

Resolución No. 246-2012

JUEZ PONENTE: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, 24 de agosto de 2012.- Las 13h15.-

VISTOS: En virtud de que los Jueces y Jueza 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, conforme los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación. En la tramitación de esta causa se han observado todas las solemnidades inherentes, por lo que se declara la validez procesal. Y estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera: **PRIMERO.-** El doctor César Augusto Ochoa Balarezo, en su calidad de Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Azuay, Cañar y Morona Santiago, interpone recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 3 con sede en la ciudad de Cuenca, el 14 de enero de 2010, a las 15h25, dentro del juicio contencioso administrativo que siguen los señores: cónyuges Deifilio Larriva Polo y Teresa González Harris (*padres de la fallecida Dra. Guadalupe Larriva González, y abuelos maternos de la fallecida Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva*), y Fausto Rodrigo Ávila Ávila y Alba Argentina Encalada Zamora (*abuelos paternos de la fallecida Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva*), y otros accionantes constituidos en parte procesal en virtud de la acumulación de autos decretado en la causa por el Juez A quo, esto es son también parte procesal la señora y el señor Priscila Ávila Larriva y Rodrigo Ávila Larriva (*hijos de la fallecida Dra. Guadalupe Larriva González, y hermanos de la fallecida Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva*); en contra del Presidente de la República y otros. **SEGUNDO.- 2.1.-** En la sentencia objeto del presente recurso, el Tribunal A quo resolvió textualmente: “*aceptar la*

demanda en los términos detallados en el Considerando Noveno, disponiendo que los pagos se realicen en el plazo de sesenta días a contarse de la ejecutoria de esta sentencia. Se tendrá en cuenta para los fines consiguientes el derecho de repetición, previsto en el art. 11, numeral 9, de la Constitución vigente, en cuanto establece: ‘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’. Esto es en cuanto se determine la responsabilidad, en contra de quienes así se establezca. sin costas, pues el estado no se ha opuesto a las pretensiones, sin fundamento”.

2.2.- El Director Regional de la Procuraduría General del Estado fundamentó su recurso en la infracción de los artículos: 11 numeral 9; 76 numeral 7, literal 1); 82 y 237 de la Constitución Política; 113, 115, 116 269, 273, 274, 276 y 286 del Código de Procedimiento Civil; 2220 y 2230 del Código Civil; y, 1, 2 y 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; y, con fundamento en las causales primera, tercera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, sosteniendo que la sentencia incurre: con respecto a la causal primera, en falta de aplicación de los artículos 2220 y 2230 del Código Civil; en relación con la causal tercera, falta de aplicación de los artículos 113, 115 y 116 del Código de Procedimiento Civil; en lo referente a la causal cuarta, por omisión de resolver en la sentencia todos los puntos de la litis; y, en lo que concierne a la causal quinta, por cuanto el fallo materia del recurso no contiene los requisitos exigidos por la Ley. **2.3.-** En providencia de 8 de septiembre de 2010, esta Sala ha concedido a trámite al recurso propuesto y para resolver lo pertinente considera. Se realizará el examen de las causales de casación alegadas por la institución casacionista, en el siguiente orden: primeramente la causal quinta, después, si es que es necesario, la causal cuarta, posteriormente de ser el caso la tercera, para concluir, si ello resulta pertinente, con la causal primera. **TERCERO.- 3.1.-** Afirma la institución recurrente que la sentencia incurre en el vicio previsto en la **causal quinta** del artículo 3 de la Ley de Casación, la que establece: "*Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o*

incompatibles", porque afirma que: "**La sentencia no contiene los requisitos exigidos por la ley.**- De acuerdo al art. 76 literal l) de la Constitución Política vigente, en concordancia con los artículos 274,275,276 y 286 del Código de Procedimiento Civil, toda resolución deberá decidir con claridad los puntos que fueran materia de resolución expresando de la misma manera lo que se manda o resuelve, apoyándose en una correcta fundamentación y motivación debidamente expresada junto con los motivos de la decisión, sin embargo la sentencia en cuestión contradice las normas jurídicas antes referidas, en los siguientes puntos: -Falta de motivación.- Los diversos fallos dictados por la ex Corte Suprema de Justicia, actualmente Corte Nacional, mencionan las características que las sentencias deban contener para que se entiendan debidamente motivadas, y se menciona que la resolución debe ser: *Expresa, clara, completa, legítima y lógica.* La sentencia recurrida no cumple con algunas de estas características fundamentales, como las siguientes: .- No es CLARA, (ART. 274 Y 275 del Código de Procedimiento Civil), a lo largo de la misma se reconoce en más de una ocasión que los criterios de valoración expuestos en ella por los señores magistrados del Tribunal de lo Contencioso Administrativo Nro. 3 con sede en la ciudad de CUENCA, son rebatibles en especial en la consideración NOVENA de la sentencia, se utilizan razonamientos contenidos en frases que en lugar de aclarar confunden [...]. En el presente caso se hacen alusiones a hechos completamente ajenos a la causa como son los casos llevados a conocimiento de la Corte Interamericana supongo de Derechos Humanos, la Convención Americana, supongo también de derechos humanos, pero tanto lo uno como lo otro se hace únicamente de manera enunciativa sin establecer sus pertinencia de aplicación en el presente caso y menos aun vinculándolos con alguna norma legal de nuestro ordenamiento jurídico. Peor aún, no se refieren a los hechos que deben ser materia del Juzgamiento, es decir a los hechos sobre los que se traba la litis. Estos se pueden resumir en los siguientes puntos: [...] La sentencia recurrida carece de LÓGICA, jurisprudencia ecuatoriana resalta que las resoluciones deben ser: a) Congruentes, en cuanto a las afirmaciones, las deducciones, y las conclusiones deben guardar

adecuada correlación y concordancia entre ellas; b) No contradictorias, en el sentido de que no se empleen en el razonamiento juicios contrastantes entre sí, que al oponerse se anulan; c) Inequívoca, de modo que de los elementos de raciocinio no dejen lugar a dudas sobre su alcance y significado, y sobre las conclusiones que determinan.- En la consideración SEXTA, el Tribunal se compromete a realizar en la misma sentencia un estudio a lo relativo a la determinación de montos a pagarse a los actores, al parecer pretende dar cumplimiento con aquello en la consideración NOVENA, pero en ella lo único que hace es referirse a casos sometidos a la Corte Interamericana de derechos humanos, jamás se hace una determinación detallada, clara, congruente de los montos que dispone el pago en la parte resolutive de la misma, a esto no se le puede llamar estudio.- La sentencia debe conducir a la CERTEZA en las partes de que lo resuelto se halla enmarcado en derecho y se ha aplicado de manera justa y ecuánime la ley, en el presente caso lamentablemente no convence siquiera a los señores magistrados del tribunal, autores de la misma, basta con analizar la referida NOVENA consideración, en la cual prevalecen las dudas de los juzgadores, al admitir más de una vez que los criterios expuestos en ella son rebatibles.-”

3.2.- La impugnación por esta causal quinta se sustenta en definitiva, en que la sentencia no está debidamente motivada y que incurre en contradicciones. Ahora bien, conforme el literal l del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, *“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho...”*. En este sentido los artículos 274 a 276 del Código de Procedimiento Civil establecen que las sentencias y 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; de igual manera expresarán con claridad lo que se resuelve y los asuntos que van a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión. En las Resoluciones 301, expedida el 20 de mayo de 1999, dentro del juicio 633-95, y

publicada en el Registro Oficial N° 255 de 16 de agosto de 1999; y 558, expedida el 9 de noviembre de 1999, en el juicio 63-99 y publicada en el Registro Oficial N° 348, del 28 de diciembre de 1999, de la ex Corte Suprema de Justicia, se ha señalado lo que debe entenderse por motivación, citando los criterios expuestos por el tratadista Fernando de la Rúa (Teoría General del Proceso, Depalma, Buenos Aires, 1991, páginas 150 y siguientes) en su parte pertinente: *"El juzgador debe tener en cuenta los requisitos necesarios para que la motivación de la sentencia sea adecuada. Para que la fundamentación sea válida, debe ser a la vez expresa, clara, completa, legítima y lógica. La sentencia está formada por una serie eslabonada de argumentos, razonamientos y decisiones que culminan en la conclusión final la cual constituye el dispositivo en que se expresa el concreto mandato jurisdiccional. En ese camino, el juez debe plantearse sucesivos interrogantes (cuestiones), emitiendo sobre cada uno de ellos una respuesta afirmativa o negativa (conclusiones). Cada conclusión constituye el precedente sobre el cual se resolverá la cuestión siguiente, hasta llegar a la principal, cuya respuesta constituirá la decisión. Para ello, el deber de resolver todas las cuestiones se presenta ahora también como un aspecto del contenido de la motivación, en tanto cada conclusión o decisión debe ser fundamentada[...]. La motivación debe ser completa, para lo cual tiene que abarcar los hechos y el derecho. Respecto de los hechos, debe contener las razones que llevan a una conclusión afirmativa o negativa sobre la existencia de los episodios de la vida real con influencia en la solución de la causa. Para ello, tiene que emplear las pruebas incorporadas al proceso, mencionándolas y sometiéndolas a valoración crítica. No es suficiente que el juez se expida sobre el sentido del fallo, sino que debe exponer las razones y fundamentos que lo determinan. Por eso no puede dejar de indicar las pruebas utilizadas, ni soslayar su análisis crítico mediante alusiones globales a los elementos probatorios reunidos, o por un resumen meramente descriptivo de ellos, sin explicar el valor que les atribuye, el criterio selectivo empleado y las conclusiones que extrae. El juez debe consignar las conclusiones de hecho a que llega, y esta exigencia atañe ya a la fundamentación en derecho de la sentencia, porque*

constituirá la base de aplicación de la norma jurídica. La motivación en los hechos está constituida por la valoración probatoria: la fundamentación en derecho tiene como punto de partida la fijación de esos hechos [...]. En resumen: para motivar la sentencia en los hechos, el juez debe demostrarlos; para fundarla en derecho, debe describirlos (y luego, como se verá, calificarlos, encuadrándolos en la norma jurídica)... Para motivar en derecho la sentencia, el tribunal debe, además, justificar en el texto de la ley la conclusión jurídica [...]". **3.3.- Este Tribunal de casación se percata de que efectivamente la sentencia del Tribunal de Instancia no es nada clara, al pretender aplicar al presente caso un precedente judicial que nada tiene que ver con el caso en cuestión,** pues el traer a colación (para fundar incluso el valor de la indemnización) el tristemente célebre caso de la profesora Consuelo Benavides Cevallos, que se trató ante una Corte Internacional de Derechos Humanos, con alegaciones entre otros aspectos de desaparición forzosa y tortura por los órganos de seguridad del Estado, son temas que en forma alguna nada tienen que ver con el caso que aquí se ventila, pues emular los dos casos, sería como tácitamente aceptar que en este caso hubo, por ejemplo, el delito de torturas de por medio, lo cual es inaceptable. Simplemente el Tribunal de instancia dice que *"Por los antecedentes expuestos, este Tribunal, toma un punto de referencia, aunque también rebatible y es el de la profesora Consuelo Benavides Cevallos, a quien el Estado ecuatoriano, el 12 de junio de 1998, le había entregado un cheque por un millón de dólares de los Estados Unidos de América a los padres de la señorita Benavides Cevallos, siendo de resaltar que la Corte Interamericana, aprueba en todos sus términos la propuesta de solución amistosa, por encontrarse ajustada al propósito de la Convención Americana."*, es decir -sin más- se toma "como punto de referencia" un caso que no se parece en nada al que aquí se discute, donde definitivamente no existen posibles torturas, ni supuesta desaparición forzosa ni situaciones parecidas. **Lo anterior nos lleva al convencimiento de que la sentencia de instancia incurrió en la causal quinta del artículo tres de la Ley de Casación propuesta por la Procuraduría General del Estado, y así se lo declara,** haciendo por tanto innecesario continuar analizando las

demás causales de casación propuestas para este efecto. **CUARTO.-** Para proceder conforme el Art. 16 de la Ley de Casación, y para expedir la sentencia que en lugar de la casada corresponde, este Tribunal de Casación considera lo siguiente: **4.1.- Que la PGE alega que:** *"Al no existir normas específicas aplicables en este caso, se debió observar lo contenido en el Código Civil, respecto al derecho de daños, concretamente al contenido de los artículos 2220 y 2230. En el supuesto no consentido de que el Estado deba indemnizar a los actores por las lamentables muertes de CLAUDIA FERNANDA ÁVILA LARRIVA y GUADALUPE LARRIVA GONZÁLEZ, se debió establecer con claridad la participación de cada una de estas damas en el acto público en el que lamentablemente ocurrió el accidente que segó sus vidas, tomando en cuenta los siguientes importantes aspectos: 1.- La señorita Claudia Ávila Larriva, era menor de edad, no pertenecía a las Fuerzas Armadas y tampoco estuvo entre las invitadas oficiales al acto castrense en el cual ocurrió su fallecimiento. Dependía de la Autorización de su señora Madre, para abordar el helicóptero de combate, artillado de propiedad de las Fuerzas Armadas Ecuatorianas, más aun en su calidad de menor de edad, debiendo el Tribunal tomar en cuenta los artículos 2220 y 2230 del Código Civil; y, 2.- En el caso de la Doctora Guadalupe Larriva González, se desempeñaba como MINISTRA DE DEFENSA, por lo tanto máxima autoridad administrativa de esta cartera de Estado, invitada oficial al acto castrense, madre de la menor Claudia Fernanda Ávila Larriva. Voluntariamente se expuso al riesgo que conlleva trasladarse en una herramienta de guerra, en plena demostración de ejercicios bélicos, autorizando además el traslado de su hija, en la mismas condiciones, debiendo observarse las normas antes citadas, que resulten justamente este tipo circunstancias. Aspectos que no fueron tomados en cuenta en ninguna parte de la sentencia recurrida, con la finalidad de establecer los montos que se mandan a pagar en la misma, de considerar el Tribunal, como efectivamente lo hace que se debe indemnizar a las partes."* (las negrillas son nuestras). **4.2.-** Al respecto, los demandantes señores/as Deifilio Larriva Polo y otros/as, contradicen lo expuesto por la PGE, y en lo principal manifiestan: *"En suma,*

¿para qué se debía acudir a dos normas del Código Civil ajenas a la litis? La responsabilidad extracontractual del Estado se integró al ordenamiento jurídico ecuatoriano en la Constitución que entró en vigencia en agosto de 1969, en el artículo 27, y luego se ha mantenido casi sin variaciones mayores en las demás Constituciones, hasta culminar en la actual, cuyos artículos 11, número 9, incisos primero y segundo; 53; 54; 97; 172 y 233 cubren todas las posibilidades al respecto, y que, procesalmente, se han reglamentado en el Código Orgánico de la Función Judicial, dictado apenas hace pocos meses atrás. Ninguna ley, en el transcurso que va desde 1969 hasta hoy, ha desarrollado esta institución jurídica. Por otra parte, los artículos 2289 y siguientes del Código Civil promulgado en diciembre de 1860 regulaban los daños causados por los delitos y cuasi delitos y esas normas vinieron repitiéndose a lo largo de todas las codificaciones del Código Civil expedidas posteriormente. Entonces, si la responsabilidad derivada de los delitos o de los cuasidelitos, denominadas subjetiva, fuese igual que la responsabilidad objetiva de naturaleza constitucional, ¿por qué recién hace cuarenta años ésta se integró a la Constitución, si hace cerca de siglo y medio ya formaba parte del Derecho Civil? Y ¿para qué? Las respuestas se hallan en que son dos instituciones distintas y que, por lo tanto, las normas del Código Civil sobre la responsabilidad subjetiva no son necesariamente aplicables a los casos de responsabilidad objetiva.". (Las negrillas son nuestras).

QUINTO.- 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, capítulos 2 y 3, pgs. 535 a 562, se determina que: **5.1.- 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. Puede decirse, en términos generales, que el principio de la responsabilidad por parte del Estado ha pasado por tres etapas. Primera etapa: la irresponsabilidad.** Hasta la segunda mitad del siglo XIX, se consideraba por regla general que el Estado no era responsable de los daños que causara con ocasión de su actividad. Esa solución que nos parece tan

criticable en la época presente, se fundamentó especialmente en la idea de *soberanía*, la cual implicaba que las actuaciones del Estado eran indiscutibles, mal entendiéndose que la esencia de la soberanía consistiría en imponerse a todos sin compensación alguna. Se consideró entonces que si bien el Estado no sería responsable por los daños que causara su actividad sí lo eran sus agentes que directamente los causaban. En segundo lugar, la responsabilidad del Estado aparecía cuando una ley expresamente la consagraba para un caso determinado, como sucedió en Francia desde comienzos del siglo XIX con los daños causados por trabajos públicos. En tercer lugar, con ocasión de la aplicación de la teoría de los actos de poder y los actos de gestión, se consideró que el Estado era irresponsable frente a los daños causados por su actividad de poder, pero respondía por los perjuicios ocasionados con su actividad de gestión, ya que en este último caso actuaba como los particulares. ***Segunda etapa: la responsabilidad.*** Esta etapa fue inaugurada por **el célebre fallo Blanco de 1873, del Tribunal de Conflictos francés, que consagró la responsabilidad del Estado independientemente de que estuviera estatuida en textos legales expresos, e independientemente de que su actividad fuera de poder o de gestión**, pues en esta decisión se tomó como fundamento la nueva noción de servicio público que vino a reemplazar las nociones de poder y de gestión. Fue así como en ese famoso fallo se dijo ***que "la responsabilidad que puede corresponder al Estado por los daños causados a los particulares por las personas que él emplea en el servicio público, no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; [...] esa responsabilidad no es ni general ni absoluta; [...] ella tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados".*** ***Tercera etapa: la responsabilidad creciente.*** Esta mayor extensión de la responsabilidad administrativa se ha manifestado en los siguientes aspectos principales, enumerados por el profesor Jean Rivero: 1) La responsabilidad fue extendiéndose a algunos servicios que inicialmente habían sido excluidos de la posibilidad de comprometer al Estado, como era el caso del servicio de policía. 2) La culpa exigida para

comprometer la responsabilidad del Estado fue haciéndose cada vez menos rígida, de tal manera que de la culpa grave exigida inicialmente. se pasó a considerar que cualquier clase de culpa hacía responsable al Estado, hasta llegar, incluso, a consagrarse en algunos casos la responsabilidad estatal independiente de toda culpa, es decir, una responsabilidad objetiva. 3) Las reglas para determinar la indemnización de los perjuicios han evolucionado en un sentido favorable a los perjudicados. 4) Para asegurar en mayor medida la indemnización a favor del perjudicado, se ha llegado a permitir, en un número de casos cada día más creciente, la acumulación de responsabilidad entre el funcionario y la administración, para que el perjudicado pueda perseguir a cualquiera de las dos personas: la natural o la jurídica. A lo anterior debemos agregar que es tal el avance de esta idea de la creciente responsabilidad del Estado, que se ha llegado a insinuar una *posible responsabilidad social*, según la cual el Estado debería responder de todos aquellos perjuicios que se causen a los miembros de la comunidad y frente a los cuales no aparezca un responsable identificado, o aún en el caso en que apareciendo éste, no tuviere medios para indemnizar el daño causado. Esta idea encuentra su fundamento lógico y jurídico en la vigencia de las ideas sociales, aún en los países capitalistas, pero infortunadamente su éxito parece ser apenas progresivo y con límites, por razones de índole principalmente fiscal. Finalmente, dentro de ese contexto de la responsabilidad creciente del Estado en el derecho contemporáneo, recientemente los tribunales internacionales y, en especial, los tribunales de derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han empezado a declarar la responsabilidad de los Estados por los perjuicios generados por la violación de derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales de derecho público.

5.2.- 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. **5.3.-** 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, 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..."* (el subrayado es nuestro). **5.4.-** Puede anotarse, como características 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 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. 5.5.-

El Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en su actividad estatal desarrollada en beneficio de la comunidad, **emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un "riesgo de naturaleza excepcional", que dada su particular gravedad excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de tal actividad pública.** SEXTO.- **6.1.-** Cómo bien se dice

en la sentencia de instancia, ninguna institución o órgano estatal ha controvertido la existencia del accidente en el cual perdieron la vida la ex ministra de defensa, entonces en funciones, Dra. Guadalupe Larriva González, y su hija, la menor de edad Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva, en el accidente aéreo ocurrido en los helicópteros Gazelle E-343 y E-360 del Grupo de Aviación del Ejército No. 15 "Paquisha" ocurrido el 24 de enero de 2007. **6.2.-** Este Tribunal de Casación acepta, por todo lo anteriormente manifestado, lo aseverado por los demandantes en el sentido de que *"Entonces, si la responsabilidad derivada de los delitos o de los cuasidelitos, denominadas subjetiva, fuese igual que la responsabilidad objetiva de naturaleza constitucional, ¿por qué recién hace cuarenta años ésta se integró a la Constitución, si hace cerca de siglo y medio ya formaba parte del Derecho Civil? Y ¿para qué? Las respuestas se hallan en que son dos instituciones distintas y que, por lo tanto, las normas del Código Civil sobre la responsabilidad subjetiva no son necesariamente aplicables a los casos de responsabilidad objetiva."* (Las negrillas son nuestras).

Efectivamente, estamos ante un claro caso de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, conforme ya se ha analizado siguiendo la doctrina más actualizada del Derecho Administrativo al respecto, pero únicamente con relación a la Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva, como pasamos a mencionar. **6.3.-** Este Tribunal de Casación acepta, parcialmente, en lo que a la Doctora Guadalupe Larriva González se refiere, también lo aseverado por la PGE, en el sentido de que *"se debió establecer con claridad la participación de cada*

una de estas damas en el acto público en el que lamentablemente ocurrió el accidente que segó sus vidas, tomando en cuenta los siguientes importantes aspectos: 1.- La señorita Claudia Ávila Larriva, era menor de edad, no pertenecía a las Fuerzas Armadas y tampoco estuvo entre las invitadas oficiales al acto castrense en el cual ocurrió su fallecimiento. Dependía de la Autorización de su señora Madre, para abordar el helicóptero de combate, artillado de propiedad de las Fuerzas Armadas Ecuatorianas, más aun en su calidad de menor de edad, debiendo el Tribunal tomar en cuenta los artículos 2220 y 2230 del Código Civil; y, 2.- En el caso de la Doctora Guadalupe Larriva González, se desempeñaba como MINISTRA DE DEFENSA, por lo tanto máxima autoridad administrativa de esta cartera de Estado, invitada oficial al acto castrense, madre de la menor Claudia Fernanda Ávila Larriva. Voluntariamente se expuso al riesgo que conlleva trasladarse en una herramienta de guerra, en plena demostración de ejercicios bélicos, autorizando además el traslado de su hija, en la mismas condiciones, debiendo observarse las normas antes citadas, que resulten justamente este tipo circunstancias. Aspectos que no fueron tomados en cuenta en ninguna parte de la sentencia recurrida, con la finalidad de establecer los montos que se mandan a pagar en la misma, de considerar el Tribunal, como efectivamente lo hace que se debe indemnizar a las partes.". (las negrillas son nuestras).

6.4.- Consideramos que el hecho de que un o una Ministro/a de Defensa Nacional, en un evento público, suba a un helicóptero de guerra no constituye un riesgo excepcional, pues tal actuación bien puede darse muchas veces en razón de sus funciones públicas, y además tal actuación no escapa a su control, pues él o ella pueden perfectamente dar una orden en contrario, cambiar de transporte, subir a otro helicóptero, etc. Pero tal consideración que es válida para una Ministra de Defensa, resulta totalmente inaceptable respecto a la Srta. Claudia Ávila Larriva, pues ella era menor de edad, no pertenecía a las Fuerzas Armadas, y tampoco estuvo entre las invitadas oficiales al acto castrense en el cual ocurrió su fallecimiento; ella sí corrió un riesgo excepcional, pues la Fuerza Terrestre de las Fuerzas Armadas, como un todo orgánico-institucional, nunca puede permitir

que una/un menor de edad, que no tiene rol alguno en las Fuerzas Armadas, y que no está ni siquiera invitada/o a participar en un acto oficial que involucre transportarse en un helicóptero de guerra artillado, se suba a uno (quizá una excepción podría ser, por ejemplo, por un estado de necesidad por emergencia médica).

6.4.1.- Ello no cambia por el hecho de que un/una Ministra de Defensa en funciones autorice o no tal hecho; pues las medidas de seguridad que deben seguir las fuerzas armadas deben estar por encima de tales disposiciones verbales administrativas, pues tales medidas y uso de transportes de guerra (en este caso un helicóptero militar artillado) no pueden, o no deberían, ser alterados ni siquiera por órdenes verbales de, en el caso que nos ocupa, de los propios Ministros/as de Defensa, pues tales medidas de seguridad no se dan en función de la persona natural que ocupe tal cargo, sino del cargo que ostentan, por lo que sólo pueden primar razones institucionales y no personales.

Argüir que el Art. 2230 del Código Civil le pueda ser aplicable a la Srta. Claudia Ávila Larriva es inoficioso, pues ella no se expuso al riesgo de subir a un helicóptero artillado imprudentemente, ni tenía control alguno en tal hecho. Así por ejemplo la doctrina jurídica de responsabilidad extracontractual nos enseña que: *"Asunción de riesgos por la víctima, a) En materia extracontractual, el daño surge usualmente de un encuentro espontáneo y no convenido y la responsabilidad tiene por fuente la ley y no el contrato. Aun así, nada obsta para que alguien asuma voluntariamente un riesgo, sea de manera expresa o tácita. Sin embargo, las condiciones para que se entienda asumido un riesgo a costa de la víctima potencial y sus efectos son una materia particularmente equívoca en el derecho civil. En principio, la asunción voluntaria de un riesgo no modifica la relación de la víctima con los terceros que están en situación de causarle daño. En efecto, la simple circunstancia de participar voluntariamente en una actividad que supone algún riesgo no justifica al tercero por la realización del daño, porque del hecho de la víctima no se sigue intención alguna de liberarlo de responsabilidad. Así, cuando un pasajero sube a un taxi en mal estado de conservación sabe que el viaje supone algún peligro, pero no por eso está descargando al conductor del cuidado*

debido." (Barros Bourie, Enrique, "Tratado de Responsabilidad Extracontractual", Edit. Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 2006, pg. 441.), (Y menos, con relación a este ejemplo del taxi, deberíamos nosotros convenir, en el caso de que una menor de edad suba "a un helicóptero militar artillado" de las Fuerzas Armadas). Igualmente, en este mismo tenor, nos sigue enseñando el profesor Barros Bourie, *"En materia de responsabilidad civil extracontractual no existe, por lo general, una relación previa entre la víctima y el autor del daño. El daño surge usualmente de un encuentro espontáneo y no convenido... el consentimiento no puede validar un acto ilegal o contrario a las buenas costumbres. En consecuencia, la autorización no puede importar condonación de dolo futuro; y no puede significar la renuncia a derechos indisponibles (como la vida o la integridad física)..."* (Ibídem, pg. 137). *"Regímenes de protección de víctimas que se encuentran en una posición estratégica de desventaja respecto del autor del daño.- Al menos en dos grandes grupos de casos la responsabilidad estricta persigue corregir asimetrías en la posición de las partes, que dificultan juzgar sus posiciones relativas a la luz de un principio formal de igualdad: los trabajadores en relación con sus empleadores y los consumidores en relación con los productores. La asimetría no debe entenderse en términos distributivos (el rico también desempeña el rol social de consumidor), sino de control de la información relevante y del riesgo. Aunque el derecho privado asume el principio de la igualdad abstracta entre las personas, esta idea debe ser corregida para hacerse cargo de las situaciones de asimetría estratégica, en que deja de ser justo asumir que las partes son iguales. La función de la responsabilidad estricta es análoga en estos casos al principio de buena fe en el derecho de los contratos: hay situaciones típicas en que la justicia de la relación exige adecuarse pragmáticamente a la realidad, modificándose el supuesto de que las partes son iguales."* (Ibídem, pgs. 458-459). (las negritas y subrayado son nuestros). **Este Tribunal de Casación declara, que el Estado, en la persona institucional de las Fuerzas Armadas, colocó a la Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella no tenía la obligación de**

soportar. SIETE.- 7.1.- Respecto a la indemnización que debe ser pagada por el fallecimiento de la Srta. Claudia Ávila Larriva, tal consideración queda a criterio de este Tribunal de Casación teniendo en cuenta las circunstancias del caso, pues no hay una fórmula única, taxativa, a la cual recurrir. **7.2.-** Consta en el proceso el acta de finiquito y descargo suscrita el 26 de abril de 2007, de la cual aparece que la H. Junta de Defensa Nacional contrató una póliza de seguros de responsabilidad civil de aeronaves No. MTRX-000000-2183 para pasajeros con Interoceánica C.A. de Seguros y Reaseguros, en la cual se fija el monto de la indemnización en US\$ 75.000,00 por muerte de cada pasajero. **Las compañías de seguros tienen cálculos actuariales muy complejos y basados en muchísimas variables para calcular los valores de sus pólizas, por lo que este Tribunal decide tomarlo en cuenta, como un punto de referencia válido.** **7.2.1.-** Ahora bien, **las Fuerzas Armadas colocó a la fallecida, Srta. Claudia Ávila Larriva, en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella, de manera alguna, tenía la obligación de soportar, siendo ella además menor de edad** (17 años). Claudia Ávila Larriva, como cualquier ciudadano/a ecuatoriano/a debería sentirse "más" -y no "menos"- seguro/a cuando se encuentra bajo la influencia institucional de una operación controlada por las fuerzas armadas, mas aún, si en el acto oficial de tal nefasto día del accidente aéreo estaban incluso altas autoridades del Estado presentes. **Bien se puede decir que, lamentablemente, las Fuerzas Armadas tal día 24 de enero de 2007 "le fallaron" a Claudia Fernanda Ávila Larriva, ella nunca debió subir al helicóptero militar artillado en cuestión; tal error es inexcusable, y costó la vida de una ciudadana ecuatoriana menor de edad totalmente inocente en toda esa trama;** menor de edad que de alguna manera tácita estaba bajo la protección institucional, en ese momento, de las Fuerzas Armadas dado que su madre era Ministra de Defensa en funciones. **Todo esto hace que se considere que la indemnización por la muerte de la Srta. Claudia Ávila Larriva debería ser el doble a lo calculado en la póliza de seguros mencionada en el punto 7.2.** Un hecho como este no debería repetirse nunca más. Por todas las consideraciones anteriormente expuestas, **ADMINISTRANDO**

JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA: 1) Se casa la sentencia antes referida expedida el 14 de enero del 2010, 15h25, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca. 2) Se declara que las Fuerzas Armadas colocaron a la menor de edad fallecida, Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva, en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella de manera alguna tenía la obligación de soportar; por lo que se aceptan parcialmente las demandas presentadas por los señores/as: Deifilio Larriva Polo y Teresa González Harris (*abuelos maternos de la fallecida Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva*); y, por Fausto Ávila Ávila y Alba Encalada Zamora (*abuelos paternos de la fallecida Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva*); así como, debido a la acumulación de autos, la demanda de los señores/as: Priscila Ávila Larriva y Rodrigo Ávila Larriva (*hermanos de la fallecida Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva*), en contra del Estado Ecuatoriano. 3) El Ministerio de Defensa Nacional (a nombre, en el presente caso, del Estado Ecuatoriano y de las Fuerzas Armadas) indemnizará con un ciento cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (USD\$ 150.000,00.) a los familiares de la Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva, de la siguiente manera: 3.1) A los abuelos maternos supervivientes con USD\$ 50.000,00. 3.2) A sus hermanos supervivientes con USD\$ 50.000,00). 3.3) A los abuelos paternos supervivientes con USD\$ 50.000,00. Este valor no será imputable a los valores pagados por acta de finiquito y descargo suscrita el 26 de abril de 2007. 4) Además de la compensación pecuniaria señalada, se tomará la siguiente medida de satisfacción y de no repetición: El Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, en su calidad de máxima autoridad militar respecto a la planificación y asesoramiento de políticas militares, enviará a los familiares señalados de Claudia Fernanda Ávila Larriva, una carta en la cual indique que se han tomado las medidas necesarias de seguridad de las diferentes ramas de las Fuerzas Armadas, para que nunca más vuelva a ocurrir un accidente similar, en un transporte militar, que le cueste la vida a un/una menor de edad. 5) En lo que ordena el fallo del Tribunal de

instancia que señala expresamente que: “[...] *se tendrá en cuenta para los fines consiguientes el derecho de repetición, previsto en el art. 11, numeral 9, de la Constitución vigente, en cuanto establece: “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.”. esto es en cuanto se determine la responsabilidad, en contra de quienes así se establezca.*”, en virtud de la disposición constitucional relacionada con el derecho de repetición se conmina a la Procuraduría General del Estado, para que en el presente caso, recurra a las instancias administrativas y judiciales competentes para que de forma inmediata, a nombre del Estado, instaure los procedimientos y procesos pertinentes con miras al derecho de repetición, conforme el segundo inciso del artículo 20 de la Constitución Política anterior, ahora inciso tercero del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República. Sin costas. Notifíquese, devuélvase y publíquese.- ff) Drs. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Álvaro Ojeda Hidalgo, Jueza y Juez Nacionales.- Dr. José Suing Nagua, Juez Nacional, Voto Salvado.

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

VOTO SALVADO DEL DR. JOSÉ SUING NAGUA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, 24 de agosto de 2012.- Las 13h15.-

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 y de integración de Tribunales de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 4 de abril de 2012. El Dr. César Augusto Ochoa Balarezo, Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Azuay, Cañar y Morona Santiago, interpone recurso de casación en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro. 3 con sede en la ciudad de Cuenca, el día 14 de enero de 2010 a las 15H25, dentro del proceso signado con el No. 109-2008, seguido por el Dr. Deifilio Larriva Polo y otros, en contra del señor Presidente de la República, Economista Rafael Correa Delgado, el Estado ecuatoriano y otros. La Sala acepta el recurso de casación y la parte actora lo contesta el 14 de septiembre de 2010. Pedidos los autos para resolver, se considera:

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

SEGUNDO: El representante de la Procuraduría General del Estado fundamenta su recurso en los numerales 1,3,4 y 5 del artículo 3 de la Ley de Casación y considera que se han infringido los artículos 11 numeral 9, 76 numeral 7 literal l), 82 y 237 de la Constitución, artículos 113, 115, 116, 269, 273, 274, 276 y 286 del Código de Procedimiento Civil, artículos 2.220 y 2.230 del Código Civil y artículos 1, 2 y 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Manifiesta que al no existir normas específicas aplicables en este caso, se debió observar lo contenido en los artículos 2.220 y 2.230 del Código Civil, en el supuesto no consentido de que el Estado

deba indemnizar a los actores por las lamentables muertes de Claudia Fernanda Ávila Larriva y Guadalupe Larriva González; que se debió esclarecer la participación de cada una de las damas en el acto público, por ser Claudia Fernanda Ávila Larriva, menor de edad y no pertenecer a las Fuerzas Armadas ni estar como invitada oficial al acto castrense en el cual ocurrió su deceso, pues la autorización dependía de su madre para abordar el helicóptero; que referente a la doctora Guadalupe Larriva González, quien se desempeñaba como Ministra de Defensa, voluntariamente se expuso al riesgo que conlleva trasladarse en una herramienta de guerra, en plena demostración de ejercicios bélicos, quien además autorizó el traslado de su hija; que en la sentencia recurrida, el Tribunal que la dictó, en ninguna parte hace alusión siquiera a la etapa probatoria evacuada dentro de la causa, careciendo de valoración de las pruebas presentadas conforme lo dispone el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, se prescindió de éstas sin ningún tipo de razonamiento, tomando en cuenta solo las pretensiones de los actores, inclusive las excepciones planteadas a las mismas pues son dos demandas acumuladas, que se desestimaron sin el apoyo de ninguna norma legal; que tras revisar el ordenamiento jurídico vigente e inherente a este tipo de juicios no existe norma procesal alguna que respalde el razonamiento del Tribunal, y que el mismo coloca en un grave estado de indefensión al Estado ecuatoriano, exponiéndolo así a una inconcebible inseguridad jurídica, contrariando el artículo 82 de la Carta Magna; que existe omisión de resolver en la sentencia todos los puntos de la litis, esto es: 1) el declarar ilegal y nulo el acto administrativo contenido en el oficio Nro. T.1708-SGJ-08-716 de 19 de marzo de 2008, suscrito por el doctor Alexis Mera Giler, Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, 2) la pretensión de los actores que el Estado ecuatoriano les pague la suma de ocho millones de dólares por concepto de indemnizaciones, 3) por parte de la Procuraduría General del Estado, la negativa de los fundamentos de hecho y derecho de las demandas, la improcedencia de las acciones, la incompatibilidad de acciones y la falta de determinación del objeto de la demanda, pues éstas últimas se desecharon sin apoyo de ninguna norma legal; que la sentencia no contiene los requisitos exigidos por la ley pues se trata de que toda resolución deba decidir con

claridad los puntos que fueran materia de resolución, con una correcta fundamentación y motivación así: que a lo largo de la sentencia se reconoce en más de una ocasión que los criterios de valoración expuestos por los señores magistrados del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro. 3 con sede en la ciudad de Cuenca, son rebatibles, en especial en la consideración novena, con frases que en lugar de aclarar confunden; que para que una resolución sea completa el juzgador debe abarcar en ella los hechos y el derecho, es decir, se debe describir los hechos y demostrarlos, encuadrándolos en la norma jurídica, pues los hechos descritos son ajenos a la causa, tales como los de conocimiento de la Corte Interamericana y Convención Americana de Derechos Humanos; que en la parte resolutive de la sentencia se dispone se ejerza el derecho de repetición en contra de los responsables del daño producido, pero no se particularizan los mismos y reconocen que aún no se determina dicha responsabilidad; que en la resolución del Tribunal jamás se determinó la individualización de las partes, haciendo imposible el pago, contradiciendo lo ordenado en el artículo 286 del Código de Procedimiento Civil.-----

TERCERO: Priscila Ávila Larriva, Rodrigo Ávila, Deifilio Larriva Polo y otros, en la contestación al recurso manifiestan que el recurrente olvida que las dos demandas se sustentaron en que previamente los demandantes habían acudido ante el Presidente de la República y ante el Procurador General del Estado, con la petición de que se les reconocieran los valores indemnizatorios previstos en el artículo 20 de la anterior Constitución (de 1998); sin embargo, estas peticiones fueron contestadas tardíamente, por ello sostienen en las demandas que operó el silencio administrativo a favor de los accionantes; que cuando se contestaron las demandas, tanto por el Presidente de la República cuanto por el Procurador General del Estado, éstos no se exceptionaron bajo la aseveración de que había habido culpa o negligencia en el actuar de las fallecidas madre e hija, sin actuar prueba en ese sentido; que las normas que se pretende aplicar del Código Civil son ajenas a la litis, pues se tratan de instituciones distintas y, por tanto, estas normas sobre responsabilidad subjetiva no son necesariamente aplicables a los casos de responsabilidad objetiva; que en la demanda de casación hay un análisis

incompleto de cómo y por qué supuestamente se aplican las disposiciones de los artículos 269, 273, 274, 276 y 286 del Código de Procedimiento Civil en la sentencia, no explica cómo el artículo 269 se enlazaría con la sentencia, por lo que se constituye en un error de la Procuraduría evidentemente irremediable y por tanto inaceptable; que el recurrente se queja de que los actores no presentaron prueba, lo que es falso pues se probaron los tres hechos fundamentales del juicio, esto es: 1) que hubo la caída de los helicópteros de las Fuerzas Armadas, 2) que en el siniestro fallecieron dos personas, 3) que sus herederos son los demandantes; que adicionalmente se demostró el silencio administrativo; que según el artículo 269 del Código de Procedimiento Civil, no es necesario que en una sentencia se analicen, desechen o acepten, todos los puntos sobre los cuales las partes están en desacuerdo, se resuelve únicamente los principales, y en el recurso de casación no se manifiesta cuales fueron los puntos principales que se dejaron de resolver; que no se cita fuente alguna de las afirmaciones que realiza la Procuraduría, es decir, si existen fallos de triple reiteración, al establecer que la Corte Suprema de Justicia había mencionado que una sentencia debe ser clara, completa, expresa, legítima y lógica, ni se remite a lo que establece el artículo 5 de la Ley de Casación, es decir, que se debe remitir a los requisitos exigidos por la ley; que la cláusula novena es la más clara de la sentencia puesto que en ella se hacen consideraciones sobre la expectativa de vida de las dos personas fallecidas para establecer los valores de las indemnizaciones; que el escrito contentivo del recurso suscrito por el doctor César Augusto Balarezo Chávez, en calidad de Director Regional en la Procuraduría General del Estado contiene una afirmación falsa, pues las partes demandadas fueron, en los dos juicios que luego se acumularon en aquel identificado con el No. 109-2008, el Presidente de la República, el Procurador General del Estado y el doctor Alexis Mera Giler, los primeros por representar al Estado y el tercero por ser el suscriptor del acto administrativo materia fundamental de la litis; que el recurso no ha cumplido con el precepto del número 1 del artículo 6 de la Ley de Casación y por tanto se debe inadmitirlo; que la falta de individualización del proceso y de las partes procesales en que incurrió el Director Regional en la Procuraduría General del Estado es inexcusable, a más de la omisión al

identificar las partes procesales y del juicio, que no sólo se trata una formalidad de segunda importancia sino que nace del incumplimiento de una norma legal y consecuentemente resulta inaplicable el principio del art. 169 de la Constitución.-----

CUARTO: Varios son los cuestionamientos formulados en contra de la sentencia de instancia por el representante de la Procuraduría General del Estado. Sin embargo, lo que no está resuelto con suficiencia por la Sala de instancia es lo relacionado con la pertinencia de la indemnización que ordena pagar, lo cual se enmarca dentro de lo que prescribe la causal cuarta del art. 3 de la Ley de Casación esgrimida por el recurrente, cuyo texto a la letra señala: “*4ta. Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis*” (lo subrayado es de la Sala). Lo que deberá responder este Tribunal de la Sala Especializada es si a la luz de las normas de nuestro ordenamiento jurídico, particularmente del artículo 20 de la Constitución Política de la República de 1998, vigente en el momento de los hechos que provocan la acción de los demandantes y del artículo 11.9 de la actual Constitución de la República, interpretados a la luz de los principios del Derecho y la doctrina, los demandantes como perjudicados del daño producido por el accidente en el que perdieron la vida la doctora Teresa Guadalupe Larriva González y su hija, Claudia Fernanda Ávila Larriva, deben recibir la indemnización conforme lo ha resuelto el Tribunal Distrital Contencioso Administrativo No. 3 en la sentencia recurrida.-----

QUINTO: Para atender el controvertido se precisa de algunos conceptos doctrinarios.

5.1. La actuación del Derecho en la sociedad se circunscribe a evitar la producción de daños apreciables jurídicamente y, una vez producidos, a resarcir sus perjuicios a los sujetos que no están en la obligación de soportarlos, tanto si hablamos que el imputado del daño provenga de la esfera pública cuanto si se tratase de particulares. En este sentido, ya no es aceptable el axioma “*The King can't wrong*” del derecho anglosajón utilizado para describir la irresponsabilidad del soberano en sus actuaciones dañinas, que fuera extrapolado a tiempos modernos en los que fue la tardía aceptación de que si el Estado daña debe reparar. **5.2.** Esto ya fue recogido por nuestro ordenamiento

jurídico. El principio general de la responsabilidad del Estado está previsto en la Constitución de la República, en su artículo 11.9, que consagra como el más alto deber del Estado el respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución y que “[e]l 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”. También la Constitución Política promulgada en el año 1998 contenía una norma, con distinto texto pero de similar alcance, para determinar la responsabilidad objetiva del Estado: el artículo 20 de esa Carta Constitucional establecía que “[l]as 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”. Con esto se puede concluir que nuestro ordenamiento constitucional contempla, sin lugar a dudas, el régimen de responsabilidad objetiva del Estado. Sin embargo, no ha sido adecuada y suficientemente desarrollada la doctrina sobre la responsabilidad del Estado en nuestro país, ni por autores conocedores de la materia, ni por vía jurisprudencial, limitándose nuestra historia académica y judicial a desarrollar las teorías civilistas sin tomar en consideración las particularidades que tiene la reparación del daño cuando puede ser imputado al Estado o a sus agentes. Es en el derecho comparado que las teorías que fundamentan la responsabilidad objetiva del Estado han visto su mejor desarrollo. Así tenemos que en Colombia, teniendo el mismo tronco teórico de nuestro derecho público, ha sido la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional quienes han delimitado los alcances doctrinarios de esta institución jurídica, trayendo planteamientos, principalmente, del Derecho español y del Derecho francés. **5.3.** La responsabilidad, según la doctrina, conlleva la obligación de indemnizar un daño o perjuicio e implica tres elementos: el daño, la causalidad y la imputación, que permite decir que si uno de estos elementos no se presenta, no es

posible hablar de la existencia del deber de reparar. **5.4.** De las múltiples definiciones que se han dado doctrinariamente de **daño**, algunas coinciden en decir que es la disminución, aminoración o alteración negativa de una situación favorable existente en perjuicio de un patrimonio material o inmaterial. Es el primer elemento para establecer la responsabilidad; no se puede hablar de ésta si no se llega a probar el daño como afectación patrimonial sufrida en un sujeto que no estaba obligado jurídicamente a soportarlo. Si no hay daño, no hay responsabilidad. La distinción que se puede dar entre daño y perjuicio sirve para distinguir igualmente entre víctima y perjudicado, calidades que no siempre recaen en un mismo sujeto. El daño es la lesión en sí misma, mientras que el perjuicio es la consecuencia tanto material como inmaterial del daño. Cuando muere una persona, por ejemplo, la víctima es el muerto, mientras que los perjudicados llegarían a ser quienes soportan las consecuencias de esa muerte, tanto en su patrimonio material como en el inmaterial; si la persona en la que recae el daño queda herida, será tanto víctima como perjudicada, pudiendo haber más personas que soporten los perjuicios o consecuencias del daño. Dado que un hecho dañino puede provocar consecuencias distintas en el patrimonio de la víctima o de los perjudicados, es necesario distinguir la tipología del daño, bien se trate de un perjuicio al patrimonio material o al patrimonio inmaterial. En el primer evento, tenemos al daño emergente y al lucro cesante. El primero es la pérdida material y efectiva; mientras que el segundo es la pérdida de ganancias esperadas. En lo que tiene que ver con el perjuicio inmaterial, nuestro ordenamiento y la jurisprudencia reconocen únicamente el daño moral; en tanto que la doctrina ha distinguido el daño moral -como el sufrimiento interno, en el plano psicológico del perjudicado-, de la afectación que provoca el hecho dañino en la vida social y en las relaciones del perjudicado, tanto con otras personas, como con las cosas materiales, llamado *daño a la vida de relación* en la doctrina italiana, y *alteración en las condiciones de existencia*, en la doctrina francesa. La distinción entre estos tipos de daños lo que debería propender es a solventar la manera en que se indemnizan los perjuicios, una vez reconocida la existencia del daño. No será lo mismo liquidar un perjuicio de daño emergente o lucro cesante, de un carácter eminentemente monetario,

que uno de daño moral, que aunque pueda ser valorado económicamente, no pretende equiparar financieramente una situación que no es posible tasarla monetariamente, sino que pretende aminorar con carácter, incluso, simbólico el sufrimiento soportado; por eso es que caben incluso indemnizaciones no monetarias, como disculpas, reconocimientos públicos u otras acciones similares. Sin embargo, todo se circunscribe a aspectos probatorios; es decir, que quien se presenta como perjudicado de un hecho dañino deberá probar el perjuicio sufrido y que éste tuvo relación efectivamente con el evento que produjo el daño. **5.5.** El elemento de **causalidad** en la responsabilidad hace mención al nexo que debe existir entre el que, por acción u omisión, produjo el hecho dañino y el daño producido. Para esto se han esgrimido dos teorías: la primera, denominada *de la equivalencia de las condiciones*, que enuncia que todos los antecedentes del daño tienen relevancia causal idéntica; esta teoría ha sido desechada por cuanto implicaría buscar culpables hasta el infinito, lo que apreciado jurídicamente resulta un absurdo. La segunda, es la llamada *de la causalidad adecuada*, que sostiene que una causa, además de ser determinante o *conditio sine qua non* para la ocurrencia del caso, debe haber sido esperable el resultado en un curso normal de los acontecimientos conforme a las reglas de la experiencia. **5.6.** Pero tampoco la causalidad será suficiente para determinar la responsabilidad, porque deberá verificarse, además, que ese hecho dañino es jurídicamente imputable a quien los produjo bajo cualquiera de los títulos de **imputación** que fundamentan la responsabilidad. La doctrina actual más especializada sugiere como fundamento de la responsabilidad objetiva del Estado para su imputación -que guarda relación con los textos anterior y actual de nuestra norma constitucional- a la falla del servicio, al daño especial y al riesgo excepcional. La falla del servicio hace alusión al quiebre en la obligación del Estado de garantizar la vigencia de todos los derechos fundamentales y la prestación de los servicios que solventen las necesidades públicas. La falla del servicio debe ser probada, lo que no quiere decir que pierda la objetividad como rasgo distintivo de la responsabilidad estatal. El daño especial es el fundamento de la responsabilidad explicado por la ruptura del equilibrio de los ciudadanos frente a las cargas públicas,

aunque la actividad del Estado sea lícita. Es decir, si el Estado, obrando lícitamente en ejercicio de sus atribuciones, produce un daño que sobrepasa el límite que el ciudadano tiene de soportar esas cargas lícitas, debe reparar, *vr.gr.* si una carretera que beneficia a la colectividad produce daños en la propiedad de algún ciudadano, el Estado está en la obligación de reparar el perjuicio, aun cuando no haya obrado ilícitamente. Finalmente - y es el régimen que nos interesa-, el riesgo excepcional es aquel al que los particulares se ven expuestos debido a la naturaleza propia de la actividad que genera el daño, pero que no pierde por ser riesgosa o peligrosa su carácter de lícita. El ejemplo doctrinario de esto es la operación de vehículos o las actividades militar o policial. Este régimen nunca podrá estar fundamentado en una omisión del agente estatal, siempre será una acción. El demandado podrá desvirtuar la imputación bajo los títulos que quedan señalados alegando la existencia de causas extrañas, como caso fortuito, fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima y hecho exclusivo de tercero. La fuerza mayor es aquel hecho imprevisible e irresistible en el plano externo de la actividad del sujeto que pretende ser imputado del daño; mientras que el caso fortuito será también ese hecho imprevisible e irresistible pero en el plano interno de la actividad del demandado. Estas categorías tienen expresa mención en nuestra legislación. El hecho exclusivo de la víctima y hecho exclusivo de tercero, aun cuando no se encuentran nominados expresamente en nuestra legislación y muchos autores los consideran como una forma de caso fortuito o fuerza mayor, es necesario conceptualizarlos por separado. Se entiende como hecho exclusivo de la víctima aquel evento ajeno al demandado quien no ha podido prever ni resistir y que además haya sido determinante y excluyente como causa del daño. Solo si reúne estas condiciones podrá exonerar de la responsabilidad de reparar al demandado al haberse roto el nexo causal entre éste y el daño producido. Si no es la causa exclusiva, la imprudencia de la víctima no exonera de responsabilidad al demandado, pero la indemnización deberá ser reducida, al amparo de lo que dispone el artículo 2.230 de nuestro Código Civil: “[l]a apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. En cuanto al hecho exclusivo de tercero, es aquel ajeno tanto a la víctima como al demandado y también deberá ser causa exclusiva

y determinante para exonerar de responsabilidad al imputado. Hay que anotar que no es necesaria la existencia de culpa en la víctima o en el tercero, y que éste debe ser distinto, tanto al demandado, como al demandante y a aquellas personas que están bajo su cuidado.-----

SEXTO: Para el análisis de la sentencia recurrida, utilicemos estas anotaciones teóricas y confrontémoslas con los fundamentos de hecho y de derecho utilizados por la Sala de Instancia. Este Tribunal examinará primero si existió causa adecuada entre los hechos dañinos y el daño producido y si se puede imputar este daño al Estado y a sus agentes. Resuelto esto, se analizará la existencia del perjuicio que alegan haber sufrido los demandantes y si cabe su liquidación. **6.1.** El lamentable accidente en el que perdieron la vida la doctora Guadalupe Larriva González y su hija, Claudia Ávila Larriva, junto con otras personas, se produjo por el choque de dos aeronaves artilladas de combate del ejército ecuatoriano mientras realizaban el acercamiento a su lugar de aterrizaje, en una de las cuales se encontraban la doctora Larriva y su hija. Se puede establecer con claridad que la causa inmediata física o material del daño coincide con el hecho dañino apreciable jurídicamente y que puede ser atribuido al Estado ecuatoriano a través de sus agentes. En los informes de las investigaciones del accidente se han señalado como sus causas a múltiples fallas humanas atribuidas a los elementos militares que participaron directa o indirectamente en los sucesos trágicos. No atañe a este Tribunal de la Sala Especializada, en este proceso, referirse a las responsabilidades jurídicas en que pudieron haber incurrido los elementos involucrados en el suceso, que debieron ser establecidas en las vías legales pertinentes. En conclusión, el hecho dañino es atribuible a las Fuerzas Armadas del Ecuador. **6.2.** El accidente sucedió en el contexto de operaciones militares que involucran en sí mismas una actividad de riesgo. Esta actividad, ejecutada en ejercicio de atribuciones públicas del Estado, peligrosa en sí misma pero lícita, pone en riesgo diariamente a los profesionales de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, en este hecho se vieron involucradas personas civiles extrañas a la institución militar, más allá de considerar que la doctora Larriva ejercía el cargo de Ministra de Defensa, y que se vieron expuestas innecesariamente al riesgo. Sin

embargo, hay que aceptar que la decisión de participar de las maniobras militares provino de la voluntad de la Ministra que decidió, además, autorizar a que su hija menor de edad también participara del ejercicio militar, sabiendo que la actividad implicaba un alto riesgo, asumiéndolo de manera expresa. Hemos dicho que para que opere como causa extraña que rompa el nexo de imputación, el hecho de la víctima debe ser determinante en la causa del daño. Queda claro que el hecho de haber abordado el helicóptero artillado no fue la causa determinante para la producción del hecho dañino, lo que elimina la posibilidad de exonerar al Estado de responsabilidad. Pero tampoco es posible no atender que el haber asumido el riesgo implica la responsabilidad de las víctimas y que su imprudencia variará la apreciación del daño, es decir la liquidación de un eventual perjuicio, de acuerdo al citado artículo 2.230 del Código Civil. **6.3.** Establecido esto, veamos si se justifican los fundamentos para la existencia del daño alegado de los demandados. Tanto los abuelos maternos y paternos de Claudia Ávila Larriva, cuanto los hijos de la doctora Larriva sostienen que el accidente les produjo un daño. Parecería de simple lógica pensar que una pérdida familiar tan grave produce perjuicios que rompen o aminoran una situación existente y que, por tanto, deben ser reparados. Ha quedado señalado expresamente -y así también lo sostienen los demandantes- que se establece con rango constitucional el principio general por el que el Estado asume la responsabilidad de reparación ante daños imputables a sus acciones u omisiones o a las de sus agentes. Sin embargo, este principio constitucional, en su aplicación, debe ser suficientemente fundamentado, porque no constituye, sin más, una norma que autorice a los eventuales perjudicados a demandar al Estado, ni provoca que éste acepte las reparaciones demandadas sin más. En otras palabras, quien alega un perjuicio debe probar su existencia y los nexos de causalidad entre el daño y el demandado y que, además, esta atribución del hecho dañino le sea jurídicamente imputable, según lo que queda anotado en esta sentencia. Los demandantes se limitan a argumentar la ilegalidad de los actos administrativos emanados por la Presidencia de la República en base a un silencio administrativo positivo al no haberse contestado oportunamente sus pretensiones de cobro de indemnizaciones por el supuesto daño

causado. Ninguno de ellos, ni ha identificado el tipo de daño que supuestamente ha sufrido, ni lo ha probado. No se señala en la demanda si la muerte de la señorita Ávila Larriva, en el caso de los abuelos, o la muerte de la doctora Larriva González, en el caso de los hijos, produjo una pérdida material y efectiva en su patrimonio (daño emergente); o si se produjo una pérdida en unas ganancias o rentas esperadas (lucro cesante); o si el daño tuvo consecuencias en los demandantes de aquellas que producen un daño psicológico o sufrimiento extremo (daño moral); o, finalmente, si la muerte de sus familiares condujo a una alteración en sus relaciones sociales y con el mundo exterior (daños a la vida de relación), que deban ser resarcidos. Y no se trata de desatender o desconocer los lazos familiares que mantenían con las ahora occisas y que en el plano de los sentimientos y las emociones son de enorme importancia, sino que lo que se deja en claro es que este es un proceso judicial que obedece a reglas y principios jurídicos que deben ser necesariamente invocados y aplicados para que se obre en Derecho. La identificación y prueba de los perjuicios causados por el daño tienen tanta importancia en la responsabilidad del Estado que es la propia norma constitucional que sustenta esta institución que obliga a su existencia; además, están íntimamente ligadas a la forma en que serán liquidados los perjuicios, porque la responsabilidad objetiva del Estado no puede ser causa de enriquecimiento ni empobrecimiento de las víctimas, sino que su objetivo es reparar los daños regresando a las víctimas y perjudicados al estado anterior a la producción del hecho dañino, bajo el principio de la reparación integral. Por tanto, no existe prueba alguna de la existencia de daños o perjuicios sufridos por los demandantes, lo que exime de establecer una indemnización como reparación de esos daños que jurídicamente no existen en el proceso, cuestión que ha sido obviada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3, que sin más ordena el pago que obra en la sentencia.-----

SÉPTIMO: Adicionalmente, la sentencia adolece de otras equivocaciones jurídicas.

7.1. En primer lugar, aunque no llega a las conclusiones en base a estos argumentos, analiza los presupuestos de liquidación como si se tratase de lucro cesante y aplicado este tipo de daño a las propias víctimas fallecidas en el accidente. No se puede

establecer el daño de lucro cesante, entendido como pérdida de ganancias o rentas esperadas, respecto a una persona que muere cesando las condiciones en que recibiría esas ganancias o rentas. Distinto hubiera sido si no fallecían y quedaban lesionadas, con lo que se podría establecer que su condición varió a causa del daño producido. Se olvida el Tribunal de instancia que quien alega el daño son los abuelos respecto a la nieta y los hijos respecto a la madre, quienes dicen sufrir las consecuencias del mismo. A pesar de que ha quedado evidenciada la inexistencia de prueba, un eventual daño de lucro cesante debería hacerse en consideración a los perjudicados. Si los abuelos hubieran demostrado que dependían económicamente de la nieta y que por efecto de su muerte pierden esos ingresos, el lucro cesante debería calcularse en función de la esperanza de vida, limitando la liquidación al momento de la muerte de quien tiene el menor índice de vida probable; en este caso, de los abuelos. En el caso de los hermanos con relación a la madre, de igual manera, se debía probar que ellos dependían económicamente de ella, y se debía liquidar en función del menor índice de vida probable, es decir, en este caso, de la fallecida. **7.2.** Sin mayor argumentación y motivación que sustente que el antecedente del acuerdo celebrado por los familiares de Consuelo Benavides y el Estado para fijar la indemnización es aplicable al caso, llega el Tribunal juzgador a establecer, sin criterio alguno ni sustento jurídico válido, el monto de reparación a cargo del Estado, incurriendo en un error fundamental al obviar mencionar qué daño se está reparando. El acuerdo al que llegó la familia en el caso invocado obedeció a una demanda cursada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante pedido de la familia para reparar los daños causados por la desaparición forzosa y muerte de la profesora Consuelo Benavides; caso que se estaba tramitando ante la Corte Interamericana cuando se dio el principio de arreglo amistoso al que finalmente se llegó. Se trató, entonces, de un caso de violación de derechos humanos por parte del Estado, quien no había respondido adecuadamente en las instancias nacionales, lo que obligó a que, en virtud de la Convención Interamericana de Derechos Humanos suscrita por el Ecuador, se acudiera al Sistema en busca de la reparación a los daños causados. Ni los antecedentes, ni los elementos fácticos, ni el tipo de daño causado de caso referido por

Los juzgadores de instancia pueden servir como fundamento a la liquidación de perjuicios en el caso que se está analizando. **7.3.** Por otra parte, respecto a lo que en definitiva fue el fondo de la controversia, los demandantes solicitaron se les conceda lo que habían pedido como monto de indemnización a la Presidencia de la República, bajo el efecto de silencio administrativo positivo por cuanto no recibieron contestación de manera oportuna. El silencio administrativo positivo, como institución jurídica garante del derecho constitucional de petición, no opera únicamente por el simple transcurso de los términos y plazos fatales para la contestación del Estado a la solicitud que hagan los particulares. Para darle el efecto pretendido a la petición ante la abstención en el pronunciamiento del peticionado, es necesario que lo que se pida material y formalmente, no contraríe ni las reglas ni los principios en los que se asienta el ordenamiento jurídico vigente. En definitiva, que lo solicitado esté conforme a Derecho. Del análisis de todos los argumentos jurídicos contenidos en la presente sentencia, se concluye que no podría operar un silencio administrativo positivo.-----

Por lo 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,** casa la sentencia y declara sin lugar la demanda. ff) Drs. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Álvaro Ojeda Hidalgo, Jueza y Juez Nacionales, José Suing Nagua, Juez Nacional, VS.

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

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, 3 de octubre del 2012.- Las 15h05.-

VISTOS: (139-2010) **1.-** Agréguese a los autos el escrito del Dr. Víctor Granda Aguilar, Procurador Judicial del Dr. Deifilio Larriva, Rodrigo Ávila Larriva, y otros de 3 de septiembre de 2012, 14h29 (en adelante **“los accionantes”**); y, el escrito del Ab. Marcos Arteaga Valenzuela, Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, de 3 de septiembre de 2012, 14h41 (en adelante **“la PGE”**).

2.- Los accionantes solicitan ampliación de la sentencia de mayoría de 24 de agosto de 2012, 13h15, arguyendo que ésta utiliza una supuesta falta de motivación de la sentencia casada expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca el 14 de enero del 2010, 15h25, en la estimación de la indemnización, para finalmente fijar una más reducida y sin la debida motivación, y solo por la muerte de Claudia Ávila Larriva. Dice también que se debió tomar en cuenta fallos expedidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que si bien en cada caso tienen sus diferencias, se refieren a muerte de personas ocasionadas por agentes del Estado. Que si bien la sentencia reconoce normas constitucionales de protección e invocación de derechos fundamentales, la Sala debería ampliar su fallo sobre el monto de la indemnización que fija, para que éste sea compatible con el principio constitucional de integralidad, equidad y ponderación. Además indica, que mal se puede hacer aparecer al funcionario Ministro como corresponsable de responsabilidades operacionales que competen exclusivamente a los jefes militares. Finalmente, piden que se amplíe la sentencia, estableciendo la indemnización que corresponde a la responsabilidad del Estado en la muerte de Guadalupe Larriva, que si bien como Ministra de Defensa era la máxima autoridad administrativa de las FF.AA, no era la responsable de las operaciones militares, en las que irresponsablemente y violando normas legales y

reglamentarias se la involucró por parte del alto mando militar y los oficiales presentes en el sitio de la tragedia; que en todo caso, la sentencia, cuya ampliación piden, establece en los considerandos la responsabilidad objetiva del Estado tanto en la muerte de Claudia Ávila como en la de Guadalupe Larriva, sin embargo, en la parte resolutive sólo se obliga a indemnizar la muerte de Claudia Ávila, en la que sin duda la responsabilidad del Estado es mayor, por los argumentos que desarrolla la sentencia.

2.1.- Al respecto, la PGE contesta que los accionantes lo único que pretenden es que la Sala establezca un monto mayor de indemnización al resuelto, y además que se amplíe la sentencia estableciendo otra indemnización por la muerte de la Dra. Guadalupe Larriva, lo cual no es factible conforme el artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA). Que de la lectura de la sentencia se concluye que en la misma se explicaron las razones para llegar al valor de indemnización, y extensamente se explicó por qué no procede que el reconocimiento de indemnización alguna por parte del Estado por la muerte de la Dra. Guadalupe Larriva, y termina solicitando se rechace por improcedente la ampliación solicitada por los accionantes.

3.- Para resolver la ampliación solicitada por los accionantes, se considera que:

3.1.- En la sentencia de mayoría de 24 de agosto de 2012, 13h15, se dijo: ***“3.3.- Este Tribunal de casación se percata de que efectivamente la sentencia del Tribunal de Instancia no es nada clara, al pretender aplicar al presente caso un precedente judicial que nada tiene que ver con el caso en cuestión, pues el traer a colación (para fundar incluso el valor de la indemnización) el tristemente célebre caso de la profesora Consuelo Benavides Cevallos, que se trató ante una Corte Internacional de Derechos Humanos, con alegaciones entre otros aspectos de desaparición forzosa y tortura por los órganos de seguridad del Estado, son temas que en forma***

alguna nada tienen que ver con el caso que aquí se ventila, pues emular los dos casos, sería como tácitamente aceptar que en este caso hubo, por ejemplo, el delito de torturas de por medio, lo cual es inaceptable. Simplemente el Tribunal de instancia dice que "Por los antecedentes expuestos, este Tribunal, toma un punto de referencia, aunque también rebatible y es el de la profesora Consuelo Benavides Cevallos, a quien el Estado ecuatoriano, el 12 de junio de 1998, le había entregado un cheque por un millón de dólares de los Estados Unidos de América a los padres de la señorita Benavides Cevallos, siendo de resaltar que la Corte Interamericana, aprueba en todos sus términos la propuesta de solución amistosa, por encontrarse ajustada al propósito de la Convención Americana.", es decir -sin más- se toma "como punto de referencia" un caso que no se parece en nada al que aquí se discute, donde definitivamente no existen posibles torturas, ni supuesta desaparición forzosa ni situaciones parecidas. Lo anterior nos lleva al convencimiento de que la sentencia de instancia incurrió en la causal quinta del artículo tres de la Ley de Casación propuesta por la Procuraduría General del Estado, y así se lo declara, haciendo por tanto innecesario continuar analizando las demás causales de casación propuestas para este efecto."

3.2.- Por otra parte, en la sentencia de mayoría, también se dijo: **"6.4.- Consideramos que el hecho de que un o una Ministro/a de Defensa Nacional, en un evento público, suba a un helicóptero de guerra no constituye un riesgo excepcional, pues tal actuación bien puede darse muchas veces en razón de sus funciones públicas, y además tal actuación no escapa a su control, pues él o ella pueden perfectamente dar una orden en contrario, cambiar de transporte, subir a otro helicóptero, etc. Pero tal consideración que es válida para una Ministra de Defensa, resulta totalmente inaceptable respecto a la Srta. Claudia Ávila Larriva, pues ella era menor de edad, no pertenecía a las Fuerzas Armadas, y tampoco estuvo entre las invitadas oficiales al acto castrense en el cual ocurrió su fallecimiento; ella sí corrió un riesgo excepcional, pues la Fuerza Terrestre de las Fuerzas Armadas, como un**

todo orgánico-institucional, nunca puede permitir que una/un menor de edad, que no tiene rol alguno en las Fuerzas Armadas, y que no está ni siquiera invitada/o a participar en un acto oficial que involucre transportarse en un helicóptero de guerra artillado, se suba a uno (quizá una excepción podría ser, por ejemplo, por un estado de necesidad por emergencia médica). **6.4.1.- Ello no cambia por el hecho de que un/una Ministra de Defensa en funciones autorice o no tal hecho; pues las medidas de seguridad que deben seguir las fuerzas armadas deben estar por encima de tales disposiciones verbales administrativas, pues tales medidas y uso de transportes de guerra (en este caso un helicóptero militar artillado) no pueden, o no deberían, ser alterados ni siquiera por órdenes verbales de, en el caso que nos ocupa, de los propios Ministros/as de Defensa, pues tales medidas de seguridad no se dan en función de la persona natural que ocupe tal cargo, sino del cargo que ostentan, por lo que sólo pueden primar razones institucionales y no personales...** **Este Tribunal de Casación declara, que el Estado, en la persona institucional de las Fuerzas Armadas, colocó a la Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella no tenía la obligación de soportar.** **SIETE.- 7.1.-** Respecto a la indemnización que debe ser pagada por el fallecimiento de la Srta. Claudia Ávila Larriva, tal consideración queda a criterio de este Tribunal de Casación teniendo en cuenta las circunstancias del caso, pues no hay una fórmula única, taxativa, a la cual recurrir. **7.2.-** Consta en el proceso el acta de finiquito y descargo suscrita el 26 de abril de 2007, de la cual aparece que la H. Junta de Defensa Nacional contrató una póliza de seguros de responsabilidad civil de aeronaves No. MTRX-000000-2183 para pasajeros con Interoceánica C.A. de Seguros y Reaseguros, en la cual se fija el monto de la indemnización en US\$ 75.000,00 por muerte de cada pasajero. **Las compañías de seguros tienen cálculos actuariales muy complejos y basados en muchísimas variables para calcular los valores de sus pólizas, por lo que este Tribunal decide tomarlo en cuenta, como un punto de referencia válido.”**

4.- Por todo lo anterior, se niega el pedido de ampliación de los accionantes, respecto de la sentencia de mayoría mencionada, conforme se explica en los numerales 3.1. y 3.2., por cuanto se ha resuelto sobre todos los puntos controvertidos.

5.- Por otra parte, la PGE solicitó: *“He sido notificado con su sentencia dictada el 24 de agosto de 2012, a las 13h15, en la cual se casa la sentencia venida en grado, se manda a pagar al Ministerio de Defensa Nacional la suma de ciento cincuenta mil dólares y se "conmina a la Procuraduría General del Estado para que recurra a las instancias administrativas y judiciales competentes para que de forma inmediata, a nombre del Estado, instaure los procedimientos y procesos pertinentes con miras al derecho de repetición". Con fundamento en el artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, solicito amplíe y aclare la sentencia en los siguientes puntos: 1. Sírvanse indicar el fundamento legal y fáctico por el que se manda a pagar al Ministerio de Defensa Nacional, ente público que no fue parte procesal del presente litigio, ya que el demandado fue el Presidente de la República. 2. Sírvanse precisar cuáles "instancias administrativas" debe cumplir la Procuraduría General del Estado, conforme lo ordenan la parte resolutive, con la indicación de la normas legales que debe observar. 3. Finalmente les solicito indicar los nombres, apellidos y cargos de los funcionarios y servidores públicos contra quienes debe ejercer el derecho de repetición esta institución, conforme se le "conmina" en el fallo. Nótese que en la propia sentencia se dice que la responsable directa del lamentable accidente fue la propia Ministra Teresa Guadalupe Larriva, fallecida en ese accidente.”.*

5.1.- Al respecto los accionantes contestaron que: *“Es lamentable que a propósito de una petición de “ampliación y aclaración”, una respetable institución del Estado, como es la Procuraduría, persista en su actitud de tergiversar los hechos y de encontrar justificativos para no cumplir con sus obligaciones constitucionales y*

legales. En efecto tergiversando el contenido de la sentencia se permite afirmar, insistiendo en su posición inicial “que la responsable directa del lamentable accidente fue la propia Ministra Teresa Guadalupe Larriva, fallecida en ese accidente” y que se “le indiquen los nombres, apellidos y cargos de los funcionarios y servidores públicos contra quienes debe ejercer el derecho de repetición”. “No sería extraño que con ese razonamiento pretenda seguir la acción de repetición contra los familiares de Guadalupe Larriva...”.

6.- Para resolver lo pedido por la PGE, se considera lo siguiente:

6.1.- Respecto a la última parte del punto tres del escrito de la PGE, que dice “Nótese que en la propia sentencia se dice que la responsable directa del lamentable accidente fue la propia Ministra Teresa Guadalupe Larriva, fallecida en ese accidente.”, **es una interpretación de la PGE, pues la sentencia de mayoría dijo, como ya se mencionó anteriormente: “6.4.1.- Ello no cambia por el hecho de que un/una Ministra de Defensa en funciones autorice o no tal hecho; pues las medidas de seguridad que deben seguir las fuerzas armadas deben estar por encima de tales disposiciones verbales administrativas, pues tales medidas y uso de transportes de guerra (en este caso un helicóptero militar artillado) no pueden, o no deberían, ser alterados ni siquiera por órdenes verbales de, en el caso que nos ocupa, de los propios Ministros/as de Defensa, pues tales medidas de seguridad no se dan en función de la persona natural que ocupe tal cargo, sino del cargo que ostentan, por lo que sólo pueden primar razones institucionales y no personales... Este Tribunal de Casación declara, que el Estado, en la persona institucional de las Fuerzas Armadas, colocó a la Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella no tenía la obligación de soportar.”**

6.2.- Y en el punto 7.2.1. de la sentencia de mayoría, también se dijo: ***“7.2.1.- Ahora bien, las Fuerzas Armadas colocó a la fallecida, Srta. Claudia Ávila Larriva, en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella, de manera alguna, tenía la obligación de soportar, siendo ella además menor de edad (17 años). Claudia Ávila Larriva, como cualquier ciudadano/a ecuatoriano/a debería sentirse "más" -y no "menos"- seguro/a cuando se encuentra bajo la influencia institucional de una operación controlada por las fuerzas armadas, mas aún, si en el acto oficial de tal nefasto día del accidente aéreo estaban incluso altas autoridades del Estado presentes. Bien se puede decir que, lamentablemente, las Fuerzas Armadas tal día 24 de enero de 2007 "le fallaron" a Claudia Fernanda Ávila Larriva, ella nunca debió subir al helicóptero militar artillado en cuestión; tal error es inexcusable, y costó la vida de una ciudadana ecuatoriana menor de edad totalmente inocente en toda esa trama; menor de edad que de alguna manera tácita estaba bajo la protección institucional, en ese momento, de las Fuerzas Armadas dado que su madre era Ministra de Defensa en funciones. Todo esto hace que se considere que la indemnización por la muerte de la Srta. Claudia Ávila Larriva debería ser el doble a lo calculado en la póliza de seguros mencionada en el punto 7.2. Un hecho como éste no debería repetirse nunca más.”.***

6.3.- Además, este aspecto queda claramente determinado en la parte resolutive misma de la sentencia, que dice: ***“2) Se declara que las Fuerzas Armadas colocaron a la menor de edad fallecida, Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva, en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella de manera alguna tenía la obligación de soportar; por lo que se aceptan parcialmente las demandas presentadas...en contra del Estado Ecuatoriano.”.***

7.- Respecto al punto 1 del escrito de la PGE antes señalado, el demandado no fue, como se dice, el titular de la Función Ejecutiva sino “el Estado Ecuatoriano” por responsabilidad objetiva, lo cual es diferente. En tal sentido la sentencia de mayoría

consideró: “6.2.- Este Tribunal de Casación acepta, por todo lo anteriormente manifestado, lo aseverado por los demandantes en el sentido de que "Entonces, si la responsabilidad derivada de los delitos o de los cuasidelitos, denominadas subjetiva, fuese igual que la responsabilidad objetiva de naturaleza constitucional, ¿por qué recién hace cuarenta años ésta se integró a la Constitución, si hace cerca de siglo y medio ya formaba parte del Derecho Civil? Y ¿para qué? **Las respuestas se hallan en que son dos instituciones distintas y que, por lo tanto, las normas del Código Civil sobre la responsabilidad subjetiva no son necesariamente aplicables a los casos de responsabilidad objetiva.**" (Las negrillas son nuestras). Efectivamente, **estamos ante un claro caso de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, conforme ya se ha analizado siguiendo la doctrina más actualizada del Derecho Administrativo al respecto, pero únicamente con relación a la Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva, como pasamos a mencionar.**”; por lo que dado que en la parte resolutive de la sentencia de mayoría se declaró que: “2) Se declara que las Fuerzas Armadas colocaron a la menor de edad fallecida, Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva, en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella de manera alguna tenía la obligación de soportar; por lo que se aceptan parcialmente las demandas presentadas... 3) El Ministerio de Defensa Nacional (a nombre, en el presente caso, del Estado Ecuatoriano y de las Fuerzas Armadas) indemnizará con un ciento cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (USD\$ 150.000,00.) a los familiares de la Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva, de la siguiente manera...”. **Evidentemente el Estado Ecuatoriano ejerce su soberanía a través de un sinnúmero de órganos y dependencias del poder público, conforme el artículo 1 y 225 de la Constitución de la República, entre los cuales, consta el Ministerio de Defensa Nacional, acorde al artículo 3, entre otros, de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional.**

8.- El Art. 11, numeral 9 de la Constitución de la República, dice:

“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:..

9. 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.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.” (lo destacado nos corresponde).

8.1.- Por tanto, tratándose de un caso de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado declarado en sentencia, es necesario que para determinar “a las personas responsables del daño” se deba iniciar las acciones que el representante judicial del Estado juzgue conducentes a tal fin.

Este Tribunal de Casación, conforme las atribuciones y competencia otorgadas por la Constitución y la ley, conoció únicamente el presente recurso de casación de la sentencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3, en consecuencia no puede llegar a determinar responsables subjetivos por el daño producido, ya que aquello no se está juzgando; y por tanto, previamente a declarar la responsabilidad subjetiva de cualquier persona, se deberá cumplir con las garantías consagradas en la Constitución de la República referentes a la tutela judicial efectiva

y al debido proceso (Arts. 75 y 76), a efecto de que las personas a las que eventualmente se les podría o no imputar dicha responsabilidad, tengan la oportunidad de hacer valer sus derechos de defensa y contradicción en el proceso correspondiente.

Por lo que el pedido de ampliación y aclaración de la PGE deviene en improcedente.

9.- Por todo lo anterior, tampoco procede la aclaración y ampliación solicitada por la Procuraduría General del Estado, pues la sentencia es completa y clara en todos sus puntos.

Tómese en cuenta el casillero judicial No. 1501 señalado por la Presidencia de la República, mediante escrito de 24 de septiembre de 2012. Notifíquese.- ff) Drs. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Álvaro Ojeda Hidalgo, Jueza y Juez Nacionales, Dr. José Suing Nagua, Juez Nacional, Voto Salvado.-

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

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, a 3 de octubre de 2012; las 15h05
VISTOS: (139/10): Dr. José Suing Nagua, al ser el autor del voto salvado, no me corresponde pronunciarme sobre las peticiones de ampliación y aclaración que se formulan respecto del fallo de mayoría; en tal virtud, suscribo la providencia que antecede únicamente por obligación legal. **Notifíquese.** ff) Drs. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Álvaro Ojeda Hidalgo, Jueza y Juez Nacionales, Dr. José Suing Nagua, Juez Nacional, Voto Salvado.-

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