JUEZ PONENTE: DR. LEONARDO BRAVO GONZALEZ

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA. - SALA PENAL. Loja, martes 3 de abril del 2012, las 15h38. 0080-2012.-VISTOS: Con fecha 24 de agosto del 2011 el señor Víctor Manuel Lozano Quituizaca presenta la demanda de fs. 112-115, en donde dice, en lo principal:: Que comparece como representante del Sindicato de Obreros de la Salud de la Provincia de Loja, y particularmente de los trabajadores que señala, como son la Lic. María Rosa Caraguay y otros. Que los trabajadores sindicalizados se encuentran amparados por el Contrato Colectivo celebrado y revisado con el Ministerio de Salud Publica, y, por lo tanto, amparados por la Cláusula TRIGÉSIMA SEXTA, sobre "TRASLADOS, ASCENSOS Y VACANTES", en donde se estipula que las vacantes de los puestos de las denominaciones del Contrato Colectivo, serán llenadas de conformidad con el instructivo que será elaborado por la Dirección Nacional de Recursos Humanos y que en los procesos de promoción, traslados y ascensos intervendrá un delegado de las organizaciones de los trabajadores legalmente constituidas, filiales de OSUNTRANMSA, quien participará con voz y voto. Que en la misma cláusula se señala que "los procesos de traslados y ascensos serán regulados en dicho instructivo, en los cuales se considerará la capacidad y antigüedad obtenida en cursos realizados en su labor específica dentro de la institución..." Que, en el inciso final de esta cláusula contractual se dice que "la vacante que se ocasionare como consecuencia del ascenso y/o traslado será llenada previo proceso de selección...". Que el Instructivo a que hace mención la referida cláusula fue expedido por el Ministerio de Salud Pública, siendo publicado en el R. O. Nro. 392 de 24 de febrero del 2011. Que, en los Art. 17 y 18 de dicho Instructivo se establece que las vacantes dejadas por los ascensos deben ser llenadas mediante el sistema de traslados a través de concursos cerrados. Que, sin embargo de lo expuesto, dicho Ministerio, la Dirección Provincial de Salud de Loja y el Hospital Isidro Ayora, en la edición del domingo 24 de julio del 2011, del Diario La Hora de Loja, convocan a un concurso abierto para llenar las vacantes de auxiliares de enfermería, auxiliares de administración de salud y técnico de mantenimiento del Hospital Isidro Ayora, dejadas por ascensos, cuando las mismas (las vacantes), por efecto jurídico de la Cláusula Trigésima Sexta del Décimo Contrato Colectivo, así como por lo dispuesto en el Instructivo, sólo pueden ser llenadas por personas que ya estén prestando sus servicios en cualquiera de las instituciones de Salud Pública de la provincia de Loja mediante concurso cerrado, conforme se les hizo saber a los directores de Salud mediante Of. Circ. Nro. 000097 de 5 de enero del 2011, quienes hicieron trascendente el particular a los Directores de Hospital y Jefes de Aéreas de Salud de la provincia de Loja. Que al convocarse a concurso abierto para llenar las vacantes de auxiliares de enfermería, auxiliares de administración de salud y técnico de mantenimiento, se está violando los derechos constitucionales de los socios del sindicato y de los servidores

de salud pública en general, que tienen el derecho de acceder a dichos puestos mediante un concurso cerrado. Que tal proceder viola los siguientes derechos constitucionales: el debido proceso establecido en el Art. 76; el principio establecido en el Art. 226, al extralimitarse en sus facultades; el derecho al trabajo y especialmente los derechos protegidos en el Art. 326, numerales 2 y 13, sobre la irrenunciabilidad de los derechos laborales y la contratación colectiva; el derecho a la seguridad jurídica, dado que al hacerse la convocatoria cuestionada se inobserva la contratación colectiva que es ley para las partes y el Instructivo celebrado y aprobado por el Propio Ministerio de Salud Pública. Que, por lo tanto concurre con la presente acción para solicitar: a).- Como medida cautelar, se suspenda provisionalmente el concurso abierto para llenar las indicadas vacantes; y b).- Se declare la violación de los referidos derechos constitucionales, y se ordene que los accionados se abstengan de convocar al concurso, dado que el concurso debe ser cerrado a través del Comité de Oposición por así ordenarlo el literal b). del Art. 17 del Instructivo referenciado. Que la presente acción está dirigida contra el Director del Hospital Isidro Ayora de Loja, Dirección Provincial de Salud de Loja y el Ministerio de Salud Pública.- Aceptada a trámite la demanda (el 25 de agosto del 2011) y pasada la correspondiente audiencia pública el 12 de marzo del 2012 (fs. 275 y s.), el Dr. Ángel Romero Ochoa, Juez Quinto de lo Civil de Loja, dicta al siguiente día la sentencia desestimatoria de fs. 372; fallo que es apelado por el accionante con su escrito de fs. 390-391. Concedido el recurso y subidos los autos a este nivel jurisdiccional, para resolver al respecto se considera: PRIMERO: Esta Sala de la Corte Provincial es competente para conocer la impugnación en virtud de lo contemplado en el inciso final del numeral 3ro. del Art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador.- SEGUNDO: Que el proceso es válido por haberse tramitado con observancia de las reglas propias a la naturaleza de la acción.- TERCERO: La parte accionada y la representación de la Procuraduría General del Estado, argumentan, entre otras cosas: que no hay violación de derechos, dado que la convocatoria al concurso señalado por la parte actora se ha llevado a cabo conforme las regulaciones del Instructivo dictado para el efecto por el Ministerio de Salud Pública, pero, sobre todo, garantizando el derecho a la igualdad establecido en el Art. 11 de la Constitución. Que, ni en el contrato colectivo ni en el Instructivo referenciado en la demanda se determina que las vacantes producidas por ascensos o por otras circunstancias deben ser llenada únicamente por los trabajadores sindicalizados. Que el actor ya presentó anteriormente una demanda similar, y que la misma fue desechada por falta de legitimación pasiva. Señala el Director del Hospital Isidro Ayora "Que el hospital ha dado cumplimiento a lo prescrito en dichas leyes, instructivos y reglamentos lo cual nos permitimos adjuntar en la presente audiencia pública a petición de los trabajadores que lo solicitaron los traslados administrativos desde la provincia hasta el hospital...". Agrega el Dr. Jhon Mora, a nombre

de la Procuraduría General del Estado: que los concursos cerrados fueron eliminados del sistema jurídico ecuatoriano con la vigencia del Reglamento de la LOSEP y su Art. 184. Que la presente acción viola el principio de inmediatez dado que el concurso cuestionado ha terminado al punto de que los ganadores y seleccionados se encuentra laborando; circunstancias en las cuales debía mandarse a contar con ellos para que hagan valer sus derechos conforme el Art. 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC).- CUARTO: Desecha el a quo la acción, por las siguientes consideraciones fundamentales: a).- Porque dar paso a la pretensión del accionante implicaría una violación del derecho a la igualdad de oportunidades; b).- Porque, ninguna cláusula del contrato colectivo ni disposición legal alguna, condiciona a que las autoridades de salud realicen concursos cerrados; y que, por el contrario, según el Art. 18 del Instructivo que viene siendo citado, deben ser abiertos o cerrados, siendo pertinente tomar en cuenta que según el mandato Constituyente Nro. 8 (Decreto Legislativo 8, S. R.O. 330 de 06 de mayo del 2008) son nulas las cláusulas de los contratos colectivos que contengan privilegios y beneficios desmedidos y exagerados que atenten contra el interés general (sic); c).- Porque según el Art. 184 del Reglamento a la LOSEP, solo pueden haber concursos abiertos; y d).- Porque, en fin, no se ha vulnerado ningún derecho de los enunciados en la demanda ni ningún otro.- QUINTO: En su apelación el actor insiste en que el concurso cuestionado (abierto) vulnera los derechos constitucionales señalados en su demanda, por no haberse observado el procedimiento que está dado por el Contrato Colectivo y por el Instructivo ya señalado, en cuanto a que los traslados deben darse directamente "y cuando existan dos o más interesados se lo realizará mediante selección, y cuando no existan interesados se procederá mediante concurso abierto..", pues que no se ha dejado a la discrecionalidad de la autoridad escoger el tipo de concurso.- SEXTO: Analizado el proceso observa esta Sala que la convocatoria cuestionada vulnera en efecto derechos constitucionales como el de seguridad jurídica principalmente por no haberse observado y respetado las estipulaciones del contrato colectivo, que es ley para las partes, y el instructivo dictado por el propio Ministerio de Salud para la "Selección de Personal de los puestos amparados por el Código del Trabajo y la Contratación Colectiva en el Ministerio de Salud Pública y sus entidades adscritas" (Publicado en el R. O. Nro. 392 de 24 de febrero del 2011); pues, el análisis sistemático de sus normas, pero especialmente el Art. 17, permite inferir: que las designaciones, en cuanto a vacantes y traslados administrativos se refiere, procede de manera directa por parte del Comité de Oposición conformado en la forma establecida en el Art. 7 ibídem; que, sólo cuando existan dos o más interesados para un traslado debe procederse con el proceso de selección a través de un concurso cerrado; y, que, debe recurrirse al concurso abierto cuando no existan interesados; quedando claro que la potestad

