

25-  
sentencia

Juicio No. 17741-2010-0276

**JUEZ PONENTE: DR. PABLO JOAQUIN TINAJERO DELGADO, JUEZ NACIONAL (PONENTE)****AUTOR/A: DR. PABLO JOAQUIN TINAJERO DELGADO****CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.**

Quito, jueves 18 de octubre del 2018, las 10h29. **VISTOS:** Conocemos la presente causa en virtud del acta del sorteo efectuado el 27 de junio de 2018 agregada al proceso. Somos competentes para resolver el presente recurso en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación. Estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:



### I.- ANTECEDENTES

**1.1.- Sentencia de la Corte Constitucional.-** El 29 de mayo de 2018 la Corte Constitucional dictó sentencia dentro de la acción extraordinaria de protección No. 1030-13-EP propuesta por el señor Segundo Iván Morales Parra, por sus propios derechos y en representación de sus hijos Iván Andrés Morales Atahualpa, Anthony Javier Morales Atahualpa y Daniel Rodolfo Morales Atahualpa, en contra de la sentencia de mayoría expedida el 09 de mayo de 2013 por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia dentro del recurso de casación No. 276-2010. En la referida sentencia, la Corte Constitucional declaró la vulneración al derecho constitucional al debido proceso en la garantía de motivación, contenida en el literal l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que resolvió: *“3.1 Dejar sin efecto la sentencia de mayoría dictada el 9 de mayo de 2013, por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en el recurso de casación N.º 276-2010. 3.2. Retrotraer los efectos hasta el momento anterior a la emisión de la sentencia de mayoría dictada el 9 de mayo de 2013 por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en el recurso de casación N.º 276-2010. 3.3. Disponer que, previo el sorteo correspondiente, otro Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia conozca y resuelva el recurso de casación, en observancia a una aplicación integral de esta decisión constitucional, esto es, en consideración a la decisum o resolución, así como los*

*argumentos centrales que son la base de la decisión y que constituye la ratio”.*

**1.2.- Recurso de casación interpuesto.-** El 26 de marzo de 2010, el señor Segundo Iván Morales Parra, por sus propios derechos, y en representación de sus hijos Iván Andrés Morales Atahualpa, Anthony Javier Morales Atahualpa y Daniel Rodolfo Morales Atahualpa, interpuso 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, dentro del proceso No. 11484-2004 en la que se resolvió: *“inadmite la demanda por improcedente”*. El recurrente fundamentó su recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. En cuanto a la causal primera por falta de aplicación de los artículos 17, 18 y numeral 17 del artículo 24, artículos 47, incisos primero y tercero del artículo 92, y de los artículos 120, 196, 272 y 273 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998; numeral 23 del artículo 66, artículos 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008; y, por errónea interpretación de los artículos 20 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 y 28 de la Ley de Modernización del Estado. Respecto de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba previstos en los artículos 113, 114, 115, 117 y 274 del Código de Procedimiento Civil.

**1.3.- Admisión a trámite del recurso.-** Con auto de 18 de noviembre de 2010 la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia admitió a trámite el recurso de casación interpuesto.

## **II.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA EL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

**2.1.- Validez procesal.-** En la tramitación de este recurso extraordinario de casación se han observado todas y cada una de las solemnidades inherentes a esta clase de impugnación, no existe causal de nulidad que se deba considerar, por lo que expresamente se declara la validez del proceso.

**2.2.- Delimitación del problema jurídico a resolver.-** El presente recurso de casación está orientado a decidir si la sentencia dictada el 15 de enero de 2010 por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo, adolece de los yerros acusados por el recurrente.

- 26 -  
veintiseis

2.3.- Argumentos del recurrente para proponer su recurso de casación.- A  
continuación analizamos por separado los argumentos del recurrente:

2.3.1.- Respecto de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos 113, 114, 117 y 274 del Código de Procedimiento Civil.- Estas normas disponen: "**Art. 113.-** Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo. El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa. El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. Impugnados en juicio una letra de cambio o un pagaré a la orden, por vía de falsedad, la prueba de ésta corresponderá a quien la hubiere alegado", "**Art. 114.-** Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley. Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario", "**Art. 117.-**Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio", y, "**Art. 274.-** En las sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal". El recurrente señala: "De acuerdo con el Art. 113 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, la sentencia no aplica esta disposición legal, puesto que el demandante probó, demostró los hechos afirmados en la demanda como prueba es el examen especial realizado a la atención brindada a la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía de 99-07 02 a 99-08-03 parte de esta documentación que obra en el proceso consta en el oficio No. 2000101-1937 de 5 de noviembre del 2001, suscrito por el Econ. Patricio Llerena Torres, Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad (sic) de esa fecha, dirigido al Economista Marco Andrade Villacrés, Director de Recursos Humanos (E), que me permito transcribir en forma textual: (...), se refiere a la sanción impuesta al anesthesiólogo, y agrega: "cumpló con remitir a usted los antecedentes del cumplimiento de la acción en referencia y copia del oficio que se ha tramitado al Dpto. de Tesorería de esta Casa de Salud para el cobro", transcribe el citado artículo 114 e indica: "La sentencia atacada no aplica lo que establece el Art. 114 del Código de Procedimiento Civil (...) porque de aplicar hubiese constado en sentencia que la parte demandada no



A handwritten signature in black ink, appearing to be the initials "ML" or similar, located at the bottom right of the page.

presentó ninguna prueba a su favor, presenta un escrito de prueba a nombre y representación del Director General Dr. Ernesto Díaz Jurado cuando realmente a esa fecha se encontraba en funciones la Doctora Betty Amores Flores, en Calidad de Directora General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, pero el silencio de la sentencia al respecto es elocuente trata de proteger a la entidad demandada, que no presentó ninguna prueba de descargo, sin embargo la sentencia es favorable a la entidad demandada”, respecto del artículo 117 señala: “**La sentencia recurrida no aplica lo prescrito en el Art. 117 del Código de Procedimiento Civil, por falta de aplicación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba por cuanto no se determina las pruebas producidas por el actor a más del examen especial, existen testimonios de testigos que conocieron a Inés Olivia Atahualpa Mejía una persona normal, que después que ingreso (sic) al hospital salió en estado vegetal, sobre este aspecto la sentencia no dice nada al respecto, todos los testimonios son concordantes unívocos al tema tratado. Sin embargo en la sentencia solamente solamente (sic) en forma breve se hace relación al Examen Especial**” (es transcripción textual), y en cuanto al artículo 274 indica: “**La sentencia atacada no aplica lo que establece el Art. 274 del Código de Procedimiento Civil que dice: (...) la sentencia recurrida no se ha fundamentado en la constitución ni en la ley, como como tampoco en los méritos del proceso, infringiendo dicha disposición legal por falta de aplicación**” (es transcripción textual).

La Sala considera que la valoración de la prueba es una operación mental que realiza el juzgador para subsumir los hechos en la norma y determinar la fuerza de convicción de los mismos para concluir si son ciertas o no las afirmaciones de las partes, y esta facultad de valorar la prueba es privativa de los jueces de instancia; la sala de casación no puede entonces realizar una valoración nueva, distinta de la realizada respecto de las pruebas que obran de autos. Lo que si puede hacer la sala de casación, es comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no los preceptos jurídicos relativos a dicha valoración, y si dicha violación ha conducido a la violación de normas de derecho, y como dice la sentencia dictada el 23 de enero de 2011 dentro del proceso No. 476-2006: “**para que prospere un recurso fundado en tal causal, es necesario que el impugnante cumpla, al mismo tiempo, con estos requisitos: a) Identifique la prueba o pruebas respecto a las cuales el juzgador a quo ha infringido el ordenamiento jurídico;**

27-  
-bentisete

-3-  
tre)



b) Determine la norma o normas de valoración que estima infringidas; c) Demuestre razonadamente la manera en la cual el Tribunal ha incurrido en la infracción; y, d) Señale la norma o normas de derecho sustantivo que, por efecto de la violación de orden procesal, han dejado de ser aplicadas o lo han sido defectuosamente". En el presente caso, el recurrente pretende que esta Sala Especializada, como tribunal de casación, valore prueba, lo que como quedó explicado no procede, además, no indica los preceptos de valoración probatoria que se vulnerarían en el fallo que impugna, ni las normas de derecho sustantivo que dejaron de aplicarse. Además, en cuanto al artículo 114, el confuso planteamiento del recurrente pone a la Sala Especializada en la disyuntiva de determinar si presentó o no prueba el demandado, lo cual no procede, ya que no puede actuar de oficio, y respecto al artículo 117 no señala cuáles son los informes a los que se iba a referir, yerros en la formulación del recurso que no pueden ser subsanados por esta Sala Especializada, ya que su correcta fundamentación es una carga procesal que corresponde al recurrente. Al no demostrarse la existencia de estos yerros se rechaza el recurso de casación por este extremo.

**2.3.2.- En cuanto a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.-** Esta norma dispone: *“La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La jueza o el juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas”*. El recurrente transcribe parte de la sentencia que impugna, señala que se ha vulnerado el principio de valoración de la prueba en su conjunto. Se refiere al Examen Especial de Auditoría, e indica: *“Por negligencia, por descuido, le descerebraron le dejaron en estado vegetal a mi cónyuge Inés Olivia Atahualpa Mejía, conforme aparece del Examen Especial de Auditoría, todo consta en este documento a pesar de estar elaborado exclusivamente por funcionarios del IESS afirman que es una omisión culposa, constante en el oficio No. 2000101-1937 de 5 de noviembre de 2001, suscrito por el Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la sentencia atacada señala lo contrario, por lo que queda en evidencia la sentencia es parcializada dejando en la impunidad la vida (sic) de Inés Atahualpa Mejía. Conforme se desprende del Examen Especial en el CAPÍTULO II ATENCIÓN MÉDICA, que hace referencia a las: **Notas de evaluación pre y post quirúrgicas adecuadas y completas permitirán atención integral a los pacientes.-** en el*

*inciso cuarto señalan las observaciones del médico anestesiólogo respecto a la negligencia relacionado a la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía.- 'En la HC, no se encuentra nota preanestésica que evidencie evaluación alguna e indique el plan de anestesia que iba a utilizarse en el caso, como la corrección por la baja de hemoglobina y hematocrito que la paciente presentó entre el 2 y 7 de julio, según consta en datos de laboratorio. Estos dos últimos hechos, que es competencia de los Servicios de Obstetricia y Anestesia, evidencian que no se evaluó (sic) el caso adecuadamente, para garantizar que la paciente sea sometida a una intervención quirúrgica...' Al respecto en este inciso se determina una de las omisiones detectada en el examen de auditoría, existe el nombre y apellido del responsable, incluso la multa que le imponen, en cambio la sentencia atacada señala lo contrario por tal razón inadmite la demanda. En el examen Especial en el CAPÍTULO II ATENCIÓN MÉDICA en el inciso séptimo señala: 'Según el protocolo de cesárea, fue realizado entre las 10h15 y 11h35, mientras que en la hoja de anestesia consta que la intervención se llevó a cabo entre las 9h15 y 10h35 del 99.07.08 existiendo inconsistencia entre estos dos datos' Otra omisión del médico que intervino, no sepan a qué hora le operaron a mi cónyuge Inés Olivia Atahualpa Mejía, da mucho que (sic) decir, en unos documentos consta una hora determinada en otros diferente hora, requisitos básicos pero fundamentales que debió constar con exactitud a que (sic) hora se realizó la operación ni la Auditoría a (sic) podido determinar, por lo que me ratifico que existió negligencia médica, la sentencia atacada señala todo lo contrario. En este Examen Especial ibi dem (sic) señala en el inciso noveno establece omisiones en la intervención quirúrgica de la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía afirma: 'El protocolo operatorio se encuentra incompleto, no indica el número de 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 anestesiólogo, siendo asistida inmediatamente por médicos anestesiólogos e intensivistas'. No se incluyen en este protocolo, los procedimientos a los que fue sometida la paciente por parte de los médicos anestesiólogos o intensivistas que atendieron a la paciente durante la complicación presentada luego de la intervención, las mismas que debieron ser incluidas en la HC'. Estas afirmaciones que realiza el examen de auditoría determina omisiones culposas, existen responsables por lo que existe falta de aplicación del precepto constitucional*

28-  
reintegro

-4-  
cuatro

que señala ningún funcionario público está exento de responsabilidades Art. 120 de la Constitución de 1998, en la sentencia atacada no existen responsables por tal razón inadmite la demanda, como es de conocimiento de los señores Magistrados, todo servidor público somos responsables de nuestros actos nadie está exento de responsabilidades menos aun (sic) cuando se ha vulnerado un derecho constitucional como es el derecho a la vida de una madre de familia que deja tres hijos huérfanos. En el CAPÍTULO II ATENCIÓN MÉDICA en el inciso 19 ibi dem (sic).- del Informe de Auditoría está señalado como debió actuar el profesional anestesiólogo en su parte pertinente establece: **El Médico Especialista de la Auditoría Interna, concluye que para todos los casos en los que a un paciente se le ingresa para observación, deben existir notas de evolución que evidencie 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 anestesiólogo que va a colaborar con el cirujano en la intervención quirúrgica sea esta (sic) 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 este de recuperación anestésico quirúrgica o del Servicio de Terapia como el caso que se trata. Por lo tanto, los registros incompletos de manejo, administrativo técnico del caso, no permiten su adecuada evaluación (sic) posterior'** De lo expuesto, se concluye que el Médico Anestesiólogo que intervino en la atención brindada a la paciente Olivia Atahualpa, ha inobservado los artículos 371 de la LOAFYC y 58 literal a) de la LSCCA', esta afirmación realiza la misma Institución demandada pero la sentencia atacada, señala lo contrario no hay negligencia médica, no existe responsables, por lo que inadmite la demanda, señores Magistrados de la Corte Nacional de Justicia lo que invocamos es justicia". Además de lo anterior, el recurrente se refiere a la multa impuesta al Médico Anestesiólogo del Hospital Carlos Andrade Marín, indicando que el Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social señaló: "OMISIÓN CULPOSA POR NO OBSERVAR LAS DISPOSICIONES VIGENTES POR NO ESPECIFICAR EN EL PROTOCOLO OPERATORIO SI LA CESÁREA FUE ELECTIVA, EMERGENTE O PROGRAMADA" y agrega el recurrente: "esta afirmación realizada por la parte demandada cumpliendo con el precepto



A handwritten signature in black ink, located at the bottom right of the page.

*constitucional determina responsabilidades en el presente caso, la sentencia atacada no aplica este precepto constitucional por cuanto no determina ninguna responsabilidad de ningún servidor del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, según la sentencia atacada no existe responsable de esta mala práctica médica".* Como ya se indicó en este fallo, la valoración de la prueba es la operación mental que realiza el juzgador para subsumir los hechos en la norma y determinar la fuerza de convicción de los mismos para concluir si son ciertas o no las afirmaciones del actor y/o demandado, y esta facultad de valorar la prueba es privativa de los jueces de instancia; la sala de casación no puede entonces realizar una valoración nueva, distinta de las pruebas que obran de autos, lo que puede hacer es comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no los preceptos jurídicos relativos a dicha valoración, y si dicha infracción ha conducido a la violación de las normas de derecho. El artículo 115 del Código de Procedimiento Civil contiene el principio de valoración íntegra de la prueba, también denominado de unidad de la prueba. Esta Sala Especializada, en sentencia dictada el 22 de septiembre de 2006 dentro del proceso No. 336-2003 señaló respecto del principio enunciado por el recurrente: *"exige al juzgador el examen cuidadoso de cada uno de los medios probatorios; desestimar las pruebas indebidamente actuadas o impertinentes, y confrontar las admisibles para producir las conclusiones del caso"*. Hernando Devis Echandía señala al respecto: *"Principio de unidad de la prueba. Generalmente la prueba que se aporta a los procesos es múltiple: a veces los medios son diversos (testimonios, indicios, documentos, etc.); generalmente hay varias pruebas de una misma clase (varios testimonios o documentos, etc.). Significa este principio que el conjunto probatorio del proceso forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme"* (Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales, Tomo II, Octava Edición, 1984, Bogotá-Colombia, páginas 16 y 17). La sentencia que impugna el recurrente indica: *"la atención médica brindada, constituye acto absolutamente legal ya que para ello existe esta clase de centros médicos de alta complejidad; 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*

29-  
continuare

-5-  
año



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. El informe de Examen Especial practicado por la auditoría interna del IESS 'a la atención médica brindada a la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía.', las 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. 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". Del análisis de lo señalado por el recurrente y de lo considerado por los jueces del Tribunal de instancia en el acervo probatorio tomado en cuenta en el fallo impugnado, se aprecia que no han aplicado el principio de unidad de la prueba, según el cual, los jueces deben realizar un análisis cuidadoso de los elementos probatorios, ya que de ser así, habrían considerado los elementos señalados por el recurrente, más aún, si indican en la sentencia que se impugna, que la prueba que consideran es el examen especial de auditoría médica, verificándose la vulneración a este principio de valoración probatoria, y en consecuencia existencia de este yerro en la sentencia impugnada, por lo que se acepta el recurso de casación por este extremo, y en aplicación del inciso primero del artículo 16 de la Ley de Casación, corresponde a esta Sala Especializada actuar como tribunal de instancia y dictar la sentencia de mérito que corresponde, para lo que considera lo siguiente: 1) En cuanto a la pretensión del recurrente referente a la aplicabilidad de los efectos del silencio administrativo positivo, la Sala se remite a los fundamentos expuestos más adelante en el punto 2.3.3 de este fallo, conforme el cual no cabe se apliquen los efectos del silencio administrativo positivo previstos en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado al tratarse de un caso de responsabilidad patrimonial del Estado en los que se aplican los artículos 209 y 212 del Estatuto del

A handwritten signature in black ink, located at the bottom right of the page.

Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que prevén un plazo mayor (tres meses) y un efecto de denegación tácita a la falta de contestación, como en el citado punto 2.3.3 se explica. 2) Respecto a la responsabilidad objetiva del Estado, el primer inciso del artículo 20 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 dispone: *“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”*. Al tratarse de un tema referente a responsabilidad objetiva del Estado y a la prestación de un servicio público de salud por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, es necesario entender de qué se tratan cada uno de ellos. En cuanto a la responsabilidad objetiva del Estado, esta Sala Especializada, en sentencia dictada el 26 de junio de 2018 dentro del proceso No. 17741-2010-0139, indicó: *“Siendo las características esenciales de la responsabilidad objetiva: 1) El daño antijurídico entendiendo que 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 considerar 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. 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”*, y agregó: *“Es preciso resaltar que en materia de responsabilidad estatal, no se requiere “per se” que la actividad administrativa causante del daño sea ilegítima, o que en la misma intervenga el dolo o la culpa, distinguiéndose así de la responsabilidad civil de naturaleza subjetiva”*. Respecto al servicio público, Manuel María Díez señala: *“es la prestación que efectúa la administración en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general”* (Derecho Administrativo, Tomo III,

30-  
Frenta

-6-  
SEN



Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 1967, página 198). El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, conforme lo dispone el artículo 16 de la Ley de Seguridad Social, “*tiene por objeto indelegable la prestación del Seguro General Obligatorio en todo el territorio nacional*”, y conforme el literal b) del artículo 3 de la misma Ley, entre las contingencias cubiertas se encuentra la de maternidad. El artículo 105 de la misma Ley de Seguridad Social dispone: “**Art. 105.- Contingencia de maternidad.-** (Sustituido por el Art. 3 de la Ley s/n, R.O. 323-S, 18-XI-2010).- *En caso de maternidad, la asegurada tendrá derecho a: a. La asistencia médica y obstétrica necesaria durante el embarazo, parto y puerperio, cualquiera sea la calificación de riesgo del embarazo; b. Un subsidio monetario, durante el período de descanso por maternidad, en el caso de la mujer trabajadora; y, c. La asistencia médica preventiva y curativa del hijo, con inclusión de la prestación farmacológica y quirúrgica, durante el primer año de vida, sin perjuicio de la prestación de salud hasta los dieciocho (18) años de edad*”, hallándose dentro de las posibilidades la práctica de una cesárea. En el caso objeto de análisis, la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía ingresó al Hospital Carlos Andrade Marín del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en razón de su embarazo con el objeto de dar a luz a su bebé, y en este Hospital le practicaron una cesárea, quedando la señora en estado vegetativo por dos años, luego de lo cual falleció. La cesárea es definida en los lineamientos para la racionalización de la práctica de cesáreas en los establecimientos de salud del Sistema Nacional de Salud de la siguiente manera: “*intervención quirúrgica que permite extraer un feto mediante laparotomía e incisión de la pared uterina. Constituye un procedimiento obstétrico fundamental para reducir daños al recién nacido y a la madre, siempre y cuando se realice bajo justificación médica*”. En el caso objeto de análisis, se practicó una cesárea a la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía y quedó en estado vegetativo, lo que le causó un daño antijurídico patrimonial y extrapatrimonial que la víctima no estaba en la obligación jurídica de soportar. Como se señaló en el citado fallo dictado por esta Sala Especializada el 26 de junio de 2018 dentro del proceso No. 17741-2010-0139, no es necesario “per se” que la actividad causante del daño sea ilegítima, sino que exista un daño antijurídico patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar, como así lo ratifica igualmente la sentencia dictada el 26 de marzo de 2018 dentro del proceso No. 17811-2013-1795. Como se observa del proceso, además del estado vegetativo en el que quedó la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía luego de la

práctica de la cesárea y de su posterior fallecimiento, del examen especial de auditoría médica se aprecia que existieron incumplimientos de parte del médico anesthesiólogo del Hospital Carlos Andrade Marín relativos al protocolo operatorio ya que está incompleto, y la información de la historia clínica no contenía la información completa relativa precisamente a la cesárea practicada a la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, todo lo que repercute en la prestación del servicio por parte de la institución pública y en el cumplimiento de las obligaciones de los funcionarios públicos responsables de estas falencias. Habiéndose verificado la existencia de la responsabilidad objetiva del Estado, procede definir los términos de la reparación integral. Al efecto, la naturaleza y alcance de esta especie de resarcimientos dependen de los factores de determinación de la responsabilidad estatal y el daño ocasionado. Marcelo Costa Cabrera, cita a Jhoel Escudero respecto de la reparación integral, e indica: *“La reparación integral hace referencia a un amplio rango de medidas que pueden adoptarse a una violación real o potencial que abarca tanto a la sustancia de la ayuda, así como el procedimiento del cual se la pueda obtener. En esencia, no existen parámetros definidos para un único uso de la palabra pero para efecto del reconocimiento de los Estados, se expresa como una doble obligación hacia las víctimas: para que sea posible el alivio del daño sufrido y para proporcionar un resultado final que en realidad ocupa el daño”* (Las Acciones Contenciosas Administrativas en el Ecuador, Análisis Doctrinario y Jurídico, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, noviembre-2017, página 68). Esta Sala Especializada, en sentencia de mayoría dictada el 23 de mayo de 2018, y en sentencia dictada el 26 de junio de 2018 dentro de los procesos No. 17741-2014-0529 y No. 17741-2010-0139, respectivamente, señaló: *“el daño antijurídico probado, puede repercutir tanto en los bienes materiales del afectado así como en el ámbito inmaterial. Bajo esa lógica, cuando el daño es de carácter patrimonial la reparación por estos menoscabos se traduce en una indemnización pecuniariamente apreciable, mas si el perjuicio trasciende a los bienes personalísimos del afectado se procura compensar, por diversas vías, un daño de naturaleza invaluable. Considerando que no existen parámetros definidos para establecer las reparaciones de carácter integral, la ponderación de los daños y los efectos resarcitorios se han remitido al criterio y prudencia del juzgador; en consecuencia, con propósitos de apreciar diversos elementos para la tasación del quantum indemnizatorio y las medidas de compensación aplicables”*. El indicado fallo dictado el 26 de junio de 2018 dentro del proceso No.

31-  
Febrero/2010  
-7-  
siete

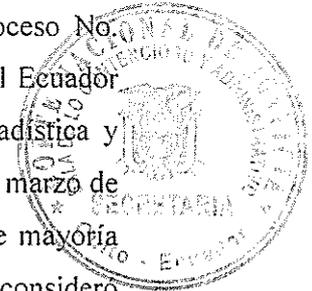


17741-2010-0139, también señaló: “...a modo referencial y en virtud de la similitud del caso en la determinación de la responsabilidad objetiva (accidente imputable a la administración pública) se cree pertinente revisar el siguiente pronunciamiento: Sentencia emitida el 24 de marzo de 2011, por el Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección C, Consejera ponente: Olga Mélida Valle de la Hoz, expediente: 25000-23-26-000-1995-01140-01 (18883): “2.4.- La indemnización de perjuicios.- Respecto a los perjuicios reconocidos en la sentencia apelada, la Sub-Sección procederá a realizar el análisis respectivo. 2.4.1.- Los perjuicios morales.- Establecido como está el parentesco con los registros civiles, esta Sub-Sección da por probado el perjuicio moral sufrido por los actores con ocasión de la muerte de su hijo y hermano, “por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el sufrimiento de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad...”, y agrega: “Al respecto, esta Sub- Sección considera que si bien es cierta la afirmación del Tribunal, se debe subrayar que el joven Santos Albarracín no desarrollaba actividad económica por encontrarse prestando el servicio militar obligatorio. En este sentido, de acuerdo con las reglas de la experiencia, esta Sub-Sección considera que se han de reconocer perjuicios materiales a título de lucro cesante durante el periodo comprendido entre la fecha en que el joven Santos Albarracín terminaría la prestación del servicio militar, y la fecha en la que cumpliría 25 años, pues como lo ha sostenido la Sección, se presume que un hijo ayuda a sus padres hasta el momento en el que inicia una vida independiente. No obstante, dado que no hay certeza de la fecha en la que el joven Santos Albarracín inició su servicio militar obligatorio como soldado bachiller, no puede establecerse la fecha a partir de la cual ha de contarse el tiempo para la liquidación de los perjuicios materiales, motivo por el cual se ordenará que sean liquidados de acuerdo con las reglas que a continuación se establecen las cuales deberán ser aplicadas desde el día en que efectivamente se habría finalizado la prestación del servicio hasta el 6 de marzo de 2000, fecha en la que el occiso habría cumplido 25 años de edad. 2.4.2.1.- Reglas para tasar los perjuicios materiales.- 1. Se aplicará la fórmula del lucro cesante consolidado, a efectos de liquidar los perjuicios materiales a favor de los padres del occiso, para lo cual tendrá como salario base de

liquidación el salario mínimo mensual legal vigente a hoy. 2. A la suma resultante se adicionará el 25% por prestaciones sociales y se deducirá de dicho valor, el 25% correspondiente al valor aproximado que el joven Santos Albarracín destinaría para su propio sostenimiento, dando como resultado la base de la liquidación. 3. Dicha base deberá ser dividida entre dos con el fin de establecer el salario base de liquidación para cada uno de los padres beneficiarios, como quiera que se entiende que el 100% se distribuiría en un 50% para cada progenitor supérstite. 4. Para la liquidación del período consolidado, se aplicará la fórmula matemático actuarial utilizada por la jurisprudencia para la liquidación de dicho perjuicio, donde “i” es una constante y “n” corresponde al número de meses transcurridos desde la fecha en que el joven Santos Albarracín habría terminado de prestar su servicio militar, hasta la fecha de la presente providencia:  $S = Ra (1 + i)^n - 1$ . Tomando en cuenta derecho comparado, el Consejo de Estado de la República de Colombia, en fallo expedido el 15 de octubre de 2008 dentro de un proceso instaurado por estado vegetativo y muerte de un familiar, señala: “La Sala encuentra perfectamente identificado el perjuicio moral reclamado por el estado vegetativo en que quedó el menor por dos meses. En efecto, se logró acreditar que los familiares del menor Rodríguez padecieron durante dos meses angustia, tristeza y congoja al ver a su ser querido en estado de coma, ignorando su verdadero estado y con la incertidumbre de su pronta recuperación. Ese sufrimiento constituye un perjuicio independiente y cuantificable, pues no es lo mismo tener a un ser querido vivo y consiente internado en un hospital, frente a quien se tiene la certeza de su supervivencia a pesar de las consecuencias, que encontrarse en la situación de los demandantes, respecto de quienes es dable afirmar que enfrentaron una mayor angustia y tristeza al no conocer durante dos meses la suerte de su familiar, no poder hablarle ni expresarle sus sentimientos debido a su estado, ni conocer si podría sobrevivir. Tampoco es equiparable dicha situación respecto de los familiares que pierden a su ser querido instantáneamente, quienes no se ven obligados a soportar la agonía de una persona inconsciente y sin probabilidades de mejoría”, y agregó: “Se encuentra igualmente acreditado que los demandantes experimentaron tristeza, congoja y angustia con ocasión de la muerte del menor Rodríguez; se advierte que vivieron tal experiencia en una dimensión diferente a la de otras personas, en consideración a que tenían la esperanza y la ilusión de que su familiar en algún momento despertara y mejorara. Al no ser así, al momento de la muerte de su ser querido, quedaron agotadas

-32-  
treinta y seis  
-8-  
ocho

todas sus expectativas y esfuerzos, quedando sumidos en un estado de depresión que debe ser reparado". Siguiendo la línea jurisprudencial expuesta en el indicado fallo dictado por esta Sala Especializada el 26 de junio de 2018 dentro del proceso No. 17741-2010-0139, se considera que la expectativa de vida para la mujer en el Ecuador es de setenta y nueve (79) años, conforme el Instituto Ecuatoriano de Estadística y Censos (INEC). En este fallo, así como en la citada sentencia dictada el 26 de marzo de 2018 dentro del proceso No. 17811-2013-1795, y en la referida sentencia de mayoría dictada el 23 de mayo de 2018 dentro del proceso No. 17741-2014-0529, se considero para el cálculo del valor del quantum indemnizatorio la remuneración básica unificada, es decir, trescientos ochenta y seis dólares de los Estados Unidos de América (USD\$386,00), al no contar con el dato relativo al valor mensual que percibía la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, quien falleció a la edad de 45 años, sin embargo, quedó en estado vegetativo cuando tenía 41 años, producto de la atención médica que por la práctica de la cesárea se le dio en el Hospital Carlos Andrade Marín, por lo que para calcular el quantum indemnizatorio, se debe considerar los 41 años, ya que desde ese entonces la persona no podía desarrollar ninguna actividad productiva, por tanto para efectos del cálculo se considerará 38 años, que es el resultado de restar los 41 años de los 79 años, debiéndose multiplicar en consecuencia este número por 12 meses y por trescientos ochenta y seis dólares de los Estados Unidos de América (USD\$386,00), dando como resultado el valor de ciento setenta y seis mil diez y seis dólares de los Estados Unidos de América (USD\$176.016,00). Respecto de los daños inmateriales, como se indicó, las medidas son de carácter compensatorio, por lo que queda a prudencia del juzgador determinarlos. Tomando en cuenta que la persona fallecida era madre de tres niños, el último de los cuales ni siquiera pudo disfrutar de su madre, y de los perjuicios morales producidos a sus herederos, esta Sala Especializada considera que como compensación al daño inmaterial causado, se pague el valor equivalente al 50% de la remuneración mensual básica unificada de trescientos ochenta y seis dólares de los Estados Unidos de América (USD\$386,00) por los treinta y ocho (38) años, resultantes asimismo de la resta de los 79 años de expectativa de vida y los 41 años a los que la señora falleció, debiéndose en consecuencia multiplicar 38 por 12 meses y por ciento noventa y tres dólares de los Estados Unidos de América (USD\$193), lo cual da como resultado el valor de ochenta y ocho mil ocho dólares de los Estados Unidos de América (USD\$88.008,00); además, se disponen las siguientes medidas: 1) La presente sentencia



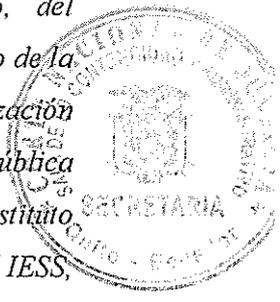
*[Handwritten signature]*

constituye “per se” una medida de reparación de naturaleza inmaterial por lo que se dispone su publicación en el Registro Oficial; 2) que se de atención psicológica gratuita al señor Segundo Iván Morales Parra y a sus hijos Iván Andrés Morales Atahualpa, Anthony Javier Morales Atahualpa y Daniel Rodolfo Morales Atahualpa, también hijos de la fallecida señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, durante toda la vida de estas personas; 3) que por el daño antijurídico causado, se ofrezcan disculpas públicas por parte del Hospital Carlos Andrade Marín a estas personas y a los familiares de la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, por medio de su representante legal, las que deberán ser publicadas por una ocasión en un diario de circulación nacional, así como en un lugar visible y de fácil acceso de la página principal de su portal web institucional, por el plazo de 4 meses; 4) que el Servicio de Gineco- Obstetricia del Hospital Carlos Andrade Marín tendrá el nombre: “Inés Olivia Atahualpa Mejía”.

**2.3.3.- En cuanto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por errónea interpretación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado.-** Esta norma dispone: *“DERECHO DE PETICION.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan”*. Es importante analizar esta disposición normativa, ya que en la sentencia impugnada se observa que el ahora recurrente pretende, por silencio administrativo positivo, obtener el pago de indemnización por daños y perjuicios. El recurrente señala: *“El efecto positivo del silencio administrativo, genera, como lo sostiene la doctrina y la reiterada jurisprudencia, un accionar procesal autónomo cuyo propósito es que los órganos judiciales viabilicen el cumplimiento de los derechos*

-33-  
prente/pe

-9-  
nueve



nacidos como consecuencia de la falta de respuesta administrativa a las peticiones o reclamos promovidos por los administrados; no se trata en este caso, del reconocimiento de derechos, sino de la ejecución de aquellos que por el ministerio de la ley han sido establecidos y determinados. Mi reclamo administrativo de indemnización por mala práctica médica acogida en el Art. 20 de la Constitución de la Republica vigente desde el 11 de agosto de 1998, fue presentado al Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en calidad de representante legal de la entidad IESS, el 28 de enero del 2004, la contestación administrativa notificada el 5 de marzo del 2004, suscrito por el Ingeniero Jorge Enrique Madera Castillo, Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, es decir más del tiempo que establece el Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, dejando en evidencia que mi reclamación fue aceptada por el Ministerio de la Ley, en virtud de lo cual, el pronunciamiento del Director General no solo que fue extemporáneo sino que carece en absoluto valor jurídico al haber causado efecto lo dispuesto por la Ley de Modernización del Estado". Esta Sala Especializada, en sentencia dictada el 26 de junio de 2018 dentro del proceso No. 17741-2010-0139, señaló: "La jurisprudencia ha considerado al silencio administrativo positivo como un derecho autónomo; y para que opere, conforme también lo ha señalado en forma reiterada la Sala, es menester que se cumplan al menos los siguientes requisitos: a) que la solicitud se haya dirigido a autoridad competente para aceptar o negar lo pedido; b) que exista la certificación que indique el tiempo transcurrido desde que se petitionó sin recibir respuesta; y, c) que lo solicitado, de ser aceptado, no esté afectado de nulidad absoluta o sea contrario a derecho", y además: "el acto administrativo presunto que se derive del silencio administrativo debe ser regular. De conformidad con el criterio de los actos administrativos regulares, afianzado en la doctrina y la legislación comparada, se entiende por acto administrativo regular aquél merecedor de la protección jurídica que se desprende de la presunción de legitimidad, por no contener vicios invaliables, que ordinariamente se han de presentar de manera manifiesta. Por exclusión, son actos administrativos regulares aquéllos respecto de los cuales no se puede sostener una causa de nulidad prevista en la ley. En este sentido y a manera de ejemplo, no son regulares, los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que se entenderían expedidos por autoridad incompetente o aquéllos cuyo contenido se encuentra expresamente prohibido en la ley, es así que, en lo que respecta a los actos

*administrativos presuntos derivados del silencio administrativo con efectos positivos, no es posible sostener razonablemente que la omisión de la administración pueda transformar lo que originalmente es ilícito en lícito. Un acto Administrativo es irregular, cuando el vicio que entraña su nulidad de pleno derecho ha de ser manifiesto o evidente). En cuanto al término de 15 días previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado que el ahora recurrente alega como incumplido, por lo que cabría, a su criterio, el efecto positivo del silencio administrativo, esta Sala Especializada, en la citada sentencia dictada el 26 de junio de 2018 dentro del proceso No. 17741-2010-0139, señaló: “El artículo 209 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva dispone que para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a la que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política de la República de 1998, actualmente consagrado en el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República vigente, los particulares exigirán directamente a las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios de los que provinieren el presunto perjuicio, las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio o por el funcionamiento de los servicios públicos. La reclamación será inmediatamente puesta en conocimiento de la Procuraduría General del Estado para la coordinación de la defensa estatal. De su parte el artículo 212 ibídem establece que si las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios niegan la indemnización reclamada en forma total o parcial o se abstienen de pronunciar la resolución en el plazo de tres meses, el interesado tendrá derecho a la acción contenciosa contra ellos, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente. Al respecto, se advierte que los actores cursaron un requerimiento administrativo para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial generada por el accidente aéreo que nos ocupa, la cual aducen, no fue resuelta en el término de 15 días previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización; para el caso, el término alegado no resulta aplicable en virtud de que existe disposición expresa que contempla un plazo diferente para que la autoridad administrativa se pronuncie sobre este tipo de petitorios, y que, de no hacerlo, el efecto no es el silencio administrativo positivo como indebidamente aducen los actores, sino más bien la denegación tácita, la cual posibilita a los reclamantes acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa para judicializar el reconocimiento de su derecho. Este Tribunal precisa que el Silencio Administrativo puede prosperar en aquellos casos en*

34-  
reinterjudo  
-10-  
diez



los cuales el Estado ejerce la potestad de imperio frente al administrado interesado, a quien además le corresponde probar ante la administración fundamentalmente la existencia del daño y la relación causal que vincula al Estado como el responsable objetivo de aquél. Por manera que, en materia de reclamos indemnizatorios, los jueces operan en materia de gestión y no de imperio, como es el caso de responsabilidades contractuales o extracontractuales, no puede, por la materia misma, prosperar el efecto positivo del silencio administrativo, ya que ello significaría que, la falta de respuesta administrativa, permitiría que el particular imponga a la administración, un reconocimiento, automático de hechos y de los valores, sin que las instituciones públicas tengan posibilidad alguna de investigar, formar una verdad sobre el caso y decidir sobre la petición. Lo dicho precisamente permite comprender el alcance de las disposiciones citadas en el párrafo precedente, que contiene un procedimiento previo, con intervención de la Procuraduría General del Estado y un efecto distinto al del silencio administrativo positivo; el cual permite a los peticionarios acceder a la vía jurisdiccional, para que en acción directa puedan demandar el pago de indemnizaciones". Elementos que considera esta Sala Especializada, siguiendo esta línea jurisprudencial, ya que en el caso objeto de análisis, el ahora recurrente, cursó un requerimiento administrativo al Director General del IESS (autoridad competente) para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial que consideraba generada por el estado vegetativo en el que quedó su cónyuge, señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, posterior a la práctica de la cesárea en el Hospital Carlos Andrade Marín y su posterior fallecimiento, la cual señala no fue resuelta en el término de 15 días previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado; norma legal que como se observa no resulta aplicable, en virtud de que existe disposición expresa que contempla un plazo diferente para que la autoridad administrativa se pronuncie sobre este tipo de petitorios, y que, de no hacerlo, el efecto no es el silencio administrativo positivo como indebidamente aduce el ahora recurrente, sino más bien la denegación tácita, la cual posibilita a los reclamantes acudir a la jurisdicción contencioso administrativa. Por lo expuesto, al no demostrarse la existencia de este yerro en el fallo impugnado, se rechaza el recurso de casación por este extremo.

**2.3.4.- En cuanto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos 17, 18, numeral décimo tercero del artículo 24, 47, 120, 196, 272 y 273 de la Constitución Política de la República del Ecuador de**

1998, así como del numeral 23 del artículo 66 y de los artículos 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008.- Estas normas se refieren a las garantías de los derechos humanos, su aplicabilidad, atención prioritaria a los niños y adolescentes, impugnabilidad de los actos administrativos, responsabilidad de los servidores públicos, prevalencia de la Constitución, debido proceso y seguridad jurídica. El recurrente en su fundamentación se refiere en cuanto a todas las normas enunciadas al derecho a la vida, y en el caso del artículo 120 también a la responsabilidad de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, indicando que el más alto deber del Estado es respetarla, lo cual se violentaría al dejar en estado vegetativo a su esposa y su posterior fallecimiento, sin que en la sentencia que impugna se haya considerado la protección y garantía de este derecho, ni la seguridad jurídica. Respecto del artículo 196 indica: *“La sentencia atacada de aplicar el Art. 196 de la Constitución de 1998 se hubiera referido a los oficios enviados por el Ab. Iván Morales Parra, dirigidos al Director General del IESS, con el fin de determinar si los actos administrativos del Instituto son legales o ilegales, la sentencia atacada no dice nada al respecto, para justificar este silencio, señores Magistrados qué acto se podía impugnar si el Instituto no hizo absolutamente nada, nunca me comunicaron del examen especial”*, asunto al que también se refiere al argumentar en cuanto al numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008. El yerro de falta de aplicación se produce cuando la sentencia o auto que se impugne no hacen constar la normativa pertinente o no tratan el asunto jurídico objeto de análisis, debiendo demostrarse además su trascendencia. Se observa del fallo impugnado que en sus considerandos quinto y sexto se trata del asunto jurídico referente al derecho a la vida de la paciente Inés Olivia Atahualpa Mejía, lamentablemente fallecida, y a la responsabilidad de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, por lo que no existe la falta de aplicación alegada por el recurrente, adicional a esto el recurrente al referirse a la presunta falta de aplicación del artículo 196 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 y del numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, indica que no existe un acto administrativo impugnado, por lo que no era necesario se tomase en cuenta estas normas en el fallo. Se aprecia del recurso interpuesto, en cuanto al artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008 que el recurrente transcribe parcialmente la norma constitucional y no fundamenta en derecho cómo se vulnera este principio constitucional, sin que sea suficiente para

casar una sentencia que el recurrente solo indique que no se aplicó la norma. Estos yerros en la formulación del recurso no pueden ser subsanados por esta Sala Especializada, ya que su correcta fundamentación es carga procesal del recurrente. Al no demostrarse la existencia de estos yerros, se rechaza el recurso de casación por este extremo.

35  
Acuña / curro  
-11-  
once



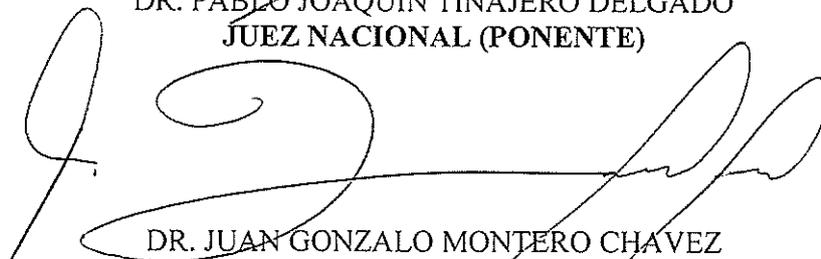
### III.- DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, 3.1.-** Se acepta el recurso de casación respecto a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por lo que se casa la sentencia dictada el 15 de enero de 2010 por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo dentro del proceso No. 11484-2004; y, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación se dicta la sentencia de mérito en los términos establecidos en el numeral 2.3.2 de la presente resolución. **3.2.-** Se acepta la demanda declarándose la responsabilidad objetiva del Estado por prestación deficiente de servicios públicos, y se condena al Estado ecuatoriano, por intermedio del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, legitimado pasivo de la presente acción, al pago de la siguiente reparación integral: daño material: ciento setenta y seis mil diez y seis dólares de los Estados Unidos de América (USD\$176.016,00) y daño inmaterial: ochenta y ocho mil ocho dólares de los Estados Unidos de América (USD\$88.008,00), resultando una indemnización total de doscientos sesenta y cuatro mil veinte y cuatro dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD\$264.024). **3.3.-** El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social pagará a la parte actora el monto indicado en el plazo de 15 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia. **3.4.-** Conforme lo expuesto en el numeral 2.3.2 de este fallo, se dispone: **1)** que se de atención psicológica gratuita al señor Segundo Iván Morales Parra y a sus hijos Iván Andrés Morales Atahualpa, Anthony Javier Morales Atahualpa y Daniel Rodolfo Morales Atahualpa, también hijos de la fallecida señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, durante toda la vida de estas personas; **2)** que por el daño antijurídico causado, se ofrezcan disculpas públicas por parte del Hospital Carlos Andrade Marín a estas personas y a los familiares de la señora Inés Olivia Atahualpa Mejía, por medio de su representante legal, las mismas que deberán ser publicadas por una ocasión en un

diario de circulación nacional, así como, en un lugar visible y de fácil acceso de la página principal de su portal web institucional, por el plazo de 4 meses; 3) que el Servicio de Gineco-Obstetricia del Hospital Carlos Andrade Marín tendrá el nombre: “Inés Olivia Atahualpa Mejía”. 4) Que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en aplicación a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, ejerza el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido. Actúe la doctora Nadia Armijos Cárdenas como Secretaria Relatora, conforme consta en la acción de personal No. 6935-DNTH-2015-KP, de 1 de junio de 2015. Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.-



**DR. PABLO JOAQUIN TINAJERO DELGADO  
JUEZ NACIONAL (PONENTE)**



**DR. JUAN GONZALO MONTERO CHAVEZ  
CONJUEZ NACIONAL**



**AB. CYNTHIA GUERRERO MOSQUERA  
JUEZA NACIONAL**