita que en el momento procesal oportuno sea escuchado el accionante a fin de que pueda expresar a viva voz cómo fue la situación humana y personal y todo el daño que le generó la institución por haber sido desvinculado de manera arbitraria; solicita que se acepte acción de protección que se halla presentada, se declare la vulneración de derechos constitucionales; como medida de reparación solicita se disponga el reingreso en la institución en el mismo cargo, en el mismo puesto, o en un puesto con la misma remuneración así como también a recibir todos los valores dejados de percibir desde su desvinculación hasta el momento de su reintegro.

3.2. La Ab. Tania Castillo Tejada, en nombre y representación del abogado Daniel Luis Bravo, quien se encuentra facultado para representar a la institución judicialmente en esta jurisdicción provincial; señala que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en ninguno de sus actos ejecutados administrativamente ha incumplido el principio de legalidad, más bien la acción de protección propuesta por el señor Álvaro Vaca Ponce, no cumple con lo establecido en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, qué dice que cuando no existe una vía expedita para tramitar este caso, deberá hacerlo un juez constitucional, en este caso la vía expedita es la vía contencioso administrativa, para corroborar esta aseveración la Corte Constitucional en su sentencia No. 2006-2018-EP/24, del 13 de marzo del 2024, en su parte pertinente dice lo siguiente: “...la Corte estableció que el conocimiento de los conflictos laborales entre el Estado y sus servidores públicos corresponde por regla general a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a menos que existan casos que comprometan notoriamente o gravemente la dignidad o autonomía del servidor, como en casos de evidente discriminación o excepcionálísimos que requieren una respuesta urgente por las circunstancias que le rodean y de conformidad a dicha excepción se concluyó que el presente caso corresponde a la vía constitucional al tratarse de una madre en embarazo...”; en el referido caso como se puede ver se trataba de una madre en embarazo que pertenece al grupo de atención prioritaria y se le estaban vulnerado sus derechos al terminar su nombramiento provisional; en el caso materia de la presente acción de protección el señor Álvaro Vaca Ponce, nunca ha demostrado que es un padre sustituto, que tenga una condición de discapacidad, porque la condición de salud que señaló el abogado del accionante no es una condición que declare que sea una vulneración o una discriminación; con lo expuesto queda determinado de que esta vía constitucional no es la correspondiente para tramitar el presente caso, sino la vía contenciosa administrativa; el señor Vaca Ponce manifiesta en su demanda que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, ha vulnerado los derechos al trabajo, a la seguridad jurídica; si bien es cierto, el señor Vaca Ponce, trabajó en el Centro de Salud Básico de la ciudad de Tulcán,

primero con un contrato de servicios ocasionales que duró dos meses, desde el 14 de noviembre del 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012, obviamente dicho contrato puede ser terminado; con fecha 1 de enero del 2013, se suscribió un nombramiento provisional a favor del señor Álvaro Vaca Ponce, en el cargo de Licenciado Fisioterapista; con fecha 30 de junio del 2016 se resuelve dar por terminado el primer nombramiento provisional que el señor Álvaro Vaca Ponce tuvo, sin embargo, tal y como consta en el informe él aceptó y respecto a ello está constando su firma, que se dé por terminado este nombramiento; hubo un segundo nombramiento provisional dado el 1 de julio de 2016 y este terminó el 3 de agosto del 2017; si bien es cierto, aquí el señor Vaca Ponce no firma cuando se le notifica con la terminación del nombramiento, al día siguiente él no asiste a su lugar de trabajo, es decir, yo no acepté que se terminó mi nombramiento provisional, sin embargo, nunca más volví a mi lugar de trabajo. Como se puede ver el accionante nunca fue parte de la carrera de servicio público, porque para ser parte de ello se debe tener un nombramiento permanente, haber ganado un concurso de méritos y oposición cuyo concurso el IESS todavía no lo ha hecho y el señor Vaca Ponce no ha perdido el derecho de participar en dicho concurso, en cualquier momento cuando el Instituto de Seguridad Social, lance dicho concurso, por lo cual el Instituto no ha vulnerado derecho alguno al hoy accionante; la Corte Constitucional en sentencia No. 076-15-CC, expresó que todos los procesos de ingreso con nombramiento del sector público del Ecuador tiene como requisito “sine qua non” someterse a un concurso de méritos de oposición, previo a lo cual va de la mano con los principios de eficacia, eficiencia, transparencia y meritocracia dentro del sector público, criterio que también fue expuesto por la Corte Constitucional en su sentencia No. 00513-SIS-CC, en donde se determina que para el ingreso del sector público en forma permanente se debe haber ganado un concurso de méritos y oposición; reiterando nuevamente que el señor Vaca Ponce nunca fue parte de la carrera del servicio público; el artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías, Jurisdiccionales y Control Constitucional, señala el principio de inmediatez, principio que no se está cumpliendo ya que han pasado 6 años desde que el señor Vaca fue desvinculado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el reclamo de una vulneración de derechos debe de hacerse de manera inmediata, si yo creo que se vulneraron mis derechos de manera inmediata debió de acudir hasta la justicia para que se repare ese derecho, pero en el caso lo hace después de 7 años incumpliendo por tanto este principio; solicita que la acción de protección planteada sea inadmitida debido a que no es vía expedita para conocerla.

3.3 En la réplica, la parte accionante manifiesta en lo principal que: va a a dar contestación a lo manifestado por la contraparte desde un aspecto técnico, jurídico, procesal, constitucional, para que se entienda la pertenencia y vigencia de la sentencia que ha hecho mención la parte accionada; en el alegato de inicio no solo se hizo referencia a sentencias de la Corte Constitucional, sino también a sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las cuales establecen que el Estado siendo un órgano internacional debe otorgar la efectividad de los recursos consagrados en la ley,

no solo depende de que estén consagrados en la ley sino que estos en la práctica sean rápidos y sencillos y sobre todo cumplan con el objeto de resolver el derecho presuntamente vulnerado; la sentencia que dio lectura la parte accionada, específicamente en el párrafo 42 y 43, en la misma sentencia en parte inferior se cita a la sentencia Nro. 224-23-JP/24, del 31 de enero del 2024 y en su párrafo 80 dice: *“esta Corte denota que existen casos laborales excepcionales que podrían estar dentro del ámbito de la acción de protección. De este modo, cuando los conflicto exceden asuntos propios de la jurisdicción laboral si podrán ser tratados en la jurisdicción constitucional como por ejemplo, cuando se refiere a situaciones de discriminación, esclavitud o trabajo forzado, afectaciones al derecho de integridad personal de los trabajadores o vulnerabilidad de grupos de atención prioritaria, así, cuando los hechos se demuestren que las actuaciones de estos empleadores han vulnerado derechos constitucionales, la acción de protección es la vía idónea para su reparación”*; en ese sentido si bien es cierto tiene pertinencia la sentencia 2006-18, también hace las excepciones pertinentes que van a permitir demostrar que la presente acción se presenta no por temas de legalidad sino por temas de vulneración de los derechos y en específico y como quedó demostrado por el Memorando emitido por la Directora Administrativa que de forma arbitraria por su condición médica momentánea le dieron por terminado un nombramiento provisional, es decir, un trato diferenciado a una persona por su condición y así lo ha establecido la Corte Interamericana, en el sentido de que un acto discriminatorio corresponde a lo siguiente: la Constitución reconoce en el artículo 66, numeral 4 el derecho a la igualdad formal, la igualdad material y no discriminación y en la sentencia Nro. 54-17-IN/22 dice: *“desde su dimensión formal la igualdad formal implica la presunción de que todos los sujetos que se encuentren en la misma situación recibirán un trato idéntico”*. (Párrafo 63); significaría que el IESS debería demostrar que las personas que han tenido un certificado médico de reposo de más de un mes fueron desvinculadas en el mismo sentido, si la institución no demuestra aquello, el señor Álvaro Vaca Ponce tuvo un trato diferenciado en detrimento de sus derechos e intereses siendo discriminado por su condición médica; además la Corte en sentencia Nro. 214-14-SEP-CC dice: *“para que se verifique la existencia de un trato que pueda catalogarse como discriminatorio, el juzgador deberá verificar. 1. La existencia de un trato diferenciado que no se encuentre justificado de manera alguna y que atente contra el ejercicio de los derechos de la persona a quien se dirige este trato diferenciado. (Pág. 11)*; que nos diga cómo justifica legalmente la desvinculación nace del memorando por su condición médica; en qué normativa, bajo qué estructura legal se justifica esta situación?, bajo ninguna, es decir, se generó un trato en detrimento de sus derechos e intereses. En cuanto al tiempo para presentar una acción de protección, la sentencia Nro. 179-13-EP/20, que tiene como Juez Ponente el Dr. Henán Salgado Pesantes en el párrafo 28 dice: *“En razón de estas características no se podría afirmar que el paso del tiempo persé impide la presentación de una acción para tutelar derechos constitucionales, puesto que aquello supondría que el transcurso del tiempo imposibilita hacer efectivo un derecho que por su condición es alienable e irrenunciable, o que exista una reparación integral por su vulneración.”*; de esta forma,

queda destruido el argumento por la señora abogada de la parte accionada en cuanto a la temporalidad para presentar una acción de protección; habla de que no ha existido ninguna vulneración de derechos porque fue desvinculado ya que no tenía una carrera dentro de la institución, pero cómo va a tener una carrera dentro de la institución si le desvincula antes de que se dé el concurso de méritos y oposición, cuando tenía norma expresa que prohibía dicha acción, puesto que al tener más de 4 años hasta el 19 de mayo del 2017, ya la ley otorgaba un derecho, establecía que debía pasar un concurso para acceder a este beneficio y estabilidad laboral definitiva; en cuanto a la supuesta falta de competencia del Tribunal para conocer esta acción porque es la vía contenciosa administrativa supuestamente; *“se dice respecto al documento del accionante relacionado a la falta de competencia al tratarse de un acto administrativo esta Corte considera que la naturaleza jurídica del acto no determina la competencia de los jueces al conocer una acción de protección sino que el fundamento de la demanda sea la existencia de vulneración de derechos constitucionales como sucedió en el presente caso, en consecuencia no se pierde la competencia de los jueces que hayan conocido y resuelto una acción de protección propuesta, por lo tanto se ha vulnerado derechos constitucionales”*, sentencia Nro. 307-10-EP-19, párrafo 21. La Corte Interamericana de derechos Humanos en el caso González y otros vs. Ecuador, hacen y conocen sobre derecho de vulneración de la salud y discriminación, es importante que el Tribunal lo tenga en cuenta porque mucho de lo que se ha hablado tiene similitud con este caso, y dice: *“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas, es discriminación*, (párrafo 200) y hace referencia a otro importante se manifestaba que la institución jamás le ha afectado de ninguna forma, y dice: *“es por lo anterior que, si se estipula una diferencia de trato en razón de la condición médica o enfermedad, dicha diferencia de trato debe hacerse en base a criterios médicos y la condición real de salud tomando en cuenta cada caso concreto, evaluando los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios, por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las personas con VIH/sida o cualquier otro tipo de enfermedad aun si estos prejuicios se escudan en razones aparentemente legítimas como la protección del derecho a la vida o la salud pública”* (Párrafo 258), esa protección supuesta que ellos tienen que tutelar y garantizar la atención médica de los afiliados ratifica la petición de que se acepte la acción, no puede irse en contra del derecho a la salud y el derecho a la no discriminación de parte del señor Álvaro Xavier Vaca Ponce; por todo ello se ratifica en la petición que se acepté la acción de protección y se declare la vulneración de derechos constitucionales.

3.4. La Dra. Tania Castillo, manifiesta que a nadie se le obliga a presentarse en ningún

concurso o participar en un contrato o nombramiento en cualquier ciudad del país, eso es algo voluntario y nadie le obliga a hacerlo, él decidió venir hasta la ciudad de Tulcán, sin embargo, eso no genera que sea una persona de un grupo de atención prioritaria; en la sentencia Nro. 2006-18-16-EP/24 se habla sobre la discriminación esclavitud, grupo de atención prioritaria, el señor Vaca Ponce, no está dentro de estos grupos de atención prioritaria; no ha justificado, ni tampoco el Instituto de Seguridad Social que sea un padre sustituto, que tenga un problema de discapacidad, que esté con una enfermedad catastrófica, si, obviamente estaba con una enfermedad eso consta en el informe y por ende no lo está desmintiendo, pero eso no es una enfermedad que se califique como para que el no haya podido ser desvinculado; el IESS ha cancelado su liquidación, décimos y vacaciones, y al momento en que el señor Vaca Ponce, dice que se encontraba enfermo por lo mismo debió de haber presentado la acción de protección de manera inmediata para que se tutele el derecho que él se creía asistido; solicita se deseche la acción de protección ya que existe una vía expedita para poderla resolver, que es el Contencioso Administrativo.

3.5. La parte accionante, en la última intervención manifiesta que: la sentencia Nro. 1082-17-EP/22, del Juez Richard Ortiz, analiza y trata sobre un problema jurídico y dice: *“La Sala vulneró la garantía de ser juzgado por un juez competente como se manda en cada trámite propio de cada procedimiento porque la acción de protección no era la vía idónea para resolver la controversia, la Corte dice de acuerdo con la Constitución y la jurisprudencia constitucional, la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de derechos constitucionales esta es una acción directa independiente a otras vías jurisdiccionales, no se podrá exigir el agotamiento de otras vías o recursos para poder hacer efectiva la vulneración de derechos constitucionales, la entidad accionada alega que la acción de protección era improcedente porque se impugnó un acto administrativo y dicha acción debería ser resuelta por el Contencioso Administrativo, respecto al primer cargo la Corte considera que la competencia de una acción de protección no depende de la calidad del acto que se impugna, si no que el fundamento a la demanda sea demostrar la existencia de la vulneración de derechos”*; insiste en cuanto a la sentencia Nro. 2016-18, la cual está siendo mal utilizada por los funcionarios en defensa del Estado, porque lo tienen como una panacea y es algo donde la Corte por primera vez en la vida se pronuncia que no se puede presentar una acción de protección, y eso no es así, por ejemplo la sentencia Nro. 1679-12-EP/20 habla sobre la restricción para presentar una acción de protección, pero es una restricción cuando se demanda en temas de legalidad más no vulneración de derechos constitucionales y adicional como nueva regla que establece la Corte tiene su excepción, y la excepción la da la misma sentencia, es importante se verifique en la página 16 la cita No. 31 de la sentencia Nro. 224-23-JP/24, en la cual hace una excepción en ciertos casos de discriminación y en los que afecte la dignidad humana; la Corte Constitucional establece como un elemento primordial del derecho al trabajo es la dignidad humana y haberlo desvinculado de forma arbitraria y como hecho probado no consta y no existe un elemento técnico jurídico que justifique las dos desvinculaciones

que él tuvo así como también que justifique la inobservancia de la Disposición Transitoria Undécima, vulnerando la seguridad jurídica, vulnerando el derecho a la garantía básica del debido proceso en el grado de la motivación, la cual consiste en dar las razones suficientes que tiene el juez con los elementos fácticos y elementos jurídicos a la conclusión que consideran la institución, actos o hechos que no van a encontrar en el expediente ya que la institución actuó de manera arbitraria en desmedro de los derechos e intereses, discriminándolo al señor Álvaro Xavier Vaca Ponce; por lo que se ratifica en el contenido de su demanda; bajo el principio Iura Novit Curia, los jueces van a poder identificar como derechos vulnerados no solo existen los derechos que se hallan demandados sino los se hayan podido identificar dentro de la audiencia en virtud del principio de formalidad condicionada que establece la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales en el Art. 7, por lo que solicita se acepte la presentación acción de protección, se declare la vulneración del derecho a la seguridad jurídica, a la garantía básica del debido proceso en el grado de la motivación, el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho al trabajo y todos los que adicionalmente el Tribunal pueda identificar; como medida de reparación se disponga a quien corresponda el reintegro del señor Álvaro Xavier Vaca Ponce al mismo puesto o a un puesto o similar donde perciba una remuneración de 1480 dólares que es el puesto que en un primer momento fue desvinculado, así como también se ordene el pago de todos los valores dejados de percibir desde su desvinculación hasta el momento de su reintegro.

CUARTO: PROBANZAS. 4.1. El Art. 16 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que: *“La persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia, excepto los casos en que se invierte la carga de la prueba.”* Consta del expediente que la parte accionante han incorporado como prueba los siguientes documentos:

4.1.1. Copias certificadas del expediente del señor Álvaro Xavier Vaca Ponce, entre cuyos documentos se destacan los siguientes: nombramiento provisional de fecha 1 de enero del 2013, en el cual expresamente en su parte final dice: *“...Este nombramiento rige de acuerdo a lo que establece el Art. 18 literal c) del Reglamento a la LOSEP...”*.

4.1.2. Acción de personal No. DNGTH-2016-5414, de fecha 30 de junio del 2016, por medio de la cual se *“...RESUELVE: Dar por terminado el Nombramiento Provisional a VACA PONCE ÁLVARO XAVIER, del puesto de LIC. EN FISIOTERAPIA DEL CENTRO DE SALUD B – TULCÁN (...). BASE LEGAL: Art. 85 de la Ley Orgánica de Servicio Público – LOSEP; y, mediante Resolución No. MDT-VSP-2015-0248, de 31 de diciembre de 2015, se expide el Manual de Descripción, Valoración y Clasificación de Puestos de las Unidades de Salud del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. (...) REMUNERACIÓN MENSUAL: 1480,00...”*.

4.1.3. Acción de personal No. DNGTH-2016-7045, de fecha 01 de junio de 2016 en la cual se *“...RESUELVE: Otorgar Nombramiento Provisional a favor de VACA PONCE*

ÁLVARO XAVIER, para que ocupe el puesto de TECNÓLOGO MÉDICO DE REHABILITACIÓN 2 DEL CENTRO DE SALUD B – TULCÁN... (...). BASE LEGAL: Art. 18, literal c) del Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público – LOSEP; y, artículo 15, inciso segundo del Acuerdo Ministerial No. MRL-2014-022, del 6 de noviembre de 2014-Norma Técnica del Subsistema de Selección de Personal. (...) REMUNERACIÓN MENSUAL: 1086,00...”.

4.1.4. Acción de personal No. SDNGTH-2017-007758, de fecha 03 de agosto de 2017, mediante la cual se “...RESUELVE: Dar por terminado el Nombramiento Provisional extendido al servidor VACA PONCE ÁLVARO XAVIER, como TECNÓLOGO MÉDICO DE REHABILITACIÓN 2 DEL CENTRO DE SALUD B – TULCÁN... (...). BASE LEGAL: Arts. 83, literal h) y 85 de la Ley Orgánica de Servicio Público – LOSEP. Memorando Nro. FDQ-NE-SDNGTH-1400-2017, de 08 de mayo de 2017, suscrito por el licenciado Rodrigo Eduardo Mendoza Álvaro, Subdirector Nacional de Gestión del Talento Humano...” (...). REFERENCIA: Memorando Nro. IESS-CSB-TU-2017-0775-M de 31 de julio de 2017 suscrito por la Ing. Johana Alejandra Arteaga Gordon, DIRECTORA ADMINISTRATIVA CENTRO DE SALUD B TULCÁN. Informe Técnico Nro. SDNGTH-IESS-2017-01081, de 03 de agosto de 2017, procedente de la Subdirección Nacional de Gestión del Talento Humano...”.

4.1.5. Memorando Nro. IESS-CSB-TU-2017-0775-M, de 31 de julio de 2017, suscrito por la Ing. Johana Alejandra Arteaga Gordón, DIRECTORA ADMINISTRATIVA CENTRO DE SALUD B TULCÁN, dirigido al Lcdo. Rodrigo Eduardo Mendoza Alvaro, Subdirector Nacional de Gestión de Talento Humano, en cuya parte pertinente se indica lo que a continuación se transcribe de manera textual: “...El Licenciado Álvaro Xavier Vaca Ponce, a partir del mes de febrero del presente año se ha acogido a reposos médicos reiterados perjudicando de esta forma a la programación de citas asignadas para afiliados con tratamientos y referencias al servicio de fisioterapia postergando las citas de los afiliados. Conforme se demuestran en los informes técnicos de Talento Humano y Dirección Médica. Por tal motivo SOLICITO que de forma urgente se dé por terminado el nombramiento provisional otorgado al Licenciado Álvaro Xavier Vaca Ponce con el objetivo de poder realizar la contratación de otra persona- que cumpla con las atenciones retrasadas y necesarias para los afiliados en procura de cumplir como institución...”.

4.1.6. Certificados médicos. (Todo en copias certificadas). La parte accionada no presenta objeción alguna respecto a dichos documentos.

4.2. Testimonio del accionante señor Álvaro Xavier Vaca Ponce.- Quien en lo principal manifiesta: ser de la ciudad de Otavalo, pero hace 13 años vive en la ciudad de Tulcán por motivos de trabajo, fisioterapeuta de profesión; su historia en el IESS empieza en el año 2012, en noviembre y diciembre del 2012 se vinculó bajo la modalidad de contrato

ocasional, el cual terminó en diciembre; en enero del 2013 le otorgaron un nombramiento provisional el cual se desarrolló de manera normal, sin llamados de atención ni memos, ningún problema, trabajando regularmente hasta el año 2016 año en el cual la jefa de ese entonces la ingeniera Johana Arteaga, le llama a una reunión a su oficina, conjuntamente con 3 licenciados en fisioterapia, un radiólogo y una licenciada en laboratorio y les dijo: “de Quito viene una disposición para dar por terminado sus contratos, pero por ser buenos trabajadores les vamos a dar una oportunidad si aceptan y firman les vamos a contratar desde el día de mañana pero les vamos a bajar la remuneración de 1.480 a 1.086 dólares y la denominación de licenciados a tecnólogos médicos, si no firman, bajen, recojan sus cosas y se pueden ir”; bajo esa presión, todos firmaron, hasta la fecha no estuvieron de acuerdo, pero quién va a querer quedarse sin trabajo; firmó y continuó trabajando regularmente todo ese año, hasta que, en el año 2017, en un partido de fútbol representando al IESS en el mes de febrero sufre una lesión de rodilla donde se le rompen los meniscos y el ligamento cruzado anterior, con dicha lesión le dieron obviamente reposo por 2 días, luego siguió trabajando pero con dolores; en una ocasión bajándose de un taxi se le rompe por completo el ligamento cruzado anterior y se le queda bloqueada la rodilla, eso en abril del 2017, ante ello el médico le vuelve a emitir otro reposo médico de 10 días, le infiltra la rodilla, le manda una resonancia con la cual se determina que tenía que realizarse una cirugía; sin embargo, estaban planificadas las vacaciones del área de fisioterapia, en mayo se iba la compañera Mayra Villota misma que salió de vacaciones por lo que tuvo que trabajar con muleta todo el mes ya que le dijeron que no hay plata para reemplazos, trabajó así los meses de abril y mayo lo cual le resultó sumamente complicado ya que en fisioterapia atendía alrededor de 32 pacientes en el día, cuatro por hora, debido a ello a veces no alcanzaba almorzar; el centro como tal daba tratamiento a 150 pacientes diarios, en esas fechas eran 5 fisioterapeutas; en el mes de junio sale de vacaciones aprovecha para buscar ayuda con especialistas para ver quién le podía operar mejor, se le dispuso se realice una resonancia magnética, logrando operarse a finales del mes de junio aún dentro de sus vacaciones; legalmente cuando se lesionó la rodilla tenían que haberle dado un reposo médico indefinido hasta que se logre operar y recuperar, pero no se hizo así, pero por el miedo a ser despedido trabajó en esas condiciones, ya que se portaron un poco groseros de arriba; después de ser operado se fue a Otavalo a casa de sus padres, en el IESS de Otavalo pidió se le dé terapia física, en una de sus primeras sesiones, la segunda tal vez le llama el ingeniero de Recursos Humanos y el Director Médico y le dice Álvaro dónde estás, ante lo cual les respondió “estoy en Otavalo en una rehabilitación” indicándole “estamos en Otavalo necesitamos conversar contigo, te podemos visitar”, llegando al lugar en donde se encontraba, lo hicieron salir de su rehabilitación y en la sala de espera con sus muletas, le presentan la acción de personal que daba por terminado su contrato; ante ello se quedó totalmente frío, se sintió desamparado ya que tenía un reposo médico, estaba operado y sin trabajo, manifestándole que esa disposición viene de Quito, que no saben nada, que como son disposiciones de allá no pueden hacer nada, con expresiones como “ahora te toca a ti,

luego nos puede tocar a nosotros, queremos que por favor nos firmes, no podemos hacer nada, ante lo cual les dijo que no pensaba firmar nada; no sabe qué tan legal era eso ya que se encontraba con reposo médico a lo cual les manifestó que se encontraba en reposo médico, le dijeron que es completamente legal, que no puede hacer nada; tras de preguntarles qué pasaba si no firma le supieron responder que no pasa nada, que simplemente anotarían que no quiso firmar, eso es lo que hicieron y se fueron; en ningún momento faltó al trabajo, estaba con reposo médico, estaba con muletas, no podía ni siquiera sentar el pie; eso le ocasionó depresión, ansiedad, insomnio, tanto fue el daño que le generaron que ya no fue más a rehabilitación, sentía una ira, rencor con Tulcán, con el IESS, con todos sus compañeros ya que sentía que lo habían defraudado, ya que incluso a la persona que le notificó le ayudó curando a sus hijos, todo ese proceso fue muy duro; no buscó ayuda inmediatamente ya que se encontraba mal económicamente, como toda persona tenía planificada su vida, tenía una lista de deudas que pagar, ayudaba a su familia, era el sustento de sus hermanos menores; aparte que se quedó sin trabajo encima estaba enfermo; dejó de ir a rehabilitación, se encerró en su cuarto y como es Fisioterapeuta de a poco empezó a recuperarse en la casa; como tenía pacientes que eran abogados les preguntó si podía defenderse al respecto y ellos tal vez por ignorancia le indicaron que no podía hacer nada ya que tenía un nombramiento por lo que las cosas se quedaron así; el año anterior llegó un paciente a consulta ya que en la actualidad gracias a un gran esfuerzo atiende a pacientes en consulta privada, paciente este que es abogado a quien le contó en resumen lo que años atrás le había pasado mismo que le dijo “no te podían haber despedido”, él fue quien le ayudó a sacar el archivo del IESS, con ese archivo empezó a buscar abogados, lo motivaron a seguir luchado; lo único que pide es que se haga justicia ya que siente que sus derechos fueron vulnerados; en cuanto a la parte económica como quedó mal tras de ser despedido del seguro tuvo que sacar los fondos de cesantía para cubrir deudas y así poder salir adelante; desconocía que su desvinculación fue motivada por condición médica, el año anterior al pedir el archivo fue que se enteró; no pensaba demandar ya que estaba saliendo adelante por sus propios medios; tenía y sigue teniendo un rencor hacia las personas que le hicieron eso, incluso hacia sus compañeros que le dieron la espalda que entraron a trabajar en su puesto quienes entre comillas eran sus amigos; recuerda que el año anterior le entregaron un archivo y ahí es que lee que la Ingeniera pide de manera urgente su despido inmediato porque se encuentra enfermo, que no puede trabajar y que necesitan alguien sano para que pueda cumplir con la demanda insatisfecha de pacientes, ahí es donde empezó a buscar ayuda legal ya que le parece un acto inhumano, solo un ciego no podría ver la afectación que le hicieron, todo lo cual merece una reparación. El accionante no fue contraexaminado por los legitimados pasivos. Ante las aclaraciones formuladas por la juez ponente indicó que: el día en que fue desvinculado en circunstancias en las cuales se hallaba recibiendo terapia en la ciudad de Otavalo estaba con un reposo médico aprobado; se encontraba en el segundo mes de reposo, el doctor que lo operó del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en Quito le extendió un segundo reposo que lo presentó, es más cuando presentó el primer reposo viajó con

muletas a presentar el justificativo, no lo quiso recibir la Ingeniera o sea la jefa, solo le recibió el de Recursos Humanos y lo que dijo es “con esto es suficiente porque no hay plata para reemplazos” lo único que le dijo es que se iba a tomar el tiempo que el médico le otorgue ya que ese tipo de cirugías se demora mínimo 3 meses para poder regresar a trabajar, de hecho el señor Ingeniero de Recursos Humanos fue intervenido por una lesión de menisco y él se demoró alrededor de dos meses en regresar, pero él es oficinista pasa sentando todo el día y entró a trabajar con muletas pero sentado, en cambio su trabajo era de pie, era muy físico; sin embargo no les importó y dentro de su reposo médico por enfermedad fue notificado el 3 de agosto del 2017, teniendo reposo hasta el día 22.

4.2.- PRUEBA DE LA PARTE ACCIONADA. PRUEBA DOCUMENTAL.-

4.2.1.- Informe Técnico Nro. UATH- DEL CSB TULCAN-2024-014, de fecha 15 de abril del 2024, suscrito por el Ing. Román Chenás Martínez, responsable de Talento Humano de la Unidad Médica.

4.2.2.- Impresiones de las sentencias Nos. 2006-18-EP/24 de la Corte Constitucional.

4.2.3.- Copias certificadas del contrato de servicio ocasionales de fecha 14 de noviembre del 2012 del señor Álvaro Xavier Vaca Ponce.

4.2.4.- Copias certificadas del nombramiento provisional de fecha 01 de enero del 2013, del señor Álvaro Xavier Vaca Ponce.

4.2.5.- Copias certificadas de las Acciones de personal Nros. DNGTH-2016-5414, DNGTH-2016-7045, de fecha 30 de junio de 2016 y 01 de julio de 2016, respectivamente.

4.2.6.- Memorando Nro. IESS-CSB-TU-2017-0775-M de 31 de julio de 2017, suscrito por la Ing. Johana Alejandra Arteaga Gordón, DIRECTORA ADMINISTRATIVA CENTRO DE SALUD B TULCÁN, dirigido al Lcdo. Rodrigo Eduardo Mendoza Alvaro, Subdirector nacional de Gestión de Talento Humano.

4.2.7.- Memorando Nro. IESS-CSB-TU-2017-0775, de fecha 31 de julio del 2027.

4.1.8. Acción de personal No. SDNGTH-2017-007758, de fecha 03 de agosto de 2017, mediante la cual se “...RESUELVE: Dar por terminado el Nombramiento Provisional extendido al servidor VACA PONCE ÁLVARO XAVIER, como TECNÓLOGO MÉDICO DE REHABILITACIÓN 2 DEL CENTRO DE SALUD B – TULCÁN.

Sobre dicha documentación la parte accionante haciendo uso de su derecho a contradicción indicó que:

“En cuanto al informe, es impertinente dado que es un informe técnico interno que no demuestra nada más que los relatos que la institución pueda hacer, lo cual no tiene ninguna pertinencia ni efecto jurídico como tal; en cuanto a la sentencia de la Corte Constitucional agregada como prueba refirió que hubiese sido importante que la abogada de la contraparte por principio de lealtad y buena fe indique la importancia o relevancia de dicha sentencia ya que en ella hace un análisis y tiene excepciones en cuanto a la presentación de acciones de protección; en cuanto al contrato no tiene nada que argumentar ya que es un documento en cual se genera una relación laboral; en cuanto al nombramiento provisional de fecha 1 de enero 2013, queda probado que el mismo documento hace referencia a que el nombramiento tenía como condición el artículo 18 literal c) de la LOSEP; en cuanto a la acción de personal DNGTH-2016-5414, en la cual dan por terminado el nombramiento provisional, en efecto no se hace ninguna valoración sobre la condición de lo que establece el artículo 17 y 18 de la LOSEP que por principio de comunidad de la prueba ratifica a su favor; la acción de personal, de 01 de julio de 2016, en el mismo sentido se otorga nombramiento con la misma condición del artículo 18 literal c) de la LOSEP; no objeta la demás documentación”.

QUINTO: AUDIENCIA DE APELACIÓN.

5.1. La Ab. Tania Tejada, en la fundamentación del recurso de apelación de la parte accionada, menciona que el IESS no violentó ningún derecho constitucional ya que la acción de protección propuesta, de acuerdo al artículo 40 de la LOGJCC, no cabe ya que la vía para el reclamo del accionante no es la correcta, menciona la sentencia 2006-18-EP/24 de la Corte Constitucional en lo que respecta a que los conflictos laborales deben tratarse en la vía contencioso administrativo a excepción de discriminación notoria, siendo que en el caso no se puso en conocimiento en ningún momento algún tipo de discriminación hacia el accionante por parte de la institución. Alega que el accionante no fue parte de la carrera administrativa de acuerdo a la LOSEP artículo 83 literal h, ya que el accionante ingresó con un contrato de servicios ocasionales, posteriormente se le otorgó un nombramiento provisional y el 30 de junio de 2016, este se dio por terminado, pero el 1 de julio de 2016, se otorgó otro nombramiento provisional y el 3 de agosto de 2017, se da por terminado. Menciona la sentencia 0051-3-SIS-CC, que para ingresar al sector público de forma permanente, se debió ganar un concurso de méritos y oposición que en el puesto del accionante aún no se ha realizado y tiene el derecho para participar. También alega que el artículo 6 de la LOGJCC, sobre la inmediatez de la acción de protección siendo que han pasado siete años y no se puso en conocimiento la supuesta vulneración de derechos ya que no existe. Solicita se deseche la acción de protección.

5.2. La defensa técnica del accionante, sobre la fundamentación del recurso de apelación, menciona que la fundamentación del recurso se fundamento en el mismo argumento de primera instancia y no respeta las reglas del derecho procesal constitucional. Sobre que no existió vulneración de derechos, alega que el oficio que da por terminada la relación laboral es memorando IESS-CSB-TU-2017-0775-M, donde la razón de la desvinculación es por acogerse a reposos médicos reiterados lo cual afecta a la atención de las citas, sobre este memorando menciona la sentencia 247-17-SEP-CC y concluye que el memorando es arbitraria e ilegal y refiere al concepto de estos, y concluye que es ilegal porque el nombramiento provisional otorgado tiene la condición de que el contrato duraba está el desarrollo de un concurso de méritos y oposición y se declare un ganador, en base al artículo 18 literal c de la LOSEP el cual da lectura y alega que consta expresamente el tipo de

nombramiento en la LOSEP en el artículo 17. Por lo que al contravenir disposición expresa se vulnera la seguridad jurídica. Menciona que la Corte Constitucional en sentencia 1342-16- EP/21 sobre que la seguridad jurídica no se limita a la aplicación de norma positiva sino a la convicción de los particulares de que la autoridad competente no se alejara de los parámetros,

por lo que recalca que la desvinculación fue arbitraria y con ello se vulneró la seguridad jurídica, derecho al trabajo, derecho a la vida digna y el derecho a la igualdad. Menciona que lo dicho de la sentencia 2006-18-EP/24, se hizo referencia a las excepciones por violación de

derechos y se ataque la dignidad e igualdad, además la CIDH en el caso Viteri Ungateti y otros vs Ecuador al cual lee textualmente la parte pertinente, donde se declara la culpabilidad del Ecuador por vulnerar el derecho a permanecer en un cargo en condiciones de igualdad. Menciona que en el caso al no tratar aspectos de legalidad la vía contencioso administrativo no es la adecuada. Resalta que los antecedentes fácticos proporcionados no son así ya que hubo varias vulneraciones de derechos ya que el accionante inició su servicio el 14 de noviembre de 2012 con un contrato ocasional, el 1 de enero de 2013, le otorgan un nombramiento provisional como licenciado de fisioterapia, el 30 de junio de 2016, se da por terminado el nombramiento sin justificación pero se le vuelve a contratar como Tecnólogo médico de rehabilitación y este nuevo nombramiento es al que se hizo referencia, la entidad accionada dio por terminado con la motivación de que por precautelar la salud, sin embargo una lesión de rodilla del accionante no fue del agrado de la institución. Menciona la disposición transitoria undécima de la LOSEP, la cual da lectura y concluye que el accionante tenía 4 años 11 meses de servicio y por esta inobservancia también vulnera la seguridad jurídica. Menciona la sentencia 3-19-IN/21 de la Corte Constitucional en el párrafo 52 el cual da lectura y concluye en que en el caso se vulneró el derecho a la igualdad y es un

acto discriminatorio, además recalca que en primera instancia se solicito se indique a qué otros servidores se desvinculo y no se obtuvo respuesta por lo que en aplicación de que lo dicho por el accionante se tiene como cierto mientras el accionado no justifique se entiende que existió un acto discriminatorio. Sobre el derecho a la dignidad, alega que la Corte Constitucional ha dicho que la vulneración del derecho al trabajo afecta la vida digna, en consecuencia al haberse vulnerado en el caso el derecho al trabajo se vulnera el derecho a la vida digna. Solicita se ratifique la sentencia venida en grado y en aplicación del principio iura novit curia, se establezca si la reparación económica corresponde desde la segunda desvinculación o desde la primera desvinculación con la remuneración que correspondería.

5.3. En la réplica, la parte accionada aclara que se mencionó dos nombramientos provisionales, lo cual fue así, pero consta en el expediente que se aceptó el segundo nombramiento con todas sus condiciones y no habría discriminación. Sobre que existían permisos médicos, alega que el Estado garantiza el derecho a la salud, lo cual no es una situación que produzca que se tenga un derecho adquirido adicional y una persona sea discriminado por ello, además consta que se dio todos los beneficios de ley por la condición médica. En lo demás se ratifica en su primera intervención.

5.4. En la réplica de la parte accionante, cuestiona el porque se dio la primera desvinculación si supuestamente se tenía la condición ya alegada o por un sumario administrativo y esto no se ha justificado. Sobre que se aceptó el segundo contrato, alega que la Constitución establece que las garantías jurisdiccionales buscan proteger la arbitrariedad y el abuso del poder, por lo que cualquier persona con tal de mantenerse de manera digna aceptaría el contrato, por lo que la relación de poder de que si te quieres quedar, acepta estas condiciones y fue por las que se volvió a contratar al accionante. Sobre que jamás hubo un problema por la salud, alega que se difirió la audiencia en dos ocasiones por motivos de salud por lo que aplicando lo que realizó el IESS se debería de desvincular ya que por su enfermedad no cumple sus funciones pero no es así. Sobre la temporalidad de la acción de protección, menciona que la Corte Constitucional ha dicho en sentencia 1681-14-EP/20 que en los requisitos de la acción de protección no hay temporalidad y procederá frente a derechos constitucionales en función del caso ya que el paso del tiempo no impide interponer la acción ya que sino supondría que el transcurso del tiempo imposibilita hacer efectivo un derecho que por su condición es inalienable e irrenunciable y que sea reparado. Termina su intervención solicitando se ratifique la sentencia subida en grado.

SEXTO: MOTIVACIÓN. 6.1. El Art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador, establece el objeto de la acción de protección cuando dispone:

“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 suponga 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.”

6.1.1. El Art. 86 número 1 de la Constitución de la República del Ecuador, es el fundamento que da a los ciudadanos el derecho a presentar la acción constitucional ya que:

“Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”.

El Art. 439 ibídem prescribe:

“Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente”.

Por su parte, el artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, refiriéndose a la legitimación activa en esta acción, dice:

“Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta Ley, podrán ser ejercidas: a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado... Se consideran personas afectadas quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño. Se entenderá por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce”.

6.1.2. El Art. 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional concordante con la Constitución señala que:

“La acción de protección procede contra: 1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio. 2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías. 3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías. 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las

siguientes circunstancias: a) Presten servicios públicos impropios o de interés público; b) Presten servicios públicos por delegación o concesión; c) Provoque daño grave; d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo. 5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.”

6.2. El accionante arguye que los derechos constitucionales que se le han vulnerado son: seguridad jurídica, en el grado de certeza, confianza y estabilidad jurídica; la garantía básica del debido proceso (Motivación); derecho al trabajo, derecho a la dignidad y proyecto de vida.

6.3. Para establecer si por la proposición fáctica propuesta en la demanda es admisible o no en la vía constitucional, es necesario analizar si existe o no vulneración de derechos constitucionales, por lo tanto, es indispensable identificar los actos o las omisiones que se dicen vulneran derechos constitucionales, teniendo en consideración que la Corte Constitucional en decisiones recientes, ha expresado que dentro de una acción de esta naturaleza corresponde al juez constitucional, realizar un análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales. Siendo obligación de esta Sala, no solamente circunscribir su análisis al ámbito de la legalidad, sino desde la óptica constitucional.

6.4. Se dice en la demanda que se han vulnerado derechos constitucionales, argumentando de manera general que el accionante, el 14 de noviembre del 2012, ingresa a trabajar en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, mediante contrato ocasional para desempeñar las funciones de fisioterapeuta, desde el 17 de septiembre del 2012 hasta el 31 de diciembre del 2012. El 1 de enero del 2013, se otorga nombramiento provisional con el cargo de fisioterapeuta; el 30 de junio del 2016, mediante acción de personal número DNGTH-2016-5214, de forma arbitraria se da por terminado el nombramiento provisional, al cargo fisioterapia del Centro de Salud B- Tulcán, en el cual percibe una remuneración de 1480 dólares; el 01 de julio del 2016 mediante acción de personal número DNGTH-2016-7045 se otorga un nuevo nombramiento provisional, pero con un cargo inferior de tecnólogo médico de rehabilitación 2 del Centro de Salud B-Tulcán, con una remuneración de 1086 cuyo nombramiento se encuentra amparado en el artículo 18 del Reglamento de la LOSEP, es decir, hasta el desarrollo de un concurso de méritos y oposición y declaratoria de un ganador del concurso; el 3 de agosto del 2017, mediante acción de personal número DNGTH-2017-07758, de forma arbitraria se da por terminado el nombramiento provisional al cargo de tecnólogo médico de rehabilitación 2 del Centro de Salud B-Tulcán, en el cual percibía una remuneración de 1086 Dólares. Señala que llevaba trabajando en la institución de forma consecutiva desde el mes de septiembre de 2012 hasta agosto del 2017, es decir cerca de 4 años 11 meses en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social .

La defensa de la entidad accionada, argumenta que, el Instituto Ecuatoriano de

Seguridad Social, en ninguno de sus actos ejecutados administrativamente ha incumplido el principio de legalidad, más bien la acción de protección propuesta por el señor Álvaro Vaca Ponce, no cumple con lo establecido en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que en este caso la vía expedita es la vía contencioso administrativa, conforme la sentencia No. 2006-2018-EP/24, que el señor Álvaro Vaca Ponce, nunca ha demostrado que es un padre sustituto, que tenga una condición de discapacidad, porque la condición de salud que señaló el abogado del accionante no es una condición que declare que sea una vulneración o una discriminación; que esto se debe tramitar en la vía contenciosa administrativa; que el accionante nunca fue parte de la carrera de servicio público, porque para ser parte de ello se debe tener un nombramiento permanente, haber ganado un concurso de méritos y oposición cuyo concurso el IESS todavía no lo ha hecho y el señor Vaca Ponce, no ha perdido el derecho de participar en dicho concurso, en cualquier momento cuando el Instituto de Seguridad Social, lance dicho concurso, por lo cual el Instituto no ha vulnerado derecho alguno al hoy accionante; que el principio de inmediatez, no se está cumpliendo ya que han pasado 6 años desde que el señor Vaca fue desvinculado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el reclamo de una vulneración de derechos debe de hacerse de manera inmediata; solicita que la acción de protección planteada sea inadmitida debido a que no es vía expedita para conocerla.

Debemos por tanto, examinar si la acción de protección planteada, cumple los requisitos referentes a la procedencia de la acción previstos en los Art. 88 de la Constitución y 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional a efecto de determinar la vulneración del derecho al trabajo, seguridad jurídica y debido proceso en la garantía de la motivación.

6.5. En lo que respecta a la vulneración a la seguridad jurídica, se argumenta que:

“Dentro del expediente certificado íntegro, del Licenciado Álvaro Javier Vaca Ponce, constan sus nombramientos provisionales mismos que se otorgan amparados en el artículo 18 letra c del Reglamento de la LOSEP (...) El cual tiene Relación directa con lo establecido en el artículo 17 literal b.5 (.. .) Así como también, con lo establecido en la Disposición Transitoria Undécima que entra en vigencia con la Ley Orgánica Reformatoria a las leyes que rigen al sector público, mismo que se publicó en el registro oficial suplemento 1008 de fecha 19 de mayo del 2017 (...) por lo tanto de forma clara e irrefutable se establece la violación del derecho a la seguridad jurídica en el grado de confiabilidad certeza y no arbitrariedad, puesto que, existe a la actualidad norma expresa que, condicionaba a un procedimiento, qué es la realización del concurso de méritos y oposición, además de la declaratoria de ganador, para que el licenciado Álvaro Javier Vaca Ponce pueda ser desvinculado, y no, como consta en la acción de personal que notifican desvinculación, mediante informes y memorandos, que bajo ningún criterio legal peor aún constitucional pueden entrar a reformar una norma preestablecida. (...) Por lo tanto, es innegable

la inobservancia de varias normas vigentes en nuestro país, como son la LOSEP y su Reglamento, la Constitución de la República, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo cual se subsume a lo pronunciado por la misma Corte Constitucional en la obra de nominada Desarrollo Jurisprudencial de la Primera Corte Constitucional”.

6.5.1. El Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, que señala:

“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

Sobre este derecho, la Corte Constitucional ecuatoriana en sentencia N° 175-14-SEP-CC, emitida dentro del caso N° 1826-12-EP, del 15 de octubre de 2014, ha manifestado que:

"...La seguridad jurídica es un derecho constitucional transversal a todo el ordenamiento jurídico, por cuanto garantiza el respeto a la Constitución como norma jerárquicamente superior y la aplicación de normas jurídicas previas, claras, públicas por parte de las autoridades competentes para ello...";

Mientras que en la sentencia N° 045-15-SEP-CC, dictada dentro del caso N° 1055-11-EP, del 25 de febrero de 2015, sostuvo:

“...La seguridad jurídica implica la confiabilidad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y a la ley, como salvaguarda para evitar que las personas, pueblos y colectivos sean víctimas del cometimiento de arbitrariedades”.

6.5.2. Es conocido que a través del derecho a la seguridad jurídica se busca lograr un mínimo aceptable de certeza y confianza ciudadana respecto de las actuaciones de los poderes públicos, a través de la garantía del derecho, el Estado asegura a las personas que toda actuación se realizará acorde a la Constitución y que para la regulación de las diversas situaciones jurídicas, existirá una normativa previamente establecida y disponible para el conocimiento público, que será aplicada únicamente por parte de las autoridades competentes.

6.5.3. Sobre este particular la Corte Constitucional del Ecuador ha desarrollado el concepto de seguridad jurídica en varias de sus sentencias, puntualizando que:

“...El derecho a la seguridad jurídica encuentra su fundamento en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, por expresa disposición constitucional. Todos estos presupuestos deben ser observados por las autoridades competentes, quienes en la presente causa, investidas de potestad jurisdiccional, deben dar fiel cumplimiento a lo que dispone la Constitución de la República, respetando y haciendo respetar los derechos que se consagran en el texto constitucional...”,

Con lo anotado, el criterio de la Corte Constitucional ecuatoriana, se resume en el respeto al ordenamiento jurídico por parte de las autoridades competentes.

6.5.4. La parte accionada, sostiene que la acción es improcedente, argumentando que se trata de asuntos de mera legalidad que no corresponden a la justicia constitucional, sino que la vía adecuada y eficaz es la contenciosa administrativa y solamente es procedente la vía constitucional cuando el caso se refiere a derechos de servidores públicos en el caso de mujeres embarazadas, padre sustituto, o que tenga una condición de discapacidad o discriminación; porque, la condición de salud que señaló el abogado del accionante no es una condición que declare que sea una vulneración o una discriminación.

6.5.5. En la causa, con la prueba actuada se ha podido establecer que:

- 1. El hoy accionante Lcdo. Álvaro Xavier Vaca Ponce, ingresó a laborar al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para desempeñar las funciones de Fisioterapista, mediante contrato de servicios ocasionales, en el mes de septiembre del año 2012 contrato en el cual rige desde Septiembre 17 de 2012 hasta diciembre 31 de 2012;**
- 2. El 01 de enero del 2013, el accionante es designado para desempeñar el cargo de Fisioterapista Centro Atención Ambulatoria Tulcán, percibiendo una remuneración mensual de 1480,00 dólares; mediante nombramiento provisional, de acuerdo a lo que establece el artículo 18 literal c) de Reglamento a la LOSEP,**

3. Mediante acción de personal No. DNGTH-2016-5414, de fecha 30 de junio del 2016, la institución accionada resuelve dar por terminado dicho Nombramiento Provisional invocando.
4. Mediante acción de personal No. DNGTH-2016-7045, de fecha 01 de junio de 2016, se le otorga Nombramiento Provisional para que ocupe el puesto de Tecnólogo Médico de Rehabilitación 2 del Centro de Salud B – Tulcán.
5. Se ha justificado que se ha procedido a remover al señor Lcdo. Álvaro Xavier Vaca Ponce, mediante Memorando Nro. IESS-CSB-TU-2017-0775-M, de fecha 31 de julio de 2017, suscrito por la Ing. Johana Alejandra Arteaga Gordón, Directora Administrativa Centro de Salud B Tulcán.

6.5.6. Se dice que la vulneración a la seguridad jurídica ocurre cuando se desvincula al accionante sin observar la normativa prevista en la Disposición Transitoria Undécima de la Ley Orgánica de Servicio Público, esta normativa señala:

“Décima Primera.- (Agregada por el Art. 12 de la Ley s/n, R.O. 1008-S, 19-V-2017).- Las personas que a la presente fecha hayan prestado ininterrumpidamente por cuatro años o más, sus servicios lícitos y personales en la misma institución, ya sea con contrato ocasional o nombramiento provisional, o bajo cualquier otra forma permitida por esta Ley, y que en la actualidad continúen prestando sus servicios en dicha institución, serán declaradas ganadoras del respectivo concurso público de méritos y oposición si obtuvieren al menos el puntaje requerido para aprobar las pruebas establecidas por el Ministerio del Trabajo”.

La referida norma garantiza este derecho a aquellas personas, que al 19 de mayo del 2017, hayan prestado ininterrumpidamente por cuatro años o más, sus servicios lícitos y personales en la misma institución. En el caso el accionante labora desde septiembre del año 2012 hasta el 31 de julio de 2017, para el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, desempeñándose como Fisiotrapista; y, desde el 01 de junio de 2016, en se le otorga Nombramiento Provisional para que ocupe el puesto de Tecnólogo Médico de Rehabilitación 2 del Centro de Salud B – Tulcán. Por lo tanto si tomamos en cuenta su ingreso a las dependencias de la entidad accionada se cumplen más de los cuatro años que establece la mencionada disposición transitoria.

Adicionalmente, la Disposición Transitoria DÉCIMA QUINTA, de la referida Ley en forma puntual dispone:

“En un plazo máximo de 180 días, los funcionarios responsables de las Unidades Administrativas de Talento Humano de las instituciones de la Administración Pública, concluirán con el proceso de concurso de méritos y oposición conforme lo determinado en los artículos 56 y 57 de esta ley para los servidores que al momento de entrar en vigencia esta reforma se les haya otorgado un nombramiento provisional, según lo prescrito en el artículo 18, literal c) del Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio”.

6.5.7. En este sentido, existe una disposición legal que obliga a la entidad accionada a declarar ganadoras del concurso público de méritos y oposición a quienes han laborado por más de cuatro años bajo nombramiento provisional y si obtuvieren al menos el puntaje requerido para aprobar las pruebas establecidas por el Ministerio del Trabajo, lo cual en el presente caso no se ha cumplido con esta norma.

6.5.8. La Corte Constitucional, declara la modulación de los artículos 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público y 143 del Reglamento a Ley Orgánica de Servicio Público, donde se sustituye el artículo 58 de la Ley Orgánica del Servicio Público y entre otras reformas respecto de los contratos ocasionales dice:

“Art.- 58.-...Este tipo de contratos, por su naturaleza, de ninguna manera representará estabilidad laboral en el mismo, ni derecho adquirido para la emisión de un nombramiento permanente, pudiendo darse por terminado en cualquier momento por alguna de las causales establecidas en la presente ley y su reglamento.....Cuando la necesidad institucional pasa a ser permanente, la Unidad Administrativa de Talento Humano planificará la creación del puesto el cual será ocupado agotando el concurso de méritos y oposición, previo al cumplimiento de los requisitos y procesos legales correspondientes. Se considerará que las necesidades institucionales pasan a ser permanentes cuando luego de un año de contratación ocasional se mantenga a la misma persona o se contrate a otra, bajo esta modalidad, para suplir la misma necesidad, en la respectiva institución pública. La Unidad Administrativa de Talento Humano bajo sanción en caso de incumplimiento tendrá la obligación de iniciar el concurso de méritos y oposición correspondiente, tiempo en el cual se entenderá prorrogado el contrato ocasional hasta la finalización del concurso y la designación de la persona ganadora” (Sentencia No. 048-17-SEP-CC, de 22 de febrero de 2017)

En este contexto, el accionante ha permanecido desde el año 2013 con nombramiento provisional, para cubrir la necesidad institucional, sin embargo no existe constancia que se haya iniciado un concurso de méritos y oposición, consecuentemente de acuerdo con la norma se entiende vigente el contrato hasta la finalización del concurso. Era obligación de la entidad accionada en un plazo de ciento ochenta días, luego de entrar en vigencia esta reforma, para concluir con el proceso de concurso de méritos y oposición para los servidores. Sin embargo, en la presente causa, esto no ocurrió. Reflejado una inobservancia de la norma por parte de la accionada.

6.6. También se alega que los nombramientos provisionales que se ha emitido por parte de la entidad accionada, a favor del accionante, consta que se lo hace de conformidad con el Art. 18 letra c del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público, argumentando que existe norma expresa que condiciona a un procedimiento, que es la realización del concurso de méritos y oposición, además de la declaratoria del ganador, para que el Licenciado Álvaro Javier Vaca Ponce, pueda ser desvinculado y no como consta de las acciones de personal que notifican la desvinculación mediante informes y memorandos que bajo ningún criterio legal peor aún constitucional puedan entrar a reformar la Norma preestablecida.

El Art. 18 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público establece:

“Excepciones de nombramiento provisional.- Se podrá expedir nombramiento provisional en los siguientes casos: (...) c.- Para ocupar un puesto cuya partida estuviere vacante hasta obtener el ganador del concurso de méritos y oposición, para cuya designación provisional será requisito básico contar con la convocatoria. Este nombramiento provisional se podrá otorgar a favor de una servidora, un servidor o una persona que no sea servidor siempre que cumpla con los requisitos establecidos para el puesto...”

6.6.1. Pese a que los nombramientos provisionales no generan estabilidad laboral, es obligación de las instituciones públicas someterse al marco normativo que rige el sistema laboral, en este sentido, al haberse desvinculado al accionante sin tomar en consideración esta disposición reglamentaria, se puede establecer que se ha omitido aplicar la normativa vigente en la presenta causa.

6.6.2. La Corte Constitucional respecto al derecho a la seguridad jurídica ha señalado

que:

“(...) para que se produzca una vulneración al derecho a la seguridad jurídica es necesario que la inobservancia de la norma infra-constitucional tenga como resultado la afectación de preceptos constitucionales, de tal manera que la inaplicación de una norma se torne en constitucionalmente relevante”. (Sentencia No. 1469-13-EP/19, 4 de diciembre de 2019, párr. 35)

Argumentar vulneración a un derecho constitucional como la seguridad jurídica, basado en la inaplicación únicamente de una norma, no se torna constitucionalmente relevante; conocemos además, que es indispensable verificar en cada caso concreto que la acción de protección no esté siendo utilizada como una instancia adicional para remplazar las vías judiciales ordinarias; la acción de protección debe buscar resolver cuestiones que trascienden la esfera legal, el carácter eminentemente económico de la controversia y la inconformidad con las decisiones adoptadas.

Tampoco es procedente en una acción de protección, la discusión de aspectos legales de un derecho; o, la correcta interpretación o aplicación de una norma procesal, salvo que de ésta se desprendan claramente violaciones de derechos fundamentales; la cuestión a discutirse debe resultar de evidente relevancia constitucional. En este sentido al juez constitucional no le corresponde entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional. En consecuencia, le corresponde al juez indicar con toda claridad y de forma expresa por qué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

Para determinar si existe vulneración al derecho a la seguridad jurídica corresponde analizar, la afectación relevante de otros derechos constitucionales.

6.7. Se ha dicho por parte del accionante que existe una vulneración al derecho al trabajo, argumentando que el trabajo es una fuente de realización humana y constituir una parte inherente e inseparable de la dignidad humana, al ser desvinculado de forma arbitraria se genera un efecto dominó, ocasionando la violación de otros varios derechos fundamentales, como la dignidad humana de forma directa, así como también el derecho al proyecto de vida.

6.7.1. El Art. 33 de la Constitución de la República determina:

“El Derecho al trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado”.

El artículo 6 (1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”;

El derecho al trabajo significa que las personas deben tener la posibilidad de ganarse la vida con el trabajo que elijan, en condiciones seguras y saludables, que no sean degradantes de la dignidad humana, garantizando un salario mínimo que les permita llevar una vida decente con su familia, sin discriminar en el empleo y los ascensos, o el goce de derechos relacionados con el trabajo, limitando la cantidad de horas laborables a fin de no perjudicar la salud de los trabajadores y de permitirles que disfruten de un tiempo de ocio adecuado, así como el goce de vacaciones periódicas y pagas.

Como se aprecia, el derecho al trabajo conlleva la realización connatural del ser humano, brindándole el Estado las garantías necesarias para su acceso y con ello se le permita su efectivo goce y coexistencia social dentro de una sociedad.

6.7.2. El Art. 225 de la Constitución establece:

"El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores".

De su parte, el Art. 326 de la Constitución consagra los principios que sustentan el derecho al trabajo, entre ellos:

"2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario; 3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras".

6.7.3. En la causa, como ya se señaló se ha procedido a dar por terminado el nombramiento provisional del accionante por parte de la entidad accionada, en este caso, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Para el análisis de este derecho es prioritario considerar que existe un criterio vinculante que emana de la Corte Constitucional plasmado en la sentencia número 2006-18-EP/24, en la que señala los conflictos laborales entre el Estado y sus servidores públicos corresponde, por regla general, a la jurisdicción de lo contencioso- administrativo, a menos que el caso se refiera a asuntos que comprometan notoria o gravemente la dignidad o autonomía del servidor, como en casos de evidente discriminación, o en los excepcionálísimos que requieran una respuesta urgente por las circunstancias que lo rodeen.

6.7.4. En este sentido, es procedente verificar en que circunstancias se produce la desvinculación del accionante, para determinar si es o no procedente analizar el caso vía constitucional o si la vía adecuada es la acción ordinaria.

6.7.5. Revisado el proceso se ha podido determinar que se ha procedido a remover al señor Lcdo. Álvaro Xavier Vaca Ponce, tomando como referencia el Memorando Nro. IEES-CSB-TU-2017-0775-M, de fecha 31 de julio de 2017, suscrito por la Ing. Johana Alejandra Arteaga Gordón, Directora Administrativa Centro de Salud B Tulcán, el mismo que señala:

"...El Licenciado Álvaro Xavier Vaca Ponce, a partir del mes de febrero del presente año se ha acogido a reposos médicos reiterados perjudicando de esta forma a la programación de citas asignadas para afiliados con tratamientos y referencias al servicio de fisioterapia postergando las citas de los afiliados. Conforme se demuestran en los informes técnicos de Talento Humano y Dirección Médica. Por tal motivo SOLICITO que de forma urgente se dé por terminado el nombramiento provisional otorgado al Licenciado Álvaro Xavier Vaca Ponce con el objetivo de

poder realizar la contratación de otra persona- que cumpla con las atenciones retrasadas y necesarias para los afiliados en procura de cumplir como institución...”.

El Informe Técnico Nro. SDNGTH-IESS-2017-01081, procedente de la Subdirección Nacional de Gestión del Talento Humano, suscrito por la Ing. Johana Pamela Jiménez Granja, de fecha 03 de agosto de 2017, menciona lo siguiente:

“...CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES: Con estos antecedentes, a fin de dar atención a la solicitud de la Ing. Johana Alejandra Arteaga Gordón, DIRECTORA ADMINISTRATIVA CENTRO DE SALUD DE TULCÁN, en virtud de la normativa legal vigente y en base a la delegación de funciones otorgada mediante Resoluciones administrativas Nros. IESS-DG-2016-00010-DFQ e IESS-DG2027-0029- RFDQ, de 29 de abril de 2016 y 08 de mayo de 2017, respectivamente, solicito a usted señor Subdirector Nacional de Gestión de Talento Humano, autorizar y suscribir la siguiente acción administrativa: Acción de Personal Nro. SDNGTH-2017-07758, mediante la cual se da por terminado el Nombramiento Provisional del señor VACA PONCE ALVARO XAVIER como TECNÓLOGO MÉDICO DE REHABILITACIÓN 2 DEL CENTRO DE SALUD B – TULCÁN, de conformidad con lo estipulado en los artículos 83, literal h y 85 de la Ley de Servicio Público-LOSEP...”.

Mediante acción de personal número SDNGTH-2017-07758, de 03 de agosto de 2017, emitida por la ING. JIMÉNEZ GRANJA JOHANA PAMELA, DELEGADA DE LA SUBDIRECCIÓN NACIONAL DE GESTIÓN DE TALENTO HUMANO, emite el acto por el cual da por terminado el nombramiento provisional del accionante:

“RESUELVE: Dar por terminado el nombramiento provisional extendido al servidor VACA PONCE ÁLVARO XAVIER, como TECNÓLOGO MÉDICO DE REHABILITACIÓN 2 del Centro de Salud B Tulcán. (...)

BASE LEGAL: Artículos 83, literal h y 85 de la Ley Orgánica de Servicio Público LOSEP, Memorando número FDQ-NE-SDNGTH-1400-2017, de 08 de mayo del 2017, suscrito por el licenciado Rodrigo Eduardo Mendoza Álvaro, Subdirector

Nacional de Gestión de Talento Humano.

REFERENCIA: Memorando número IESS-CSB-T-2017-0775-M, de 31 de julio del 2017 suscrito por la ingeniera Johana Alejandra Arteaga Gordón, Directora Administrativa Centro de Salud B Tulcán. Informe Técnico número SDNGTH-IESS-2017-01081, de 3 de agosto del 2017 procedente de la Subdirección Nacional de Gestión de Talento Humano”.

6.7.6. Con la prueba actuada se puede determinar con claridad que el accionante Lcdo. Álvaro Xavier Vaca Ponce, a partir del mes de febrero del año 2017, por enfermedad ha registrados a varios reposos médicos, conforme se desprende de las copias de los certificados médicos incorporados por él como prueba, principalmente el documento constante a fojas 21 del expediente, el cual hace mención a una copia certificada de un correo electrónico, emitido por notificaciones@iess.gob.ec, por el cual se hace conocer el registro de certificado médico del afiliado Vaca Ponce Álvaro Xavier, al empleador Centro de Salud B Tulcán, donde aparece registrada la contingencia: enfermedad; Unidad Médica Traumatología, Hospital Carlos Andrade Marín, periodo del 24 de julio al 22 de agosto del 2017.

La acción de personal por la cual se da por terminado el nombramiento provisional del accionante se la emite el 03 de agosto del 2017 y se la notifica el 08 de agosto del mismo año; es decir, que a la fecha en que se dio por terminado el nombramiento provisional en calidad de Tecnólogo Médico de Rehabilitación 2 del Centro de Salud B – Tulcán, estaba haciendo uso de su derecho a licencia con remuneración por enfermedad autorizada y avalada por el mismo IESS; adicionalmente, se debe establecer que el motivo de la terminación del nombramiento provisional de accionante obedece estrictamente a su estado de salud, pese a que se encuentra debidamente normado el uso de licencias y permisos por enfermedad.

6.7.7. El Art. 26 de la LOSEP, contempla el régimen de licencias y permisos y señala que:

“Se concederá licencia o permiso para ausentarse o dejar de concurrir ocasionalmente a su lugar de trabajo, a las servidoras o los servidores que perciban remuneración, de conformidad con las disposiciones de esta Ley”.

El Art. 27 Ibídem, establece las licencias con remuneración, y señala:

“Toda servidora o servidor público tendrá derecho a gozar de licencia con remuneración en los siguientes casos: a) Por enfermedad que determine imposibilidad física o psicológica, debidamente comprobada, para la realización de sus labores, hasta por tres meses; e, igual período podrá aplicarse para su rehabilitación”.

Por su parte el Art. 33 del Reglamento de la LOSEP, establece la licencia por enfermedad y dispone:

“La o el servidor público tendrá derecho a licencia con remuneración por enfermedad, de conformidad con lo que establece el artículo 27, letras a) y b) de la LOSEP, y la imposibilidad física o psicológica será determinada por el facultativo que atendió el caso, lo que constituirá respaldo para justificar la ausencia al trabajo.

Reintegrado al trabajo podrá hacer uso de hasta 2 horas diarias de permiso para rehabilitación, tiempo que no se imputará a las licencias por enfermedad señaladas en el inciso anterior, y para la consideración del tiempo y su autorización se estará a lo que prescriba el médico que atendió o que atiende el caso. Estos permisos no serán acumulables y se hará uso de ellos mientras dure la rehabilitación.

De continuar la imposibilidad física o psicológica, y se hubiere agotado el tiempo de la licencia con remuneración por enfermedad se concederá licencia sin remuneración de conformidad con las regulaciones de los Institutos de Seguridad Social de acuerdo con el régimen y la ley correspondiente; y, de superar dicho período se observará la legislación general de seguridad social”.

El Art. 34, Ibidem se refiere a la justificación de la licencia, su texto expresa:

“La licencia por enfermedad que determine imposibilidad física o psicológica o enfermedad catastrófica o accidente grave, se concederá siempre y cuando la o el servidor, sus familiares o terceras personas justifiquen dentro del término de tres días de haberse producido el hecho, mediante la certificación conferida por el profesional que atendió el caso, lo cual podrá ser verificado por la UATH”.

En la causa, la ausencia del accionante a su lugar de trabajo se encuentra debidamente justificada, con la documentación otorgada y presentada por el mismo Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

6.7.8. El Art. 32 de la Constitución de la República del Ecuador dispone:

“La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional”.

El Art. 66 Ibídem establece los derechos de libertad y señala:

“Se reconoce y garantizará a las personas: (...)

2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios”.
(Negrillas fuera del texto)

El Art. 3 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone

“Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la

Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la

alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes. (...)”.

Por los textos de las normas transcritas, la salud es un derecho reconocido y garantizado por la norma suprema, de tal manera que no se puede transgredir normas constitucionales. En el caso se da por terminado un nombramiento provisional con el solo fundamento de estar ausente de su lugar de trabajo por su estado de salud, pese a estar debidamente justificado.

El Art. 11 *Ibídem*, establece que:

“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...)

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que

tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.”. (Negrillas fuera del texto)

6.7.9. La Corte Constitucional, al analizar esta disposición constitucional menciona:

“....17. La definición anterior tiene tres elementos para configurar el trato discriminatorio: (1) La comparabilidad: tiene que existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones; (2) la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas ejemplificativamente en el artículo 11.2, que son categorías protegidas y que, cuando se utilizan para diferenciar, se denominan categorías sospechosas; (3) la verificación del resultado, por el trato diferenciado, y que puede ser una diferencia justificada o una diferencia que discrimina. La diferencia justificada se presenta cuando se promueve derechos, y la diferencia discriminatoria cuando tiene como resultado el menoscabo o la anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos...” (Sentencia No. 603-12-JP/19)

“Adicionalmente, esta Corte ha indicado que la diferencia justificada se presenta, en principio, cuando se promueve derechos mientras que la diferencia discriminatoria se presenta cuando se tiene como resultado el menoscabo o la anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”. (Corte Constitucional del Ecuador, dictamen 1-18-RC/19 de 28 de mayo de 2019, párr. 31 y sentencia No. 159-11-JH/19 de 26 de noviembre de 2019, párr. 75)

Respecto al primer elemento, la Corte ha señalado que, se podrá determinar la presencia de un trato discriminatorio si se evidencia que los individuos, sobre quienes recae la conducta que se reputa discriminatoria, están en semejantes o idénticas condiciones.

En el presente caso, se puede comparar con todos y cada uno de los funcionarios que laboran en el mismo lugar del accionante y ninguno de ellos ha sido objeto de terminación del nombramiento provisional, por su estado de salud, diferenciándose en este caso con el accionante.

En relación con el segundo elemento, es necesario constatar si el trato diferenciado se realiza con fundamento en una de las categorías enunciadas en el artículo 11.2 de la CRE. Al respecto, si bien el trato diferenciado podría no afectar a todos los funcionarios que pidan licencia por enfermedad, para la Sala es evidente que la medida afecta desproporcionadamente a la persona que obtuvo licencia por enfermedad, y ese es el motivo para su desvinculación.

Con relación al tercer elemento, la consecuencia o resultado de la referida afectación al derecho a la salud es la desvinculación, por el cual el accionante, no puede regresar a la institución accionada a seguir laborando, a diferencia del resto de personal que luego de un reposo médico si puede hacerlo.

En el presente caso, la distinción además tuvo como resultado menoscabar el ejercicio de otros derechos y libertades, tales como el derecho a la salud del accionante. Así también, la distinción generó consecuencias respecto del derecho al acceso a los servicios de salud, que sin lugar a dudas se vio afectado al no estar ya aportando al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, donde estaba recibiendo atención médica.

Una vez verificado el resultado por el trato diferenciado, es necesario determinar si se trata de una diferencia justificada o una diferencia que discrimina, por lo que en este punto la Sala pasa a analizar si existe una justificación constitucional para realizar la distinción con base a la ausencia de su lugar de trabajo por su enfermedad, si la medida es idónea, necesaria, y guarda un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

En principio, toda vez que la medida restrictiva busca proteger derechos como la salud de los afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, específicamente en el área de Fisioterapia, podría asumirse que se trata de una medida con una finalidad constitucionalmente válida. Ahora bien, para justificar una afectación al derecho de salud del accionante no basta con invocar razones de salud de la generalidad de las personas que reciben Fisioterapia. Después de todo, se trata de buscar un balance entre el interés legítimo de ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad y su expresión, al momento de ejercer su trabajo, sin restricciones arbitrarias o abusivas, y el interés público de garantizar el derecho de acceso a la salud.

Respecto a la idoneidad, la Sala, no verifica que la terminación del nombramiento provisional, a consecuencia de los permisos por enfermedad que ha solicitado el accionante, sea en sí misma conducente para la protección de los derechos de salud de la generalidad de personas que requieren de tratamiento de fisioterapia. A diferencia de otras medidas como sería el re agendamiento de turnos para cumplir con el tratamiento de fisioterapia, que podría ser utilizado para cubrir las necesidades de la institución accionada, que no represente un afectación a la salud de los afiliados que requieran el servicio.

A lo largo de la acción de protección, la entidad accionada insiste en justificar la necesidad de brindar un buen servicio de salud, el que se ve truncado por la ausencia del accionante. A criterio de la Sala, es responsabilidad del ente administrativo de la institución accionada, garantizar la prestación del servicio de salud, independientemente de la asistencia o no del accionante. En consecuencia, la Sala no encuentra que la medida adoptada por la parte accionada, sea idónea para el fin propuesto.

En relación con la necesidad de la medida, a juicio de la Sala no se ha justificado por parte de las autoridades administrativas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la inexistencia de alternativas menos gravosas para alcanzar el fin. En cuanto a la protección del derecho a la salud de los afiliados, se debió recurrir a otras medidas para evitar que las personas que agendaron citas, estas se cumplan con los demás profesionales que cubren el área de fisioterapia, sin tener que recurrir a la medida extrema de dar por terminado un nombramiento provisional. En consecuencia, a juicio de la Sala, la entidad accionada no han justificado que la medida adoptada constituya la alternativa menos gravosa a efectos de precautelar el fin constitucionalmente válido.

Además, la proporcionalidad exige un debido equilibrio entre la protección y la restricción. La Sala observa que no resulta equilibrado que, con el afán de proteger la salud de los afiliados, se haya dado por terminado un nombramiento provisional, cuando el funcionaria no gozaba de buena salud y necesitaba atención médica por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el cual lo pierde por la desvinculación de su relación laboral, lo cual constituye una interferencia desmedida en el ejercicio de su derecho al acceso a los servicios de salud.

Por el contrario, la terminación de la relación laboral sobre la base de que a partir del mes de febrero el accionante se ha acogido a reposos médicos reiterados y que esto

perjudica la programación de citas asignadas para afiliados con tratamientos y referencias al servicio de Fisioterapia postergando las citas de los afiliados, lejos de alcanzar un equilibrio entre la terminación de la relación laboral y el supuesto beneficio, obedece a la falta de agilidad en la asignación de funciones de los profesionales que laboran en el área de Fisioterapia, y optimizar el tiempo de atención.

Por lo expuesto, la Sala concluye que el haber dado por terminado el nombramiento provisional del accionante, con base a reposos médicos reiterados constituyó una medida discriminatoria que no cuenta con una justificación objetiva, no evidencia una relación razonable de proporcionalidad entre la medida aplicada y el fin perseguido, y se basa en patrones estereotipados de comportamiento que promueven un trato desigual hacia una persona que registra una lesión y requiere atención médica.

