



Universidad Internacional SEK

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo de titulación para la obtención del Título de
Magister en Derecho Procesal y Litigación Oral

La falta de elementos sustantivos en la legislación contencioso
administrativa ecuatoriana como requisitos indispensables para determinar
la responsabilidad extracontractual del Estado.

Autor: Abg. Pablo Andrés Ibarra Barriga

Tutora: Dra. María del Carmen Jácome

11 de noviembre de 2017

Declaración Juramentada

Yo Pablo Andrés Ibarra Barriga, con cédula de ciudadanía No. 0104278445, declaro bajo juramento que el trabajo aquí presentado es de mi autoría, que no ha sido presentado previamente para ningún grado o calificación profesional, y que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen. A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo a la Universidad Internacional SEK, Ecuador, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

Nombre del autor: Pablo Andrés Ibarra Barriga

C.C.: 0104278445

Dedicatoria

Si el amor que les tengo lo quisiera expresar, no habría tiempo suficiente para contarlo, ni me alcanzaría la tinta para escribirlo.

A mis dos grandes amores: Esteban Andrés y Arianna Sophia.

RESUMEN

Con la presente investigación académica se pretende abrir el debate respecto a determinar cuáles deben ser los elementos sustantivos mínimos para establecer la responsabilidad objetiva del Estado y los alcances de cada uno de éstos, analizando su configuración y composición desde la óptica doctrinaria y del derecho comparado. En nuestra legislación contencioso administrativa se presentan escollos normativos por la falta de un régimen que regule la materia y la jurisprudencia de nuestras más altas cortes en recientes fallos, luego de un letargo de sentencias confusas, a circunscrito la responsabilidad extracontractual del Estado a parámetros mínimos, que para su aplicación deben estar interrelacionados con teorías que permiten vincular el daño antijurídico, la relación causal y la actuación del Estado.

ABSTRACT

This academic research is intended to open the debate respect to determine what should be the minimum substantive elements to establish of the strict liability of the State and the scope of each of these, analyzing your configuration and composition from the optics of doctrine and comparative law. In our administrative legislation there are regulatory pitfalls due to the lack of a regime that regulates the matter and the jurisprudence of our higher courts in recent rulings, after a lethargy of confusing sentences, been confined to the non-contractual liability of the State to the minimum parameters, that for its application should be interrelated with theories that allow link unlawful damage, the causal relationship and the actions of the State.

INDICE

INTRODUCCIÓN	vii
CAPÍTULO I	19
NOCIONES GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL	19
1. Definición de responsabilidad extracontractual	19
2. Responsabilidad extracontractual subjetiva y objetiva	22
3. Teorías que sustentan la responsabilidad extracontractual del Estado	23
3.1. Teorías que instituyen la responsabilidad subjetiva	24
3.1.1. Teoría de la falta o culpa civil	24
3.1.2. Teoría de la falta de servicio	25
3.2. Teorías que instauran la responsabilidad objetiva	26
3.2.1. Teoría del riesgo	27
3.2.2. Teoría de la lesión	27
3.2.3. Teoría de la igualdad ante las cargas públicas	28
3.2.4. Teoría del sacrificio especial	28
3.2.5. Teoría del órgano	29
3.2.6. Teoría del enriquecimiento sin causa	29
3.2.7. Teoría de la indemnización expropiatoria	29
4. La responsabilidad extracontractual del Estado desde la óptica constitucional y sus elementos estructurantes	30
5. Elementos estructurantes de la responsabilidad del Estado	32
5.1. Actividad o actuación imputable al Estado	33
5.2. El daño	34
5.2.1. Daño o perjuicio antijurídico	36
5.2.1.1. Crisis de la noción de daño antijurídico como sistema de responsabilidad de carácter objetivo	39
5.2.2. Características configurativas del daño	44
5.2.2.1. Debe ser directo	44
5.2.2.2. El carácter personal del daño	52
5.2.2.3. El carácter cierto del daño	53
a) La reparación e indemnización	54
5.2.3. Tipología de los daños desde la óptica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	55
5.2.3.1. Los daños materiales	56
a) Daño emergente	56
b) Lucro cesante o pérdida de ingresos	56
c) Daño patrimonial familiar	56
5.2.3.2. Daños inmateriales	57
a) Daño moral	57

b) Daño al proyecto de vida _____	57
c) Daño biológico, perjuicio fisiológico o daño físico _____	57
5.3. El nexo causal entre el daño y la actuación del Estado _____	58
5.3.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones _____	59
5.3.2. Teoría de la causalidad adecuada _____	60
5.3.3. Las móviles fronteras del evento _____	61
5.3.4. Nexos, culpa y previsibilidad _____	63
5.3.5. Teoría de la finalidad de la norma violada _____	65
5.3.6. Concurso de causas _____	67
5.3.7. Interrupción del nexo causal _____	68
5.3.8. Causalidad y daño _____	68
<i>CAPÍTULO II</i> _____	69
<i>DESARROLLO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA</i> _____	69
<i>1. Clases de responsabilidad del Estado</i> _____	69
1.1. Responsabilidad subjetiva con falla en el servicio. _____	69
1.1.1. Falla probada _____	70
1.1.2. Falla presunta _____	71
1.2. Responsabilidad objetiva sin falla en el servicio _____	72
1.2.1. Por daño especial _____	73
1.2.2. Actividades peligrosas _____	73
1.2.3. Daños a inmuebles por trabajos públicos _____	74
1.2.4. Responsabilidad del Estado por almacenaje _____	75
1.2.5. Expropiación u ocupación de inmuebles _____	75
1.2.6. Responsabilidad del Estado legislador _____	75
2.3. Análisis de la jurisprudencia ecuatoriana _____	76
2.3.1. Las sentencias _____	76
2.3.1.1. El daño en la responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia ecuatoriana _____	82
2.3.1.2. Tipo de responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia ecuatoriana _____	88
2.3.1.3. El nexo causal entre el daño y la actuación del Estado en la responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia ecuatoriana _____	95
2.3.1.4. Fallos dictados sobre la base de los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual del Estado _____	97
2.3.2. Aportes procesales importantes dictados mediante la jurisprudencia en responsabilidad extracontractual del Estado _____	100
<i>CONCLUSIONES</i> _____	107
<i>BIBLIOGRAFÍA</i> _____	114

INTRODUCCIÓN

Es conocido por los abogados litigantes, en materia contenciosa administrativa, la problemática para obtener por parte del Estado ecuatoriano un reconocimiento económico frente a casos donde éste tiene responsabilidad objetiva por la deficiente prestación de servicios públicos provenientes de actuaciones u omisiones, incluso lícitas, que han generado daños a particulares, quienes no tienen la obligación jurídica de soportarlo.

Tan escasas son las sentencias que tienen fallos contra el Estado en las acciones de responsabilidad objetiva, que las pocas dictadas por la Corte Nacional de Justicia y por la otrora Corte Suprema de Justicia, son el único referente para conocer los elementos sustantivos que se deben argüir para obtener una sentencia favorable.

Si bien la doctrina internacional ha escrito en demasía sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, también conocida como responsabilidad objetiva, los magistrados que han resuelto las causas se han nutrido de un abanico de teorías doctrinarias para sustentar sus sentencias, que hasta cierto punto resultan contradictorias entre unas y otras. La interpretación de los elementos sustantivos contenidos en la doctrina, se refieren principalmente a la falta o deficiencia en la prestación de un servicio público; el daño calificado; y, el nexo causal entre éstos. Al no estar delimitados en la ley, los alcances y connotaciones son variadas, advirtiéndose que en casos similares las sentencias pronunciadas pasan de ser exorbitantes en cuantía, a otras que niegan el derecho a reconocer indemnizaciones como producto de la responsabilidad objetiva; a pesar de utilizar en su fundamentación elementos sustantivos análogos.

Aunque las teorías que analizan la responsabilidad extracontractual del Estado son diversas, no deja de existir una tensión entre el desarrollo jurisprudencial y la búsqueda de justicia por parte de los administrados; sobre todo debido a la incuria del Estado por regular este tema.

En este orden de ideas, es pertinente precisar que en la legislación vigente no existen argumentos fácticos o jurídicos para determinar qué corresponde a la indemnización por daños materiales, qué corresponde a la compensación por los perjuicios morales y cuál es la importancia de cada uno de los criterios de cuantificación para considerar en una condena.

Lo dicho deriva en que, ante un determinado caso concreto de responsabilidad extracontractual del Estado, este hecho no puede subsumirse en los géneros normativos legales de sistema contencioso administrativo, dejando la puerta abierta a los juzgadores para no sancionar el indebido accionar o inacción de los órganos estatales, generando desconfianza en la cosa pública.

Si bien es un hecho que los elementos sustantivos de la responsabilidad objetiva estatal no están regulados por el ordenamiento jurídico, no quita que éstos podían estarlo por otras fuentes del derecho, como la jurisprudencia o la doctrina. En la práctica sucede que no existen posiciones jurídicas concordantes entre las distintas salas del máximo órgano de administración de justicia ordinaria en el Ecuador, pues sobre este tema no se ha desarrollado el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración.

La multiplicidad de criterios en torno a la teoría general de la responsabilidad y específicamente a la responsabilidad extracontractual del Estado prevista en el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de 2008, que en lo principal determina que las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos; concomitante, a un sinnúmero de elementos que conformarían la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado, no son de mayor ayuda para tener éxito en las demandas que se plantean exigiendo la

declaración de este tipo de derechos, pues la subjetividad y generalidad de cada uno de sus componentes deriva en que se vuelva casi imposible obtener una sentencia favorable.

En la práctica existen posiciones que determinan los principales elementos de esta teoría, trazados desde la perspectiva del *Derecho privado*, que se sustentan principalmente en la responsabilidad civil extracontractual derivada de acciones u omisiones, dolosas o culposas, propias del sujeto obligado; mientras que desde la perspectiva del *Derecho Público*, la doctrina más calificada recomienda que ciertos aspectos de la teoría de la responsabilidad deben ser adecuados al ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, misma que sostiene que la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente. Empezando por tan fundamental punto es necesario realizar un estudio para determinar que las acciones contencioso administrativas por responsabilidad extracontractual deben desvincularse de la responsabilidad de las normas del Código Civil, otorgándole autonomía e independencia y proveyéndola de sus propias normas y principios.

Luego de todo lo dicho cabe preguntarse ¿Cómo están resolviendo los jueces los casos de responsabilidad extracontractual, ante la carencia de legislación vigente para la fijación de la responsabilidad?

¿Cuáles son los principales elementos sustantivos de la responsabilidad extracontractual que se utilizan para dictar sentencia?

¿Es necesario determinar la culpabilidad del agente estatal que causo el daño para determinar la responsabilidad extracontractual?

¿Qué tipo de nexo causal debe existir entre el daño y el agente que lo causó?

Se justifica la presente investigación en razón que la reducida cultura del reclamo ante las acciones u omisiones gravosas generadas por el Estado responde al escaso

desarrollo jurisprudencial que impulse este tipo de acciones legales, así como una inexistente teoría doctrinaria apegada a la realidad ecuatoriana; generan la necesidad de desarrollar este tema para brindar elementos de análisis.

El objetivo general del presente estudio es analizar los argumentos de los jueces en los juicios de responsabilidad extracontractual del Estado a través del estudio de la legislación y jurisprudencia ecuatoriana con el fin de establecer los elementos que deben tomarse en cuenta para un adecuado juzgamiento de la responsabilidad objetiva.

Para ello, señalaremos los fundamentos constitucionales de la responsabilidad extracontractual del Estado desde la óptica de la naturaleza filosófica del concepto de responsabilidad, en el derecho contemporáneo. Hans Kelsen, positivista impulsor de la teoría pura del derecho, identifica las nociones de obligación jurídica y responsabilidad (Larrañaga, 2000, pág. 54), pero muy poco los desarrolla, principalmente porque su teoría se caracteriza por la carencia absoluta de valores en el contenido de la norma. Larrañaga en su libro denominado "*El concepto de responsabilidad*" parafrasea a Alf Ross, quien circunscribe la responsabilidad a un contexto que segmenta el concepto en dos etapas: i) responsabilidad como exigibilidad y ii) responsabilidad como sancionabilidad (2000, pág. 63). El primer concepto exige a la persona que responda con fundamento en la culpabilidad, y el segundo, se le sancione. La mixtura por relación de conceptos de Ross, no permite explicar los casos de responsabilidad objetiva, en los que la noción de culpabilidad no tiene importancia. Por su lado, Herbert Hart, se aproxima a la responsabilidad a través del análisis gramatical y de sus múltiples acepciones, ámbito en el que cobran significativa importancia los aportes lingüísticos del derecho.

En este contexto, la visión positiva o normativa del concepto de responsabilidad no da cabal respuesta, con Kelsen la noción de responsabilidad se confunde con la de obligación jurídica; en Ross, no se alcanza a explicar la responsabilidad objetiva, y en

Hart, el concepto se presenta multiforme. Ergo, el positivismo no sostiene una respuesta correcta o convergente al menos acerca del fundamento o del por qué se debe responder, que es la esencia misma de la institución de la responsabilidad (Botero, 2013, pág. 4).

Analicemos ahora la corriente *iusnaturalista* del concepto de responsabilidad partiendo de la concepción del derecho natural, que para algunos, entre ellos Norberto Bobbio y Karl Larenz, es un derecho deducido de la razón; para Hernán Valencia: “Según el pensamiento iusnaturalista, el paso del ser al deber ser resulta posible porque se asume la justicia como valor” (2005). Doctrinariamente la noción del bien constituye el primer principio de la razón práctica: “El bien ha de hacerse y perseguirse y el mal evitarse. Y sobre esto están fundados todos los otros preceptos de la ley natural...” (McInerny, 1995).

Esa noción del bien (razón práctica) que emana de la naturaleza del hombre y que se deriva en un derecho humano general, considerado como principio angular de la ley natural, es una aproximación de respuesta a la pregunta acerca de la naturaleza de la responsabilidad que entraña en su esencia el deber de reparar o responder en sentido genérico, el “bien” frente al daño que originó ese deber que constituiría un “mal”.

Al respecto y con mayor claridad se expresa Kant, quien formuló el imperativo categórico de: “*obra de tal manera que tu deseo sea el que tu acción se convierta en ley universal*”, que se reduce a: “*no hagas a los demás lo que no quieres que te hagan a ti*”, constituyéndose este principio en el fundamento de la responsabilidad, no sólo moral, sino en cualquier faceta que provenga de la actuación del ser humano (McInerny, 1995).

Corriente iusnaturalista por la que nos decantamos en el presente estudio, entre otras, porque a los derechos humanos se les tiene no sólo como anteriores a la legislación, sino por encima de lo establecido en esta. Por tal razón, ni el Estado ni la autoridad crean los derechos humanos o principios; el derecho positivo simplemente los reconoce, y no los crea porque proceden de la naturaleza del hombre.

El reconocimiento de los derechos humanos, como principio jurídico universal, es llamado hoy día el portento de la época moderna (D'Agostino, 1995). Los derechos humanos, al plasmarse en leyes positivas y al operar a través de ellas, generalmente se consagran como derechos constitucionales que se refieren a aquellos que el hombre tiene por su dignidad, por el solo hecho de ser hombre son inherentes a éste y constituyen atributos connaturales a la condición humana; por lo que ni se conceden ni se otorgan, toda vez que existen con antelación a la ley positiva.

Ahora bien, centrándonos en el tema de estudio desde la óptica de sus orígenes, García de Enterría (2005, pág. 357) citando a Hauriou, respecto a la responsabilidad patrimonial del poder público de la Administración sostiene que: “hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración”, cuya posición puede formularse en los siguientes brocardos: “que actúe, pero que obedezca a la Ley; que actúe, pero que pague el perjuicio”. Para el referido autor el principio de legalidad y el de responsabilidad patrimonial de los entes públicos constituyen los soportes estructurales del Derecho Administrativo, cuyo equilibrio, amenazado siempre por el peso de las prerrogativas del Poder, depende de su correcto juego.

Para llegar a la concepción definida en el párrafo precedente es necesario referirse al proceso de afirmación que tuvo que atravesar la responsabilidad patrimonial del Estado. En la esfera del Derecho Público, el daño resultante de la actuación de sus agentes pugnaba frontalmente con una tradición multiseccular, que mediante una combinación de la *potestas* imperial romana y de la concepción teocéntrica del poder del monarca, encontró su expresión clásica en el principio *the king can do not wrong* (el rey no puede hacer ilícito).

La Declaración de los Derechos Humanos del Hombre y del Ciudadano, que alumbró la nueva era desde 1789, proclama que la propiedad es un derecho inviolable, del que

nadie puede ser privado sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija evidentemente y bajo la condición de una justa y previa indemnización. Pero ni el artículo 17 de la Declaración, que sienta las bases del instituto expropiatorio, ni ningún otro texto, se refieren ni mencionan nada respecto a los daños no expropiatorios, que siguen siendo un reducto exento de la soberanía del Estado.

La ruptura del principio de irresponsabilidad del soberano deviene, en inicio, por las transformaciones económicas, al respecto dos son los modelos que ofrece el Derecho comparado, según la vía de progreso, legislativa o jurisprudencial. Al primero de ellos, ruptura por vía legislativa, se ajustan los ordenamientos anglosajones, en los que el rompimiento del viejo principio del *common law* de irresponsabilidad del Poder público se produce bruscamente a través de una rectificación legislativa.

El sistema de irresponsabilidad del soberano funcionó aceptablemente en tanto se mantuvo vigente el esquema de una Administración abstencionista, pero empezó a provocar serias dificultades a partir de la guerra mundial de 1914-18, en la medida en que la intensidad de las intervenciones y la cuantía de los daños resultantes mostraron la insuficiencia de la garantía inherente a los patrimonios particulares de los autores materiales de los daños, que, en muchos casos, dado el origen de estos, ni siquiera era posible localizar (daños anónimos). Con estos supuestos se optó por acudir a una fórmula precaria, consistente en que la Administración designara *ad libitum* al funcionario que debía asumir en el proceso el papel de demandado, respaldándole económicamente para hacer frente a la eventual condena, denominado este sistema como del acusado nombrado. Esta práctica, no obstante, fue rechazada por la Cámara de los Lores en 1946 en el caso *Adam versus Naylor*. Con ello la situación se hizo insostenible, avocando a una reforma legislativa, que sometió a la Corona a la misma responsabilidad que si fuera una persona privada con plena edad y capacidad, tanto por razón de los daños cometidos por los

funcionarios (excluidos los resultantes de la acción de la policía hasta la reforma de 1964), como por el incumplimiento de las obligaciones que toda persona tiene para con sus servidores.

Semejante a éste, desde su planteamiento inicial hasta su misma solución, es el proceso evolutivo del Derecho norteamericano, que también fue dominado tradicionalmente por el clásico *the king can do not wrong*. El progresivo aumento de estas peticiones de indemnización al Congreso forzó a la creación de la *Federal Tort Claims Act* de 1946, que, como su gemela inglesa, reconoce la responsabilidad del Estado, configurando ésta como una responsabilidad por hecho de otro, que entra en juego exclusivamente en aquellos casos en que es localizable una actuación culposa en el o los funcionarios autores del daño, culpa apreciada según las reglas comunes.

Las reformas quedaron cortas, a un nivel mucho más bajo del alcanzado en esas mismas fechas por los ordenamientos europeos, como el alemán y el francés, que plantearon inicialmente la lucha contra el principio de irresponsabilidad en el terreno jurisdiccional.

En el Derecho alemán la responsabilidad patrimonial de la Administración comenzó formulándose, como una responsabilidad indirecta, consecuencia de los actos ilícitos de los funcionarios y agentes susceptibles de generar la responsabilidad de éstos en los términos del artículo 839 del Código Civil Alemán (GBG). La Constitución de Weimar (1919) formuló el principio en su artículo 131:

Si en el ejercicio de la potestad pública a él confiada, el funcionario infringe los deberes que el cargo le impone frente a terceros, la responsabilidad alcanza por principio al Estado o a la Corporación a cuyo servicio se hallase el funcionario.

Junto a esta cobertura del daño ilícito, al que se reserva expresamente el concepto y la expresión misma de responsabilidad patrimonial del Estado, se sitúa lo que la doctrina alemana y, por su influjo, una parte de la italiana (Alessi, 1955) y española (Garrido Falla

F. , 1952), conoce con el nombre de teoría de la indemnización de Derecho Público, procedente por “intervenciones conforme a Derecho”. Intervenciones que, a partir de Weimar, comienzan a calificarse formalmente como expropiaciones en un proceso que impulsa la doctrina y acoge la jurisprudencia de los Tribunales (ruptura por vía jurisprudencial) de ruptura del molde clásico de la expropiación, ligado inicialmente a la idea de traspaso forzoso de derechos, y de progresiva evolución expansiva del instituto expropiatorio, sacrificio especial no exigible a la generalidad de los ciudadanos instalada en el artículo 75 del Código Civil Alemán prusiano de 1974 “Se considera que el Estado ha de indemnizar a aquel que tiene que sacrificar en interés de la comunidad sus derechos y ventajas particulares”.

El Derecho francés ofrece el ejemplo más claro de progresión por obra de una jurisprudencia lúcida y resuelta ante la actuación lesiva de los entes públicos, previo a ello la única garantía que ofrecía a la víctima es la responsabilidad del propio autor del daño, con autorización administrativa previa del Consejo de Estado, responsabilidad exigible a éste en los términos del Código Civil ante los tribunales ordinarios. De este obstáculo administrativo va a surgir la responsabilidad patrimonial propia de la Administración, debido a que el Consejo de Estado, acostumbrará a negar dicha autorización salvo en los casos en que aprecie la existencia de una falta personal del agente, es decir, que sea el causante del daño, aceptando en los demás supuestos, que toda negligencia, error u omisión que, aunque reprochable, sea constitutiva de una falta de servicio impersonal y haga surgir un deber de reparación a cargo de la Administración, como responsable del servicio de que se trate, por lo tanto, que la acción se dirija contra el Estado y ante los Tribunales administrativos.

El sistema así definido se apoya en la idea de falta, que hasta la actualidad constituye el fundamento general de la responsabilidad patrimonial de la Administración, con ciertas

precisiones tales como: Primero, que la falta se aleja de la noción de culpa, debido a que se trata de una falta objetivada, en otras palabras, de una falta del servicio mismo, por lo que no es necesario individualizar. En segundo lugar, que la responsabilidad de la Administración queda comprometida desde el momento en que se aprecia la existencia de un daño cierto imputable a ella, bien por razón del riesgo creado o del provecho obtenido, entendiéndose como el uso de cosas o el ejercicio de actividades peligrosas por las fuerzas policiales o militares, por ejemplo.

El sistema de responsabilidad francés no cesó de perfeccionarse, extendiéndose a todo tipo de servicios, incluso los que comportan ejercicio de autoridad y a toda clase de daños ciertos, futuros e incluso morales, si éstos resultan evaluables en dinero, con tal de que esos daños sean imputables a la Administración a través de personas situadas bajo su autoridad o por cosas colocadas bajo su guarda y que entre la actividad del ente público imputable y el perjuicio cuya reparación se solicita exista un nexo causal directo y no roto por una causa extraña, entendiéndose, fuerza mayor; el hecho de un tercero o la falta de la víctima no exoneran a la Administración sino en la parte correspondiente. Como vemos el Consejo de Estado francés mostró una sobriedad técnica respecto al funcionamiento del sistema resarcitorio.

Expuestos los antecedentes y elementos que dan origen al tema de investigación se debe precisar que la responsabilidad objetiva del Estado puede surgir de una actividad jurídica, constante en un acto administrativo o en un reglamento, así como de una actividad ilegal, material o técnica, e incluso de una omisión. Se entiende que existe responsabilidad directa de la Administración cuando los daños hayan sido producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la entidad, sin culpa o negligencia imputables a sus autoridades, funcionarios o

agentes, en razón que la actuación del personal de la Administración se considera como actos propios de ésta.

Los particulares, en los que se incluyen los funcionarios y personal al servicio de los propios entes públicos que hayan sufrido daños como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión, daño o perjuicio efectivo, material o inmaterial, que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor; y, siempre que hayan justificado que no tienen el deber jurídico de soportarlo así como un nexo de causalidad directo, entre la actividad del sujeto productor del daño y el perjuicio producido, que permita su imputación a la Administración.

De lo referido en párrafos precedentes el concepto de responsabilidad objetiva del Estado está integrado por nociones particulares que presentan escollos de configuración normativos, para determinar cuáles son los elementos estructurales de la responsabilidad de la administración pública, y los alcances que deben tener éstos, es necesario analizar cada uno de ellos, más aun cuando el más alto órgano de justicia del país ha dictado escasas sentencias determinando responsabilidad extracontractual del Estado utilizando elementos sustantivos de índole administrativo semejantes para dictaminar la responsabilidad, encontrando incluso la utilización de elementos sustantivos de carácter civil, producto de la falta de legislación y jurisprudencia que regule la materia.

Esta investigación, en cuanto a su diseño metodológico, aborda el estudio desde el método científico, para ello, como ya se esbozó en líneas precedentes, se partirá de una revisión de las teorías sobre la responsabilidad. De las mismas se han derivado como hipótesis que en el caso ecuatoriano, ante la ausencia de normas legales, no se han podido fijar jurisprudencialmente, criterios concordantes para la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado. Con el fin de testear la hipótesis señalada,

desde un enfoque cualitativo, revisaremos la doctrina, la legislación y la jurisprudencia comparada y nacional sobre el tema.

Para el caso en estudio se examinarán las sentencias dictadas tanto por la otrora Corte Suprema de Justicia como por la Corte Nacional de Justicia respecto a la responsabilidad objetiva del Estado y los aportes jurídicos de éstas sobre el tema. Debido al limitado número de sentencias sobre el asunto en estudio no se obtendrá una muestra alguna.

La técnica y herramienta de análisis de datos a utilizar para el desarrollo de la investigación es documental, basada en el estudio del contenido de las sentencias, para lo cual se identificaron los criterios a observarse en las sentencias que fueron recogidas en una matriz descrita en el Capítulo 2 (Cuadro N° 1).

El presente trabajo se desarrolla en dos capítulos, el primero de ellos contiene la clasificación y explicación de las teorías que sustentan la responsabilidad tanto subjetiva como objetiva, y el desglose explicativo de los elementos estructurantes de la responsabilidad del Estado desde la óptica constitucional. Mientras que en el segundo capítulo se realiza una clasificación de los tipos de responsabilidad y las teorías que las sustentan, para finalmente realizar un análisis jurisprudencial de la realidad ecuatoriana organizado por los criterios dogmáticos resultantes del desarrollo del primer capítulo.

De lo dicho, se desprende que este trabajo no pretende terminar la discusión sobre la responsabilidad objetiva del Estado sino, por el contrario, dar inicio al debate sobre los elementos sustantivos mínimos que deben recogerse a nivel de norma.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD

EXTRACONTRACTUAL

1. Definición de responsabilidad extracontractual

Previo a desarrollar el tema de la responsabilidad extracontractual, es necesario delimitar cómo el Derecho entiende la responsabilidad en términos generales. Así, Hart (1970) identifica cuatro significados diferentes que tiene la palabra responsabilidad en el lenguaje corriente: **1.-** Responsabilidad como competencia sobre un determinado ámbito vital derivada de un rol o posición social; **2.-** Responsabilidad como antecedente o causa de un hecho; **3.-** Responsabilidad como sometimiento; y, **4.-** Responsabilidad como capacidad (pág. 210). La segunda acepción se equipara al nexo causal o imputación, mientras que la tercera acepción corresponde a lo que empleamos como responsabilidad civil o estatal.

Por otro lado, el formato digital del Diccionario Esencial de la Lengua Española de la Real Academia (2006) presenta una definición acorde con el desarrollo de la institución jurídica, al señalar que responsabilidad es: “1.- Cualidad de responsable; 2.- Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”. De esta acepción de responsabilidad se puede colegir que la responsabilidad se asimila con el concepto de obligación, por lo tanto, quien es responsable, en sentido jurídico, tiene una obligación a su cargo.

La responsabilidad extracontractual, surge de la necesidad de distinguirla de la responsabilidad de origen contractual. Los últimos desarrollos han llevado a que varios autores e incluso legislaciones se decanten por una unificación del concepto de responsabilidad contractual y extracontractual, debido a que comparten elementos comunes, denominándola simplemente responsabilidad (Velásquez Posada, 2015, pág.

7). Algo similar desarrollan el derecho argentino y español, que utilizan la expresión derecho de daños, en aplicación al principio de que sin daño no hay acción de responsabilidad, dejando de lado el conflicto de si el fundamento de la responsabilidad está en la culpa o en el riesgo y centrándose en el daño (2015, pág. 8). Por su parte la escuela de juristas del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, defiende la expresión responsabilidad civil y del Estado como la más completa en razón que acapara la responsabilidad del derecho privado y del derecho estatal con una misma base común, pero con diferencias significativas.

Al efecto acogemos la locución “derecho de la responsabilidad” afirmada por Obdulio Velásquez Posada (2015), debido a que el fenómeno de reparación de un daño cubre todas las áreas del derecho, por lo tanto, no hay diferencias sustanciales entre la responsabilidad civil extracontractual y la puramente contractual. Por el lado de la responsabilidad estatal, si bien goza de un régimen, jurisdicción y principios propios, su naturaleza versa sobre el mismo problema jurídico; esto es, la obligación de reparar un daño antijurídico imputable. En suma, en todos los casos en los que el derecho se ocupa de la obligación de reparar un daño, cae dentro del ámbito del derecho que analiza los presupuestos que tiene o debe tener para establecer si una persona determinada está obligada a reparar un daño que le es imputable. En palabras de Velásquez Posada: “estar obligado a reparar un daño es ser responsable”; entonces, el derecho de responsabilidad versa sobre todos los fenómenos por los que el derecho establece las condiciones de nacimiento y extinción de la obligación de reparar un daño.

La responsabilidad extracontractual en sentido jurídico lato, implica la obligación de reparar un daño causado a otro, sin que medie relación contractual entre ambos, la cual tiene como fundamento el principio *neminem laedere* que prescribe que nadie puede causar daño a otro y que, por lo mismo, “una persona es responsable civilmente cuando

queda obligada a reparar el daño sufrido por otra” (Mazeaud, 1961, pág. 7). La responsabilidad extracontractual tiene entonces un campo de aplicación más amplio que el de la contractual, pues comprende las demás fuentes de las obligaciones (delito, cuasidelito y la ley). De lo dicho, podemos concluir que la diferencia primordial de la responsabilidad extracontractual en relación con la responsabilidad contractual es la inexistencia de un vínculo anterior entre autor del daño y la víctima; o de existir tal vínculo, el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior sino de otra circunstancia, por ello el autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima por tal perjuicio.

Para Roberto Dromi (2001), la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado surge de una conducta de los órganos del Estado que puede originarse en un acto o hecho, de órgano legislativo, judicial o administrativo; sin embargo, no cualquier acto o hecho, del órgano judicial o legislativo comporta responsabilidad judicial o legislativa, la responsabilidad legislativa se concreta por el daño causado por una ley del Congreso, por el contrario, cualquier daño ocasionado por el Congreso o sus órganos por medio de conductas que no comporten específicamente una ley en sentido formal, encuadra en el campo de la responsabilidad administrativa y no legislativa. En igual sentido, la responsabilidad judicial opera en la medida en que emerge de actos judiciales, los daños que un órgano judicial provoque en cumplimiento de funciones de tipo administrativo darán lugar a la responsabilidad administrativa, no judicial (pág. 707).

De forma más clara, Agustín Gordillo (2006) expresa que la responsabilidad extracontractual surge no de la violación de una obligación contraída contractualmente sino de una conducta cualquiera de los órganos del Estado, que no surja de un acuerdo previo de voluntades con el sujeto damnificado, que puede originarse en un acto, hecho

u omisión del concesionario o licenciataria; en el caso del Estado, sea del órgano administrativo, legislativo o judicial, en tanto ejerza función administrativa (pág. 667).

Gilberto Martínez Rave (1988) conceptualiza a la responsabilidad extracontractual como la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso, en su definición no considera entre las partes vínculo jurídico anterior o nexo contractual (pág. 39).

En conclusión, entendemos a la responsabilidad extracontractual en el ámbito Administrativo, como la obligación que tienen el Estado de reparar los perjuicios que cause a sus administrados, exista o no relación contractual, en razón que es un sujeto con personalidad jurídica obligado a responder como cualquier otro sujeto jurídico ante el imperio de la ley, más aun cuando sus administrados poseen derechos subjetivos reconocidos por el Estado que generan una relación jurídico administrativa entre el Estado y los particulares, con derechos y deberes que ejercer para cada uno, que en caso de incumplimiento, además de ser sancionados, deberán reparar el daño cometido.

2. Responsabilidad extracontractual subjetiva y objetiva

Tanto en la responsabilidad civil como en la estatal existe la responsabilidad subjetiva y objetiva. Hablamos de responsabilidad subjetiva si se exige que en la conducta exista dolo o al menos culpa entendida como negligencia, dependiendo de la legislación, deberá ser probada o se acogerá a las presunciones legales; por el contrario, si no es necesario ningún tipo de dolo o culpa, se denomina responsabilidad objetiva.

De la bibliografía especializada y de la jurisprudencia se advierte el uso de expresiones tales como “presunción de culpa”, “presunción de responsabilidad” y “responsabilidad sin culpa”, utilizadas para denotar la responsabilidad objetiva. La responsabilidad objetiva se encuentra dentro de la “responsabilidad sin culpa”, que no indaga por el factor subjetivo, el ejemplo más claro de este tipo de responsabilidad son

las actividades peligrosas, en la que se enfatiza que no es necesario acreditar ninguna culpa o dolo del agente del daño, basta probar la conducta por acción u omisión, el daño y el nexo causal (Álvarez Correa, 1978, pág. 90). Las expresiones “presunción de culpa” y “presunción de responsabilidad” deben ser utilizadas con mucha cautela, ya que cada expresión nos lleva a conceptos jurídicos diferentes, para denotar responsabilidad objetiva en los casos de actividades peligrosas. “Presunción de culpa” en actividades peligrosas implica que sí hay culpa como elemento esencial de la responsabilidad, y que ésta se presume a favor de la víctima que alega la reparación del daño sufrido. Al ser presunción admite prueba en contrario, por lo que el guardián de la actividad peligrosa podría demostrar que él actuó con diligencia y cuidado y que de su parte no hubo falta o imprudencia que constituya culpa. Por el contrario, si hay responsabilidad sin culpa, significa que no se exige la existencia de culpa para deducir responsabilidad del guardián de la actividad peligrosa; esta es la auténtica teoría de la responsabilidad objetiva que aboga por una responsabilidad no contaminada de elementos subjetivos.

3. Teorías que sustentan la responsabilidad extracontractual del Estado

El avance más importante dentro de la evolución de la responsabilidad del Estado, se consolida con el Estado de Derecho, en razón que el Estado pasa de ser irresponsable por los daños que causara (*The King can do not wrong*) a responsable jurídicamente ante sus administrados. En principio esta responsabilidad se ve reflejada mediante la responsabilidad por el hecho ajeno o responsabilidad indirecta del Estado, consagrada en el Derecho Civil. Del uso y abuso del derecho civil para dirimir asuntos en los que tenía responsabilidad el Estado, surge la reacción evolutiva del Estado francés, que se materializó en el emblemático caso Blanco el traspaso de la responsabilidad indirecta del Estado, a una responsabilidad directa, manifestada en la creación de teorías publicistas,

como la teoría de la falta de servicio, que da paso a la teoría del riesgo y esta a su vez introduce el sistema objetivo de responsabilidad del Estado.

3.1. Teorías que instituyen la responsabilidad subjetiva

Como ya se mencionó el presupuesto forzoso de las teorías de responsabilidad subjetiva es la existencia de culpa o dolo por parte del autor del daño, que para el caso de la administración del Estado se circunscribiría en un delito o cuasidelito civil o un acto administrativo ilícito.

3.1.1. Teoría de la falta o culpa civil

A esta forma de responsabilidad en ocasiones se le denomina indirecta, su aplicación se sustenta en preceptos del Código Civil para fundamentar la responsabilidad del Estado mediante la responsabilidad por el hecho ajeno, esto es, el Estado responde por los hechos de sus servidores y dependientes. Comúnmente en actividades de riesgo se establece una presunción de culpa en contra de quien tiene a su cargo la persona subordinada bajo su autoridad. El Estado al amparo de esta teoría puede alegar sobre quién tiene la calidad de dependiente a su cuidado, si la persona que cometió el hecho ilícito no tiene esta calidad, el Estado refuta no ser responsable. (Velásquez Posada, 2015, pág. 92)

La dificultad que presenta es respecto al acervo probatorio, debido a que para el administrado se hace tortuoso probar la culpa o el dolo de la administración, por otro lado, el Código Civil regla las relaciones entre los particulares y no de estos con los entes públicos, por lo que se estaría aplicando de forma descontextualizada y errada la base legal.

3.1.2. Teoría de la falta de servicio

Teoría desarrollada por la jurisprudencia francesa, de corte publicista sustentada en el fallo Blanco¹ de 1873, que viabilizó la elaboración de una teoría distinta a la civilista, que distinguía entre falta de servicio y falta personal, y brindó una solución efectiva a la aplicación de la falta o culpa civil en el ámbito del Derecho Administrativo. Principalmente porque la teoría civilista no resolvía con solvencia el problema de la falta anónima, la teoría de la falta o culpa civil implicaba la existencia de un funcionario culpable, al que necesariamente se le imputaba el hecho, acto u omisión que originaba la responsabilidad estatal. Rompiendo el esquema civil a esta teoría no le interesa la persona del funcionario culpable, por lo que puede existir responsabilidad del Estado sin que sea posible imputar la falta a un funcionario, esto es, en los casos de falta anónima. No existen conceptos uniformes de falta de servicio y falta personal por el desarrollo jurisprudencial que tuvo; sin embargo, existe falta de servicio, en el caso que éste no cumple con sus obligaciones, ha funcionado mal o ha sido negligente, y falta personal cuando los agentes

¹ Fallo dictado por el Tribunal de Controversias el 8 febrero 1873.- Por medio del fallo Blanco, se consagra tanto la responsabilidad del Estado por los daños causados por los servicios públicos, así como la competencia de la jurisdicción administrativa para conocer de ella. Los antecedentes del caso surgen con una niña que fue arrollada y herida por un vehículo de una fábrica de tabaco, administrada por el Consejo de Estado. El padre acudió ante los tribunales con la finalidad de que se declare al Estado responsable subsidiario de los daños, partiendo del fundamento contenido en los artículos 1382 al 1384 del Código Civil Francés. El conflicto tuvo gran peso por lo que el Tribunal de Controversias atribuyó la jurisdicción del caso a los Tribunales Administrativos. El fallo consagra la responsabilidad del Estado, poniendo fin a una larga historia de irresponsabilidad estatal, de la que no hay excepciones más que en cuestiones de responsabilidad contractual o intervención legislativa. Sin embargo, se somete esta responsabilidad a un régimen específico, considerando que la responsabilidad del Estado por el servicio público no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares. La necesidad de aplicar un régimen especial se justifica por las necesidades que el servicio público implica, el corolario de la existencia de reglas especiales reside en la competencia de la jurisdicción administrativa para conocer de dicha responsabilidad, conforme a la Ley 16 de 24 de agosto de 1790, que imponía a los tribunales la prohibición de “perturbar de cualquier manera de las operaciones de los órganos administrativos”. Más allá de la responsabilidad misma, el fallo reconoce al servicio público, como la materia de competencia del Tribunal Administrativo, por otra parte, reconoce la especificidad de las reglas aplicables a los servicios públicos y establece un vínculo entre el fondo del derecho aplicable y la competencia de la jurisdicción administrativa. A partir del fallo Blanco, el derecho de la responsabilidad administrativa, se constituyó sobre una base esencialmente jurisprudencial, independientemente del derecho civil.

de la administración incurren en un actuar negligente o culpable (González Molina, 2006, pág. 8).

Entre los casos recurrentes por falta de servicio se encuentran: El mal funcionamiento del servicio, por ejemplo: las negligencias médicas en hospitales públicos; el no funcionamiento del servicio, por ejemplo: un hospital donde no se brinda atención oportuna al paciente y consecuentemente fallece; el retardo en el servicio, por ejemplo: ambulancia llega tarde a brindar auxilio a una víctima y muere.

Para González Molina las falencias que presenta esta teoría son: **1.-** Establecer gradaciones de las faltas o culpas, distinguiendo entre grave, leve y levísima, operación que permite a la administración pública excusarse en casos que es necesaria cierta gravedad para que sea responsable; **2.-** La víctima debe probar la falta incurrida por la administración; **3.-** Se centra en la culpabilidad del funcionario, dejando en segundo plano a la víctima; **4.-** No resuelve qué sucede cuando la administración causa daño mediante actos lícitos (2006, pág. 9).

3.2. Teorías que instauran la responsabilidad objetiva

Las teorías que instituyen la responsabilidad objetiva se diferencian de las teorías de la falta o culpa desarrolladas por el Derecho Civil y Administrativo primitivo, en razón que hacen efectiva la responsabilidad del Estado en los casos que haya causado daño ejecutando actos lícitos, por lo que no es indispensable que el autor del daño realice actos antijurídicos.

Para Soto Kloss (1984) la responsabilidad del Estado es objetiva, por ser una responsabilidad constitucional aplicable a gobernantes, gobernados y órganos de la administración del Estado. Al no ser el Estado una persona natural no es sujeto de la responsabilidad civil, penal o disciplinaria, en el supuesto de aplicar estas responsabilidades se contradice la esencia misma de la responsabilidad del Estado.

Sostiene además que la responsabilidad objetiva no debe contener como requisitos elementos subjetivos, como la culpa o el dolo, para que opere la responsabilidad del Estado.

3.2.1. Teoría del riesgo

Surge como alternativa de solución a las deficiencias de la teoría de la falta de servicio, se sustenta en la actividad ejecutada por medio de sus instituciones que en el ejercicio de sus funciones crean siempre la existencia de un posible riesgo y en caso de que éste se verifique, nace la responsabilidad estatal, aunque los servidores públicos hayan sido diligentes, sin incurrir en falta alguna. Se limita la aplicación de esta teoría porque los particulares puedan abusar de ella, aprovechándose del Estado.

Dentro de esta teoría encontramos la teoría del riesgo excepcional, para la que es imprescindible que la actividad de la administración sea peligrosa, como por ejemplo la conducción de energía eléctrica, el manejo de armas de fuego, etc.; las cuales, por su naturaleza, dan lugar a riesgos que pueden materializarse en lesiones particulares a los asociados (González Pérez, 1996). Por lo que la administración debe responder por los daños que cause con su actuación legítima, siempre que constituyan la materialización de un riesgo creado por ella, los cuales se pueden concretar en lesiones patrimoniales o particulares, debiendo por tanto indemnizar.

3.2.2. Teoría de la lesión

Se le reconoce la paternidad de este sistema a Eduardo García de Enterría (1999), por lo que es una noción propia del derecho español que da lugar a un sistema de responsabilidad administrativa de carácter objetivo. Se caracteriza por proteger a los particulares generando el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Sistema que sustituye el criterio subjetivo basado en la ilicitud de la conducta causante del daño (teoría de la falta o culpa civil), por el criterio objetivo del daño efectivamente causado, cuando el lesionado no tiene el deber legal de soportarlo.

3.2.3. Teoría de la igualdad ante las cargas públicas

Formulada por el francés Jorge Teissier, con base en el artículo 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, a través de la que insta que las cargas públicas impuestas a los ciudadanos no pueden afectar a unos más que otros y que los daños excepcionales causados por la administración deben ser indemnizados por las contribuciones de la colectividad. Sin embargo, el mismo autor agrega que dicha responsabilidad sólo procede cuando el perjuicio es imputable al ejercicio ilegítimo o defectuoso del poder público, por lo que, en caso contrario, los particulares deberán soportar, sin derecho a indemnización, los perjuicios ocasionados en favor del interés general, como puede ser cuando el Estado manda erradicar el ganado de una comunidad por existir riesgo de contagio, o cuando derriba una casa para evitar se propague un incendio (Castro Estrada, 2007, pág. 533).

3.2.4. Teoría del sacrificio especial

Su origen se remonta a 1923, cuando el Consejo de Estado francés falló en el conocido caso *Couitéas*, en el que el actor no pudo obtener, de parte de las autoridades, el cumplimiento efectivo de una orden judicial de desalojo de cerca de 8000 indígenas que habían ocupado los terrenos de su propiedad, sufriendo un perjuicio antijurídico que no tenía por qué soportar. La razón de la abstención de las autoridades radicó en la consideración de que llevar a cabo la expulsión de los extraños podría derivar grandes riesgos para la seguridad y el orden público. Dicha conducta no fue ilegal sino, perfectamente lícita, no obstante, dio lugar a que el señor Couitéas quedara expuesto a un injusto detrimento patrimonial, situación que hizo necesaria la declaración de

responsabilidad de la administración (Maceau, Well, Braibant, & Devolvé, 2000). Entonces, podemos concluir que esta teoría requiere para su implementación: que la administración cause un daño al administrado; que el daño sufrido ocasione un perjuicio y que sea más gravoso que el resto de los particulares, que evidencie falta de equidad.

3.2.5. Teoría del órgano

Formulada por el jurista germano Otto Von Gierke, quien sostiene que los servidores del Estado no deben reputarse personas ajenas al mismo, representantes; antes bien, se incrustan en la organización estatal como una parte integrante o constitutiva de la misma. El funcionario no es un representante que quiere para la Administración; quiere por ella, en cuanto que forma parte de ella, es una y la misma persona, a la que presta su voluntad psicológica. Entre el órgano (el funcionario) y la persona jurídica (el Estado) se da una relación de práctica identidad, que hace que sea el funcionario quien quiera por y en lugar del Estado (Von Gierke, 1973).

De lo dicho, tenemos que esta teoría tiende a explicar la relación jurídica entre las personas jurídicas administrativas y las personas naturales que ejercen funciones en las primeras, la razón por la cual debe imputarse el daño, causado por un servidor público, al Estado y porqué éste debe indemnizar.

3.2.6. Teoría del enriquecimiento sin causa

Teoría patentada por Hauriou, que configura como elementos mínimos la presencia de un daño especial imputable a la administración que implique el empobrecimiento en el patrimonio del particular y la existencia de enriquecimiento sin causa jurídica del Estado (Reiriz, 1969), de estos presupuestos constitutivos es de donde nace su nombre. La principal crítica de esta teoría es el dejar de lado al perjuicio sufrido por la víctima.

3.2.7. Teoría de la indemnización expropiatoria

Teoría que distingue entre actos lícitos e ilícitos ejecutados por la administración sobre los cuales determina la obligación de indemnizar por las siguientes causas (Garrido Falla F. , 2002):

1. Cuando se sustenta en una actividad lícita de la administración, se patentía la teoría de la indemnización expropiatoria; y,

2. Cuando versa sobre una actividad ilícita de la administración, se origina la teoría de la responsabilidad patrimonial de la administración.

4. La responsabilidad extracontractual del Estado desde la óptica constitucional y sus elementos estructurantes

La construcción jurisprudencial de la responsabilidad administrativa en nuestro país tiene por referencia la tradición jurídica francesa, en la que la falla del servicio² constituye el fundamento de la responsabilidad pública, de forma excepcional se reconocen formas de responsabilidad objetiva, con base en la teoría del riesgo y el principio de igualdad ante las cargas públicas. Al efecto, el constituyente del 2008 al establecer en el ordenamiento constitucional de nuestro país un principio general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto de naturaleza contractual como extracontractual, lo estructuró también con fundamento en la teoría de la lesión. Con lo que se rompió el paradigma tradicional francés sobre el que nuestra jurisprudencia edificó el instituto resarcitorio estatal.

Al establecerse un canon constitucional que reconoce esta forma de responsabilidad como uno de los fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, garante de los derechos individuales en relación con el ejercicio del poder público, se decanta por un

² La falla del servicio es uno de los conceptos de mayor trascendencia en el campo de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, ya que, de una parte, define el régimen de responsabilidad que lleva su nombre, y, de la otra, constituye lo que los autores han denominado el régimen de derecho común de la responsabilidad extracontractual del Estado.

fundamento de carácter objetivo que prescinde de la falla del servicio como único elemento de sustento para el reclamo, que constituía el criterio subjetivo de atribución sobre el cual gravitaba esta forma de responsabilidad y dentro del que no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial. Desplazando el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado, al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Antijuridicidad aplicable cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo.

Principio general de responsabilidad patrimonial del Estado que aparece recogido en los artículos 11 numeral 9; y 54 de la Constitución de la República, en los siguientes términos:

Artículo 11.- 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. (Las negrillas nos corresponden)

Artículo 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización **por deficiencias, daños o mala calidad** de bienes y servicios, y por la **interrupción** de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor. (Las negrillas nos corresponden)

Normas constitucionales que regulan dos tipos de responsabilidad estatal, con características y fundamentos diferentes:

- 1.- La responsabilidad estatal de reparar e indemnizar frente a los particulares; y,
- 2.- La responsabilidad de los agentes estatales frente al Estado.

La responsabilidad estatal no se circunscribe exclusivamente al gobierno central sino también incluye la responsabilidad del Estado-Juez, la responsabilidad del Estado-Legislator, así como de los demás órganos autónomos e independientes que son parte de la administración pública, determinados en el artículo 225 de la Constitución. Esta norma constitucional adopta una fórmula que hace derivar la responsabilidad patrimonial del Estado de los daños antijurídicos por 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 funcionarios en el desempeño de sus cargos, sin hacer distinciones de ninguna clase.

5. Elementos estructurantes de la responsabilidad del Estado

Analizando el contenido del numeral 9 artículo 11 de la Constitución, se coligen los presupuestos que configuran la responsabilidad del Estado, mismos que con el fin de valorar y analizar su importancia, se pueden traducir esos componentes en una fórmula aritmética simple, haciendo un símil de la propuesta planteada por Obdulio Velásquez Posada (2015, pág. 16), a través de la que se representan los elementos esenciales de toda forma de responsabilidad civil y del Estado, contractual o extracontractual:

$$\mathbf{R = C + c + D + N}$$

R = Representa la incógnita del operador de justicia para identificar al responsable de reparar un daño, para hacerlo debe verificar que los factores de la fórmula estén probados en juicio.

C = Conducta del demandado, actuación o actividad imputable al Estado. La conducta del demandado que contenga culpa o dolo se caracteriza con (c), exclusivamente para los casos de responsabilidad subjetiva. (c) es la única excepción tratándose de

responsabilidades objetivas, no necesaria para hacer nacer la obligación de reparar los daños.

D = Daño cierto, personal y antijurídico sufrido por el demandante.

N = Nexo causal entre la conducta y el daño causado.

En este contexto, existe una corriente de pensamiento progresista que plantea exclusivamente dos presupuestos para que exista responsabilidad patrimonial del Estado:

1. Que haya un daño antijurídico; y,
2. La imputación del daño al Estado.

Estructura vigente con las tendencias jurídicas en materia de responsabilidad estatal, que nace en respuesta a las deficiencias del dogma causal para explicar la radicación de efectos dañosos, utilizando a la imputación como un juicio normativo que permite vincular un resultado con un determinado sujeto de derecho. Planteamiento que supone superar el dogma de la causalidad (Nexo causa) (Serrano Escobar, 2014, pág. 349).

Para dilucidar el esquema de responsabilidad establecido en la norma superior es necesario entender la significación jurídica de cada uno de estos elementos:

5.1. Actividad o actuación imputable al Estado

Para que una persona pública sea considerada responsable de reparar un daño, debe haberse producido una actuación que le sea imputable. Como regla general, la administración actúa a través de sus servidores públicos mediante actos y hechos administrativos imputables a éstos, cualquiera sea el tipo jurídico de vinculación: elección popular, nombramiento o particulares que por contratación con el Estado ejercen funciones o tareas de la administración.

De lo antes dicho, la responsabilidad estatal puede resultar comprometida por sus actos jurídicos, que son la manifestación expresa de la voluntad de la administración para

producir efectos jurídicos, o por sus hechos administrativos en los que no interviene de forma directa la voluntad de la administración y que generalmente son el resultado de la falta de prudencia o diligencia o falla. En referencia a los hechos administrativos que son los que generan responsabilidad extracontractual, mediante acciones de reparación directa en las que ese restablecimiento es la consecuencia de unos hechos ilegales o no, lesivos de derechos subjetivos de una persona o configurativos de un riesgo especial. Hechos que no permiten una declaración previa de anulación y que imponen la petición indemnizatoria ante la jurisdicción en forma principal y no condicionada (Sentencia del Consejo de Estado Colombiano, 1983).

En este ámbito es preciso distinguir entre falta o conducta personal del funcionario y la falta o conducta del funcionario que determina la actuación de la administración; segundo, la solidaridad entre el funcionario persona natural y la administración frente a la víctima o perjudicado; y, tercero, las acciones que tiene el Estado contra los funcionarios para repetir lo pagado al administrado. Si el actuar del servidor compromete la responsabilidad del Estado, aquel puede ver comprometida su responsabilidad civil personal cuando su conducta, por acción u omisión, pueda calificarse de culpa grave o dolo, caso en el cual el Estado debe ejercer las acciones correspondientes para recuperar lo pagado. Incluso cuando las conductas que causaron el daño, son imputables a particulares contratados por la administración y fueron ejecutadas en nombre de las entidades que representan, nos referimos a los concesionario o delegatarios del Estado, éste no puede ser exonerado de su responsabilidad extracontractual porque la administración no se deslinda de sus obligaciones para con sus administrados.

5.2. El daño

Constituye el presupuesto máximo de la responsabilidad, sin daño no hay responsabilidad, la falta de prueba del daño hace inocuo el estudio de la imputación frente

a la entidad demandada; su resarcimiento se pone como fin último del proceso contencioso administrativo de responsabilidad extracontractual del Estado.

Para De Cupis (1975), daño no significa más que perjuicio, aminoración o alteración de una situación favorable (pág. 81); en similares términos, Henao (1998) señala que: “daño es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio”, mientras que: “el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó” (pág. 84); en términos más sencillos podría decirse que el daño es un quebrantamiento a un interés legítimo y el perjuicio es la consecuencia económica del daño.

El daño puede tener su origen en un acto o en un hecho ilícito, pero no es requisito necesario, incluso no se requiere de un comportamiento culpable o doloso para que se dé la reparación; bien puede darse la obligación de reparar sin presencia de conducta antijurídica ni culpable alguna, que no obsta, producen un daño injusto. La responsabilidad por actos lícitos implica el desplazamiento de la institución, desde el ángulo de la conducta del agente hacia el patrimonio de la víctima, sin importar la antijuridicidad de la conducta o ilicitud de la acción del funcionario; el sistema se fundamenta sobre el patrimonio como dato objetivo, en atención a la antijuridicidad del daño: “(...) en esa particular responsabilidad (por actos lícitos) se privilegia la reparación del daño injustamente sufrido, antes que el injustamente causado. Desde esta óptica se ha reconocido ampliamente el deber de reparar del Estado por su obrar lícito” (Alterini, 1995, pág. 384)

Desde la óptica de la responsabilidad estatal, la responsabilidad del daño se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la administración

causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

5.2.1. Daño o perjuicio antijurídico

Para asimilar la definición de daño antijurídico es necesario analizar sus orígenes, para ello nos referiremos a la responsabilidad patrimonial del Estado desde la doctrina y experiencia legislativa de España, donde se estableció un sistema de responsabilidad administrativa que la doctrina caracteriza como objetivo, que se sustentaba en la teoría de la lesión patentada por Eduardo García de Enterría (1999):

La antijuridicidad susceptible de convertir el simple perjuicio material en una lesión propiamente dicha no deriva, sin embargo, del hecho de que la conducta del autor de aquel sea contraria a derecho; no es en consecuencia, una antijuridicidad subjetiva. Un perjuicio se hace antijurídico y se convierte en lesión resarcible siempre que y sólo cuando la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo; la antijuridicidad del perjuicio es, pues, una antijuridicidad estrictamente objetiva. (...) la lesión supone un perjuicio que no es antijurídico por la manera de producirse, sino porque el titular del bien o derecho lesionado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aun cuando el agente que lo ocasione obre dentro del marco de la licitud (...) (pág. 372)

De lo anterior se advierte que el fundamento de la responsabilidad estatal se ha desplazado, desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable hacia la noción de lesión resarcible como mecanismo objetivo de reparación, basado en el concepto de daño antijurídico. Antijuridicidad del daño que surge cuando la persona que lo padece no está en obligación jurídica de soportarlo, esto es, mientras no exista una justificación jurídica de tal daño, independiente de la licitud o ilicitud de la conducta del agente causante del perjuicio. Lo que lleva a pensar que existen daños que son jurídicos, en tanto exista una justificación en el ordenamiento que los legitime, como lo serían el pago de impuestos, la limitación del uso del suelo (Serrano Escobar, 2014, pág. 358).

En su defecto, si el orden jurídico no legitima este daño como obligatorio, las víctimas de éste no tienen por que soportarlo, debido a que se rompería el equilibrio de las cargas públicas, imponiendo una carga especial a esta persona con relación a los

demás. Entonces, la doctrina española ha definido el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Por lo tanto, en todo tipo de responsabilidad, subjetiva u objetiva, la antijuridicidad del daño es requisito indispensable, daño que no necesariamente tiene que provenir de la conducta irregular o ilegal de la autoridad pública, porque puede darse aun como consecuencia del obrar legal ajustado al ordenamiento de la misma, en este caso la antijuridicidad no estará en esa conducta sino en el resultado dañoso para alguien que no tenía por qué soportarlo (Penagos Vargas, 1997, pág. 12).

Resulta ilustrativo considerar el concepto de daño antijurídico para el Consejo de Estado Colombiano, desde sus distintas concepciones:

- Como responsabilidad objetiva³, tiene por referencia la *Teoría de la lesión*, caracterizando como objetiva la responsabilidad administrativa a que daba lugar este fundamento.
- Como tendencia objetivizante⁴, consiste en que la culpa ha dejado de ser el fundamento único del sistema indemnizatorio, convirtiéndose simplemente en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños a la administración. Según

³ **Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo**, Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 1991, Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta, Exp. 6515: "(...) Fácilmente se comprende que los ciudadanos que transitan por las vías públicas no tienen por qué soportar ningún detrimento patrimonial por el hecho de hacerlo. La sola circunstancia de que una piedra se desprenda de las alturas, y cause un daño al peregrino que pasa, permite afirmar que se ha registrado una ANTIJURIDICIDAD OBJETIVA, dentro del temperamento en que discurre el profesor García de Enterría (...)"

⁴ **Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo**, Sección Tercera, Sentencia de 22 de noviembre de 1991, Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta: "(...) el fundamento de la responsabilidad administrativa no se da siempre por una conducta dolosa o culpable, que deba ser sancionada, sino por el quebranto patrimonial que hay que reparar. La atención del constituyente se desplazó, pues, desde el autor o la conducta causante del daño, hacia la víctima misma. Por ello importa más reparar el daño causado, que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste pues, en borrar una culpa, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el daño sufrido por el particular. (...)"

esta postura, coexisten tanto el tradicional criterio de imputación subjetiva de la falla del servicio, junto a las formas objetivas de responsabilidad.

- Sistema de carácter mixto, postura regresiva que sostiene la existencia de un carácter indemnizatorio mixto, en el que cabían, tanto la falla en el servicio, como las formas objetivas de responsabilidad (Consejo de Estado Colombiano, 1992). Me adelanto a señalar que dentro de este sistema se encuentra la responsabilidad estatal ecuatoriana, por la composición textual del mandato constitucional.
- Esquema de responsabilidad donde la falla del servicio es predominante, esto es, que la falla en el servicio es el principal título de imputación (Consejo de Estado Colombiano, 1993).
- El daño antijurídico es un criterio de imputación autónomo⁵, como si se tratara no del fundamento genérico, sino de un criterio de imputación autónomo y distinto a las tradicionales formas de responsabilidad.
- La Constitución no privilegia ningún título de imputación, al no existir consagración constitucional de régimen alguno de responsabilidad en especial, corresponde al juez encontrar los fundamentos fácticos y jurídicos de sus fallos que se encuentren en consonancia con la realidad probatoria de cada caso, por lo que los títulos de imputación hacen parte de los elementos argumentativos de la motivación de la sentencia. Lo que supone considerar que el Juez puede optar por cualquiera de los títulos de imputación, tanto subjetivos, como objetivos para

⁵ **Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo**, Sección Tercera, Sentencia de abril 4 de 2002, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, Exp. 13.606: “(...) la responsabilidad del Estado existe cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de un sujeto que fue absuelto porque nada tuvo que ver con el delito investigado, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia. (..) En aplicación de lo dispuesto en el artículo 90 de nuestra Constitución el Estado es patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables, de manera que si un sujeto es privado de la libertad en desarrollo de una investigación penal y posteriormente liberado mediante providencia judicial en la que se resuelve desvincularlo del proceso penal, los daños que demuestre y que deriven de la detención deben serle indemnizados, toda vez que no estaba en el deber de soportarlos.”

fundamentar en ellos la reparación del perjuicio (Consejo de Estado Colombiano, 2012).

De lo referido, el Consejo de Estado colombiano prescinde de la antijuridicidad subjetiva o anormalidad de la conducta administrativa, para radicar la antijuridicidad objetiva o responsabilidad en la antijuridicidad del daño; considerando que el daño es antijurídico cuando la administración actúa en forma irregular o culposa; y también cuando esa actuación, pese a ser lícita o ajustada a la ley, lesiona a alguien que no tenía por qué soportar dicho daño; o cuando el Estado no tiene derecho a causarlo, resaltando que la falla del servicio constituye el título de imputación más importante.

5.2.1.1. Crisis de la noción de daño antijurídico como sistema de responsabilidad de carácter objetivo

En España la interpretación objetiva se sustenta tanto por la jurisprudencia como por la mayoría de la doctrina; sin embargo, incrementan los críticos, entre los que destacan Garrido Falla y Sánchez Morón, quienes consideran que no es del todo cierto que el esquema propuesto basado en la teoría de la lesión estableció un régimen de responsabilidad absolutamente objetivo, sino que lo que se creó fue un sistema mixto en el que la declaratoria de responsabilidad procede por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. El primer autor en llamar la atención sobre este punto fue el español Fernando Garrido Falla (2002), quien manifiesta:

La literalidad de la redacción que se contiene en el artículo 139 de nuestra LRJAP (funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos) e incluso la propia redacción del artículo 106.2 de la Constitución (a pesar de que aquí se suprime la alusión directa al funcionamiento normal) podrían conducir a pensar que nuestro sistema consagra en toda su amplitud la responsabilidad objetiva de la Administración, sin posibles excepciones, o, lo que es lo mismo, una auténtica 'socialización de la responsabilidad' que asegura globalmente al ciudadano en sus relaciones con las administraciones públicas (...). A nuestro juicio, empero, lo cierto es que el artículo 139 de la LRJAP engloba diversos supuestos de responsabilidad, o, dicho de otra forma, a los efectos de conseguir la indemnización subsiguiente a una reclamación de responsabilidad patrimonial no es indiferente que el servicio haya funcionado de forma normal o anormal. El examen de la jurisprudencia demuestra cabalmente que, en muchos casos en los que la indemnización ha sido concedida, lo ha sido porque el funcionamiento del servicio no ha sido correcto y que, por consiguiente, si se hubiese demostrado lo contrario, no habría lugar a indemnización (pág. 316 y 317).

La referida crítica se inclina por considerar que el entendimiento objetivo de la teoría de la lesión no constituye un sistema de responsabilidad basado en la justicia conmutativa (aquella por la cual el individuo reconoce a los demás lo suyo), sino un sistema de aseguramiento basado en la justicia distributiva, que supone que la administración responda por casi todos los daños que padecen los asociados en tanto este daño tenga alguna relación con el servicio. En este sentido, se cuestiona la tendencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español que asimila la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas como un mecanismo de seguridad social o como una técnica de seguro contra todo riesgo que sufran los ciudadanos (Serrano Escobar, 2014, pág. 371).

Sobre los peligros que entraña un sistema de responsabilidad, entendido como socialización de los riesgos y la necesidad de establecer unos criterios claros que definan los perfiles del instituto resarcitorio, advierte Miguel Sánchez Morón (1975):

La Administración responderá de los daños causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, lo cual, al incluir la responsabilidad por el simple riesgo debido a la realización del servicio, viene a suponer una amplísima garantía de resarcimiento para el perjudicado.

(...) en una sociedad que tiene por base el beneficio individual y que, por consiguiente, dista de alcanzar el ideal igualitario, la antedicha socialización de los riesgos podría llevar a resultados excesivos a través de una hipertrofia del sistema de la responsabilidad civil, cargando a las espaldas de la sociedad en su conjunto con pesados gastos que, en justicia, tampoco ella debe sufragar. (...) De ahí que se imponga como imprescindible la fijación de unos criterios claros para discernir los supuestos en que el daño causado haya o no de ser indemnizado por la Administración (pág. 646).

En esta línea de pensamiento se destacan, los comentarios de Fernando Pantaleón Prieto (1994), quien se da a la tarea de cuestionar el régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, por cuanto en su entender se constituye en un sistema de cobertura social de todos los riesgos inherentes a la existencia de la Administración pública, considera que la interpretación que se hace del “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos” no es otra cosa que un mecanismo de

redistribución perversa de renta; puesto que indemnizar es restituir al rico su riqueza y al pobre su pobreza (págs. 239-253).

Crítica también el significado que viene haciendo la doctrina del concepto de lesión resarcible entendido como cobertura social de riesgos, para el referido autor carece de sentido que la Administración tuviera que responder de todos los riesgos de la gestión pública, de todo daño que resulte ser consecuencia directa o adecuada de cualquier acción u omisión propia del giro administrativo, por el solo hecho de que no haya ninguna ley que imponga al perjudicado el deber de soportarlo. En su criterio, una responsabilidad general de las Administraciones públicas por los casos fortuitos provenientes de cualquier parcela de la gestión administrativa no sería verdadera “responsabilidad civil”, entendida como un mecanismo de indemnización configurado con criterios de justicia conmutativa y eficiencia económica, sino “seguridad social”, entendido como un mecanismo de protección regido por principio de justicia social, que sólo debe asistir a quienes se encuentran en situaciones de necesidad económica y en la medida indispensable para cubrirlas (Pantaléon Prieto, 1995).

Sobre la base de estos planteamientos se propugna por una revisión general y radical de las bases del sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, diferenciando la responsabilidad entre el funcionamiento normal y el funcionamiento anormal de los servicios públicos, sosteniendo la necesidad de dar a uno u otro supuesto un tratamiento diferente en cuanto a la imputación o no de responsabilidad patrimonial. Criterio que está diferenciado en nuestra concepción de responsabilidad estatal, establecida en el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución.

Incluso, el titular de la teoría de la lesión, García de Enterría (1999), se refiere al exagerado alcance que ha dado lugar el entendimiento absolutamente objetivo del esquema de responsabilidad administrativa adoptado en España, que ha llevado al

extremo de que el Estado asuma todo daño que de alguna manera tenga contacto con la administración, en el que el concepto de lesión empieza a admitir criterios de atribución por acción o por omisión de la administración, en donde la omisión implica siempre el incumplimiento de un deber, y por tanto una conducta anormal por parte de la administración (pág. 371 y 372).

En otros análisis la doctrina sigue defendiendo el carácter objetivo del sistema de responsabilidad, pero admite que en ciertos eventos se precisa de la demostración de la anormalidad⁶ de la conducta administrativa para que sea declarada la responsabilidad (De Ahumada Ramos, 2000).

Ergo, el concepto de lesión resarcible entendido como un esquema de responsabilidad objetiva y absoluta es incoherente, como tal no puede constituirse en el fundamento de la responsabilidad administrativa, porque, como lo han advertido sus críticos, hay eventos en que por más que teóricamente se sostenga que la responsabilidad patrimonial de la Administración constituye un mecanismo objetivo de reparación, a la larga el juez declara la responsabilidad en tanto encuentre probado que el daño se presentó por una conducta anormal o irregular por parte de la administración.

Por lo tanto, la noción de lesión o de daño antijurídico adolece de falta de concreción, en razón que el concepto según el cual el daño que la víctima no está obligada a soportar supone una fórmula inespecífica, no existe un catálogo de los daños que debe soportar la víctima y de los daños que no, salvo aquellos eventos que la doctrina cita como ejemplo,

⁶ La naturaleza objetiva del instituto resarcitorio no implica que, en orden a decidir si procede declarar una concreta responsabilidad de la Administración, sea siempre irrelevante la diligencia o negligencia con que aquella haya actuado, o que no sea nunca necesaria la demostración de la existencia de culpa en la conducta de los agentes de la Administración. Frente a esta posible interpretación son numerosos los casos en que para que se pueda establecer el carácter antijurídico objetivo del daño, es decir, determinar que se ha producido una efectiva lesión del derecho de un particular imputable a la Administración, será absolutamente necesario demostrar, o al menos tener por cierta, la existencia de una conducta negligente de la Administración. Es lo que ocurre, por ejemplo, en un gran número de supuestos de responsabilidad por omisión. (De Ahumada Ramos, 2000)

como es el caso de las obligaciones tributarias. Sabemos que los contenciosos de responsabilidad por daños no se refieren a estos ejemplos, sino a muchas situaciones perjudiciales respecto de las cuales la ley no dice si el daño lo debe soportar o no la víctima, por ello, en la práctica es el juez el que da contenido a la noción caso por caso, a partir de allí, termina estableciendo la obligación de reparar si encuentra si la víctima no está obligada a soportar el daño padecido, conforme su parecer.

Como se señaló al principio de este análisis, el proceso configurativo de la responsabilidad objetiva del Estado está estructurado principalmente por el daño y la imputación, sin desconocer la necesidad de la relación de causalidad, lo que origina el deber de reparar, en ese orden metodológico “Primero se debe estudiar el daño, luego la imputación y finalmente, la justificación del porqué se debe reparar, esto es el fundamento”, o bien, “El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil” (Henaó J. , 1998).

Para cerrar el tema de la antijuridicidad del daño, se puntualizan tres aspectos relacionados (Penagos Vargas, 1997, pág. 149), que resumen lo dicho en este acápite:

1. La antijuridicidad del daño no implica que se convirtió en objetiva toda la responsabilidad del Estado; la antijuridicidad se predica del daño causado y no de la conducta de la administración, que puede ser a su vez irregular (ilícita) o legal.
2. La antijuridicidad del daño no exonera de acreditar el nexo causal, de modo que la antijuridicidad del daño debe imputársele a una persona jurídica pública determinada, conservando el Estado como medio de defensa la causa extraña.
3. Si bien en toda forma de responsabilidad, subjetiva u objetiva, el daño debe ser antijurídico, el sistema de responsabilidad objetiva que nos rige es mixto pues, si bien la culpa o falla ha dejado de ser el fundamento único de la responsabilidad del Estado, no significa que ha desaparecido menos que el acreedor de la

indemnización ya no tenga que probar la falla si la hubo o la conducta irregular que lo lesionó; y, se debe considerar que la responsabilidad objetiva se establece por vía de excepción, para casos concretos.

5.2.2. Características configurativas del daño

La doctrina y jurisprudencia internacional han establecido que el daño debe ser directo, personal y cierto.

5.2.2.1. Debe ser directo

Si el daño no ha sido producido o no es atribuible al autor, en otras palabras, si no existe conexión entre éste y el resultado, se concluye que aquél no materializó el daño, por ende, no le es imputable. La imputabilidad conecta el daño con el sujeto en la medida en que se transforma en una realidad; se da así una calificación jurídica de imputabilidad objetiva, si aquel le es atribuible a un sujeto.

Las eximentes de responsabilidad podrían considerarse como elementos precedentes al daño y ante su existencia, se imposibilita el análisis de la imputación, es decir, si en la consumación del daño se dan circunstancias eximentes, no propiamente de responsabilidad por ruptura del nexo causal sino de ausencia de imputación objetiva, que no es lo mismo, se fija el impedimento de avanzar en la búsqueda de justicia porque el daño no es directo, carece de relevancia jurídica y no es atribuible a la acción u omisión del Estado.

El nexo de conexión o causalidad debe existir entre la acción o la omisión, o la conducta generadora de una modificación patrimonial (daño), integrándose así y haciendo parte de él toda vez que hace posible su existencia, pero esa relación llamada causalidad física no puede seguir siendo la base del sistema, ni un elemento autónomo, ya que es parte estructural del daño al posibilitar su existencia en la alteración de una realidad. Cosa

diferente es la posibilidad de atribuir ese hecho dañoso a la acción u omisión de un sujeto, lo que constituye la imputación objetiva, más aún hoy en día cuando se habla de la crisis del dogma causal, que ha permitido la adopción de criterios como el de la imputación objetiva y el de deber de cuidado, para explicar más sesudamente aspectos como el de la responsabilidad penal de los médicos, por ejemplo.

A la reelaboración de ese “nexo causal” apunta la imputación objetiva (*imputatio facti*), operando no sólo con criterios materiales o mecánicos sino también con fundamentos normativos que permiten atribuir una modificación constitutiva del daño, como elemento estructurador de la responsabilidad. Kelsen (1992) enseñó: “(...) la ciencia jurídica no aspira a dar una explicación causal de los hechos y que en las proposiciones que la ciencia jurídica utiliza para describir su objeto se aplica el principio de la imputación y no el de la causalidad” (pág. 225). Esa doble acepción de la imputabilidad (objetiva y subjetiva) no es asunto nuevo en el pensamiento jurídico, la *imputatio* plena se manifiesta en *imputatio facti* e *imputatio iuris*: “(...) siendo aquella útil para calificar un suceso como conducta y esta última para juzgar una conducta como conforme o contrario al derecho” (Reyes Alvarado, 1996, pág. 114).

Cuando se da el proceso empírico de atribuibilidad con criterios físicos o normativos, que inciden en el plano de la configuración del daño, se configura la *imputatio facti*⁷; si no existe o no se da esa atribuibilidad, ese daño no tendrá efectos jurídicos en la órbita de

⁷ Consejo de Estado Colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de agosto de 2008, Exp. 16.516, respecto de la ausencia de imputación fáctica ha señalado: “(...) no existe criterio de imputación, ni material, ni normativo, que permita vincular la conducta o comportamiento del demandado con los actos o hechos desencadenantes del daño; en consecuencia, él no le es imputable, porque este fue ajeno a su causación, como quiera que el resultado, de conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso, sólo puede ser atribuido a una fuerza extraña, sin que exista posibilidad de endilgarlo a la parte demandada. Así las cosas, para la Sala se presenta una clara ausencia o imposibilidad de imputación, como quiera que el daño no es atribuible a conducta alguna del demandado.”

la reparación, por falta de imputación y hasta ahí llegaría el análisis de los elementos estructurales de la responsabilidad.

Ante los criterios normativos de imputación, encontramos la causalidad de la conducta omisiva frente al daño antijurídico, que hace referencia al problema de la causalidad en las omisiones, y que ha dado lugar a que la doctrina representada por Goldenberg, intente afirmar, desde el plano normativo y no desde el material, que el derecho puede asignar consecuencias jurídicas a una abstención, en virtud de que “la omisión es un concepto normativo, porque sólo tiene sentido cuando la inactividad del individuo se mira con referencia a una norma que demandaba una actividad” (1984, pág. 201). En otros términos, la omisión jurídicamente supone la preexistencia de un deber jurídico para que la conducta se despliegue en una forma determinada. La jurisprudencia internacional ha recogido lo dicho en los siguientes términos: “En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos” (Consejo de Estado Colombiano, 2002).

Sobre el tema de la omisión el Consejo de Estado Colombiano (2007) precisó:

(...), es claro que la administración pública incumplió el deber de protección y cuidado que se generó una vez el señor Herrera García comunicó el peligro que corría como resultado de las múltiples intimidaciones que se presentaban en su contra, principalmente vía telefónica, motivo por el cual, se puede señalar que aquella asumió *posición de garante*⁸ frente a la integridad del ciudadano (pág. 17).

⁸ Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia SU-1184 del año 2001, ha señalado que en una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante. En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo. Las fuerzas armadas ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales. La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo

De lo dicho, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma legislación en sentido material atribuye, en casos específicos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño éstas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida.

Sobre el particular de la comisión por omisión en materia de responsabilidad de la administración pública, la doctrina representada por Mir Puigpelat ha precisado que se trata de una cuestión de imputación, no de causalidad. Existirá imputación del resultado cuando la persona que tenía el deber jurídico de evitar el resultado lesivo, poseyendo la capacidad de acción debida, omitió actuar para evitarlo. En la determinación de cuándo existe posición de garante o no del sujeto responsable no tiene ninguna incidencia que la responsabilidad se configure como objetiva o basada en la culpa. Aquella determinación constituye una cuestión previa: solo cuando se haya verificado que el sujeto estaba obligado a evitar el resultado entrará en juego la circunstancia de que la responsabilidad sea objetiva o no (2008, pág. 243 y 244).

El hecho de analizar un resultado bajo la perspectiva de ingredientes normativos, como la posición de garante por ejemplo, fijados por la ley y la jurisprudencia es lo que permite establecer la imputación fáctica o atribución material, esto es, la asignación de un determinado daño a un específico sujeto.

En consecuencia, la imputación fáctica puede derivarse de la constatación en el plano material de la falta de intervención oportuna que hubiera podido evitar el resultado; es en el plano de la omisión donde con mayor claridad se verifica la insuficiencia del dogma causal, motivo por el cual el juez recurre a instrumentos normativos para determinar

o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho.

cuándo una consecuencia tiene origen en algún tipo de comportamiento y a quién se debe imputar la generación del daño.

Conforme se ha evidenciado, la doctrina y la jurisprudencia principalmente colombiana, avalan la posibilidad que tiene el juez de lo contencioso administrativo de emplear los criterios normativos y jurídicos construidos por la dogmática penal, concretamente, por la teoría de la imputación objetiva, que configuran importantes y significativas herramientas a la hora de establecer cuándo un daño es imputable a la acción u omisión de una persona, sujeto o entidad determinada. Acreditando el paso de un escenario de causalidad adecuada, a un esquema de imputación fáctica objetiva, en el que se les suministra a los operadores judiciales una serie de instrumentos normativos que permiten controlar la causalidad.

Sobre el particular, son relevantes las consideraciones que en su oportunidad hizo la Sección Tercera del Consejo de Estado Colombiano, el problema jurídico que abordó la Sala, se contrajo a determinar que se dio una omisión por parte de la fuerza pública que posibilitó la materialización del daño reclamado, consistente en el desaparecimiento de tres ciudadanos, lo cual constituye una grave vulneración a los derechos humanos toda vez que el delito de desaparición se cataloga como un crimen de *lesa* humanidad que supone la trasgresión de múltiples derechos y bienes jurídicos esenciales de la persona.

Analizando lo concerniente a la imputación, se tiene que el daño antijurídico puede ser atribuido a la administración pública en la medida en que ésta lo haya producido por acción u omisión; en sentido lato, la imputación es la posibilidad de atribuir un resultado o hecho al obrar de un sujeto. En materia del nexo causal, éste constituye un concepto naturalista que sirve de elemento necesario a la configuración del daño, cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación que suponga un estudio en términos de atribuibilidad material (*imputatio facti* u objetiva), a partir del cual se determina el origen

de un específico resultado que se adjudica a un obrar por acción u omisión, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto de atribuir un acto a la conducta humana, conocido como imputación. No obstante, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure* o subjetiva) supone el establecer el fundamento de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad (Consejo de Estado Colombiano, 1993).

La ciencia jurídica parte del supuesto de atribuir las consecuencias jurídicas de un resultado, previa constatación de que una transgresión se enmarca en una específica proposición normativa. Es evidente que el nexo causal por sí mismo deviene en insuficiente para solucionar el problema de la atribución de resultados, tal como se viene demostrando por el derecho penal, que ha derivado a desechar el principio de causalidad a efectos de imputar un hecho, para dar aplicación a una serie de instrumentos normativos dirigidos a establecer cuándo un determinado resultado es imputable a un sujeto. Es posible, que un suceso tenga origen o causa material en una específica conducta, pero las consecuencias del mismo sean atribuidas a un tercero, ejemplos responsabilidad por el hecho de otro; la posición de garante (Consejo de Estado Colombiano, 1993). Como ya se advirtió, en la responsabilidad del Estado, la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos (Consejo de Estado Colombiano, 2002).

Dentro la causalidad material, en lo que respecta al carácter directo del daño, las acciones u omisiones de las autoridades públicas que causen daños antijurídicos que le sean imputables al Estado originan su responsabilidad patrimonial. Respecto al caso antes enunciado, se cuestiona la forma como las fuerzas del orden omitieron que el daño se

concretara, de haber actuado en cumplimiento de su deber legal de protección, se hubiera podido evitar el desaparecimiento de los ciudadanos en cuestión. Con la omisión en la que se incurrió lo que se hizo fue permitir que se concretara el daño antijurídico, en ese orden de ideas, el hecho de analizar un resultado bajo la perspectiva de ingredientes normativos, como la posición de garante de las fuerzas del orden, fijados por la ley y la jurisprudencia, permite con mayor facilidad establecer la imputación fáctica (atribución material), asignando un determinado daño a un sujeto específico.

Perspectiva de análisis que parte del supuesto donde el daño es el primer elemento que se debe examinar, y solo tras su comprobación se avanza hacia la posibilidad de su imputación al Estado. Situación concordante con un enfoque de responsabilidad en el que el elemento determinante ha dejado de ser el factor subjetivo tradicional de imputación, para señalar que el núcleo de la institución se identifica con el concepto del daño. Lo que permite entender la responsabilidad al margen de la antijuridicidad de la conducta, es decir, por qué se debe responder frente a conductas ilícitas. La causalidad y sus diferentes teorías naturalistas pueden ser empleadas para determinar probablemente cuál es el origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, en el campo de las leyes propias de la naturaleza; a *contrario sensu*, la imputación surge de la atribución de un resultado a un determinado sujeto; parte del hecho de la sanción originada en el incumplimiento normativo a un precepto de conducta, es decir, del deber ser.

En síntesis, mientras se patrocine que la causalidad hace parte de las ciencias sociales, y que constituye en ese entorno un elemento de la responsabilidad patrimonial, se incurre en un error al mezclar dos líneas paralelas, que corresponden a objetos de conocimiento diferentes: la naturaleza y el derecho. Aunque el daño sea producido por acción u omisión, genera una relación entre dos hechos, que hace parte de una regla de derecho (imputación) mas no causalidad, sustentado en que la imputación vincula conductas, por ello se ha

dicho: “La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas” (Kelsen H. , 1974, pág. 20), o bien:

La diferencia entre causalidad y la imputación se pone de manifiesto en la relación entre la condición y la consecuencia: en la ley de la naturaleza se designa a la condición como causa y a la consecuencia como efecto, pero no interviene ningún acto humano (Kelsen H. y., 1952, pág. 22).

Ahora bien, para la teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual del Estado⁹, la imputación va más allá de la simple causalidad, puesto que esta presupone la existencia del daño como entidad material, en otras palabras, constatada la existencia del daño es indiscutible que tuvo una génesis material o causal, hecho irrelevante para el derecho, donde la labor del juez apunta no a la valoración de la conducta, sino más bien a establecer si quien lo padece debía soportarlo o no. Verificada la existencia de un daño desde la dimensión jurídica, lo imperativo es establecer a quién es atribuible esa afectación que sufre una determinada persona en sus derechos, bienes o intereses legítimos. En este escenario, la imputación supone una comprobación de que el daño es tanto fáctica como jurídicamente imputable.

La imputación fáctica tiene por objeto determinar si en el plano material, mas no necesariamente causal, el daño es atribuible o no a un sujeto de derecho. Antes de abordar el análisis de la imputación jurídica o el fundamento de la responsabilidad, es imprescindible que la lesión o afectación antijurídica esté radicada en la entidad o el sujeto pasivo de la relación. Verificado lo anterior, es pertinente analizar la imputación jurídica, si existe un fundamento normativo que concrete, en el caso específico, la

⁹ La aplicación de la teoría de la imputación objetiva en el escenario de la responsabilidad se produce por el resquebrajamiento del dogma causal, siglo XIX y primera mitad del siglo XX, cuando las ciencias sociales estuvieron impregnadas por las leyes causales o naturalísticas llegándose a considerar que la única forma en que surgía la responsabilidad era si se comprobaba un nexo de causalidad entre el daño y la conducta culpable del autor, aunado a la dificultad de atribuir responsabilidad derivada de la omisión o ausencia de intervención, que, de no ser por los lineamientos brindados por la imputación objetiva, no se podría llegar a una respuesta positiva.

obligación de resarcir el daño antijurídico. En otros términos, la imputación fáctica, y con ella la imputación objetiva del daño, consiste en un estudio retrospectivo que recae sobre la acción u omisión del sujeto, mientras que la imputación jurídica supone la realización de un análisis prospectivo y netamente normativo dirigido a determinar si, una vez establecida la atribución material del daño, existe o no el deber jurídico, subjetivo u objetivo, de resarcir el perjuicio.

El hecho de que la imputación fáctica tenga un contenido material, no significa que esté desprovista de conceptos o construcciones normativas o jurídicas, por lo tanto, es allí donde la imputación objetiva y todos sus elementos delimitantes se conectan para suministrar herramientas a la hora de valorar cuándo es imputable un daño y cuándo no lo es. Imputarle objetivamente un daño a un sujeto supone definir que esa lesión ha sido obra de éste, por acción u omisión, escenario inadmisibles desde las ciencias exactas o naturales, en virtud de la relación de causa y efecto. Establecer esa premisa, no es sencillo, por lo que la doctrina penal ha construido un andamiaje de instituciones interconectadas que permite establecer cuándo existe un acto imputable a un sujeto de derecho.

5.2.2.2. El carácter personal del daño

Tiene relación con la legitimación, esto es, quién tiene la titularidad del derecho a reclamar la reparación, y lo tendrá quien ostente la calidad de perjudicado con el hecho dañoso, independientemente de la consanguinidad, afinidad u otros factores. Por consiguiente, el carácter personal es una condición de existencia del daño y un elemento en su configuración, que permite definir si la parte que reclama ha sufrido una afectación en su patrimonio o en los bienes, derechos o intereses legítimos, para determinar si se presentó lesión, afectación o la aminoración reclamada. En este sentido, la jurisdicción contenciosa administrativa ha propugnado la tesis según la cual este aspecto no se reduce a que el daño sea la afectación de un derecho subjetivo, basta un interés.

5.2.2.3. El carácter cierto del daño

Este presupuesto permite comprobar que el daño sea pasado, presente o futuro, y habrá certidumbre cuando sea evidente que produjo o producirá una disminución o lesión material o inmaterial en el patrimonio de quien lo sufre, no podrá ser resarcido lo eventual, hipotético o meramente posible.

El daño futuro virtual indemnizable, funciona sobre la categoría de la probabilidad como instancia de conocimiento y de ocurrencia en el desarrollo normal de la conducta y del comportamiento social e individual, por oposición a lo posible. Así lo consideró la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado Colombiano, en el caso de un joven que cursaba el tercer semestre de la carrera de odontología, con cuatro materias reprobadas, en el que se reclamaba la liquidación de lucro cesante sobre la base promedio de lo que obtendría como ingresos, una vez terminara su carrera: “En esas condiciones el perjuicio consistente en la privación de ingresos de un profesional de la odontología, deviene eventual y por ende no tiene relevancia jurídica a efectos de la indemnización, por tratarse de una mera posibilidad” (Consejo de Estado Colombiano, 1998).

La jurisdicción contencioso administrativa reconoce perjuicios, a título de lucro cesante, a personas que están desempleadas al momento de ocurrir el hecho dañoso en razón de la merma de la capacidad laboral, o en beneficio de las personas que dependían económicamente del fallecido, sobre la base de los ingresos o del salario mínimo legal, la expectativa de vida probable y la edad productiva. Dentro de este marco pueden encuadrarse situaciones como la de las personas lesionadas que sufren incapacidad definitiva, la de los beneficiarios del desempleado que fallece, la de los bachilleres, estudiantes, amas de casa o niños que sufren merma en la capacidad laboral cualquiera sea su edad, independientemente de la edad de la víctima, así no esté laborando al momento del accidente, frente a la pérdida o merma de la capacidad laboral, por razones

de justicia debe reconocerse el perjuicio con proyección a partir del momento de la plena capacidad laboral (Consejo de Estado Colombiano, 1989). Indemnizaciones equivalentes se reconocen en materia contencioso administrativa en nuestro sistema jurisdiccional; sin embargo, en la actualidad se ha relevado la aplicación exclusiva del lucro cesante, propio de la responsabilidad civil, por el de la reparación integral, propia de la normativa supraconstitucional (Sistema Interamericano de Derechos Humanos), que se presenta bajo las formas de restitución; indemnización; proyecto de vida; satisfacción y garantías de no repetición, como lo veremos más adelante.

En este punto es indispensable referirse al principio de integridad o indemnidad en la evaluación del daño en materia de derechos humanos y derechos fundamentales, en virtud que, una cosa es la existencia del daño y otra la cuantificación del perjuicio. La reparación integral¹⁰ constituye un principio general en materia de responsabilidad, el resarcimiento del perjuicio debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite. Este análisis conduce a estudiar los términos “reparación” máxime si en Ecuador hasta el 2008, la jurisprudencia contencioso administrativa empleaba, por regla general, el término “indemnización”, para valorar el daño sufrido.

a) La reparación e indemnización

El término reparar comprende en mayor medida lo que implica el resarcimiento o la recomposición de un daño, tanto así, que una de las definiciones del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (DRAE) es: la satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria. En Ecuador, la jurisprudencia venía aplicando lo que pudiera

¹⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus múltiples fallos, entre los que se destaca el Caso Baldeón García, párr. 174, determina que: “toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. Dicha reparación requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación”

denominarse el principio indemnizatorio en lugar del principio de la reparación integral. El paradigma desde la perspectiva de resarcimiento del daño consistía, en el otorgamiento de una suma de dinero que en los términos del artículo 1572 del Código Civil, pretendía cubrir los perjuicios de orden material e inmaterial irrogados a la persona.

La perspectiva desde la que se debe abordar el restablecimiento del perjuicio está íntimamente ligada al estudio y valoración del daño. La jurisprudencia ha establecido la insuficiencia del criterio indemnizatorio del perjuicio, pues el daño proveniente de la vulneración de derechos humanos no puede circunscribirse a un aspecto netamente económico, la lesión de una garantía de este tipo conlleva la afectación de multiplicidad de facetas de quien lo soporta. Se colige entonces, que el principio de reparación integral, entendido como el precepto que orienta el resarcimiento de un daño, para que la persona que lo padezca sea llevada a un punto cercano al que se encontraba antes de su ocurrencia, debe ser interpretado y aplicado conforme al tipo de daño producido, máxime si se refiere a la lesión de un bien o interés legítimo que se relaciona con el sistema de derechos humanos, y más aún si se armonizan los preceptos jurídicos nacionales con el contenido de la Convención Americana que, a términos del numeral 1 del artículo 63 establece la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que, una vez establecida la violación de un derecho o de una libertad de los allí contenidos y desarrollados, se ordene su reparación.

5.2.3. Tipología de los daños desde la óptica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Dentro de la óptica del carácter cierto del daño es necesario referir que existe un criterio general en la jurisprudencia internacional, respecto a la tipología de los daños reconocidos por violación de derechos humanos en el contexto de la justicia internacional, destacándose por su desarrollo los criterios de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos. Si bien la Corte IDH denomina los daños resarcibles de modo variado, todos se clasifican dentro de la tipología que se ha establecido en su Reglamento, que determina que los daños son de dos clases: individuales y colectivos. El individual puede ser: daño material y daño inmaterial. Las otras denominaciones encuadran en subcategorías de estas dos formas principales (Zusammenarbeit, 2010, pág. 131).

5.2.3.1. Los daños materiales

La Corte IDH ha definido el daño material como aquel que “supone la pérdida de los ingresos que había percibido la víctima fallecida en su vida probable, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal directo con los hechos del caso” (Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú, 2017).

El daño material puede clasificarse, a su vez, en tres subcategorías: el daño emergente, lucro cesante y daño patrimonial familiar (Caso García Prieto y otros vs. El Salvador, 2007).

a) Daño emergente

Reúne aquellos gastos que los familiares de las víctimas realizaron con ocasión del daño infligido a la víctima, trámites médicos, mortuorios, desplazamientos, etc. (Zusammenarbeit, 2010, pág. 132).

b) Lucro cesante o pérdida de ingresos

Inicialmente esta categoría hacía referencia a los montos dejados de percibir por la víctima directa, pero luego se incluyeron los ingresos dejados de percibir por los familiares de la víctima a raíz de hechos que atañen directamente a la violación de derechos humanos.

c) Daño patrimonial familiar

Comprende todo quebranto económico que sufre la familia de la víctima con ocasión de la desaparición forzada, o la infracción de derechos humanos de la víctima y sus familiares, como desórdenes psicológicos o físicos padecidos por los familiares de la víctima y graves aminoraciones del patrimonio familiar (Zusammenarbeit, 2010, pág. 134)

5.2.3.2. Daños inmateriales

Para la Corte IDH el daño inmaterial está integrado por tres subcategorías: daño moral, daño al proyecto de vida, daño biológico (fisiológico o físico) y alteración de las condiciones de existencia.

a) Daño moral

Se refiere a perjuicios intangibles que producen angustia emocional, sufrimiento psicológico y dolor físico o pena moral causados a las víctimas directas y sus allegados, que se compensan en dinero (Caso Cantoral Benavides vs. Perú, 2001).

b) Daño al proyecto de vida

Tiene que ver con el menoscabo en las aspiraciones, expectativas, vocación, aptitudes y, en general, la manifestación de poder conducir su vida de acuerdo con sus propios deseos, la profesión o el oficio ejercido y las capacitaciones orientadas a tal fin. La Corte IDH sostiene la tesis de la autonomía del daño al proyecto de vida, y su indemnización está más enfocada a tomar medidas de justicia restaurativa y simbólica (Zusammenarbeit, 2010, pág. 135).

c) Daño biológico, perjuicio fisiológico o daño físico

Este tipo de daño se ha subsumido en los reconocimientos del daño moral o del daño inmaterial en los casos en que se ha reconocido grave perturbación física con secuelas en órganos de las víctimas (Zusammenarbeit, 2010, pág. 140).

5.3. El nexo causal entre el daño y la actuación del Estado

Como ya se ha dicho la relación de causalidad es otro de los elementos del esquema ordinario que tradicionalmente exige la doctrina y la jurisprudencia para que se configure la responsabilidad estatal, el nexo causal, previo a la vigencia de la crisis del dogma causal, se constituía en el componente que permitía vincular al daño con el responsable del mismo, de forma que para que pueda ser declarada la responsabilidad debe establecerse una relación de causa a efecto entre el actuar administrativo y el daño.

La doctrina sostiene que el nexo causal tiene por función viabilizar la imputación de un evento a un sujeto, es el puente entre el evento dañoso y su autor, para que exista responsabilidad es necesario que la conducta del demandado sea la causa de la lesión que sufrió el actor; sin nexo de causalidad no habrá responsabilidad (Gamarra J. , 2007). Para Gamarra el nexo causal tiene carácter material (objetivo, externo), se trata de la imputación material, la única imputación que se requiere cuando la responsabilidad tiene naturaleza objetiva, por el contrario, cuando la responsabilidad es subjetiva, se hace necesaria también la imputación psicológica que pertenece al ámbito de la culpa.

Su finalidad es entonces determinar quién debe soportar el peso de la reparación, de allí que el problema del nexo causal asume su propio sentido jurídico como problema de la extensión de la responsabilidad del sujeto demandado en juicio (Monateri, 1998). El elemento del nexo causal presupone la existencia del daño como entidad material, por lo que, constatada la existencia del daño es indiscutible que éste tuvo una génesis material o causal, de allí que establecer reglas para poder determinar cuándo un hecho es causa de un evento resulta harto complejo, por lo que la prueba directa de la relación causal es absolutamente excepcional y por ello la existencia o no de tal vínculo será producto de un razonamiento judicial efectuado en forma acorde a un criterio abstracto (Viney, 1998).

El resultado del juicio sobre el nexo de causalidad coincide con el de responsabilidad, no porque nexo causal y responsabilidad sean conceptos equivalentes, sino porque la relación causal es la puntada final del juicio de responsabilidad que articula a los otros requisitos¹¹ (Patiño Domínguez, 2008, pág. 193), entonces, al ser la relación causal un elemento necesario a la configuración del daño que hace referencia exclusivamente al criterio para establecer si cierta conducta o hecho ha causado la lesión calificada como evento dañoso, determinada esta conexión causal deberán imputarse al sujeto las consecuencias dañosas o el daño resarcible que tal evento ha producido.

Para un mejor entendimiento del nexo causal definiremos en términos generales las más importantes teorías que sistematizan su uso, aportando varios criterios para distinguir la causa del antecedente u ocasión.

5.3.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones

Esta teoría sostiene que en presencia de hechos o conductas imputables a varias personas, sucesivos en el tiempo, a todos debe serle reconocido una eficacia generadora del daño si han determinado una situación tal que, sin el uno o el otro, el evento no se hubiere verificado (Alpa, 1999), o dicho de otra forma, la responsabilidad de un evento es imputable a quien haya puesto en acción cualquier antecedente sin el cual el evento no se habría verificado. Para la teoría de la equivalencia de las condiciones, dice Gamarra (1981), es causa toda condición, antecedente o factor, sin el cual el daño no se hubiere producido (*conditio sine qua non*) (pág. 314). Una vez individualizadas las condiciones que son necesarias, concluye que todas son equivalentes, porque si alguna de ellas es eliminada, el efecto no tiene lugar. En términos similares la reconoce la Corte de Casación

¹¹ “Es sabido que para que exista la responsabilidad se requieren tres elementos absolutamente indispensables y necesarios: el daño, el hecho generador del mismo y un nexo de causalidad que permita imputar el daño a la conducta (acción u omisión) del agente generador.” (Patiño Domínguez, 2008, pág. 193)

Italiana al señalar que constituyen todos los antecedentes, directos o indirectos, próximos o remotos, sin los cuales el evento dañoso no se hubiera verificado (1981, pág. 69).

Esta teoría es criticada por basarse en un punto de vista naturalista que no selecciona, siendo que la causalidad es un instrumento de selección de las acciones, y por ello obliga a tener en cuenta antecedentes lejanos convirtiendo en infinito el número de causas (Baudouin, 2007), extendiendo así el ámbito de la responsabilidad en forma desmesurada e inadmisibles. La jurisprudencia de la Suprema Corte Uruguay (2000) rechaza la equivalencia de las condiciones, sobre la base del siguiente argumento:

Desde luego podría decirse que toda condición o todo factor que ha intervenido en la producción del evento es su causa. Con lo cual entonces la serie causal sería ilimitada, no habría criterio para excluir alguna de ellas por más alejada que esté en el tiempo (pág. 930).

Esta teoría revela sus mayores fallas en el plano de la reparación del daño, porque conduce al resarcimiento integral, esto es, la reparación por entero de todo el perjuicio sufrido a cargo de cada uno de los participantes. Puesto que cualquiera de las condiciones causa la totalidad del daño y si se elimina su acto no habría daño, cada uno debe la reparación del todo.

5.3.2. Teoría de la causalidad adecuada

Para esta teoría, causa son los acontecimientos que producen normalmente la consecuencia; este es el criterio de la regularidad; la causa es adecuada cuando se presenta como probable, y por lo tanto regular, razonablemente previsible (Gamarra J. , 1981). La teoría de la causalidad adecuada, en lugar de equiparar todos los antecedentes opera una distinción entre ellos, algunos son causa y otros meras ocasiones o condiciones, y en lugar de la causalidad naturalista de la equivalencia de las condiciones consagra una causalidad jurídica, que selecciona entre los antecedentes. Nace así un correctivo de la teoría de la *conditio sine qua non* (Galgano, 2004).

Para determinar si una conducta humana es o no causa de un determinado evento, en sentido jurídico, es imprescindible que sea adecuada a tal fin según una relación de secuencia constante sobre la base de la común experiencia (Jannarelli, 2004). El fallo de la Suprema Corte Uruguaya (2000), antes citado, acoge la teoría de la causalidad adecuada, por ejemplo, no admite la relación causal entre las autoridades carcelarias que autorizaron la salida transitoria de un recluso, entendida esta como la ocasión o condición¹², y el daño (asesinato de su esposa) que es causado por éste. Con la teoría de la equivalencia de las condiciones los jueces hubieran debido condenar también al Estado. De esta manera se incluyen las consecuencias normales y excluyen las inverosímiles; no porque el hecho generador no sea causal, sino porque la relación causal es inadecuada para fundar la responsabilidad (Gamarra J. , 1981, pág. 320).

La regla sentada tiene su excepción, cuando la imputación es a título de dolo, el daño excepcional (no regular, improbable) se entiende causado por el demandado si resulta que su intención era la de producirlo; ese daño es en efecto “evento” del hecho doloso, según la propia naturaleza de tal criterio de imputación (Salvi, 2005).

5.3.3. Las móviles fronteras del evento

El evento lesivo, también llamado evento dañoso o daño, juega un papel esencial en la resolución del juicio de responsabilidad; constituye el límite entre dos zonas que deben demarcarse correctamente, de lo contrario el resultado puede variar diametralmente. Por un lado, la relación hecho – evento lesivo en el que se debe constatar si el hecho del ofensor violó un derecho, situación o interés jurídicamente protegido; si así fue, su comportamiento será calificado como ilícito,

¹² Causa y ocasión (condición).- Es pertinente distinguir entre las causas y las ocasiones (condiciones) entre los distintos antecedentes del evento dañoso, que es su consecuencia. La causa es el antecedente que produce el evento, mientras que la condición y la ocasión (siendo también antecedentes) permiten que opere la causa eficiente, pero no causan el daño.

lo que a su vez califica como resarcible el daño que eventualmente puede derivarse de esa lesión. Por el contrario, si se lesionó una situación o interés que no está jurídicamente protegida no habrá hecho ilícito, y por ende se entendería que el daño sufrido no será reparable, salvo que el actor no haya tenido la obligación jurídica de soportarlo (desde la óptica de la responsabilidad estatal); de lo dicho la lesión del derecho no pertenece a la esfera del daño, sino a la ilicitud (Gamarra J. , 1981, pág. 42). La respuesta afirmativa a esta cuestión supone constatar que el demandado es responsable, y su consecuencia es el nacimiento de la obligación resarcitoria.

La segunda zona es la que vincula ese mismo evento lesivo con las consecuencias perjudiciales sean patrimoniales y/o extrapatrimoniales que de él se derivan para la víctima: relación evento lesivo – daño consecuencia. Estamos aquí en los dominios del daño, entendido como el contenido u objeto de la obligación resarcitoria.

A nuestro juicio la descomposición de la cadena causal es imprescindible como primer paso del análisis; sin embargo, llegados al eslabón final (al que identificamos con el evento por el cual debe responder el demandado) se hace necesario relacionarlo con el hecho inicial y constatar si existe una relación significativa que permita establecer que éste es la causa adecuada, probable, normal o regular de aquél. De no procederse de tal forma, se estaría aplicando la teoría de la *conditio sine qua non* que doctrina y jurisprudencia rechazan. Cuando se adopta la posición de proceder a la construcción “paso a paso” de la cadena causal, el análisis hecho inicial / hecho final será útil para establecer como indicio de la intervención (o no) de un hecho extraordinario que puede haber incidido en su desarrollo y exonerar de responsabilidad al demandado.

En la práctica los casos deberían resolverse partiendo de la lesión que el actor imputa al demandado, si el perjuicio, afectación o lesión fue causada por el hecho que se atribuye al demandado (una vez aplicada la descomposición de la cadena causal), identificado el evento del cuál es responsable el demandado debe determinarse el conjunto de pérdidas económicas y sufrimientos morales que esta afectación produjo a los actores.

En definitiva, es necesario indagar sobre la oportunidad de cualquier descomposición de la cadena causal para no anular la limitación de responsabilidad. Mover hacia adelante la frontera del evento produce el efecto de incrementar notablemente la responsabilidad del ofensor; moverla hacia atrás supone su reducción (Capecchi, 2012).

5.3.4. Nexo, culpa y previsibilidad

Constituye otra crítica a la teoría de la causalidad adecuada, sostiene que al integrarse la previsibilidad al nexo causal se produce una confusión entre culpa y relación de causalidad. Mientras se mantuvo vigente la prevalencia de la culpa los excesos de la teoría de la equivalencia de las condiciones resultaban limitados, desde que en ningún caso se respondía por los eventos “imprevisibles”, ya que la previsibilidad integra el concepto de culpa.

Con la vigencia de la responsabilidad objetiva se concretó el peligro en la teoría condicional de una excesiva ampliación de la responsabilidad, al no existir en este nuevo campo el freno de la imprevisibilidad que proporcionaba la culpa. Entran en escena las teorías de la previsibilidad del evento y de la causalidad adecuada, cuyo fin primario consistía en limitar los efectos de la aplicación de la teoría de la *conditio sine qua non* en las hipótesis de responsabilidad objetiva (Capecchi, 2012, pág. 327). Del proceso histórico se desprende que la “previsibilidad” no constituye

uno de los criterios propuestos por la teoría de la causalidad adecuada, similar posición ha sido sostenida por Martínez – Salvo, quienes, citados por Gamarra (2007), abogan por “desvincular el nexo de la culpa y la previsibilidad” (pág. 53).

El criterio limitativo de la responsabilidad está dado por la “previsibilidad” del desenvolvimiento causal y del evento (Monateri, 1998, pág. 148), que recibió como principal crítica la subjetividad del criterio empleado que la tornaba inaplicable a los casos de responsabilidad objetiva (Trimarchi, 1967) y se superponía con el juicio de culpabilidad.

El problema no puede recibir una adecuada solución si no se tiene en cuenta la influencia que el criterio de imputación ejerce sobre la relación de causalidad. La influencia está dada porque el hecho inicial del nexo está constituido por el “hecho material”, en el caso de responsabilidad objetiva; y por la “conducta culposa” si se trata de responsabilidad subjetiva, entonces, ni el hecho material ni la culpa están fuera del nexo sino que forman parte de él, son su eslabón inicial, de la misma forma que el evento dañoso es el anillo final. De allí que, la previsibilidad integrará el nexo cuando el criterio de imputación sea la culpa, por tratarse de un requisito exigido para esta última. Podrá decirse que si no hay previsibilidad no hay culpa, por tanto, no es necesario ingresar en la relación causal. Por el contrario, en los casos de responsabilidad objetiva, el hecho inicial de la cadena causal es el hecho material por lo que la previsibilidad tiene cerrada la puerta de acceso que le brinda la culpa.

Entonces, de aplicarse la teoría de la causalidad adecuada, la previsibilidad es conceptualmente ajena al nexo causal que se construye a través de los criterios de probabilidad, normalidad y regularidad; sin embargo, como el análisis de la causalidad supone establecer un vínculo entre el hecho y el evento dañoso, cuando

el criterio de imputación es la culpa, en la práctica, la previsibilidad forma parte del nexo causal, es su primer eslabón, sin el cual resulta imposible hablar de nexo o vínculo.

5.3.5. Teoría de la finalidad de la norma violada

Con esta teoría se busca racionalizar las soluciones y priorizar la función de la norma transgredida para evaluar si el evento cae o no dentro de su área de protección (Veneziano, 1998). De esta manera limita la responsabilidad a ese ámbito de la norma que fue infringida. En el ámbito de la responsabilidad subjetiva su aplicación se reserva para los casos conocidos como culpa específica, que se configura cuando se viola una norma expresa, de tránsito, por ejemplo.

Respecto a la responsabilidad objetiva (riesgo específico) la solución resulta más difícil de aceptar, si examinadas las circunstancias del caso surge que el hecho previsto es la causa normal, probable, regular del daño acaecido, la responsabilidad debe ser declarada independientemente de si el perjuicio supone o no la concreción del riesgo previsto por la norma (Franzoni, 2010). Tampoco funciona esta tesis cuando resulta difícil definir cuál es el fin de la norma violada (Alpa, 1999).

Esta tesis aporta un criterio que viene en auxilio de la teoría de la causalidad adecuada a la hora de pronunciarse sobre la trascendencia causal del hecho imputado. Por ejemplo, fue ese el criterio aplicado para negar eficacia causal a la conducta de la víctima que habiendo estacionado su vehículo en lugar prohibido, resultó dañado por la caída de la nieve acumulada en el techo de un edificio; el tribunal entendió que la norma violada (prohibido estacionar) no estaba dirigida a evitar el evento lesivo (daño por caída de nieve) sino que tenía otra finalidad (evitar accidentes de tránsito) por lo que descartó que subsistiera la relación causal entre el hecho de la víctima y el evento (Franzoni, 2010, págs. 62-63).

Para la construcción del nexo causal de esta teoría es necesario dos etapas, una necesaria y otra contingente:

La primera es la que pone en relación de causa a efecto el hecho del ofensor y el evento dañoso, si el hecho causó el evento, prescindiendo de la culpa, y tiene por fin determinar si a ese hecho puede atribuírsele el ser ilícito o antijurídico; etapa forzosa y la única a cumplirse en caso de que se trate de responsabilidad objetiva.

La segunda si el criterio de imputación es la culpa, deberá procederse a una nueva operación que consiste en apreciar si la negligencia, ya determinada del ofensor fue la que causó el hecho ilícito; etapa que debe cumplirse sólo en los casos de responsabilidad subjetiva (Gamarra J. , 2007, pág. 57).

Para un mejor entendimiento se plantea el siguiente ejemplo, en el caso de que el servicio de parques y jardines de la Municipalidad en la ejecución de la tala de árboles habría afectado un vehículo particular, al momento de ejecutar su trabajo, el procedimiento sería el siguiente:

1.- actuación imputable a la administración, mediante un hecho administrativo que no debe ser por negligencia, culpa o dolo.

2.- juicio de antijuridicidad, existe en la medida en que se ha invadido la esfera jurídica del propietario del vehículo afectado, al lesionar el derecho a la propiedad.

3.- nexo hecho / evento, en esta etapa el juicio causal asume como término inicial la mera acción material (hecho antijurídico que causa a otro un daño).

Probado que el servicio público taló un árbol y éste cayó sobre un vehículo particular y destruyó el parabrisas, el juez no puede sino concluir que el hecho ofensor ha sido la causa adecuada, normal y regular del evento lesivo. Los personeros del servicio público a cargo de la actividad de talar el árbol habrán

cometido un hecho antijurídico. Si la responsabilidad es objetiva, el examen del nexo causal finalizará en este punto.

Las reglas anteriores, que no son más que un planteo teórico que puede auxiliar al magistrado a la hora de establecer el vínculo entre el hecho y el evento dañoso, seguramente resultarán limitadas con frecuencia por la realidad fáctica, quedando entonces la argumentación del tema a la experiencia del magistrado y a su sano juicio. Cuando se trata de cuestiones científicas, por ejemplo, en la responsabilidad médica, la discrecionalidad del magistrado se ve seriamente limitada por el peso de la opinión del perito que es llamado a exponer las reglas de su ciencia y determinar las consecuencias de su aplicación al caso concreto.

5.3.6. Concurso de causas

En el ejemplo planteado en el tema anterior está en consideración la sola conducta del ofensor, puede suceder que se inserte en el proceso una segunda cadena causal autónoma con aptitud para causar el evento dañoso. Si ella es idónea para interrumpir el nexo entre la primera y el evento, el demandado será exonerado de responsabilidad, pero si no lo es, se configurará la hipótesis del concurso de causas, en cuyo caso la responsabilidad del ofensor subsiste, pero queda atenuada por la presencia de otra causa concurrente.

La proporción a imputar a cada responsable queda librada al arbitrio judicial, no existiendo reglas que permitan una determinación objetiva; sin embargo, la responsabilidad de adjudicarse a cada uno de los copartícipes no está en función de su culpa sino de la incidencia causal que en la producción del evento lesivo tuvo el hecho que se les imputa.

5.3.7. Interrupción del nexo causal

Para que el hecho que interrumpe la relación causal exonere de responsabilidad al ofensor debe tratarse de una causa extraña no imputable a éste, que comprende el hecho exclusivo de la víctima¹³, el hecho exclusivo¹⁴ del tercero y el caso fortuito o fuerza mayor, necesariamente debe revestir los caracteres de imprevisible e irresistible. No basta que se pueda identificar un caso fortuito para que el demandado pueda exonerarse, sino que además debe demostrar que el mismo no le es imputable, que se trata de un caso fortuito al que no ha dado origen.

Si junto con la causa extraña que generó el daño, concurre el actuar del demandado, estamos en presencia de concausalidad, que no comporta la exoneración de la responsabilidad, sino que implica una reducción de la reparación.

5.3.8. Causalidad y daño

Existe una corriente que habla de un doble nexo de causalidad: “entre comportamiento y evento y entre evento y daño, uno interno al hecho lesivo y el otro externo”. El primero tiene por fin la imputación de un determinado hecho al sujeto y el segundo es el relativo a la determinación de las consecuencias de carácter económico que el hecho provocó sobre la víctima (Alpa, 2006, pág. 326).

En términos generales impone al ofensor reparar a su contraparte “la pérdida que ha sufrido” y “el lucro de que se le ha privado”, pacíficamente entendidos como el daño emergente y el lucro cesante, que se corresponden con el mal directamente causado y la privación de la ganancia.

¹³ Se exige que ese hecho o culpa de la víctima tenga incidencia causal en la producción del daño de modo exclusivo, porque si hay coadyuvancia o coautoría en la producción del daño con la falla del servicio, la figura que se presenta es la de la compensación parcial de culpas, que reducirá el monto indemnizable.

¹⁴ Se trata del hecho del tercero que causa daño a una persona, y cuyo actuar constituye un ataque que el Estado debió evitar con la fuerza pública; en tal caso la administración sí es responsable por haber faltado a su deber de vigilancia o protección a la víctima dándose una típica responsabilidad por falla del servicio, consistente en el incumplimiento de un deber, el caso más común es la muerte de PPL dentro de los centros penitenciarios.

CAPÍTULO II

DESARROLLO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA

1. Clases de responsabilidad del Estado

Una vez que se conoce la composición y características de cada uno de los elementos estructurantes de la responsabilidad extracontractual del Estado, previo a realizar el análisis de lo actuado por las altas cortes ecuatorianas, es de vital importancia realizar una clasificación y descripción de las clases de responsabilidad del Estado reconocida por la doctrina y jurisprudencia internacional.

Sobre la base de lo analizado en temas descritos anteriormente deviene en tarea algo sencilla el clasificar los distintos modos de responsabilidad del Estado, para ello recurriremos a Juan Carlos Henao, quien sostiene que la responsabilidad extracontractual del Estado puede ser “Por falla en el servicio, por daño especial, por riesgo y por enriquecimiento sin causa” (1997, pág. 15). Algo similar es el criterio de Libardo Rodríguez quien clasifica la responsabilidad del Estado en objetiva, con falla, presunta, por almacenaje, por daño especial, por riesgo y por trabajos públicos (1994, pág. 383 y 384), de manera más general las clasifica Gustavo Penagos, al establecer que la responsabilidad del Estado comprende la responsabilidad precontractual, contractual, extracontractual, legislativa, judicial y administrativa (1997, pág. 18), sobre la base de la legislación, doctrina y jurisprudencia recabada en nuestra investigación consideramos la siguiente clasificación de la responsabilidad del Estado.

1.1. Responsabilidad subjetiva con falla en el servicio.

Cuando el derecho administrativo francés hace referencia a la *faute du service* se refiere a la culpa en el servicio, sin pretender introducir un concepto nuevo o diferente al civil de culpa, por lo que el uso del término falla del servicio, por oposición al término

culpa, es un error conceptual que obedece al desconocimiento del origen del término, pues la palabra francesa *faute* significa culpa en español (Tamayo Jaramillo, 2007, pág. 14). Recordemos que la idea originaria de culpa, propia del derecho civil, estuvo presente por algún tiempo en el derecho público, pero pronto se cambió por la de falla del servicio público que tuvo su origen en el Consejo de Estado francés, concretamente en el ya referido fallo Blanco del 8 de febrero de 1873, que resolvió aspectos fundamentales del Derecho Público, entre los que se destacan: que el Estado sí es responsable por los daños producidos a los particulares y que tal responsabilidad es distinta a la responsabilidad civil entre los particulares regida por el Código Civil; determinando la jurisdicción administrativa como la competente para resolver estos casos; delimitando el contenido del derecho administrativo, confirmando su autonomía, creando un sistema propio con una lógica y soluciones propias; y, fijó las relaciones entre lo público y lo privado (Islas Colín, 2016).

Respecto a la falla del servicio, se ha generado la tendencia de exigir cada vez más de la administración una prestación eficiente de sus servicios, por lo que esta responsabilidad del Estado no es general ni absoluta, tiene reglas que se modifican según las características propias del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses de los particulares. Para Velásquez Posada (2015) esta falla puede ser probada, correspondiendo a la víctima demostrarla, o presunta; en tal caso le corresponde al Estado desvirtuar la presunción que pesa en su contra (pág. 154).

1.1.1. Falla probada

Cuando el Estado, en desarrollo de sus funciones incurre en “falta o falla del servicio”, o mejor aún en la falta o falla de la administración, trátase de simples actuaciones administrativas, omisiones, hechos y operaciones administrativas, se hace responsable de los daños causados al administrado.

El Consejo de Estado Colombiano, haciendo suya la doctrina del tratadista Jean Rivero, examina la falta o falla en el servicio expresando que debe examinarse a la luz del nivel medio que se espera del servicio, según su misión y las circunstancias, estructurándose la falla cuando éste se presta por debajo de este nivel. Concluyendo que el juez debe apreciarla sin referencia a norma abstracta, pero sí preguntándose respecto a lo que debía esperarse del servicio, teniendo en cuenta la dificultad más o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo, de lugar, de los recursos de que disponía el servicio. De ello resulta que la noción de falta del servicio tiene un carácter relativo, pudiendo el mismo hecho según las circunstancias, ser reputado como culposo o como no culposo (Penagos Vargas, 1997, pág. 7 y 8).

No se puede exigir al Estado una calidad del servicio más allá de su real capacidad, no podemos hacerlo responsable de toda muerte violenta acaecida en el territorio nacional; siempre que muera una persona por falla en la asistencia médica; por las epidemias no contrarrestadas; por todos los derrumbes de las carreteras; por la contaminación de los ríos; entonces, no todas las falencias del Estado social de derechos pueden repararse a través de la falla del servicio, o el daño antijurídico, el juez tiene que ser consciente de la realidad social que vive.

1.1.2. Falla presunta

En el proceso de facilitarle a la víctima la reparación del daño sufrido, se ha invertido la carga de la prueba en cuanto al elemento culpa o falla de la administración, en los casos en que rige esta presunción, en razón que la prueba de la culpa o falla de la administración es muy difícil, por el contrario, al Estado o demandado le resulta más fácil probar que contrario a lo que se presume, esto es, que obró con culpa o falla, ha actuado con la debida diligencia y cuidado. El caso típico que acepta nuestra legislación como falla presunta se da en materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o

real recae sobre el gestor de la actividad o la o el demandado, de conformidad con el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos.

La jurisprudencia internacional considera este régimen de responsabilidad con falla presunta como intermedio entre la falla del servicio y el de responsabilidad objetiva, señalando que en los eventos respecto de los cuales puede aplicarse este régimen especial, el actor sólo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del daño. A la entidad demandada le queda la posibilidad de exonerarse de toda responsabilidad probando que aunque el perjuicio fue causado por un hecho o acto a ella imputable, obró de manera prudente, con diligencia que su actuación no puede calificarse como omisa, imprudente o negligente, en forma tal que dé lugar a comprometer su responsabilidad (Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera, 1992).

1.2. Responsabilidad objetiva sin falla en el servicio

Conforme hemos analizado a lo largo del primer capítulo, abundante jurisprudencia y doctrina aboga para que la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado se configure en todos los casos, reclamando una superación de la noción de falla o falta del servicio o de la culpa, fundamentados en la noción de daño antijurídico y acreditando el nexo causal con la conducta lícita del Estado. Varios autores consideran un exceso la tendencia de que el Estado deba responder objetivamente por todo daño, en ejemplo de ello, es lo ocurrido en el Tribunal Supremo de España (1991) en el que una paciente que presentaba dos aneurismas gigantes es sometida a una intervención médica delicada. La actuación médica fue óptima, para las circunstancias, pero la paciente sufrió secuelas. No hubo culpa alguna del cuerpo médico, pero el daño se causó y el Tribunal Supremo consideró suficiente esto para condenar al pago de los perjuicios.

La teoría de la responsabilidad sin falta ha sido acogida en cinco casos:

1.2.1. Por daño especial¹⁵

Se genera por el rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas, patentado por el principio constitucional de igualdad de los ciudadanos ante la ley, que ordena reparar los daños causados por la administración a sus ciudadanos cuando la actuación del ente estatal rompa la igualdad ante las cargas públicas para una persona concreta, incluso cuando la actuación del Estado sea legítima o lícita, pero no libera al Estado del deber jurídico de indemnizar los daños que se causen. Las formas más comunes se dan cuando la administración actúa en cumplimiento de actos administrativos conforme a la ley, en circunstancias de atentados terroristas, el daño resulta antijurídico porque una persona o un grupo de estas, no tiene porqué soportar los daños que se generan con motivo de la defensa del orden constitucional, frente a las fuerzas de subversión.

La justicia lesionada es la distributiva, considerando que la justicia conmutativa regula las relaciones de daños causados por una persona a otra; en cambio, cuando una persona sufre un daño y es la sociedad en general la llamada a repararlo por solidaridad, la justicia aplicada en tal caso es la distributiva que inclina a la sociedad y a sus gobernantes a distribuir los bienes comunes entre las personas privadas en proporción a las cargas con la sociedad.

1.2.2. Actividades peligrosas

La responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, como conducción de vehículos, extensión de redes de energía, constitución de gaseoductos, armas de dotación oficial, consideradas en principio como responsabilidades con culpa o falla por el régimen

¹⁵ Cierta parte de la doctrina y algunos fallos de jurisprudencia internacional la denominan como riesgo excepcional. El Consejo del Estado Colombiano con ocasión del atentado contra el Director del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, se ha referido en los siguientes términos: "...sí es posible aplicar el régimen de responsabilidad por daño especial (...), el reparar daños ocasionados como consecuencia de un riesgo de naturaleza excepcional, a los que se ven sometidos los administrados, cuando el Estado combate fuerzas ilegales que quieren aniquilarlo o destruirlo" (Consejo de Estado Colombiano, 1994).

de las actividades peligrosas del Código Civil. Esta tesis pudo ser reorientada por el Consejo de Estado Colombiano (2000), al concebir las actividades peligrosas que ejerce el Estado como forma de responsabilidad objetiva, al considerar que el ejercicio de dichas actividades como la conducción de vehículos automotores, que hasta 1989 se tutelaba por el régimen de falla probada, adoptó el régimen de falla presunta para juzgar este tipo de eventos por considerar que un vehículo automotor, por su peligrosidad, al ser un nexo instrumental en la generación de un perjuicio, compromete la responsabilidad del ente público a quien el vehículo pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio, que bien puede existir.

Se puede advertir que en el evento de los daños producidos por las actividades peligrosas, no importa la falla probada ni presunta o la conducta irregular de la administración, sino solo el daño antijurídico que generó responsabilidad por los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, debiendo la demandada demostrar, para exculparse, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero exclusivo y determinante, no quedando exonerada la administración cuando demuestre diligencia y cuidado. En estas circunstancias, a los actores les basta acreditar que la actividad riesgosa les causó daño, pues en el régimen de la presunción de responsabilidad, la falla del servicio no es elemento constitutivo de la misma.

1.2.3. Daños a inmuebles por trabajos públicos

Aplica para los daños materiales y extrapatrimoniales causados a una propiedad particular inmueble y su ocupación, con ocasión de un trabajo público. Si se quisiera optar por darle una solución dentro de las responsabilidades con falla, podría pensarse en establecer una presunción de culpa a favor de la víctima.

1.2.4. Responsabilidad del Estado por almacenaje

Se relaciona con los daños ocurridos en mercancías almacenadas en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o su abandono voluntario o legal, en la mayoría de casos tiene un carácter de responsabilidad contractual.

1.2.5. Expropiación u ocupación de inmuebles

Este tipo de responsabilidad podría enmarcarse dentro del daño especial, toda vez que el fundamento es el mismo, las cargas públicas se rompen causando un desequilibrio a un ciudadano que ve que su inmueble, por razones de obra pública o seguridad nacional, es ocupado por la búsqueda del bien común, sin recibir de los demás conciudadanos, representados por el Estado, la correspondiente reparación o indemnización por los perjuicios recibidos.

1.2.6. Responsabilidad del Estado legislador

El desarrollo de la jurisprudencia en este tema tiene como referente el caso de *La Fleurette* del Consejo de Estado francés de 1938, mediante este precedente se condenó al Estado a pagar a un particular una indemnización en reparación de un daño causado por la vigencia de un texto legislativo con fundamento en la ruptura de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.

Portugal también ofrece otro referente en el caso de los daños causados por las fuerzas armadas americanas con base en las islas Azores, en virtud del tratado que creó la OTAN. Los tribunales de Portugal no son competentes para juzgar a las fuerzas militares americanas en razón del tratado, entonces, consideró el Consejo de Estado de Portugal que para obviar el sacrificio que para los ciudadanos nacionales, constituiría la necesidad de recurrir a los tribunales americanos, el Estado portugués asume por la misma

cláusula de la convención referida la responsabilidad objetiva por el resarcimiento de tales daños obligándose al pago de la indemnización respectiva.

Por su lado, el Consejo de Estado Colombiano condenó al Estado a pagar los perjuicios causados a un particular por un miembro del cuerpo diplomático que de acuerdo con el tratado internacional era inmune a la acción judicial interna, fundamentados principalmente en que el Estado fue quien aceptó conceder inmunidad a los agentes diplomáticos acreditados en Colombia.

Conforme se ha demostrado durante este estudio, los fallos y la doctrina especializada sobre responsabilidad objetiva del Estado provienen, de hace larga data, en su gran mayoría de España, Francia y Colombia, países donde la exigencia en la aplicación de la responsabilidad objetiva adquiere magnitudes relevantes, que distan de la realidad ecuatoriana conforme se analizará a continuación.

2.3. Análisis de la jurisprudencia ecuatoriana

En este ordinal de la tesis se estudiará la forma en que la jurisprudencia ecuatoriana ha decidido respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado. Revisadas las sentencias que sobre el tema se han dictado a nivel de las altas cortes, esto es, Corte Nacional de Justicia y la Corte Suprema de Justicia, que no sobrepasan el número de nueve, se puede determinar que no existe un criterio homogéneo por parte de la administración de justicia respecto al tema, es más en cada fallo los juzgadores desarrollan su propia apreciación sobre la responsabilidad del Estado, como veremos a continuación.

2.3.1. Las sentencias

Realizada la búsqueda en la plataforma profesional de investigación jurídica *Lexisfinder* encontramos nueve sentencias dictadas tanto por la extinta Corte Suprema de Justicia como por la Corte Nacional de Justicia, se ha procedido a analizar cada una de

ellas utilizando una matriz que recoge criterios de observación derivados del estudio teórico desarrollado en el primer capítulo, conforme se puede ver en el cuadro siguiente:

CUADRO N° 1:

ELEMENTOS SUSTANTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA ANALIZADOS EN LAS SENTENCIAS ECUATORIANAS

Categoría principal del daño	Categoría secundaria del daño	Fundamento del daño	Tipo de responsabilidad	Clase de responsabilidad	Nexo causal entre el daño y la actuación del Estado	Indemnización o reparación
------------------------------	-------------------------------	---------------------	-------------------------	--------------------------	---	----------------------------

* Fuente: Elaboración personal¹⁶

Hemos escogido estos criterios considerando los puntos más relevantes desde el punto de vista teórico y práctico, en otras palabras, desde la óptica de la doctrina estudiada y del contenido de las sentencias sobre el tema.

Como se podrá evidenciar en el cuadro siguiente, las sentencias estudiadas corresponden a distintos periodos constitucionales, las sentencias de instancia provienen de distintos tribunales distritales y han sido resueltas por distintos tribunales de las altas cortes.

CUADRO N° 2

DATOS REFERENCIALES DE LAS SENTENCIAS

Fecha sentencia analizada	Pretensión del actor	Corte, Sala y Tribunal que dictó el fallo analizado	Tribunal de instancia del que proviene la sentencia impugnada	Hechos del caso	Resolución
04 de septiembre de 2002	Que se case la sentencia en razón que el Tribunal <i>a quo</i> no tenía facultad jurídica para fijar cuantía de indemnización.	Corte Suprema de Justicia / Sala de lo Contencioso Administrativo conformada por los doctores: Luis Heredia Moreno;	Primera Sala del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo	Alfredo Luna Narváez vs. Presidencia de la República. Mediante silencio administrativo alegado por el	Se casa la sentencia impugnada únicamente en lo que se refiere a la fijación del monto de indemnización, disponiéndose se

¹⁶ Conforme se mencionó en la parte introductoria de este estudio, la técnica y herramienta de análisis de datos a utilizar para el desarrollo de la investigación es documental, basada en el estudio del contenido de las sentencias y su doctrina, para lo cual se identificaron los criterios relevantes que constan recopiladas en la matriz del Cuadro N° 1.

Fecha sentencia analizada	Pretensión del actor	Corte, Sala y Tribunal que dictó el fallo analizado	Tribunal de instancia del que proviene la sentencia impugnada	Hechos del caso	Resolución
		José Julio Benítez; Marcelo Icaza Ponce.		recurrente se pretende efectivizar una indemnización por perjuicios irrogados, que fuere concedido por el Tribunal <i>a quo</i> .	establezca por peritos el valor que el Estado debe cancelar al recurrente.
29 de octubre de 2002	Que se case la sentencia en razón que el Tribunal <i>ad quem</i> aceptó erradamente la excepción de ilegitimada de personería activa, asimismo, por aceptar de forma equivocada la omisión de solemnidad procesal referente a la falta de citación del Procurador General del Estado.	Corte Suprema de Justicia / Primera Sala de lo Civil y Mercantil conformada por los doctores: Ernesto Albán Gómez, Santiago Andrade Ubidia y Galo Galarza Paz.	Sala Única de la H. Corte Superior de Justicia de Esmeraldas	Comité “Delfina Torres Vda. De Concha” vs. Petroecuador. Los recurrentes alegan se les indemnice por los daños y perjuicios ocasionados por la contaminación ambiental y consecuente incendio que afectó a sus viviendas, producido por el funcionamiento de la Refinería de Esmeraldas.	Se casa la sentencia, se acepta parcialmente la demanda y se condena a Petroecuador y sus filiales, solidariamente, a obligaciones de hacer, entre las que se destacan: la ejecución de obras de infraestructura en el barrio Delfina Torres viuda de Concha hasta por el monto de once millones de dólares; y, la adopción de medidas de seguridad en la Refinería Estatal de Esmeraldas.
17 de diciembre de 2003	Se revoque la sentencia del Tribunal de instancia que exige agotar previamente la vía administrativa para iniciar la acción contencioso administrativa. Lo que permitiría que el Estado indemnice al actor por los daños y perjuicios irrogados por la prolongada permanencia de sus importaciones en la Aduana (más de 18 meses).	Corte Suprema de Justicia / Sala de lo Contencioso Administrativo conformada por los doctores: José Benítez Astudillo; Luis Heredia Moreno; Clotario Salinas Montaña.	Tribunal Distrital N° 2 de lo Contencioso Administrativo	Chong Qui Lang vs. Corporación Aduanera Ecuatoriana (CAE). El recurrente demandó que la CAE sea condenada al pago de daños y perjuicios al pretender cobrar tributos de importación bajo legislación que no estaba vigente a la fecha de la importación y por no entregar de manera oportuna las importaciones.	Se casa la sentencia recurrida, porque no fue necesario el agotamiento de la vía administrativa para incoar la acción contencioso administrativa, pues lo que se demanda es una indemnización, no por un acto, sino por un hecho causante de daños, por tanto, procede la demanda relativa al pago de daños y perjuicios.
11 de abril de 2007	Que se case la sentencia que otorga resarcimiento compensatorio por los	Corte Suprema de Justicia / Sala de lo Contencioso Administrativo	Tribunal Distrital N° 4 de lo Contencioso	EMELMANABÍ y CONELEC vs. Florencio Andrade Medina.	Se casa la sentencia y aceptan parcialmente la demanda, condenando

Fecha sentencia analizada	Pretensión del actor	Corte, Sala y Tribunal que dictó el fallo analizado	Tribunal de instancia del que proviene la sentencia impugnada	Hechos del caso	Resolución
	daños y perjuicios materiales y morales ocasionados por las descargas eléctricas que provocaron afectaciones graves en la salud de un menor de edad.	conformada por los doctores: Marco Antonio Guzmán Carrasco; Hernán Salgado Pesantes; Jorge Endara Moncayo.	Administrativo	El padre de la víctima, quien sufrió quemaduras en gran parte de su cuerpo y la pérdida de sus extremidades producto del contacto con redes de mediana y alta tensión que se encontraban a cargo de EMELMANABÍ y CONELEC, demanda el pago de indemnizaciones por los daños sufridos por su hijo debido a la deficiente prestación del servicio público de distribución de la energía eléctrica.	solidariamente a EMELMANABÍ y CONELEC, una obligación de hacer y al pago, a favor del menor Andrade Bailón, de las indemnizaciones por los daños materiales y morales que ha sufrido, por la deficiente prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica, daños y responsabilidad extracontractual.
16 de noviembre de 2007	Que se case la sentencia que rechaza la demanda sobre la base de los efectos del silencio administrativo en relación a una petición cursada por el actor, tendiente a que la Presidencia de la República, con base en los artículos 20 de la Constitución y 28 de la Ley de Modernización del Estado, indemnice al accionante por haber sido removido de su cargo.	Corte Suprema de Justicia / Sala de lo Contencioso Administrativo conformada por los doctores: Marco Antonio Guzmán Carrasco; Hernán Salgado Pesantes; Jorge Endara Moncayo	Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito	Gonzalo López Yáñez vs. Presidencia de la República. El recurrente demanda el pago de la indemnización por haber sido removido de su cargo, sustentado en la falta de respuesta oportuna de la administración a sus reclamos.	Se desecha el recurso de casación.
6 de julio de 2009	La recurrente en su calidad de empresa contratada por el Ministerio de Obras Públicas para ejecutar una obra pública, alega que la prueba actuada no fue valorada en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica.	Corte Nacional de Justicia / Sala de lo Civil, Mercantil y Familia conformada por los doctores Carlos Ramírez Romero, Manuel Sánchez Zuraty y Gala Martínez Pinto	Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Cuenca	COLISA S.A. vs. Samuel Palacios Abad. El casacionista pretende que se case la sentencia dictada por el Tribunal a quo mediante la que se le condena al pago de los daños y perjuicios ocasionados a las	No casa la sentencia.

Fecha sentencia analizada	Pretensión del actor	Corte, Sala y Tribunal que dictó el fallo analizado	Tribunal de instancia del que proviene la sentencia impugnada	Hechos del caso	Resolución
	<p>El Ministerio de Transporte y Obras Públicas así como la Dirección Regional de la Procuraduría General del Estado en Cuenca, argumentan que la competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo para conocer las causas en las que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad patrimonial no debió tramitarse en juicio ordinario porque la controversia tiene un procedimiento especial.</p>			<p>viviendas ubicadas a los costados de la autopista Cuenca – Azogues, por los deslizamientos de tierra provocados en la construcción de la carretera.</p>	
<p>10 de septiembre de 2009</p>	<p>El recurrente interpone recurso de casación para que deje sin efecto el pago ordenado en contra del recurrente. En el recurso interpuesto por el Delegado del Procurador General del Estado argumenta falta de aplicación del artículo 6 literal b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por cuanto afirma que la acción de daños y perjuicios es un proceso civil.</p>	<p>Corte Nacional de Justicia / Sala de lo Contencioso Administrativo conformada por los doctores: Juan Morales Ordoñez, Manuel Yépez Andrade y Freddy Ordóñez Bermeo</p>	<p>Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito</p>	<p>GAD Provincial de Pichincha vs. Luis Valle Ayala. El recurrente demanda se deje sin efecto el pago por los daños y perjuicios ocasionados por la desaparición física del 70% de la propiedad del actor, quedando inutilizable el 30% restante, como consecuencia de la intervención con tractores, técnicos y operadores de dicha entidad, en la construcción de una vía carrozable como medio para la explotación de una mina de ripio.</p>	<p>Se rechazan los recursos de casación interpuestos.</p>
<p>24 de agosto de 2012</p>	<p>La Procuraduría General del Estado solicitó se case la sentencia y se deje sin</p>	<p>Corte Nacional de Justicia / Sala de lo Contencioso Administrativo</p>	<p>Tribunal Distrital de lo Contencioso</p>	<p>Procuraduría General del Estado Vs. Larriva Polo y otros.</p>	<p>Se casa la sentencia, se declara que las Fuerzas Armadas colocaron a la menor</p>

Fecha sentencia analizada	Pretensión del actor	Corte, Sala y Tribunal que dictó el fallo analizado	Tribunal de instancia del que proviene la sentencia impugnada	Hechos del caso	Resolución
	efecto la decisión del Tribunal a quo por falta de motivación, la misma que aceptaba la demanda por responsabilidad del Estado.	conformado por los doctores: Tatiana Pérez Valencia, Álvaro Ojeda Hidalgo, José Suing Nagua (Voto Salvado)	Administrativo N° 3	El recurrente demanda se deje sin efecto la sentencia que condenaba al pago al Estado ecuatoriano por el accidente aéreo ocurrido con helicópteros artillados de las Fuerzas Armadas que produjo la muerte de la Ministra de Defensa y su hija menor de edad.	de edad fallecida en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella de manera alguna tenía la obligación de soportar. Disponiendo al Ministerio de Defensa Nacional que indemnice con ciento cincuenta mil dólares a los familiares, valores no imputables a los valores pagados por acta de finiquito y descargo, además de la medida de satisfacción y de no repetición. Ordenando se determine a los responsables para ejercer el derecho de repetición.
9 de mayo de 2013	Solicitó se case la sentencia que inadmite la demanda del recurrente, presentada contra el Director General del IESS.	Corte Nacional de Justicia / Sala de lo Contencioso Administrativo conformado por los doctores: José Suing Nagua, Tatiana Pérez Valencia, Álvaro Ojeda Hidalgo (Voto Salvado)	Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 1	Iván Morales Parra Vs. IESS. Demanda el pago de una indemnización por mala práctica médica y por el consiguiente fallecimiento de su cónyuge.	Rechaza el recurso de casación.

* Fuente: Elaboración personal

Sobre la base de la matriz precedente, advertimos que las primeras sentencias no realizan ningún análisis doctrinario sobre el tema de fondo de la responsabilidad extracontractual del Estado, con excepción de la sentencia dictada el 29 de octubre del 2002 (Comité “Delfina Torres Vda. De Concha” vs. Petroecuador), centrándose más bien en la discusión sobre el órgano competente para resolver este tipo de causas, generando

un precedente nefasto cuando se le permite a las altas cortes en materia civil resolver sobre contratos, actos o hechos generados por la administración pública desconociendo el contenido del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado que confiere atribuciones privativas a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, dentro de la esfera de su competencia, para conocer y resolver todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos; inobservando que el literal b) del artículo 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa determina que no corresponde conocer a la jurisdicción contencioso – administrativa las cuestiones de carácter civil o penal pertenecientes a la jurisdicción ordinaria y las que, por su naturaleza, sean de competencia de otras jurisdicciones.

Así mismo, podemos señalar que las sentencias en su gran mayoría versan sobre asuntos procedimentales, necesarios para la declaratoria de la responsabilidad extracontractual, tales como, el agotamiento previo de la vía administrativa para iniciar la acción contencioso administrativa, los efectos del silencio administrativo positivo como declaratoria de la responsabilidad de la administración.

2.3.1.1. El daño en la responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia ecuatoriana

El desarrollo jurisprudencial respecto a este tema en las primeras sentencias es limitado o bien si se lo mencionaba era sobre la base de las definiciones dadas por el Código Civil, la sentencia del caso Comité “Delfina Torres Vda. De Concha” vs. Petroecuador, a pesar de ser dictada por una sala civilista¹⁷, se distingue de las demás de esa década en razón que realiza un análisis sesudo y moderno respecto a cómo dirimir este tipo de conflictos bajo la óptica administrativista del daño; destacando que apenas en la sentencia del 24 de agosto del 2012 referente al caso Procuraduría General del Estado

¹⁷ Corte Suprema de Justicia / Primera Sala de lo Civil y Mercantil conformada por los doctores: Ernesto Albán Gómez, Santiago Andrade Ubidia y Galo Galarza Paz.

vs. Larriva Polo y otros, se emite una definición de daño propia en materia administrativa, para la aplicación en la responsabilidad estatal, decantándose por definirlo como daño antijurídico a la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar. Refiriendo además que 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. Precizando que el daño 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.

Empezaremos nuestro análisis del daño con el contenido de la sentencia dictada en el caso Comité “Delfina Torres Vda. De Concha” vs. Petroecuador, dictada desde la óptica del derecho civil, en este fallo el daño o perjuicio, material o moral, conforme lo denomina y clasifica la Sala, constituye uno de los presupuestos para declarar la responsabilidad civil extracontractual, utilizando indistintamente la palabra “daño” y “perjuicio” con el mismo significado, señalando que solo se da el daño cuando se cumplen determinadas características, que deben concurrir en detrimento del damnificado, entre éstas se encuentra el diferenciar el daño como fenómeno fáctico del daño jurídico, siendo este último reparable cuando sea cierto, los daños hipotéticos o eventuales no son resarcibles, así mismo, los daños que no se han demostrado procesalmente, con elementos de convicción que exteriorizan un efectivo perjuicio, no existen jurídicamente.

Para el Tribunal de casación el daño material es aquel que se ocasiona al patrimonio material de la víctima, como conjunto de valores económicos, clasificándolo en categoría

secundaria al daño emergente y lucro cesante, mientras que el daño moral o extrapatrimonial es todo sufrimiento o dolor que se padece independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial material.

El fundamento del daño empleado para la decisión de la causa se centró en la responsabilidad civil extracontractual por actividades riesgosas o peligrosas (para el caso la producción industria, transporte y operación de sustancias hidrocarburíferas a cargo de la demandada), en el que la culpa se presume, en criterio de la Sala, relevando a la víctima de aportar los medios de prueba de la negligencia, descuido o impericia; correspondiendo entonces demostrar al demandado que el hecho acaecido se generó por fuerza mayor, caso fortuito, por intervención de un elemento extraño o por culpa exclusiva de la víctima. Sustenta la Sala que el riesgo de la cosa es un peligro lícito y socialmente aceptado como contraparte de los beneficios sociales o económicos que importa la operación, utilización o aprovechamiento de las cosas peligrosas; sobre esta base, para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños (derrame de hidrocarburos y posterior incendio) sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado, circunscribiendo con el análisis de culpa presunta a la responsabilidad objetiva.

Por otro lado, el primer antecedente respecto a una categorización del daño, sin acudir a las normas del derecho civil, lo encontramos en la sentencia dictada el 11 de abril del 2007 referente al caso Emelmanabí vs. Florencio Andrade Medina, fallo que sustenta esta codificación en lo resuelto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, caso Cantoral Benavidez, donde por primera vez se remite al daño material e inmaterial (categoría principal del daño), entendidos como el daño emergente, lucro cesante y el daño moral, daño físico (categoría secundaria del daño), respectivamente. Para dicho efecto la Sala invoca la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su

artículo 63.1, dispone la obligación del Estado, cuya responsabilidad ha sido establecida, de reparar el daño ocasionado y sus consecuencias; y la de determinar el pago de una justa indemnización. Su naturaleza y monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Haciendo énfasis en que las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores.

En lo que respecta a los daños materiales sufridos por la víctima del daño se considera exclusivamente el valor que dejará de percibir en razón de su incapacidad para proveerse de los medios de subsistencia, como cualquier otro trabajador. Para tal efecto, fijan como valor de indemnización por los perjuicios materiales causados, un monto equivalente al valor de la canasta familiar vital, por cada mes y por el tiempo de esperanza de vida de un ecuatoriano varón. De conformidad con el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, a marzo del año 2007, el valor de la canasta familiar vital es de USD 326 dólares de los Estados Unidos de América, en tanto que, la esperanza de vida de un ecuatoriano, varón, según la Organización Mundial de la Salud, es de 70 años de edad. En tal virtud, dado que el hecho acaeció cuando la víctima tenía 8 años de edad, el valor por concepto de indemnización por daños materiales asciende a la suma de USD \$235.312 con 32/100 dólares de los Estados Unidos de América. La Sala entiende que no es posible cuantificar las pérdidas extrapatrimoniales que ha sufrido la víctima, por lo que, aclarando que el valor que se fija como reparación de los perjuicios morales sólo busca atenuar el efecto anímico y psicológico, basándose en equidad, condena solidariamente a EMELMANABI y a CONELEC al pago de USD \$80.000 00/100 dólares de los Estados Unidos de América, por este concepto.

La sentencia en análisis fundamenta el daño sobre la teoría de la distribución de las cargas públicas individuales, sometida a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto o ilícito, por ser

contrario al de igualdad en el reparto de las cargas públicas. Por ello, cuando el Estado y sus instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados y reestablecer el balance afectado. Señalando que por esta razón, el artículo 20 de la Constitución Política de 1998 no hace referencia al obrar lícito o ilícito de los funcionarios o empleados públicos, cuando asigna la responsabilidad al Estado en el evento de que se cause un perjuicio a los administrados, originada en su comportamiento.

Siendo claro el fallo al señalar que el régimen de responsabilidad patrimonial pública, establecido en nuestro ordenamiento jurídico, no puede ser considerado subjetivo, en el sentido de que no se encuentra fundado en el clásico criterio de culpabilidad, cuya asignación implica un reproche a la conducta del sujeto que provoca el daño. Manifestando que en materia de responsabilidad pública por la deficiente prestación de servicios públicos o por los actos de los funcionarios y empleados públicos, de los que se desprende un perjuicio para los administrados, sería irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado de reparar el daño sufrido por el administrado, la intencionalidad con la que los sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, volviendo al fallo dictado en el caso Procuraduría General del Estado vs. Larriva Polo y otros, es pertinente señalar que en esta sentencia se repara el daño causado sin realizar ninguna categorización principal ni secundaria, sustentando la reparación en las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ordenando que la indemnización debe ser pagada por el fallecimiento exclusivamente de la menor de edad, mas no para su madre que fungía de Ministra de Defensa, calculada sobre la base de las circunstancias del caso, pues no hay una fórmula única, taxativa, a la cual recurrir. El Tribunal decide tomar en cuenta,

como un punto de referencia válido, la póliza de seguros de responsabilidad civil de aeronaves para pasajeros, contratada por la H. Junta de Defensa Nacional en la cual se fija el monto de indemnización en US \$75.000,00 por muerte de cada pasajero. Acogiendo que las compañías de seguros tienen cálculos actuariales muy complejos y basados en muchísimas variables para calcular los valores de sus pólizas.

El Tribunal argumenta la indemnización señalando que las Fuerzas Armadas el 24 de enero de 2007 "le fallaron" a la menor de edad, 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; que de 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 menor de edad deberá ser el doble a lo calculado en la póliza de seguros mencionada. El Ministerio de Defensa Nacional (a nombre del Estado Ecuatoriano y de las Fuerzas Armadas) indemnizará con USD \$150.000,00 a los familiares de la Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva, de la siguiente manera: A los abuelos maternos supervivientes con USD \$50.000,00. A sus hermanos supervivientes con USD \$50.000,00. 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. Como vemos no se hace referencia al carácter material o inmaterial del daño producido; sin embargo, se condena a la reparación económica en términos generales.

El fundamento del daño en el caso en estudio se constituye a través de la institución de las Fuerzas Armadas, quien colocó a la víctima menor de edad en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que no tenía la obligación de soportar, acto que motivó el pago de la indemnización. Argumentando para la aplicación de la responsabilidad

administrativa extracontractual, por medio de la teoría de la culpa objetiva administrativa o falla del servicio determinada en el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República, que la Fuerza Terrestre de las Fuerzas Armadas, como un todo orgánico institucional, nunca debió permitir que una menor de edad, que no tiene rol alguno en las Fuerzas Armadas, y que no estaba ni siquiera invitada a participar en un acto oficial que involucre transportarse en un helicóptero de guerra artillado, se suba a uno.

Las sentencias referidas en este acápite son las únicas que se refieren a la categorización del daño, el resto de fallos no realizan análisis alguno al respecto, bien sea porque niega cualquier tipo de indemnización o reparación o ya sea porque su contenido se centra en explicar la resolución desde ópticas procesales necesarias para la declaratoria de la responsabilidad extracontractual de la administración.

2.3.1.2. Tipo de responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia ecuatoriana

El punto trascendental del tema en estudio radica en determinar el tipo de responsabilidad a emplear en las actividades o hechos extracontractuales del Estado, particular que obtiene su respuesta en la legislación aplicable para juzgar este tipo de causas. Mediante sentencias de 17 de diciembre de 2003 referente al caso Chong Qui Lang vs. Corporación Aduanera Ecuatoriana; y, COLISA S.A. vs. Samuel Palacios Abad de 6 de julio de 2009, se sostiene que la responsabilidad del Estado es civil por los daños y perjuicios irrogados, sustentándose en preceptos del Código Civil para fundamentar la responsabilidad del Estado, mediante la responsabilidad por el hecho ajeno, esto es, probada la culpa de la administración el Estado responde por los hechos de sus servidores y dependientes. Al respecto, se debe tener en cuenta que el Código Civil regla las relaciones entre los particulares y no de estos con los entes públicos, aplicándose de forma descontextualizada y errada la base legal, motivo por el cual se utilizan las referidas

sentencias solo para el análisis de este punto, no siendo útiles para analizar los elementos intrínsecos de la responsabilidad objetiva.

Un caso particular es la sentencia del Comité “Delfina Torres Vda. De Concha” vs. Petroecuador, dictada sobre la base de la responsabilidad civil extracontractual por la ejecución de actividades riesgosas o peligrosas, que para el caso son la producción industria, transporte y operación de sustancias hidrocarburíferas, en la que se determina que para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, mediante la aplicación de una responsabilidad de pleno derecho o estableciendo una presunción absoluta de la culpa, para ello basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado, circunscribiéndose bajo este análisis a las características propias de la responsabilidad objetiva, estableciendo la necesidad de estatuir un nuevo tipo de responsabilidad para esta clase de daños, en razón que las normas civiles no prevén esta omisión a pesar de lo cual la Sala civil dicta sentencia.

Como en muchos otros temas relacionados con la administración, advertimos de las sentencias analizadas que se comenzó a madurar la idea de que la responsabilidad administrativa es diferente de la de los particulares y requiere, por consiguiente, un tratamiento especial; debido a que la responsabilidad del Estado que originó esta controversia no puede ser estudiada y decidida con base en normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual, sino a la luz de los principios y doctrina 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.

Es así que, de manera clara en la sentencia del caso Procuraduría General del Estado vs. Larriva Polo y otros, el Tribunal no refiere a los elementos de materia civil para

determinar la responsabilidad. Es más, es enfático al señalar que el derecho civil regula las relaciones patrimoniales y de familia entre las personas privadas; que tiene como fin inmediato el interés de los individuos; y que 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; cuyo objeto es la satisfacción de las necesidades colectivas o públicas y que goza de especiales prerrogativas para lograr sus fines.

De esta forma 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 tardíamente. No entra 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 sólo 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 aquella solo da lugar a responsabilidad subjetiva.

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 como fundamento para la imputación de la falla del servicio, daño especial o el riesgo excepcional, que consta actualmente en el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República.

Desde el aspecto cronológico la sentencia del 11 de abril de 2007 referente al caso EMELMANABÍ vs. Florencio Andrade Medina, constituye el primer referente para los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, debido a que en ella se encuentran conceptos doctrinarios que en sentencias anteriores no fueron mencionados ni analizados, me refiero puntualmente a la definición de los elementos fundamentales de la teoría general de la responsabilidad objetiva, enunciando varios que tienen relación con el derecho administrativo sobre la base de los fundamentos de la responsabilidad civil extracontractual, que sirven de sustento para la responsabilidad estatal; conceptos tales como: los presupuestos materiales para la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual, estos son, la existencia de un daño material o moral, la culpabilidad del sujeto y una relación causa – efecto entre el hecho ilícito y el daño producido. Determina la responsabilidad subjetiva, cuando se la hace depender de la culpabilidad del sujeto de cuya conducta se deriva el daño, mencionando que en las denominadas actividades riesgosas, la culpa se presume de tal forma, que le corresponde al demandado demostrar que su conducta se ha ajustado al nivel de diligencia que la Ley exige a esa actividad.

Respecto a la responsabilidad objetiva, señala que esta depende exclusivamente de la justicia o licitud del resultado de la conducta del sujeto por lo que, poco importa si el sujeto ha actuado con dolo o culpa. Sobre la relación causal se establece que entre el hecho ilícito y el daño considerados, se han de calificar criterios de razonabilidad por parte de los juzgadores, para cada caso.

Desde la perspectiva del Derecho Público se colige que: el origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente. Se refiere también a que la distribución de las cargas públicas individuales está sometida a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que

veda toda forma de sacrificio individual injusto o ilícito, por ser contrario a este principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas. Por ello, cuando el Estado y sus instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados y a reestablecer el balance afectado; aclara que la responsabilidad del Estado no se adecua a la idea de culpa presunta, propia de la realización de actividades de riesgo o de la responsabilidad por actos de terceros. Esto se debe a que, según la tesis de culpa presunta bastaría probar -suponiendo la reversión de la carga de la prueba-, que el efecto dañoso no se deriva de la negligencia, imprudencia o impericia de los sujetos a cargo de la actividad pública, o con más exactitud, que el comportamiento de estos sujetos se ha ajustado a las reglas jurídicas y técnicas previstas para el ejercicio de la actividad pública de la que se trate.

Sostener esta posición significaría considerar que los efectos de la actividad pública, socialmente intolerables por su injusticia o ilicitud, son irrelevantes, porque la conducta de los agentes públicos se ha arreglado a las formas determinadas por otros agentes públicos; y que, las instituciones del Estado, con competencias normativas, son irresponsables frente a la deficiencia en la regulación y sus efectos dañosos. Se asegura que la responsabilidad patrimonial del Estado es, en todos los casos, directa; en tal virtud, el Estado no responde por los perjuicios que su actividad pueda provocar en las personas, los bienes o el ambiente, como lo hace toda persona por el hecho de los que estuvieran bajo su cuidado o dependencia, según el régimen previsto en los artículos 2220 y siguientes del Código Civil.

Esto se debe, a que la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos, en cuanto sujetos de imputación jurídica, es distinta e independiente a la responsabilidad pública que se deriva del ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de sus deberes

como sujetos de la actividad pública. El comportamiento de un funcionario o empleado público es, a efectos del régimen de responsabilidad, atribuible al Estado mismo, cuando se analizan sus relaciones con el administrado. Cosa distinta es la revisión de este comportamiento, personal e individual, para determinar la responsabilidad del funcionario o empleado frente al Estado por el inadecuado ejercicio de sus competencias; delimitando lo que ha de entenderse por daño indemnizable, que debe ser cierto, actual o futuro, material o moral. Ahora bien, la calificación de un hecho como "afectación injusta" es una materia sujeta al criterio judicial según las reglas de la sana crítica, que puede ser objeto de control en base a la razonabilidad de dicho criterio, esto es, su motivación. La injusticia en la afectación se desprende de la vulneración del referido principio de igualdad material en la distribución de las cargas públicas.

Se trata, entonces, de una afectación anormal, esto es, un efecto dañoso que excede manifiestamente las consecuencias generales que objetivamente se pueden esperar de la actividad pública en relación con el conjunto de los administrados. En lo que se refiere a una "afectación ilícita", el criterio de calificación está ligado a los deberes constitucionales de los administrados, en el sentido de que nadie puede ser obligado a asumir un sacrificio individual si no media un deber constitucional que se lo haya impuesto, en este caso el deber jurídico de soportar la carga pública no podría provenir únicamente de normas de rango inferior, pues, de otro modo, sería impracticable la responsabilidad del Estado que ejerce potestades normativas; determina la vinculación en una relación de causa-efecto de la actividad pública de la que se trate con el referido daño. Se trata, pues, de atribuir los efectos dañosos a la realización de una actividad pública específica.

En este sentido, las instituciones del Estado únicamente podrán oponerse a las pretensiones resarcitorias del administrado que hubiese sufrido un daño demostrado e

indemnizable, si prueban que los efectos dañosos se derivan de fuerza mayor o caso fortuito, por el hecho de un tercero o por culpa de la víctima; sin embargo, la responsabilidad extracontractual del Estado no se enerva si la afectación a las personas, sus bienes o al ambiente, no son atribuibles de manera exclusiva a las circunstancias eximentes de responsabilidad enunciadas.

A pesar de toda la doctrina expuesta para motivar la sentencia, se comete un error, pues se sentencia: “por la deficiente prestación del servicio público de distribución de la energía eléctrica”, cuando lo pertinente era acogerse a la teoría del riesgo o de la actividad peligrosa que surge como alternativa de solución a las deficiencias de la teoría de la falta de servicio, que se sustenta en la actividad ejecutada por medio de sus instituciones que en el ejercicio de sus funciones crean siempre la existencia de un posible riesgo y en caso de que éste se verifique, nace la responsabilidad estatal, aunque los servidores estatales hayan sido diligentes y no hayan incurrido en ninguna falta.

La sentencia fija la reparación por los daños morales, sustentados en la norma del Código Civil, artículo 2232, que se refiere a la “acción y omisión ilícita del demandado”, conforme se ha sustentado en la sentencia el Estado se somete a la responsabilidad objetiva, donde la ilicitud debe ser interpretada como el criterio objetivo del daño efectivamente causado, cuando el lesionado no tiene el deber legal de soportarlo; mas no como el criterio subjetivo basado en la ilicitud de la conducta causante del daño (teoría de la falta o culpa civil).

Finalmente, en la sentencia advertimos respecto a la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos por los perjuicios que se irroguen al Estado por su conducta, cuando un administrado acude ante la autoridad con un reclamo administrativo tendiente a obtener el resarcimiento de los perjuicios materiales y/o morales producidos por la actividad pública, y no se atiende tal petición, aceptándola o negándola en el

término previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización, incurre, en caso de dolo o de culpa grave, en la obligación de responder ante el derecho de repetición del Estado, y deberá asumir los perjuicios económicos ocasionados al Estado, y así tendrá que ser declarado en el proceso de ejecución del acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo positivo.

2.3.1.3. El nexo causal entre el daño y la actuación del Estado en la responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia ecuatoriana

El primer antecedente jurisprudencial que se refiere a la relación de causalidad entre el hecho producido por la administración y el daño lo encontramos en la sentencia del caso Comité “Delfina Torres Vda. De Concha” vs. Petroecuador, en la que se señala que para su aplicación se adoptó la teoría de la causalidad adecuada, que en criterio de la Sala, consiste en dejar en manos del juzgador el análisis del tema cuando el hecho dañoso tiene aptitud como para generar responsabilidad en el autor, de lo cual resulta la prescindencia de toda regla y la confianza en la potestad discrecional del juzgador, esto es, procurando como criterio para establecer la responsabilidad un análisis objetivo relacionado con el carácter externo que ligue al nexo causal.

Así también, el nexo causal entre el daño y la actuación del Estado es referido de manera específica en la sentencia del 9 de mayo de 2013 referente al caso Iván Morales Parra vs. IESS, al señalar que se deberá determinar, para concluir que existe el deber de reparación, la presencia de los tres elementos que la doctrina especializada ha identificado: el daño, el nexo causal y el título de imputación. Afirmando que si falta uno de estos elementos, el deber de reparar nunca se presenta; es decir, que el régimen de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado se fundamenta en la verificación de los elementos que quedan señalados, debiendo el juzgador analizar los elementos

probatorios que configuren la existencia del daño, del nexo causal entre el que causa el hecho dañino y la víctima, y la imputación jurídica de ese hecho a su causante; solo así nacerá la obligación del Estado para reparar íntegramente los perjuicios irrogados al particular.

Entonces, la responsabilidad objetiva del Estado debe soportarse en los medios probatorios que conduzcan a determinar los elementos que componen el régimen; y, la carga de la prueba, obligadamente está en manos del demandante. Es necesario enfocarse en el elemento causal necesario para la existencia de la responsabilidad, si nos referimos al nexo causal y a la imputación del hecho dañino, es necesario verificar que la causa del daño pueda ser atribuible a la acción u omisión del Estado o a sus agentes. La carga probatoria de la causalidad o del nexo causal recae invariablemente en quien demanda. La diferencia entre causalidad e imputación radica en que por la primera se busca saber qué causó el daño, mientras que por el segundo lo que se quiere es averiguar quién debe responder por el daño. La causalidad permite establecer el nexo material, físico o natural entre un antecedente y un resultado; mientras que la imputación permite hacer una consideración jurídica para determinar quién es el responsable. Sin embargo, responder a la interrogante de cuál de los hechos o abstenciones debe considerarse jurídicamente como la causa del daño, no resulta sencillo porque un daño no es normalmente el efecto de una sola causa, sino que es el resultado de una multitud de acciones y omisiones.

Por lo tanto, se debe encontrar el nexo causal que vincule el daño sufrido por la víctima con un hecho imputable al demandado. El problema para el jurista consiste en investigar las condiciones según las cuales el daño puede ser atribuido "jurídicamente" al hecho del demandado, pues al Derecho sólo le interesa el nexo causal en la medida en que sirve para fundamentar una obligación de resarcimiento a cargo del demandado. Si el daño no puede ser atribuido al demandado, éste no debe ser obligado a indemnizarlo. Es

aquí donde la doctrina y la jurisprudencia extranjera, alemana, francesa y colombiana sobre todo, han elaborado y seguido principalmente dos teorías que coadyuvan a solucionar el problema de la atribución jurídica de un daño a partir de encontrar el nexo causal: la teoría de la equivalencia de las condiciones y la teoría de la causalidad adecuada.

La primera plantea que son múltiples las condiciones necesarias para que se produzca un resultado dañoso y que si todas ellas han sido indispensables para el resultado tiene un valor causal equivalente, no siendo importante su participación inmediata o mediata. Este postulado ha sido desechado en la actualidad bajo la crítica fundamental de que, bajo esta teoría, se podrían encontrar responsables hasta el infinito.

La segunda teoría busca superar la anterior y enuncia que no es cierto que todos los elementos o antecedentes que concurren a la producción del daño son condición necesaria para un resultado, por lo que no pueden tener valor causal idéntico; sólo son jurídicamente causas del daño aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo.

Es decir que para que un hecho u omisión sean causa de un daño deben ser condición necesaria del resultado, pero adicionalmente que, conforme a las reglas de la experiencia, en un curso normal de los acontecimientos, fuera esperable ese resultado. En el presente caso, es preciso determinar la existencia de causalidad entre una causa del daño y el resultado lesivo.

2.3.1.4. Fallos dictados sobre la base de los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual del Estado

Sobre la base de las definiciones y acepciones acogidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia respecto a los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual del Estado, se enunciarán las conclusiones a las que

arribaron los miembros del Tribunal, que fueron dictados conforme al real contenido de la teoría objetiva administrativa vigente, dejando de lado los fallos dictados sobre la base de materia civil o en los que no se motiva de manera adecuada la responsabilidad extracontractual del Estado, por lo que constituyen malos precedentes para el tema en estudio y denotan el precario desarrollo de la materia por parte de los operadores de justicia.

Primero se enunciarán las sentencias favorables a las pretensiones del actor y que han derivado en el pago de indemnizaciones, previo al análisis de los elementos de daño, relación causal e imputación. Así, en la sentencia del caso Emelmanabí vs. Florencio Andrade Medina se condenó solidariamente a la Empresa Eléctrica Manabí S.A., y al Consejo Nacional de Electricidad al pago, a favor del menor de edad Juan Pablo Andrade Bailón, de indemnizaciones por los daños materiales y morales que ha sufrido la víctima por la deficiente prestación del servicio público de distribución de la energía eléctrica, daños y responsabilidad extracontractual que también se declaran.

La sentencia en el caso GAD Provincial de Pichincha vs. Luis Valle Ayala que tiene relación con el hecho administrativo de ejecución de trabajos con maquinaria y personal del GAD Provincial de Pichincha en una propiedad privada que desapareció el 70% de dejando inútil el 30% restante, si bien no se detalla la indemnización dictada a favor del actor, entre líneas se lee que sí existió tal indemnización, misma que fuere fijada por el Tribunal *a quo*. En lo principal la Sala reconoce la vigencia del principio de responsabilidad del Estado y la justiciabilidad de sus actuaciones, determina que la administración es una persona de derecho público, afirmando de manera errada que sólo es posible hablar de responsabilidad civil por los daños y perjuicios que por medio de sus agentes se cause; y, para que proceda dicho daño, ha de ser efectivo, material e individualizado, sin que sea permitido alegar supuestos perjuicios no producidos. La

sentencia se refiere a la construcción de la teoría general de la responsabilidad, sus elementos fundamentales de esta teoría, trazados desde la perspectiva del Derecho Privado tal como consta en la sentencia del caso Emelmanabí vs. Florencio Andrade Medina.

Por su parte la sentencia dictada en el juicio Procuraduría General del Estado vs. Larriva Polo y otros, declara que las Fuerzas Armadas colocaron a la menor de edad fallecida en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella de manera alguna tenía la obligación de soportar, motivo por el cual condena al pago de una indemnización. Señalando que 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, determinada en el artículo 11, numeral 9, de la Constitución de la República. 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.

Ahora bien, respecto a las sentencias desfavorables a las pretensiones indemnizatorias del actor, de las que se desprende un análisis de los elementos de daño, relación causal e imputación, se encuentra la sentencia del caso Iván Morales Parra vs. IESS mediante la cual la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia estimó que no consta en el proceso elemento probatorio suficiente y necesario para concluir con certeza que la negligencia médica acusada haya sido la causa específica y adecuada para provocar el hecho dañino (muerte), que no existe el nexo causal probado, como elemento esencial para configurar la responsabilidad directa del Estado que dé paso al deber de reparar, rechazando el recurso de casación.

2.3.2. Aportes procesales importantes dictados mediante la jurisprudencia en responsabilidad extracontractual del Estado

Conforme se ha demostrado a lo largo de este trabajo de investigación pocas son las sentencias que analizan a fondo el tema de la responsabilidad objetiva del Estado; sin embargo, las demás realizan definiciones importantes desde el punto de vista procesal, necesarios para poder alcanzar un estudio del fondo del asunto demandado, sin estos conocimientos sustantivos previos simplemente no se lograría que los Tribunales de Justicia realicen un estudio del acto de proposición relacionado con la responsabilidad objetiva del Estado, abarcando temas como el silencio administrativo positivo y sus efectos, como mecanismo utilizado en la gran mayoría de casos para demandar indemnización por responsabilidad objetiva del Estado.

La sentencia de fecha 4 de septiembre de 2002 referente al caso Alfredo Luna Narváez vs. Presidencia de la República, en la que la Sala enfatizando que el silencio administrativo positivo¹⁸ es un verdadero acto administrativo, equivalente a esa autorización o aprobación a las que sustituye, declara un derecho en firme (Corte Suprema de Justicia de Ecuador, 1998), producido por fuerza del derecho, ipso iure, acto administrativo que ostenta todas las calidades de un acto expreso, debiendo presentarse ante los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo para que disponga la ejecución inmediata, de tal forma que una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución. Por ello, el efecto del silencio administrativo, no es una presunción de hecho sino de derecho que da origen a un accionar procesal

¹⁸ La voluntad de la Administración es tácita cuando el silencio administrativo, por expresa previsión del ordenamiento jurídico, es considerado como acto administrativo (Dromi, 1992, pág. 175), la voluntad expresa es la regla y por excepción es tácita. Esta manifestación tácita de voluntad de la Administración, cuando ha sido concebida en sentido positivo, supone que aquello solicitado a la Administración fue concedido, denominado silencio administrativo positivo.

autónomo. Cualquier acto expreso posterior denegatorio de lo ya otorgado por el silencio positivo se considera entonces como una revocatoria de oficio de un acto declarativo de derechos realizada al margen del procedimiento establecido, en consecuencia, se considera un acto administrativo ficto y nulo de pleno derecho por ser expedido por una Administración sin competencia. El plazo del silencio administrativo es un plazo de caducidad, en razón que la ley sanciona la inactividad de la Administración (Caducidad de la competencia de la Administración por el silencio administrativo, 1994).

En relación a la sentencia de fecha 17 de diciembre de 2003 dictada en el caso Chong Qui Lang vs. Corporación Aduanera Ecuatoriana en la que se determina que no es necesario el agotamiento de la vía administrativa para incoar la acción contencioso administrativa, en razón de que el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado es una disposición de carácter procesal que prevé será facultado el agotamiento de la vía administrativa; y que por el carácter de ley prevalece sobre el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, tanto más, que lo que se demanda es una indemnización no por un acto, sino por un hecho causante de daños; y que por tanto, procede la demanda relativa al pago de daños y perjuicios. Los reclamos procederán si, declarado el derecho conforme queda establecido, se incumple lo resuelto.

Por su parte la sentencia de 16 de noviembre del 2007 relativa al caso Gonzalo López Yáñez vs. Presidencia de la República, si bien versa sobre responsabilidad extracontractual del Estado su análisis no se centra primordialmente en ello sino más bien en los efectos principales del silencio administrativo como mecanismo para exigir el cumplimiento de tal responsabilidad extracontractual de la Administración.

Para la Sala, el efecto principal del silencio administrativo consiste en originar un acto administrativo presunto y autónomo, con el que se atiende positivamente lo solicitado por el administrado. El acto administrativo presunto derivado de la omisión de

la Administración Pública se ha de presumir legítimo y ejecutivo, como cualquier otro acto administrativo expreso, salvo que se trate de un acto administrativo irregular, circunstancia en la que la presunción de legitimidad se desvanece, por la existencia de vicios inconvalidables. La consecuencia de un acto administrativo presunto, derivado del silencio administrativo que se presume legítimo y ejecutivo, es que los actos administrativos posteriores no pueden modificar o extinguir el acto administrativo presunto, que es regular y del que se han generado derechos, salvo haya operado el mecanismo de declaratoria de lesividad y el ejercicio de la acción de lesividad. La revocatoria del acto administrativo presunto, sólo será posible si es que la ejecución del acto administrativo no ha sido solicitada con anterioridad. Otro efecto derivado de la naturaleza de todo acto administrativo legítimo es su ejecutividad, de tal forma que el administrado podrá, desde el día siguiente a la fecha de vencimiento del término que la autoridad tuvo para resolver la petición, acudir a los Tribunales Distritales para hacer efectivo (ejecutar) el contenido del acto administrativo presunto, a través de pretensiones de orden material, siguiendo, para el efecto, las reglas sobre la caducidad del derecho para demandar.

La Sala también se refiere a los requisitos materiales del acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo: “se ha de cuidar que se cumplan determinados requisitos formales y sustanciales”. Respecto a los requisitos sustanciales, el acto administrativo presunto que se derive del silencio administrativo debe ser un acto administrativo regular, se entiende por tal a aquél merecedor de la protección jurídica que se desprende de la presunción de legitimidad, por no contener vicios inconvalidables. Son actos administrativos regulares aquéllos respecto de los cuales no se puede sostener una causa de nulidad prevista en la Ley; ejemplo, no son regulares, los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que se entenderían expedidos por

autoridad incompetente o los que cuyo contenido se encuentra expresamente prohibido en la Ley.

Sin perjuicio de la intervención de los Tribunales Distritales en la materia, la Administración, en ejercicio de su potestad de autotutela, es competente para dejar sin efecto cualquier acto administrativo nulo de pleno derecho (actos irregulares), expreso o presunto, aún cuando de éste se pueda sostener que se han generado derechos para el administrado, pues es evidente que no es posible admitir los actos nulos de pleno derecho, porque afectan el orden público. Para la Sala no es dable sostener que la omisión de la Administración pueda transformar lo que originalmente es ilícito en lícito; por el contrario, un acto administrativo regular explícito o presunto del que se desprenden derechos, aún cuando se sostenga que contiene un vicio que no entraña su nulidad de pleno derecho, no puede ser extinguido en la misma sede administrativa y, para ello, el ordenamiento jurídico ha dispuesto el mecanismo de la declaratoria y acción de lesividad. En tal sentido, si un acto administrativo, explícito o presunto, es nulo de pleno derecho, la intervención de los Tribunales Distritales no puede dar valor a lo que nunca lo tuvo.

Ahora bien, para que un acto administrativo, explícito o presunto, sea irregular, el vicio que entraña su nulidad de pleno derecho ha de ser manifiesto o evidente, pues no es admisible que se exija a los Tribunales Distritales que sustituyan en el ejercicio de sus competencias a la Administración o remedien su torpeza. Tampoco es posible que los Tribunales Distritales, a cuenta de verificar la validez del acto administrativo cuya ejecución se busca, modifiquen la naturaleza del proceso instaurado, convirtiéndolo en uno de conocimiento, cuando la materia es simplemente la ejecución del contenido del acto administrativo presunto. Por ello, en lo que corresponde a la revisión de los requisitos sustanciales del acto administrativo presunto, lo que correspondería a los Tribunales Distritales es verificar la regularidad del acto en función de las razones de orden jurídico

(no las razones fácticas, que debieron ser revisadas en sede administrativa) que consten en la petición del administrado, de la que se argumente se desprendió el acto administrativo presunto cuya ejecución se busca.

Respecto a los requisitos formales para la procedencia de la ejecución de un acto administrativo presunto regular, la Sala señala que para hacer posible el ejercicio de los derechos que se desprendan de los actos administrativos presuntos, es necesario el certificado otorgado por la autoridad omisa, acerca de la fecha de vencimiento del término. Como es poco probable que la autoridad incumplida emitiera el certificado referido, pese a la prevención de ser destituido, basta para acudir a los Tribunales Distritales y hacer efectivo el contenido de los actos administrativos presuntos, la constancia de que este certificado fue solicitado a la autoridad omisa y que, ante un muy posible caso de que este certificado no sea emitido dentro del término para atender estas peticiones (15 días) o que su contenido no sea el previsto en la norma, se acuda a los jueces competentes para hacer este mismo requerimiento, por vía judicial. De tal forma que quien quiere conseguir, a través de la intervención de los Tribunales Distritales, una actuación material de la Administración fundada en los hechos, derechos o prestaciones declarados, reconocidos o admitidos, según sea el caso, en un acto administrativo presunto, requiere justificar en el proceso que ha efectuado estas diligencias en sede administrativa y judicial, aunque no hayan sido atendidas por la Administración.

En relación a la competencia, trámite y caducidad del derecho a demandar, la Sala deja en claro que la competencia radica en los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo para conocer de las acciones dirigidas a conseguir la ejecución de los actos administrativos presuntos regulares, derivados del silencio de la Administración Pública, por actos, contratos, hechos administrativos, y reglamentos producidos por las entidades del sector público. En lo concerniente a la competencia en razón del territorio, el artículo

38 de la Ley de Modernización del Estado, señala que es competente el Tribunal Distrital del domicilio del actor o del procurador común, en caso de un litis consorcio activo, del procurador judicial o, en general, de quien comparece en representación de los derechos de todos los demandantes, debidamente legitimado.

En razón de la materia, los procesos de ejecución previstos para conseguir la realización material de los actos administrativos presuntos regulares se ubican en el conjunto de los "actos... producidos por entidades públicas" previstos en la norma.

Respecto al trámite aún cuando se trate de una acción de ejecución, es el aplicable a los recursos subjetivo y objetivo, previstos en la referida Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Finalmente, en cuanto al asunto de la caducidad del derecho a demandar, esto es, la extinción del derecho de acción en razón del transcurso del tiempo, la fecha de inicio para el cómputo de los términos en los casos en que el administrado busca hacer efectivo (ejecutar) el acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo con efectos positivos, sería, por regla general, el día siguiente a la fecha en que se habría producido el acto administrativo presunto cuya ejecución se busca en sede judicial, sin perjuicio de que se hubiese procurado la ejecución del referido acto administrativo presunto en sede administrativa. Los términos para que opere la caducidad, son de 90 días para el caso del recurso de plena jurisdicción referido a un acto administrativo notificado (esto es, un acto administrativo expreso); tres años para las materias propias del recurso objetivo; y, cinco años para el caso de controversias relacionadas con contratos y cualquier otra materia no prevista en los supuestos anteriores, en cuyo conjunto se encuentran los actos administrativos presuntos y los hechos administrativos.

Adicionalmente, la sentencia sobre el caso signado con el número 19-2005, Reyes vs. Municipalidad de Cuenca, Resolución número 414-2007, de 02 de octubre de 2007,

se refiere a los daños que puedan ser reparados sin la intervención de la Administración de Justicia, que es lo deseable. Esta reparación puede efectuarse espontáneamente, empleando para el efecto los seguros de responsabilidad contratados, o bien, atendiendo el requerimiento de los administrados efectuados en sede administrativa.

Este último aspecto requiere algunas precisiones: **a)** El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo establece un procedimiento específico para que la Administración atienda los reclamos de indemnización de los perjuicios materiales o morales que se deriven de la actividad de la Administración central o institucional¹⁹. **b)** Las normas del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo deben ser interpretadas en el sentido de que no pueden modificar las prescripciones constitucionales en materia de responsabilidad objetiva, así como aquellas previstas en normas con rango de ley. **c)** Siguiendo el criterio previamente señalado, el artículo 209 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva no modifica en nada el derecho de los administrados de acudir directamente a la Función Judicial para hacer valer sus derechos sin agotar la vía administrativa, de conformidad con el artículo 38 de la Ley de Modernización. **d)** El plazo de prescripción previsto en el artículo 211 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, no tiene aplicación alguna en la medida en que es incompatible con el plazo de caducidad de cinco años previsto en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

¹⁹ A este respecto véanse los artículos 209 y siguientes del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

CONCLUSIONES

En términos generales podemos concluir que a través de este estudio se han evidenciado los importantes avances, en las últimas décadas, de la institución de la responsabilidad extracontractual del Estado a través de la jurisprudencia, reconociendo el riesgo que representa para el Estado su desmesurada expansión. Se ha intentado hacer eco de los llamados que algunos sectores de la doctrina han hecho para que esos desarrollos de la jurisprudencia vayan acompañados de un equilibrio respetuoso de la seguridad jurídica, necesaria en la interpretación y aplicación del derecho que debe contener claras y expresas disposiciones sobre el tema estudiado, brindando a los usuarios de la justicia y a sus operadores una hoja de ruta respecto a la normativa sustantiva y adjetiva a observar para incoar la reparación por parte del Estado, en el caso de sus usuarios, y los elementos mínimos que deberán probarse para resolver favorablemente las pretensiones del actor, en el caso del juzgador. Así mismo, se han estudiado las distintas teorías que permiten alcanzar al administrado la reparación del daño sufrido, algunas subjetivas y otras más modernas de corte objetivo, advirtiendo que de las múltiples teorías aplicables para la responsabilidad extracontractual del Estado se encuentran reconocidas a nivel constitucional y jurisprudencial la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, el daño especial o el riesgo excepcional. Quedando claro que mientras el legislador no se pronuncie expresamente sobre los elementos constitutivos del régimen de responsabilidad que rigen a nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia tienen la indelegable y loable tarea de resolver aquello.

La constante expansión del derecho de la responsabilidad objetiva se manifiesta en muchos campos, para enumerar a los principales: se amplía cada vez la aplicación de la responsabilidad objetiva; se conceden más reparaciones por razones de equidad; se ha ampliado el número de los obligados a la reparación; se ha aumentado el número de

legitimarios activos con derecho a reclamar una reparación; el número de daños reparables ha crecido, especialmente en el desarrollo de los daños extrapatrimoniales; se extingue el concepto jurídico de culpa y se deduce su existencia en la conducta de los demandados de manera fácil. El concepto de antijuridicidad del daño y nexos causales han sufrido una transformación significativa pues se ha pasado del daño causado por obrar ilícito al daño injustamente sufrido por obrar lícito; brindando una creciente protección a las víctimas por violación de derechos humanos admitiéndose nuevas formas de reparación de los daños sufridos; todo ello sobre la base de la constitucionalización de la responsabilidad objetiva y el control de convencionalidad, en tratándose de vulneración de derechos humanos.

De lo dicho se concluye que, el ámbito de la responsabilidad del Estado, que da lugar a la reparación es supremamente amplio, pues abarca todo lo referente a la violación de derechos humanos y a la prestación eficiente de los servicios públicos con los que está constitucionalmente comprometido, por lo tanto, la responsabilidad extracontractual del Estado no nace de un acto o contrato específico sino que se origina en las obligaciones constitucionales de respetar, proteger y promover los derechos humanos; de prestar servicios de calidad a sus ciudadanos y las obligaciones adquiridas mediante la suscripción de instrumentos internacionales vinculantes en materia de derechos humanos.

Por otro lado, se ha señalado que la responsabilidad del Estado fue concebida en sus inicios por los tribunales administrativos como una responsabilidad civil, es decir, de contenido netamente patrimonial, mientras que con la responsabilidad administrativa se tiene como primer objetivo restablecer un desequilibrio en las cargas públicas, una pérdida apreciable en especie o dinero, en la que el otorgamiento de una reparación pecuniaria debe ser el último objetivo. No cabe duda, que la inserción en nuestro sistema jurídico del concepto de daño antijurídico como fundamento base de la responsabilidad

patrimonial de la Administración pública, es un fiel reflejo de la equivalencia de las cargas públicas y de la función resarcitoria, a través del que se le presta mayor atención al daño injustamente causado al ciudadano que al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y la conducta del agente generador del daño. Es evidente entonces, que el cimiento de toda la responsabilidad estatal está constituido claramente por el daño antijurídico, que no es más que la clara expresión de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, manifestación por excelencia de los principios constitucionales de solidaridad e igualdad consagrados en nuestra Constitución.

Los antecedentes jurisprudenciales en el Ecuador nos enseñan que el concepto de reparación es reciente, pues desde siempre se ha conocido la noción de indemnizar de manera pecuniaria por daños y perjuicios, hoy en día estamos obligados a tener en cuenta una visión holística de la reparación que podría ir desde la disculpa pública hasta la valoración diferencial en el pago de indemnizaciones en base a las condiciones de los afectados, pasando por la garantía de no repetición del daño; es decir, que la visión integral de la reparación no admite una nómina estricta de formas de reparar, sino que ésta se despliega en función de las particularidades del daño, la forma en que se produjo y las situaciones finales de las víctimas.

Con lo dicho queda demostrado el desarrollo de la responsabilidad civil extracontractual indemnizatoria del Estado con sustento en la Constitución de 1998, a la responsabilidad objetiva reparadora integral del Estado vigente con la Constitución de 2008. Para la doctrina y jurisprudencia especializada, la responsabilidad civil indemnizatoria del Estado cursó un camino de evolución desde el tipo subjetivo, basada en la culpabilidad del agente, hacia el tipo objetivo, basada en el perjuicio.

En la concepción civilista de la responsabilidad estatal, de modo general, el particular debía acreditar la ilicitud de la conducta estatal, la culpabilidad del agente público y la

relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño, entendida como responsabilidad subjetiva. Únicamente en tratándose de actividades riesgosas a cargo del Estado, asumiendo para el análisis la teoría del riesgo, se establecía la reversión de la carga de la prueba a favor del afectado, implementando de esta forma la culpa presunta estatal. En este contexto, la doctrina civilista enfatizaba ya en la necesidad de proyectarse hacia la objetivación de la responsabilidad estatal en beneficio de la víctima, así se desprende de la sentencia promulgada en el caso Comité “Delfina Torres Vda. De Concha” vs. Petroecuador.

De manera específica, podemos concluir que la desvinculación de la responsabilidad estatal de la concepción civil extracontractual se produjo, desde el ámbito del Derecho Público, con la expedición el 11 de abril de 2007 de la sentencia en el juicio EMELMANABÍ vs. Florencio Andrade Medina por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, por deficiente prestación del servicio público de electrificación, que causó graves perjuicios a un menor de edad que no tenía el deber jurídico de soportarlo. Este fallo de casación aparta a la responsabilidad estatal de la concepción civilista y la ubica en el ámbito del Derecho constitucional y Derecho administrativo, realizando un análisis del artículo 20 de la Constitución de 1998 para determinar que la administración pública debe reparar de forma directa y objetiva los perjuicios ocasionados a los particulares por los defectos funcionales del servicio y por la imposición de cargas públicas injustas que no se encuentran obligados a soportar, recurriendo al factor subjetivo únicamente para efectos del derecho de repetición en contra del funcionario público responsable, acudiendo al artículo 63 numeral uno de la Convención Americana de los Derechos Humanos, con lo cual se estableció la desvinculación entre responsabilidad civil indemnizatoria y responsabilidad estatal reparadora.

La remisión que realiza la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador al artículo 63.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, resulta fundamental para entender la desvinculación entre responsabilidad civil indemnizatoria y responsabilidad estatal reparadora. Así, en la concepción civilista, el daño existe jurídicamente cuando se cumplen ciertas condiciones que dan lugar al pago de la indemnización respectiva, restringiéndose en el mejor de los casos la indemnización del perjuicio al ámbito exclusivamente económico, estando la víctima obligada a probar los daños mediante la implementación de la responsabilidad subjetiva o a esperar que el Estado no pruebe su prudencia, diligencia o pericia, en los casos de culpa presunta estatal. En tanto que en la concepción reparadora, establecida en el numeral 9 del artículo 11 y en el numeral 3 del artículo 86 de la Constitución vigente, se prioriza el daño causado a la víctima, que no se encuentra obligada a soportar cargas injustas por parte del Estado, razón por la cual el afectado no debe probar ni la ilicitud ni la culpabilidad de la conducta estatal, sino únicamente la relación de causalidad entre la actividad estatal dañosa y el perjuicio acontecido, esto es, responsabilidad directa y objetiva, pudiendo el Estado únicamente deducir eximentes externos para desvirtuar la relación de causalidad, esto es, fuerza mayor, caso fortuito, hecho de tercero o propia culpa de la víctima.

La falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, el daño especial o el riesgo excepcional se constituyen en los títulos de imputación objetiva de la responsabilidad estatal, implícitamente reconocidos en el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución vigente, los mismos que han sido analizados por la doctrina y jurisprudencia especializada. Se convierte la falla de servicio en la base del régimen de responsabilidad pública, entendida bajo la figura de defecto sistémico funcional del servicio público, sin que sea necesario la determinación de los autores del acto o hecho administrativo, puesto

que lo que se ataca es la falla sistémica del servicio prestado directamente por el Estado, sus concesionarios o delegatarios, también conocida como falla anónima que provoca un daño antijurídico al particular, quien no debe probar la culpabilidad del agente público, sino únicamente el nexo causal entre la falta o deficiencia del servicio y el daño ocasionado.

La ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas reafirma que los ciudadanos únicamente se encuentran obligados a cumplir los deberes constitucionales, razón por la cual aquellas imposiciones que excedan esta previsión o aquellas situaciones que desbordan la normalidad de lo que regularmente el particular espera de un servicio público, son cargas públicas injustas que ninguna persona se encuentra obligada a soportar. En tal virtud, el desequilibrio de las cargas públicas se fundamenta en el perjuicio ocasionado por la actividad estatal que, aunque se encontrare autorizada, coloca al afectado en una situación inesperada y desigual frente al resto de conciudadanos; daño especial y excepcional, no encontrándose el afectado obligado a soportar esta carga pública injusta, ni a probar la juridicidad y culpabilidad del agente público, sino únicamente la causalidad entre el hecho y el daño.

Ergo, las resoluciones de las salas de la Corte Suprema de Justicia, de abril de 2000 a marzo de 2007, encuadran a la responsabilidad estatal dentro de la esfera de la responsabilidad civil extracontractual, las más relevantes dentro de la categoría de actividades riesgosas estableciendo la reversión de la carga de la prueba a favor de los afectados, culpa presunta estatal, condenando a las entidades públicas al pago de indemnizaciones. A partir del neoconstitucionalismo garantista de 2008, se evidencia que el anterior diseño constitucional sobre la responsabilidad estatal asimilado a la concepción civilista ha sido reformulado y ampliado, habiéndose construido una nueva concepción de la responsabilidad estatal enfocada sustancialmente en reparar los derechos

violados mediante medidas de restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, esto es la reparación integral objetiva, debiendo el Estado repetir en contra del funcionario responsable lo efectivamente pagado.

Para terminar, hemos de advertir también la complejidad que implica activar la responsabilidad objetiva por la diversidad de los elementos intrínsecos y teorías que lo configuran. Con lo hasta aquí expresado, se ha de enfatizar que se han contestado de forma plena a todas y cada una de las preguntas que motivaron la presente investigación, mismas que fueron planteadas en la introducción.

BIBLIOGRAFÍA

- Alessi, R. (1955). *La responsabilità della pubblica amministrazione*. Milán: Giuffré.
- Alpa, G. (1999). *La responsabilità civile* (Vol. IV). Milano: Giuffré.
- Alpa, G. (2006). *Nuevo Tratado de la Responsabilidad civil*. Milano: Jurista.
- Alterini, A. y. (1995). *Responsabilidad civil*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Álvarez Correa, E. (1978). *Obligaciones*. Bogotá: Uniandes.
- Arce y Florez, J. (1990). *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas.
- Barros Bourie, E. (2006). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Baudouin, J. L. (2007). *La responsabilité civile* (Vol. I). Québec: Yvon Blais.
- Botero, E. (2013). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis S.A.
- Caducidad de la competencia de la Administración por el silencio administrativo, 09-94 (Corte Suprema de Justicia 16 de Mayo de 1994).
- Capecchi, M. (2012). *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*. Padova: Cedam.
- Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Serie C núm. 88, párr. 53. Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Corte Interamericana de Derechos Humanos 3 de Diciembre de 2001).
- Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú, Serie C núm. 166, párr. 166 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 10 de Julio de 2017).
- Caso García Prieto y otros vs. El Salvador, Caso García Prieto y otros vs. El Salvador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Párrafo 173. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de Noviembre de 2007).
- Castro Estrada, A. (2007). *"La responsabilidad patrimonial del Estado en México. Fundamento constitucional y legislativo" en Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*. México: UNAM.
- Consejo de Estado Colombiano , Exp. 8.577 (Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera 23 de Septiembre de 1994).
- Consejo de Estado Colombiano, Exp. 3.931 (Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera 16 de Marzo de 1989).
- Consejo de Estado Colombiano (Consejo de Estado Colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo. 30 de Julio de 1992).
- Consejo de Estado Colombiano, Exp. 7.622 (Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera 12 de Julio de 1993).

- Consejo de Estado Colombiano, Expediente N° 8.163 (Consejo de Estado Colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera 13 de Julio de 1993).
- Consejo de Estado Colombiano, Exp. IJ-002 (Consejo de Estado Colombiano Sala en Pleno de lo Contencioso Administrativo 8 de Septiembre de 1998).
- Consejo de Estado Colombiano, Expediente N° 14.215 (Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera 21 de Febrero de 2002).
- Consejo de Estado Colombiano, Acción de Reparación Directa N° 16.894 (Consejo de Estado Colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 4 de Diciembre de 2007).
- Consejo de Estado Colombiano, Expediente N° 21.515 (Consejo de Estado Colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 19 de Abril de 2012).
- Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera, Expediente 6754 (Consejo de Estado Colombiano 24 de Agosto de 1992).
- Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera (Consejo de Estado Colombiano 14 de Septiembre de 2000).
- Corte Casación Italiana (Corte Casación Italiana 8 de Enero de 1981).
- Corte Suprema de Justicia de Ecuador, Agip VS. Petrocomercial, sentencia publicada en Registro Oficial N° 287 (Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador 31 de Marzo de 1998).
- D'Agostino, F. (1995). *La filosofía del derecho, los derechos humanos y el carácter paradigmático del derecho, en Massini Correas, Carlos Ignacio: "El iusnaturalismo actual"*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- De Ahumada Ramos, F. (2000). *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Navarra: Aranzadi S.A.
- De Cupis, A. (1975). *El daño* (2da ed.). Barcelona: Bosch.
- Devis Echandía, H. (2002). *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Universidad.
- Dromi, R. (1992). *Derecho Administrativo* (Vol. I). Buenos Aires: Astrea.
- Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo* (Novena ed.). Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura.
- Española, R. A. (09 de 11 de 2006). *Diccionario esencial de la lengua española de la Real Academia Española*. Obtenido de www.rae.es/recursos/diccionarios/desen
- Franzoni, M. (2010). *L'illecito*. Milano: Giuffrè.
- Galgano, F. (2004). *Diritto civile e commerciale* (4a ed., Vol. II). Padova: CEDAM.
- Gamarrá, J. (1981). *Tratado de derecho civil uruguayo* (Vol. XIX). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

- Gamarra, J. (1981). *Tratado de derecho civil uruguayo* (Vol. XXV). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Gamarra, J. (2007). *Responsabilidad extracontractual* (Primera ed.). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- García de Enterría, E., & Fernández Rodríguez, T. (1999). *Curso de Derecho Administrativo II* (6ta ed.). Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E., & Fernández Rodríguez, T. (2005). *Curso de Derecho Administrativo* (Novena ed., Vol. II). Madrid: Thomson-Civitas.
- Garrido Falla, F. (1952). *La teoría de la indemnización en Derecho Público*. Madrid: En estudios realizados al profesor Gascón y Marín.
- Garrido Falla, F. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo* (Undécima ed., Vol. II). Madrid: Tecnos.
- Goldenberg, I. (1984). *La relación de la causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.
- González Molina, O. (2006). *Revista Jurídica de la Universidad Central de Chile, Título de la Publicación "Responsabilidad del Estado"*. Obtenido de Revista Jurídica de la Universidad Central de Chile, Título de la Publicación "Responsabilidad del Estado": http://www.ucentral.cl/prontus_ucentral/site/edic/base/port/inicio.html
- González Pérez, J. (1996). *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Madrid: Civitas S.A.
- Gordillo, A. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo* (Octava ed., Vol. II). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Hart, c. p. (1970). *Responsability and Retribution. A punishment and Responsibility, Seais in the Philosophy of law*. Oxford: Clarendon Press.
- Henao Pérez, J. (1996). *Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.
- Henao, J. (1998). *El daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. E. (1997). *El daño antijuridico*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Huepe Artigas, F. (2008). *Responsabilidad del Estado, falta de servicio y responsabilidad objetiva en su actividad administrativa*. Santiago de Chile: Legal Publishing.
- Islas Colín, A. (2016). El servicio público en el derecho francés. En D. y. Cienfuegos Salgado, *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica* (págs. 277-292). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Jannarelli, A. (2004). *Struttura dell'atto illecito*. Turín: Giappichelli.
- Kelsen, H. (1974). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Kelsen, H. (1992). *Qué es justicia*. Barcelona: Ariel.

- Kelsen, H. y. (1952). *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho: teoría egológica y teoría pura*. Buenos Aires: Guillermo Kraft Ltda.
- Larrañaga, P. (2000). *El concepto de responsabilidad*. México: Ediciones Coyoacán S.
- Libardo, R. R. (2011). *Derecho Administrativo* (17 ed.). Bogotá: Temis.
- Maceau, L., Well, P., Braibant, G., & Devolvé, P. G. (2000). *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Francesa*. Bogotá: Librería del Profesional.
- Martínez Rave, G. (1988). *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia* (Cuarta ed.). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Mazeaud, H. y. (1961). *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América.
- McInerny, R. (1995). *El conocimiento de la ley natural en Massini Correas, Carlos Ignacio "El ius naturalismo actual"*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- McInerny, R. (1995). *El conocimiento de la ley natural en Massini Correas, Carlos Ignacio "El ius naturalismo actual"*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Mir Puigpelat, O. (2008). *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*. Madrid: Civitas.
- Monateri, P. (1998). *La responsabilitá civile*. Torino.
- Pantaleón Prieto, F. (1994). Los anteojos del Civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. *Documentación Administrativa*, 239-253.
- Pantaleón Prieto, F. (1995). *Responsabilidad Médica y Responsabilidad de la Administración*. Madrid: Cuadernos Civitas.
- Patiño Domínguez, H. (2008). Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. *Revista de Derecho Privado*(14).
- Penagos Vargas, G. (1997). *El daño antijurídico*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Penagos Vargas, G. (1997). *El daño antijurídico*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Reiriz, M. (1969). *La responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Eudeba.
- Reyes Alvarado, Y. (1996). *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis.
- Rodríguez, L. (1994). *Derecho Administrativo. General y colombiano*. (Séptima ed.). Bogotá: Temis.
- Salvi, C. (2005). *La responsabilitá civile*. Milano: Giuffré.
- Sánchez Morón, M. (1975). Sobre los límites de la responsabilidad civil de la administración. *Revista Española de Derecho Administrativo*(7/1975), 646.
- Sentencia del Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera. C.P.: Carlos Betancourt Jaramillo (Consejo de Estado Colombiano 17 de Marzo de 1983).

- Serrano Escobar, L. y. (2014). *La responsabilidad Patrimonial del Estado*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Soto Kloss, E. (1984). Bases para una teoría general de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho chileno. *Revista de Derecho y jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, T. 81.
- Suprema Corte Uruguay, ADCU, XXXI (Suprema Corte Uruguay 13 de Octubre de 2000).
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil* (Vol. I). Bogotá: Legis.
- Tribunal Supremo de España (Tribunal Supremo de España 14 de Junio de 1991).
- Trimarchi, P. (1967). *Causalità e danno*. Milano: Giuffrè.
- Utz, A. F. (1982). El derecho natural como concepto colectivo de teorías del derecho no positivas. *Revista Persona y Derecho, Volúmen 09*, 47-60.
- Valencia Restrepo, H. (2005). *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. Bogotá: Temis S.A.
- Velásquez Posada, O. (2015). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Temis S.A.
- Veneziano, A. y. (1998). *La causalità nella responsabilità extracontrattuale* (Vol. IX). Torino: Cendón.
- Viney, G. -J. (1998). *Les conditions de la responsabilité* (Segunda ed.). París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Von Gierke, O. (1973). *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*. Aalen: Scientia Verlag.
- Wessel, H. (1971). *Introducción a la filosofía del Derecho, derecho natural y justicia material*. Madrid: Aguilar S.A.
- Zusammenarbeit, D. G. (2010). *Daño y reparación en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: GTZ.