de recurrir al concurso abierto o cerrado no es discrecional de la autoridad nominadora, sino una potestad reglada, sujeta a las circunstancias que se presenten en cada caso.- No obstante, las circunstancias procesales impiden que este Tribunal adopte como medida de reparación la anulación del concurso cuestionado, por los siguientes motivos: A).- Porque si bien es cierto que no se ha establecido un límite temporal para el ejercicio de las garantías jurisdiccionales, trámite y resolución (con excepción de la Acción Extraordinaria de Protección), no es menos cierto que el Art. 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al decir que su finalidad es la protección "eficaz e inmediata de los derechos", hace de la inmediatez un presupuesto a ser tomado en cuenta no sólo en cuanto tiene que ver con la oportunidad de la demanda, sino también con la correlativa celeridad con que debe tramitarse el proceso hasta obtener la resolución correspondiente y su ejecución, más aún cuando se trata de medidas cautelares, cuya finalidad es prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho, como dice la indicada norma legal. Refiriéndose al tema, Catalina Botero Marino, dice que la Corte Constitucional de Colombia "ha considerado que la inexistencia de un término de caducidad para la interposición de la tutela, no puede convertirse en una fuente de inseguridad jurídica. Por esa razón, ha establecido que la tutela debe ser interpuesta dentro de un término razonable. De esa forma, la inactividad del accionante para ejercer la acción de tutela dentro de un término prudencial, debe llevar a que ésta no se conceda. En efecto, la tutela debe interponerse dentro de un plazo razonable y oportuno, de forma tal que este mecanismo de defensa judicial no se convierta en un premio o recompensa para la negligencia de los actores, ni tampoco en un factor de inseguridad jurídica. Por esas razones, la inmediatez es un requisito de procedibilidad de la acción de tutela..."; B).- Porque si bien es cierto que la demanda fue presentada en forma oportuna, no es menos cierto que en el presente caso se ha violado dicho principio si se tiene en cuenta que la misma es presentada en agosto del 2011 y que la audiencia pública se pasa recién el 12 de marzo del 2012 (cerca de los siete meses). Lógicamente que el principal responsable de esto es el a quo por no haber adoptado las medidas necesarias que materialicen los principios procesales que se orientan a la obtención de una resolución oportuna en atención a las circunstancias del caso concreto (Art. 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional), más aún cuando negó la adopción de medidas cautelares solicitadas, que eran indispensables en el caso concreto por criterios de oportunidad y eficacia. Y, claro, contribuyó a que este proceso se dilate en exceso, la posición contemplativa e inactiva del actor y de quienes han concurrido al proceso como directamente ofendidos, no de otra forma se explica que la notificación con la demanda al Ministro de Salud ocurra recién en febrero del 2012; C).- Porque la dilación de este proceso y la violación del mentado principio de inmediatez, ha significado que el concurso cuestionado

llegue a su término con las designaciones correspondiente y que se generen derechos subjetivos a favor de personas que, no siendo parte de este proceso, mal pueden ser afectadas con la anulación del concurso cuestionado; lo contrario implicaría vulnerar su derecho a la seguridad jurídica y el principio constitucional de contradicción por el cual nadie del poder público puede adoptar resoluciones sin oír previamente al destinatario de su decisión, sobre todo cuando son gravosas.- SÉPTIMO: Impide también que se adopte como medida de reparación la anulación del concurso de marras, el hecho de que las autoridades demandas y particularmente el Director del Hospital Isidro Ayora, haya concedido antes de sentencia varios traslados administrativos conforme lo explicitara en la audiencia pública sin objeción de la parte accionante, lo cual se encuentra corroborado con las acciones de personal que van de fs. 364 a 368. Por manera que, ante tal situación, no sólo que tendría que observarse la causal de improcedencia de la acción prevista en el Art. 42.2 de la (LOGJCC), sino también la figura del "hecho superado" sobre el cual esta Sala ha señalado "la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva y cierta del derecho presuntamente violado o amenazado, lo cual explica la necesidad de un mandato proferido por el juez en sentido positivo o negativo. Ello constituye a la vez el motivo por el cual la persona que se considera afectada acude ante la autoridad judicial, de modo que si la situación de hecho de la cual esa persona se queja ya ha sido superada en términos tales que la aspiración primordial en que consiste el derecho alegado está siendo satisfecha, ha desaparecido la vulneración o amenaza y, en consecuencia, la posible orden que impartiera el juez caería en el vacío.....Sin embargo, cuando la situación de hecho que origina la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por lo tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para dicha acción.". No obstante, y aún cuando no es posible invalidar el concurso como medida de reparación, peor aún cuando estamos frente a un eventual hecho superado, esta Sala las ordenará al observar que la convocatoria y el concurso cuestionado, al darse al margen de las previsiones establecidas en el Instructivo de marras, vulneraron ya el derecho a la seguridad jurídica (Art. 82 de la Constitución), vista desde una perspectiva subjetiva o funcional, como garantía de cumplimiento del derecho por todos los destinatarios, así como la correcta regulación en la aplicación por parte de los órganos e instituciones encargadas de hacerlo.- Por todas estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, esta Sala, aceptando en parte la impugnación, RESUELVE: a).- Revocar la sentencia subida en grado; b).- Declarar la vulneración del derecho a la seguridad jurídica

previsto en el Art. 82 de la Constitución; y c).- Disponer que los Directores Provinciales de Salud, Directores de Hospitales y Jefes de Áreas de Salud y la Administración del Talento Humano, que, en el ámbito de sus competencias, tienen potestades de actuar como autoridades nominadoras, observen irrestrictamente el "Instructivo para la Selección de Personal de los puestos amparados por el Código del Trabajo y la Contratación Colectiva en el Ministerio de Salud Pública y sus entidades adscritas", lo cual implica la obligación de comunicar o informar oportunamente a los trabajadores de la Salud la existencia de puestos vacantes para que, dentro de un plazo razonable, puedan o no acogerse a los traslados administrativos o ascensos o promociones, sin cuya constancia no podrá convocarse a los correspondientes concursos, cuando sean necesarios.- Ejecutoriada esta sentencia, remítase la misma a la Corte Constitucional en cumplimiento del numeral 5 del Art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador.- Hágase saber.

DR. GALO ARROBO RODAS
JUEZ PROVINCIAL INTERINO

DR. HERNÁN CASTILLO CARRIÓN
CONJUEZ

DR. LEONARDO BRAVO GONZÁLEZ
JUEZ PROVINCIAL

En Loja, martes tres de abril del dos mil doce, a partir de las quince horas y cincuenta y tres minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA que antecede a: CARMEN QUIZHPE TENEZACA, FANNY PATRICIA BENÍTEZ MOROCHO, LUZ BEATRIZ OCHOA MONTOYA, ROSA ETELVINA GUAMAN, SEBASTIAN ENRIQUE CARDENAS AREVALO en la casilla No. 63 del Dr./Ab. FRANCO JARAMILLO; LOZANO QUITUIZACA VICTOR MANUEL en la casilla No. 63 del Dr./Ab. DR. FRANCO JARAMILLO OCHOA, VILLALTA PINTADO CARMEN DOLORES. DIRECTOR DEL HOSPITAL ISIDRO AYORA DE LOJA en la casilla No. 422 del Dr./Ab. CALVA CALOPIÑA MILTON EDUARDO; DIRECTOR PROVINCIAL DE SALUD DE LOJA, DR. PAÚL AUZ JARRIN, PROCURADOR JUDICIAL DE LA MINISTRA DE SALUD PÚBLICA (E) MGS. CARINA VANCE MAFLA en la casilla No. 114 del Dr./Ab. FLORES OVACO ROBIN VICENTE, SUESCUM VALLEJO ALBERTO; DIRECTOR REGIONAL 5 DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO en la casilla No. 101; ING. ELIZABETH JIMÉNEZ SALINAS, COORDINADORA DE TALENTO HUMANO (E) en la casilla No. 422 del Dr./Ab. PRISCILA CORONEL. No se notifica a ANA ELIZABETH ERAS REYES, BERTHA MARÍA GIRÓN GRANDA, CÉSAR NAPOLEÓN TORO TRUJILLO, ERAS REYES ANA ELIZABETH, FLOR MARILÚ CELI, IRIS MELANIA TAMAYO AGUILAR, JOSÉ LUIS CALVA GAONA, JULIA MARÍA JARA ARMIJOS, KATI DEL CARMEN PÉREZ ILLESCAS, LORENA YOLANDA SALAZAR DÍAZ, LUIS EDUARDO ORDÓÑEZ MORA, MARLENE CARMITA MORENO ESTRADA, NELLY MERCEDES MONTAÑO, ROSA AMALIA SARANGO CUENCA, ROSA MARGARITA SIGCHO HUALPA, SEBASTIÁN BENITO TORRES PINTADO, XAVIER VICENTE PUCHAICELA, ZOILA ESPERANZA SARMIENTO DIAS por no haber señalado casilla. Certifico:

Dra. Delia Yazman Ordóñez
SECRETARIA RELATORA DE
LA SALA DE LO PENAL (E)