



Juicio No. 09201-2018-04054

**UNIDAD JUDICIAL NORTE 2 DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON SEDE EN EL CANTÓN GUAYAQUIL, PROVINCIA DEL GUAYAS DE GUAYAS.** Guayaquil,

viernes 14 de diciembre del 2018, las 19h56. **VISTOS:** Agréguese a los autos escrito presentado el 12 de diciembre de 2018 a las 15h53 por la Dra. Mariana Italia Piguave Nacif, por el Ministerio de Salud Pública, en donde ratifica las gestiones de los abogados que han sido autorizados para intervenir en el presente proceso.- Téngase por ratificadas las gestiones realizadas por la Dra. Mariana Italia Piguave Nacif, en su calidad de Coordinadora Zonal 8 del Ministerio de Salud.- En lo principal, habiéndose practicado la audiencia pública y siendo el estado de causa el de emitir el fallo por escrito, fundamentando adecuadamente la decisión a partir de las reglas y principios, así como la enunciación y explicación de la pertinencia de su aplicación de acuerdo a los antecedentes de los hechos, la explicación de los argumentos y razones relevantes expuestas las partes que intervinieron en el proceso y para hacerlo se considera lo siguiente: **PRIMERO: Competencia.-** La Suscrita Jueza es competente por el sorteo reglamentario que antecede y las normas jurídicas, claras y públicas siguientes: 87.2; 167; 226 de la Constitución de la República del Ecuador; 166.1; 167 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; 1; 150; 160 numeral 1; 233; 234 numeral 5 del Código Orgánico de la Función Judicial. ; **SEGUNDA: Revisión de omisiones.-** En la tramitación de la causa como en la audiencia pública las partes procesales han ejercido plenamente su derecho a la defensa sin limitación alguna, habiendo argumentado ampliamente con suficiencia los puntos debatidos que sostienen son favorables a sus pretensiones, por lo que no se observa omisión de solemnidades sustanciales que pudiesen viciar el procedimiento o influyan en la decisión de la causa, por lo que se declara la validez de todo lo actuado dentro del proceso Constitucional; **TERCERO:** el ámbito de aplicación de la acción ordinaria de protección al caso concreto.- Para analizar la procedencia de la presente acción corresponde revisar, si el recurrente en su demanda cumple con los requisitos señalados en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; al respecto, analizada la acción propuesta se observa dicho cumplimiento, ya que el recurrente alega la vulneración de derechos constitucionales por parte del accionado; El accionado por su parte, invocó la no procedibilidad de la acción; pero al encontrarnos frente a reclamos de derechos constitucionales, ésta juzgadora considera que frente a las normas invocadas por las partes; se debe priorizar el principio del acceso a la Justicia, como se lo ha hecho en la ritualidad del proceso para llegar a la toma de decisiones; **CUARTO:** objetivo de la acción: Que, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador 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; QUINTO: De la Acción de Protección.- Inicia la presente acción, señora BARBA SALCEDO SELENNE VIRGINIA DEL CONSUELO, quien deduce la presente ACCION DE PROTECCION, de conformidad con lo establecido en los Arts. 86.2, 87 y 88 de la Constitución de la República del Ecuador y Art. 6, 7, 26 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en contra de la Dra. Mariana Italia Piguave Nacif, en su calidad de coordinadora zonal 8 del Ministerio de Salud Pública, por la violación de los derechos fundamentales detallados en el libelo de la demanda que obra a fojas 53 hasta 64 de los autos; SEXTO: De la audiencia pública realizada en día 30 de octubre a las 13h00, comparecen una vez certificado por la secretaria del despacho Ab. Ivonne Rosero Rojas, ambas partes procesales y la procuraduría general del estado. Dentro de la audiencia hace su intervención la parte accionante, quien por medio de su abogado patrocinador expresa: Que se ha accionado a la justicia constitucional y planteado la presente acción de protección impugnado la acción de personal No. 4206-CZONAL8-GITH-22018 de fecha 26 de septiembre de 2018, documento firmado y suscrito por la accionada en donde por medio de la misma se da por finalizado el nombramiento provisional otorgado a favor de la accionante señora BARBA SALCEDO SELENNE VIRGINIA DEL CONSUELO de conformidad con lo que establece el artículo 17 literal b; artículo 47 literal e, de la Ley Orgánica de Servicio Público, en concordancia con el artículo 17 literal b del reglamento del mismo cuerpo legal. Que mediante acta de mediación celebrada en el Centro de Mediación de la Defensoría Pública, de fecha 4 de noviembre de 2015, poseo la tutela de mi hermana BIANKA BARBA SALCEDO quien tiene una discapacidad congénita. Mediante oficio de fecha 18 de diciembre de 2015 se hace conocer a la Psico. Estephania del Carmen Huahua Dicella, en su calidad de responsable de la gestión Interna de Talento Humano de la Coordinación Zonal 8 de Salud, que la economista BARBA SALCEDO SELENNE VIRGINIA DEL CONSUELO cuenta con la tutela de su hermana BIANKA BARBA SALCEDO de 28 años de edad quien posee una discapacidad intelectual del 64% a esa fecha, que receptado dicho documento no se recibió ninguna respuesta expresa sobre el particular ni ninguna instrucción indicando el procedimiento administrativo que debe seguirse, respecto de la situación en particular para obtener un beneficio laboral específicamente.- Que mediante oficio de fecha 12 de junio de 2018 suscrito por la economista BARBA SALCEDO SELENNE VIRGINIA DEL CONSUELO, y dirigido para la Mgs. MARIANA ITALIA PIHUAVE NACIF, se informó que la señorita BIANKA CAROLA BARBA SALCEDO ha sido reevaluada y que actualmente cuenta con una discapacidad del 78% y que se ha ingresado la documentación necesaria para que el Ministerio de Inclusión Económica y Social la califique como trabajadora sustituta.- Que mediante Memorando Nro. MSP-CZ8S- DESPACHO-

