

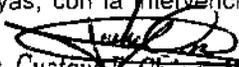
Juicio No. 09334-2016-00983

JUEZ PONENTE: PONCE MURILLO NELSON MECIAS, JUEZ

AUTOR/A: PONCE MURILLO NELSON MECIAS

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE GUAYAS. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL DE LA CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS. Guayaquil, lunes 13 de marzo del 2017, las 14h35.

RELACIÓN: En esta fecha y ante los señores Nelson Ponce Murillo, Martha Sanchez Castro y María Mayorga Contreras, jueces titulares de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, con la intervención del suscrito secretario relator, se hizo la relación de la presente causa.


Ab. Gustavo E. Chávez Narváez
Secretario Relator (o)
Sala Especializada de lo Civil y Mercantil
Corte Provincial de Justicia del Guayas



VISTOS: Por el Sorteo de Ley, correspondió a esta Sala Especializada de lo Civil, conocer y resolver el Recurso de Apelación interpuesto por Katty Marina Godoy Castillo de la sentencia dictada el 9 de enero de 2017, las 11h37m, por el Juez de la Unidad Judicial Multicompetente Civil de Playas que declaró sin lugar la acción de protección presentada por la recurrente en contra de la Empresa Pública de Agua Potable y Alcantarillado del cantón Playas, HIDROPLAYAS EP. En virtud de lo expuesto, en cumplimiento al Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en lo posterior LOGJCC) y en mérito del expediente, esta Sala para resolver considera: **PRIMERO: Competencia.-** La competencia de esta Sala para conocer el Recurso de Apelación está dada en virtud de los artículos 8 numeral 8 y 24 LOGJCC, e inciso segundo, numeral 3º del Art. 86 de la Constitución de la República (en lo posterior CRE). **SEGUNDO: Validez.-** En la tramitación de la presente acción de protección, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna y se ha cumplido lo dispuesto en las normas de las garantías jurisdiccionales determinadas en el Art. 86 CRE, por lo que se declara la validez de todo lo actuado, además que las partes han sido debidamente notificadas y éstas han ejercido su derecho a la defensa y observándose el debido proceso. **TERCERO: 3.1.) Recurso de Apelación.-** Consta interpuesta la impugnación vertical de manera escrita dentro de los tres días posteriores a la audiencia en la cual se dictó la resolución que declaró sin lugar la acción constitucional de acción de protección en la presente causa. **3.2.) Demanda de Acción de Protección:** Del petitorio de apelación se deriva a su vez, la demanda de acción de protección presentada y que consta en autos manifestando la accionante: 1. Con fecha 28 de diciembre de 2016 se le notificó el memorándum 076-LEOC-GG-HPEP-2016, mediante el cual de manera discriminatoria y sin fundamento constitucional alguno, dan por terminada la relación laboral, que ha venido cumpliendo en la institución, irrespetando su derecho de lactancia y maternidad, que es de pleno conocimiento del Gerente de HIDROPLAYAS EP; 2. Lo ocurrido a decir de la accionante no es más que la configuración plena de discriminación asociada a su condición de mujer y madre; 3. Que ha laborado en la institución desde el 21 de junio de 2014 ejerciendo las tareas de tesorera de la institución. El 08 de enero de 2016 asume la gerencia general de la empresa HIDROPLAYAS EP, el Dr. Luis Oyola Carrasco y empieza una discriminación directa, para esa fecha se encontraba en estado de embarazo; 4. Las primeras muestras de discriminación y hostigamiento se realizan por disposición del Gerente al disponer que se le remueva del puesto

4

de tesorera y se traslade a la parroquia de Posorja sin importar la distancia del traslado y el estado de embarazo en el que se encontraba, además que para dicho traslado, por pertenecer Posorja a otro cantón, se requería el consentimiento expreso de su parte, que este traslado inconstitucional e ilegal se realizó en el mes de mayo de 2016; 5. Sin su consentimiento y sin estar de acuerdo, dio cumplimiento a las ilegítimas disposiciones del gerente general, esto en virtud de su condición de inferioridad económica y vulnerabilidad por el estado de embarazo que se encontraba; 6. Manifiesta el Dr. Luis Oyola Carrasco manifiesta la accionante no satisfecho con el traslado y cambio de sus funciones, en junio de 2016, dispuso la disminución de sueldo de USD 1,400,00 a USD 1,200,00; nuevamente, señor juez, sin ningún sustento legal o notificación alguna hacia su parte, sin importarle el estado de gestación en el que se encontraba; 7. Nuevamente volvió a estar en una situación de inferioridad económica y vulnerabilidad, siendo irrespetados sus más elementales derechos; 8. Con fecha 12 de julio de 2016, el directorio nombra Gerente General al Dr. Ariosto Sarmiento Perdomo y el Dr. Luis Oyola Carrasco es posesionado en el puesto de Director Administrativo del GAD cantonal de Playas; 9. El 8 de septiembre de 2016 fue ingresada al Hospital del IESS para el nacimiento de su hijo, luego del cual recibió el descanso de las 12 semanas, incorporándose a sus labores el 1 de diciembre del 2016; 10. Para octubre de 2016, el Directorio de HIDROPLAYAS EP decide cambiar al Gerente General Ariosto Sarmiento Perdomo para nuevamente encomendar esas funciones al Dr. Luis Oyola Carrasco, quien no ha tardado en volver a realizar sus actos discriminatorios por su condición de mujer y madre; 11. Desde la reincorporación del Dr. Oyola Carrasco, afirma la accionante que tuvo conocimiento de su deseo de despedirla de la empresa, eso por cuanto se encontraba embarazada y genera un egreso económico, según él, innecesario, además que la institución debía otorgarle la jornada laboral establecida en la Constitución y la ley; 12. La notificación de su despido se la realiza el 28 de diciembre de 2016, sin embargo, el Gerente lo dispuso el 14 de diciembre de 2015, es decir, se esperaba su reincorporación para despedirla; 13. El mencionado Gerente General dispuso su salida inmediata de la institución y del seguro social, dejándola vulnerable ante cualquier atención médica de su hijo recién nacido o personal, no permitiéndole siquiera realizar el inventario de archivos y bienes que ha mantenido en el ejercicio de su trabajo; 14. El Gerente pretendió encubrir su acto discriminatorio basado en asuntos meramente económicos, situación que es pretexto injustificado pues no realiza un análisis de la situación del trabajador, ejerciendo una falsa igualdad que termina por dar un mismo trato a aquellos que se encuentran en situación diferente como la de maternidad y lactancia en la que se encuentra; 15. Los hechos descritos no suceden como primera vez en HIDROPLAYAS EP, a la servidora Lucia Maila Estacio se la despidió por medio de Gerencia, mientras se encontraba en estado de embarazo, sin justificación alguna. Con tales antecedentes, la accionante con fundamento en los arts. 332, 363, Art. 6, 8 del Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 18 LOGJCC, considerando que se han violado derechos y garantías constitucionales deduce acción de protección contra la Empresa Pública HIDROPLAYAS EP en la interpuesta persona de su Gerente General, Dr. Luis Oyola Carrasco, para que luego del trámite correspondiente en resolución o sentencia se declare: La vulneración a su derecho a no ser discriminada como mujer y a su condición de madre, la reincorporación a sus actividades dentro de la empresa HIDROPLAYAS EP, con la vigencia de todos sus derechos; el

(22)
Venerable

reintegro de los valores injustamente descontados de su remuneración desde el mes de junio hasta la presente fecha. Que la remuneración de \$1,400 a la que tenía derecho antes de la posesión del Gerente General Luis Oyola Carrasco permanezca vigente. Y finalmente solicita las respectivas disculpas públicas por parte de la Gerencia General, así como la publicación en la página web, medios de comunicación, y carteleras institucionales, con la finalidad que las demás compañeras en condición de vulnerabilidad y la ciudadanía en general conozcan de sus derechos. Solicitan se exhiba documentación y que se cuente con el representante de la Procuraduría General del Estado en la persona del Delegado Regional de la Procuraduría General del Estado en Guayas. **CUARTO: La Acción de Protección.**- Previo al análisis de la pretensión de la accionante, es importante determinar la naturaleza implícita de la Acción de Protección, que como garantía jurisdiccional, se encuentra establecida en nuestra Constitución a partir del año 2008, y que obedece al compromiso del Estado Ecuatoriano de implementar y garantizar normativamente el acceso de sus habitantes a un procedimiento sencillo, breve, ágil y eficaz para tutelar sus derechos fundamentales ante la eventual conculcación de estos; tal y como consta preceptuado en el Art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que prescribe: *"Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley"*; así como lo dispuesto en el Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que expresamente ordena: *"1.- Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida en ejercicio de funciones oficiales. 2.- Los Estados Partes se comprometen: a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y, c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso"*; siendo justamente esta garantía de los Estados, uno de los pilares fundamentales no solo para la misma Convención Interamericana de Derechos, sino del propio del Estado de Derechos. Todos estos aspectos presentes en nuestro Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es donde precisamente, la acción de protección ocupa un papel principal para que el sistema jurídico, así como los actos expedidos por la administración encuentren su justificación en la observación del contenido axiológico de los derechos garantizados en nuestra ley suprema, ya que alguna violación de dichos derechos y garantías puede ser accionada para buscar y propender a una repuesta directa e inmediata, en la forma preceptuada en el numeral 3 del artículo 11 CRE. De tal suerte, que la Acción de Protección en la forma establecida en el Art. 88 ibidem en concordancia con el Art. 39 LOGJCC, tiene como objeto el amparo *"directo y eficaz"* de los derechos reconocidos por la Constitución y en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, y que tiene lugar cuando existe una vulneración a éstos derechos. De conformidad con el artículo del mismo cuerpo legal, la Acción de Protección requiere que converjan los siguientes presupuestos: 1.- Una violación a un derecho constitucional o reconocido en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; 2.- Que sea una acción u omisión, de sujeto público o

4

privado, que para el caso in examine, sería el presupuesto contemplado en el numeral 1 del Artículo 41: *"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.; y, 3.- La inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para tutelar el derecho violentado"*.

