

**REPÚBLICA DEL ECUADOR**  
**FUNCIÓN JUDICIAL**  
**www.funcionjudicial.gob.ec**

Juicio No: 17233202201475

Casillero Judicial No: 4504  
Casillero Judicial Electrónico No: 0  
carlos.arends@iess.gob.ec, jairo.brito@iess.gob.ec

Fecha: miércoles 29 de junio del 2022

A: DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, EN SU CALIDAD DE REPRESENTANTE LEGAL DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL  
Dr/Ab.:

**SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA**

En el Juicio Especial No. 17233202201475 , hay lo siguiente:

**VISTOS:** Para resolver el recurso de apelación interpuesto por el legitimado activo LUIS ALBERTO FLORES GARCÍA en contra de la sentencia de primera instancia dictada por la Jueza de la Unidad Judicial Civil son sede en la parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, el 28 de marzo de 2022 a las 17h35, dentro de la acción de protección No. 17233-2022-01475 en contra del DIRECTOR PROVINCIAL DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, economista MARCO ANTONIO JIMENEZ ORTEGA; COORDINADORA PROVINCIAL DE PRESTACIONES DEL IESS, economista TATIANA DEL ROCÍO VILLAFUERTE NOVOA, se considera:

**PRIMERO: COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN Y VALIDEZ PROCESAL:**

Este Tribunal es competente para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto por el legitimado activo LUIS ALBERTO FLORES GARCÍA, de conformidad con el numeral 3 del Art. 86 de la Constitución de la República y el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En la tramitación de la presente acción constitucional se han observado todas las solemnidades del caso, por lo que se declara la validez procesal.

**SEGUNDO: ARGUMENTOS DEL ACCIONANTE:**

El legitimado activo LUIS ALBERTO FLORES GARCÍA, en su acción de protección interpuesta afirma que:

El 13 de marzo de 2021, acudí al Hospital General Sur de Quito (en adelante IESS Quito Sur) a recibir atención médica por presentar quebranto en mi salud, con presunción de haber adquirido el virus del sars cov 2 – COVID 19, presenté graves

síntomas. Habiendo ingresado por Emergencia, fui referido al área de observación luego de lo cual, y una vez que se realizó la correspondiente Prueba PCR, se confirmó que presentaba un Cuadro de Contagio de COVID 19. El día martes 16 de marzo de 2021 fui transferido al área de Neumología ante el diagnóstico confirmatorio. En el Hospital IESS Quito Sur estuve internado hasta el 18 de marzo de 2021, fecha en que el médico jefe del Servicio de Neumología me indicó que mi situación era muy delicada ya que requería ser ingresado a una Unidad de Cuidados Intensivos (UCI), y que en ese Hospital hay 40 pacientes en lista de espera; ante tal circunstancia me sugería hablar con mis familiares para que busquen opciones en otras casa de salud pública o privada, ya que al momento hay demasiada demanda de camas UCI en hospitales públicos y privados de la ciudad de Quito, así como en clínicas particulares que mantienen convenio con el IESS. Por gestiones realizadas por familiares, la única posibilidad que exista a esa fecha fue una cama UCI disponible en la CLINICA INTEGRAL de esta ciudad de Quito, ante lo cual se realizaron todos los trámites que facilitaron la derivación a dicha casa de salud; hecho que se realizó el día 18 de marzo de 2021. En la revisión que se realiza a la documentación que adjuntamos (Historia Clínica del Hospital General del Sur Quito del IESS, páginas 87-88, 91, 99), se podrá evidenciar los reportes ahí consignados de los profesionales médicos, cuando sugieren derivar a Clínica de Convenio por situación crítica del paciente, particularmente, en la página 99 de la historia clínica se lee en el reporte "PACIENTE CON DIAGNÓSTICO Y COMORBILIDADES YA DESCRITOS, SE NOS INFORMA QUE TIENE RECEPCIÓN EN CLINICA PARTICULAR, Y AUTORIZACION POR PARTE DE ESTA CASA DE SALUD POR LO QUE ACUDE PERSONAL MEDICO Y ARAMEDICO DE DICHA CASA DE SALUD PARA TRASLADO DE PACIENTE EN TRANSPORTE MEDICLIZADO PRIVADO". Tras la derivación, el diagnóstico es: neumonía por Sars Cov2, más insuficiencia respiratoria aguda, más neumonía comunitaria, más neumonía asociada a la ventilación tardía, más enfermedad renal, por lo que recibo la atención en la Clínica Integral que me permitió recuperarme y buscar retomar mi proyecto de vida ante este terrible virus e infección por la que pasé. Por la atención que recibí, esto es desde el 18 de marzo de 2021 que ingreso, hasta el 20 de abril de 2021 que se me da de alta, se generó un valor facturado y pagado que asciende a cuarenta y seis mil quinientos ochenta y cinco dólares americanos con ocho centavos US \$ 46.585,08. Mediante oficio s/n de 23 de agosto de 2021 dirigido al señor Julio Javier López Marin, director del Seguro General de Salud Individual y Familiar del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, con fe de presentación en la misma fecha, el suscrito adjunta la documentación pertinente y fundamenta jurídicamente la petición por la que solicita se dignen disponer se efectúe el reembolso por gastos médicos de los valores pagados a la CLINICA INTEGRAL, por la atención que me fue entregada en esa casa de salud particular, luego que fui derivado a ella desde el HOSPITAL QUITO SUR DEL IESS; cuyo valor facturado y pagado asciende a US \$ 46.585,08. Con Memorando Nro. IESS-CPPSSP-2021-12927-M de fecha 28 de septiembre de 2021, se da respuesta al requerimiento presentado por el hoy accionante, determinando que no es procedente al haberse inobservado un procedimiento previsto en una resolución, esta es la No. C.D. 317, en concordancia con el Acuerdo Ministerial Nro. 091-2017, señalando que: "...el ingreso del paciente en el establecimiento de salud, externo, no es notificado a esta institución en el tiempo establecido en la norma, es

decir hasta 3 días término después de lo acontecido; de igual manera, informa que el pago por la atención ha sido realizado ya de manera directa al prestador de salud externo que la atendió”, el oficio es respondido por la señora Espc. Diana Soledad Andrade Yépez, coordinadora provincial de Prestaciones del Seguro de Salud Pichincha, encargada. A través del oficio DPE-DPP-2021-0598 de 7 de octubre de 2021, suscrito por la entonces delegada provincial (E) de la Defensoría del Pueblo, solicitó: En virtud de lo expuesto, conocedores de la situación de salud que atraviesa el señor LUIS ALBERTO FLORES GARCÍA, portador de la cédula de ciudadanía No. 0701104986, se requiere se informe a esta Delegación Provincial de Pichincha de la Defensoría del Pueblo, de qué manera el IESS, a través del Hospital Quito Sur, ha garantizado el derecho de atención a un paciente que se encontraba internado en dicha casa de salud, quien el mismo hospital dispone una derivación a centro de salud o clínica privada negando el reembolso de gastos médicos amparados en que su ingreso no habría sido notificado al IESS. Adicionalmente se EXHORTA a las autoridades del Hospital del IESS Quito Sur, así como del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se garantice el derecho a la salud y a la vida digna del peticionario de acuerdo a los artículos 32, 35, 50 y 66 de la Constitución de la República del Ecuador”. (énfasis me pertenece). Mediante memorando Nro. IESS-CPPSSP-2021-15712M de 20 de noviembre de 2021 suscrito por la señora Econ. Tatiana del Rocío Villafuerte Novoa, coordinadora provincial de Prestaciones del Seguro de Salud Pichincha, encargada, dirigido al Sr. Mgs. Dennis Augusto Peralta Ortiz, director Nacional de Servicios de Atención al Ciudadano, por el que señala que por lo que el traslado medicamente es autorizado, se colige entonces que, al ser un traslado de manera particular, se debió realizar el proceso de autoderivación descrito en el Acuerdo Ministerial 091, para que se emita el código de derivación mismo que garantizaría el pago directamente al prestador de salud privado. Es decir, a quien estaba con un diagnóstico muy delicado por contagio de la COVID19, se le responde que debía realizar el trámite. Con el oficio Nro. DPE-DPP-2021-0686-O de 1 de diciembre de 2021, suscrito por la señora Mgs. Rosa Alba Guevara Bárcenas, delegada provincial de Pichincha de la DPE realiza la Institución Nacional de Derechos Humanos insiste en que se brinde respuesta efectiva y oportuna al requerimiento de 7 de octubre de 2021. Mediante memorando Nro. IESS-CPPSSP-2021-M de 7 de diciembre de 2021, la señora Econ. Tatiana del Rocío Villafuerte Novoa coordinadora provincial de Prestaciones del Seguro de Salud Pichincha, encargada, solicita que: “... en el transcurso de 24 horas, se remita a esta Coordinación el informe técnico motivado respecto de los hechos inferidos en el oficio DPE-DPP-2021-0598-O del 07 de octubre de 2021 emitido por la Defensoría del Pueblo en cuanto a la atención del Sr. LUIS ALBERTO FLORES GARCÍA en el Hospital general del Sur de Quito”. Por medio del memorando Nro. IESS-HG-SQ-2021-3525-M de 8 de diciembre de 2021 suscrito por el señor Mgs. Rene Humberto Orellana Izquierdo, gerente general del Hospital General del Sur de Quito (e) remite el informe de Auditoría Clínica de atención brindada a paciente FLGALUAL (código de confidencialidad). En sus conclusiones resaltamos: Luego de realizar la auditoría de atención en salud se concluye: 1. Paciente recibe atención médica desde el 13/03/2021 al 19/03/2021, acude a triage con sintomatología respiratoria aguda con lo que se da pase a contingencia viral emergencias se aplica protocolo hospitalario e ingresa a Observación adultos hasta disponibilidad de cama en hospitalización con

diagnóstico presuntivo de U072 COVID-19, virus no identificado, durante la hospitalización presenta descompensación respiratoria progresiva por lo que se interconsulta oportunamente a terapia intensiva con indicaciones de ingreso a la unidad, al no disponer de espacio físico y posterior a las 48 horas el paciente fue trasladado a una clínica que no pertenece a la red interna del IESS, el paciente egresa de hospitalización sin variaciones clínicas y con diagnósticos de U071 COVID-19, virus identificado más Insuficiencia Respiratoria Grave. (Énfasis me pertenece). Siendo una persona jubilada, que he aportado toda mi vida para tener una atención oportuna, garantiza y digna, ante lo que el IESS está negando mi derecho a la salud al negarse cubrir el reembolso solicitado por gastos médicos de los valores pagados a la Clínica Integral por la atención que me fue entregada en esa casa de salud particular, configuran la activación del presente mecanismo. Estos hechos, señor/a jueza/a constitucional, dejan ver que ha menoscabado mi derecho a la seguridad social que incluía la presentación por salud cuya cobertura y derivación responde a que no se tenía una cama en unidades de cuidados intensivos del Hospital del IESS Quito Sur, acto que produce una grave violación al derecho a la seguridad social, pues al momento en el que solicito el reembolso, recibo un negativa. El IESS debe garantizar la plena, integral, pero sobre todo oportuna cobertura de los servicios de salud que como jubilado tengo derecho y, si se generó una derivación, responde a que no se tenía una cama en UCI, requiriendo urgente la misma para, no solo garantizar mi derecho a la salud, sino, además, a la vida, es claro que estamos frente a un contexto de una violación a mis derechos constitucionales, tanto al derecho a la seguridad social como el derecho a la salud, respecto del cual no se garantizó la vigencia del principio de solidaridad, sino que se priorizan aspectos de legalidad sobre constitucionalidad, desconociendo lo instituido para el servicio público contenido en el art. 362 de la Constitución de la República, pero adicionalmente, este tipo de actos involucran la existencia de una violación al derecho a la igualdad y no discriminación. Esta diferenciación, entre paciente IESS y paciente privado genera un trato discriminatorio, que supedita el ejercicio del derecho a la salud a una respuesta económica y de trámites burocráticos, que ante el estado de salud que mantenía, es imposible se traslade a la persona jubilada. Los argumentos que he recibido resultan a todas luces carentes de un enfoque de derechos humanos, sacrifica mis derechos constitucionales por estar supeditado a respuestas de mera legalidad que inobservan la irrenunciabilidad de mis derechos”

Con dichos antecedentes fundamenta la presente acción de protección en los numerales 2, 3, 4, 6 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador y los artículos 32, 34, 66, 362, 367, 369, 417 y 426 de la misma Carta Magna; el artículo 9 del Protocolo de San Salvador; la Observación General No. 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Ley de Seguridad Social en el literal d) del Art. 1, y art. 10 literal d) del mismo cuerpo legal; Ley de Derechos y Amparo del Paciente artículo 7, artículo 8 y 9; Acuerdo No. 0091-2017 que contiene la NORMA TÉCNICA SUSTITUTIVA DE RELACIONAMIENTO PARA LA PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD ENTRE INSTITUCIONES DE LA RED PÚBLICA INTEGRAL DE SALUD Y DE LA RED PRIVADA COMPLEMENTARIA Y SU RECONOCIMIENTO ECONOMICO en su art. 3, 8, 26; la Declaración Universal de los Derechos Humanos artículo 1, Art. 2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo; Protocolo de San Salvador artículo 10; Sentencia 380-

17-SEP-CC, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador Caso 2334-16-EP, 22/09/17, página 33, párrafo 1.

### **PRETENSIONES DEL LEGITIMADO ACTIVO:**

1. Se declare la violación de los derechos ut supra: la violación de los derechos constitucionales a la seguridad social, en la prestación de salud: a la salud y a la igualdad y no discriminación, cobijado por la dignidad humana.
2. Se ordene a la accionada efectúe el reembolso por gastos médicos al accionante Luis Alberto Flores García, cuyo valor facturado y pagado asciende a US \$ 46.585,08, por concepto de los valores pagados a la Clínica Integral ante la atención que le fue entregada en esa casa de salud particular, luego que fue derivado a ella desde el Hospital General del Sur de Quito del IESS.
3. Se ordene a la accionada ofrezca disculpas públicas.
4. Se establezcan garantías de no repetición.
5. Las demás medidas de reparación integral por el daño material e inmaterial que su autoridad considere adecuados para que el accionante goce y disfrute de sus derechos de la forma como lo hacía antes de la vulneración.

### **TERCERO: CONTESTACIÓN DEL LEGITIMADO PASIVO:**

En audiencia pública de primera instancia según el parafraseo que consta en la sentencia recurrida, el legitimado pasivo centra su contestación señalando lo siguiente:

En primer lugar los hechos que han sido expuestos por la parte actora, es importante señalar estas particularidades en primer lugar el paciente no fue derivado por el IESS ya que para que exista una derivación se remite un código de validación a los prestadores externos, la Clínica Integral no es un prestador del IESS, por lo tanto, es imposible que el IESS lo haya derivado, por lo que, no es cierto lo que el actor manifiesta en su demanda. Es importante señalar que la norma técnica de relacionamiento a la prestación de servicios de salud, el cual, entre las instituciones de la red de salud pública y las instituciones privadas, mencionado por la parte actora señala lo siguiente, derivación pacientes, los pacientes por su condición de salud podrán Acceder al servicio de emergencia por derivación atención pre hospitalaria o auto derivación, en el presente caso sucedió una auto derivación porque el IESS no lo derivó, el paciente por sus propios medios solicita abandonar el Hospital de Salud y acudió a la clínica Integral incluso la Clínica Integral no tiene un convenio de prestación de servicios con el IESS, no puede obviamente reconocer este pago, así mismo está Norma Establece en su Artículo 24 lo siguiente: Dentro del primer día laborable, posterior a la recepción del paciente por el servicio de emergencia, los prestadores deberán solicitar que el paciente, sus familiares o su acompañante, exprese si es afiliado al IESS, ISSPOL, ISSFA; y/o, si cuenta con cobertura de compañías que financian servicios de atención integral de salud pre pagada o de seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica. Dentro del término de tres (3) días laborables, posteriores al ingreso del paciente, el establecimiento de salud notificará de manera obligatoria a la entidad financiadora responsable del paciente, sea ésta: compañías que financian servicios de atención integral de salud pre pagada o de seguros que oferten cobertura de seguros de

asistencia médica, IESS, ISSFA, ISSPOL, MSP, de tal forma que pueda cumplirse el proceso de validación de la cobertura y de prelación de pagos. Independientemente de que el establecimiento de salud, haya o no cumplido con esta obligación, el familiar o acompañante del usuario/paciente, podrá dar aviso de manera directa a la entidad financiadora/aseguradora, de tal forma que pueda cumplirse el proceso de validación de cobertura y prelación de pago. La institución financiadora/aseguradora, dentro de tres (3) días laborables posteriores a la notificación, remitirá únicamente a los establecimientos de salud privados, el código de validación en físico o vía electrónica que garantice la aceptación de pago por las prestaciones de salud brindadas al paciente. Esto se hace porque existe un tarifario, esto no se hizo ni por parte del paciente ni sus familiares y el IESS cubre obviamente los valores que están en el tarifario en este caso no existe ninguna comunicación al IESS por parte de la clínica ni tampoco del paciente y de su familia, en este caso se debería solicitar al hospital si se envió esta comunicación para que se realice el pago pero en este caso no fue así, así mismo la resolución 317 emitida por el IESS establece en su Artículo 3 lo siguiente: De manera previa al pago, el responsable provincial del Seguro General de Salud Individual y Familiar - SGSIF, verificará que el asegurado cumpla con los requisitos establecidos en la Ley de Seguridad Social y en las normas internas correspondientes; Art. 4, El asegurado, por sí o por interpuesta persona, o el prestador del servicio, deberá comunicar el hecho emergente en las dependencias provinciales de la Dirección del Seguro General de Salud Individual y Familiar del IESS, mediante documento físico, facsímil, Internet o cualquier otro medio, hasta tres (3) días hábiles luego de producida la emergencia. Dentro de los ocho (8) días hábiles luego de atendida la emergencia, el prestador deberá remitir al IESS los siguientes documentos: Solicitud de pago en el formulario elaborado por el SGSIF, adjuntando fotocopia de la cédula de identidad/ciudadanía o pasaporte del asegurado, copia certificada de la licencia profesional o permiso de funcionamiento del prestador (para prestadores no calificados); Copia certificada del expediente clínico conferido por la unidad médica donde fue atendido el paciente, el mismo que contendrá: formulario de emergencia, protocolo operatorio y otros documentos clínicos, según el caso, y epicrisis de egreso. En caso de que el paciente continúe hospitalizado, se actualizará la epicrisis; y factura en la que se incluirán la lista de cargos por atención al paciente, dentro de los 8 días, tampoco se adjuntó esta documentación al IESS, en ningún momento ha violentado el derecho a la salud, en el mismo informe de auditoría médica se establece lo siguiente: después de la revisión de la historia clínica se concluye que el Hospital General del SUR de Quito Garantizó la atención médica y oportuna del paciente ya que se utilizan protocolos estandarizados los cuales han sido aprobados por el Hospital (protocolo COVID hospital General del SUR de Quito) y sus modificaciones oportunas, así mismo, en la figura número 7 de diagnósticos definitivos, del paciente se establece que el paciente salió en las mismas condiciones en las que ingresó, no se realizó la derivación en el sistema, cuando existe una derivación se debe realizar lo que dice el artículo 91, la figura de reembolso de gastos no existe, el IESS lo que realiza es el pago en la clínica cuando se sigue el procedimiento establecido en el reglamento aprobado por el Ministerio de Salud Pública, en ningún caso se realizará un pago total del IESS al afiliado, en virtud de todo lo expuesto no existe la vulneración de un derecho, el hoy accionante salió del hospital ingresa una Clínica Privada que no tiene convenio con

el IESS y no a un prestador externo, el pago se realiza a través del procedimiento establecido en la norma cumpliendo todos los requisitos y de acuerdo al tarifario, el pago se lo realiza en la institución en ningún caso se realizará el pago a los afiliados y obviamente siempre cumpliendo los tarifarios. Conforme el artículo 42 de la LOGJYCC solcito se declare improcedente la acción de protección presentada, adjuntamos copia certificada del informe de auditoría médica.

#### **CUARTO: RESOLUCIÓN DEL JUEZ A QUO:**

El Juez de primera instancia decide rechazar la acción de protección interpuesta por el legitimado activo, en resumen por lo siguiente:

4.4.- Como ya se dijo en líneas anteriores, la acción de protección no tiene por objeto absorber a la justicia ordinaria, pues esta garantía incluida en la Constitución de la República del Ecuador del 2008, tiene por objeto la tutela de los derechos constitucionales, y ahí está su límite; por eso que la Corte Constitucional ha dicho que esta garantía jurisdiccional no constituye un mecanismo de superposición o reemplazo de las instancias judiciales, puesto que bajo ningún concepto se puede acudir a las instancias correspondientes, o lo que es peor, viéndose vencido en las instancias correspondientes ordinarias, acudir a la acción de protección, ya que aquello ocasionaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional vigente en el Ecuador y generaría una lesión al principio de interpretación integral de la Constitución, provocando que la tutela judicial constitucional termine por absorber a la justicia ordinaria ( Sentencia No. 003-13-SIN-CC, de 04 de abril del 2013, caso 0042-11-IN), y así ha concluido que a la luz de las normas constitucionales se puede afirmar que la tutela judicial no es patrimonio exclusivo de las acciones constitucionales, sino que es el derecho que dinamiza el sistema en su conjunto.

4.5.- PARA EL CASO QUE NOS OCUPA, en la presente acción constitucional de protección, no corresponde a la esfera de lo constitucional, pues los hechos sometidos a conocimiento son de absoluta legalidad que limita a la suscrita entrar a analizarlos; pues conforme se ha analizado, se advierte que NO existe vulneración de derechos constitucionales en contra del accionante por parte de la entidad accionada; pues se considera que no hay vulneración de los derechos a la seguridad social en la prestación de salud, a la salud, así como del derecho a la igualdad y no discriminación; ya que, conforme el propio accionante lo ha manifestado, así como del “INFORME TÉCNICO DE ATENCIÓN DEL PACIENTE” cuyas copias agrega el accionante a fojas 34 a 38, que son iguales a las copias certificadas agregadas por la entidad accionada en la audiencia pública, que obra a fojas 93 a 98, de lo cual se desprende que el accionante ingresó por emergencia al Hospital General Sur de Quito del IESS, donde fue atendido por un quebranto en su salud con presunción de haber adquirido COVID19, lo cual, fue confirmado por la respectiva prueba PCR, habiendo recibido atención médica y oportuna, siguiendo los protocolos estandarizados establecidos para el tratamiento de COVID, desde el día 13 de marzo del 2021 al 19 de marzo del mismo año; así también, se puede verificar que durante la hospitalización el accionante ha presentado descompensación respiratoria progresiva, por lo que, se interconsulta oportunamente a terapia intensiva con indicaciones de ingreso a la unidad, donde no disponían de espacio físico, por lo que la entidad accionada inició el proceso de derivación; no obstante, el accionante posterior a 48 horas pidió ser trasladado a una clínica particular que no pertenece a

la red interna del IESS, como en efecto sucedió, dejando constancia que el paciente egresa sin variaciones clínicas y con diagnóstico de U071 COVID-19, virus identificado más insuficiencia respiratoria grave; es decir, que el accionante hizo su traslado a una clínica particular sin cumplir con los procesos administrativos establecidos para una derivación o para una autoderivación; por tanto, el derecho a la salud por parte de la entidad accionada estuvo plenamente garantizado; así como tampoco existe vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación, ya que no se determina que se le haya dado un trato discriminatorio en los actos administrativos aludidos en la presente acción.- Hay que tener en cuenta que el artículo 82 de la misma Constitución de la República, dispone: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”; por tanto, se debe considerar que el derecho al debido proceso garantizados en los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República, van ligados a la seguridad jurídica garantizada en el Art. 82 de la Constitución de la República, seguridad jurídica que se basa en procedimientos preestablecidos, los cuales deben ser observados y cumplidos; por tanto, los actos administrativos impugnados deben cumplir dichos procedimientos y en el presente caso, el hecho que motiva la presente acción no viola derecho constitucional alguno; y, si fuera del caso, el accionante puede accionar sus reclamaciones en la justicia ordinaria ante los jueces competentes del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, y no accionar la presente acción constitucional de protección; en consecuencia la acción de protección planteada resulta improcedente.

QUINTA.- DECISIÓN: Por lo expuesto y verificado que en la presente acción constitucional no se ha violado derecho constitucional alguno del accionante por parte de la entidad accionada, y que por el contrario se trata de asuntos de mera legalidad; con fundamento en los numerales 1, 4 y 5 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, por improcedente se NIEGA la acción de protección presentada por el señor DR. LUIS ALBERTO FLORES GARCÍA.-

#### **QUINTO: SOBRE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN:**

La acción de protección prevista en el Art. 88 de la Constitución de la República señala que esta acción:

Tendrá por objeto el **amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución**, y podrá interponerse cuando **exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial**; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Por su parte el artículo Art. 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina que:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos que no estén amparados por otras acciones constitucionales.

El artículo 40 ibídem prevé que la acción de protección procede por:

**1.- Violación de un derecho Constitucional;** 2.- Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el Art. 41; y, 3.- Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

A su vez el artículo 41 ibídem señala que la acción de protección procede contra:

1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio. 2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías. 3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías. 4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias: a) Presten servicios públicos impropios o de interés público; b) Presten servicios públicos por delegación o concesión; c) Provoque daño grave; d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo. 5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.

De igual forma el artículo 42 de la ley referida de manera expresa determina que la acción de protección no procede:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales. 2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación. 3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos. 4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz. 5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho. 6. Cuando se trate de providencias judiciales. 7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral. En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma”.

La acción de protección según el pronunciamiento del máximo órgano de justicia constitucional dado en la resolución N° 016-13-SEP-CC dictada dentro de la causa N° 1000-12-EP de 16 de mayo de 2013, es:

La garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria. El juez constitucional cuando de la sustanciación de garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías. El razonamiento que desarrolla la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que la acción de protección procede cuando no exista otro mecanismo de

defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

En este mismo sentido la sentencia N° 041-13-SEP-CC (caso N° 00470-12-EP) estableció que:

La acción de protección no constituye un mecanismo de superposición o reemplazo de las instancias judiciales ordinarias, pues ello ocasionaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional estatal establecida por la Constitución ( ... ) no sustituye a todos los demás medios judiciales pues en dicho caso, la justicia constitucional pasaría a asumir potestades que no le corresponden, afectando la seguridad jurídica de los ciudadanos y desvirtuando la estructura jurisdiccional del Estado y desconociendo la garantía institucional que representa Función Judicial.

En la sentencia No. 001-16-PJO-CC, caso Nro. 530-10-JP la Corte Constitucional emite una jurisprudencia vinculante en el sentido de que:

Las juezas o jueces constitucionales que conozcan una acción de protección deberán realizar **un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales** en sentencias, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas y jueces constitucionales, **únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido.**

De igual forma en las sentencias N°. Caso N. 0831-12-EP, sentencia N. 102-13-SEP-CC, caso N. 0380-10-EP, sentencia N. 016-13-SEP-CC, caso N. 1000-12-EP, la Corte Constitucional ha dicho:

Al respecto, este tribunal de justicia constitucional reitera que en el contexto del Estado constitucional de derechos y justicia, **la misión de los jueces constitucionales que conocen garantías jurisdiccionales no debe limitarse a inadmitir o a declarar la improcedencia de estas cuando a su criterio existen 'otros mecanismos judiciales' para la tutela de los derechos, pues su labor es mucho más compleja y profunda dado que implica distinguir cuando en el caso sometido a su jurisdicción existen vulneraciones a derechos constitucionales, y en caso de existir tales vulneraciones tienen el deber de declararlas y ordenar la reparación integral de estos derechos.** Conforme ha señalado esta Corte, es claro que no es competencia de la justicia constitucional conocer asuntos de mera legalidad, es decir, el análisis de aspectos que son propios de la justicia ordinaria; pero sí le compete a la justicia constitucional conocer los procesos cuando ocurran vulneraciones a derechos constitucionales.

Atendiendo a este razonamiento dice la Corte, es preciso recordar que:

Todo el ordenamiento jurídico se encuentra dirigido hacia la protección de los derechos constitucionales y legales: **es evidente que ante la vulneración de derechos constitucionales no cabe argumentar razones de legalidad para rechazar las causas, toda vez que este proceder enerva la efectiva vigencia de los derechos constitucionales.**

Y sobre la labor del juez constitucional dice:

Ahora bien, respecto a la labor del juez constitucional que conoce garantías jurisdiccionales, hay que puntualizar que le corresponde al juez verificar y argumentar si existe o no la vulneración de un derecho constitucional. Es a él a quien le corresponde analizar caso a caso, sobre la base de un ejercicio de profunda

razonabilidad, los hechos y las pretensiones del actor para poder dilucidar si se trata de un caso de justicia constitucional o si, por el contrario, por su naturaleza infra constitucional su conocimiento le corresponde a la justicia ordinaria”.

#### **SEXTO: RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL AD QUEM DE LA APELACIÓN DEL LEGITIMADO ACTIVO:**

En atención a lo establecido por el máximo órgano de administración de justicia constitucional en los fallos invocados en el apartado precedente, corresponde analizar si al legitimado activo se le han vulnerado los derechos constitucionales que alegan en su demanda, esto es, a la seguridad social, en la prestación de salud: a la salud y a la igualdad y no discriminación, cobijado por la dignidad humana, por habersele negado el reembolso de la suma de USD46.585,08 que pagó en la Clínica privada de Salud Integral al que habría sido derivado por el IESS en razón de la falta de cama UCI en el Hospital IESS Quito Sur y por la situación crítica del paciente debido a un cuadro de contagio de COVID 19.

Como preámbulo este Tribunal de Alzada advierte que de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, *“La persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia, excepto en los casos en que se invierte la carga de la prueba...”*. No obstante, la norma constitucional prevista en el artículo 86.3 de la Constitución de la Republica – disposiciones comunes de las garantías jurisdiccionales-, cuando se trata de la legitimidad pasiva entidades públicas, la carga de la prueba se invierte a esta, a saber: *“...Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información...”*, disposición constitucional concordante con lo establecido en el inciso cuarto del antes citado artículo 16 de la LOGJCC que a la letra señala: *“Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria...”*.

A tono las normas adjetivas constitucionales invocadas en este proceso constitucional, corresponde a los legitimados pasivos demostrar lo contrario de lo aludido por el legitimado activo en su demanda constitucional, esto es, demostrar que no ha existido actos u omisiones por parte del IESS que acarree vulneración de derechos constitucionales invocados por el accionante.

En la especie, el legitimado activo sostiene que el **13 de marzo de 2021** acudió al Hospital General Sur de Quito del IESS, a recibir atención médica por presentar quebranto en su salud, con presunción de haber adquirido el virus del sars cov 2 – COVID 19; que presentó graves síntomas. Que habiendo ingresado por Emergencia, fue referido al área de observación luego de lo cual, y una vez que se realizó la correspondiente Prueba PCR, se confirmó que presentaba un Cuadro de Contagio de COVID 19. Que el día martes **16 de marzo de 2021** fue transferido al área de Neumología ante el diagnóstico confirmatorio. Que en el Hospital IESS Quito Sur estuvo internado hasta el **18 de marzo de 2021**, fecha en que el médico jefe del Servicio de Neumología le indicó que su situación era muy delicada ya que requería ser ingresado a una Unidad de Cuidados Intensivos (UCI), y que en ese Hospital hay 40 pacientes en lista de espera; ante tal circunstancia le sugería hablar con sus

familiares para que busquen opciones en otras casa de salud pública o privada, ya que al momento hay demasiada demanda de camas UCI en hospitales públicos y privados de la ciudad de Quito, así como en clínicas particulares que mantienen convenio con el IESS. Que por gestiones realizadas por familiares, la única posibilidad que exista a esa fecha fue una cama UCI disponible en la CLINICA INTEGRAL de esta ciudad de Quito, ante lo cual se realizaron todos los trámites que facilitaron la derivación a dicha casa de salud; **hecho que se realizó el día 18 de marzo de 2021**. Que en la revisión que se realiza a la documentación que adjunta (Historia Clínica del Hospital General del Sur Quito del IESS, páginas 87-88, 91, 99), se podrá evidenciar los reportes ahí consignados de los profesionales médicos, cuando sugieren derivar a Clínica de Convenio por situación crítica del paciente, particularmente, en la página 99 de la historia clínica se lee en el reporte "PACIENTE CON DIAGNÓSTICO Y COMORBILIDADES YA DESCRITOS, SE NOS INFORMA QUE TIENE RECEPCIÓN EN CLINICA PARTICULAR, Y AUTORIZACION POR PARTE DE ESTA CASA DE SALUD POR O QUE ACUDE PERSONAL MEDICO Y ARAMEDICO DE DICHA CASA DE SALUD PARA TRASLADO DE PACIENTE EN TRANSPORTE MEDICLIZADO PRIVADO". Que tras la derivación, el diagnóstico es: neumonía por Sars Cov2, más insuficiencia respiratoria aguda, más neumonía comunitaria, más neumonía asociada a la ventilación tardía, más enfermedad renal, por lo que recibió la atención en la Clínica Integral que le permitió recuperarse y buscar retomar su proyecto de vida ante este terrible virus e infección por la que pasó. Que por la atención que recibió, esto es desde **el 18 de marzo de 2021 que ingreso, hasta el 20 de abril de 2021** que se le da de alta, se generó un valor facturado y pagado que asciende a cuarenta y seis mil quinientos ochenta y cinco dólares americanos con ocho centavos US \$ 46.585,08. Que mediante oficio s/n de 23 de agosto de 2021 dirigido al señor Julio Javier López Marin, director del Seguro General de Salud Individual y Familiar del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, con fe de presentación en la misma fecha, le adjunta la documentación pertinente y fundamenta jurídicamente la petición **por la que solicita se digne disponer se efectúe el reembolso por gastos médicos de los valores pagados a la CLINICA INTEGRAL**, por la atención que le fue entregada en esa casa de salud particular, luego que fue derivado a ella desde el HOSPITAL QUITO SUR DEL IESS, cuyo valor facturado y pagado asciende a US \$ 46.585,08. Que con Memorando Nro. IESS-CPPSSP-2021-12927-M de fecha 28 de septiembre de 2021, **se da respuesta al requerimiento presentado por el hoy accionante, determinando que no es procedente al haberse inobservado un procedimiento previsto en una resolución, esta es la No. C.D. 317, en concordancia con el Acuerdo Ministerial Nro. 091-2017**, señalando que: "...**el ingreso del paciente en el establecimiento de salud, externo, no es notificado a esta institución en el tiempo establecido en la norma, es decir hasta 3 días término después de lo acontecido; de igual manera, informa que el pago por la atención ha sido realizado ya de manera directa al prestador de salud externo que la atendió**", el oficio es respondido por la señora Espc. Diana Soledad Andrade Yépez, coordinadora provincial de Prestaciones del Seguro de Salud Pichincha, encargada.

Por su parte los legitimados pasivos IESS a través de sus defensores técnicos manifiestan que el paciente no fue derivado por el IESS ya que para que exista una derivación se remite un código de validación a los prestadores externos, que la

Clínica Integral no es un prestador del IESS, por lo tanto, es imposible que el IESS lo haya derivado, por lo que, no es cierto lo que el actor manifiesta en su demanda.

Señalan que la norma técnica de relacionamiento a la prestación de servicios de salud, los pacientes por su condición de salud podrán acceder al servicio de emergencia por derivación atención pre hospitalaria o auto derivación; que en el presente caso sucedió una auto derivación porque el IESS no lo derivó; que el paciente por sus propios medios solicita abandonar el Hospital de Salud y acudió a la clínica Integral que no tiene un convenio de prestación de servicios con el IESS, y que por ello no puede obviamente reconocer el pago requerido por el legitimado activo; que así mismo esta Norma establece en su Artículo 24 lo siguiente: “Dentro del primer día laborable, posterior a la recepción del paciente por el servicio de emergencia, los prestadores deberán solicitar que el paciente, sus familiares o su acompañante, exprese si es afiliado al IESS, ISSPOL, ISSFA; y/o, si cuenta con cobertura de compañías que financian servicios de atención integral de salud pre pagada o de seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica. Dentro del término de tres (3) días laborables, posteriores al ingreso del paciente, **el establecimiento de salud notificará de manera obligatoria a la entidad financiadora responsable del paciente**, sea ésta: compañías que financian servicios de atención integral de salud pre pagada o de seguros que oferten cobertura de seguros de asistencia médica, IESS, ISSFA, ISSPOL, MSP, de tal forma que pueda cumplirse el proceso de validación de la cobertura y de prelación de pagos. Independientemente de que el establecimiento de salud, haya o no cumplido con esta obligación, el familiar o acompañante del usuario/paciente, **podrá dar aviso de manera directa a la entidad financiadora/aseguradora, de tal forma que pueda cumplirse el proceso de validación de cobertura y prelación de pago.** La institución financiadora/aseguradora, dentro de tres (3) días laborables posteriores a la notificación, **remitirá únicamente a los establecimientos de salud privados, el código de validación en físico o vía electrónica que garantice la aceptación de pago por las prestaciones de salud brindadas al paciente.**”. Dice que esto se hace porque existe un tarifario, esto no se hizo ni por parte del paciente ni sus familiares y **el IESS cubre obviamente los valores que están en el tarifario en este caso no existe ninguna comunicación al IESS por parte de la clínica ni tampoco del paciente y de su familia**, en este caso se debería solicitar al hospital si se envió esta comunicación para que se realice el pago pero en este caso no fue así. Señala que, así mismo la resolución 317 emitida por el IESS establece en su Artículo 3 lo siguiente: “De manera previa al pago, el responsable provincial del Seguro General de Salud Individual y Familiar - SGSIF, verificará que el asegurado cumpla con los requisitos establecidos en la Ley de Seguridad Social y en las normas internas correspondientes; Art. 4, El asegurado, por sí o por interpuesta persona, o el prestador del servicio, deberá comunicar el hecho emergente en las dependencias provinciales de la Dirección del Seguro General de Salud Individual y Familiar del IESS, mediante documento físico, facsímil, Internet o cualquier otro medio, hasta tres (3) días hábiles luego de producida la emergencia. Dentro de los ocho (8) días hábiles luego de atendida la emergencia, el prestador deberá remitir al IESS los siguientes documentos: Solicitud de pago en el formulario elaborado por el SGSIF, adjuntando fotocopia de la cédula de identidad/ciudadanía o pasaporte del asegurado, copia certificada de la licencia profesional o permiso de funcionamiento

del prestador (para prestadores no calificados); Copia certificada del expediente clínico conferido por la unidad médica donde fue atendido el paciente, el mismo que contendrá: formulario de emergencia, protocolo operatorio y otros documentos clínicos, según el caso, y epicrisis de egreso. En caso de que el paciente continúe hospitalizado, se actualizará la epicrisis; y factura en la que se incluirán la lista de cargos por atención al paciente, dentro de los 8 días, que tampoco se adjuntó esta documentación al IESS. Que en ningún momento ha violentado el derecho a la salud; que en el mismo informe de auditoría médica se establece lo siguiente: después de la revisión de la historia clínica se concluye que el Hospital General del SUR de Quito garantizó la atención médica y oportuna del paciente ya que se utilizan protocolos estandarizados los cuales han sido aprobados por el Hospital (protocolo COVID hospital General del SUR de Quito) y sus modificaciones oportunas; que así mismo, en la figura número 7 de diagnósticos definitivos, del paciente se establece que el paciente salió en las mismas condiciones en las que ingresó, no se realizó la derivación en el sistema, cuando existe una derivación se debe realizar lo que dice el artículo 91; que la figura de reembolso de gastos no existe; que lo realiza el IESS es el pago en la clínica cuando se sigue el procedimiento establecido en el reglamento aprobado por el Ministerio de Salud Pública, en ningún caso se realizará un pago total del IESS al afiliado.

Dicen que en virtud de todo lo expuesto no existe la vulneración de un derecho; que el hoy accionante salió del hospital e ingresa a una Clínica Privada que no tiene convenio con el IESS y no a un prestador externo; el pago se realiza a través del procedimiento establecido en la norma cumpliendo todos los requisitos y de acuerdo al tarifario, el pago se lo realiza en la institución en ningún caso se realizará el pago a los afiliados y obviamente siempre cumpliendo los tarifarios.

Frente a tales posiciones, este Tribunal de Alzada advierte que en materia de derechos humanos, el artículo 11 de la Constitución de la República, prevé el principio de aplicación directa de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y el principio de no restricción del contenido de los derechos y garantías constitucionales. A saber dicha disposición constitucional dice:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia

En el caso sub judice, el legitimado pasivo justifica su posición de no pago o reembolso económico a favor del legitimado activo, por cuanto no se ha cumplido

con el procedimiento interno previsto en las normas reglamentarias previstas en un ordenamiento generado por la misma institución del IESS –Resolución No. C.D. 317 de 10 de mayo de 2010 que contiene el “Reglamento para el pago de servicios de Salud en casos de emergencia concedidos por prestadores externos a los asegurados”- y en el Acuerdo Ministerial No. 091-2017. En dichos cuerpos normativos ubicados en el noveno orden de jerarquía de aplicación de las normas en los términos del artículo 425 de la Constitución de la República, se establece el procedimiento a aplicarse para el pago de valores ocasionados por la atención médica a asegurados del Seguro General Obligatorio y voluntarios, así como a beneficiarios con derecho, atendidos en situaciones de emergencia por unidades médicas o profesionales de la salud ajenos al IESS. Entre esos incumplimientos dice el legitimado pasivo, está la no comunicación dentro de tres días de haber ingresado el paciente a la clínica externa Integral por parte de esta entidad de salud privada y/o por parte del paciente o de sus familiares.

Posición que sin duda alguna contradice los derechos y garantías constitucionales previstos en el artículo 11 de la Constitución de la República que pregona el principio de aplicación directa de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y el principio de no restricción del contenido de los derechos y garantías constitucionales, los que deben ser de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, y la prohibición de exigir condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley para el ejercicio de los derechos y garantías, los que además deben ser plenamente justiciables, y la correspondiente obligación de los servidores públicos administrativos y judiciales de aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.

En el presente caso además estamos frente a una evidente emergencia médica con riesgo de muerte del paciente afectado por el virus COVID 19, así lo han admitido los galenos del legitimado pasivo IESS en los diagnósticos respectivos que obran del proceso. Se trata además de una persona que forma parte del grupo de personas de atención prioritaria en los términos de los artículos 35, 36, 37.1, y 38.8 de la Constitución de la República, que a la letra ordenan:

Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

Art. 36.- Las personas adultas mayores recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en especial en los campos de inclusión social y económica, y protección contra la violencia. Se considerarán personas adultas mayores aquellas personas que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad.

Art. 37.- El Estado garantizará a las personas adultas mayores los siguientes derechos: 1. La atención gratuita y especializada de salud, así como el acceso gratuito a medicinas.

Art. 38. En particular, el Estado tomará medidas de: 8. Protección, cuidado y

asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas y degenerativas.

La afirmación del legitimado pasivo en el sentido de que el paciente –legitimado activo- no fue derivado por el IESS ya que para que exista una derivación se remite un código de validación a los prestadores externos, que la Clínica Integral no es un prestador del IESS, por lo tanto, es imposible que el IESS lo haya derivado, contradice lo que consta en los informes médicos en particular en la Historia Clínica Hospital Quito Sur, en el que se evidencia los reportes de los profesionales médicos y sugerencia de derivar a Clínica de Convenio por situación crítica del paciente, motivo por el cual el legitimado activo a fin de salvaguardar su existencia optó por auto-derivarse a un hospital donde existía una cama disponible para su atención médica.

Conforme lo sostiene la Coordinadora Provincial de Prestaciones del Seguro de Salud Pichincha, Diana Soledad Andrade Yépez en su Memorando No. IESS-CPPSSP-2021-12927-M de fecha 28 de septiembre de 2021, la Resolución No. C.D. 317 de 10 de mayo de 2010 prevé el pago a los prestadores de salud externos únicamente en los que, los afiliados al IESS hayan sido atendidos por emergencias, es decir, por haber existido un inminente peligro para la conservación de la vida o de la integridad física de la persona. En el presente caso, precisamente estamos frente a la concurrencia de aquellos presupuestos reglamentarios, esto es, i) se trata de una paciente contagiado con el COVID 19 con riesgo de muerte ya que por ello los galenos sugirieron ser ingresado a UCI por su crítico estado de salud, UCI en el que no había camas disponibles en el IESS; ii) es un paciente afiliado al IESS y además jubilado que merece atención prioritaria y gratuita según las garantías constitucionales. En consecuencia, ante su urgente derivación sugerida por los galenos del IESS a otra entidad de salud privada a fin de evitar una eventual muerte – por cuanto en su casa de salud primaria IESS no existía los espacios –camas- para ser atendido en Unidad de Cuidados Intensivos -, lo obvio a efectos de salvar su vida es que fuera atendido por otra casa de salud.

No es creíble para este Tribunal de Alzada de que el IESS no haya tenido conocimiento sobre la derivación o auto -derivación del paciente a otra clínica u hospital para salvar su vida por la dolencia emergente que padecía; es decir, el hecho de que no haya sido notificado formalmente mediante carta u oficio sobre el particular dentro de los tres días que dice debió hacerlo la clínica externa o en su defecto el paciente o algún familiar de este, no descarta o anula la realidad de que efectivamente el legitimado activo en primer lugar ingresó al Hospital del IESS Sur por emergencia, así lo admiten sus personeros médicos y así se habla en los respectivos informes que obran del proceso, y posteriormente en virtud de la falta de camas en UCI tuvo que derivarse a otro hospital externo.

Entonces, no podemos argumentar ahora, -no obstante de que fue el propio IESS quien le dijo al paciente afiliado que no había camas disponibles en UCI para ser atendido y que debía obviamente buscar otro hospital para el efecto-, que el IESS no fue notificado en el término de 3 días contados a partir de la emergencia, ya que es evidente que tuvo pleno conocimiento sobre lo que estaba sucediendo con el paciente ahora legitimado activo. El hecho de que formalmente dentro de los 3 días de ingresado a la clínica privada, ni ésta ni el paciente, ni algún familiar suyo haya comunicado al IESS de que se encontraba en aquella entidad de salud, no le quita el derecho al afiliado al IESS, persona jubilada y de atención prioritaria y con derecho a

una atención de salud gratuita, de que quien asuma el pago de todos los gastos en que incurrió su curación en dicha clínica particular o privada sea el IESS, toda vez que precisamente la antes indicada Resolución No. C.D. 317 de 10 de mayo de 2010 invocada por el legitimado pasivo, prevé el pago a los prestadores de salud externos en los casos de los afiliados que fueron atendidos por emergencia, circunstancia que sucedió con el legitimado activo. Se advierte que lo defectuoso en una citación o notificación que exija una norma cualquiera, siendo un medio y no fin, no invalida o soslaya el hecho de que efectivamente la otra parte en este caso el IESS no haya conocido sobre lo sucedido con el paciente afiliado al IESS que ingresó por emergencia al Hospital del IESS SUR, cuando dicha entidad fue la que sugirió que su dolencia la cure en otra clínica ante la falta de camas en la Unidad de Cuidados Intensivos del IESS.

Ahora bien, la norma reglamentaria No. 0091-2017 que invoca el legitimado pasivo IESS que no se habría cumplido, que contiene la denominada "NORMA TÉCNICA SUSTITUTIVA DE RELACIONAMIENTO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD ENTRE INSTITUCIONES DE LA RED PÚBLICA INTEGRAL DE SALUD Y DE LA RED PRIVADA COMPLEMENTARIA Y SU RECONOCIMIENTO ECONOMICO", en su artículo 3 prevé a quienes beneficia 1. Al IESS: d) Jubilados. Por su parte el artículo 8 de dicha norma señala que los procedimientos administrativos no serán utilizados para dificultar, demorar, evitar o negar la atención de los usuarios/pacientes; y, precisamente señala: a) La falta de documentación, el envío de documentación o de documentación mal llenada, no será causa de demora para la atención o rechazo del usuario/paciente. Una vez ingresado el usuario/paciente, el establecimiento prestador de salud requerirá al establecimiento de salud que lo deriva, complete los documentos pertinentes, según lo previsto en la presente Norma. En ningún caso se solicitará al usuario/paciente, sus familiares o acompañantes, realizar gestión alguna para completar la documentación."; y, e) No se negará la atención en salud en las auto derivaciones al servicio de emergencia o al primer nivel, en las instituciones de la Red Pública Integral de Salud por causa de falta de documentos de identificación, o porque el paciente pertenezca a otro subsistema."

Se señala el artículo 26 del referido Acuerdo No. 0091-2017, referente a la auto derivación que se considera cuando un paciente llega a un establecimiento de salud público o privado sin un proceso previo de derivación, sea al servicio de emergencia o al de consulta externa. Se dice en dicha normativa que para las auto derivaciones de pacientes usuarios beneficiarios de la RPIS a establecimientos de salud de la RPIS, se reconocerá el pago de las prestaciones brindadas en el servicio de emergencia, en consulta externa o ambulatorio, sean o no emergentes. Que es responsabilidad del establecimiento de salud dar la atención integral que el paciente requiere conforme su necesidad. Se establece en dicha norma también que en las auto derivaciones a la Red privada complementaria, se autoriza la cobertura para los casos auto-derivados de pacientes en condiciones que se ajusten a los criterios de prioridad I y II del Triage, denominado "Sistema de Triage Manchester MTS modificado", adoptado por la Autoridad Sanitaria Nacional.

A tono a lo expuesto, la Corte Constitucional en su sentencia No. 017-15-SIN-CC de 27 de mayo de 2015, ha manifestado que:

Es decir, por un lado, los derechos no se agotan en lo que establece su tenor literal

en el texto constitucional, ya que estos estarán sujetos a su desarrollo progresivo a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas. Por otro lado, en relación a las normas, se debe indicar que estas no pueden restringir los alcances ni los contenidos de los derechos, pero no existe ninguna limitación alguna a nivel constitucional que impida que mediante una norma, un derecho pueda expandirse en cuanto a su alcance y contenido.

Por otro lado, en el presente caso estamos frente a una persona afiliado y jubilado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, vale decir, el legitimado activo goza de un derecho a la seguridad social que es parte además de los derechos del buen vivir previsto en el artículo 34 de la Constitución de la República que dice:

Art. 34.- El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.

El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo.

Por su parte los artículos 367 y 369 de la norma suprema determinan respectivamente, que:

Art. 367.- El sistema de seguridad social es público y universal, no podrá privatizarse y atenderá las necesidades contingentes de la población. La protección de las contingencias se hará efectiva a través del seguro universal obligatorio y de sus regímenes especiales. El sistema se guiará por los principios del sistema nacional de inclusión y equidad social y por los de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiaridad.

Art. 369.- El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley. Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud.

A nivel supraconstitucional, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de la Observación General No. 19, establece estándares internacionales, entre ellos, que: "13. Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que se establezcan sistemas de salud que prevean un acceso adecuado de todas las personas a los servicios de salud. En los casos que el sistema de salud prevé planes privados o mixtos, estos planes deben ser asequibles de conformidad con los elementos esenciales enunciados en la presente observación general 10. El Comité señala la especial importancia del derecho a la seguridad social en el contexto de las enfermedades endémicas, como el VIH/SIDA, la tuberculosis y el paludismo y la necesidad de proporcionar acceso a las medidas preventivas y curativas."

De lo expuesto ut supra, sin duda alguna que al legitimado activo le asiste el derecho de recibir por parte del IESS al que se encuentra afiliado y además jubilado por haber aportado económicamente por largos años de su vida al Estado, la prestación del servicio de salud y a su cobertura respectiva en los términos que los obliga el

artículo 227 de la Constitución de la República, esto es, respetando los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación y transparencia, y además merecedor de una atención preferente y prioritaria y además gratuita de salud, en los términos de los artículos 32, 34, 35, 36, 37.1 y 38.8 de la norma suprema citada.

Aquel derecho de prestación del servicio de salud, en el presente caso no ha sido garantizado por el llamado para tal efecto que es el legitimado pasivo de esta causa, el INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, en virtud de que en conocimiento de que el paciente ingresó por emergencia con afectación a su salud por el contagio del COVID 19, a sabiendas que las camas UCI del Hospital del IESS SUR estaban copadas por el alto número de personas contagiadas, escatimó esfuerzos necesarios para solucionar el problema de salud grave que padecía el legitimado activo, permitiendo que por sus propios medios sea auto derivado o atendido por otra casa de salud privada a fin de salvar su vida que estaba en riesgo de perderla.

En consecuencia, es evidente la violación a dicho derecho y garantía de recibir una atención de salud por parte del IESS y con ello también vulneró el derecho a la seguridad social en los términos establecidos en la Constitución y en la Ley de Seguridad Social que en su artículo 1 letra d) señala que: “El jubilado recibirá prestaciones de salud en las unidades médicas del IESS, en las mismas condiciones que los afiliados activos, con cargo a la contribución financiera obligatoria del Estado. Sin perjuicio de que el Estado entregue la contribución financiera, el jubilado recibirá la prestación...”, en concordancia con el ultimo inciso del artículo 104 ibidem que señala que en caso de enfermedad el jubilado recibirá asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y de rehabilitación en las unidades médicas del IESS. Se inobserva también por parte del IESS lo previsto en la Ley de Derechos y Amparo del Paciente publicada en el Registro Oficial 626 de 3 de febrero de 1995, modificada el 22 de diciembre de 2006, la que en su artículo 7 dice señala como situación de emergencia, toda contingencia de gravedad que afecte a la salud del ser humano con inminente peligro para la conservación de la vida o de la integridad física de la persona, como consecuencia de circunstancias imprevistas e inevitables; situación de emergencia que conforme el siguiente artículo 8, debe ser atendida y recibida inmediatamente en cualquier centro de salud, público o privado, sin necesidad de pago previo.

### **SÉPTIMO: CONCLUSIÓN:**

En mérito de todo lo expuesto este Tribunal Ad quem, **ADMINISTRANDO JUSTICIA CONSTITUCIONAL, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, ACEPTA el recurso de apelación presentado por el legitimado activo LUIS ALBERTO FLORES GARCÍA, REVOCA el fallo de primera instancia; en consecuencia, ACEPTA la acción de protección presentada por el legitimado activo LUIS ALBERTO FLORES GARCÍA, y como reparación integral se dispone:

#### **1. DECLARAR LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA SEGURIDAD**

SOCIAL Y EL DERECHO A LA SALUD, en desmedro del legitimado activo LUIS ALBERTO FLORES GARCÍA.

2. Como reparación por daño material, SE DISPONE QUE EL LEGITIMADO PASIVO INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL (IESS), pague a favor del legitimado activo LUIS ALBERTO FLORES GARCÍA, la cantidad de CUARENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO DOLARES CON OCHO CENTAVOS DE DOLARES AMERICANOS (USD46.585.08) por concepto de valores pagados a la Clínica Integral ante la atención medica que le fue entregada en esa casa de salud particular, conforme consta de la factura que obra de fojas 11 del expediente constitucional.
3. Como medida de satisfacción, se DISPONE QUE EL LEGITIMADO PASIVO IESS a través del Director del HOSPITAL GENERAL SUR DE QUITO, pida disculpas públicas al legitimado activo LUIS ALBERTO FLORES GARCÍA, a través del portal web de dicha institución por no haber brindado la atención prioritaria de salud en los términos de los artículos 32, 34, 35, 36 y 227 de la Constitución de la República.

Ejecutoriada esta sentencia procédase de conformidad con el Art. 86.5 de la Constitución de la República. Notifíquese.

f).- MONTALVO ESCOBAR MARIA DE LOS ANGELES, JUEZ; CARRANZA BARONA CARLO, JUEZ; MACIAS NAVARRETE FREDDY MAURICIO, JUEZ.

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

GUAPI OBANDO GUILLERMO  
SECRETARIO RELATOR