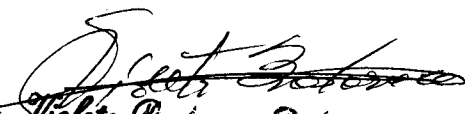


95  
Secretaría  
77  
Secretaría  
Suele

**JUICIO 461-12-2: ACCION DE PROTECCION: CARLOS ESTEVES MENDIBURO VS INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL**

**RELACION:** En esta fecha ante los Jueces de la Segunda Sala de lo Laboral de la H. Corte Provincial de Justicia del Guayas, Dres., Edison Vélez Cabrera, Rodrigo Saltos Espinoza y Ab. Robert Díaz López, mediante acción de personal 2756-UARH-KZF, la infrascrita Secretaria Relatora encargada mediante Acción de Personal N° 01301-UARH-NVP Dra. Violeta Badaraco Delgado, hice la relación de la presente causa.- Lo certifico.- Guayaquil, 9 de Julio del 2012

  
Dra. *Violeta Badaraco Delgado*  
SECRETARIA RELATORA (E)  
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL  
NINEZ Y ADOLESCENCIA  
CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE GUAYAQUIL

Guayaquil 9 de Julio del 2012, las 10:08. VISTOS. Consta el presente juicio en esta instancia de 74 fojas, se identifica en el primer nivel con el numero 983-2011, y sube a esta Sala, por la apelación interpuesta por el accionante, de la sentencia dictada por la Juez del Juzgado Segundo de lo Civil de Guayaquil que declaró improcedente la acción de protección. En aplicación a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), comparece a fj.3, **Carlos Esteves Mendiburo**, para manifestar que, fue declarado ganador del concurso de meritos y oposición de la especialidad de Cirugía General del postgrado regentado por la Facultad de Ciencias Medicas de la Universidad de Guayaquil, en virtud de lo cual cumplió con todas las actividades en asistencia y guardias desde el 1 de febrero del 2002 hasta el 31 de enero del 2005, inmediatamente ganó el concurso convocado por el Hospital para la Jefatura de guardia en el que se premian a los mejores residentes salientes para asumir dicho cargo, asumiendo dicha jefatura desde el 1 de febrero del 2005 durante tres años consecutivos, teniendo responsabilidades propias de su cargo como autorizar el traslado de pacientes, vigilar las tomografías, controlar al personal del Hospital, etc.; a mediados del año 2007 pasó a ser Medico Tratante Tutor porque ya había obtenido su título de especialista de cirujano, es decir tutorizando al Jefe de Guardias hasta el mes de enero del 2009, pasando a ser Medico Tratante de Planta donde brindaba consulta externa, operaba pacientes programados del Hospital, inclusive contando con un espacio y código en el call center de la institución, así como códigos de recetas y sellos (202-2-2-04), durante todo ese tiempo, desde el año 2002, no solo se le pagaron como residente con una partida única para todos los residentes, sino que jamás se le afilió al Seguro Social ni se le reconocieron beneficios sociales, no se le reconoció formalmente la calidad

de Medico tratante a pesar que desde un principio tuvo que desempeñar funciones de atención en distintas áreas como atención ambulatorio, quirófanos (operando), emergencia, cuidados intensivos, guardias, etc., durante su estancia en el hospital no le supieron reconocer un trato igualitario al de sus compañeros de planta, o con nombramiento referido control asistencial, no solo desde el punto de vista de la remuneración y falta de afiliación sino que además mientras los médicos con nombramientos trabajaban 4, 8 u 8 horas según el caso, se le obligaba a laborar inclusive hasta 8 horas diarias de lunes a domingo, mas una guardia de 24 horas cada 48 horas, esto quiere decir que en el Hospital Regional Dr. Teodoro Maldonado Carbo, el personal médico con nombramiento permanecían con labores continuas de 08h00 a 12h00, de 08h00 a 14h00 y de 08h00 a 16h00 y después de ese horario, los identificaban como "residentes" que eran lo que atendían a los afiliados, el 2 de junio de 1999, el IESS, y la Universidad de Guayaquil por intermedio de sus representantes suscribieron un "CONVENIO DE COOPERACIÓN DE INTERINSTITUCIONAL PARA EL DESARROLLO DE LA EDUCACIÓN DE SUPERIOR EN CIENCIAS DE LA SALUD MEDIANTE PROGRAMAS CONTINUOS, INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA SOCIAL Y OTORGAMIENTO DE BECAS PARA INTERNADO ROTATIVO Y ESTUDIOS DE POSGRADOS", de acuerdo con la clausula 7.2 del convenio, los médicos estudiantes que participan en el estudio de posgrado no contraen vinculo laboral alguno con la Universidad ni con el IESS, y según la clausula 7.3 se estipula "que por tratarse de actividades académicas (estudiantiles) no desempeñan cargo o empleo alguno en las dos instituciones, por lo que la beca que les entrega el IESS, es un estipendio destinado a subsidiar el costo de subsistencia del médico estudiante postgradista", usando el criterio de dicho convenio y a pesar de que ingresó a prestar sus servicios con relación de dependencia bilateral y directa con el Hospital Regional DR. Teodoro Maldonado Carbo desde el año 2002, el 31 de agosto del 2009 le notificaron que ya no era residente y le sacaron del hospital informándole que hasta esa día ejercía sus funciones, como consta en el oficio N°122021241-0823 de fecha 31 de Agosto del 2009 suscrito por la Dra. Tania Alvarado Chávez, Directora Técnica de Investigación y Docencia, ante el abuso del IESS, y de los administradores del Hospital y en razón de los reclamos legales y constitucionales concedidos a favor, en fecha 21 de Octubre del 2009 el Consejo Directivo del IESS, presidido por el Econ. Ramiro González y por los vocales Ing. Felipe Pezo Zuñiga y Ab. Luis Idrovo Espinoza, mediante resolución dispuso: ***"Que los médicos, que hayan terminado su formación académica y hayan obtenido su título de especialistas y lo registren en el Conesup, se celebre un contrato ocasional como médicos especialistas desde el***