2018-11697-M de fecha 13 de julio de 2018 cuyo asunto refiere a la solicitud de actualización de base de personal con discapacidad suscrito por la Mgs. MARIANA ITALIA PIHUAVE NACIF y dirigido para el Eco. Andres Eduardo Egas Almeida, DIRECTOR NACIONAL DE TALENTO HUMANO DEL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA, se indica que se procede a adjuntar el formato de base de discapacidades de la coordinación zonal No. 8, en donde consta el nombre de la accionante señora BARBA SALCEDO SELENNE VIRGINIA DEL CONSUELO en calidad de trabajadora sustituta. Que con fecha 27 de septiembre de 2018 a las 13h42, fui notificada y agradecida como funcionaria de la Coordinación zonal 8 del Ministerio de Salud Pública, haciéndome saber la decisión tomada con fecha 26 de septiembre de 2018 es decir un día antes de la notificación, la cual no fue aceptada ni firmada por la accionante en vista de no tener adjunto el informe técnico mediante el cual se fundamenta la terminación de nombramiento provisional. Que con fecha 27 de septiembre de 2018 a las 15h30 mediante memorando No. MSP-CPZ8S-DESPACHO-2018-3251-O, es decir posterior a mi notificación y posterior a la emisión de la acción de personal de desvinculación No. 4206-CZONAL8-GITH-22018 de fecha 26 de septiembre de 2018, me otorga la Mgs. MARIANA ITALIA PIHUAVE NACIF, la respuesta a mi oficio de fecha 12 de junio de 2018 donde entre otras cosas, se me hace saber que como requisito para poder ser considerada como trabajadora sustituta es menester presentar la certificación del Ministerio de Inclusión Económica y Social, acuerdo ministerial No. MDT-2018-01. Por su parte el accionado mediante su defensa técnica autorizada determina lo siguiente: Que no existen fundamentos para haber solicitado la presente acción de protección, que en efecto la señora BARBA SALCEDO SELENNE VIRGINIA DEL CONSUELO, fue notificada con la finalización de su nombramiento provisional y agradecida por su trabajo, desvinculándola así de la función que desempeñaba dentro de la Coordinación Zonal 8 del Ministerio de Salud Pública; que no se ha violentado ningún derecho constitucional de la accionante ni de la persona que se encuentra bajo su tutela en vista de que la misma no desempeñaba sus funciones como trabajadora sustituta, nunca fue considerada por el Ministerio de Salud en esa calidad en vista de que no había cumplido con el requisito del otorgamiento del respectivo certificado de trabajador sustituto emitido por el Ministerio de Inclusión Económica y Social  $\pm$  MIES; Que por no haber cumplido con ese requisito esencial en efecto no se ha violentado ningún derecho constitucional ni a la señora BARBA SALCEDO SELENNE VIRGINIA DEL CONSUELO, ni a la señorita BIANKA CAROLA BARBA SALCEDO por razón de su discapacidad. Ha comparecido además la Procuraduría General del Estado, quien expresa que al no existir un documento que habilite la calidad de trabajadora sustituta de la accionante, por lo tanto su desvinculación es legal y no vulnera ningún derecho constitucional. SEPTIMO.- Análisis de los hechos facticos y de los derechos posiblemente violentados. De la exposición de las partes procesales de manera cronológica, ésta juzgadora ha podido realizar un análisis constitucional de los hechos que han dado paso al accionar de la actora dentro de la presente

