

Quito, D.M. 29 de septiembre de 2021

CASOS No. 18-21-CN y 29-21-CN

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, EN
EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES,
EXPIDE LA SIGUIENTE**

SENTENCIA

Tema: La Corte Constitucional responde dos consultas de norma respecto al artículo 25 y la disposición transitoria novena de la Ley de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, y declara la inconstitucionalidad de las dos normas consultadas.

I. Antecedentes y procedimiento

1. El 22 de junio de 2020 se publicó la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19 (“Ley de Apoyo Humanitario”)¹.

Consulta de Norma No. 1 (No. 18-21-CN)

2. El 24 de marzo de 2021, Carmen del Rocío Barbecho Quito presentó una acción de protección en contra del Ministerio de Salud Pública (“MSP”), la Coordinación Zonal 6 del MSP y la Procuraduría General del Estado (“PGE”).² En su demanda, señaló que fue discriminada porque, siendo enfermera y pese a estar al cuidado de pacientes con COVID-19, no se le ha aplicado el régimen que establece la Ley de Apoyo Humanitario, cuando al resto de sus compañeras enfermeras ya se les ha otorgado el nombramiento definitivo, lo cual habría violado su derecho a la seguridad jurídica, a la igualdad y al trabajo.³
3. El 13 de abril de 2021, el juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Cuenca (“el juez consultante”) suspendió la tramitación de la causa y presentó una consulta de constitucionalidad.

¹ Ley de Apoyo Humanitario, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 229, de 22 de junio de 2020.

² Acción de protección No. 01371-2021-00194. La actora señaló que presta servicios de enfermera bajo la modalidad de contrato de servicios ocasionales en la Coordinación Zonal 6, que su trabajo consistió en estar al frente de los enfermos de COVID-19 por más de 6 meses, que estuvo en riesgo de contraer la enfermedad, pero que se la discriminó porque no se está cumpliendo el artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario, que debe llamarse a concurso público y otorgarle el nombramiento definitivo, que la discriminación deviene porque al resto de las enfermeras que cumplían con las mismas funciones y con el mismo tiempo se les ha otorgado nombramiento definitivo.

³ Constitución, artículos 82 (seguridad jurídica), 11.2 (igualdad) y 33 (trabajo).

4. El 20 de mayo de 2021, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la causa, notificó a las partes del proceso originario y dispuso que la PGE, el MSP, el Ministerio del Trabajo, la Presidencia de la República y la Asamblea Nacional que, en el término de 5 días, presenten un informe motivado sobre los argumentos que fundamentan la consulta.
5. El 1, 2 y 3 de junio 2021, la Presidencia de la República, el Ministerio del Trabajo y el MSP, la Asamblea Nacional y la PGE pidieron extensión del término para informar, por la transición de gobierno y la designación de nuevas autoridades. La Presidencia de la República informó que coordinará con los ministerios competentes para la entrega de los informes solicitados.
6. El 3 de junio de 2021, el Ministerio de Trabajo remitió información y anexó varios documentos.⁴
7. El 4 de junio de 2021, el juez ponente concedió a los solicitantes diez días término adicionales para recibir sus informes.
8. El 18 de junio de 2021, el MSP y la Asamblea Nacional remitieron su informe. El 22 de junio de 2021, la PGE hizo lo propio.

Consulta de Norma No. 2 (No. 29-21-CN)

9. El 2 de julio de 2021, Tránsito Dolores Acero Gualpa presentó una acción de protección en contra del MSP, la Coordinación Zonal 6 de Salud y la Dirección Distrital 03D02 de Salud del MSP.⁵ En su demanda, señaló que la omisión inconstitucional del MSP vulneró el derecho al trabajo y el derecho a la seguridad jurídica⁶.
10. El 20 de julio de 2021, la jueza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Cañar (“la jueza consultante”), suspendió la tramitación de la causa y presentó una consulta de constitucionalidad.

⁴ Memorando del Asesor Jurídico del Ministerio de Trabajo sobre “Información nombramientos definitivos Art. 25 Ley de Apoyo Humanitario” de fecha 31 de mayo de 2021; y, el Informe Técnico Nro. MDT-SPN-2020-087-A denominado “Proyecto Norma Técnica para la aplicación de los concursos de mérito y oposición dispuestos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID 19” de fecha 20 de noviembre de 2020.

⁵ Acción de protección No. 03201-2021-00381: La actora señala que se desempeña como médico con nombramiento provisional desde 2014, que atendió constantemente durante la pandemia a personas con síntomas de COVID-19 y reclama el cumplimiento de la omisión inconstitucional de extenderle su nombramiento definitivo conforme las disposiciones de la Ley de Apoyo Humanitario. En su caso alega que pese a cumplir los requisitos legales el MSP no calificó su carpeta como idónea.

⁶ Constitución, artículos 82 (seguridad jurídica) y 33 (trabajo).

