



veintidos -22-

IZ PONENTE: Abg. Olga Pazmiño Abad

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE EL ORO. - SALA DE LO CIVIL.

REPÚBLICA DEL ECUADOR
CONSEJO DE LA APTELACIÓN
DIRECCIÓN PROVINCIAL EL ORO

Machala, miércoles 19 de enero del 2011, las 08h55. **VISTOS:** Por Recurso de Apelación interpuesto por la accionante de la Resolución emitida por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de El Oro, viene en conocimiento la Acción de Protección, propuesta por la señorita María Cecilia Almache Guzmán, en contra del Dr. Washington Pesantez Muñoz, en su calidad de Ministro Fiscal General de la Nación; y, para resolver se considera: **PRIMERO: COMPETENCIA.** La Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, Materias Residuales, Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación interpuesto por la accionante, conforme lo prescrito en el Art. 86 numeral 3 inciso segundo de la Constitución de la República y Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; en cuanto al trámite, la presente Acción ha sido llevada acorde al ordenamiento jurídico constitucional y legal aplicable al caso; **SEGUNDO: DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES QUE LA ACCIONANTE CONSIDERA VIOLADOS.** La accionante, al formular la Acción de Protección señalan que las garantías y derechos constitucionales violados son los siguientes: Las normas de los Arts. 10, 11, 61.7, 76 de las garantías básicas del debido proceso; los criterios, requisitos y procedimientos contenidos en los Arts. 170 y 176; y, el Art. 230.3. Todos de la Constitución de la República de Ecuador, siendo "El acto donde se produce sus efectos" el ejecutado en la selección de las dos vacantes; **TERCERO: PRETENSIÓN DE LA ACCIONANTE.** La pretensión se orienta a que: 1) Se ordene que se proceda a concederle el nombramiento de Asistente Administrativo No. 1; 2) Dejar sin efecto el nombramiento y posesión de uno de los cargos concedidos a uno cualquiera de los posesionados, por la omisión en el acto de selección que ha vulnerado sus derechos; y, 3) Que se ejecute la medida para remediar el daño causado en su contra, ordenando su reconocimiento en el cargo antes descrito en el Ministerio Público de El Oro; **CUARTO: ANTECEDENTES Y RELACIÓN DE LOS HECHOS IMPUGNADOS.** La accionante manifiesta que mediante anuncio publicado en la Fiscalía Provincial de El Oro, tuvo conocimiento del concurso abierto No. 03-2.010 para llenar las vacantes de diferentes cargos en el Ministerio Público de El Oro, para lo cual y en su calidad de estudiante de Derecho efectuó los trámites respectivos para concursar para el cargo de Asistente Administrativo No. 1, adjuntando los documentos requeridos y cumpliendo con todos los requisitos legales exigidos para tal efecto. Que el 6 de agosto de 2010 rindió la prueba escrita con normalidad y dentro de los parámetros establecidos, logrando ocupar el segundo puesto con un puntaje de méritos de 34,50 y oposición de 27,30, que sumados dan un total de 61,80 como calificación para el cargo de Asistente Administrativo No. 1. Finalmente fue llamada para la entrevista ante el Ministro Fiscal General de la Nación, llevándose a efecto el 1 de septiembre de 2010 en la ciudad de Quito y en forma grupal con los aspirantes que se presentaron a dicha entrevista. Que el 14 de septiembre de 2010 tuvo conocimiento que ya habían sido notificadas las personas ganadoras del concurso para el cargo de Asistente Administrativo No. 1, habiendo recaído en los participantes César Rafael Lituma Sánchez con un puntaje de 60,70 y Víctor Segundo Matamoros Orellana con un puntaje de 50,30, quien no asistió ni estuvo presente en la entrevista, puntajes que eran inferiores al suyo. **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA ACCIÓN.** Art. 61.7; 170, 176, 173, 194, 88, 10, 11, 76, 230.3, de la Constitución de la República de Ecuador; **QUINTO: AUDIENCIA PÚBLICA.** Habiéndose fijado la fecha para la realización de la Audiencia Pública, ésta se lleva a efecto el 4 de octubre de 2010 ante el Tribunal Segundo de Garantías Penales de El Oro, en la misma que la accionante manifiesta por intermedio de su Abogado defensor, que se ratifica en el contenido íntegro del contenido de la demanda, tanto en sus fundamentos de hecho como de derecho. Que el