En consecuencia, esta diferencia de trato aplicada por el IESS, al accionante, con base a reposos médicos reiterados fue discriminatoria y vulneró el derecho a la igualdad y no discriminación consagrado en los artículos 11.2 y 66.4 de la CRE.

Además, esta resolución de dar por terminado el nombramiento provisional, afecta en forma directa el derecho al trabajo contenido en el Art. 326 de la Constitución de la República del Ecuador, que señala:

“El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: (...)

6. Toda persona rehabilitada después de un accidente de trabajo o enfermedad, tendrá derecho a ser reintegrada al trabajo y a mantener la relación laboral, de acuerdo con la ley”.

Por todo lo expuesto, se establece la vulneración al derecho al trabajo y también el derecho a la salud del accionante.

6.8. Se alega por parte del accionante falta de motivación en la resolución tomada por la entidad accionante.

6.8.1. El Art. 76.7.1 de la Constitución,

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas. (...)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...)

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

Esta disposición constitucional exige que los actos administrativos, y judiciales tengan una estructura formada por: los hechos del caso, la norma aplicable a ese caso y finalmente la conclusión.

6.8.2. El Pleno de la Corte Constitucional, determinó nuevas pautas para examinar los cargos de vulneración del derecho al debido proceso en su garantía de motivación, exige observar el estándar de suficiencia de acuerdo con el nivel de rigurosidad requerida al juez dentro de cada caso específico y verificar si en el mismo la garantía de motivación ha sido satisfecha.

Para tal verificación, se han establecido claramente los tipos de deficiencia motivacional:

“Inexistencia: La decisión carece totalmente de fundamentación normativa y fáctica.

Insuficiencia: La decisión cuenta con fundamentación normativa y fáctica, pero no cumple con el estándar de suficiencia.

Apariencia: La argumentación luce suficiente, pero, en realidad, su fundamentación jurídica o fáctica inexistente o se encuentra afectada por un vicio motivacional: incoherencia; inatinencia; incongruencia e incomprensibilidad.

Incoherencia: contradicción entre premisas, entre premisas y conclusión o entre conclusión y decisión.

Incoherencia lógica: vulnera la garantía de motivación solo si no quedan otros argumentos que sean suficientes.

Incoherencia decisional: siempre vulnera tal garantía.

Inatinencia: las razones inatinentes no fundamentan una decisión, pues no guardan relación semántica general con la controversia. Solo vulnera a la motivación si no existe otra argumentación que sea suficiente.

Incongruencia: la fundamentación fáctica o jurídica no contesta argumentos relevantes y esenciales de las partes (para la decisión) o no se contesta ninguna cuestión de derecho necesaria de abordar en la resolución. Este vicio siempre vulnera la garantía de motivación”.

Incomprensibilidad: La fundamentación normativa o fáctica no es razonablemente inteligible y vulnera la garantía de motivación solo si no queda otro argumento que configure una argumentación suficiente.

6.8.3. Un vez analizado el memorando, por el cual se notifica la terminación del nombramiento provisional al accionante, se puede establecer que presenta deficiencia motivacional, específicamente inexistencia motivacional toda vez que en el referido memorando, la decisión tomada por la entidad accionada, carece de fundamentación fáctica y también normativa, pues no se ha explicado las razones por las cuales se ha tomado esa decisión de manera unilateral, razón por la cual no se cumple con los parámetros establecidos por la Corte Constitucional; al tratarse de una Resolución de carácter administrativo, se debía contar con las fuentes y argumentos legales claros sobre los cuales fundamente su decisión, esto es amparado en fuentes del derecho debidamente conocidas con anterioridad y aplicables al caso, argumentando debidamente su decisión; pues el referido documento se limita a señalar:

“EXPLICACIÓN: El Subdirector Nacional de Gestión de Talento Humano del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en ejercicio de la delegación concedida mediante Resoluciones Administrativas Nos. IESS-DG-2016-00010-FDQ IESS-DG-2017-0029-RFDQ, de 29 de abril de 2016 y de 8 de mayo del 2017, respectivamente, suscrita por la abogada Giovanna Alexandra León Hinojosa Directora General del IESS:

RESUELVE: Dar por terminado el nombramiento provisional extendido al servidor VACA PONCE ALVARO JAVIER, como TECNÓLOGO MÉDICO DE REHABILITACIÓN 2 del CENTRO DE SALUD B TULCÁN.

La unidad de talento humano de su justificación, procederá realizar la liquidación de haberes, de la cual se realizarán los descuentos que correspondan por concepto de prestaciones adquiridas con la institución cómo son: anticipo de sueldo, faltantes de activos fijos, planilla de atención médica, otros.

El reglamento general sustitutivo para el manejo y administración de bienes del sector público, establece que usted deberá efectuar el trámite de entrega recepción de los bienes, expedientes y archivos que estuvieron a su cargo, así como toda la información correspondiente en el área de gestión que mantuvo bajo su responsabilidad, debiendo cumplir además de ser el caso, con lo dispuesto en la ley para la presentación y control de las Declaraciones Patrimoniales Juradas.

BASE LEGAL: Artículo 83, literal h y 85 de la Ley Orgánica de Servicio Público LOSEP. Memorando Nro. FDQ-NE-SDNGTH-14000-2017, de 8 de mayo del 2017, suscrito por el licenciado Rodrigo Edmundo Mendoza Álvaro, Subdirector Nacional de Gestión de Talento Humano.

REFERENCIA: Memorando Nro.IESS-CSB-TU-2017-0775-M de 31 de julio del 2017 suscrito por la Ing. Johana Alejandra Arteaga Gordón, DIRECTORA ADMINISTRATIVA CENTRO DE SALUD B TULCÁN. Informe Técnico Nro. SDNG - IESS-2017-01081 de 3 de agosto del 2017, procedente de la Subdirección Nacional de Gestión de Talento Humano”.

Al tratarse de una resolución administrativa donde se resuelve sobre los derechos de cualquier orden, la obligación legal de la autoridad administrativa, es exponer una razón lógica para tomar una decisión, como en este caso, de terminar el nombramiento provisional, debiéndose señalar la razón o el motivo por el cual se pone fin a un nombramiento provisional y el sustento jurídico para ello. Pero esto en el caso, no ha ocurrido, consecuentemente, se ha vulnerado el derecho a la motivación.

6.9. En conclusión, luego del análisis de cada uno de los derechos referidos se ha podido observar que en la presente causa, se ha vulnerado el derecho a la seguridad jurídica, relacionada con el derecho al trabajo, la garantía constitucional de la salud del accionante y la motivación, razón por la cual resulta procedente admitir la acción de protección y establecer estas violaciones.

6.10. Finalmente se debe señalar que las medidas de reparación integral, tienden a remediar o desaparecer los daños causados por vulneraciones a derechos constitucionales o derechos humanos; en el caso, se ha dispuesto *“la restitución del cargo y el reintegro del señor Lcdo. Álvaro Xavier Vaca Ponce, en calidad de TECNÓLOGO MÉDICO DE REHABILITACIÓN 2 DEL CENTRO DE SALUD B-TULCÁN, bajo la modalidad de nombramiento provisional , con la remuneración que en la actualidad perciba dicho grupo ocupacional más los beneficios de ley”*. Siendo esta medida la adecuada para reparar el daño causado.

Además, desde que se produjo la vulneración de los derechos constitucionales, ha transcurrido un tiempo considerable hasta la presentación de la acción de protección, ya que se da por terminado el nombramiento provisional del accionante el 8 de agosto del 2017, y a la fecha han transcurrido más de siete años.

La Corte Constitucional, ha dejado establecido que el plazo transcurrido entre los hechos y la presentación de la acción de protección no es una causal de inadmisión ni de improcedencia de la acción, pero sí para establecer la reparación integral, pues ha señalado lo siguiente:

“Así también, la obligación de reparar las vulneraciones de derechos se puede ver afectada por cuanto en algunos casos el transcurso del tiempo puede tornar imposible que se emitan medidas de restauración de los derechos y en otros casos podría ocurrir que el transcurso del tiempo se convierta en un incentivo para que se calculen reparaciones materiales más onerosas. Es por ello que, en los casos en los que ha transcurrido un tiempo excesivo desde la vulneración de derechos, la reparación podrá tener en consideración la demora en la interposición de las

acciones pertinentes. Esto, de ninguna manera puede obstar que se ordene la reparación integral, sin embargo, se debe analizar si la persona afectada ha provisto una justificación válida ante la demora en la presentación de su acción”.

También ha expuesto que:

“Por el transcurso excesivo de tiempo en la presentación de la acción de protección, la Corte no puede ordenar, como lo haría en otros casos, una reparación que comprenda los salarios dejados de percibir desde que el accionante fue separado de la Armada del Ecuador, pues no ha justificado por qué se demoró alrededor de 27 años en acudir a la justicia constitucional para tutelar sus derechos”.(Sentencia No. 1290-18-EP/21)

En la causa, no se ha justificado el tiempo de inactividad para activar su reclamo de remuneraciones no percibidas durante este tiempo, por lo tanto, no resulta procedente disponer una reparación económica, debido a que una garantía constitucional debe ser presentada en término oportuno, justo y razonable, de manera que no se le puede imputar al Estado un pago exabrupto, al no haber el accionado interpuesto a su debido momento la presente acción; y, conforme lo establece el Art. 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, lo que si corresponde ordenar es el pago de gastos ocasionados al accionante a efectos de la presentación de esta acción.

OCTAVO: DECISIÓN.- Por las consideraciones anotadas, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Carchi, sin que sea necesario otro análisis, **ADMINISTRANDO JUSTICIA CONSTITUCIONAL, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** desecha el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, reforma la sentencia en el sentido de que no se ordena el pago de remuneraciones dejadas de percibir luego de la terminación del nombramiento provisional, y se dispone el pago de los gastos que le haya generado la presentación y trámite de la presenta acción constitucional, en la forma que señala el Art. 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; en lo demás, se confirma la sentencia venida en grado.

Ejecutoriada que sea esta sentencia remítase copia certificada a la Corte Constitucional para los efectos dispuestos en el Art. 86, numeral 5, de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el Art. 25 numeral 1, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- Notifíquese.

MONTENEGRO CAZARES ERNESTO ADOLFO

JUEZ PROVINCIAL(PONENTE)

CHUGA UNIGARRO ERAZMO CARLOS

JUEZ PROVINCIAL

GER ARELLANO WILMER HORACIO

JUEZ PROVINCIAL