



Juez Ponente del Fallo de Mayoría: Dr. José Suing Nagua

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, a 09 de mayo de 2013; las 11h00

VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de haber sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero de 2012, las Resoluciones de 30 de enero de 2012 y de 28 de marzo de 2012, de integración de las Salas Especializadas emitidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, así como el acta del sorteo electrónico de causas de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 4 de abril de 2012. El abogado Iván Morales Parra, por sus propios derechos y como representante de sus hijos menores de edad, Iván Andrés, Anthony Javier y Daniel Rodolfo Morales Atahualpa, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 15 de enero de 2010 por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, con sede en la ciudad de Quito, que, por improcedente, inadmitió la demanda del recurrente, presentada en contra del Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que pretendía la reparación por los daños sufridos como consecuencia de la muerte de su cónyuge, señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, provocada, según el demandante, por negligencia médica en la atención recibida en el Hospital Carlos Andrade Marín regentado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación; en lo que respecta a la causal primera, por falta de aplicación de los artículos 16, 17, 18, 19, 24.17, 47, 49, 55, 57, 92, 120, 196, 272 y 273 de la Constitución Política de 1998; y, 66, 76.23 y 82 de la Constitución de la República de 2008; adicionalmente, por errónea interpretación de los

artículos 20 de la Constitución Política de 1998 y 28 de la Ley de Modernización. En lo que se refiere a la causal tercera, recurre por falta de aplicación de los artículos 113, 114, 115, 117 y 274 del Código de Procedimiento Civil. En lo principal, sostiene que en la sentencia no se toma en cuenta la supremacía de las normas constitucionales; que al no haber reconocido la responsabilidad del médico anesthesiólogo en la muerte de su cónyuge, se da a entender que en el Ecuador no se respetan los derechos humanos de las personas. Que el Tribunal de instancia, al no reconocer la negligencia médica, está encubriendo al responsable al inadmitir la demanda. Que los juzgadores de instancia estaban obligados a verificar si el servicio médico brindado a la paciente fue de buena calidad o existió negligencia. Además, que la sentencia no tiene la motivación suficiente en principios y normas jurídicas, desconociendo que la vida es el primer derecho fundamental. Por otro lado, afirma que, pese a existir la afirmación por parte de la misma institución demandada de la existencia de errores en el procedimiento médico imputables al anesthesiólogo, “la sentencia en forma errónea aplica la norma invocada [artículo 20 de la Constitución Política de 1998], por aplicar [sic] de esa forma no dispone el pago de las indemnizaciones (...)”. En este sentido, dice el recurrente, la sentencia recurrida señala que no existe prueba de la mala práctica médica, “cuando de autos y en especial el examen especial [sic] practicado a la atención brindada a la paciente Inés Atahualpa Mejía establece responsables”. En definitiva, reitera en su extenso escrito que la sentencia no ha reconocido la vulneración del derecho a la vida cometida por la negligencia médica expresamente aceptada por los representantes de la institución demandada. La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 18 de noviembre de 2010, admitió a trámite el recurso interpuesto. Pedidos los autos para resolver, se considera: -----



FALLO DE MAYORÍA EXPEDIDO DENTRO DEL RECURSO DE CASACIÓN 276-2010

PRIMERO: La Sala es competente para conocer y resolver el recurso interpuesto, de conformidad con el primer numeral del artículo 184 de la Constitución de la República; numeral 1 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 1 de la Codificación de la Ley de Casación.-----

SEGUNDO: La Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia materia de este recurso, resolvió inadmitir la demanda por improcedente al considerar que no existe ningún elemento probatorio que justifique las alegaciones del demandante y tampoco éste ha aportado alguna prueba al respecto; y que el informe de auditoría médica no señala la existencia de mala práctica médica que configure una deficiente prestación del servicio; circunstancia que tampoco podía haber sido reconocida en sede administrativa por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por lo que no cabe el reconocimiento del silencio positivo a favor del actor de la causa. -

TERCERO: El problema central que esta Sala debe responder es si, de conformidad a los argumentos expuestos por el recurrente que fundamenta su recurso en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, existen, dentro del proceso, elementos probatorios que conduzcan determinadamente a establecer la responsabilidad en la institución demandada por daños causados por la presunta deficiencia en la atención médica de la cónyuge del demandante de acuerdo a su pretensión; y, si existe la prueba suficiente del nexo causal, como elemento necesario que configure la responsabilidad de la demandada, en el informe de auditoría médica. **3.1.** El artículo 20 de la Constitución Política de la República, vigente hasta el año 2008, establecía el principio de responsabilidad objetiva del Estado, de indemnizar a los particulares por los perjuicios que les causaren los funcionarios o empleados públicos en el desempeño de sus cargos. Este régimen de responsabilidad extracontractual guarda estrecha relación con las

razones fundamentales que explican la existencia misma del Estado. Este régimen determina que si existe un hecho dañino, que causa perjuicios indemnizables a un particular, que atribuya jurídicamente por cualquiera de los títulos de imputación al Estado o a sus agentes, nace el deber de reparar los perjuicios, sean éstos materiales o inmateriales. Entonces, lo que se deberá determinar para llegar a concluir que existe el deber de reparación es la presencia de los tres elementos que la doctrina especializada ha identificado: el daño, el nexo causal y el título de imputación. Es válido afirmar que si falta uno de estos elementos, el deber de reparar nunca se presenta; es decir, que el régimen de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado se fundamenta en la verificación de los elementos que quedan señalados, debiendo el juzgador analizar los elementos probatorios que configuren la existencia del daño, del nexo causal entre el que causa el hecho dañino y la víctima, y la imputación jurídica de ese hecho a su causante; solo así nacerá la obligación del Estado para reparar íntegramente los perjuicios irrogados al particular. Queda claro, entonces, que la responsabilidad objetiva del Estado debe soportarse en los medios probatorios que conduzcan a determinar los elementos que componen el régimen; y, la carga de la prueba, obligadamente está en manos del demandante. No será suficiente la sola mención de la existencia de los hechos para hacer efectiva la aplicación del referido artículo 20 de la Carta Fundamental anterior. **3.2.** Por las circunstancias propias del proceso que se analiza y en atención a los cargos hechos por el recurrente en contra de la sentencia, es necesario enfocarse en el elemento causal necesario para la existencia de la responsabilidad. Si nos referimos al nexo causal y a la imputación del hecho dañino, es necesario verificar que la causa del daño pueda ser atribuible a la acción u omisión del Estado o sus agentes. La carga probatoria de la causalidad o del nexo causal recae invariablemente en quien demanda.

La diferencia entre causalidad e imputación radica en que por la primera se busca saber qué causó el daño, mientras que por el segundo lo que se quiere es averiguar quién debe responder por el daño. La causalidad permite establecer el nexo material, físico o natural entre un antecedente y un resultado; mientras que la imputación permite hacer una consideración jurídica para determinar quién debe responder. Sin embargo, responder a la interrogante de cuál de los hechos o abstenciones debe considerarse jurídicamente la causa del daño, no resulta sencillo, porque un daño no es normalmente el efecto de una sola causa, sino que es el resultado de una multitud de acciones y omisiones. Se debe, por tanto, encontrar el nexo causal que una el daño sufrido por la víctima con un hecho imputable al demandado. El problema para el jurista consiste en investigar las condiciones según las cuales el daño puede ser atribuido “jurídicamente” al hecho del demandado, pues al Derecho solo le interesa el nexo causal en la medida en que sirve para fundamentar una obligación de resarcimiento a cargo del demandado. Si el daño no puede ser atribuido al demandado, este no debe ser obligado a indemnizarlo. Es aquí donde la doctrina y la jurisprudencia extranjera, alemana, francesa y colombiana, sobre todo, han elaborado y seguido principalmente dos teorías que coadyuvan a solucionar el problema de la atribución jurídica de un daño a partir de encontrar el nexo causal: la teoría de la *equivalencia de las condiciones* y la teoría de la *causalidad adecuada*. La primera, que nace en el campo de la filosofía, planteada inicialmente por el penalista alemán Von Bury, entre los años 1860 y 1885, y que plantea que son múltiples las condiciones necesarias para que se produzca un resultado dañoso y que si todas ellas han sido condición necesaria para el resultado tienen un valor causal equivalente, no siendo importante su participación inmediata o mediata, ha sido desechada en la actualidad bajo la crítica fundamental de que, bajo esta teoría, se

podría encontrar responsables hasta el infinito. La segunda teoría, utilizada en la actualidad, formulada por el filósofo alemán Von Kries, busca superar la anterior y enuncia que no es cierto que todos los elementos o antecedentes que concurren a la producción del daño son condición necesaria para un resultado, por lo que no pueden tener valor causal idéntico; solo son jurídicamente causas del daño aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo. Es decir que para que un hecho u omisión sean causa de un daño debe ser condición necesaria del resultado, pero adicionalmente que, conforme a la reglas de la experiencia, en un curso normal de los acontecimientos, fuera esperable ese resultado.- En el presente caso, es preciso determinar la existencia de causalidad entre una y el resultado lesivo. **3.3.** El recurrente ha hecho mención del “Informe del examen especial a la atención médica brindada a la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía”, y la cataloga como prueba fundamental de la presunta negligencia médica que produjo la muerte de su cónyuge. En este informe, que obra de fojas 239 a 257 del proceso, se señalan anomalías en el protocolo de la intervención médica a cargo del médico anesthesiologo, lo que devino en la sanción administrativa correspondiente por parte del Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Sin embargo, a la luz de los planteamientos teóricos que quedan señalados en esta sentencia sobre el tema de la causalidad, no consta en el proceso, elemento probatorio suficiente y necesario para concluir con certeza que la negligencia señalada haya sido la causa específica y adecuada para provocar el hecho dañino. No es posible presumir que la falta señalada en el informe haya conducido a la muerte de la paciente, por lo que esta Sala no puede aceptar, sin esos elementos probatorios concluyentes, que el daño sea imputable a la acción u omisión de los funcionarios médicos de la institución demandada. Por tanto, al no existir el nexo causal probado,



FALLO DE MAYORÍA EXPEDIDO DENTRO DEL RECURSO DE CASACIÓN 276-2010

uno de sus elementos esenciales, no puede configurarse la responsabilidad directa del Estado que dé paso al deber de reparar. -----

Por lo expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de casación.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase. Ff) Dr. José Suing Nagua.- Juez Nacional.- Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia. Jueza Nacional.- Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo.- Juez Nacional (VOTO SALVADO) - Certifico.- Dra. Yashira Naranjo Sánchez.- Secretaria Relatora.

VOTO SALVADO: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, a 09 de mayo de 2013; las 11h00

Conforme el artículo 204 del Código Orgánico de la Función Judicial, por disentir de la mayoría, emito el siguiente voto salvado, en los siguientes términos:

VISTOS: En virtud de que la Jueza y Jueces Nacionales abajo firmantes, hemos sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resoluciones No. 1-2012 de 30 de enero del 2012, y No. 4-2012 de 28 de marzo de 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada; y, conforme el acta de sorteo electrónico de 4 de abril de 2012 que consta en el expediente de casación, somos el Tribunal competente y avocamos conocimiento de la presente causa, acorde con los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación. Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera:

PRIMERO.- 1.1.- El 15 de enero de 2010, 09h59, la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en la ciudad de Quito, emitió sentencia dentro de la causa seguida por el señor Segundo Iván Morales Parra, quien interviene por sus propios derechos y en representación de sus tres hijos menores de edad: Iván Andrés, Anthony Javier y Daniel Rodolfo Morales Atahualpa, en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), pidiendo que se cuente con el Procurador General del Estado, y resolvió: *"con base en las consideraciones anteriores, inadmite la demanda por improcedente"*.

1.2.- La sentencia impugnada, en su parte considerativa, en el considerando sexto *(que mezcla indistintamente -y aquí se los separa- instituciones*

administrativas diversas, como son “el silencio administrativo positivo” con “el mal funcionamiento de un servicio público de salud”) determina que:

1.2.1.- "SEXTO. *Ha señalado la jurisprudencia y la doctrina que entre los requisitos fundamentales para que opere el silencio administrativo positivo es que la petición haya sido dirigida a Autoridad competente y que las pretensiones del administrado no sean contrarias a derecho. Consecuentemente, se explica que, de haberse producido la emisión oportuna de un acto administrativo regular, por el cual se hubiere atendido favorablemente el pedido, éste debe ser legal y válido; en este caso opera el efecto positivo del silencio; pero si la respuesta favorable a la solicitud del administrado fuere contraria a derecho, estuviere viciada de ilegalidad; el efecto positivo del silencio administrativo no se genera. En el caso, el reclamo administrativo presentado por el actor tiene como pretensión el pago de indemnizaciones por la prestación deficiente de un servicio público, al haber ocurrido una mala práctica médica al tiempo en que se practicó una cesárea a su esposa. El aviso de la mala práctica médica requiere necesariamente un trámite administrativo; esto es la emisión de informes de las distintas unidades, un proceso investigativo del cual aparezca efectivamente la existencia de la mala práctica y con ello se concluya en la deficiente prestación de un servicio público. Información que permite a la autoridad emitir un pronunciamiento o resolución respecto de las pretensiones del administrado; las que en el caso, incluso, contiene ya una cuantificación de los perjuicios que se le habrían ocasionado. En la especie, aparece del expediente, como se ha señalado antes, la evidente preocupación del IESS de investigar el caso aun antes de que el actor formule sus reclamo administrativo indemnizatorio;"*

1.2.2.- *“La doctrina general del silencio administrativo ha señalado que su efecto positivo no puede ser aplicable para el caso de peticiones orientadas al pago de indemnizaciones, formuladas a los entes públicos; puesto que las*

responsabilidades extracontractuales, tienen sus propios procedimientos, para determinar la existencia del hecho dañoso y los perjuicios ocasionados a terceros que no tienen obligación jurídica de soportarlos.”.

1.2.3- *“así aparece del examen especial de auditoría practicado al caso, cuyo resultado es puesto en conocimiento del Director General del IESS en oficio de 25 de octubre de 2001 (p. 239 a 257); esto es más de un año antes de que se produzca el lamentable fallecimiento de la paciente; y, más de dos años antes de que se presente tal reclamo; informe en el que no se llega a determinar la existencia de una deficiente prestación del servicio público, aunque si omisiones en la información que debió contener el protocolo médico del caso lo cual mereció una sanción leve a uno de los médicos. Si se entiende que toda intervención quirúrgica tiene, en mayor o menor grado, evidentes riesgos que se explican en la literatura médica. Los pacientes y familiares que consienten su práctica, asumen también los riesgos propios de esa clase de actividad. Desde luego, caso distinto es cuando se establece fehacientemente la negligencia, la incuria o el descuido en la atención médica, pues ello no solo puede ser materia de indemnizaciones patrimoniales sino incluso de los pertinentes enjuiciamientos penales. En el caso que se juzga, no hay duda que la cónyuge del actor ingresó al Hospital Carlos Andrade Marín a recibir atención médica especializada por su avanzado estado de gravidez y que en ese nosocomio obtuvo tal atención, habiéndosele practicado una operación cesárea del que se obtuvo un hijo varón sano. Es decir la atención médica brindada, constituye acto absolutamente legal ya que para ello existe esta clase de centros médicos de alta complejidad;”.*

1.2.4.- *“El informe de Examen Especial practicado por la auditoría interna del IESS "a la atención médica brindada a la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía...", concluye, coincidiendo con la demás información documental en que,*

de las varias actividades realizadas, la paciente presentó "paro cardiorespiratorio al final del acto quirúrgico, cuyas causas no se pueden determinar con exactitud"; que, una Comisión de Evaluación Médica del HCAM opina que podrían plantearse dos probables causas del compromiso hemodinámico y respiratorio que ocasionó problemas neurológicos, como son: reacción exagerada, idiosincrática, al tipo de anestesia utilizado. Tromboembolia pulmonar, complicación frecuente en pacientes embarazadas. La Unidad de Auditoría señala en su informe que se inhibe de emitir un criterio técnico acerca de la supuesta negligencia o mala práctica médica que señala el doctor Iván Morales Parra, cónyuge de la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía."

1.2.5.- “Asimismo se establece, en el citado informe que los protocolos médicos de anestesiología están incompletos ya que no contienen toda la información requerida para una evaluación posterior. De lo señalado, la Sala puede colegir que, existiendo el informe de auditoría médica que no señala la existencia de mala práctica médica y por tanto de una deficiente prestación de servicio público, resulta claro que el Director General del IESS, estaba impedido de expedir una resolución administrativa atendiendo favorablemente la pretensión del administrado, hecha a su nombre y en el de sus hijos: esta autoridad, con sustento en tales informes, solo podía negar la petición indemnizatoria; por consecuencia de ello, la falta de respuesta oportuna no podía generar el efecto positivo del silencio administrativo; pues materialmente no existía justificativo sobre la prestación deficiente del servicio y peor aún de la cuantificación de los daños reclamados.”

1.2.6.- “de modo que, correspondía al actor, al solicitar la indemnización probar que el perjuicio producido ha sido generado por la prestación deficiente del servicio público de salud. En la especie, la única base documental que brinda información al respecto es la historia clínica de la paciente y el protocolo operatorio; documentos que solo describen la atención brindada, los datos de lo

que ocurrió en la cirugía e inmediatamente después; así como su ingreso de la paciente a la Unidad de Terapia intensiva.”. (Las negrillas y el subrayado son nuestros).

SEGUNDO.- El señor Morales Parra presenta el recurso de casación, y entre otros aspectos, menciona que: 2.1.- *“... Señores Magistrados qué acto se podía impugnar si el Instituto no hizo absolutamente nada, nunca me comunicaron del examen especial, todo era un secreto, querían ocultar el sol con un dedo, bien manifiesta la sentencia que el 25 de octubre del 2001 ponen en conocimiento del Director General, este famoso examen de auditoria, pero no indica que este examen de auditoria no pusieron en conocimiento de los afectados, por cuanto la sentencia atacada no aplica el precepto constitucional invocado e INADMITE LA DEMANDA, contraviniendo expresa norma constitucional, ruego verificar que todo este examen se lo realiza en el año 2001; me hago una pregunta, si no tenía ningún documento o acto administrativo como podía demandar al IESS, si nunca me dieron contestación a mis requerimientos, al contrario el Representante del Instituto y sus funcionarios pedían pruebas de la mala práctica médica, dando a entender que he participado en la operación; solicitan algo imposible que reviva mi cónyuge para que ella diga que pasó realmente, para los demandados el caso contuvo con la inhumación del cadáver de mi mujer, es indiscutible que existió abuso de poder, por lo que pido a los señores Magistrados de la Corte Nacional de Justicia tomen en cuenta del particular en la sentencia. Falta de aplicación del Art. 120 de la Constitución de la República de 1998 establece: “No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones...”.*

2.2.- *“Al respecto la sentencia en el acápite SEXTO en su parte pertinente señala: “... Informe en él que no se llega a determinar la existencia de una deficiente prestación del servicio público, aunque si omisiones en la información que debió*

*contener el protocolo médico del caso lo cual mereció una sanción leve a uno de los médicos..." al respecto la sentencia atacada acepta que existió omisiones en la atención medica pero no determina responsabilidades de esas omisiones contrariando la Constitución, por lo que la sentencia es parcializada por decir lo menos; al respecto con las debidas consideraciones de los señores Magistrados de la Corte Nacional de Justicia, considero que la sentencia atacada es sorda, ciega y muda; por cuanto lo único que pido es justicia la sentencia no escucha el pedido, ciega por cuanto señores Magistrados existe el Examen Especial es contundente pero la sentencia no quiere ver esta prueba presentada, y muda por cuanto en la sentencia no dice nada sobre los derechos humanos, **afirmo esto por cuanto del famoso examen especial de auditoria señala lo contrario da nombres y apellidos y señala "Al doctor Patricio Muñoz Izurieta, ex .- Médico Anestesiólogo del HACM, multas de USD 60.00 SESENTA DOLARES 00/100 ya que, es una omisión culposa por no observar las disposiciones vigentes..."** Esta afirmación consta en el oficio "No. 2000101-1937 suscrito por el Director General del IESS dirigido al Director de Recursos Humanos (E), sin embargo la sentencia atacada no determina responsabilidad alguna por lo tanto inadmite la demanda."*

2.3.- *"... razón por la cual acudo ante el juez de derecho para que se haga justicia por la mala práctica y posterior muerte de mi cónyuge, no es relevante si el IESS se preocupó a no de la atención a la paciente, lo importante es que le coartaron la vida de Inés Atahualpa Mejía, eso debió analizar la sentencia no lo hizo por cuanto no aplicó el precepto constitucional invocado, por tal razón interpongo el recurso de casación a fin de que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, se ajuste a la norma constitucional invocada."*

2.4.- Y que además: **"En la sentencia atacada existe una errónea interpretación del Art. 20 de la Constitución de la República del Ecuador constante en el**

Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998, en la sentencia atacada existe falta de aplicación de esta norma constitucional que me permito transcribir en forma textual: "Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos..."; en primer lugar se encontraba vigente la constitución de la República del Ecuador promulgada en el Registro Oficial No. 1 de martes 11 de agosto de 1998."

TERCERO.- Este recurso extraordinario de casación fue admitido a trámite por esta Sala, el 18 de noviembre de 2010, 09h05, en los siguientes términos: "Funda su recurso en las causales primera y tercera del Art. 3 de la Ley de Casación. En cuanto a la causal primera por falta de aplicación de las siguientes normas: "Artículos 272, 273, 196, 120, 92, inciso primero y tercero, 55, 57, 49, 47, 24 numeral 17, Arts. 19, 18, 17, 16, de la Constitución de la República del Ecuador inscrita en R. O. No. 1 de 11 de agosto de 1998 y constitución actual Arts. 82, 76, numeral 23 del Art. 66; y **por ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE NORMAS DE DERECHO Art. 20 de la Constitución de la República de 1998**, Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado. Con respecto a la causal tercera por "FALTA DE APLICACIÓN de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, Arts. 113, 114, 115, 117 y 274 del Código de Procedimiento Civil".

CUARTO.- Que la Procuraduría General del Estado, sostuvo en su contestación que la demanda nada tiene que ver con la presunta mala práctica médica, que por sí no constituye acto de la Administración Pública y no rige para el IESS. Que el silencio administrativo no opera en casos como éste; y que el actor no le asiste ningún derecho, más aún si la denuncia fue presentada después de cinco años de ocurrida la supuesta mala práctica médica, y a más de un año del fallecimiento de la cónyuge, cuando las supuestas evidencias han desaparecido, propone varias

excepciones adicionales y pide que se rechace la demanda.

QUINTO.- 5.1.- De lo analizado se desprende que supuestamente se dio negligencia médica por cuanto no existió un plan de anestesia que iba a usarse, no se llenaron los datos ni se dejó constancia de la grave complicación presentada por la paciente y las manipulaciones a las que fue sometida.

5.2.- Que el 8 de julio de 1999 a las 09h15 fue sometida a cesárea la Sra. Inés Olivia Atahualpa Mejía, obteniéndose el nacimiento de un hijo, **pero, por un supuesto exceso de anestesia al final de la intervención la paciente presentó paro respiratorio**, saliendo del mismo a las 10h25.

5.3.- Que en la hoja de anestesia no se han llenado todos los datos, ni se ha dejado constancia de la grave complicación presentada. Que de acuerdo al protocolo, la cesárea fue realizada entre las 10h15 y 11h15, mientras que en la hoja de anestesia consta que la intervención se realizó a las 09h15 hasta las 10h35, **existiendo contradicción entre los datos.**

5.4.- Que en todos los casos en los que se realiza un Ingreso para observación deben constar en la Historia Clínica notas de evolución que evidencian lo que en el transcurso del tiempo sucede al paciente, sin que tales datos consten en ese documento, lo que demuestra que actuaron en forma negligente; **pues durante la intervención debe encontrarse en la hoja de anestesia el detalle de los procedimientos utilizados** y, de presentarse, de las complicaciones. Que los registros operatorios incompletos no permiten una evaluación posterior adecuada. Que al no especificarse en el protocolo operatorio si la cesárea fue electiva, emergente o programada, ni incluirse en este los procedimientos a los que fue sometida la paciente, por parte de la Unidad Médica de Anestesiología del Hospital del IESS, durante la complicación presentada luego de la operación, las que

debieron ser incluidas en la historia clínica, **por lo que no se habrían aplicado correctamente los estándares para la práctica de anestesiología en los hospitales y centros de atención ambulatoria del IESS, especialmente de los Servicios de Obstetricia y Anestesia**, evidenciando que el caso no se evaluó adecuadamente para garantizar una intervención satisfactoria. Que la condición de salud de su cónyuge fue grave, por cuanto ingresa el 8-07-1999 a las 12h00 a la Unidad de Cuidados Intensivos, donde se encuentra entubada con asistencia ventilatoria mecánica, con actividad eléctrica sin pulso, esto es el corazón no estaba latiendo, realizando una reanimación y recuperación del pulso.

5.5.- Que en dicha unidad de cuidados intensivos estuvo desde el 8 al 27 de julio de 1999, adquiriendo la paciente una infección pulmonar nosocomial cognitivo y conductual. Que el Jefe de Servicio de Neurología señala que dicho Servicio recibió a la paciente con complicaciones neurológicas, el 9-10-07, sin haber participado en su atención previa. **Por lo que la paciente salió el 28 de diciembre de 1999, fecha desde la que asumió todos los gastos para su atención médica, ya que debía periódicamente concurrir a especialistas, pagar fisioterapista, enfermera, gasas, pañales, alimentación especial. No pudo caminar, no pudo hablar, pues quedó en estado vegetativo.** La señora Inés Olivia Atahualpa Mejía falleció el 17 de diciembre de 2002.

5.6.- Que el señor Morales Parra, el 28 de enero de 2004, presentó una comunicación dirigida al Director General del IESS, solicitándole el pago de una indemnización por la mala práctica médica y por el consiguiente fallecimiento de su cónyuge. Con oficio No. 12000000-0492, de 3 de marzo de 2004, dicho Director le niega la petición formulada. Que, en vista de que no recibió contestación alguna dentro de los quince días establecidos en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, solicitó la certificación del vencimiento del término que tenía el IESS para contestar su petición; la cual obtiene respuesta en oficio No. 12000000-0571

de 19 de marzo de 2004, en el que se niega por improcedente su petición. **5.6.1.-** Con fundamento en las disposiciones normativas señaladas pide que, por cuanto ha sido resuelto favorablemente su derecho y el de sus hijos, **que el IESS les pague una indemnización de USD 500.000,00, como consecuencia de la ineficiente prestación de servicios médicos y el consiguiente fallecimiento.**

SEXTO.- Que la Constitución Política de la República del Ecuador (de 1998), en su artículo 20 determinaba que: *"Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes."*

SÉPTIMO.- 7.1.- Revisado lo hasta aquí dicho, este Tribunal concuerda con lo dicho en la sentencia impugnada de instancia respecto a la falta de silencio administrativo positivo en este caso (puntos 1.2.1. y 1.2.2.) pues efectivamente como se sustenta en el considerando sexto de la misma *"la doctrina general del silencio administrativo ha señalado que su efecto positivo no puede ser aplicable para el caso de peticiones orientadas al pago de indemnizaciones, formuladas a los entes públicos; puesto que las responsabilidades extracontractuales, tienen sus propios procedimientos"*.

7.2.- Pero este Tribunal no está de acuerdo con lo dicho por la sentencia de instancia, en el considerando sexto, aquí transcrito en el punto 1.2.6. (de modo que, correspondía al actor, al solicitar la indemnización probar que el perjuicio

producido ha sido generado por la prestación deficiente del servicio público de salud), en el sentido de que siempre correspondería al actor que solicita la indemnización, probar que el perjuicio producido ha sido generado por la deficiente presentación del servicio público de salud. **Este principio procesal de la carga de la prueba, característico del procedimiento civil, no puede ser “automáticamente” aceptado en los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, que dan lugar a responsabilidad objetiva, como en el caso que nos ocupa de supuesto mal funcionamiento del servicio público de salud. Así autorizada doctrina nos enseña que: “Parece evidente que la complejidad de la *lex artis* en su práctica y función exige remontar los criterios adicionales sobre la carga de la prueba, que pueden asentarse rígidamente en una sola de las partes, y buscar un equilibrio: quien en cada caso se encuentre en mejores condiciones de soportar el *onus probando*, deberá ofrecer los medios que lleven al juez a determinar si hay o no quebrantamiento de la *lex artis*.** En realidad, la llamada distribución dinámica de la carga de la prueba lo que hace es inclinar el fiel de la balanza a una u otra parte sirviéndose de los mismos instrumentos demostrativos: elocuencia de los hechos, la negligencia se revela luminosa, las circunstancias delatan prima facie al culpable. Son ganas, a menudo, de expresar el mismo concepto con plurales adjetivaciones: *res ipsa loquitur*, *culpa virtual*, *anscheinsbeweis*, *prueba repartida dinámicamente* etc., son parientes próximos por los que circula la misma sangre aunque tengan diversos factores genéticos y en su adaptación a cada proceso presenten matices o aspectos diferentes.” (Pérez, Alonso Mariano; “*La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil – en torno a la *lex artis* –*”, en *perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio*, Moreno Martínez J. A. (Coord.), Edit. Dikynson, Madrid- España, 2000, pg. 50).

7.2.1.- Resulta evidente en estos casos de prestación deficiente de servicios públicos de salud, que casi toda (o toda) la información clínica e informes médicos del paciente no los tiene el mismo ni sus familiares, sino el hospital o la

clínica en cuestión, esto es la institución médica de que se trata; **por lo que hay una desigualdad real entre el/la paciente víctima del daño y el hospital donde se realiza la intervención médica, con relación a la posibilidad de conocer y tener acceso a los hechos y circunstancias médicas del caso concreto**, así como la valoración técnica-científica que se haya realizado conforme la *lex artis*. Resulta incorrecto pretender que toda la carga de la prueba del daño recaiga en el propio paciente, porque ello sería ponerle en una postura de una *probatio diabólica*. Así, la moderna doctrina procesal nos enseña que: “C) *CARGAS DINÁMICAS*. La moderna doctrina procesal coloca la carga procesal dinámica en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla. De modo que la empresa prestataria del servicio de teléfono carga con la prueba de la fecha en que fueron reparadas las averías denunciadas, por ser la única que cuenta, o debe contar, con los medios técnicos aptos para hacerlo... d) *COLABORACIÓN Y SOLIDARISMO PROBATORIO*. Si bien ambas partes deben llevar a la presunción del juzgador de la verdad de sus dichos, en mayor grado ello correspondía a quien contaba con más elementos materiales para probar la veracidad de sus argumentos. De la misma manera, **la omisión de la historia clínica o su imperfecta redacción privan al paciente de un crucial elemento de juicio para determinar la culpa imputable al médico, quebrantándose el deber de colaboración que debe existir por parte del accionado para facilitar la prueba, por lo que -ante su ausencia- la carga ha de considerarse invertida**. Sin embargo, ello no lleva a una presunción absoluta sino que debe ponderarse con relación a los antecedentes del caso y las pruebas aportadas por las partes. **Tal criterio se condice con la exigencia al médico, o al instituto asistencial, de una amplia colaboración en la dilucidación de los hechos que atañen a la controversia, aportando todos los elementos a su alcance para demostrar su "no culpa"**, pues lo contrario, esto es, una conducta pasiva en materia probatoria, constituiría una violación a elementales principios de buena fe, que el juez no puede dejar de valorar al momento de dictar sentencia. **Por eso, la omisión de acompañar la historia clínica -que supone una**

grave irregularidad- es suficiente para generar una presunción judicial de culpa. De allí que, en tales términos, le corresponda a la accionada -en principio- acreditar su diligencia en la atención del paciente.” (Falcón, Enrique M., *Tratado de la Prueba*, Tomo I, edit. Astrea, Buenos Aires-Argentina, 2003, Págs. 269-270). **La autorizada doctrina aquí citada sobre la carga dinámica de la prueba, es aplicable, especialmente por lo mencionado en los puntos 1.2.3, 1.2.5, 12.2.1 de esta sentencia, pues hubo registro médicos incompletos en el manejo del presente caso.**

7.2.2.- Igualmente, en la jurisprudencia comparada, nos sirve lo dicho por el Tribunal Supremo de España, en sentencia de 12 de diciembre de 1998, que trata sobre el caso de la responsabilidad del anestesista por los daños ocasionados a la paciente debidos a una defectuosa intubación, que la deja en estado vegetativo: “Resulta sabido, por ser de notorio conocimiento popular, lo difícil que es para los litigantes el precisar las actuaciones médicas y las sanitarias que, por lo negligentes o defectuosas, atentan y dañan la salud de las personas, así como aportar las pruebas corroboradoras necesarias, ante la pasividad unas veces y otras la falta de colaboración y hasta oposición sostenida y conciliada de médicos, sanitarios y centros asistenciales.”.

7.3.- Pero sobre todo no está de acuerdo con el tratamiento que el Tribunal de instancia da a la institución jurídica de la culpa “objetiva” (no “subjctiva”) que deviene en responsabilidad extracontractual del Estado; toda vez la sentencia de instancia prácticamente considera que si la propia institución de salud pública no determina exactamente que ella fue culpable, señalando además sobre qué médico/s recae la responsabilidad específica de la posible mala práctica médica, entonces un Tribunal de Justicia no tendría posibilidad alguna de declarar la responsabilidad extracontractual del Estado por mal funcionamiento de un servicio público de salud.

7.3.1.- Es decir hay una confusión conceptual en tal sentencia impugnada entre la responsabilidad culposa subjetiva clásica del Código Civil, que requiere para ser declarada que previamente se determine en la vía judicial (por delito o cuasidelito) el dolo o culpa de una persona/s en concreto, con la responsabilidad objetiva del Estado por responsabilidad extracontractual.

7.3.2.- Es decir, en definitiva se supedita en tal sentencia la aplicación del artículo 20 de la Constitución Política de 1998 (similar al actual Art. 11 numeral 9 segundo inciso de la actual Constitución de la República) a la aplicación previa del artículo 2229 del Código Civil, lo cual es incorrecto.

OCTAVO.- 8.1.- El tratamiento que se ha dado a la responsabilidad del Estado se caracteriza por una evolución progresiva que ha producido grandes cambios en el régimen de esa responsabilidad siguiendo textualmente la autorizada y más actualizada doctrina del profesor Rodríguez R. Libardo, "*Derecho Administrativo*", 17 edición [1 ed., de 1981], Edit. Temis, Colombia, 2011, ver capítulos 2 y 3, págs. 535 a 562, que: La teoría de la responsabilidad objetiva, esto es, por responsabilidad por culpa, falta o falla del servicio, encontró así justificación firme en varias ideas. Por una parte, **se llegó a la convicción de que ninguna de las teorías sobre la responsabilidad privada era aplicable a la responsabilidad administrativa; ni siquiera la teoría de los órganos. La tesis organicista de la división de los agentes en funcionarios, órganos y subalternos, auxiliares, para que la persona jurídica responda de manera directa solo de la culpa de los primeros y de modo indirecto por la de los últimos, es artificiosa e inequitativa.** Como en muchos otros temas relacionados con la administración, **comenzó a madurarse la idea de que la responsabilidad administrativa es diferente de la de los particulares y requiere, por consiguiente, un tratamiento especial;** que la responsabilidad del Estado en materia como la que ha originado esta controversia no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la

responsabilidad extracontractual, sino a la luz de los principios y doctrinas del derecho administrativo en vista de las diferencias sustanciales existentes entre éste y el derecho civil, dadas las materias que regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plano en que se encuentran colocados. En efecto, el derecho civil regula las relaciones patrimoniales y de familia entre las personas privadas; tiene como fin inmediato el interés de los individuos; y las personas se encuentran colocadas en un plano de igualdad. En cambio, el derecho administrativo regula las relaciones jurídicas de las entidades públicas entre sí y con respecto a los particulares o administrados; tiene por objeto la satisfacción de las necesidades colectivas o públicas y goza de especiales prerrogativas para lograr sus fines. **Fue así como se implantó la teoría de la responsabilidad objetiva o falla del servicio público, que es una responsabilidad directa, consistente en que se produce un daño debido a que una persona pública no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente; no entra pues aquí a consideración necesariamente el concepto de culpa de un agente identificado, típico de la responsabilidad subjetiva de carácter civil, porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima.** Esta responsabilidad está basada en la culpa, pero en una culpa especial que no corresponde exactamente al concepto psicológico tradicional, que implica que la culpa solo es posible encontrarla en la actuación de las personas naturales, **aquí se trata de una culpa objetiva o anónima, o culpa objetivizada, es decir, calificada por sus manifestaciones exteriores,** pues tradicionalmente se consideran opuestos los conceptos de culpa y de responsabilidad objetiva, ya que aquélla solo da lugar a responsabilidad subjetiva.

8.2.- Autorizada doctrina administrativa del catedrático **Ramón Parada**, al analizar la responsabilidad objetiva extracontractual del Estado, *en su nueva conceptualización de la sustitución de la noción de culpa por la de lesión*, nos enseña que: “Con arreglo al Derecho civil, no se responde de los daños que se hacen “sin querer”, es decir, sin culpa. Por el contrario, en las relaciones entre la

Administración y los particulares, la cuestión se presenta ahora en términos más simples, más objetivos, porque lo decisivo aquí es el deber de la Administración de prestar determinados servicios, originándose el daño básicamente por la carencia o defectuosa prestación de éstos. Consecuentemente con estas ideas, el Consejo de Estado francés asentó la responsabilidad sobre la falta de servicio (faute de service), entendiéndola como carencia o defectuoso funcionamiento de éste al margen de cualquier consideración subjetiva del querer o no querer, de la culpa en suma, de los funcionarios responsables... Todo ello desembocó en la situación actual, en que la responsabilidad administrativa en el Derecho francés, el más elaborado, descansa sobre el régimen de la responsabilidad con falta de servicio (faute de service) y en diversos regímenes de responsabilidad sin falta... En otras palabras, la responsabilidad administrativa sería, en esencia, la sanción de una obligación preexistente de la Administración de asegurar la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. **Dicha concepción se habría así alejado definitivamente de la influencia de los regímenes de responsabilidad, tanto civil como penal, en las que no hay responsabilidad sin culpable, sin dolo o culpa, sin que el autor lo haya querido o pretendido de alguna manera. No es preciso, pues, como exige para la responsabilidad entre particulares el art. 1.902 del Código Civil, que concurra “cualquier género de culpa o negligencia”, porque es suficiente -como dice la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.** La responsabilidad pasa así a reposar sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial (García de Enterría). Esta generosa aceptación de la responsabilidad significa que nuestra fórmula legal engloba tanto los supuestos de responsabilidad por falta de servicio (funcionamiento anormal) como todos los supuestos de responsabilidad sin falta del Derecho francés,

que ahora encuentran en el nuestro una cobertura genérica en la explícita referencia al funcionamiento normal. Reiterada jurisprudencia afirma por ello que no es precisa la ilicitud, el dolo, la culpa o negligencia de la Administración, pues en la responsabilidad administrativa “los requisitos quedan limitados a la existencia de daño y la relación de causa a efecto entre éste y el funcionamiento de los servicios públicos, sin que tenga que intervenir el elemento clásico de la culpa”. (Parada, Ramón; *Derecho Administrativo, parte general*, tomo I, 18 ed., edit. Marcial Pons, Madrid-España, 2010, pgs. 563-565).

8.3.- Igualmente autorizada doctrina nos enseña que: “**Es la falta de servicio el hecho determinante de la responsabilidad y no necesariamente la conducta de algún funcionario en particular.** En consecuencia, aunque usualmente la responsabilidad tenga por antecedente hechos ilegales o contrarios a los deberes de cuidado de sus órganos o de sus funcionarios, **la responsabilidad del Estado recae directa y personalmente sobre el Fisco, la municipalidad o el otro órgano con personalidad jurídica propia a efectos patrimoniales...** Siguiendo una doctrina desarrollada por el derecho francés, la relación del funcionario con la Administración es funcional, de modo que no se trata de una responsabilidad por hecho ajeno. **Tampoco es necesario individualizar el acto concreto que constituye falta de servicio, porque basta que ésta sea atribuible a la organización del servicio público...** Aunque la falta de servicio sea reconducible a la actuación de personas concretas, esto es, al acto individualizado de uno o más funcionarios (un disparo efectuado por un carabinero; una mala maniobra ejecutada por el conductor de la ambulancia), cuando se reclama la responsabilidad del Estado, **la conducta del funcionario no se imputa a su persona, sino a la función pública que ejecuta.** Lo anterior no impide que la responsabilidad del funcionario pueda ser hecha valer por la víctima o la Administración... La responsabilidad del Estado es una especie de garante cuya obligación indemnizatoria tiene por antecedente un acto de agentes que lo compromete en el ejercicio de sus

funciones...”. (Las negrillas son nuestras) (Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 496 y 499).

NOVENO.- Así se ha consagrado para la aplicación del derecho público en materia de responsabilidad administrativa extracontractual, por medio de la teoría de la culpa objetiva administrativa o falla del servicio, **la cual consta actualmente en el Art. 11, numeral 9, segundo inciso de la Constitución de la República**, que claramente determina que *"El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución... El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas..."*, **inicialmente considerada en el primer inciso del artículo 20 de la Constitución Política de 1998**, que en la misma línea conceptual mandaba que: *"Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes."*. (lo resaltado es nuestro).

DÉCIMO.- Puede anotarse, como características generales esenciales de este concepto de responsabilidad administrativa objetiva, las siguientes: **1) El daño antijurídico es la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar.** 2) Esta responsabilidad administrativa objetiva engloba diferentes aspectos a tener en cuenta dentro de la consideración de por qué se produjeron tales deficiencias del servicio por parte del Estado, **siendo particularmente relevante la consideración del riesgo que conlleva el servicio o actividad pública en cuestión, ya sea por su propia naturaleza y/o por el riesgo creado al no seguirse los protocolos de seguridad o procedimiento adecuados.** 3) Para que se configure la responsabilidad por daño antijurídico se **requiere la existencia de dos condiciones: que exista un daño de esa naturaleza y que dicho daño sea imputable fáctica y jurídicamente a una persona de derecho público,** condiciones que vienen a constituirse así en los elementos de la responsabilidad desde la perspectiva de esta teoría. 4) Que el daño sea antijurídico implica que no todo perjuicio debe ser reparado, pues solo será aquel que sea antijurídico, **para cuya calificación habrá que acudir a los elementos propios del daño, así como a la verificación de la ausencia de causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.**

DÉCIMO PRIMERO.- 11.1.- ¿Por qué resulta difícil el conceptualizar correctamente este tipo de responsabilidad objetiva extracontractual del Estado dentro del moderno Derecho de Daños? Entre otros aspectos, por la confusión jurídica que con demasiada frecuencia se da en pretender aplicar el esquema de la “responsabilidad subjetiva” propia del Derecho Civil, contenida en los artículos 1453, 2214 y 2229 del Código Civil, a la responsabilidad extracontractual del Estado contemplada en el artículo 20 de la Constitución Política de 1998 (y en el actual Art. 11 numeral 9 segundo inciso, de la Constitución de la República del Ecuador). **Por tanto, esta responsabilidad objetiva es una innovación en el**

Derecho, que supera ampliamente la original fuente de obligaciones prevista por el Art. 1453 del Código Civil, esto es, por un lado, la responsabilidad contractual, y por otro la que surge de los delitos y los cuasidelitos, superándose las categorías únicas del dolo y la culpa como requisitos para determinar la responsabilidad.

11.2.- Pasamos entonces, a una nueva consideración donde la responsabilidad ya no gira únicamente en torno a esos ejes, sino que cambia su perspectiva conceptual permitiendo también un eje “objetivo” (no solo ya “subjetivos”) constituido por el daño efectivamente sufrido. Cuando el primer inciso del Art. 20 de la Constitución Política de 1998 ordena que: “*Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.*”, **sin duda estamos frente a una norma que consagra la responsabilidad objetiva del Estado, y que por su carácter de norma constitucional es de aplicación directa y prevalente sobre cualquier otra. La responsabilidad objetiva del Estado puede estar determinada por una serie de motivos, denominados también criterios de atribución o títulos de imputación, de **muy difícil enumeración taxativa, pues podrían ser tan amplios como la casuística** que una sociedad contemporánea pueda presentar; sin embargo, un caso concreto de responsabilidad objetiva del Estado se presenta en la deficiente prestación de un servicio público de carácter médico sanitario.**

DÉCIMO SEGUNDO.- 12.1.- Por otra parte, este Tribunal de Casación ha tenido muy en cuenta, respecto al título de imputación, esto es, “la prestación deficiente del servicio público de salud”, **que en el ámbito de la actuación sanitaria, y concretamente en la actividad médica, cobra particular relevancia la correcta actuación conforme al protocolo médico que la *lex artis* exige; que no tiene por**

qué garantizarse un resultado (la curación del paciente), sino un empleo adecuado de la ciencia y la técnica médica, conforme las circunstancias del caso concreto, y al avance que en ese momento tenga la medicina en el país. Es importante destacar este aspecto, pues el sistema de salud de un país ciertamente no puede ser una especie de aseguradora universal a la cual se le pueda reclamar daños y perjuicios por el solo hecho de que el paciente no sea curado o no recupere su salud. Muy ilustrativa resulta al respecto, una reciente sentencia de 30 de junio de 2010 del Tribunal Supremo español (rec. 7412/2005. La Ley 114398/2010), que señala: “La Sala viene repitiendo incansablemente **que el instituto de la responsabilidad no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales** (SSTS de 26 de febrero de 2002 y 21 de octubre de 2002, entre otras muchas), **debiendo modularse en el caso de la Administración Sanitaria el principio de causalidad con el criterio de la lex artis.** Ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial el elemento de la culpabilidad de la gente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico es conforme con las enseñanzas que en cada momento proporciona la ciencia médica y con los medios de que dispone en el lugar y en el momento en que se produce la asistencia, normalmente no será posible determinar si el resultado dañoso sea debido a dicho acto médico o más bien a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos. **Por ello es presupuesto de la responsabilidad el que se produzca por el médico, o profesional sanitario, una infracción de las normas de precaución o cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto o que se acredite que se ha apartado del criterio de normalidad que representa lo que comúnmente viene**

denominándose *lex artis*, que no es otra cosa que el saber propio de la profesión.”. (Las negritas son nuestras).

12.2.- Por lo que es dable, conforme el principio de confianza, que el paciente sí pueda exigir del servicio médico sanitario que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas médicas vigentes en ese momento en función del conocimiento de la práctica sanitaria. En el presente caso, el Hospital Carlos Andrade Marín, de la ciudad de Quito, a través del personal médico integrado a su organización administrativa, el cual actuó con ocasión de sus funciones médicas, dejó de aplicar la *lex artis* con relación a la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, entre otros aspectos como ya se mencionó en el considerando quinto de esta sentencia, porque la técnica del procedimiento de los protocolos médicos de anestesiología con relación a su intervención médica fueron incompletos; **protocolos médicos éstos que no estaban más allá del nivel médico sanitario que a esa fecha existía en el País, y por tanto, pudieron ser correctamente efectuados, sin que en el presente caso el prestador del servicio público pueda alegar ni caso fortuito o fuerza mayor.**

12.2.1.- Se puede apreciar que el principio de confianza que la señora Inés Atahualpa Mejía depositó en el hospital público del IESS no fue del todo honrado por tal centro médico, el cual falló en su posición institucional de garante en este caso, lo cual es lamentable, porque este Tribunal no desconoce la muy complicada y enorme labor que el IESS como un todo ha realizado a lo largo de décadas en beneficio de la salud del pueblo ecuatoriano, y que efectivamente el peso de la responsabilidad que recae en el correcto manejo de la *lex artis* sobre el esforzado personal médico (médicos, enfermeras/os, y técnicos médicos en general) sujeto a muy fuertes presiones en sus intervenciones médicas (que muchas veces colindan en precario equilibrio entre la vida y la muerte) ha constituido y constituye una labor de la máxima

nobleza científica y cívica; pero ello no quita que en este caso concreto, se detectó en el “Informe de examen especial a la atención médica brindada a la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía, de 99.07.02 a 99.08.03”, entre otros aspectos que: “en la hoja de anestesia, no se han llenado todos los datos, ni se ha dejado constancia de la grave complicación presentada por la paciente y las maniobras a las que fue sometida para atender el paro respiratorio.”. “el protocolo operatorio se encuentra incompleto, no indica el número de la sala en la que se realizó la intervención, no especifica si la cesárea fue electiva, emergente o programada. El protocolo operatorio dice “... al final de la cirugía, cerrando la piel, presenta depresión respiratoria y paro respiratorio según informa el médico anesthesiólogo, siendo asistida inmediatamente por médicos anesthesiólogos e intensivistas”. No se incluye en este protocolo, los procedimientos a los que fue sometida la paciente por parte de los médicos anesthesiólogos e intensivistas que atendieron a la paciente durante la complicación presentada luego de la intervención, las mismas que debieron ser incluidas en la HC.”. “El médico especialista de la auditoría interna concluye que para todos los casos en los que a un paciente se lo ingresa para observación, deben existir notas de evolución que evidencien lo que en el transcurso del tiempo sucede al paciente. En caso de intervención quirúrgica debe existir una nota de evolución detallada que justifique plenamente la intervención y una nota de evaluación por parte del médico anesthesiólogo que va a colaborar con el cirujano en la intervención quirúrgica, sea esta emergente o programada. Durante la intervención se debe encontrar en la hoja de anestesia todo el detalle de los procedimientos utilizados y de las complicaciones existentes si se presentan, así como debe constar en la hoja de protocolo operatorio hasta que la paciente se encuentre a cargo de otro servicio, sea esta de recuperación anestésico quirúrgica o del servicio de terapia intensiva como el caso que se trata. Por lo tanto, los registros incompletos del manejo administrativo técnico del caso, no permiten su adecuada evaluación posterior.”. **De lo que se desprende que sí hubo un mal funcionamiento del servicio público de salud en el caso de la**

señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, lo cual no implica necesariamente que haya habido una negligencia o imprudencia de carácter penal dentro del equipo médico, como un todo, que la trató; pues el determinar si ello se dio o no, a nivel individual o como grupo, es tema de otro juzgamiento, pero no del presente.

DÉCIMO TERCERO.- 13.1.- Por otra parte, este Tribunal, respecto al valor de la indemnización solicitada, esto es USD. 500.000,00, considera se debe tener en cuenta que en el presente caso no estamos ante una situación de daños a una cosa material, sino sobre el daño irreversible a la salud causado a una madre de familia al momento del parto de su tercer hijo; estimación entonces que queda sujeta a criterios siempre opinables, pero que es necesario en los mismos tener siempre en cuenta que "el daño a de concretarse en el patrimonio del afectado, sin ser una carga común que todos los administrados tengan el deber de soportar" (Parada, Ob. Cit., pg. 573); y, como la doctrina acertadamente menciona "en todo caso, después de admitir y justificar la posibilidad de que el Estado sea llamado a responder por el daño injusto derivado de la defraudación de la confianza legítima, con espíritu sereno y reflexivo aporta las siguientes cavilaciones: La responsabilidad estatal constituye una materia sumamente delicada, que impone una consideración y tratamiento muy prudente, puesto que los extremos -por exceso o por defecto- en las soluciones que a todo nivel se adopten pueden aparejar graves perjuicios tanto para los particulares como para el propio patrimonio estatal. No se trata de culpar al Estado por todo; pero también es necesario que cuando se configuran los extremos que habilitan la procedencia de la responsabilidad estatal, se concrete la indemnización correspondiente, sin que se retacee en su aplicación, bajo el sortilegio de extrañas doctrinas. Sólo así se podrá hablar de la vigencia real de la seguridad jurídica que un Estado de Derecho exige. No se trata de que el Estado responda por cualquier hecho o acto dañoso que su actuación lícita produzca y que se transforme en una fuente de ingresos

injustificada para los que pretenden medrar a costa de los dineros públicos. En este sentido, el Estado no es una pródiga empresa aseguradora de nuestros yerros aventurados (cuando no dolosos). Todos, los particulares y las empresas, debemos ser "maduros", responsables de nuestros actos y decisiones y saber asumir los riesgos y responsabilidades." Sintetizando la argumentación precedente, podemos aseverar que la defraudación de la confianza se aparta de los fines en que se inspira el Estado social de derecho, comprometiendo la responsabilidad del aparato Estatal, pues este no ha sido instituido propiamente para convertir al administrado en un rey de burlas, sino más bien para procurar su bienestar y garantizarle la efectividad de todos los derechos y garantías que la Constitución y la ley le reconocen." (Valbuena Hernández, Gabriel; *"La Defraudación de la Confianza Legítima" aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*; edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá-Colombia, 2008, pgs. 348-349).

13.2.- Efectivamente la responsabilidad estatal constituye una materia sumamente delicada, pues por un lado hay una responsabilidad objetiva de carácter extracontractual del Estado, de la cual evidentemente tiene que responderse conforme mandato constitucional; pero por otra parte tal indemnización a una persona o grupo de personas, no puede llegar al punto de que ésta se transforme, inversamente, en una carga insostenible no solo para la institución estatal que debe reconocer la indemnización, sino también, finalmente, para todo el conglomerado social que termina pagando tal indemnización de múltiples formas presupuestarias. Autorizada doctrina nos alerta también sobre esta posible anomalía: "Es tan amplio el cúmulo de funciones que el legislador encomienda a la Administración, y tales funciones son generadores de riesgos tan generalizados, que seguir profundizándose en la generosidad del sistema las partidas comprometidas en el pago de indemnizaciones consumirían un considerable porcentaje de los presupuestos generales de las administraciones públicas, impidiendo su empleo en la mejora de los propios servicios causantes de

los daños” (Gamero Casado, *“El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa extracontractual”*, actualidad jurídica Aranzadi, No. 426, España, 2000).

Por todo lo anteriormente expuesto, sin que sea necesario realizar otras consideraciones, este Tribunal de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:**

1.- CASA la sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Distrital Contencioso Administrativo No. 1 de Quito dictada el 15 de enero de 2010, a las 9h59, por haber incurrido en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, toda vez en dicha sentencia se ha hecho una errada interpretación del Art. 20 de la Constitución Política de 1998, con relación al mal funcionamiento del servicio de salud público en que incurrió el Hospital Carlos Andrade Marín del IESS en la intervención médica del 8 de julio de 1999, en la persona de la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía.

2.- El Estado ecuatoriano, a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, o su sucesor en derecho, pagará al casacionista Sr. Segundo Iván Morales Parra, en forma mensual, los primeros cinco días de cada mes, el equivalente a tres salarios básicos unificados vigentes a la fecha que corresponda cada pago; hasta el día en que su hijo menor cumpla dieciocho años de edad.

3.- El valor que corresponde a los años anteriores, desde el 28 de diciembre de 1999 (fecha en que la Sra. Inés Atahualpa Mejía salió del hospital) hasta la

ejecutoria de esta sentencia, se lo realizará al Sr. Morales Parra, en un solo pago sin intereses, que será liquidado pericialmente.

4.- El IESS pagará también al Sr. Morales Parra, los valores cubiertos por él, según resulte de la suma de las facturas originales que consten en el proceso, desde el 28 de diciembre de 1999 hasta el 17 de diciembre de 2002 (fecha del fallecimiento de la Sra. Inés Atahualpa Mejía), que serán determinados pericialmente, sin intereses.

5.- Aparte de las compensaciones señaladas, y como una medida que la doctrina del Derecho de Daños conoce como *“de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición”* (Rodríguez, Libardo, Ob. Cit, pág. 561), y para que el muy doloroso trance que pasó la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, su cónyuge e hijos, no sea olvidado, y sirva para que en un futuro cercano o lejano ninguna madre de familia tenga que pasar **-o se evite en la medida de lo posible-** nuevamente por tal desgracia de quedar en estado vegetativo o semi-vegetativo luego de dar a luz a su hijo/a mediante cesárea, por fallas de funcionamiento del sistema de salud público del IESS, el actual Director/a General del IESS dispondrá que haya una/s reunión/es (física o virtual) de los máximos directores médicos responsables de cada hospital del IESS, a efecto de que emitan una circular médica interna (**circular médica que se llamará “Circular Médica Inés Olivia Atahualpa Mejía”**), que corrija y/o actualice los protocolos médicos, a efecto de que en el futuro se minimice el mayor riesgo posible en este tipo de intervenciones como la que tuvo que pasar, con muy lamentables consecuencias negativas, la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía. **5.1.-** Si de las conclusiones médicas a las que se lleguen en esta/s reunión/es, se considera que la *“Circular Médica Inés Olivia Atahualpa Mejía”* debe ser puesta en conocimiento del Ministro/a de Salud Pública de la República, para que él/ella evalúe la pertinencia o no de hacerla una política de salud a nivel de todos los hospitales públicos nacionales, entonces así se lo hará.

6.- Lo aquí dispuesto, no excluye que de llegar a establecerse responsabilidades en el ámbito penal (que pueden o no darse), por negligencia o imprudencia judicialmente declarada, en contra de alguno o algunos de los miembros del equipo médico participantes en el proceso quirúrgico o del tratamiento médico en general, el Estado pueda ejercer su derecho de repetición y exigir el pago en los funcionarios o empleados que resulten responsables, conforme el artículo 20 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.- Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. José Suing Nagua, Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Jueces y Jueza Nacionales.-

Certifico.- Dra. Yashira Naranjo Sánchez, Secretaria Relatora.-