Ministerio Público ha proclamado públicamente en uno de los mayores diarios de la localidad, de que estos concursos se someten a una calificación rigurosa y que los cargos son conferidos a quienes obtienen mayor puntaje, pero en este caso ha sucedido todo lo contrario, confiriendo el cargo a dos personas con menor puntaje, evidenciando la flagrante vulneración de los derechos de la recurrente en una acción de discriminación por parte del accionado, cuando la Constitución y la Ley sancionan toda forma de discriminación, pues el derecho constitucional de participación concede a todo ciudadano el goce de desempeñar empleo y funciones públicas con base a méritos y capacidades, en un sistema de selección y designación que garantice su participación con criterio de equidad y paridad de género. Que siendo el Fiscal General del Estado la autoridad nominadora, ha violentado los derechos en el acto de selección para el cargo de Asistente Administrativo No. 1 en el Ministerio Público de El Oro; que la Constitución establece que los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la función judicial, pues la Constitución de la República como norma suprema, al regular la institución de la Acción de Protección, se aparta de otros ordenamientos, leyes o reglamentos, para la defensa de los derechos protegidos como ley suprema, que al ser vulnerados por actos u omisiones ilegítimos de autoridad pública, éstos ocasionan daños graves; y, corresponde a las/los Jueces aplicar las normas constitucionales y lo previsto en las normas institucionales, internacionales de derechos humanos, siempre que sean favorables a lo establecido en la Constitución. Que en consecuencia, el acto vulnerado es la selección y posesión de dos aspirantes del concurso abierto de méritos y oposición signado con el No. 3-2010 a quienes se les ha otorgado el nombramiento de Asistente Administrativo No. 1, donde se han violado las normas constitucionales de la accionante, al haber calificado a dos personas con inferior calificación, lo cual demuestra con los documentos agregados a la demanda. Acto seguido interviene el Dr. Maximiliano Jaramillo Vaca, defensor del accionado, quien manifiesta que la Acción de Protección a que se refiere el Art. 88 de la Constitución, procede cuando se han vulnerado derechos constitucionales y la parte accionante no ha demostrado que la fiscalía general a través del Fiscal General, haya vulnerado derechos constitucionales, simplemente se ha limitado a hacer una simple enunciación de supuestas violaciones. Que el Art. 88 habla claramente de derechos constitucionales no de meras expectativas, porque la participación en un concurso de merecimientos y oposición es una mera expectativa que tiene el ciudadano ecuatoriano para acceder a la administración pública, pues no se trata simplemente de concursar, sino de ganar el concurso y una vez declarados ganadores como lo determina la ley respectiva, que debe nacer una relación de dependencia mediante el nombramiento, situación jurídica administrativa que no se ha dado con la accionante. Que ella afirma ser la ganadora del concurso pero no lo ha justificado, lo que ha presentado simplemente es el listado que fue publicado en cartelera y en la página web de la Fiscalía General del Estado, pero no el acta definitiva, ella no obtuvo el puntaje suficiente en la segunda fase que es la Audiencia frente al Fiscal General. Manifiesta que mediante Resolución No. 040/2010 suscrita por el Fiscal General del Estado, se reforma el Reglamento de selección de servidores de la Fiscalía General del Estado, reforma que se efectúa mucho tiempo atrás del concurso en que participó la accionante. El Art. 21 reforma el literal d) que dice que para los cargos administrativos y de apoyo, el cargo por el que concursó la accionante es de apoyo, se puntuará sobre 50 puntos, de los cuales 35 corresponden a la prueba escrita, fase hasta la que llegó la actora y que tiene el puntaje; y, los 15 restantes corresponderán a la calificación que efectuará el Fiscal General o su delegado, en la entrevista personal, a la que serán convocados los aspirantes que superen un puntaje mínimo a los 20 puntos en la prueba escrita y a los 20 puntos en la de merecimientos. Que la señorita Almache superó las dos fases, en cuanto a la entrevista con el Fiscal General del Estado se consideran los siguientes aspectos: habilidad comunicativa y destreza en la comunicación oral, 5 puntos, cultura general 5 puntos, vocación para el desempeño del cargo 5 puntos, son los 15 puntos restantes, es entonces