mes de octubre a diciembre del 2009, y el siguiente contrato desde el mes de enero hasta el 31 de Diciembre del 2010, el compromiso de los médicos que de esta manera van a ser contratados es que en un plazo perentorio de 6 meses reciban su título de especialistas y lo registren en el Conesup para que puedan optar por los respectivos nombramientos, participando en los concursos como el reglamento del Ministerio de Salud y el de concurso interno que se efectuará en el año 2010...", por lo que, se lo contrató mediante dos contratos de servicios ocasionales bajo el cargo de Médico Especialista en Cirugía General, el primero de ellos suscrito el 1 de noviembre del 2009 con plazo de vigencia desde dicha fecha hasta el 31 de Diciembre del mismo año, y; el segundo firmado el 4 de enero del 2010 con el plazo de vigencia desde aquel día hasta el 31 de Diciembre del 2010, sin embargo nunca se le contrató nuevamente en el año 2011, pues nunca se abrieron los concursos, ni se le otorgó el nombramiento respectivo a pesar de que mediante oficio N° 122021201-1079 de fecha 9 de Diciembre del 2010 suscrito por el Dr. Cesar Torres Gutiérrez, Director Técnico General del Hospital y dirigido al Ing. Luis Alberto Andrade Celleri, Director de dicho centro asistencial, solicitó específicamente su contratación en calidad de Médico Tratante Especialista en Cirugía en General; con estos antecedentes y demás que constan en autos, amparado en el Art.86, 88 de la Constitución de la República del Ecuador, así como el numeral 4 del Art.17 de la LOGJCC, solicita que en sentencia se declare la violación de sus derechos y garantías consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, así como también se le reconozca la relación laboral con el IESS en calidad de servidor público con derecho a nombramiento permanente que garantice su estabilidad desde la fecha en que ingresó a laborar en dicha institución así como el reconocimiento y pago de todos los beneficios sociales y económicos desde el ingreso al IESS, a su afiliación, al pago de las diferencias de remuneraciones en relación a sus compañeros de trabajo. Calificada que fue la demanda se dispone la notificación a los accionados, la audiencia pública se realizó conforme consta relatada desde fj.261 a 270, diligencia que se desarrolló con la concurrencia del accionante acompañado de su abogado patrocinador Harry Wilson Vences Fortun, por la parte accionada INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, en la persona de su representante legal y Director General, Econ. Fernando Guijarro Cabezas, comparece el Ab. Carlos Verdezoto Gaybor; por los señores Ing. Luis Alberto Andrade Celleri, y Dr. Francisco Cevallos Orlando en sus calidades de Director Ejecutivo y Director Técnico comparece la Ab. Alexandra Coello Coello; por la Dra. Tania Soledad Alvarado Chávez, en su calidad de Directora de Docencia del IESS, comparece el Ab. Eduardo Yulian Franco Loor; y

90  
2010  
78  
Sustento y  
con

ofreciendo poder y ratificación de gestiones del Delegado Distrital de la Procuraduría General del Estado, el Ab. Alfredo Antonio Gil; acto procesal en que las partes ejercieron con amplitud y sin angustias su derecho a la legítima defensa, así como también hicieron uso del derecho que les asiste a la réplica. Finalmente a fj.352 a 354 la sentencia dictada por la Juez A quo, quien declaró improcedente la acción de protección presentada por el Dr. Carlos Esteves Mendiburo, dejando a salvo el derecho para que comparezca ante las autoridades y órganos jurisdiccionales competentes para que ejercite los derechos a los que se crea asistido; decisión que notificada que fue, el actor interponen oportunamente recurso de apelación, y concedido se encuentra en esta Sala por el sorteo correspondiente, siendo el estado de la causa el de resolver se considera:

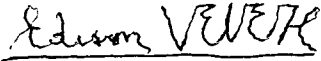
**PRIMERO.-** El Tribunal es competente para conocer la presente acción de protección, conforme a lo dispuesto en los Arts.88, 86 numeral 3 inciso segundo de la Constitución de la República, en concordancia con el Art.168 numeral 1 de la LOGJCC del RO N° 52 del 22 de Octubre del 2009 y no habiendo omisión sustanciales en esta acción se declara la validez; **SEGUNDO.-** Los sujetos procesales son **CARLOS ESTEVES MENDIBURO**, contra el **INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL**, en la persona de su representante legal, el **DIRECTOR GENERAL DEL IESS ECONOMISTA FERNANDO GUIJARRO CABEZAS**; el **DIRECTOR EJECUTIVO** en la persona de **ING. LUIS ALBERTO ANDRADE CELLERI**; el **DIRECTOR TÉCNICO** en la persona del **DR. FRANCISCO CEVALLOS ORLANDO**; la **DIRECTORA DE DOCENCIA DR. TANIA SOLEDAD ALVARADO CHÁVEZ** y el Jefe de Recursos Humanos; asimismo se contó con la intervención del **DELEGADO REGIONAL DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO**; **TERCERO.-** 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.”; señala la primera parte del Art.88 de la Constitución de la República y esta norma condiciona: “Si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, se actúa por delegación o concesión o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.”; esta es la parte esencial que tiene que considerarse para resolver el presente tramite, de conformidad también con el Art.39 de la Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional; **CUARTO.-** La justicia Constitucional se orienta por el principio de la supremacía de la Constitución, también por la aplicación directa e inmediata de la misma, no pudiendo alegarse falta de ley o desconocimiento de normas para desechar la acción interpuesta en su defensa; debiendo también las

Juezas y Jueces aplicar las leyes conforme a las reglas y la carta máxima, no requiriéndose de formalidad alguna, siendo su trámite de preferencia a cualquier otro; **QUINTO.-** De los recaudos procesales que rodea el juicio, la confrontación de las partes, y lo actuado dentro de los cuadernos procesales de la primera instancia, tomando en cuenta la pretensión del accionante, el que pide que mediante sentencia se declare la violación de sus derechos y garantías consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, lo que no ha demostrado en el presente caso, pues no se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación; así también solicita se le reconozca la relación laboral con el IESS en calidad de servidor público con derecho a nombramiento permanente que garantice su estabilidad desde la fecha en que ingresó a laborar en dicha institución, pretensión que corresponde resolverse en la vía ordinaria; **SEXTO.-** El legislador en su afán de dar las pautas para poder distinguir entre constitucionalidad y legalidad, promovido por el temor de que esta garantía fuese utilizada indiscriminadamente provocando el desplazamiento de la justicia ordinaria, se cree caos y saturación en los juzgados de primer nivel y en las Cortes Provinciales de Justicia que somos quienes conocemos y sentenciamos en primera y segunda instancia, respectivamente, procedió a subsidiarizar la acción de protección, el Art.40 de la LOGJCC señala que esta acción se podrá presentar cuando concurren los requisitos que en tres numerales taxativamente indica, son requisitos inexcusables y si falta uno en casos concretos la acción intentada es ineficaz e inadmisibles y para abundar el número tres imperativamente exige **"LA INEXISTENCIA DE OTRO MECANISMO DE DEFENSA JUDICIAL ADECUADO Y EFICAZ PARA PROTEGER EL DERECHO VIOLADO"**; en este sentido subsidiarizó la acción, pero más que nada dio patrones para que el intérprete diferencie entre los derechos legales y constitucionales, lo que ocurre en el presente caso, pues el accionante tiene las vías legales para que el Juez competente en razón de la materia resuelva sus pretensiones, es así que el Art.11 de la Constitución de la República, señala los principios para el ejercicio de los derechos y en el numeral 1 expresa, **"LOS DERECHOS SE PODRAN EJERCER, PROMOVER Y EXIGIR DE FORMA INDIVIDUAL O COLECTIVA ANTE LAS AUTORIDADES COMPETENTES; ESTAS AUTORIDADES GARANTIZARAN SU CUMPLIMIENTO"**; así como también el Art. 76, numeral 1; **"CORRESPONDE A TODA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA O JUDICIAL, GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS Y DE LOS DERECHOS DE LAS PARTES;** en consecuencia, esta Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION**

27  
29  
sentencia  
mucho

Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, resuelve: rechazar el recurso interpuesto y confirma la sentencia del nivel anterior que declaró improcedente la acción de protección, dejando a salvo el derecho que tiene el accionante para acudir ante las autoridades competentes a ejercer los derechos a los que se crea asistido. Envíese las copias correspondientes al Tribunal Constitucional. **PUBLIQUESE.**


**NOTIFIQUESE.-**



Dr. Edison Vélez Cabrera  
JUEZ  
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL  
LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA



Ab. Robert Díaz López  
Conjuez Corte Provincial  
de Justicia del Guayas



Dr. Rodrigo Espinoza  
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL,  
LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA