

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Administrativo y Contratación Pública

**Reparación integral de los daños provocados por la actividad regular
de la administración pública**

Wilber Patricio Moreno Miranda

Tutora: María del Carmen Jácome Ordóñez

Quito, 2018



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Wilber Patricio Moreno Miranda, autor de la tesis intitulada “Reparación integral de los daños provocados por la actividad regulara del Estado”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y elaboración, que la he redactado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Contratación Pública y Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

26 de septiembre de 2018

Firma _____

Resumen

La actividad de los órganos de la Administración pública, en especial la de los dedicados a efectuar obra material y aquellos cuya actividad entraña riesgos, son una fuente de potenciales daños a los derechos de las personas. En este contexto, el artículo 11, número 9 de la Constitución, dispone que el Estado, sus delegatarios, concesionarios, 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, lo cual parecería denotar que solo los daños causados por la actividad o la prestación del servicio efectuada con falta o deficiencia podrían ser reparados, excluyéndose los daños ocasionados por el Estado generados en su actividad regular e, incluso, originados mediando una adecuada prestación del servicio.

En esta tesis se analiza si, acorde a la legislación ecuatoriana y los principios del Derecho Administrativo, se pueden reparar los daños ocasionados por la actividad regular o lícita del Estado o, solamente procede hacerlo cuando estos daños provienen de la actividad irregular o por falta de servicio; en este contexto se estudia el fundamento jurídico de la reparación de los daños provocados por la actividad regular o lícita, sus requisitos y el procedimiento para exigirlos.

Se analiza, además, si la responsabilidad extracontractual por falta de servicio contenida en el art. 11, número 9 de la Constitución, ampara a otra forma de atribución de responsabilidad, específicamente la objetiva.

Palabras clave: responsabilidad por falta de servicio, responsabilidad objetiva, responsabilidad por actos lícitos, culpa, daño, nexo causal.

A mis hijos Alexander y Bruno, la gran razón de todo esfuerzo.

Agradecimiento

Agradezco a mis padres por delinear la ruta y establecer los valores que me rigen.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo I: La responsabilidad estatal.....	15
1. Responsabilidad.....	15
1.1. Definición de responsabilidad.....	15
2. Tipos de responsabilidad.....	16
2.1. Responsabilidad contractual.....	16
2.2. Responsabilidad extracontractual o patrimonial.....	17
2.3. Responsabilidad subjetiva o con culpa.....	19
2.4. Responsabilidad objetiva.....	23
Capítulo II: Responsabilidad por daños derivados de la actividad regular de la Administración pública.....	29
1. Responsabilidad por falta de servicio.....	30
1.1. Definición.....	31
1.2. Elementos.....	43
2. Responsabilidad de los daños ocasionados por la actividad regular de la Administración pública.....	46
3. Teorías que justifican la reparación de daños por actividad regular de la Administración pública.....	49
4. Requisitos de la responsabilidad de daños por actividad regular.....	60
4.1. El daño.....	61
4.1.1. Daño general y especial.....	63
4.1.2. Antijuricidad del daño.....	66
4.1.3. Daño cierto.....	71
4.1.4. Prueba del daño.....	74
4.2. Causalidad.....	76
4.2.1. Culpa del afectado.....	80
4.2.2. Intervención de tercero.....	82
4.3. Imputabilidad a la Administración.....	84
4.3.1. La imputación a la Administración pública como requisito.....	84
4.3.2. Caso fortuito o fuerza mayor como eximente de responsabilidad.....	88
5. Reparación de los daños por la actividad regular de la Administración pública.....	90

5.1. Reparación integral.....	90
5.2. La responsabilidad extracontractal del Estado y aplicabilidad de la reparación integral.....	95
5.3. Modalidades de reparación.....	101
5.3.1. Restitución.....	101
5.3.2. Reparación pecuniaria o indemnización.....	104
Capítulo III: Procedimiento para obtener la reparación de daños provocados por la Administración pública.....	109
1. Procedimiento administrativo sobre responsabilidad patrimonial de la administración pública.....	109
1.1. Reclamo administrativo previo.....	109
1.1.1. Legitimados.....	110
1.1.2. Plazo para interposición.....	112
1.1.3. Requisitos.....	113
1.1.4. Terminación.....	115
i. Resolución o acto administrativo.....	115
ii. Silencio administrativo.....	116
iii. Terminación anormal.....	117
iv. Terminación convencional.....	119
2. Procedimiento judicial sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública.....	120
2.1. Acción especial de responsabilidad del Estado.....	120
2.1.1. Legitimados.....	123
2.1.2. Plazo para presentación.....	124
2.1.3. Requisitos de la demanda.....	125
2.1.4. Procedimiento.....	126
2.1.5. Sentencia.....	127
Conclusiones.....	131
Bibliografía.....	135

Introducción

En el desarrollo de las actividades de las instituciones públicas es plenamente posible que estas ocasionen daños derivados de la ausencia total de la prestación del servicio o de una actividad deficiente suya o de sus empleados, pero, tal daño se puede provocar incluso cuando el servicio se presta sin falta o sin deficiencia, sin que se derive de actuaciones u omisiones negligentes de sus servidores. Existen, de hecho, situaciones en que las instituciones estatales buscando proteger el interés de la colectividad con pleno conocimiento perjudican a individuos o grupos. Piénsese, por ejemplo, en una obra pública que limita o imposibilita totalmente el acceso a las viviendas o los negocios de un determinado grupo de personas.

Se escudriña en este trabajo, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, si el interés público implícito en la actividad regular del Estado, puede justificar que el daño que aquella ocasiona deje de ser reparado, bajo el argumento de que el interés particular debe ceder al de la mayoría o, si, por el contrario, el daño debe repararse aún en este supuesto; por tanto, el presente trabajo analiza si las normas que rigen en el Ecuador, en especial el art. 11, número 9, de la Constitución de la República del Ecuador permiten la reparación de los daños así provocados. En este contexto, se busca establecer el fundamento jurídico que puedan esgrimir las personas afectadas por daños provocados por la actividad regular o lícita del Estado para exigir su reparación.

En el capítulo primero se realiza un estudio de lo que, acorde a la doctrina, se conoce como: responsabilidad, las clases de responsabilidad, responsabilidad contractual, responsabilidad patrimonial, responsabilidad subjetiva o por culpa y responsabilidad objetiva, con el objetivo de establecer la base teórica de las principales formas de atribución de responsabilidad, y así tener un conocimiento introductorio del tema principal de esta investigación.

En el segundo capítulo se realiza un estudio más detallado de lo que se entiende doctrinariamente como responsabilidad por falta de servicio, sus características, su naturaleza jurídica, su relación con responsabilidad por culpa y se verifica si la responsabilidad extracontractual contenida en el art. 11 número 9 de la Constitución corresponde a esta clase de responsabilidad. Partiendo de lo anterior se analiza si la responsabilidad objetiva o estricta, que según alguna jurisprudencia de nuestro país tiene

sustento en esta disposición constitucional, rige en nuestro país; en suma, si habría un régimen de responsabilidad objetiva.

Se estudia en el mismo capítulo a la responsabilidad extracontractual por actividad regular o lícita del Estado, su sustento jurídico y doctrinario y si en el país rige esta clase de responsabilidad extracontractual, así como su base normativa y sus requisitos.

En el tercer capítulo se realiza un estudio descriptivo del procedimiento administrativo para solicitar la reparación por los daños provocados por la actividad de la Administración y comprende el reclamo, plazo de interposición, legitimados, formas de terminación del proceso, etc. Igualmente se describe el proceso judicial para exigir la responsabilidad extracontractual del Estado.

Capítulo I

La responsabilidad estatal

En este capítulo se realizará un estudio de lo que, acorde a la doctrina, se conoce como responsabilidad, las clases de responsabilidad: responsabilidad contractual, responsabilidad patrimonial, responsabilidad subjetiva o por culpa y responsabilidad objetiva.

1. Responsabilidad

1.1. Definición de responsabilidad

Enrique Barros, en su Tratado de Responsabilidad Extracontractual, destaca que el daño es la condición esencial de responsabilidad patrimonial, que se inspira en el principio de *alterum non laedere*, no dañar al prójimo, indica, basado en lo expuesto por Kelsen, que “Desde el punto de vista lógico, la responsabilidad civil es un juicio normativo que consiste en imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona.”¹ Entonces, la responsabilidad, consiste en el ámbito civil, en atribuir a una persona la obligación de reparar el daño que ha causado a otra.

Mariano Yzquierdo Tolsada, por su parte, enseña que en un sentido mucho más amplio “[...] puede hablarse de responsabilidad cada vez que resulta incumplido un deber de carácter jurídico. Se dice así que incurre en **responsabilidad política** ante el Parlamento el Gobierno que deja de observar las reglas del juego de partidos; o en **responsabilidad administrativa** el funcionario que incumple las reglas de incompatibilidades [...]”²(Énfasis del autor)

En lo que respecta a este estudio, la acepción que resulta más adecuada o cercana a la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de sus actos u omisiones es la expuesta por Barros, es decir, la responsabilidad civil; ya que, no se trata del mero incumplimiento de un deber jurídico que no causa perjuicio, sino el estudio de aquellos supuestos que permitirían la reparación de los daños ocasionados por la actividad del Estado. Al respecto, Jesús Gonzáles Pérez manifiesta que “La responsabilidad de las

¹Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 15.

² Mariano Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, (Madrid: Dykinson S.L., 2015), 23.

Administraciones públicas se concreta, por tanto, en la obligación de resarcir los daños evaluables económicamente ocasionados por acción u omisión a ellas imputables.”³ Entonces, dado que el objeto de este trabajo se enfoca en la reparación de los daños ocasionados por la actividad de la Administración Pública, la versión amplia de responsabilidad no es la más atinente.

2. Tipos de responsabilidad

La responsabilidad, como se perfiló en el numeral anterior, puede ser muy amplia, según el grado de generalidad con el que se la enfoque, si se la considera como el resultado del incumplimiento de un deber de carácter jurídico, podría, como indica Yzquierdo, dividirse en muy diversos tipos: política, administrativa, fiscal, corporativa, etc. pero en lo que a esta tesis concierne, se analizarán los diferentes tipos de responsabilidad derivados de los daños provocados a terceras personas.

2.1. Responsabilidad contractual

Es la responsabilidad nacida de las relaciones de carácter contractual. El daño y obligación de repararlo nace del incumplimiento de un contrato previo; al respecto, Yzquierdo sostiene: “el hecho dañoso viene producido precisamente como resultado del incumplimiento de un contrato, y viene a menoscabar precisamente el patrimonio de un acreedor que ya se encontraba determinado de antemano.”⁴

Esta clase de responsabilidad la tendrá el Estado en el caso de que emita un acto o incurra una omisión dañosa originada en una relación contractual, así lo sostiene Jesús González Pérez “La responsabilidad contractual de la Administración es la derivada de sus relaciones contractuales. La responsabilidad de la actuación de las personas que con ella contratan únicamente afectará a la Administración pública en la medida en que sea a ella imputable el acto u omisión determinante del daño, [...]”⁵

Yzquierdo es aún más enfático al mencionar que “[...] nunca podremos hablar de responsabilidad contractual cuando el autor del daño y su víctima no han creado la posibilidad de ese daño”⁶; aunque esta concepción es bastante sencilla de comprender y,

³ Jesús González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas*, (Pamplona: Thomson Reuters, 2015), 205.

⁴ Mariano Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 92.

⁵ González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas*, 515.

⁶ Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 102.

en apariencia, fácil de aplicar, este mismo autor menciona, no obstante, que se presentan dificultades en el terreno de la praxis, como por ejemplo, entre otras situaciones, la determinación del tipo de responsabilidad que nace de la ruptura de tratos preliminares antes de la suscripción de un contrato, o la dificultad de la delimitación del momento del inicio y, sobre todo, del fin de los contratos, para establecer si la responsabilidad de un determinado hecho es contractual o extracontractual. Para el primer caso el autor toma la posición de que no puede equipararse un trato preliminar con un contrato, aunque existen posturas contrarias y, respecto al segundo tema, la situación debe analizarse en cada caso, pero se puede percibir la dificultad de hacerlo. Además, el contrato debe ser válido para que la responsabilidad se califique de contractual, porque la consecuencia generalmente aceptada de la invalidez es de considerar como no creadas las obligaciones establecidas en el contrato inválido.

2.2. Responsabilidad extracontractual o patrimonial

La responsabilidad extracontractual es, como sus términos sugieren, aquella que no deriva de una relación contractual, de manera que cualquier daño que no tenga origen en el incumplimiento contractual, generará responsabilidad extracontractual; la expresión responsabilidad extracontractual está redactada, como es fácil deducirlo, en forma de negación de lo que es la responsabilidad contractual; es decir, aunque resulte una perogrullada, lo que no es responsabilidad contractual es extracontractual, si el daño deriva de un comportamiento humano que no tenga por origen el incumplimiento de un contrato, así lo señala Yzquierdo:

La expresión «responsabilidad extracontractual» tiene carácter negativo, pues su objeto parte como algo contrapuesto al de responsabilidad contractual. Bien se puede afirmar en este sentido que los principios de la responsabilidad aquiliana constituyen el derecho común de la teoría de la reparación de los daños civiles, siendo aplicables cuando no lo sean los que componen el régimen especial de los contratos, que concede un medio específico para su resarcimiento: cualquier daño derivado de un hecho del hombre distinto del incumplimiento contractual será extracontractual.⁷

Entonces, como bien señala en autor citado, todos los daños ocasionados por la actuación de los hombres constituirán responsabilidad extracontractual, pero, si los daños tienen lugar como consecuencia del incumplimiento de un contrato o dentro de la relación

⁷ Mariano Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 99.

contractual, entonces la responsabilidad será contractual y se regirá por sus reglas específicas. Sobre el tema, Enrique Barros, destaca que:

la responsabilidad extracontractual tiene por antecedente los deberes generales de cuidado que nos debemos recíprocamente en nuestra actividad susceptible de dañar a terceros. Por eso, la fuente de la responsabilidad contractual es la convención, mientras que en la extracontractual lo determinante es el *derecho*, que pone límites y establece consecuencias patrimoniales al ejercicio negligente de nuestra libertad (según el antiguo principio de justicia que ordena no dañar a los demás).⁸

De manera que la responsabilidad extracontractual nace de la Ley y supone un deber general de actuar con cuidado, con la prudencia suficiente para evitar actos u omisiones negligentes que puedan provocar daños a terceros. En este contexto, si el deber general de cuidado se transgrede y se ocasiona daño, se genera el deber de repararlo.

Obdulio Velásquez Posada, sostiene que “Sin importar la expresión que se utilice para denominar la responsabilidad extracontractual en su sentido jurídico más pleno, siempre implica la obligación de reparar un daño causado a otro, sin que medie relación contractual entre ambos.”⁹ Como se aprecia, este autor también coincide en que la responsabilidad extracontractual siempre supone la obligación de reparar el daño provocado a otro, e igualmente concuerda en que no debe existir un nexo contractual entre quien ocasiona el daño y la víctima de este, para que sea tenida como responsabilidad extracontractual, y aunque sostiene que la denominación bien pudiera ser otra [otros autores prefieren denominarla responsabilidad patrimonial], el factor común seguiría siendo el mismo, que no medie un contrato entre el causante del daño y el perjudicado.

El artículo 1453 del Código Civil reconoce esta clase de responsabilidad de forma somera, al tratar las fuentes de las obligaciones, diferenciando las que nacen del contrato y otras que no: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones;(…); ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.” Entonces, la obligación de reparar nacerá de cualquier hecho que infiera daño a otra persona, acorde a nuestro Código Civil.

⁸ Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 20.

⁹ Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual* (Bogotá: Temis S.A. 2015), 12.

Ahora bien, las principales formas de atribución de responsabilidad extracontractual son las denominadas responsabilidades subjetiva o por culpa y la responsabilidad objetiva o estricta. Seguidamente se explicarán brevemente estas dos principales formas de atribución de responsabilidad, como referencia necesaria del estudio objeto de esta tesis, denotando que no son las únicas y en el ámbito de la actividad de la Administración pública, de hecho, serían aún más.

2.3. Responsabilidad subjetiva o con culpa

Según Yzquierdo, para evitar confusiones terminológicas es más adecuado hablar de factores de atribución de responsabilidad, antes que de responsabilidad subjetiva u objetiva y menciona que los denominados factores de atribución subjetiva consisten en que un determinado patrimonio debe ser el que asuma las consecuencias de un acto dañoso, cuando este es la consecuencia de la imprudencia, descuido o ligereza de alguien; en cuyo caso, procede realizar un juicio de reproche respecto de la conducta de quien actuó en tal forma, como se puede verificar seguidamente:

Denominamos factores subjetivos a aquellos que encuentran la razón por la que un determinado patrimonio es el que debe salir al paso de unas determinadas consecuencias dañosas, en un juicio de reproche, descuido o ligereza que cabe hacer a la conducta de alguien. Son culpa y dolo, únicos criterios de atribución que se conocían en responsabilidad extracontractual cuando el Código civil se promulgó, momento en el cual, y como se ha dicho, imperaba en la sociedad una concepción moralizante de la responsabilidad en la que no estaban ajenos ciertos prejuicios religiosos: se paga o indemniza «porque se ha pecado»¹⁰

Concordante con lo expuesto, Enrique Barros en su Tratado de Responsabilidad Extracontractual sostiene que: “Bajo un régimen de responsabilidad por culpa, la atribución de responsabilidad se funda en que el daño ha sido causado por un hecho negligente, esto es, realizado con infracción a un deber de cuidado. En este régimen de responsabilidad, la culpa no sólo sirve de fundamento, sino también de límite de la responsabilidad”¹¹

Yzquierdo destaca que para los partidarios de la denominada responsabilidad subjetiva “sólo encuentran razonable que el hombre responda porque existió en la conducta dañosa algo de reprochable, y mostrarán un sombrío panorama para la víctima,

¹⁰ Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 240.

¹¹ Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 28.

que sólo encontrará el resarcimiento si existe ese reproche culpabilístico en la conducta del agresor.”¹²; de manera que la responsabilidad se constituye en una forma de castigar la conducta reprochable, antes que para compensar a la víctima, la que, en muchos casos, debía asumir el daño con una actitud de resignación, semejante al enfermo que debe soportar el padecimiento de manera estoica.

Según menciona el mismo autor, la obligación de reparar el perjuicio ocasionado es la consecuencia de lo reprobable, de lo negligente del hecho, todo esto con una finalidad moralizante de la sociedad de la época en la cual se expidió el Código Civil (español en su caso); de manera que el objetivo, al menos entonces, no era tanto reparar el perjuicio ocasionado a la víctima sino, hasta cierto punto, lograr una sanción al pecador, así lo hace notar Yzquierdo claramente: “No está ausente el influjo de los canonistas medievales: se paga, se indemniza, se repara [...] porque se ha pecado”¹³

Enrique Barros, refiriéndose a lo que considera una errada calificación de la naturaleza de la responsabilidad por culpa, como de subjetiva, toma una posición distinta a la de Yzquierdo en lo referente a que la responsabilidad por culpa tendría una finalidad moralizante, pues sostiene que:

[...] la calificación de la conducta como negligente no constituye un juicio de reproche moral a la persona del demandado. La responsabilidad por culpa, como también la estricta, exige que el hecho sea imputable subjetivamente como su hecho al demandado; por eso, es condición de la responsabilidad civil que el demandado sea capaz y que la acción pueda ser calificada de libre, en el sentido más elemental de que esté bajo su control. Pero allí se agota el aspecto subjetivo de la responsabilidad, porque el juicio jurídico de la culpabilidad atiende a la conducta externa, que es valorada según un patrón objetivo de conducta debida.¹⁴

En nuestro caso, el artículo 29 del Código Civil, divide lo que podría describirse como niveles de culpa, por los cuales se debe responder si un hecho, actividad u omisión con implicación de alguno de estos niveles generan perjuicio:

Art. 29.- La ley distingue tres especies de culpa o descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra

¹² Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 230

¹³ *Ibíd.*, 231.

¹⁴ Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 28.

calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Se compara la conducta del obligado con la que tendría, según cada caso, el más descuidado de los ciudadanos, el ciudadano medio o buen padre de familia y, por último, la más cuidadosa o diligente persona. Otra disposición como el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, alude a criterios de atribución subjetiva, al mencionar que los servidores públicos en general responderán por sus acciones u omisiones si no las realizan *como lo harían en sus propios actos*:

Art. 40.- *Responsabilidad por acción u omisión.* - Las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, *actuarán con la diligencia y empeño que emplean generalmente en la administración de sus propios negocios y actividades*, caso contrario responderán, por sus acciones u omisiones, de conformidad con lo previsto en esta Ley. (énfasis añadido)

Ahora bien, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, Yzquierdo remarca que “rige el modelo de la culpa levísima [...] Y rige porque es justo lo que hace la jurisprudencia al extremar al máximo el rigor en la apreciación de la culpa de ese *bonus pater familias* colocado en las concretas circunstancias de la actividad enjuiciada.”¹⁵ Barros, por su parte, sostiene que el estándar del cuidado debido exigible en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, no puede ser otro que el de la culpa leve:

En definitiva, tanto si la responsabilidad por culpa está construida sobre la base de las expectativas recíprocas de comportamiento, como si se la analiza a la luz de consideraciones de justicia correctiva o de eficacia preventiva, el cuidado debido no puede ser otro que el empleado en las circunstancias concretas por una persona razonable y el estándar debe ser la culpa leve [...]¹⁶

El estándar de cuidado con el que se compararía la conducta del causante de daño, en cada caso, corresponde, según Barros, al que tendría la persona diligente, razonable, al buen padre de familia respecto de sus actos; al que tendría aquella persona respetuosa de los demás, pero sin que le sea exigible una muy dedicada y extrema atención hacia aquellos y sus intereses, sino una conducta razonable, prudente; sería, en suma, la que corresponde a la culpa leve:

¹⁵ Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 243.

¹⁶ Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 82.