11. El 27 de agosto de 2021, el Primer Tribunal de Sala de Admisión admitió la consulta de norma signada con el No. 29-21-CN y dispuso la acumulación al caso 18-21-CN por encontrar que las consultas tienen identidad de objeto y acción.⁷
12. El 22 de septiembre de 2021, Tránsito Dolores Acero Guallpa ingresó un escrito en el que defiende la constitucionalidad de las normas consultadas. El 24 de septiembre de 2021, la Asamblea remitió el informe solicitado.

II. Competencia

13. La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver consultas de norma por consideraciones de constitucionalidad.⁸

III. Consulta y argumentos del juez y la jueza consultante

Consulta de Norma No. 1

14. El juez consultante identifica como enunciados normativos, cuya constitucionalidad cuestiona, al artículo 25 y la disposición transitoria novena de la Ley de Apoyo Humanitario:

Artículo 25: Estabilidad de trabajadores de la salud.- Como excepción, y por esta ocasión, los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19) con un contrato ocasional o nombramiento provisional en cualquier cargo en algún centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud (RIPS) y sus respectivas redes complementarias, previo el concurso de méritos y oposición, se los declarará ganadores del respectivo concurso público, y en consecuencia se procederá con el otorgamiento inmediato del nombramiento definitivo.

Disposición transitoria novena: Los concursos públicos de méritos y oposición para otorgar los nombramientos definitivos a los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19) en cualquier centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud (RIPS), se los realizará en el plazo máximo de seis meses a partir de la entrada en vigencia de esta Ley.

Los méritos tendrán un puntaje de 50% que se asignarán con el título debidamente registrado en la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología, e Innovación para los perfiles que se apliquen. En el caso de los trabajadores de la salud el puntaje se basará en los requisitos previos a su contratación.

La oposición tendrá un puntaje de 50% que será asignado con la presentación notariada del contrato ocasional o nombramiento provisional vigente en la Red Integral Pública de Salud (RIPS). Los nombramientos definitivos se entregarán de manera inmediata.

⁷ Corte Constitucional, Auto de admisión, Caso No. 29-21-CN, 27 de agosto de 2021. El Tribunal estuvo conformado por el Juez Constitucional Enrique Herrería Bonnet (ponente) y las juezas constitucionales Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez.

⁸ Constitución, artículo 428; y, Ley Orgánica de Garantías y Control Constitucional (“LOGJCC”), artículo 142.

15. El juez consultante señala:

- (1) Las normas están en conflicto con el principio de igualdad de derechos, deberes y oportunidades, el derecho a la igualdad y no discriminación, y la disposición que señala que el ingreso al servicio público se realizará mediante un concurso de méritos y oposición.⁹
- (2) El concurso de méritos y oposición establecido por el legislador, en el cual se busca garantizar la estabilidad de los trabajadores de la salud, va en desmedro del derecho a la igualdad de las personas que no podrían acceder a un concurso cuya convocatoria es cerrada y con un ganador predeterminado: *“el sistema de mérito y oposición busca que todos los ciudadanos tengan la posibilidad real de acceder a un cargo en el sector público, y en virtud del derecho a la igualdad tienen las mismas oportunidades de demostrar que tienen la capacidad en un concurso público.”*¹⁰
- (3) Las normas simulan un concurso de méritos y *“son inconstitucionales por regular un régimen de excepción generando de esta forma un fraude al Art. 228 de la CRE.”*¹¹
- (4) Las normas sacrifican *“derechos elevados a la categoría de fundamentales como lo es la igualdad, pues podría ser irrazonable y desproporcionado que dicha diferencia restrinja las oportunidades de participar en un concurso de méritos y oposición en perjuicio de aquellas personas que, teniendo los méritos para prestar sus servicios en la red integral de salud, sean desplazados por el solo hecho de no tener un contrato ocasional, un nombramiento provisional y no haber atendido en virtud de estos actos en la red pública de salud. Si se tienen los méritos, independientemente de la diferencia que realiza el legislador, debería tener la oportunidad de participar en un concurso de méritos y oposición.”*¹²

Consulta de Norma No. 2

16. La jueza consultante coincide con las normas constitucionales presuntamente infringidas y con los argumentos del juez consultante y señala:

⁹ Constitución, artículos 11 (2) principio igualdad y no discriminación; 66 (4) derecho a la igualdad y no discriminación; y, 228 ingreso al servicio público mediante concurso de méritos y oposición.

¹⁰ Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Cuenca, expediente de la acción de protección No. 01371-2021-00194, foja 98.

¹¹ Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Cuenca, expediente de la acción de protección No. 01371-2021-00194, foja 98v.

¹² Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Cuenca, expediente de la acción de protección No. 01371-2021-00194, foja 99v.

- (1) Las disposiciones citadas de la Ley de Apoyo Humanitario infringirían el principio de igualdad de derechos, deberes y oportunidades, el derecho a la igualdad y no discriminación, y la disposición que vincula el ingreso al servicio público con un concurso de méritos y oposición.¹³
- (2) La presunta desigualdad entre ciudadanos respecto al acceso a un cargo público, puesto que *“todos los ciudadanos interesados tienen el derecho de acceder a un cargo público de acuerdo a sus méritos y capacidad y en igualdad de oportunidades, evitando de este modo que la selección del personal obedezca a razones discrecionales, favoritismos o clientelismo político; consecuentemente, excepto los cargos de elección popular y de libre nombramiento y remoción, no existe otro modo que permita extender un nombramiento definitivo en la función pública que no sea mediante concurso de méritos y oposición.”*¹⁴
- (3) La creación de un régimen de excepcionalidad que *“...permite a las autoridades administrativas del Ministerio de Salud Pública otorgar nombramientos definitivos a favor de los trabajadores y profesionales de la salud sin concurso previo, porque si bien en ambas disposiciones se menciona un concurso público este simplemente no existe, pues basta que se presente el título registrado en la Secretaría de Educación Superior, Ciencia y Tecnología e Innovación para el perfil que se aplique y el contrato notarizado del contrato ocasional o nombramiento provisional vigente en la RIPS, para que el nombramiento definitivo se entregue inmediatamente.”*¹⁵
- (4) El develar la constitucionalidad de dichas normas es indispensable para brindar una solución al caso en cuestión, porque *“todos los derechos, incluso los derechos humanos, están delimitados, esto es, tienen sus restricciones o sus límites y que en el caso de la seguridad jurídica uno de ellos sería una norma inconstitucional y pese a que bien si son previas, claras y públicas, presumo son inconstitucionales...”*¹⁶

IV. Análisis constitucional

17. Los casos expuestos, pese a presentarse en una garantía constitucional concreta, abordan una situación general respecto a la compatibilidad de dos normas de la Ley de Apoyo Humanitario con la Constitución.¹⁷

¹³ Constitución, artículos 11 (2) principio igualdad y no discriminación; 66 (4) derecho a la igualdad y no discriminación; y, 228 ingreso al servicio público mediante concurso de méritos y oposición.

¹⁴ Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Cañar, expediente de la acción de protección No. 03201-2021-00381, segundo cuerpo, foja 132.

¹⁵ Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Cañar, expediente de la acción de protección No. 03201-2021-00381, segundo cuerpo, foja 132.

¹⁶ Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Cañar, expediente de la acción de protección No. 03201-2021-00381, segundo cuerpo, foja 133.

¹⁷ LOGJCC, artículo 143.1. “Cuando se pronuncie sobre la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas constitucionales, el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad.”

18. La Corte analizará si las normas de la Ley de Apoyo Humanitario que establecen la estabilidad de los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria son contrarias a la disposición constitucional que consagra el derecho a la igualdad y no discriminación (i); y, si las normas de la Ley de Apoyo Humanitario que regulan el concurso de méritos y oposición son contrarias a lo dispuesto en la Constitución sobre el ingreso al servicio público (ii).

i. ¿Las normas de la Ley de Apoyo Humanitario que establecen la estabilidad de los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria son contrarias a la disposición constitucional que consagra el derecho a la igualdad y no discriminación?

19. La Constitución reconoce:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

*Nadie podrá ser discriminado...*¹⁸

*El Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.*¹⁹

20. La Ley de Apoyo Humanitario determina como parte de su objeto “establecer medidas de apoyo humanitario, necesarias para enfrentar las consecuencias derivadas de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19... con especial énfasis en el ser humano, la contención y reactivación de las economías familiares, empresariales, la popular y solidaria, y en el mantenimiento de las condiciones de empleo.”²⁰

21. El artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario crea expresamente un régimen de excepcionalidad por una única ocasión para “los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus... con un contrato ocasional o nombramiento provisional”. Dicho artículo se complementa con la Disposición Transitoria Novena que determina de manera general la forma en que se realizarán dichos concursos.

22. El principal argumento que fundamenta la duda de constitucionalidad del juez y la jueza consultantes, relacionado con el derecho a la igualdad y no discriminación, se centra en señalar que las disposiciones establecerían una diferenciación “irrazonable” y “desproporcionada” respecto a otras personas que podrían participar en dichos concursos, anulando su derecho a desempeñar un cargo o función pública, lo cual

¹⁸ Constitución, artículo 11.2.

¹⁹ Constitución, artículo 66.4.

²⁰ Ley de Apoyo Humanitario, artículo 1.

implicaría una discriminación. En tal sentido, esta Corte requiere verificar si en efecto existe tal trato discriminatorio.²¹

23. La prohibición de discriminación establecida en la Constitución determina:

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 (énfasis añadido).²²

24. Esta definición tiene tres elementos para configurar el trato discriminatorio. Primero, *la comparabilidad*: tiene que existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones; segundo, *la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas* ejemplificativamente; tercero, *la verificación del resultado* por el trato diferenciado, y que puede ser una diferencia justificada o una diferencia que discrimina. La diferencia justificada se presenta cuando se promueve derechos, y la diferencia discriminatoria cuando tiene como resultado el menoscabo o la anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.
25. En los casos sujetos a análisis existen dos grupos comparables de sujetos de derechos. En el primer grupo se encuentran los trabajadores y profesionales de la salud que prestaron servicios para la red pública de salud durante la crisis COVID-19 con contrato ocasional o nombramiento provisional; en el segundo grupo se encuentran los trabajadores y profesionales de la salud que no prestan servicios ni trabajaron en la red pública de salud durante la crisis COVID 19.
26. El *trato diferenciado* se verifica por la diferenciación entre los dos grupos basados en ciertos requisitos que hacen que solo el primer grupo pueda participar en el concurso. Este trato estaría dentro de lo que la Constitución considera “*cualquier otra distinción*”.
27. *La consecuencia o resultado* se verifica en el ejercicio de derechos. Ambos grupos, de acuerdo al derecho a desempeñar empleos y funciones públicas,²³ podrían participar en un concurso de méritos y oposición. Sin embargo, según la norma el segundo grupo no podría participar en el concurso, no podría resultar ganador y tampoco obtendría un nombramiento definitivo.
28. Para verificar si dicha diferenciación tiene justificación es necesario verificar la proporcionalidad de la medida. Nuestra normativa legal prevé un método con cuatro

²¹ La Corte ha desarrollado un test o examen de igualdad en su jurisprudencia constitucional. Ver Sentencia 11-18-CN/19 y 1-18-RC/19.

²² Constitución, artículo 11.2.

²³ Constitución, artículo 61 (7).

elementos: fin constitucionalmente válido, idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha.²⁴

29. El *fin constitucionalmente válido* de la medida diferenciadora sería la estabilidad de los trabajadores y profesionales de la salud²⁵ para lograr la sostenibilidad de los servicios de salud durante una crisis sanitaria sin precedentes en la historia del Ecuador.²⁶ La Constitución reconoce a la salud como un servicio público, cuya prestación debe ser segura, cálida y de calidez.²⁷ Incluso, se podría entender que la disposición reconoce la labor realizada por los trabajadores y profesionales de la salud que trabajaron durante la pandemia en la red pública de salud. Dicha finalidad también encuentra sustento constitucional, pues dichos trabajadores y profesionales de la salud contribuirían directamente a cumplir con el deber primordial del Estado de “[g]arantizar...el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular...la salud...”²⁸. Por lo tanto, se verifica el fin constitucional.
30. La *idoneidad* de la medida permite verificar si la medida es adecuada para alcanzar el fin planteado. En la Ley de Apoyo Humanitario se afirma que la medida respondería a la sostenibilidad del empleo y estabilidad de los trabajadores y profesionales de la salud. Efectivamente, la medida es un incentivo para los trabajadores y profesionales de la salud que laboraron durante la pandemia y contribuye a garantizar su estabilidad laboral. La medida es idónea.
31. La *necesidad* de la medida implica dilucidar si la medida diferenciadora –otorgar nombramiento definitivo a los trabajadores y profesionales de salud que hayan trabajado en la emergencia sanitaria- es la menos gravosa con relación a otras medidas para lograr el fin constitucional. Una medida menos gravosa es el establecer un concurso público abierto en el que se reconozca la experiencia durante la pandemia de personas que trabajaron dentro y fuera de la red pública de salud, de este modo se reconocería el trabajo durante la pandemia y, por otro, se fortalecería el sistema de salud público. Otra medida es el otorgar, en los concursos públicos y abiertos de méritos y oposición, puntaje adicional por haber laborado durante la pandemia. Lo anterior, no excluye otro tipo de reconocimientos o formas públicas de agradecimiento por su labor y entrega. En este sentido, al existir otras medidas menos gravosas, la medida no es necesaria.
32. A pesar de que la falta de necesidad es razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de la medida, la Corte considera importante continuar con el análisis de la medida a luz de la *proporcionalidad estricta*, que exige analizar el

²⁴ LOGJCC, artículo 3.2.

²⁵ Constitución, artículo 229.

²⁶ Ministerio de Salud Pública del Ecuador, *Situación coronavirus Covid-19*: 467.073 son casos confirmados con pruebas PCR, 16.103 personas fallecidas (confirmados COVID-19), desde el 29 de febrero de 2020 hasta el 9 de julio de 2021, en: <https://www.salud.gob.ec/actualizacion-de-casos-de-coronavirus-en-ecuador/>.

²⁷ Constitución, artículo 362.

²⁸ Constitución, artículo 3.1.

equilibrio entre la protección y restricción generada por la medida. Además, se debe analizar los derechos de las personas que se beneficiarían de la medida y, por otro, los derechos de las personas que podrían perjudicarse con la medida, de tal forma que se pueda justificar la satisfacción de los derechos de unos y el sacrificio de los derechos de otras personas.

33. La Asamblea Nacional se *“ratifica en la constitucionalidad del artículo elevado a consulta, debido a que goza del principio de legitimidad y legalidad, en razón de que fue emitida por el órgano legislativo competente en la materia.”*²⁹ No ofrece, pues, argumentos que contribuyan al análisis de proporcionalidad y en particular sobre los derechos de las personas que no trabajaron en el sistema de salud durante la pandemia. Sin embargo, la medida tomada por la Asamblea es un expreso reconocimiento a la labor de los trabajadores y profesionales de salud que trabajaron durante la pandemia en la red de salud pública. Nada aporta para el análisis de los derechos de otros trabajadores de la salud.
34. La PGE señala en su informe que *“[l]a vigencia de los derechos constitucionales requiere que en el desarrollo infraconstitucional el legislador no se aleje del mandato constituyente, pues en situaciones específicas, lejos de lograr un desarrollo progresivo de derechos, el legislador puede terminar contraviniendo la norma constitucional, como cuando genera situaciones de trato diferenciado no justificado, situación que ocurre en el presente caso respecto del ingreso al sector público a través de procesos de meritocracia.”*³⁰. Y añade que *“[s]i se revisa con atención la norma consultada, el legislador no desarrolló estas razones suficientes para generar una diferenciación en la norma consultada”*³¹.
35. Por su lado, el MSP señala en su informe motivado que las disposiciones de la Ley de Apoyo Humanitario consultadas tienen numerosas *“falencias”*. En cuanto a su contenido y alcance manifiesta que *“[d]icho mandato legal se aparta de los presupuestos establecidos para el adecuado manejo financiero de acuerdo con los términos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y Ley Orgánica de Servicio público, debiendo considerar además criterios básicos de planificación y financiamiento.”*³².
36. La Constitución establece, sin excepción alguna y sin condicionamientos previos, que *“el ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la*

²⁹ Asamblea Nacional, Informe motivado en el caso 18-21-CN, de 18 de junio de 2021, expediente constitucional, foja 97. Asamblea Nacional, Informe motivado en el caso 29-21-CN, de 24 de septiembre de 2021, disponible en SACC.

³⁰ Procuraduría General del Estado, Informe motivado en el caso 18-21-CN, de 22 de junio de 2021, expediente constitucional, foja 107v.

³¹ Procuraduría General del Estado, Informe motivado en el caso 18-21-CN, de 22 de junio de 2021, expediente constitucional, foja 109.

³² Ministerio de Salud Pública, Informe motivado en el caso 18-21-CN, de 16 de junio de 2021, expediente constitucional, foja 88.

ley...”³³ Si bien la Constitución hace una remisión expresa a la ley, esta no puede tener como contenido normas que vulneren los principios y derechos reconocidos en la Constitución, que es un límite claro a la libertad de configuración legislativa.

37. La norma antes transcrita nos obliga a tomar en consideración los derechos de las personas que, por cualquier circunstancia, no tuvieron la posibilidad de trabajar durante la pandemia en la red de salud pública. La medida legislativa, lejos de promover derechos sin discriminación de ningún tipo, excluye en los casos la posibilidad de un nombramiento definitivo a estas personas, que podrían aportar, por su conocimiento y experiencia, al sistema de salud.
38. Por otro lado, la medida, como advierte el MSP, no consideró criterios técnicos de planificación y financiamiento. Los derechos que tienen dimensiones prestacionales requieren recursos, caso contrario podrían generar efectos contrarios a los deseados, al generar expectativas que no se cumplirían.
39. Si bien es un fin constitucionalmente válido y posible el reconocer el aporte que han realizado los trabajadores y profesionales de salud durante la pandemia en la red pública de salud, no cabe hacerlo en desmedro de los derechos de otras personas, que también podrían demostrar su trabajo, fuera del sector público, con relación a la pandemia.
40. La medida tomada por la Asamblea, si bien es beneficiosa para un determinado trabajador y servidor público, es gravosa para los derechos de los trabajadores y profesionales de la salud que no tuvieron la oportunidad de trabajar durante la emergencia sanitaria en una red pública de salud, quienes podrían demostrar experiencia durante la pandemia y también méritos suficientes para el sector público. En este sentido, la medida no es estrictamente proporcional.
41. Por lo expuesto, el artículo 25 y la Disposición Transitoria Novena establecen una diferenciación que carece de justificación y, en consecuencia, es discriminatoria.³⁴ Al no ser posible otra interpretación que respete el espíritu de la norma, se concluye que las disposiciones consultadas son contrarias a la Constitución y deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico.

ii. ¿Las normas legales de la Ley de Apoyo Humanitario que regulan el concurso de méritos y oposición son contrarias a lo dispuesto en la Constitución sobre el ingreso al servicio público?

42. La Constitución determina que:

El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre

³³ Constitución, artículo 228.

³⁴ Constitución, artículo 228.

nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora³⁵.

43. El artículo cuya constitucionalidad se consulta, para ser debidamente contextualizado requiere ser interpretado conjuntamente con otras disposiciones constitucionales:

La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación³⁶.

Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: ...

Desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional³⁷.