QUINTO: 5.1.) Acto Administrativo impugnado.- La presente acción se sigue en contra del Memorando No. 076-LEOC-GG-HPEP-2016 del 14 de diciembre de 2016, suscrito por el Dr. Luis Oyola Carrasco, Gerente General de HIDROPLAYAS EP. **5.2.)** De las pruebas aportadas en el proceso constan las siguientes: **A)** A fs. 3, certificado de nacimiento del niño Jolking Nehemias Jácome Godoy, hijo de la accionante y nacido el 8 de septiembre de 2016; **B)** A fs. 6, memorando No. UATH-AAAA-083-2016 del 27 de diciembre de 2016 suscrito por la Ing. Alexandra Álava Álvarez; **C)** A foja 7, el Memorando No. 076-LEOC-GG-HPEP-2016 del 14 de diciembre de 2016, suscrito por el Dr. Luis Oyola Carrasco, Gerente General de HIDROPLAYAS EP; **D)** De fs. 8-21, documentos obtenidos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y de la empresa accionada relativa a certificados médicos a favor de la accionante; **E)** De fs. 70 a 142, diversa documentación adjuntada por la parte accionada; y, **F)** De fs. 61-64, acta y cd que contienen la intervención de las partes en la audiencia pública y la resolución del juez a quo. **5.3.) Análisis de pruebas aportadas.-** El Art. 88 CRE establece: *"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."* En igual forma, el Art. 39 LDGJCC prescribe: *"La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena"*. **5.3.1.)** A este tenor, la acción de protección es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, cuando no existiera otro mecanismo por el cual accionarlo y en virtud de la norma constitucional es necesario dejar establecido si existe o no la vulneración de derechos constitucionales por parte de la empresa HIDROPLAYAS EP acorde a los artículos antes mencionados. Menciona la recurrente, que ha sido discriminada en su situación fáctica madre y mujer, por cuanto a pesar de encontrarse en período de maternidad y lactancia ha sido separada del cargo que ejercía como Jefa de Facturación (acción de personal No. 028 del 9 de mayo de 2016, fs. 84) habiéndose inclusive reducido el sueldo que percibía de \$1.400 a \$1.200 y ordenándosele su traslado desde el cantón Playas donde ejercía el cargo de Tesorera a la parroquia Posorja donde ejercía el cargo de Jefa Financiera, encontrándose vulnerados sus derechos constitucionales en ese punto. **5.3.2.)** Que en la Audiencia Pública llevada a cabo el 5 de enero de 2017, con la presencia de las partes, quienes fueron escuchadas, la accionante, a través de su abogado patrocinador, ratificándose en los fundamentos de la demanda de garantía

(28)
W. W. W.

jurisdiccional presentada, pidió que se declare vulnerado sus derechos constitucionales, se le restituya al cargo que venía desempeñando y como reparación integral el pago de los haberes por todo el tiempo que dejó de percibirlos con el sueldo de \$1.400 así como también la accionada ofrezca públicas disculpas. Por su parte, la accionada, a través de su abogado patrocinador, manifestó que niegan los fundamentos de hecho y de derecho de la acción de protección, que no se ha puesto en evidencia cuál es el derecho vulnerado, que a la accionante se le ha respetado su derecho de gestación, licencia por maternidad, que goza del permiso de dos horas diarias por lactancia, que no existen muestras de hostigamiento a la accionante por parte del Gerente General, que no existe disminución de sueldo sino más bien un aumento puesto que como tesorera percibía \$1.200 mensuales en tanto que luego del traslado a Posorja, que se le ha concedido todos los permisos médicos que solicitó aun sin firma de médico tratante, que la accionante tenía un cargo de libre nombramiento y remoción que no garantiza estabilidad ni mucho menos garantiza un derecho adquirido, pretendiéndose impugnarse con esta acción un acto administrativo y que la empresa pública HIDROPLAYAS está reduciendo personal y que son aspectos de mera legalidad. Por su lado, consta en la audiencia la comparecencia de amicus curiae, Ab. Cristian Cobo Granda, manifestando principalmente que cuando era asesor jurídico de HIDROPLAYAS EP se opuso a la reducción de sueldo, se sacaba a la gente que caía mal, que existe un abuso y discriminación porque se encuentra en situación de vulnerabilidad, habiéndose recibido prueba testimonial presentada por la parte actora. Finalmente, la jueza constitucional de primer nivel en forma oral y luego en sentencia declarando improcedente la acción de protección propuesta, al no encontrar violación de ningún derecho y por tratarse de asuntos de mera legalidad. **5.3.3.)** Para tal efecto y de la documentación que reposa en el expediente de primera instancia, se observa puntualmente que: **A)** La accionante inició sus labores como Tesorera en HIDROPLAYAS EP el 20 de mayo de 2014, posteriormente siendo trasladada el 9 de mayo de 2016 con el cargo de Jefa de Facturación. **B)** Con fecha 8 de septiembre de 2016, se produce el nacimiento del hijo de la accionante, por lo que, a partir de esa fecha se toma en cuenta el permiso por maternidad por el plazo de 3 meses conforme se argumentó en la audiencia pública. **C)** Luego de dichos tres meses del permiso de maternidad, el 1º de diciembre de 2016, la accionante se reincorpora a sus actividades laborales siendo despedida de manera unilateral por parte de la institución demandada el 28 de diciembre de 2016, recibida por la accionante el 29 de diciembre de 2016 conforme se verifica del memorando No. UATH-AAAA-083-2016 del 27 de diciembre de 2016 de la Unidad de Talento Humano de HIDROPLAYAS EP en atención al Memorando No. 076-LEOC-GG-HPEP-2016 del 14 de diciembre de 2016 de la Gerencia General de la empresa pública accionada. **SEXTO.- Estudio del caso propuesto.- 6.1.)** La Corte Constitucional, respecto de la naturaleza y procedencia de la acción de protección, estableció: *"[...] las garantías jurisdiccionales, específicamente la acción de protección, proceden cuando del proceso se desprenda la vulneración de derechos constitucionales provenientes de un acto de autoridad pública no judicial, vulneración que debe ser declarada por el juez constitucional vía sentencia [...] Así, es claro que la acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente la vía administrativa."* (Corte Constitucional para el Período de

4

Transición. Sentencia No. 001-10-JPO-CC, de 22 diciembre 2010, Caso No. 999-09-JP). Por otro lado, la misma Corte Constitucional, en su más reciente pronunciamiento acerca de la acción de protección, de forma categórica, ha manifestado que: “[...] la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. [...]” (Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana, Cuadernos de Trabajo No. 4, Corte Constitucional, Págs. 117, 118). **6.2.)** De la revisión de la documentación aportada, se desprende que la accionante fue despedido de manera unilateral e intempestiva el 29 de diciembre de 2016, conforme a los memorandos antes descritos (fs. 126-127); que su hijo que responde a los nombres de Jolking Nehemias Jácome Godoy, nació el 8 de septiembre de 2016 (fs. 3); en este punto cabe mencionar lo que la Corte Constitucional ha dicho sobre la procedencia la vía constitucional o la ordinaria para la protección de los derechos: “(...) Respecto de la seguridad jurídica y la garantía del debido proceso relacionada con el cumplimiento de normas y derechos de las partes, la Corte ha sostenido: <<Ambas garantías bajo estudio constituyen principios de carácter bidimensional, dependiendo de la fuente de derecho de la que se trate. Dado que la seguridad jurídica implica la preexistencia de cualquier norma, constituye en sí misma la reivindicación de las normas y los mecanismos judiciales establecidos como formas de garantía de la tutela judicial efectiva, tanto si nacen de una norma contenida en la Carta Suprema, como de la legislación secundaria. Así, el principio puede ser protegido a través de su aplicación, tanto en sede constitucional como ordinaria, dependiendo de la fuente del derecho que se vea vulnerada>>. Las reflexiones de la Corte Constitucional respecto de esta tríada indispensable para el sostén del modelo de estado previsto en la Constitución, apuntan a resaltar el principio de irradiación de los principios procesales en la legislación ordinaria, como solución a la eventual “ordinarización” de las garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución. Se reconoce una doble dimensión de los principios, dependiendo de si el caso remite mediata o inmediatamente a la Norma Fundamental. Así, la justicia ordinaria también se constituye en una garantía jurisdiccional de los derechos en tanto protege la aplicación de la norma infraconstitucional que los desarrolla en determinado supuesto. El criterio de diferenciación para determinar si procede la vía constitucional o la ordinaria para la protección de los derechos a la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y el debido proceso en la garantía de aplicación de normas y derechos de las partes, será precisamente qué norma es la que se alega incumplida...” (Corte Constitucional-Sentencia No. 020-13-SEP-CC, de 30-V-2013, Caso No. 0563-12-EP, Gaceta Constitucional No. 3, R.O. del 21-VI-2013, págs. 47). **6.3.)** La Ley Orgánica de Servicio Público LOSEP (en lo posterior LOSEP), en su Art. 4, define a quienes ejercen el servicio público como: “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público (...)” A su vez, dicho cuerpo normativo, en su Art. 16, establece que para desempeñar un puesto público se requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la autoridad nominadora. Finalmente, el Art. 17 ibídem y por ser atinente al caso que nos ocupa, los nombramientos para el ejercicio de la función pública podrán ser: “a) Permanentes: Aquellos que se expiden para llenar vacantes mediante el sistema de selección previstos en esta Ley; b) Provisionales, aquellos que

(29)
Cubuel

se expiden para ocupar (...)” De la lectura de los recaudos procesales es evidente que la accionante, en mérito a sus acciones de personal, era una funcionaria de libre nombramiento y remoción, habiendo ingreso el 20 de mayo de 2014 como Tesorera y a partir del 9 de mayo de 2016, el cargo de Jefa de Tesorería. En tal sentido, bajo los parámetros enunciados tanto en la LDSEP y CRE (Art. 229), los puestos de libre nombramiento y remoción no garantizan estabilidad, situación distinta a quienes ingresan al servicio público a través de los concursos públicos de merecimiento y oposición y por el cual son funcionarios de carrera administrativa. Ni los funcionarios de libre nombramiento y remoción ni de contratos tienen estabilidad en tal sentido y sus derechos no están a la par de los que de acuerdo a la normativa se los considera como funcionarios de carrera dejando aclarado en todo caso que todos los servidores públicos (de carrera, contrato y de nombramiento definitivo y de libre remoción) están exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. 6.4.) No obstante lo manifestado en el anterior numeral, en reciente fallo emitido por la mencionada Corte Constitucional, sobre un caso de similares características al que nos ocupa, la Corte se pronunció así en su análisis de rigor: *“En este contexto normativo, la prohibición constitucional del despido en ocasión de la condición de gestación o maternidad no debe ser leída de forma restringida. En tal sentido, es acertada la lectura de la sala respecto de su definición de despido, no únicamente por medio de la figura establecida con ese nombre en la legislación laboral, sino aplicable a toda forma de terminación anticipada de la relación laboral ordenada unilateralmente por el empleador, con independencia de si este último es el estado o un particular, o de la normativa infra constitucional que regule la relación en la especie...”* (Corte Constitucional-Sentencia 309-16-SEP-CC, de 21-IX-2016, Caso No. 1927-11-EP), lo que nos lleva a pensar que la violación a los derechos constitucionales, no solo se encuentra en la violación al debido proceso, el cual puede ser subsanado por las normas infraconstitucionales y la justicia ordinaria, sino que del contexto de la acción planteada, ver si el derecho violentado puede ser protegido por la vía constitucional; en el caso sub examine, el Art. 11 numeral 2 de la Constitución de la república, determina que el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: *“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. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad (...);”* bajo este principio de igualdad y no discriminación, el Art. 43 ibídem, expresa: *“El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a: 1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral. 2. La gratuidad de los servicios de salud materna. 3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto. 4.*

7

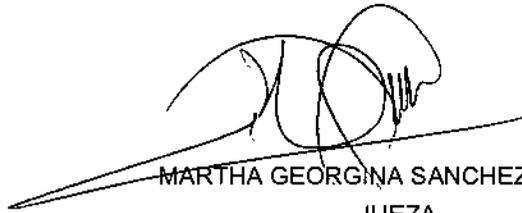
Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia.”; y, finalmente en torno a los derechos de no discriminación por la condición de la mujer en periodo de lactancia, la CRE en su Art. 332, inciso 2do, dice: *“Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos.”* principios que nacen de la CONVENCIÓN SOBRE ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de octubre de 1979 y suscrita por el Ecuador el 17 de julio de 1980, que en su Art. 11, numeral 2, literal a, dice: *“A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil (...).”* Siguiendo la línea de la Corte Constitucional, en el caso citado ut supra, ésta manifiesta: *“(…) En otras palabras, la protección que ofrece el bloque de constitucionalidad a las mujeres embarazadas no se agota en la protección contra terminaciones anticipadas de su relación laboral en razón de su estado; sino que, proscriben todo tipo de discrimen contra ellas. Es así que, el deber de la judicatura de segunda instancia, nacido de su obligación de respetar la Constitución, era descartar la existencia de una vulneración al derecho a la igualdad en contra de la accionante, ocasionada por su condición de mujer embarazada -sea este un despido o cualquier otro acto-, antes de resolver negar la acción de protección propuesta (...).”*, de lo que se colige en el caso sub iudice que la accionante al momento de la terminación de su despido intempestivo o terminación unilateral de su empleo, ésta se encontraba en periodo de lactancia, una condición asociada a la maternidad, de la cual también se derivan derechos del niño (su hijo), que a la fecha tenía tres meses de edad y, según lo manifestado por la Ley de Fomento, Apoyo y Protección A La Lactancia Materna, su Art. 1 expresa: *“La lactancia materna es un derecho natural del niño y constituye el medio más idóneo para asegurarle una adecuada nutrición y favorecer su normal crecimiento y desarrollo.”*, la cual tendrá una duración hasta que el niño cumpla dos años de edad, según el Art. 4 ibídem, nos lleva a concluir que hubo una vulneración a los derechos constitucionales de maternidad asociados con la lactancia, constituyéndose éste último en una vulneración a los derechos del niño, además que éste (es parte de los grupos de atención prioritaria por estado de vulnerabilidad, Art. 35 CRE). En razón del análisis efectuado en los acápites precedentes y en mérito de los recaudos procesales y alegaciones formuladas en la Audiencia Pública, se puede observar que el despedir de manera intempestiva a una mujer en periodo de lactancia efectivamente agrava la vulnerabilidad en la que se encuentra, ya que su sustento y el de su hijo depende del trabajo que realice independientemente que sea una funcionaria de carrera o no puesto que son derechos constitucionales que deben ponderarse respecto y tomando en cuenta si las personas que acceden a la justicia constitucional se encuentran además como entes vulnerables. Al respecto, la ponderación constitucional se la puede establecer como la valoración o balance que hace una autoridad facultada constitucionalmente para ello (en este caso cualquier autoridad pública o Juez según el numeral 5 del Art. 11 CRE) respecto de dos normas o principios del mismo rango esto es, constitucional; es decir, toda autoridad al encontrarse frente a un conflicto entre normas

(30)
Heinrich

constitucionales, está obligada a ponderar, valorar, balancear (o como se lo quiera llamar), cuál de ellas permite una mejor efectividad de los derechos constitucionales, provocando que los mismos no sean coartados sino al contrario, que puedan investir a la ciudadanía de los derechos que se consideran mucho más justos o necesarios. Por lo tanto, no es dable que se imponga la necesidad administrativa de la terminación de un contrato o nombramiento de libre remoción para dar por terminada una relación laboral, por encima de las necesidades vitales. Así, dicha decisión constituye fuente de vulneración al derecho a la igualdad en contra de la servidora pública o trabajadora y, consecuentemente, los derechos a la seguridad jurídica y debido proceso, alegados por la accionante; situación que genera la procedencia de la presente acción de protección, en observancia a lo prescrito en el numeral 1 del Art. 41 LOGJCC, puesto que esta garantía procede contra 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, dejando aclarado por parte del Tribunal que las demás pruebas actuadas por la parte accionada, en lo relativo a los permisos otorgados por el periodo de gestación, maternidad y lactancia no es sino una obligación que tiene el empleador respecto de las mujeres que se encuentran en dicha situación así como en cuanto a la situación financiera y organizacional de ésta, es irrelevante siquiera valorarlas en mérito a lo resuelto por este tribunal. **SEPTIMO:** En razón de estas consideraciones y en calidad de jueces constitucionales, esta Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial del Guayas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, acepta el recurso de apelación interpuesto en los términos de este fallo, revocando la sentencia subida en grado, declarando la vulneración a los derechos a la igualdad y no discriminación en contra de las mujeres en el contexto laboral, al debido proceso en la garantía de la motivación y a la seguridad jurídica previstos en los artículos 66, numeral 4, 332, 76 numeral 7, literal 1 y 82 de la CRE, respectivamente. Como medida de reparación integral se dispone la reincorporación inmediata de la ciudadana Katty Marina Godoy Castro a su lugar de trabajo como Jefa de Facturación con la remuneración que percibía al momento de producirse la violación de su derecho constitucional, debiéndosele respetarse su derecho constitucional al trabajo bajo el periodo de lactancia materna, debiendo además, restituirsele el pago de los haberes dejados de percibir desde el momento en que se produjo la vulneración de sus derechos constitucionales, esto es, desde el 1º de enero de 2017 hasta la fecha efectiva de su reincorporación y cuya determinación de su monto, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa conforme a la regla jurisprudencial dictada por la Corte Constitucional en el numeral 4 de la sentencia N.º 004-13-SAN-CC, emitida dentro de la causa signada con el N.º 0015-10-AN, aprobada por el Pleno de este Organismo el 13 de junio de 2013. Ejecutoriada esta sentencia, se dispone que la Secretaría Relatora remita copia certificada de la misma a la Corte Constitucional, tal como lo dispone el numeral 5 del Art. 86 CRE en concordancia con el numeral 1 del Art. 25 LOGJCC. Léase y Notifíquese.



MAYORGA CONTRERAS MARIA GABRIELA
JUEZ DE SALA ESPECIALIZADA DE CIVIL Y MERCANTIL


MARTHA GEORGINA SANCHEZ CASTRO
JUEZA


PONCE MURILLO NELSON MECIAS
JUEZ

Certifico:


Ab. Gustavo E. Chavez Narvez
Secretario Relator (a)
Sala Especializada de lo Civil y Mercantil
Corte Provincial de Justicia del Guayas



VOTO SALVADO DEL JUEZ DE SALA ESPECIALIZADA DE CIVIL Y MERCANTIL, SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL DE LA CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS, MAYORGA CONTRERAS MARIA GABRIELA.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE GUAYAS. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL DE LA CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS. Guayaquil, lunes 13 de marzo del 2017, las 14h35.

VISTOS: Por el Sorteo de Ley, correspondió a esta Sala Especializada de lo Civil, conocer y resolver el Recurso de Apelación interpuesto por Katty Marina Godoy Castillo de la sentencia dictada el 9 de enero de 2017, las 11h37m, por el Juez de la Unidad Judicial Multicompetente Civil de Playas que declaró sin lugar la acción de protección presentada por la recurrente en contra de la Empresa Pública de Agua Potable y Alcantarillado del cantón Playas, HIDROPLAYAS EP. En virtud de lo expuesto, en cumplimiento al artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y en mérito del expediente, esta Sala para resolver considera: **PRIMERO:** La Sala es competente para conocer y resolver el recurso de apelación al tenor de lo prescrito en el artículo 208 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución de la República del Ecuador y 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; **SEGUNDO:** En la tramitación de la presente acción de protección, no se observa omisión de solemnidad sustancial alguna, por lo que se declara la validez de todo lo actuado, además que las partes han sido debidamente notificadas y éstas han ejercido su derecho a la defensa y observándose el debido proceso. **TERCERO:** A fojas 22-30 consta la demanda presentada por Katty Marina Godoy Castro, manifestando: Con fecha 28 de diciembre de 2016 se le notificó el memorándum 076-LEOC-GG-HPEP-2016, mediante el cual de manera discriminatoria y sin fundamento constitucional alguno, dan por terminada la relación laboral, que ha venido cumpliendo en la institución, irrespetando su derecho de lactancia y maternidad, que es de pleno conocimiento del Gerente de HIDROPLAYAS EP; lo ocurrido a decir de la accionante no es más que la configuración plena de discriminación asociada a su condición de mujer y madre; Que ha laborado en la institución desde el 21 de junio de 2014 ejerciendo las tareas de tesorera de la institución. El 08 de enero de 2016 asume la gerencia general de la empresa HIDROPLAYAS EP, el Dr. Luis Oyola Carrasco y empieza una discriminación directa, para esa fecha se encontraba en estado de embarazo; Las primeras muestras de discriminación y hostigamiento se realizan por disposición del Gerente al disponer que se le remueva del puesto de tesorera y se traslade a la

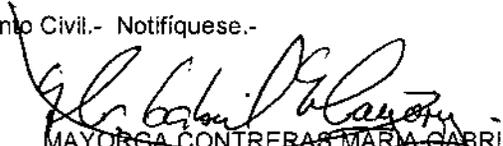
(31)
tramite
y sus

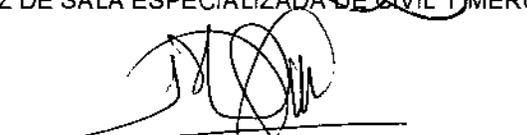
parroquia de Posorja sin importar la distancia del traslado y el estado de embarazo en el que se encontraba, además que para dicho traslado, por pertenecer Posorja a otro cantón, se requería el consentimiento expreso de su parte, que este traslado inconstitucional e ilegal se realizó en el mes de mayo de 2016; Sin su consentimiento y sin estar de acuerdo, dio cumplimiento a las ilegítimas disposiciones del gerente general, esto en virtud de su condición de inferioridad económica y vulnerabilidad por el estado de embarazo que se encontraba; 6. Manifiesta el Dr. Luis Oyola Carrasco manifiesta la accionante no satisfecho con el traslado y cambio de sus funciones, en junio de 2016, dispuso la disminución de sueldo de USD 1,400,00 a USD 1,200,00; nuevamente, señor juez, sin ningún sustento legal o notificación alguna hacia su parte, sin importarle el estado de gestación en el que se encontraba; Nuevamente volvió a estar en una situación de inferioridad económica y vulnerabilidad, siendo irrespetados sus más elementales derechos; Con fecha 12 de julio de 2016, el directorio nombra Gerente General al doctor Ariosto Sarmiento Perdomo y el doctor Luis Oyola Carrasco es posesionado en el puesto de Director Administrativo del GAD cantonal de Playas; El 8 de septiembre de 2016 fue ingresada al Hospital del IESS para el nacimiento de su hijo, luego del cual recibió el descanso de las 12 semanas, incorporándose a sus labores el 1 de diciembre del 2016; Para octubre de 2016, el Directorio de HIDROPLAYAS EP decide cambiar al Gerente General Ariosto Sarmiento Perdomo para nuevamente encomendar esas funciones al doctor Luis Oyola Carrasco, quien no ha tardado en volver a realizar sus actos discriminatorios por su condición de mujer y madre; Desde la reincorporación del doctor Oyola Carrasco, afirma la accionante que tuvo conocimiento de su deseo de despedirla de la empresa, eso por cuanto se encontraba embarazada y genera un egreso económico, según él, innecesario, además que la institución debía otorgarle la jornada laboral establecida en la Constitución y la ley; La notificación de su despido se la realiza el 28 de diciembre de 2016, sin embargo, el Gerente lo dispuso el 14 de diciembre de 2015, es decir, se esperaba su reincorporación para despedirla; El mencionado Gerente General dispuso su salida inmediata de la institución y del seguro social, dejándola vulnerable ante cualquier atención médica de su hijo recién nacido o personal, no permitiéndole siquiera realizar el inventario de archivos y bienes que ha mantenido en el ejercicio de su trabajo; El Gerente pretendió encubrir su acto discriminatorio basado en asuntos meramente económicos, situación que es pretexto injustificado pues no realiza un análisis de la situación del trabajador, ejerciendo una falsa igualdad que termina por dar un mismo trato a aquellos que se encuentran en situación diferente como la de maternidad y lactancia en la que se encuentra; Los hechos descritos no suceden como primera vez en HIDROPLAYAS EP, a la servidora Lucia Maila Estacio se la despidió por medio de Gerencia, mientras se encontraba en estado de embarazo, sin justificación alguna. Con tales antecedentes, la accionante con fundamento en los arts. 332, 363, artículo 6, 8 del Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 18 LOGJCC, considerando que se han violado derechos y garantías constitucionales deduce acción de protección contra la Empresa Pública HIDROPLAYAS EP en la interpuesta persona de su Gerente General, Dr. Luis Oyola Carrasco, para que luego del trámite correspondiente en resolución o sentencia se declare: La vulneración a su derecho a no ser discriminada como mujer y a su condición de madre, la reincorporación a sus actividades dentro de la empresa HIDROPLAYAS EP, con la vigencia de todos sus derechos; el reintegro de los valores injustamente descontados de su remuneración desde el mes de junio hasta la presente fecha. Que la remuneración de USD \$1,400,00 a la que tenía derecho antes de la posesión del Gerente General Luis Oyola Carrasco permanezca vigente. Y finalmente solicita las respectivas disculpas públicas por parte de la Gerencia General, así como la publicación en la página web, medios de comunicación, y carteleras institucionales, con la finalidad que las demás compañeras en condición de vulnerabilidad y la ciudadanía en general conozcan de sus derechos.