[...]se puede tener como modelo un tipo de persona (la razonable, el buen padre de familia o la persona diligente), o bien, se puede atender a la conducta que racionalmente resulta exigible. En uno u otro caso, sin embargo, el estándar lleva a comparar la conducta efectiva con la que puede esperarse, en las circunstancias del caso, de quien es respetuoso de los demás.¹⁷

De otra parte, para que una actuación u omisión sea considerada culposa o negligente se requerirá que quien la cause tenga libre voluntad sobre esos actos y capacidad de entender y querer, de forma que pueda percibir los efectos de aquellos y anticipar sus consecuencias, es decir, que pueda ser imputable. Yzquierdo, remarca que: “la capacidad que se precisa en el campo extracontractual no es la capacidad de obrar propia del ámbito contractual [...]”, y en palabras de Gómez Calle, menciona que es imputable aquel que tenga “suficiente capacidad de discernimiento para comprender el alcance de sus actos y prever sus posibles consecuencias, hallándose además en condiciones de actuar de acuerdo con dicho entendimiento para evitar el daño previsto”¹⁸

Para Barros estas serían las únicas condiciones subjetivas en la responsabilidad por culpa, ya que en esta clase de responsabilidad se responde por los daños atribuibles a una conducta en tanto es contraria a un deber general de cuidado; de manera que el juicio de la negligencia es propiamente objetivo porque recae sobre la conducta del agente que causa el daño y no sobre el sujeto y sus características personales, las que, por ende, resultan irrelevantes, pues no se realiza un juicio de reproche personal, sobre las cualidades o eventuales defectos de cada persona.

El criterio objetivo de la negligencia se basa en el establecimiento de expectativas razonables del comportamiento; por lo cual, atendería a este criterio acudir a aspectos subjetivos de cada persona, como su temperamento, educación, intelecto. En suma, la responsabilidad tendría un aspecto subjetivo y otro objetivo, el primero aludiría a que la conducta debe ser imputable al demandado (capacidad y libertad de actuación) y, el segundo, al estándar general y razonable de cuidado con la cual, la conducta de quien se estima ha causado el daño, es comparada.

Igualmente, Enrique Barros sintetiza los requisitos de la responsabilidad por culpa a los siguientes: “*i*) una acción libre de un sujeto capaz, *ii*) realizada con dolo o negligencia, *iii*) que el demandante haya sufrido un daño y *iv*) que entre la acción culpable

¹⁷ Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 81.

¹⁸ Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 248.

y el daño exista una relación causal suficiente para que pueda ser objetivamente atribuido al hecho culpable del demandado.”¹⁹

Estos requisitos sistematizados por Barros, los mencionan otros autores de forma general, aunque sin enlistarlos; así, la existencia de una actuación libre de un sujeto capaz, alude a que la actuación provocadora del daño se efectúe con el discernimiento de los efectos que tal actuación tendrá por quien las realiza. La negligencia en esta clase de responsabilidad es su elemento esencial y diferenciador, ya que se responde por el daño provocado por una actuación que desatiende un deber de cuidado.

El daño, por otra parte, es un requisito ineludible de todo tipo de responsabilidad extracontractual, porque el deber de reparar requiere necesariamente algo que tenga que repararse. Sin el daño a los bienes o derechos de otra persona no existe la obligación de reparar y con ello tampoco la responsabilidad misma.

El último requisito alude al nexo causal que debe existir entre la acción culpable y el daño, de forma tal que este último sea atribuible a la acción culpable de una persona que tendrá por ello la obligación de reparar.

La responsabilidad por culpa es un régimen de atribución de responsabilidad consistente en que el daño que ocasiona una persona capaz y con libre discernimiento, mediando una conducta dolosa o negligente suya, es decir, aquella que incumple con un deber general de cuidado, debe repararlo al perjudicado; donde el deber general de cuidado se asimila a la conducta que tendría una persona diligente, a la del buen padre de familia. Además, en este criterio de atribución de responsabilidad se juzga en forma objetiva la conducta de la persona causante del daño, comparada con ese estándar de conducta general que se espera de todas las personas y no las características individuales de estas.

2.4. Responsabilidad objetiva

La responsabilidad objetiva implica que el daño ocasionado por el comportamiento del hombre debe ser reparado, sin importar si el causante de aquel actuó con culpa o sin ella, y este no se exime de responsabilidad incluso si actúa con diligencia extrema, si como resultado de su actuar generó el perjuicio. Lo relevante es resarcir el daño, porque se parte de la idea de que las personas no tienen el deber jurídico sufrirlo, salvo los casos en que la ley lo imponga, porque en tal situación, no habría antijuricidad. Se busca acercarse más a la noción de justicia, y, bajo esta premisa, no se considera justo

¹⁹ Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 62.

que la víctima deba ser quien soporte las consecuencias del daño, que solamente se resigne a padecer y asumir los efectos materiales y psicológicos de este.

Se evita, de otra parte, que quien ocasionó el daño se libere de la obligación de repararlo, incluso en el supuesto de que este no hubiese actuado con negligencia; es decir, dicho de otro modo, debe reparar incluso cuando hubiese actuado con cuidado, con prudencia y aún con exquisita diligencia. Yzquierdo lo explica de la siguiente forma:

[...] el que sufre el daño como fruto de una actividad dominada por el signo de la responsabilidad objetiva, tiene que ser resarcido, haya habido o no culpa por parte del que lo causó. Ya no es que se suavice la prueba de la culpa o se desplace sobre el demandado la prueba de su ausencia, es que, simplemente, se prescinde de ella. Naturalmente, de lo que no se prescinde es de la relación de causalidad: el agente no podrá exonerarse demostrando su exquisita diligencia, pero sí lo podrá hacer en caso de que demuestre una circunstancia que rompa el nexo causal (caso fortuito, fuerza mayor, conducta de tercero o culpa del perjudicado).²⁰

Como se verifica, Yzquierdo resalta que en esta clase de responsabilidad la culpa deja de ser un requisito para que la obligación de reparar nazca; de manera que al demandado no le sirve probar que actuó sin culpa para eximirse de la obligación de reparar. Le resulta inoficioso, porque simplemente la culpa ya no se considera relevante para producir efecto jurídico alguno. Es el daño en sí mismo el elemento central de la obligación de reparar, sin perjuicio de que, aun en presencia del daño el demandado puede eximirse de la responsabilidad de reparar si demuestra una de las causas que rompen el nexo causal, como son el caso fortuito o fuerza mayor, la actuación de un tercero o la culpa de la víctima como causantes del daño, porque si alguno de estos factores lo provocó, entonces sería la causa del mismo.

Jurisprudencia española, recogida por Jesús González Pérez, resalta el hecho de que en la responsabilidad objetiva no se requiere determinar si quien causó el daño lo hizo como consecuencia de un actuar culposo o negligente, y que lo que debe verificarse es el aspecto objetivo, es decir, si se produjo la objetiva ilegalidad del perjuicio, en los siguientes términos:

La responsabilidad del artículo 40, LRJ, es una responsabilidad objetiva que no precisa en consecuencia de un actuar culposo o negligente...no siendo, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido

²⁰ Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 237

de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuricidad de la lesión²¹

Por su parte, Enrique Barros, remarca que la responsabilidad objetiva o estricta, en su versión más pura se configura por la simple relación causal entre el hecho provocado por el demandado y el daño padecido por el demandante, producto de aquel hecho y que, desde una perspectiva funcional, su fundamento es el riesgo generado por quien efectúa una determinada actividad y no la omisión de deberes de cuidado, con lo cual, la existencia de negligencia o no en la conducta de quien ocasiona el daño pierde toda importancia:

La responsabilidad estricta se diferencia de la responsabilidad por culpa en que no exige negligencia del autor del daño. En su versión más pura, la responsabilidad estricta queda configurada por la mera relación causal entre el hecho del demandado y el daño sufrido por el demandante. Desde el punto de vista funcional, tiene como fundamento el riesgo creado por quien desarrolla la actividad respectiva y no la omisión de deberes de cuidado, de modo que es innecesario, a efectos de dar por establecida la responsabilidad, hacer un juicio de valor respecto de la conducta del demandado.²²

Para Díez-Picazo, el motivo del cambio de un sistema de responsabilidad subjetiva a otro de responsabilidad objetiva radicaría en la necesidad social de proteger a la persona respecto de los peligros derivados de la actividad industrial, dejando de lado ese objetivo moralizador que habrían tenido originalmente los factores de atribución subjetiva, o de responsabilidad subjetiva, como usualmente se denomina; así sostiene este autor: “Tal vez esté latiendo una intuitiva preocupación, que es, a mi juicio, la raíz última del nuevo derecho de daño: la necesidad social de defender y de amparar a la persona frente a un maquinismo industrial desencadenado en beneficio de determinadas partes de la sociedad, y sólo indirectamente de la totalidad de ella”²³ Mariano Yzquierdo remarca que:

[...] la indemnización cobra el aspecto de un imperativo social ineludible. Si el aforismo del sistema codificado esta «no hay responsabilidad sin culpa», la nueva realidad, con sus exigencia de defensa vigorosa de la persona, reclama una respuesta que tienda, no ya a castigar los comportamientos negligentes o reprochables, sino a que las víctimas encuentren a toda costa un patrimonio responsable: «que todo daño quede reparado».²⁴

²¹ Sentencia de 12 de abril 2005 [RJ 2005, 4314] citado por Jesús González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, (Pamplona: Thomson Reuters, 2015), 213.

²² Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 28.

²³ Díez-Picazo (1966, p. 27 y 29), citado en Mariano Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 232.

²⁴ Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 232.

Y destaca que, bajo el régimen de responsabilidad objetiva, el autor de daño no podrá eximirse de la obligación de repararlo, incluso si demuestra una destacada diligencia en sus actuaciones, pero, en cambio, si podrá exonerarse de responsabilidad siempre que demuestre una circunstancia que rompa el nexo causal, como sería: el caso fortuito, fuerza mayor, conducta del tercero o culpa del perjudicado, como se puede verificar en la siguiente cita:

[...]el que sufre el daño como fruto de una actividad dominada por el signo de la responsabilidad objetiva, tiene que ser resarcido, haya habido o no culpa o se desplace sobre el demandado la prueba de su ausencia, es que, simplemente, se prescinde de ella. Naturalmente. De lo que no se prescinde es de la relación de causalidad: el agente no podrá exonerarse demostrando su exquisita diligencia, pero sí lo podrá hacer en caso de que demuestre una circunstancia que rompa el nexo causal (caso fortuito, fuerza mayor, conducta del tercero o culpa del perjudicado)²⁵

Barros, en la misma obra ya mencionada, resume como diferencia entre las formas puras de responsabilidad por culpa y la objetiva o estricta que el sistema de atribución de responsabilidad por culpa “[...]se construye en torno al hecho voluntario ilícito (culpable en sentido civil), en la responsabilidad estricta basta la causalidad material entre la acción y el daño.”²⁶, pero también agrega que es usual en el derecho comparado se produzcan casos de responsabilidad estricta a los que denomina como de “calificada”, donde se exige más que el simple nexo de causalidad entre el acto del agente y el daño.

Finalmente cabe destacar, como lo menciona el colombiano Obdulio Velásquez, que, en la responsabilidad objetiva, no se presume la culpa, lo cual, según este autor, incluso en la jurisprudencia de su país, suele mencionarse con cierta frecuencia, sino que esta, la culpa, no es relevante, es suficiente verificar la existencia de causalidad entre la actividad y el daño.

Conviene aclarar que nuestra Jurisprudencia en ocasiones al hablar de la responsabilidad objetiva, en la que no existe el elemento culpa, utiliza la expresión “presunción de culpa”, y agrega que solo exonera la causa extraña y no la prueba de la diligencia o cuidado. Este modo de expresarlo puede resultar confuso, por lo que se ha acuñado la expresión “presunción de responsabilidad” para expresar el carácter de responsabilidad objetiva. Si bien es mejor esta última expresión, hemos de manifestar que se ha de tener cuidado porque también esta expresión amerita una crítica, toda vez que en las responsabilidades objetivas no se presume absolutamente nada: ni la culpa,

²⁵ Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 237.

²⁶ Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 32

porque no interesa, y mucho menos el daño o el nexo causal que siempre ha de probarse en toda forma de responsabilidad.²⁷

Una vez que se ha realizado un breve estudio de los principales tipos de responsabilidad, en especial la subjetiva y la objetiva, indispensables para comprender el tema central de esta investigación, en el siguiente capítulo se hará el análisis de la responsabilidad originada en la actividad regular de la Administración pública y la responsabilidad por falta de servicio.

Es importante la comprensión de estos tipos de responsabilidad extracontractual, porque en nuestro medio, en el ámbito del Derecho Administrativo, la responsabilidad extracontractual del Estado, pese a que la norma de la Constitución que la establece con mayor precisión, art. 11, numeral 9, la describe como responsabilidad por falta o falla en el servicio, es considerada por nuestra jurisprudencia como responsabilidad extracontractual objetiva aunque con peculiaridades. Por este motivo en el siguiente capítulo se analizará primeramente si, acorde con los criterios doctrinales antes mencionados y otros que se esgrimirán, la responsabilidad extracontractual establecida en la norma constitucional mencionada constituye responsabilidad objetiva y si no lo fuera, analizar la forma de atribución de responsabilidad que contiene la Constitución y delinear levemente sus características.

También se estudiará si la reparación de los daños provocados por la actividad lícita del Estado tienen sustento en estas normas y formas de atribución de responsabilidad o, en suma, cuales son los fundamentos jurídicos para el resarcimiento de tales lesiones a los derechos de los particulares.

²⁷ Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 64.

Capítulo II

Responsabilidad por daños derivados de la actividad regular de la Administración pública

En este capítulo se estudiará la responsabilidad por falta de servicio y se tratará de verificar si esta clase de responsabilidad es la que está recogida en los artículos 11, número 9, 63 y 64 de la Constitución y de ser de esta forma, si esta clase de atribución de responsabilidad abarca a la responsabilidad objetiva o estricta, como pareciera sostener la jurisprudencia de nuestro país, y si en tal articulado está incluida otra forma de atribución de responsabilidad que permita la reparación de los daños ocasionados por la actividad lícita del Estado. Se analizará, igualmente, si los daños ocasionados por la actividad regular del Estado deben ser reparados y, de ser así, cual su sustento jurídico y el criterio de atribución de la responsabilidad en este caso.

Debe tenerse presente, como señala Carlos Pinzón Muñoz, que las medidas jurídicas reparadoras son de dos clases, unas protegen y producen un mal al mismo tiempo y las otras únicamente compensan el daño ocasionado, de manera que, sostiene este autor: “Cuando de atribución de responsabilidad se trata, evidentemente se está en frente de una medida jurídica protectora de carácter lesivo, pues al imputarse la responsabilidad por el daño lo que se hace es distribuir o redistribuir males.”²⁸

Previamente a realizar el estudio antes comentado, basado en las definiciones precedentes, podemos sostener que la responsabilidad de la Administración pública, consiste en la obligación de reparar los daños ocasionados por la actividad de esta. En tal sentido, Jesús González Pérez, sostiene que “La responsabilidad de las Administraciones públicas se concreta, por tanto, en la obligación de resarcir los daños evaluables económicamente ocasionados por la acción u omisión a ellas imputables.”²⁹

La responsabilidad extracontractual del Estado, además, es directa, dado que se la puede exigir a la Administración sin necesidad de demandar al servidor público que, como parte de aquella, hubiese sido el causante material de la actividad que provocó el daño; esto porque el servidor se presume un órgano de la Administración y también su actuación se entiende realizada por la propia Administración.

²⁸ Carlos Enrique Pinzón Muñoz, *El Derecho de Daños en la Responsabilidad Extracontractual del Estado* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2015), 23.

²⁹ Jesús González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 205.

En este sentido, pese a la similitud que parecería existir con la regulación del Código Civil, los servidores públicos no son considerados dependientes de la Administración; de manera que no es aplicable la responsabilidad establecida en el artículo 2220 del Código Civil, que dispone:

2220.- Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado.

Así, los padres son responsables del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.

Así, los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.³⁰

Sobre el tema, Agustín Gordillo lo explica de la siguiente forma:

Reafirmamos entonces –desde 1959-nuestro concepto de que todas las personas que el Estado designa para desempeñarse en funciones por él encomendadas son en general agentes suyos, por lo tanto, órganos de él. Por ello, no son “dependientes” en el sentido del art. 1113 del Código Civil. Cuando actúan en el ejercicio aparente de las funciones que les han sido encomendadas, *lo hacen como órganos del Estado, o sea, actúa directamente el Estado a través de ellos*. La responsabilidad del Estado es en consecuencia –en estos casos- siempre directa; pues no tiene el Estado “agentes”, esto es, personas humanas, que no sean órganos suyos. No altera esta conclusión el que la actividad del órgano se manifieste a través de actos o de hechos, legítima o ilegítimamente.³¹ (énfasis añadido)

De manera que la Administración es la responsable de los actos de sus empleados en tanto estos se ejecutan en el cumplimiento de sus funciones, por ser considerados órganos suyos; esto sin perjuicio del derecho de repetición que la Administración tiene contra el servidor que provoca el perjuicio.

1. Responsabilidad por falta de servicio

En este título se estudiará la responsabilidad por falta de servicio por ser la que usualmente se imputa a la Administración pública, de manera que se revisará su sentido, acorde a los diversos estudiosos que han tratado el tema, se esbozará una definición y se intentará establecer si la regulación contenida en nuestra Constitución corresponde a esta

³⁰ Ecuador, *Código Civil, en Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 2220.

³¹ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, (México: Editorial Porrúa, 2004), 643.

forma de atribución de responsabilidad y, si, esta regulación constitucional incluye en su texto a la denominada responsabilidad objetiva.

1.1. Definición

Juan Carlos Cassagne denota que la configuración de la falta de servicio en el derecho francés fue producto de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que se trata de una concepción propia del derecho público que se apartó de los criterios de atribución de responsabilidad establecidos por el Código Civil, entonces imperantes. Además, sostiene que implica una separación de la culpa como criterio de atribución de responsabilidad, en tanto resulta innecesario individualizar al autor del daño y deduce que tiene carácter objetivo:

El sentido falta de servicio entraña tanto la supresión del elemento culpa como factor de atribución de la responsabilidad como la innecesidad de individualizar al autor del daño. Apunta al mal funcionamiento del servicio o al incumplimiento irregular u objetivo (sin atender a la conducta del agente público) de las obligaciones establecidas en las leyes o reglamentos administrativos.³²

Otros autores, no obstante, mencionan que la falta de servicio, a la que alude la jurisprudencia del Consejo de Estado francés es propiamente “culpa subjetiva”, así, Augusto Durán Martínez, sostiene que:

Pese a que la doctrina en general adopta la terminología “falta personal” nosotros hablamos de “culpa personal” y “culpa del servicio”. Nuestra actitud obedece a que el término falta puede inducir erróneamente a que en el caso de la “falta del servicio” estamos en el ámbito de una responsabilidad objetiva cuando en verdad es un caso de responsabilidad subjetiva³³

Para este autor, la denominada falta de servicio constituiría un caso de responsabilidad subjetiva, y, si bien no llega a explicar las razones de su afirmación, resulta evidente que en este punto existe una discordia doctrinaria,; en consecuencia, de la posición que se adopte, dependerá la forma de atribución de responsabilidad que se aplique, ante textos legales que incluyan una terminología igual o semejante.

³² Juan Carlos Cassagne, “Los Factores de Atribución en la Responsabilidad del Estado”, en *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, coord., Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Jorge Fernández Ruiz, Luis José Béjar Rivera y María del Carmen Rodríguez, tomo I. (México: ESPRESS, Especialistas en Responsabilidades S.C. 2014). 96.

³³ Augusto Durán Martínez, “La Responsabilidad patrimonial extracontractual del estado por actividad lícita”, en *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, coord. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Jorge Fernández Ruiz, Luis José Béjar Rivera y María del Carmen Rodríguez, tomo I. (México: ESPRESS, Especialistas en Responsabilidades S.C. 2014), 428.

Sobre este desacuerdo entre los doctrinarios respecto del sentido subjetivo u objetivo de la denominada falta de servicio, Cassagne menciona que en su país, Argentina, como en Francia, se ha discutido esto y que una parte de la doctrina esgrime que el término falta, en el idioma francés, significa culpa o que lo “que se juzga irregular o defectuoso implica una conducta cuyos criterios de valoración no dejan de ser subjetivos, entre los cuales, la culpabilidad sigue siendo esencial”³⁴, cita a Yves Brard, quien crítica la visión objetiva de la falta de servicio, porque: “La concepción objetiva de la falta no permite clasificar el sistema de responsabilidad ya que esto lleva finalmente quitar a la exigencia de una falta, como condición de la responsabilidad, todo carácter autónomo. La falta se funda entonces en las condiciones relativas de causalidad y a la imputabilidad o relativas al daño en sí mismo.”³⁵

Cassagne, concluye que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria francesa optan por asignar el carácter objetivo a la falta de servicio, porque la evaluación de la falta de servicio es una apreciación de elementos objetivos. Además, sería objetivo porque ya no se requiere verificar la existencia de culpa del servidor causante del daño, sino solamente la del servicio como tal, la cual debería compararse con aspectos objetivos del funcionamiento del servicio establecidos normativamente, mediante leyes o reglamentos que lo regulen.

Por su parte, Enrique Barros enfáticamente sostiene que, en el ámbito de la actividad de la administración, la responsabilidad por falta de servicio cumple en la esfera de la Administración pública, una función análoga a la culpa en la responsabilidad por culpa en el ámbito del derecho privado y niega rotundamente que se trate de responsabilidad objetiva o estricta:

La responsabilidad por falta de servicio exige calificar de defectuoso el funcionamiento del servicio público. Y en esa calificación supone comparar el servicio efectivamente prestado con el que se debió ejecutar por el municipio y otro órgano de la Administración del Estado. En consecuencia, la responsabilidad por falta de servicio no es estricta u objetiva en un sentido propio, porque no basta acreditar que el daño fue causado por la acción u omisión del demandado (en este caso de la Administración), sino supone un

³⁴ Cassagne, “Los Factores de Atribución en la Responsabilidad del Estado”, 97.

³⁵ Yves Brard, “La responsabilidad administrativa de las personas privadas” (Caen: Tesis, 1975) citado en “Los Factores de Atribución en la Responsabilidad del Estado”, en *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, coord. Rodríguez-Arna Muñoz, Jorge Fernández Ruiz, Luis José Béjar Rivera y María del Carmen, Rodríguez, tomo I. (México: ESPRESS, Especialistas en Responsabilidades S.C. 2014), 97.

juicio de valor acerca del nivel y calidad de servicio que era exigible del municipio o del órgano de la administración.³⁶

Otra autora, Gladys Camacho Céspedes, sostiene que la jurisprudencia de Chile, ha cambiado su posición anterior y ha establecido que el sistema de responsabilidad por falta de servicio es de tipo subjetivo, pero, aclarara que, en la responsabilidad por falta de servicio, la falta personal del funcionario es independiente de aquella y solo tiene relevancia para el juicio de repetición que puede iniciarse contra el funcionario. De este modo la responsabilidad por falta de servicio es directa del Estado:

La jurisprudencia reciente viene calificando el sistema de responsabilidad del estado por falta de servicio como subjetiva corrigiendo sus primeros asertos que la reconocían como objetiva.

La jurisprudencia no se distrae para analizar la conducta productora del hecho dañoso del agente y su calificación como culposa o no, pues hace surgir la responsabilidad (en las dos acepciones de exigibilidad y sanción) del Estado por deficiente funcionamiento del servicio³⁷

Al respecto, coincido con la opinión de Barros y considero que la expresión falta, por sí misma, supone la existencia de una incorrección, de una actuación irregular que habrá que detectar y demostrar; entonces, se requerirá efectuar un examen respecto a la calidad del servicio, por lo cual, bajo esta clase de atribución de responsabilidad, será necesario verificar si se ha producido una falla en la prestación del servicio y si esta es la causa del daño, para que se genere la obligación de reparar. No es suficiente, por tanto, la mera constatación del daño y la verificación de su causa en esta clase de atribución de responsabilidad, como sucedería en el caso de la responsabilidad objetiva.

Si bien es cierto que en la responsabilidad por falta, el servicio efectivamente proporcionado y que se considera defectuoso, debe compararse con el que debía prestarse, usando para ese fin parámetros objetivos de su funcionamiento adecuado o regular, de manera que en este sentido el análisis es objetivo, esto no significa que se trate propiamente de responsabilidad objetiva o estricta; es decir, de aquella clase de responsabilidad en la que la obligación de reparar el daño nace una vez que se ha verificado el nexo causal con la actividad o la omisión de la Administración pública

³⁶ Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 32

³⁷ Gladys Camacho Céspedes, “La falta de servicio como presupuesto de la responsabilidad patrimonial de la administración en Chile”, en *La responsabilidad patrimonial de la administración pública, coord.*, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Jorge Fernández Ruiz, Luis José Béjar Rivera y María del Carmen Rodríguez, tomo II (México: ESPRES, Especialista en Responsabilidades S.C., 2014), 30.

demandada, sin que sea necesario verificar si la actividad que ocasionó el perjuicio se originó en la negligencia o dolo de la actuación administrativa.

Tampoco el hecho de que no sea necesario determinar la culpa personal del servidor de la Administración pública que ocasionó el daño, supone inevitablemente que se trate de responsabilidad objetiva, porque si bien el perjudicado puede demandar directamente a la Administración pública causante del daño, necesariamente se deberá comprobar el acaecimiento de la falta del servicio, para lo cual se requerirá compararla con el estándar de servicio que se espera la Administración pública.

Ernesto Jinesta Lobo, sostiene que constituye un enfoque equivocado estimar el fundamento de esta clase de responsabilidad en la falta de servicio por sí misma o en el funcionamiento anormal, porque se haría girar el sistema alrededor del funcionario público autor del daño, que el fundamento específico es el derecho constitucional implícito de las personas al buen y normal funcionamiento de los servicios públicos, como se verifica en la siguiente cita:

El fundamento específico y concreto del régimen de responsabilidad por falta de servicio constituye el Derecho Constitucional implícito de los administrados al buen y normal funcionamiento de los servicios públicos. Todo derecho tiene un deber correlativo, que para el caso particular sería el cumplimiento por parte de las administraciones públicas de sus obligaciones administrativas, puesto que, como lo apuntamos supra la falta de servicio o el funcionamiento anormal se traduce en el quebranto de una obligación administrativa preexistente.³⁸

De otra parte, la expresión falta de servicio debe entenderse en un sentido amplio, y no solamente como inexistencia o ausencia estricta de la prestación del servicio, por lo cual, comprende no solo el supuesto de la no prestación absoluta del servicio cuando existe el deber de hacerlo, sino también los casos en los que el servicio se suministra en forma retrasada o cuando se lo hace deficientemente, así lo destaca Barros “La falta de servicio denota el incumplimiento de un deber de servicio. Ese incumplimiento puede consistir en que no se preste un servicio que la Administración tenía el deber de prestar, sea prestado tardíamente o sea prestado en una forma defectuosa de conformidad con el estándar de servicio que el público tiene derecho a esperar.”³⁹

³⁸ Ernesto Jinesta Lobo, “Fundamentos de los Sistemas de Responsabilidad Administrativa” en *La responsabilidad patrimonial de la administración pública* coord., Jaime Rodríguez-Arana Muñoz Jorge Fernández Ruiz, Luis José Béjar Rivera y María del Carmen Rodríguez, tomo I, (México: ESPRES, Especialistas en Responsabilidades S.C., 2014), 237.

³⁹ Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 32.

En este orden de ideas, cabe mencionar que la responsabilidad por falta de servicio de la Administración Pública, resulta análoga a la responsabilidad por culpa en el ámbito privado, debido a que en la una y en la otra debe realizarse un juicio, aunque este juicio sea objetivo, respecto a un modelo de conducta en el primer caso y a un estándar de servicio respecto del otro. En el ámbito de la culpa civil se compara la conducta de la persona a quien se atribuye el perjuicio versus un estándar abstracto y objetivo de cuidado de una persona prudente y diligente, el buen padre de familia; en tanto que, en la falta de servicio se compara el servicio efectivamente prestado con el estándar razonable que se espera de la Administración pública que, en principio, debería estar establecido normativamente.

Enrique Barros resalta que, en la responsabilidad por falta de servicio, al igual que sucede en la responsabilidad por culpa, se requiere establecer un patrón de conducta que debe acatar la Administración pública:

Como en la responsabilidad por culpa, es tarea judicial la determinación del estándar o patrón de conducta que debe observar la Administración Pública y municipal, al menos que la propia ley, defina ciertas situaciones que *per se* den lugar a la responsabilidad (falta de servicio infraccional)[...]Inevitablemente, en la determinación judicial del estándar de servicio influyen factores análogos a los determinantes de la culpa civil[...]”⁴⁰

Vinculado con lo que se viene exponiendo, Jesús González Pérez explica que en un servicio público la anormalidad: “[...] consiste en que el servicio no ha funcionado, o que, habiendo funcionado, lo ha sido de forma defectuosa, imperfecta, inadecuada.”⁴¹

En forma complementaria a lo que se ha expuesto el tratadista Ernesto Jinesta, en forma atinentemente, sostiene que en la responsabilidad por falta de servicio la clasificación tripartita de: prestación tardía, defectuosa y omisión de la prestación del servicio resulta incompleta, porque no cubre todas las hipótesis posibles que pudieran producirse en la realidad, ya que no solo debe verificarse las faltas de la prestación material del servicio, sino también la conducta ilícita, como la emisión de actos contrarios al ordenamiento y las omisiones formales, por el no dictado de actos debidos; en específico, menciona lo siguiente:

En nuestro criterio, la clasificación tripartita formulada por Duez en 1938 (prestación tardía, defectuosa del servicio y omisión en su prestación) resulta incompleta o parcial, dado que, no cubre todas las hipótesis posibles. En efecto, el sistema de responsabilidad

⁴⁰ Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 531.

⁴¹ González Pérez, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 475.

por falta de servicio, incluye no sólo los supuestos de funcionamiento anormal, esto es, de las actuaciones materiales desplegadas en la prestación de un servicio, sino que, también, de la conducta ilícita, esto es, de la actividad formal sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico a través del dictado de actos administrativos inválidos y las omisiones formales a través del no dictado de actos administrativos debidos.⁴²

Basado en lo expuesto, se podría esbozar una definición de responsabilidad por falta de servicio como: la obligación de la Administración Pública de reparar el daño causado, cuando este es el resultado de la no prestación de un servicio que la Administración tiene el deber de suministrar, o cuando lo ha prestado tardía o defectuosamente, comparado con el estándar razonable del servicio y, en general, cuando sea el resultado de toda actuación u omisión violatoria de obligaciones administrativas preexistentes.

La responsabilidad extracontractual por falta de servicio no constituye responsabilidad objetiva, tal como se ha razonado precedentemente, pero considero que tampoco se trata de responsabilidad subjetiva en sentido estricto, tal como está regulada en el Derecho Civil, es una forma autónoma de atribución de responsabilidad, pero con esta última mantiene mucha similitud; porque, como se ha explicado, es necesario que exista una deficiencia en el servicio y que esta sea la causa del daño, lo cual requiere la realización de un examen de valor sobre la calidad del servicio, para confirmar su existencia, además de la verificación del nexo de causal entre la falta de servicio y el daño.

En virtud de lo expuesto puede esbozarse como requisitos de la responsabilidad por falta de servicio que la diferencian de la responsabilidad objetiva o estricta los siguientes: 1) la existencia de una falla o falta en el servicio; 2) que la falla o falta del servicios consista en la ausencia total del servicio, en la prestación tardía o en la prestación defectuosa o en las actuaciones u omisiones ilícitas de los servidores públicos; 3) La comparación objetiva del servicio que se considera defectuoso con el estándar de servicio normativa o técnicamente establecido; 4) que la causa del daño ocasionado a la víctima se haya originado en la falla o falta del servicio.

Estos elementos lo diferencian notoriamente de la responsabilidad objetiva o estricta, ya que en la responsabilidad objetiva como se ha dicho reiteradamente se prescinde de la culpa para establecer el deber de reparar el daño y es suficiente acreditar que la acción u omisión de la Administración pública fue la causa del daño, además de

⁴² Jinesta Lobo, "Fundamentos de los Sistemas de Responsabilidad Administrativa", 230.

los otros requisitos comunes a todo tipo de responsabilidad extracontractual, como la existencia del daño y la falta de eximentes de responsabilidad, pues, sin daño no existe nada que reparar, y si se presentan eximentes como el caso fortuito o fuerza mayor o la intervención de un tercero se rompe el nexo causal.

El factor común en la responsabilidad por falta de servicio y la responsabilidad objetiva consistente en que no es necesario verificar la culpa del servidor para acreditar la existencia del deber de reparar, no las torna en una misma cosa. De igual forma el que en la responsabilidad por falta de servicio debe hacerse una comparación objetiva entre el servicio realmente prestado, que se considera la causa del perjuicio, y el servicio que normativa o técnicamente es el adecuado, no convierte a la responsabilidad por falta de servicio en responsabilidad objetiva. En la responsabilidad por falta de servicio seguirá siendo necesario verificar la ocurrencia de una falla en el servicio en los términos antes anotados, en tanto que en la responsabilidad objetiva eso no será necesario.

De lo dicho hasta el momento es inevitable concluir que, resulta contradictorio definir a la responsabilidad por falta de servicio como objetiva, porque supone fusionar, contra natura, conceptos distintos y contrapuestos. Se trata de dos diferentes formas de atribución de responsabilidad.

Ahora bien, en nuestro país, el artículo 11, número 9 de la Constitución, dispone que el Estado, sus delegatarios, concesionarios, 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.

En concordancia, los artículos 53 y 54 de la Constitución disponen, en la parte atinente, lo siguiente: “Art. 53.- (...) El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por *negligencia y descuido* en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados.”⁴³ (énfasis añadido) y el artículo 54, dispone: “Art. 54.- Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la *deficiente prestación* del servicio, por la calidad

⁴³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449 (20 de octubre de 2008), art. 53.

defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore. (...)”⁴⁴ (énfasis añadido)

Considerando lo manifestado por los doctrinarios antes citados, acorde al tipo de redacción de las normas antes transcritas, no podría concluirse sin más que se refieren a la responsabilidad estricta u objetiva; ya que, como se ha expuesto, para que nazca la responsabilidad por falta o deficiencia en la prestación del servicio público se requerirá realizar un juicio sobre el servicio no realizado o defectuosamente proporcionado, con el que debía prestarse, y, para aquello, debe usarse como referencia los parámetros objetivos del funcionamiento adecuado o regular del servicio.

Es más, el artículo 53 de la Constitución alude directamente a la *negligencia y descuido* en la atención de los servicios públicos, lo cual obliga a que se verifique el servicio prestado, considerado deficiente, con el que debía ser prestado. Encontrar, en suma, la negligencia en la prestación del servicio, lo cual no es necesario realizar cuando rige un sistema de responsabilidad objetiva, donde es suficiente acreditar el nexo causal entre el hecho del demandado y el daño que habría sufrido el accionante, tal como quedó estudiado en el capítulo precedente.

De otra parte, cuando en la Constitución se ha deseado establecer la responsabilidad extracontractual del Estado con carácter de objetiva, lo ha establecido expresamente, como sucede con el segundo inciso del artículo 396, en el que, al referirse a los daños ambientales, dispone: “La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.”⁴⁵

Aunque teniendo presente que en un Estado como el nuestro, con mayor o menor frecuencia e intensidad, es administrado de forma arbitraria y que la práctica diaria demuestra que el Derecho Administrativo y sus principios no son adecuadamente aplicados o, simple y llanamente son ignorados, resultaría más útil que pudiera concluirse que estas normas contienen un sistema de responsabilidad objetiva, porque de esta manera, para obtener la reparación de los perjuicios derivados de la actividad deficiente del Estado, no se requeriría la engorrosa prueba de la existencia de la falta, lo cual, en algunos casos puede resultar una tarea imposible; pero, basado en lo que los estudios

⁴⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449 (20 de octubre de 2008)

⁴⁵ *Ibíd.*, art. 396.

previos sobre la materia han aportado, y en el análisis precedente, considero que las normas comentadas no incluyen un sistema de responsabilidad objetiva, al menos las que se refieren a la *falta o deficiencia* en la prestación de los servicios públicos como causa de la obligación reparatoria.

Es pertinente señalar que, hasta cierto punto, esta posición está en contracorriente con cierta jurisprudencia, porque, por ejemplo, la Sala de lo Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, basada en el artículo 20 de la Constitución de 1998, que disponía:

Art. 20.- Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la *prestación deficiente de los servicios públicos* o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.

Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes.⁴⁶ (énfasis añadido)

Tal órgano de justicia razonó mediante resolución 168-07, dictada dentro del proceso propuesto por Florencio Antonio Andrade Medina, en nombre propio y de su hijo, contra EMELMANABI y CONELEC, por los daños físicos que su hijo sufriera [la amputación de un miembro superior e inferior], como consecuencia de una descarga eléctrica proveniente de un cable de alta tensión, tendido cerca de la casa de este, que la responsabilidad extracontractual del Estado no es de tipo subjetiva sino objetiva:

Consecuencia de lo enunciado precedentemente es que el régimen de responsabilidad patrimonial pública, establecido en nuestro ordenamiento jurídico, no pueda 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.⁴⁷

Por el contrario, acorde con los juicios expuestos en el fallo, se deduce que, para la mentada Sala de lo Contencioso Administrativo, el criterio de atribución de responsabilidad es el objetivo, aun con la redacción del artículo 20 de la Constitución de 1998, que es semejante al del artículo 11 número 9 de la actual Constitución, en cuanto a

⁴⁶ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1 (11 de agosto de 1998).

⁴⁷ Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, "Sentencia" en Juicio n.º 168-07, Registro Oficial, 339, Suplemento, 7 de mayo de 2008.

que se alude a la falta de servicio como mecanismo de atribución de responsabilidad del Estado.

Esto se infiere de la sentencia comentada ya que en esta, aunque no se dice explícitamente que la clase de responsabilidad aplicable al caso es la objetiva, en cambio, se lo deja sobrentendido, cuando se menciona 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, [...]”⁴⁸, y además porque, al realizar una explicación de las diferentes formas de atribución de responsabilidad se señala que: “De otra parte, la responsabilidad es objetiva, si ella *depende exclusivamente de la justicia o ilicitud del resultado* de la conducta del sujeto, por lo que poco importa si el sujeto ha actuado con dolo o culpa;(...)”⁴⁹ (énfasis añadido); es decir, se describe al tipo de responsabilidad extracontractual del Estado, que según el fallo imperaría en el Ecuador, de similar forma a como se define lo que según la sentencia constituye responsabilidad objetiva.

En la sentencia dictada dentro del proceso de casación 139-2010, resolución 246-2012, dentro del proceso seguido por Deifilio Larriva Polo y Teresa González Harris, Fausto Bolívar Ávila Ávila y Alba Argentina Encalda Zamora contra el Estado ecuatoriano, por el fallecimiento, en un accidente de un helicóptero de las Fuerzas Armadas Ecuatorianas, de la exministra de defensa Guadalupe Larriva y su hija menor de edad Claudia Ávila Larriva, entiende a la responsabilidad objetiva como sinónima de la responsabilidad por falla en el servicio; esto, pese que, al mismo tiempo se señala que en esta clase de responsabilidad *el daño se produce como consecuencia de que una persona pública no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente*, tal como se puede verificar a continuación:

Fue así como se implantó a teoría de la responsabilidad objetiva o falla del servicio, que es una responsabilidad directa, consistente en que se produce un daño debido a que una persona pública no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente; no entra pues aquí a consideración necesariamente el concepto de culpa de 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 es posible encontrarla en la actuación de personas naturales, aquí se trata de na 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 da lugar a

⁴⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 168-07.

⁴⁹ *Ibíd.*

la responsabilidad subjetiva 5.3.- Así se ha consagrado para la aplicación del derecho público en materia de responsabilidad administrativa extracontractual, por medio de la culpa objetiva administrativa o falla del servicio, la cual consta actualmente en el Art. 11, numeral 9, de la Constitución de la República [...] ⁵⁰

Como se constata en el fallo se dice que la responsabilidad por falla de servicio es sinónima de la responsabilidad objetiva, pese a que incluso se menciona que se basa en la culpa, a la cual, empero, califica de especial, porque la considera objetiva u objetivizada. Esto, a mi juicio, es contradecir ampliamente lo que se entiende doctrinariamente como responsabilidad objetiva, aun cuando coincida en la apreciación de que la falta de servicio, al igual que ocurre con la culpa en el ámbito de la responsabilidad subjetiva, implique un análisis objetivo entre la actuación u omisión que se considera falla de servicio y la actuación que normativa o técnicamente debía ser la adecuada.

Es que, como se ha explicado insistentemente y lo corroboran muchos autores, la responsabilidad objetiva se caracteriza porque se prescinde de la culpa como factor de atribución de responsabilidad, por tanto, no es razonable esgrimir que la responsabilidad por falta en el servicio es objetiva y al mismo tiempo sostener que ser requiere de la culpa, aunque sea especial, para que se genere el deber de reparar.

Siguiendo la tesis de que en Ecuador rige un sistema de responsabilidad extracontractual objetiva, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, dentro del juicio 17811-2013-11741, dentro de un proceso de responsabilidad extracontractual seguido por los familiares de la víctima que falleció por el impacto de un tubo mientras una contratista de una empresa pública presta sus servicios para esta última, aceptó la demanda aseverando que en el país existe un régimen de responsabilidad objetiva, y que esta consistía en el daño causado por una mala actuación, o una actuación tardía o deficiente de sus funcionarios, como se verifica seguidamente:

Considerando que el Estado manifiesta su voluntad dentro del ámbito de sus funciones, a través de los distintos órganos que componen el aparato estatal y que estos son representados y administrados por personas físicas, *la responsabilidad objetiva del Estado* consiste en el daño causado a un particular por una mala actuación o una actuación tardía o deficiente por parte de sus funcionarios ⁵¹

⁵⁰ Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, “Sentencia” 246-2012, en el Juicio N.º 139-2010.

⁵¹ Ecuador, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, sentencia, en juicio n.º 17811- 2013-11741, 14 de septiembre de 2018,14.

No obstante, reitero que, conforme a lo que se tiene explicado hasta el momento, no parece jurídicamente razonable concluir que del texto del artículo 20 de la Constitución de 1998, o del contenido en el artículo 11, número 9 de la actual Constitución, al tratar de la obligación de indemnizar por los perjuicios ocasionados por la “*prestación deficiente de los servicios públicos*”, según el art. 20 o “*por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos*” en el artículo 11, número 9, pueda concluirse que se trata de responsabilidad objetiva; porque, la alusión a la deficiencia o a la falta del servicio que contienen estas normas, requiere precisamente la constatación de la deficiencia, de la falla en el servicio. En tanto que, en un sistema de responsabilidad objetiva no se exige el examen de la calidad del servicio para verificar si es deficiente o no, con el fin de establecer si nace la obligación a reparar, es suficiente la comprobación de que el daño especial se origine en la actividad del Estado.

Adicionalmente debemos considerar que aquella parte de la redacción del artículo 11, número 9, de la Constitución, que se refiere a que el Estado debe reparar el daño generado por las *acciones u omisiones de sus servidores*, además de las originadas por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, no puede justificar por si sola el régimen de responsabilidad objetiva, la cual creo se refiere a los daños provocados por acciones u omisiones ilícitas de los servidores.

Creo que, para que guarde coherencia con el resto del texto del artículo y su contexto, estas actuaciones u omisiones provocadoras de daños deben considerarse ilícitas para generar responsabilidad; de manera que deberá probarse su ilicitud. Por lo expuesto, esta disposición constitucional, conforme la opinión de Jinesta, con la cual coincido, incluye la obligación de reparar el daño cuando se originen en: a) omisión absoluta de la prestación del servicio; b) prestación defectuosa; c) prestación tardía; d) actuaciones ilícitas; y, e) omisiones ilícitas de deberes formales; al respecto Ernesto Jinesta, manifiesta:

Para efectos didácticos la falta de servicio puede ser reconducida a grandes categorías básicas. En nuestro criterio, la clasificación tripartita formulada por Duez en 1938 (prestación tardía, defectuosa del servicio y omisión en su prestación) resulta incompleta o parcial, dado que, no cubre todas las hipótesis posibles. En efecto, el sistema de responsabilidad por falta de servicio, incluye no sólo los supuestos de funcionamiento anormal, esto es, de las actuaciones materiales desplegadas en prestación de un servicio, sino que, también, de la conducta ilícita, esto es, de la actividad formal sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico a través del dictado de actos administrativos

inválidos y las omisiones formales a través del no dictado de actos administrativos debidos.⁵²

Así se respondería también por los daños ocasionados por actos administrativos ilícitos y por aquellas omisiones incurridas cuando existe el deber de actuar.

Abona a la tesis de que estas específicas normas constitucionales no establecieron un sistema de responsabilidad objetiva en nuestro país, el hecho de que el artículo 331 del Código Orgánico Administrativo, COA, exija la concurrencia de la falta o la deficiencia en la provisión del servicio público, junto con el nexo causal y el daño, como requisito para la existencia de responsabilidad extracontral del Estado; ya que, como se ha explicado, en esta clase de atribución de responsabilidad (responsabilidad objetiva) no se requiere establecer la falta de servicio, para que se genere la obligación de reparar, es suficiente que el daño se produzca y que haya nexo causal entre este y la actividad del Estado que se considera la causa del daño.

Lo expuesto hasta el momento, no significa que no exista un sustento en la Constitución de 1998 y la vigente respecto a la reparación del perjuicio generado por la actividad lícita del Estado, que puede encontrarse, en mi criterio, en el principio de igualdad y no discriminación, como se expondrá posteriormente en este estudio.

1.2. Elementos

Los elementos de la responsabilidad por falta de servicio, dada su cercanía con la responsabilidad por culpa, son semejantes a los de esta última forma de atribución de responsabilidad, y por esta razón cabe aplicar algunas de las regulaciones propias del derecho común, estos elementos esencialmente son: la existencia de daño, la relación de causalidad entre el hecho de la Administración pública y el daño.

Para el caso específico de esta clase de atribución de responsabilidad se requiere, además, la falta de servicio, para lo cual, como se ha explicado precedentemente, es necesario un estándar del servicio público con el cual comparar el que se considera ha sido deficientemente proporcionado o que, de plano, no se ha efectuado.

Seguidamente se explican en forma breve cada uno de estos elementos, ya que el enfoque mayor de este trabajo está en la responsabilidad por actividad lícita o regular y al tratar ese tema se buscará explicar más detenidamente cada uno de estos elementos que son comunes, como el daño y la causalidad.

⁵² Jinesta, “Fundamentos de los Sistemas de Responsabilidad Administrativa”, 230.

Según Enrique Barros, para la jurisprudencia casi unánime de su país, Chile: “daño es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial”⁵³

La causalidad constituye otro requisito en la responsabilidad por falta de servicio, al igual que lo es en la responsabilidad objetiva y también por culpa, y resulta común a todas, porque para establecer la responsabilidad del Estado, o de cualquier otra persona en los otros tipos de atribución de responsabilidad, se requiere establecer la relación o conexión entre el hecho de quien se considera responsable con el daño provocado a la víctima.

El Código Orgánico Administrativo, COA, en su artículo 331, establece como requisitos concurrentes de la responsabilidad extracontractual: a la falta o deficiencia en la provisión de un servicio público; al daño, que lo denomina como calificado; y, al nexo causal, con lo cual se incluyen dos de los elementos comunes, antes mencionados:

Art. 331.- Requisitos. Para la responsabilidad extracontractual se verificará la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. La falta o deficiencia en la provisión de un servicio público o cualquier otra prestación al que el particular tenga derecho.
2. El daño calificado de conformidad con este Libro.
3. La existencia de un nexo causal entre el daño calificado y la acción u omisión de las administraciones públicas o el hecho dañoso que violente el derecho.⁵⁴

Este artículo establece como requisito concurrente de la responsabilidad extracontractual a la falta o deficiencia en la provisión de un servicio público, lo cual llevaría, *prima facie*, a la conclusión de que solamente con la existencia conjunta de estos requisitos podría generarse la referida responsabilidad; no obstante, el artículo precedente, el 330, dispone en su parte atinente: “Las instituciones del sector público, con excepción de la función judicial cuya responsabilidad está determinada en su propia ley, responden por el daño debidamente calificado proveniente de sus actuaciones u omisiones, *incluso cuando estas sean lícitas*”⁵⁵ (El énfasis añadido), lo que denota una notoria contradicción, porque si la responsabilidad extracontractual del Estado nace

⁵³ Chile, *Corte de Santiago*, 3.6. 1973, RDJ, t. LXX, sec 4ª, 65.

⁵⁴ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Segundo Suplemento (7 de julio de 2017), art. 33.

⁵⁵ *Ibíd.*, art. 30.

también de sus actuaciones u omisiones lícitas como dispone el art 330, es obvio que la falta de servicio no puede ser un requisito en esta forma de atribución de responsabilidad.

Si de una actuación lícita y adecuada puede generarse responsabilidad extracontractual, no puede exigirse como requisito, al mismo tiempo, respecto de dicha actuación, que se entiende se realizó con apego la ley y a las regulaciones técnicas atinentes, que se demuestre que aquella actuación contiene una falta o una falla en el servicio.

Por lo expuesto considero que para que tenga sentido lo establecido en los artículos 330 y 331, cuando el daño provenga de las actuaciones u omisiones lícitas de las instituciones de Estado, para establecer su responsabilidad extracontractual, no puede exigirse como requisito la falta o deficiencia del servicio, pero sí los restantes requisitos establecidas en el artículo 331, es decir el daño y el nexo causal.

La falta de servicio, en cambio, y aunque resulte obvio decirlo, necesariamente es un elemento de la responsabilidad extracontractual por falta o deficiencia en la prestación del servicio, forma de atribución de responsabilidad distinta a la derivada de los actos lícitos, y este elemento, como se ha mencionado de alguna forma en los párrafos precedentes, vendría a constituirse en la infracción a un deber objetivo de conducta que deben mantener las instituciones del Estado en la provisión del servicio.

Para este fin se debe establecer en cada caso la conducta que deben seguir estas instituciones, el estándar objetivo del servicio; establecido esto, se debe comparar con el servicio que se considera defectuoso y que provocó el daño. La falta del servicio puede incluir la no prestación absoluta del servicio que el Estado y sus instituciones tienen el deber de entregar o la provisión tardía o defectuosa de aquel.

Jinesta enfatiza en que el funcionamiento anormal es el requisito esencial de esta forma de atribución de responsabilidad y que es errado sostener la existencia de un sistema de responsabilidad objetivo:

El funcionamiento anormal es, en esencia, la causa de la antijuricidad y la condición necesaria e indispensable de la responsabilidad, circunstancia por la cual resulta desacertado sostener que existe un sistema de responsabilidad administrativa totalmente objetivo, puesto que, la necesidad de la falta de servicio demuestra que todavía no ha logrado la « socialización de la responsabilidad o del riesgo ».⁵⁶

⁵⁶ Jinesta, “Fundamentos de los Sistemas de Responsabilidad Administrativa”, 229.

En este ámbito Enrique Barros manifiesta que la determinación de la falta de servicio entraña una dificultad para el juez y, en general, para esta forma de atribución de responsabilidad, ya que debe distinguirse entre lo que solamente es una competencia de una institución estatal, en sentido de potestad, y lo que esta tiene asignado como un deber de servicio, que para este autor, constituye asunto distinto y para él, únicamente cuando se incumpla con un deber de servicio, más allá de la potestad que posea, habrá lugar a la responsabilidad extracontractual, como se puede verificar seguidamente:

Una de las mayores dificultades para la determinación de los deberes de servicio radica en la necesaria distinción entre las materias que son de *competencia* de las municipalidades y de los demás órganos de la Administración del Estado, y aquellas que constituyen sus *deberes de servicio*. La diferencia entre ambos conceptos establece la línea divisoria entre la función pública entendida como potestad y como deber de servicio.⁵⁷

La dificultad radicaría en la falta de precisión de la Ley respecto de lo que constituye la función atribuida a cada institución estatal y la delimitación de los deberes específicos de servicio; de manera que ante esta situación al juez le corresponderá diferenciarlo y determinar, en suma, aquella conducta razonable que le corresponde mantener a la institución estatal en el ámbito de sus deberes de servicio y contrastarlo con aquella actuación u omisión que el demandante le señale fue la causa del perjuicio.

Finalmente, cabe dejar establecido que en esta forma de atribución de responsabilidad también son eximentes de responsabilidad, como sucede en el ámbito civil, la exposición imprudente de la víctima, el hecho de terceros, el caso fortuito o fuerza mayor, como lo establece el art. 337 del Código Orgánico Administrativo.

2. Responsabilidad de los daños ocasionados por la actividad regular de la Administración pública

Existen en la realidad daños que se irrogan contra los derechos de las personas, sean morales o materiales, ocasionados por actividad lícita o normal del Estado, como sucedería, por ejemplo, en la privación de acceso a un negocio o vivienda por la construcción de una obra pública, lo cual impide a los clientes del negocio acudir al establecimiento comercial, lo que merma las ganancias de este, y acaso, su quiebra; y, para el caso del acceso a la vivienda, la imposibilidad de quienes habiten allí, de estacionar sus vehículos cerca de aquellas, o en fin, de acceder o salir de los inmuebles.

⁵⁷ Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 508.

En tal circunstancia, la obra pública es obviamente lícita, porque el Estado actúa en uso de sus competencias y con la finalidad de realizar una obra para beneficio de la sociedad, pero su realización afecta derechos de otras personas.

Jesús González Pérez, respecto de lo que debe entenderse por funcionamiento normal del servicio, sostiene: “Considero normal el funcionamiento del servicio cuando la Administración pública ha actuado conforme al ordenamiento, en ejercicio de sus potestades, para un fin o necesidad pública, cumpliendo los requisitos legales, bien adoptando previamente el acto legitimador o, sin acto previo, cuando así lo admita el ordenamiento.”⁵⁸

En estas circunstancias, la duda que generó la redacción de esta tesis es si tales daños deben ser reparados, y de ser así, cual es el sustento constitucional o legal para hacerlo, en este sentido el artículo 11, número 9, de la Constitución dispone:

Art. 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.⁵⁹

Este artículo, tal como se razonó en el capítulo precedente, a mi juicio, establece a la responsabilidad por falta de servicio como un criterio de atribución de responsabilidad, pero esta forma de atribución de responsabilidad, en mi opinión, no abarca a la que se generaría cuando los daños son el resultado de la actividad legítima o regular del Estado, porque es obvio que este último supuesto (la actividad lícita) no se puede incluir, sin atentar a la lógica, como un caso de falta o deficiencia del servicio.

Es que no existe en los daños ocasionados por la actividad lícita del Estado una inadecuada prestación del servicio o un anormal funcionamiento de los órganos estatales; de manera que, dentro del criterio de atribución de responsabilidad por falta de servicio, no podría incluirse a la reparación que cabría realizar respecto de los perjuicios ocasionados por los actos lícitos o por el funcionamiento normal del servicio público y, en general, por la actividad del Estado y sus instituciones.

⁵⁸ González Pérez, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 474.

⁵⁹ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 (20 octubre de 2008), art. 11.

Ante este estado de cosas, surge la irremisible pregunta de si los daños ocasionados por la actividad lícita o regular de la Administración pública deben ser resarcidos y, de serlo, cuál sería su sustento jurídico ¿cuál el factor de atribución de responsabilidad para este supuesto? considerando que la responsabilidad por falta de servicio contemplada en la antes mencionada norma constitucional, no podría ser.