causa de ACCION DE PROTECCIÓN, respecto de lo cual hay que mencionar lo siguiente: La economista BARBA SALCEDO SELENNE VIRGINIA DEL CONSUELO es contratada mediante contrato de servicios ocasionales con fecha 1 de marzo de 2018, la accionante mediante oficio de fecha 18 de diciembre de 2015, pone en conocimiento de la entidad accionada su calidad de tutora de su hermana BIANKA CAROLA BARBA SALCEDO quien posee un discapacidad intelectual del 64% en dicha fecha, oficio que nunca fue respondido, respecto de los requisitos que requería la institución para poder cambiar la modalidad a trabajador sustituto, posteriormente con fecha 1 de junio de 2017, se le otorga a la economista BARBA SALCEDO SELENNE VIRGINIA DEL CONSUELO una acción de personal de nombramiento provisional; mediante oficio de fecha 12 de junio de 2018 suscrito por la economista BARBA SALCEDO SELENNE VIRGINIA DEL CONSUELO, y dirigido para la Mgs. MARIANA ITALIA PIHUAVE NACIF, informa que la señorita BIANKA CAROLA BARBA SALCEDO hermana de la accionante ha sido reevaluada y que actualmente cuenta con una discapacidad del 78% y que se ha ingresado la documentación necesaria para que el Ministerio de Inclusión Económica y Social la califique como trabajadora sustituta, dicho oficio administrativamente tampoco nunca tuvo respuesta, informando si bastaba o no únicamente el documento del Ministerio Nacional de Salud Pública donde se determina el grado de discapacidad o si la accionante requería presentar cualquier otro documento para que la institución accionada cambie su status laboral como trabajadora sustituta. Sin embargo mediante Memorando Nro. MSP-CZ8S-DESPACHO-2018-11697-M de fecha 13 de julio de 2018 constata a fojas 29, 30 y 31 del proceso, cuyo asunto refiere a la solicitud de actualización de base de personal con discapacidad suscrito por la Mgs. MARIANA ITALIA PIHUAVE NACIF y dirigido para el Eco. Andres Eduardo Egas Almeida, DIRECTOR NACIONAL DE TALENTO HUMANO DEL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA, se indica que se procede a adjuntar el formato de base de discapacidades de la coordinación zonal No. 8 en donde consta el nombre de la accionante señora BARBA SALCEDO SELENNE VIRGINIA DEL CONSUELO en calidad de trabajadora sustituta, dando una respuesta expresa aunque no directa a la accionada pero si a la máxima autoridad de talento humano respecto del listado correspondiente al 4% de trabajadores con discapacidad. Con fecha 26 de septiembre de 2018 se emite acción de personal de terminación de nombramiento provisional No. 4206-CZONAL8-GITH-22018; un día posterior es decir el 27 de septiembre de 2017, la accionada es notificada de manera personal pero al no constar adjunto a dicha notificación de terminación de nombramiento profesional el respectivo informe técnico, la accionante se niega a firmar dicho documento; en el mismo día de manera poco coherente es respondido mediante oficio Nro. MSP-CZ8S-DESPACHO-2018-3251-O el oficio de fecha 12 de junio de 2018 que ingresó la accionante, pero de manera extemporánea, considerando que para esa fecha es decir un día antes ya se había emitido la acción de personal de terminación de nombramiento provisional de la accionante. De la verificación de las pruebas aportadas por la parte demandada se

verifica además a fojas 315 del proceso el Memorando No. MSP-CZ8S-GITH-2018-1365-M de fecha 20 de septiembre de 2018, tan solo 3 días hábiles antes de emitir la acción de personal de desvinculación de la economista SELENNE BARBA SALCEDO, se emite un nuevo listado en donde ya no ha hacen constar a la accionante como trabajadora sustituta. Del simple análisis de los hechos se puede deducir que motivo por el cual no solo se han vulnerado los derechos de la accionante sino de la principal beneficiaria de la situación laboral de la misma señorita BIANKA CAROLA BARBA SALCEDO en su calidad de persona discapacitada, por la falta de atención administrativa respecto del procedimiento y de los requisitos que habilitaban a la accionante como trabajadora sustituta y más aún con la inclusión en el listado de fecha 13 de julio de 2018 mediante Memorando Nro. MSP-CZ8S-DESPACHO-2018-11697-M de fecha 13 de julio de 2018 constate a fojas 29, 30 y 31 del proceso, para después en clara violación de los derechos de las personas con atención prioritaria se trató de desmentir el contenido de dicho memorando sacando nuevamente del listado a la economista SELENNE BARBA SALCEDO. Al respecto es importante destacar como jueza constitucional que la finalidad de las Garantías Jurisdiccionales, la encontramos en el contenido del artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador y para cumplir esta garantía constitucional, encontramos la aplicación de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional cuerpo de ley indispensable para ajustar la normativa legal a las disposiciones constitucionales; para garantizar y promover el fortalecimiento de la justicia constitucional y el proceso de constitucionalizarían; para que las prácticas se ajusten material y formalmente a las exigencias que se desprenden del texto constitucional; que asegure que toda disposición jurídica sea susceptible de control judicial constitucional, y que el juez tenga herramientas conceptuales, técnicas y prácticas, así como pautas concretas y específicas para examinar la constitucionalidad material y formal sobre el derecho reclamado mediante la vía Constitucional; El artículo 173 de la Constitución de la República del Ecuador, impone que los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial; El procedimiento constitucional establecido en el Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional, declara que <sup>a</sup>La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: (1/4), 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado; El artículo 42 numeral 4 *Ibidem*, establece que la acción de protección de derechos no procede: (1/4), 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada **NI EFICAZ**. Frente a lo mencionado cabe entonces verificar si la vía más eficaz es la administrativa y no la constitucional, enfocándose en lo manifestado de por la Corte Constitucional mediante sentencia ERGA OMNES No. 258-15-SEP-CC, respecto del verdadera vulneración identificada dentro de la presente acción, que es relativa a las personas con discapacidad, que determina: *Históricamente, el*

concepto de discapacidad ha ido cambiando junto con la evolución humana, "desde una visión animista(...) Hasta la explicación científica y el reconocimiento de los derechos; oscilando pendularmente del rechazo a la compasión, de la exclusión-reclusión a la intervención médico-profesional, de la resignación al auto reconocimiento y respeto, de la normalización a la inclusión"6. Sin embargo, a decir de Pilar Samaniego de García, autora ecuatoriana, ni la evolución conceptual ni la reacción actitudinal se han superado por completo, consecuentemente, la discusión no se ha agotado. Y es así, si bien es posible afirmar que el Ecuador desde hace algunos años ha realizado grandes esfuerzos para revertir la exclusión, marginación y discriminación contra ciudadanos con discapacidad, que en la actualidad suman aproximadamente 401.558 personas según datos publicados por el Consejo Nacional de Igualdad de Discapacidades, es evidente que aún no se ha logrado eliminar del todo esta situación, que produce en este grupo humano, graves afectaciones en los ámbitos familiar, comunitario, laboral y social. Las personas con discapacidad, conforme lo establece la Constitución de la República, son consideradas un grupo de atención prioritaria, en virtud de lo cual, el Estado, la sociedad y la familia, deben procurarles la equiparación de oportunidades e integración social; acorde con este mandato, la Constitución de la República ha reconocido que los ciudadanos con discapacidad tienen derecho, entre otros, al trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en el mercado laboral público y privado. En el ámbito del derecho internacional, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, publicado en el Registro Oficial N.0 329 del 5 de mayo de 2008, determina la obligación del Estado ecuatoriano de velar por el derecho al trabajo de todas las personas con discapacidad en condiciones de igualdad, evitando la discriminación respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluida, entre otras, la condición de continuidad; el artículo 27 de la Convención consagra expresamente lo siguiente: Art. 27.-Trabajo y empleo I. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables; b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de

*oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos; e) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás; d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua; e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retomo al mismo; f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias; g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público; h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas; i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo; j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto; y, k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.*

Con el antecedente se determina una evidente violación del derecho al trabajo de las personas con discapacidad determinado en el artículo No. 47, 48, 49, 330 y 333 y al debido proceso previsto en el artículo Art. 76 numeral 1, considerando que El debido proceso es el que en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem. Como las demás potestades del Estado, a la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: sólo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan en sentido positivo y negativo a los servidores públicos. Ès debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarias para garantizar la efectividad del derecho material. Se le llama debido porque se le debe a toda persona como parte de las cosas justas y exigibles que tiene por su propia subjetividad jurídica. En vista de que la institución accionada de manera tácita reconoció a la economista SELENNE BARBA SALCEDO como trabajadora sustituta para posteriormente quitarle dicho status con el evidente propósito de desvincularla y dar por terminado su nombramiento provisional, para posteriormente de manera extemporánea emitir oficio en contestación a lo que se requería para para ser considerada trabajadora sustituta, esto es, de manera posterior a la emisión de la acción de personal desvinculante. por lo antes expuesto **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**° declara admitida presente la Acción de Protección interpuesta por la señora BARBA SALCEDO SELENNE VIRGINIA DEL CONSUELO en contra de la Dra.

Mariana Italia Piguave Nacif, en su calidad de coordinadora zonal 8 del Ministerio de Salud Pública; y, en mérito de lo resuelto se ordena que se deje sin efecto la acción de personal No. 4206-CZONAL8-GITH-22018 de fecha 26 de septiembre de 2018, en donde por medio de la misma se da por finalizado el nombramiento provisional otorgado a favor de la accionante señora BARBA SALCEDO SELENNE VIRGINIA DEL CONSUELO, por lo tanto el reintegro a su puesto de trabajo que lo desempeñó hasta el 30 de septiembre de 2018, siendo vinculada en calidad de trabajadora sustituta de la señorita BIANKA CAROLA BARBA SALCEDO quien posee un discapacidad intelectual del 78%. Ofíciase a la coordinación zonal 8 del ministerio de Salud Pública para que se haga conocer de lo resuelto mediante la presente acción de protección. CUMPLASE, OFICIESE Y NOTIFIQUESE.-

GUERRERO MACIAS MARTHA NATIVIDAD  
**JUEZ**