Solicitan se exhiba documentación y que se cuente con el representante de la Procuraduría General del Estado en la persona del Delegado Regional de la Procuraduría General del Estado en Guayas. CUARTO: De la revisión de los autos, ésta Sala observa: Conforme lo dispone el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador vigente, "(...) 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 encuentre en estado de subordinación, indefensión o discriminación...". De la simple lectura del libelo inicial, no se desprende la existencia de violación de los derechos constitucionales del accionante, y lo que solicita, es la declaración de la vulneración a su derecho a no ser discriminada como mujer y a su condición de madre. La reincorporación a sus actividades dentro de la empresa Hidroplayas EP, con la vigencia de todos sus derechos, la vigencia de todos sus derechos. El reintegro de los valores injustamente descontados de su remuneración desde el mes de junio hasta la presente fecha. Esta Sala, observa, que con la presentación de esta acción constitucional se violenta el principio de "no subsidiariedad", contenido en el numeral 5 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que dice: "... La acción de protección no procede: 4. Cuando el acto administrativo puede ser impugnado en la vía judicial; debiendo acotar este tribunal que en esta acción de naturaleza constitucional, a los juzgadores de instancia les está limitada su competencia solo a la verificación de violaciones de derechos de orden constitucional, lo que en el presente caso no se ha justificado. A esto se suma el hecho de que tampoco se debe pretender utilizar la acción de protección constitucional como un mecanismo de impugnación de resoluciones administrativas, y que existen mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; pues esta es competencia exclusiva de los jueces y juezas que integran las Salas de lo Contencioso Administrativo conforme lo dispone el artículo 217 numeral 10 del Código Orgánico de la Función Judicial. No se ha justificado que la vía correspondiente no fuere adecuada ni eficaz conforme lo exige la norma legal antes transcrita, tratándose de un tema de mera legalidad. Además de lo expresado de los hechos relatados en la demanda, no se desprende que exista una violación de derechos constitucionales, ya que la Ley Orgánica del Servicio Público señala en su artículo 17 el tipo de nombramiento, de libre nombramiento y remoción, es decir que un ciudadano no requiera de un concurso público para acceder a este tipo de nombramiento el mismo que no genera estabilidad. El Reglamento a la Ley de Servicio Público establece en su artículo 17: "Clases de nombramientos.- Los nombramientos extendidos para el ejercicio de un puesto en la función pública pueden ser: c) De libre nombramiento y remoción: Los expedidos a favor de personas que van a ocupar puestos de dirección política, estratégica o administrativa en las instituciones del Estado;" La Ley Orgánica de Servicio Público señala en su artículo 85 lo siguiente: "Servidores y servidoras públicos de libre nombramiento y remoción.- Las autoridades nominadoras podrán designar, previo el cumplimiento de los requisitos previstos para el ingreso al servicio público, y remover libremente a las y los servidores que ocupen los puestos señalados en el literal a) y el literal h) del Artículo 83 de esta Ley. La remoción así afectuada no constituya destitución ni sanción disciplinaria de ninguna naturaleza." La normativa citada es clara en estipular que los servidores públicos con nombramiento de libre remoción pueden ser removidos libremente es decir en cualquier momento sin que esto signifique destitución o sanción ya que son cargos que se otorgan por confianza y sin un concurso previo de méritos y oposición, motivo por el cual no existe vulneración a ningún

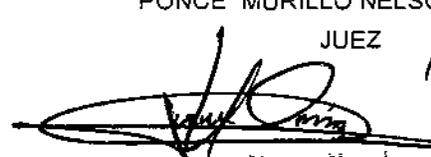
(32)
Tury
do

derecho constitucional ya que la accionante no tenía un nombramiento regular que le asegurara estabilidad, pues por mandato legal podría ser removida en cualquier momento, a pesar de estar en su periodo de lactancia, la accionante nunca gozó de un contrato de servicios ocasionales por un tiempo determinado o de un nombramiento permanente que le asegurara estabilidad en sus funciones, motivo por el cual bien hizo el juez de primer nivel en declarar sin lugar la demanda. A lo que se agrega que la terminación de este tipo de nombramiento no constituye falta disciplinaria es decir no puede ser considerado como atentatorio a estabilidad alguna. Luis Cueva Carrión en su obra Acción Constitucional ordinaria de Protección. Segunda edición actualizada y aumentada. Ediciones Cueva Carrión, página 87, indica: "Es una acción procesal oral, universal, informal y sumaria que ampara y garantiza judicialmente, en forma directa y eficaz, los derechos reconocidos por la Constitución cuando fueren vulnerados por actos u omisiones de la autoridad pública no judicial, por políticas públicas o por personas particulares." Sin más consideraciones, esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, RECHAZA** el recurso de apelación interpuesto y **CONFIRMA** la sentencia venida en grado, que declara sin lugar la demanda en los términos de este fallo. Ejecutoriada esta resolución, la Secretaria Relatora de esta Sala envíe copia certificada de la misma a la Corte Constitucional conforme lo estipula el Art. 86, numeral 5 de la Constitución de la República. Cúmplase con lo dispuesto en el Art. 277 del Código de Procedimiento Civil.- Notifíquese.-


MAYORGA CONTRERAS MARÍA GABRIELA
JUEZ DE SALA ESPECIALIZADA DE CIVIL Y MERCANTIL


MARTHA GEDRGINA SANCHEZ CASTRO
JUEZA


PONCE MURILLO NELSON MECIAS
JUEZ


Ab. Gustavo E. Chávez Navedez
Secretario Relator (e)
Sala Especializada de lo Civil y Mercantil
Corte Provincial de Justicia del Guayas



Certifico:

NELSON.PONCE