44. Las normas consultadas de la Ley de Apoyo Humanitario establecen que “*los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus... con un contrato ocasional o nombramiento provisional en cualquier cargo en algún centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud ...previo el concurso de méritos y oposición, se los declarará ganadores del respectivo concurso público, y en consecuencia se procederá con el otorgamiento inmediato del nombramiento definitivo*”³⁸ (énfasis agregado). Además, la Disposición Transitoria Novena determina un sistema de puntajes para el concurso “*50% que se asignarán con el título debidamente registrado en la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología, e Innovación para los perfiles que se apliquen*” y “*50% que será asignado con la presentación notarizada del contrato ocasional o nombramiento provisional vigente en la Red Integral Pública de Salud*”.
45. La jueza y el juez consultante señalan como principal duda de la constitucionalidad de las disposiciones aludidas, en lo relacionado con el ingreso al servicio público mediante concurso de mérito y oposición, que sería un concurso solo en apariencia, que no existiría una selección mediante méritos y oposición. Por la naturaleza cerrada del concurso y por establecer el propio legislador requisitos tales que hacen que el ganador esté predeterminado, afirman se trataría de una disposición que provoca un fraude a la Constitución.
46. En el informe motivado del MSP manifiesta “*...no se puede hablar de concurso de méritos y oposición cuando el ingreso al servicio público no se sustenta en un proceso de selección que garantice la participación con igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos y ciudadanas que tengan interés en acceder al desempeño de un cargo o*

³⁵ Constitución, artículo 228.

³⁶ Constitución, artículo 227.

³⁷ Constitución, artículo 61.7.

³⁸ Ley de Apoyo Humanitario, artículo 25.

función pública, presupuestos que han sido considerados como elementos fundamentales para el ejercicio de los derechos de participación o de elegir y ser elegidos... ”³⁹.

- 47.** La Constitución de la República, conforme las normas citadas, reconoce que el desempeñar empleos y funciones públicas es un derecho de participación. Además, nuestra norma constitucional ha optado como regla general por un sistema de selección y designación participativo y meritocrático, cuya base misma son los concursos de méritos y oposición conforme con los presupuestos constitucionales señalados. Siendo este el mecanismo por el cual ha optado el constituyente para tener a las y los mejores servidores públicos al servicio de la colectividad, dicho sistema se rige por los principios de transparencia, equidad, pluralismo y democracia.
- 48.** La Corte Constitucional ha establecido como regla general que el ingreso al servicio público se realiza mediante concurso de méritos y oposición (conforme los presupuestos constitucionales), salvo las excepciones previstas en la propia Constitución (por ejemplo, servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción).⁴⁰ Así también, que la obtención de un nombramiento definitivo únicamente se puede realizar mediante este sistema meritocrático adoptado constitucionalmente. Finalmente, ha dejado en claro que no procede que autoridades judiciales en la sustanciación de garantías jurisdiccionales ordenen, como medida de reparación integral, la concesión de nombramientos definitivos.⁴¹ Los precedentes de la Corte son de cumplimiento obligatorio para las juezas y los jueces que resuelven garantías jurisdiccionales.
- 49.** La Corte reitera que es constitucionalmente factible reconocer la labor realizada por los trabajadores y profesionales de la salud que trabajaron durante la pandemia en la red pública de salud. Sin embargo, dicho reconocimiento no puede implicar dejar insubsistentes los presupuestos básicos de los concursos de méritos y oposición o hacer de este mecanismo constitucional una simple formalidad o una mera apariencia o simulación. Esto ocurre cuando se establece un concurso cerrado y cuyo ganador se encuentra predeterminado.
- 50.** El acceso al servicio público debe combinar dos aspectos fundamentales. El uno tiene que ver con permitir el ejercicio del derecho a ejercer cargos públicos, que no puede ser en modo alguno discriminatorio; el otro es el escoger abiertamente entre todos los participantes a los ganadores con mejores capacidades y experiencia para que puedan ofrecer un servicio seguro, cálido y de calidez.⁴²

³⁹ Ministerio de Salud Pública, Informe motivado en el caso 18-21-CN, de 18 de junio de 2021, expediente constitucional, foja 81.

⁴⁰ Constitución, artículo 228.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencias 296-15-SEP-CC, 306-15-SEP-CC, 064-16-SIS-CC, 134-16-SEP-CC, 188-16-SEP-CC, 23-11-IS/19 y 46-14-IS/21.

⁴² Constitución, artículo 362.

51. Los presupuestos establecidos en la ley para el acceso al servicio público no permiten siquiera evaluar si las personas que han ofrecido sus servicios durante la pandemia contribuyeron a la seguridad, calidad y calidez del servicio de salud pública. Los requisitos de este concurso cerrado son simplemente presentar el título y un contrato o nombramiento provisional durante la pandemia, sin más. Podría suceder, por ejemplo, que existieron trabajadores y profesionales de la salud que no trabajaron de forma diligente en el cumplimiento de sus funciones durante la pandemia, y este hecho sería irrelevante para el otorgamiento de un nombramiento definitivo, pues los ganadores se habrían ya determinado.
52. Por lo expuesto, el artículo 25 y la Disposición Transitoria Novena, al establecer un concurso cerrado y con un ganador ya determinado, desnaturalizan al derecho a acceder al servicio público mediante un concurso de méritos y oposición conforme la normativa constitucional. Al no ser posible otra interpretación que respete el espíritu de la norma, se concluye que dichas normas son contrarias a la Constitución y deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico.

V. Los efectos de la sentencia

53. El 16 de abril de 2020 el ex Presidente de la República, Lenin Moreno Garcés, envió en calidad de urgente en materia económica el proyecto de Ley de Apoyo Humanitario. Dicho proyecto no contenía las disposiciones consultadas, que fueron agregadas durante el proceso legislativo.
54. El 9 de junio de 2020, el ex Presidente presentó su objeción parcial al proyecto y no objetó las disposiciones consultadas, pudiendo hacerlo tanto por razones de constitucionalidad o de conveniencia.⁴³ Una vez aprobada la Ley por la Asamblea Nacional y publicada en el Registro Oficial, la norma entró en vigencia el 22 de junio de 2020.
55. Las disposiciones consultadas de la Ley de Apoyo Humanitario, que gozan de presunción de constitucionalidad, derivaron en el otorgamiento de nombramientos, ya sea por la apertura de concursos de méritos y oposición bajo el régimen excepcional establecido en dicha norma, y con la presentación de buena fe de los requisitos legales establecidos en dicha normativa,⁴⁴ o mediante la presentación de acciones de protección.⁴⁵ Así también, existen procesos ya en curso y se han generado expectativas

⁴³ Procuraduría General del Estado, Informe motivado en el caso 18-21-CN, de 22 de junio de 2021, expediente constitucional, foja 110v. La PGE señala “La ley norma (sic) en consulta permite el otorgamiento de nombramientos definitivos, el efecto de estas normas implica un incremento anual en el gasto público alterando consecuentemente el presupuesto general del Estado. Si bien la norma conto (sic) con iniciativa presidencial y con informes de sustentabilidad, el art. 25 y disposición transitoria novena no eran parte de aquella iniciativa, fueron incorporados en la Asamblea Nacional.”

⁴⁴ Ministerio de Salud Pública, Informe motivado en el caso 18-21-CN, de 15 de julio de 2021, expediente constitucional, foja 137. “...se ha entregado hasta el momento un total de 10662 nombramientos permanentes, a los Profesionales de la Salud de las diferentes Coordinaciones Zonales.”

⁴⁵ Ministerio de Salud Pública, Informe motivado en el caso 18-21-CN, de 15 de julio de 2021, expediente constitucional, foja 137. “Desde fines del 2020, se han presentado aproximadamente un total de 300

legítimas por parte de quienes han concursado con la normativa de la Ley de Apoyo Humanitario.⁴⁶

56. La Corte ha verificado que dichas normas son contrarias a la disposición constitucional que consagra el derecho a la igualdad y no discriminación, siendo la medida más gravosa que impide el derecho a ejercer cargos públicos de todas las personas que quisieran participar en dichos concursos. Así también, mediante dichas normas el legislador desconoce y evade disposiciones constitucionales expresas, y desnaturaliza los concursos de méritos y oposición, al establecer un régimen de excepcionalidad que impone un concurso cerrado y con un ganador predeterminado, impidiendo así que el sistema público de salud cuente con las personas más aptas e idóneas para la prestación de los servicios de salud.
57. La Corte determina que esta sentencia no tendrá efecto alguno respecto a concursos de méritos y oposición efectuados bajo el régimen excepcional establecido en las normas consultadas, tanto de aquellos terminados como aquellos que se encuentran en curso en cualquier etapa a partir de su convocatoria.⁴⁷ Los efectos de esta sentencia, en consecuencia, se aplicarán a las contrataciones y concursos a efectuarse a partir de su publicación en el Registro Oficial.

VI. Inconstitucionalidad de normas conexas

58. La Constitución señala como una atribución de la Corte el “[d]eclarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.”⁴⁸
59. La LOGJCC establece que para determinar la conexidad pueden darse distintos supuestos, entre ellos, “[c]uando la norma impugnada es consecuencia o causa directa de otras normas no impugnadas.”⁴⁹

acciones de protección en contra del Ministerio de Salud Pública, como consecuencia de la aplicación del artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario...”.

⁴⁶ Ministerio de Salud Pública, Informe motivado en el caso 18-21-CN, de 15 de julio de 2021, expediente constitucional, foja 137. En el Informe Técnico No. MSP-TH-GIDI-2021-141 adjunto se señala “...se ha remitido al Ministerio de Trabajo la creación de dos mil trescientos noventa (2.390) puestos de Profesionales de la Salud (primer grupo) en cumplimiento a la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, los cuales mediante Resolución Nro. MDT-VSP-2021-0032, se encuentran creados y en proceso para iniciar la fase de Concurso de Méritos y Oposición... Se ha remitido al Ministerio de Trabajo la creación de cuatro mil cuatrocientos cuarenta y nueve (4.449) puestos de Profesionales de la Salud (segundo grupo) en cumplimiento a la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario; los mismos que mediante Acuerdo Ministerial Nro. MSP-0004-2021, esta Cartera de Estado se encuentra rectificando o ratificando la información. Según se desprende del informe emitido por la Dirección Nacional de Talento Humano, el presupuesto anual requerido para la aplicación de la Ley de Apoyo Humanitario, la erogación económica total requerida para las fases señaladas es de \$ 461.681.599.46.”

⁴⁷ Constitución, artículo 11.8.

⁴⁸ Constitución, artículo 436.3.

⁴⁹ Ley Orgánica de Garantías y Control Constitucional (“LOGJCC”), artículo 76.9.

60. El 29 de septiembre de 2020 entró en vigencia el Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID 19, norma que desarrolla, en su artículo 10, las normas de la Ley de Apoyo Humanitario cuya constitucionalidad se ha consultado.⁵⁰ Así también, el 7 de enero de 2021 se expidió la norma técnica para la aplicación de los concursos de mérito y oposición dispuestos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario⁵¹ y, el 19 de julio de 2021, el Reglamento para la Aplicación del Artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y Artículo 10 de su Reglamento General.⁵²
61. En la presente sentencia la Corte al examinar las consultas de norma planteadas requirió realizar un control abstracto de constitucionalidad del artículo 25 de la Ley de Apoyo Humanitario y de la Disposición Transitoria Novena y fundamento su inconstitucionalidad.⁵³ Sin embargo, conforme consta en el párrafo anterior, se expidieron con posterioridad varias normas reglamentarias que tienen relación directa con las normas consultadas.
62. En el presente caso la Corte encuentra que las normas secundarias señaladas tienen como objeto el desarrollo y operativización del régimen de excepcionalidad de estabilidad de trabajadores y profesionales de la salud. Conforme lo señalan sus considerandos y preámbulos, y se desprende de su articulado, fueron dictadas como consecuencia de las disposiciones de la Ley de Apoyo Humanitario consultadas y sus contenidos pierden sentido si dichas normas son expulsadas del ordenamiento jurídico.
63. La Corte encuentra que estas normas reglamentarias son conexas a la norma consultada de la Ley de Apoyo Humanitario y que los argumentos analizados para las normas consideradas inconstitucionales aplican para las normas conexas.
64. En consecuencia, para garantizar la supremacía constitucional y la coherencia normativa, las normas conexas señaladas deben correr la suerte de la principal y deben ser declaradas inconstitucionales.

VII. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional, al responder las consultas de norma por parte de la jueza y el juez consultantes, dispone:

⁵⁰ Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID 19, publicado en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 303, de 5 de octubre 2020.

⁵¹ Norma técnica para la aplicación de los concursos de mérito y oposición dispuestos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, publicada en el Registro Oficial No. 365, de 7 de enero 2021.

⁵² Reglamento para la Aplicación del Artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y Artículo 10 de su Reglamento General, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 497, de 19 de julio 2021.

⁵³ LOGJCC, artículo 143.1. “Cuando se pronuncie sobre la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas constitucionales, el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad.”

1. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19 y de la Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19.
2. Declarar, por conexidad, la inconstitucionalidad del artículo 10 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID 19, la Norma técnica para la aplicación de los concursos de mérito y oposición dispuestos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, y el Reglamento para la Aplicación del Artículo 25 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y Artículo 10 de su Reglamento General.
3. Señalar que lo dispuesto en esta sentencia surtirá efectos a futuro, a partir de la publicación de este fallo en el Registro Oficial⁵⁴ y no tendrá efecto alguno respecto a concursos de méritos y oposición efectuados bajo el régimen excepcional establecido en dicha norma, tanto de aquellos terminados como aquellos que se encuentran en curso en cualquier etapa a partir de su convocatoria. Así también de aquellos nombramientos ya obtenidos como producto de la interposición de acciones de protección. Esto debido a que dichas normas hasta ese momento se presumían como constitucionales, y por cuanto generaron legítimas expectativas para quienes se encuentran participando en concursos legalmente convocados y en curso.
4. Determinar que, en relación a las dos consultas presentadas, el juez consultante y la jueza consultante no deben aplicar en sus resoluciones las disposiciones declaradas inconstitucionales mediante esta sentencia. Esto debido a que ya no gozan de presunción de constitucionalidad y ser contrarias a derechos constitucionales.
5. Llamar la atención a la Asamblea Nacional de la época, por aprobar normas que además de lo señalado no contaban con los sustentos técnicos y económicos necesarios.
6. Notifíquese y publíquese.

Dr. Hernán Salgado Pesantes
PRESIDENTE

⁵⁴ LOGJCC, arts. 95 y 139.

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con nueve votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría, Carmen Corral Ponce, Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes; en sesión ordinaria de miércoles 29 de septiembre de 2021.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL