

JUEZ PONENTE: DRA. MARIA GABRIELA MIER ORTIZ, JUEZA

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA. - SALA LABORAL.

Quito, viernes 6 de marzo del 2015, las 10h59. VISTOS: El señor Fernando Vinicio Espinoza Báez, en su calidad de procurador común de los comparecientes: Fernando Vinicio Espinosa Báez, Christian Omar Sánchez Vaca, Miguel Falero Díaz, Lenin Erick Cárdenas Castillo, Denis Tamara Hidalgo Martínez, Jaime Roberto Arias Ricaurte, Marlene Patricia Carrera Carrión, Marcela Cinay Collantes Cedeño, Paola Vanessa Tinajero Durazno, Luis Ramiro Viteri Celi, Lobsam Daniel Paladines Paladines, Christian Omar Ramírez Torres, Laura Soledad Carrera Bracho, Johnathan Fabricio Carrillo Carrión, Jorge Mauricio Crow Veliz, Jenny Elizabeth Naranjo Pilataxi, María Fernanda González Herrera, Andrés Napoleón Tafur Váscónez, Shirley Vanessa Ron Ayala, Daniel Estuardo Narváez Moreno, María Vanessa Villacres Castaño, María Augusta Tituaña Chicaiza, Alejandra Victoria Guzmán Villena, Fernando Santiago Sandoval Constante, Iván Patricio Morales Mosquera, Sandra Jacqueline Morales Duran, Jorge Enrique Noroña Espín, María Mercedes Villena Rivera, Francisco Ramón Mera Silva, Daniel Alberto Vélez Zavala, María Fernanda Vélez Zabala, Lidia Paulina Villarroel Carrión, Germania Mireya Martínez Gonzales, Juan Carlos Muñoz Toledo, Yadira Yessenia Bonilla Jaramillo, Jorge Fernando Mosquera Paredes, Karla Mercedes Herrera Cortés, Claudia Milena López Salas, María Fernanda Cabrera Lozada, Ana Soraya Vega Calderón, Yadira Silvana Chicaiza Gómez, Jairo Marcelo Ordóñez Cabrera, Juan David Balarezo Iglesias, Luis Felipe Varas Reyes, Geovanny Radameth Martínez Velasteguí, Zolanyi Romero Campos, María Soledad Ochoa Gortaire, Fernando Vinicio Espinosa Báez, Soraya Vanessa Ramos Pozo, Nadia Alexandra Gamboa Vélez, Ana Karina Clavijo Ortiz, Gladys Elizabeth Arcos Cadena, María Fernanda Tobar Yáñez, Verónica Lorena Cárdenas Coyago, Valeria Alexandra Hinojosa Cadena, Ximena Nohemy Orquera Narváez, Kathya Del Pilar Báez Terán, Jaime David Chiriboga Lozada, María Elisa Carrión Narváez, Sayra Valeria Peñaherrera Oña, Geoconda del Pilar Santacruz Live, José Rubén Moreno Mendoza, Mónica Patricia Buendía Hidalgo, María Fernanda Salme Váscónez, María Fernanda Jaramillo Cepeda, Sonia de los Angeles Jouve Illescas, Adela Catalina Merizalde Villacís, Stefano David Polo Sánchez, Juan Pablo Jaramillo Gavilánez, Jenny de las Mercedes Mogollón Román, Claudia Gabriela Grijalva Ramos, Ruth Beatriz Muñoz Méndez, Johanna Mabel Aguilar Rivas, Juan Carlos Bravo Viteri, Natalie Marisol Sánchez Romero, Margarita Del Pilar Segovia Gortaire, María Augusta Espín Estévez, Mauricio Danilo Montero Andino, Franklin Giovanni Valencia Mafla, Verónica Isabel Vivas Encalada, Rubén Guillermo Valencia Mafla, Jessica Andrea Vargas Moyano, Alexandra del Pilar Salazar Gaibor, Lourdes Mireya Rivadeneira Pule, Paulina Elizabeth Centeno Vallejo, Javier Francisco Hernández Orbe, Gerardo Gustavo García Giler, Geovanny Eduardo Abril Monteros, José Renato Vergara Beltrán, Edwin Efrén Baquero Coronel, Paulina Michelle Rodríguez Villamarín, John Jairo Gómez Lopez, Valeria Mabel Cajape Yanchapaxi, Oscar Roberto Hildalgo Clavijo, Michelle Recalde Salgado, Alex David del Castillo Murgueitio, María Fernanda Campoverde Proaño, Ligia Isabel Villavicencio Cool, Iván Marcelo Vintimilla Sarmiento, Esteban Nicolay Salme Váscónez, Nelly Patricia Almeida Guerra, y Francisco Antonio Bermello Tello, este último representado por el Dr. Washington Andrade Escobar; interpone recurso de

apelación de la sentencia dictada por la doctora Emma Argentina Ortega Mendoza, Jueza de la Unidad Judicial Especializada en Violencia contra la Mujer y Familia Tumbaco, que declaró la improcedencia de la acción de protección; en tiempo oportuno dedujo recurso de apelación. Siendo su estado el de resolver se considera: PRIMERO: Competencia: Este Tribunal es competente para resolver el recurso de apelación propuesto por el accionante, en virtud de lo dispuesto en el Art. 86 numeral 3 inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con los Arts. 24 y 168.1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el sorteo de ley. SEGUNDO: Sujetos procesales: 1) Legitimario activo: Fernando Vinicio Espinoza Báez, en su calidad de procurador común de los señalados comparecientes, cuyos nombres quedan descritos en las líneas que anteceden. 2) Legitimados pasivos: José Manuel Casas Aljama, Presidente Ejecutivo y Representante Legal de la Empresa "Telefónica", anterior Bellsouth y luego Movistar; Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL representado legalmente por el ingeniero Augusto Espín Tobar; Ministerio del Trabajo representado por el economista Carlos Max Carrasco; y doctor Diego García Carrión, Procurador General del Estado. TERCERO: 3.1) Antecedentes: Los legitimarios activos en su escrito inicial, manifiestan que desde el 01 de enero de 2003 hasta el 31 de diciembre del 2006, prestaron sus servicios lícitos y personales, a través de distintas intermediarias, tercerizadoras y empresas vinculadas o relacionadas con OTECEL S.A., como Manpower, NGL, Tratesa S.A. entre otras, sin haber recibido jamás utilidades como las que recibieron sus compañeros de trabajo que tenían la calidad de "directos" o en otras palabras constaban en la nómina de OTECEL S.A., a pesar que realizaban el mismo trabajo, cumpliendo las mismas funciones, el mismo horario, con los mismos jefes y relación de subordinación; así como también en las mismas instalaciones. Refieren que en los años 2003, 2004, 2005 y 2006, se encontraba vigente el Art. 31 de la Constitución Política promulgada en el año 1998; así como el Art. 100 del Código del Trabajo, que contempla el derecho de los trabajadores intermediados y/o tercerizados a percibir utilidades de la persona natural o jurídica en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio, existiendo abundante jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, que confirmó los fallos de primer y segundo niveles, donde se estableció el derecho a participar en las utilidades generadas por la empresa usuaria de los servicios tercerizados, que fue la beneficiaria directa de su trabajo durante los años 2001, 2002, 2003 y 2004, en estricta aplicación del Art. 100 del Código de Trabajo; así como la sentencia dictada por la Jueza Segunda de lo Civil de Pichincha, actuando como jueza constitucional al resolver el recurso de amparo constitucional presentado por los ex trabajadores de la Compañía Cemento Nacional -Holcim Ecuador- por el pago de utilidades de los años 1999 al 2004, y un gran número de fallos dictados por el máximo Tribunal en casos análogos, que sustentan el derecho de los trabajadores y ex trabajadores a percibir las utilidades en igualdad de condiciones que sus compañeros calificados como "directos". Refieren que es de su conocimiento que el Ministerio de Trabajo (antes MRL) se ha pronunciado oficialmente sobre este tema, mediante la absolución de una consulta realizada por CONECEL S.A. mediante oficio N° DJ-044-2014 de fecha 13 de agosto de 2014, presentada al Ministro de Relaciones Laborales, la misma que fue absuelta mediante oficio N° 4726 de fecha 26 de agosto del 2014, suscrito por el señor Viceministro de Trabajo y Empleo, Alvaro M. Galarza R., en la cual se indica textualmente: "Conforme al análisis realizado y en aplicación de la normativa vigente en dicha época, se concluye que


tanto los trabajadores que prestaron sus servicios en el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL de forma directa, así como, los intermediados, tienen derecho a participar en las utilidades generadas por la empresa durante los años 2003, 2004 y 2005", siendo esta absolución de la consulta vinculante para CONECEL S.A.; pero dicho criterio oficial reconoce el derecho de los trabajadores y ex trabajadores no directos a percibir las utilidades. Señalan que los comparecientes al amparo del derecho de libre asociación previsto en el Art. numeral 13 del Art. 66 de la Constitución de la República, sobre la base de los antecedentes expuestos, de las normas constitucionales, legales, precedentes administrativos y jurisprudenciales, se han organizado y han conformado la Asamblea Permanente de ex trabajadores Intermediados y Tercerizados de OTECEL S.A, para que de forma pacífica pero firme exigir a la trasnacional Telefónica (OTECEL S.A.) y a las autoridades estatales competentes cumplan y hagan cumplir los derechos de los trabajadores y ex trabajadores que han sido conculcados. Agregan por otra parte que, es de conocimiento público, que se encuentran en curso las negociaciones pertinentes entre el Estado Ecuatoriano y las compañías telefónicas privadas que operan en nuestro país, específicamente OTECEL S.A., para la concesión de la red 4G-LTE y que han llegado a un punto culminante en cuanto a las especificaciones técnicas, inversiones y montos que el Estado Ecuatoriano percibirá por la ampliación de la concesión para la explotación del espectro radioeléctrico en la banda denominada 4G, tanto así que se estaría a pocos días de la suscripción de las adendas y/o contratos de ampliación de la concesión, siendo una de las beneficiarías la empresa OTECEL S.A.; lo cual le generará a dicha empresa ingentes ganancias económicas al brindar este servicio a sus clientes en el Ecuador; consideran entonces, que la participación y la eventual adjudicación a los oferentes, debe hacerse sobre la base de que estas empresas se encuentren al día en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, patronales y laborales, aparte de los otros requisitos y requerimientos técnicos que se establezcan en este proceso licitatorio, tratando en igualdad de condiciones tanto a los oferentes (operadoras telefónicas celulares) como a los ex trabajadores que prestaron sus servicios en las mismas condiciones para las mencionadas empresas. Manifiestan que en este marco, se sienten discriminados, ya que los compañeros ex trabajadores intermediados de CONECEL S.A. del periodo 2003 al 2006 acaban de cobrar utilidades de esos periodos y no entienden por qué razón OTECEL S.A. no hace lo mismo, si ellos están en las mismas circunstancias jurídicas. Que han presentado una petición formal de mediación laboral; proceso alternativo de solución de conflictos, al cual han invitado a la empresa OTECEL S.A. quien al comparecer al inicio del proceso de mediación, se ha negado a reconocer sus derechos, argumentando que no existe tal derecho y que en caso de haber existido, ha prescrito; solicitando por tanto el archivo del proceso, levantándose la correspondiente acta de imposibilidad de mediación. Que con fecha 08 de diciembre del 2014, presentaron una petición al Ministro de Telecomunicaciones, solicitando su intervención, con el propósito que exija a OTECEL S.A. el cumplimiento de su derecho o justifique haberlo cumplido, como requisito legal y ético para hacerse acreedora de la ampliación de la concesión mencionada; habiendo el Ministro, corrido traslado al representante legal de la empresa; respondiendo en forma negativa con similares argumentos a los referidos. Que con fecha 15 de diciembre del 2014 presentaron una petición a la Secretaria Nacional de Telecomunicaciones, que forma parte de la Comisión Especial que lleva a cabo este proceso de negociación, licitación, o como se denominare,