REPÚBLICA DEL ECUADOR
CONSEJO DE LA JUDICATURA
DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL ORO

donde la accionante no alcanza los 15 puntos, conforme las copias certificada de las notas finales de los señores Matamoros, Lituma y Almache, es el único fundamento por el cual que se nombra para el puesto de Asistente Administrativo. Que el señor César Rafael Lituma obtuvo un puntaje final de 75,70, Víctor Segundo Orellana Matamoros obtuvo un puntaje final de 65,30 y la señorita María Cecilia Almache Guzmán no califica en la lista con el Fiscal General del Estado. Que en cuanto a lo que asevera la señorita

Almache de que se ha vulnerado el derecho a la paridad de sexo, esto resulta absurdo, pues tal situación se puede considerar en la inscripción de una lista ante el Tribunal Electoral, más no en un concurso de méritos y oposición en que no se hace diferencias de género y de sexo, allí sencillamente se proclama al ganador y con él surge la relación de dependencia, por lo que la pretensión de la accionante de que se declare sin efecto la relación de dependencia de las dos personas nombradas, para que sea nombrada ella en uno de esos cargos, es un absurdo, pues no se puede lesionar el derecho de otras personas para favorecer a la accionante, cuando existen solo dos formas para hacerlo: la renuncia voluntaria o el despido y no ha ocurrido ninguna de las dos, pues los nuevos funcionarios recién están laborando y no han dado motivo alguno para ser destituidos, habiendo llenado todas sus vacantes la Fiscalía Provincial de El Oro, además que la señorita Almache jamás fue declarada ganadora del concurso y la mera enunciación que ha hecho de derechos constitucionales presuntamente vulnerados por la autoridad de la Fiscalía General del Estado, no han sido probados ni justificados, por lo que no se puede en sentencia declarar un derecho que no está justificando la accionante, lo que pide es que sea nombrada y no que se le restituya un derecho vulnerado. Por su parte, la representante del Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado en lo principal manifiesta que la accionante está inobservando las garantías constitucionales previstas en el Art. 173 de la Constitución de la República, mismo que tiene relación con el Art. 42.3.4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece la improcedencia de la Acción de Protección, pues no existe vulneración de ninguna norma constitucional y mucho menos de derechos y garantías constitucionales, no siendo esta la vía competente ni la correcta para ejercer este reclamo, pues en el presente caso se ha observado el debido proceso propio de esta clase de concursos, no se ha discriminado en ningún momento a la accionante, ha gozado de los mismos derechos y oportunidades y tiene el derecho a la impugnación de conformidad con la ley. Que la sola mención de normas constitucionales no es demostración de vulneración sino meramente enunciados. Finalmente se excepciona en los siguientes términos: a) Negativa pura y simple de los fundamentos constitucionales y legales de la acción propuesta, por no reunir los requisitos de procedibilidad que ordenan los Arts. 86 y 88 de la Constitución de la República y 39, 40 y 42 de la Ley de Control Constitucional vigente, por cuanto el 3er requisito que manda el Art. 40 de la Ley de Control Constitucional, no concurre en forma simultánea junto con los otros requisitos, con los numerales 1, 3 y 4 del Art. 42 del mismo cuerpo legal; b) Falta de derecho de la accionante por cuanto la vía legal no es la competente. Suspendida la Audiencia con el fin de recabar el Acta de la Entrevista ante el Fiscal General Del Estado, ésta se reanuda el 20 de octubre de 2010, en la misma que el accionado presenta el Acta de Resultados Finales del Concurso Abierto No. 03-2010, de la Provincia de El Oro; SEXTO: RESOLUCIÓN EMITIDA POR EL TRIBUNAL SEGUNDO DE GARANTÍAS PENALES DE EL ORO Y APELACIÓN. Mediante resolución emitida el 25 de octubre de 2010, el Tribunal Segundo de Garantías Penales de El Oro declara sin lugar la Acción de Protección incoada por la señorita María Cecilia Almache Guzmán, la misma que es apelada por la accionante, quien manifiesta en la parte pertinente de su Recurso, que de los documentos que acompaña a su demanda, se encuentra el cuadro de los resultados del Concurso de Méritos y Oposición, donde se aprecia que la accionante, como participante para el cargo de Asistente Administrativo 1, alcanza un puntaje total de 61,80, mientras que los señores Rafael Lituma Sánchez, para el mismo cargo alcanza un puntaje de 60,70, y Víctor Segundo Matamoros Orellana alcanza

un puntaje de 50,30; que en la Audiencia celebrada el 4 de octubre de 2010 en el Tribunal, manifestó que la entrevista con el Ministro Fiscal General de la Nación el 1 de septiembre de 2010, fue grupal y solo se limitaron a dar sus nombres y que sí estaban trabajando, nunca el Fiscal preguntó sobre aspectos como habilidad comunicativa y destrezas en la comunicación oral que equivalía a 5 puntos, sobre cultura general que equivalía a 5 puntos y sobre vocación para el desempeño del puesto, 5 puntos, que sumados daban un total de 15 puntos más provenientes del Fiscal General, conforme lo dispone el literal b) del Art. 21 del Reglamento que regula los Concursos de Merecimientos y Oposición para ocupar cargos en la Fiscalía General del Estado. Que el concursante Segundo Matamoros Orellana no asistió a la entrevista con el Fiscal General y no se estableció su presencia hasta el final de la entrevista que duró diez minutos. Que en la misma Audiencia el defensor del Fiscal General entregó un cuadro de resultados finales del concurso abierto de la provincia de El Oro, que señala: que a los participantes para los cargos de Analista 3 TICs, Asistente Administrativo 3 y Psicólogo Clínico, a los concursantes con mayor puntaje el Fiscal General les otorga el puntaje de 15 puntos, pero en el caso de Asistente Administrativo 1, a los dos de mayor puntaje en la entrevista oral dice que no califican, mientras que a Víctor Segundo Matamoros Orellana, con un puntaje de 50,30 y ocupando el puesto dieciocho, le otorga en la entrevista oral los 15 puntos y a César Rafael Lituma Sánchez con 60,70 puntos y en tercer puesto, también le otorga 15 puntos en la entrevista oral. Que esta es la vulneración del derecho en contra de la recurrente que el accionado comete, al otorgarles los 15 puntos a dos concursantes con menor puntaje para formar los once aspirantes al puesto de Asistente Administrativo 1. Que habiéndose suspendido la Audiencia, ésta se reanuda el 20 de octubre de 2010, presentando el defensor del accionado el Acta de Entrevistas Personales correspondiente al Concurso Abierto No. 03-2010, acta que fue impugnada por cuanto se la presenta en forma extemporánea y no se encuentra suscrita por los participantes para que sea válida dicha acta, la misma que se trata de un listado del mismo contenido del cuadro presentado en la primera audiencia con la variación que si consta la calificación referente a la entrevista oral, que no sobrepasan los 10 puntos para los no calificados en la entrevista. Que sin embargo dicho documento no representa prueba plena, ni se sujeta al Reglamento de Calificación que comprende tres aspectos: Habilidad comunicativa y destreza en la comunicación oral, cultura general y vocación para el desempeño del puesto, que comprenden en total 15 puntos que califica el Fiscal General, aspectos que no obran en los dos documentos aparejados por el accionado;

SÉPTIMO: ANÁLISIS Y MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA. El Art. 88 de la Constitución vigente, refiere como una de las garantías constitucionales y jurisdiccionales la Acción de Protección, misma que puede interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, esto es, que exista: a) Un acto u omisión ilegítimos emanados de autoridad pública; b) Que el daño ocasionado sea grave; y, c) Que la persona afectada se encuentre en estado de subordinación, indefensión o discriminación, debe darse por tanto, la concurrencia simultánea de los siguientes elementos: 1) Que exista un acto u omisión ilegítimos emanados de autoridad pública; 2) Que dicho acto viole los derechos consagrados en la Constitución, convenios o tratados internacionales vigentes; 3) Que el acto u omisión cause un daño grave. También procede la Acción de Protección ante los actos efectuados por particulares que prestan servicios públicos o cuando la conducta de éstos afecta grave y directamente un interés propio de la comunidad, colectivo o un derecho difuso. Por otra parte, cabe señalar que un acto es ilegítimo cuando el mismo ha sido dictado por una autoridad que no es competente para hacerlo o que dictado el mismo, no se lo ha hecho conforme al ordenamiento jurídico que para el efecto se ha establecido; o que por su contenido resulta contrario a dicho ordenamiento que al momento de efectuarse el acto se encuentre vigente, que se lo haya dictado sin suficiente o ningún fundamento. Del análisis de las piezas procesales atinentes al caso se determina, que la accionante acompaña a su demanda un listado del Concurso Abierto No. 3-2010 (fs. 3) de 11 de agosto de 2010, conteniendo el puntaje obtenido por los concursantes en lo referente



REPÚBLICA DEL ECUADOR
CONSEJO DE LA JUDICATURA
DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL ORO

Méritos y Oposición, habiendo obtenido la accionante una calificación de 61,80 puntos; en el listado contentivo de los Resultados Finales (fs.34), de fecha 6 de septiembre de 2010, la accionante mantiene la indicada puntuación al no haber calificado en el rubro "Entrevista". De fs. 35-36 consta la Resolución No. 040-FGE-2010 emitida por el Fiscal General del Estado, el 01 de julio de 2010, mediante la cual se Reforma el Reglamento que regula los Concursos de Merecimientos y Oposición para desempeñar funciones en la Fiscalía General del Estado, en lo referente al texto del Art. 21 reformado del indicado Reglamento, contentivo del procedimiento de evaluación que debe aplicarse, esto es, para el asunto de la controversia: ...b)...se puntuará sobre 50 puntos, de los cuales 35 corresponden a la prueba escrita y los 15 puntos restantes corresponden a la calificación que efectuará el Fiscal General del Estado o su Delegado, en la entrevista personal a la que serán convocados los aspirantes que superen un puntaje mínimo de 20 puntos en los merecimientos y 20 puntos en la prueba escrita; advirtiéndose además que la convocatoria a concurso se la efectúa el 12 de julio del 2010, esto es, con fecha posterior a la reforma, por tanto dicho concurso estaba sometido a los parámetros de calificación establecidos en la reforma, conforme se considera en el Acta de Resultados del concurso (fs. 71) introducida en la Audiencia Pública. En el caso en estudio se determina que en ningún momento la accionada fue considerada ganadora del concurso y que por tanto, no había nacido ningún derecho a su favor que haya sido conculcado por el accionado, esto es por el Fiscal General de la Nación, no siendo potestad de este Tribunal ni el fin de la Acción de Protección el declarar derechos sino el de proteger los ya existentes, para evitar su vulneración. Por otra parte, la Sala observa que el Tribunal Segundo de Garantías Penales de El Oro, mediante Auto inadmite la Acción de Protección en primera instancia, cuando lo procedente es que se acepte o rechace la Acción mediante Sentencia, conforme lo ordena el Art. 86 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador; OCTAVO: RESOLUCIÓN. Al no encontrar este Tribunal de alzada mérito alguno para considerar que los derechos constitucionales invocados por la accionante hayan sido violentados por la autoridad accionada, la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de El Oro, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, desecha el Recurso de Apelación interpuesto por la señorita María Cecilia Almache Guzmán y CONFIRMA la resolución venida en grado. El señor Secretario de la Sala, previa observancia de la ley, devuelva el expediente al Tribunal de origen para los fines consiguientes, debiendo además dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 5 del Art. 86 de la Constitución de la República. Notifíquese y devuélvase

DR. ARTURO MARQUEZ MATAMOROS
JUEZ

AB. OLGA PAZMIÑO ABAD
JUEZA

AB. JOSÉ SÁNCHEZ GUILLÉN
CONJUEZ TEMPORAL

Certifico:

Dr. Luis Valarezo Honores
SECRETARIO RELATOR

En Machala, miércoles diecinueve de enero del dos mil once, a partir de las nueve horas y diez minutos, mediante boletas judiciales notifiqué el DECRETO que antecede a: ALMACHE GUZMAN MARIA CECILIA en el casillero No. 297 del Dr./Ab. YEPEZ PESANTES JOSUE Y AB. LUIS JARAMILLO CABRERA. DIRECTOR REGIONAL 1 DE LA PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO en el casillero No. 191 del Dr./Ab. CALLE PIZARRO ESPERANZA,; PESANTEZ MUÑOZ WASHINGTON ARTURO, FISCAL GENERAL DEL ESTADO en el casillero No. 9 del Dr./Ab. JARAMILLO VACA MAXIMILIANO DR.. Certifico:



Dr. Luis Valarezo Honores
SECRETARIO RELATOR