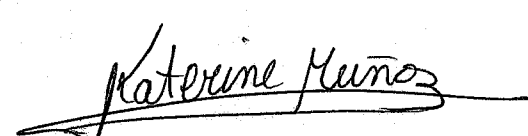
para que exija a la operadora OTECEL S.A. que cumpla con su obligación laboral de pagar inmediatamente las utilidades generadas en los años 2003 al 2006; sin haber recibido hasta el momento una respuesta oficial por parte de este organismo estatal. 3.2) Derechos presuntamente vulnerados: Expresamente señalan como derechos vulnerados el de la igualdad formal, material y no discriminación. 3.3) Pretensión: a) Que se disponga a las entidades y funcionarios accionados, en el ámbito de sus competencias, exijan y hagan cumplir a OTECEL S.A. el pago del 15% de las utilidades generadas en el periodo 2003 a 2006 en favor de los comparecientes, en su calidad de ex trabajadores intermediados y tercerizados de dicha empresa, para no ser objeto de un trato discriminatorio por parte del Estado y de esta empresa concesionaria de un servicio público; para lo cual también dispondrá que se realicen los cálculos correspondientes para determinar el pago de las utilidades que percibieron los trabajadores denominados "directos" en ese periodo o en su defecto, el pago del complemento o diferencia del monto que percibieron por parte de su intermediada o tercerizadora, a través de las cuales prestaron sus servicios lícitos y personales para la empresa usuaria OTECEL S.A., arbitrando las medidas necesarias y de seguimiento para el cabal y efectivo cumplimiento de su derecho a la igualdad. b) Adicionalmente pide como medida cautelar, se ordene la suspensión de la firma del adendum, convenio o contrato de ampliación de la concesión del espectro radioeléctrico entre el Estado ecuatoriano con la operadora OTECEL S.A. hasta que acredite efectivamente haber cumplido con el pago de los montos correspondientes del 15% de las utilidades del período 2003-2006 en favor de los comparecientes y sus familias. 4) Decisión: En la tramitación de la acción de protección, se han observado las garantías básicas del derecho al debido proceso, por lo que se declara su validez. CUARTO: Decisión: 1) El Art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador, señala: "La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas, cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación". Esta garantía jurisdiccional tiene como principal propósito el restablecimiento, preservación y protección de derechos fundamentales, orientada a la defensa objetiva de la Constitución, reparatoria, no residual, y que goza de un carácter preferente y sumario. 2) Se ha de tener presente que el Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determina como requisitos concurrentes para presentar acción de protección: 1) La violación de un derecho constitucional, 2) La acción u omisión de autoridad pública o de un particular, y 3) La inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado, mismos que en el caso en análisis no se encuentran demostrados, así respecto de la alegación de discriminación, que a su criterio, conlleva la vulneración del derecho a la igualdad formal y material (Art. 66 numeral 4) previsto en la Constitución de la República, argumentando que se ha producido una intervención estatal formal a través del Ministerio del Trabajo, existiendo un pronunciamiento oficial, a través del cual los trabajadores de la otra operadora telefónica privada CONECEL S.A. han percibido el porcentaje del 15% de utilidades generadas en el período 2003 al 2006, esto es utilidades

de hace más de ocho años, sin considerar la supuesta extinción del derecho por la prescripción de las acciones judiciales laborales, alegando además que se ha producido desigualdad en el tratamiento entre operadoras, ya que a CONECEL S.A. se le exigió de manera formal y oficial se pague las utilidades a los ex trabajadores intermediados pero a la operadora OTECEL S.A., no se le ha exigido el cumplimiento de esta obligación; al efecto, se ha de observar: 2.1) Si bien el principio de igualdad se proyecta en el momento de aplicación de la ley, sin embargo éste debe direccionarse hacia los sujetos que son sus destinatarios y que se encuentran en una situación paritaria; de allí que, el máximo órgano de control constitucional ha determinado que: "...En aquel sentido, se debe tomar como principal variable el hecho de que las personas que creyeran afectados sus derechos se encuentren en categorías paritarias '... un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas'. Por tanto, el concepto de igualdad no significará una igualdad de trato uniforme por parte del Estado, sino más bien un trato igual a situaciones idénticas, pero diferente entre otras situaciones; es decir, dentro del ordenamiento jurídico existen causas previamente establecidas en disposiciones legales que serán aplicables a situaciones concretas presentadas en un hecho fáctico y/o por actores sociales determinados..." (Sentencia No. 002-13-SEP-CC, dictada el 05 marzo 2013 dentro del caso No.1917-11-EP); ahora bien en la especie, no existe la pretendida vulneración, debiendo tomarse en consideración que en el caso en análisis la distribución de utilidades a los trabajadores intermediados y tercerizados de CONECEL S.A. en los períodos tantas veces referidos, se derivó de una consulta formulada por dicha compañía al Ministerio de Relaciones Laborales, no generando la misma vinculación con OTECEL S.A., ni habiendo mediado al respecto una iniciativa estatal que la obligaba, destacándose además que se precisó que éstas fueron producto de determinaciones tributarias. De otra parte, se ha de tener presente que no es función del órgano administrativo, en este caso Ministerio del Trabajo, ni del Consejo Nacional de Comunicaciones, determinar la procedencia o improcedencia del derecho de los intermediados o tercerizados a percibir utilidades, ya que para ello, la ley, ha determinado competencia privativa recaída en los jueces del trabajo, de conformidad con lo previsto en los Arts. 568 del Código del Trabajo en concordancia con el 238 del Código Orgánico de la Función Judicial, debiendo dichos juzgadores decidir la procedencia o no de las pretensiones, al amparo de lo previsto en el Art. 100 del Código del Trabajo, observando en tales circunstancias la vigencia de la Ley Reformativa al Código del Trabajo, mediante la cual se reguló la intermediación y la tercerización laboral, así como la determinación de la vinculación entre intermediarias o tercerizadoras con la usuaria, parámetros éstos que sin lugar a dudas, se circunscriben en el ámbito de legalidad y no en el de constitucionalidad; recuérdese pues que: "...la acción de protección, prevista en el artículo 88 de la Constitución de la República, es por naturaleza, un mecanismo de protección constitucional respecto de un componente específico de derecho constitucional reconocido a las personas, que haya sido vulnerado por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial o de la persona particular... Por tanto, se descarta que la acción de protección sea procedente en asuntos de estricta legalidad, ni mucho menos una vía para conocer y resolver la aplicación o cumplimiento de las disposiciones contractuales, cualquiera que sea la naturaleza, pues para ello, el ordenamiento jurídico ha previsto acciones ordinarias" (Sentencia 140-12-SEP-CC); en consecuencia, este Tribunal colige que no se ha vulnerado el derecho a la igualdad, ni se ha producido un trato diferencial discriminatorio por parte de las

autoridades, ni de la operadora telefónica accionadas. 2.2) De otra parte, tampoco se ha configurado una acción u omisión ilegítima o la intención de violar derecho alguno por parte de los órganos administrativos, dado que las peticiones referentes a mediación fueron atendidas por el Ministerio del Trabajo, sin que ello implique que la pretensión de los requirentes deba ser conminada a la otra parte, mientras que la solicitud formulada al Consejo Nacional de Telecomunicaciones –CONATEL–, para que exija el cumplimiento del pago de las utilidades, no puede tener una respuesta favorable, ya que éste, no es órgano competente para disponer tal procedencia; en consecuencia, este Tribunal, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, niega el recurso de apelación deducido por el señor Fernando Vinicio Espinoza Báez, en su calidad de procurador común de los comparecientes, y con las precisiones que anteceden, se confirma la sentencia dictada por la doctora Emma Argentina Ortega Mendoza, Jueza de la Unidad Judicial Especializada en Violencia contra la Mujer y Familia Tumbaco, negando la acción de protección planteada. En cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 5 del Art. 86 de la Constitución de la República remítase esta sentencia a la Corte Constitucional para los fines correspondientes. Notifíquese.


DRA. MARIA GABRIELA MIER ORTIZ
JUEZA


DR. CARLOS PAZOS MEDINA
JUEZ


DRA. KATERINE MUÑOZ SUBIA
JUEZA

En Quito, viernes seis de marzo del dos mil quince, a partir de las dieciseis horas y cincuenta y cinco minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA que antecede a: ESPINOZA BÁEZ FERNANDO VINICIO - PROCURADOR COMÚN: FERNANDO VINICIO ESPINOSA BAEZ, CHRISTIAN OMAR SÁNCHEZ VACA, MIGUEL FALERO DIAZ, LENIN ERICK CARDENAS CASTILLO, DENIS TAMARA HIDALGO MARTINEZ, JAIME ROBERTO ARIAS RICAURTE, MARLENE PATRICIA CARRERA C, MARLENE PATRICIA CARRERA CARRION, MARCELA CINAY COLLANTES CEDEÑO, PAOLA VANNESSA TINAJERO DURAZNO, LUIS RAMIRO VITERI CELI, LOBSAM DANIEL PALADINES PALADINES, CHRISTIAN OMAR RAMIREZ TORRES, LAURA SOLEDAD CARRERA BRACHO, JOHNNATHAN FABRICIO CARRILLO CARRION, JORGE MAURICIO CROW VELIZ, JENNY ELIZABETH NARANJO PILATAXI, MARIA FERNANDA GONZALEZ HERRERA, ANDRES NAPOLEON TAFUR VASCONEZ, SHIRLEY VANESSA RON AYALA,, DANIEL ESTUARDO NARVAEZ MORENO, MARIA