En este sentido, si bien la responsabilidad por falta de servicio, como está contenida en el artículo 11, número 9, de la Constitución, no abarca a los daños producidos por la actividad regular o lícita del Estado, debe tenerse presente, como señala Enrique Barros, que los criterios de atribución de responsabilidad rara vez son puros, y es normal que el Estado esté sujeto a varios criterios de atribución: “[...]Estos criterios rara vez dan lugar a modelos puros, porque, como ocurre en el derecho chileno, lo normal es que el Estado esté sujeto a distintos criterios de atribución de responsabilidad, que se hace cargo de la diversidad de actividades y funciones asumidas por las administraciones modernas.”⁶⁰

Al respecto el tratadista español Ramón Parada, sostiene que el normal funcionamiento del servicio como motivo de imputación de responsabilidad tiene origen en el derecho francés, en la denominada responsabilidad sin falta o por riesgo y se fundamenta precisamente en el riesgo de los daños antijurídicos de la actividad de las “Administraciones Públicas”:

En cuanto al funcionamiento normal de los servicios públicos como causa de imputación, hace referencia a los supuestos que en el derecho francés se conocen, más adecuadamente, *como de responsabilidad sin falta o por riesgo*. La idea básica es que, en su límite, *el funcionamiento normal como causa de imputación se funda en el mero riesgo* de la presencia en el escenario de los daños antijurídicos de las Administraciones Públicas y, por ende, de sus funcionarios siempre que exista algún tipo de relación causal.⁶¹(énfasis añadido)

Por tanto, es evidente que el criterio de atribución de responsabilidad para el caso de los daños ocasionados por la actividad regular o lícita de la Administración pública es otra y, adelanto en señalar que está vinculada al principio constitucional de igualdad, tal como se explicará en el siguiente título.

⁶⁰ Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 484.

⁶¹ Ramón Parada, *Derecho Administrativo*, 2ª ed., (Madrid: Open Ediciones Universitarias, 2014), 520.

Dilucidada la inaplicabilidad de la norma constitucional comentada para fundamentar la responsabilidad por los daños provocados por la actividad regular o lícita del Estado, resta mencionar que, aunque esta disposición estrictamente no lo permita, considero que estos perjuicios deben repararse, dado que resultaría injusto que el patrimonio u otros derechos de ciertas personas sean afectados, sin la correspondiente compensación, aunque la causa de perjuicio sea la actividad lícita del Estado e incluso cuando esto suponga la finalidad de beneficiar a la mayoría o la totalidad de la sociedad; claro que, como ya quedó anotado, el fundamento jurídico que lo sustenta es otro.

3. Teorías que justifican la reparación de daños por actividad regular de la Administración pública

Al proponerse el problema motivo de este trabajo se partió de la duda de si la reparación de los daños ocasionados por la actividad lícita o regular del Estado es posible y, de ser así, si puede tener sustento en el artículo el artículo 11, número 9, de la Constitución. Ahora bien, como hemos anotado precedentemente, no podría ser esta norma constitucional la que sustente la responsabilidad por la actividad lícita de la Administración pública, en tanto aquella se refiere a la obligación del Estado o sus concesionarios de reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos. Corresponde entonces establecer el sustento, si acaso existe, de la obligación de reparar los daños ocasionados por la actividad regular del Estado.

Enrique Barros, sostiene que mucho más ligado a la función pública está otra forma general de responsabilidad de la Administración pública, y explica que el Estado tiene la potestad de imponer cargas a sus ciudadanos para satisfacer el interés público y, a su vez, los ciudadanos el deber de soportarlas; de hecho, denota que muchas normas establecen y regulan esa clase cargas, pero que algunas de estas imposiciones rebasan el límite razonable de lo prudencial, de lo tolerable y atentan contra los derechos adquiridos y contra la igualdad de la distribución de las cargas públicas, en cuyo caso no se les puede exigir que las soporten, como se puede verificar seguidamente:

El Estado está facultado para imponer cargas a las personas en procura de bienes de interés general[...]Pero hay un cierto umbral prudencial en que la carga privada en beneficio público atenta contra los derechos adquiridos y contra la igualdad de *distribución de las cargas públicas* [...] En esta situación se impone a los afectados una carga que no les resulta exigible soportar y el derecho da lugar a una acción

indemnizatoria, que funcionalmente presenta analogías con el derecho a ser indemnizado que se reconoce al expropiado por causa de interés público⁶²

Garrido Falla, por su parte, menciona sobre este tema que: “Ciertamente nuestro ordenamiento positivo ha abierto aquí un supuesto de responsabilidad sin falta que tiene su causa en el funcionamiento normal de los servicios públicos y su fundamento en un principio de solidaridad y de reparto entre los administrados de los perjuicios que pueden causar los servicios públicos y las obras públicas.”⁶³

Como se aprecia de las citas transcritas, la aplicación del principio de igualdad justifica la reparación del daño o cargas que sufren unas personas por la actividad normal o regular del Estado; en tanto es injusto e inequitativo que solamente unas personas soporten tales cargas y no la sociedad entera, si se considera que aquellas cargas se producen en el ámbito de una actividad desplegada en beneficio de toda la colectividad o de una gran mayoría de aquella. Guarda además cierta semejanza con la expropiación de propiedad privada por motivos de utilidad pública.

Se trata, en suma, de la aplicación del principio de la distribución equitativa de las cargas públicas⁶⁴, Enrique Barros, en su exhaustiva obra sobre responsabilidad extracontractual, menciona:

Es característico de esta obligación reparatoria que tenga su origen en un acto consciente y lícito del Estado, en cuya virtud impone una carga pública. [...]. La lógica económica que existe tras esos casos es sencilla: para obtener un beneficio mayor se requiere sacrificar un derecho de menor entidad, para lo cual el derecho autoriza a la autoridad a actuar en procura del interés mayor, pero a condición de que repare el costo privado que irroga alcanzarlo.⁶⁵ (El énfasis añadido)

⁶² Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 487.

⁶³ Garrido Falla, Palomar Olmedo y Losada González, *Tratado de Derecho Administrativo*, 12ma edición, volumen II, (Madrid: Editorial Tecnos, 2006), 347.

⁶⁴ En similar sentido, específicamente en lo atinente a que la responsabilidad del Estado respecto de los daños, se explica por el principio de la distribución de las cargas públicas, algunos estudiosos nacionales sostienen que la reparación del daño tiene sustento [...]en el desequilibrio generado por las actuaciones estatales *en la distribución de las cargas públicas de los ciudadanos* (desequilibrio de las cargas públicas), según los cuales *el afectado no debe probar la ilicitud y culpabilidad del agente público sino únicamente el vínculo entre la actividad estatal dañosa y el perjuicio* (relación de causalidad), ni el Estado puede eximirse de responsabilidad probando su diligencia, sino que únicamente puede deducir eximentes externos para desvirtuar el nexo de causalidad (caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero y culpa de la propia víctima).⁶⁴ (énfasis añadido) (Diego Mogrovejo Jaramillo, en Foro, Revista de Derecho, No 12, UASB-Ecuador/CEN. Quito, 2009, La responsabilidad estatal en la Constitución.)

⁶⁵ Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 517.

Juan Carlos Cassagne, razona en el sentido de que el justificativo para que el Estado responda por los daños provocados por su actividad lícita, está en la intangibilidad de los derechos patrimoniales y en que la imposición de un sacrificio especial por razones de interés público, debe ser compensado por el Estado, como se puede verificar seguidamente:

[...] Lo que acontece es una cosa bien diferente y constituye una derivación de dos principios que se articulan para justificar el fundamento de la obligación de reparar el perjuicio. Así, por un lado, se encuentra la regla del mantenimiento de la intangibilidad de los derechos patrimoniales frente a la privación de la propiedad por razones de interés público mientras que, por el otro, *aparece el principio vinculado a la necesidad de distinguir –en determinadas circunstancias fundadas en la especialidad de los perjuicios sufridos- la carga de los daños, para que ella no sea soportada de un modo desigual por parte de unos ciudadanos sobre los que resulta injusto que recaiga exclusivamente*. Es decir, que cuando sobre una persona pesa algún sacrificio especial impuesto por razones de interés público, ese sacrificio debe ser compensado por el Estado, el cual viene a representar al resto de la comunidad que no lo soporta.⁶⁶(énfasis añadido)

Lo expuesto por Cassagne, sin duda, resulta coherente, ya que, de una parte los derechos patrimoniales de las personas deben ser protegidos por el Estado [en nuestra Constitución, artículo 11, número 9, de hecho se dice expresamente que es el más alto deber del Estado la protección de los derechos] y no solo tales derechos, sino otros, incluso más importantes, como los derechos a la salud y a la vida y, de otra parte, el daño especial que sufren ciertas personas por favorecer la realización del bien común, deben repartirse entre todos los miembros de la sociedad y no puede quedar sin la reparación efectuada por el propio Estado, a nombre de todos los asociados y beneficiarios de la actividad estatal que provocó el daño.

Botassi, con similares argumentos, sostiene que el Estado también es responsable de reparar el daño pese a que la actividad sea normal y lícita:

[...] el Estado debe indemnizar no solo los daños causados por acciones u omisiones ilícitas, *sino también aquellos ocasionados por su conducta legítima. Se trata de situaciones donde se infringe un daño a una persona para evitar un mal mayor*, [...]. En estos casos, no es posible imputar dolo o negligencia del agente ni de falta de servicio, y *la obligación de reparar el daño se apoya en el principio de igualdad frente a las cargas públicas* del artículo 16 de la Constitución Nacional, ya que, si bien se considera legítimo que en defensa del interés general se afecte la propiedad privada, se reputa injusto que *una persona o un grupo acotado de personas sacrifiquen su patrimonio en provecho colectivo sin una justa indemnización*⁶⁷ (énfasis añadido)

⁶⁶ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Tomo I (Buenos Aires: Editorial LexisNexis/Abeledo -Perrot, 2006), 481.

⁶⁷ Luis Botassi, *Revista de Pontificia Universidad Católica del Perú*, 2011 Derecho, PUCP, N° 67, 2011 / ISSN 0251-3420, <http://eds.a.ebscohost.com/>

De similar forma, Botassi coincide en que debe repararse los daños ocasionados por la actividad lícita y que esta obligación se sustenta en el principio de la igual distribución de las cargas públicas, en lo cual coincido; pero cabe observar que la obligación de reparar se producirá necesariamente solo en situaciones en las que se infrinja un daño para evitar un mal mayor, como pudiera suceder en el desvío de una inundación a una zona privada agrícola, para evitar el daño a una zona densamente poblada, sino que el daño por los actos lícitos podría producirse sin que medie el objetivo de evitar un daño mayor, sino, simplemente, para lograr un beneficio colectivo y en este último supuesto también existirá la obligación de reparar.

Carlos Pinzón Muñoz, también concuerda con la tesis de que el equilibrio de las cargas públicas es el fundamento de la responsabilidad respecto de los daños ocasionados por la actividad legítima del Estado:

[...] contemporáneamente los daños causados por la actividad legítima del Estado tiene una respuesta efectiva a favor del particular que los padece con grave afectación de su patrimonio, bajo la fórmula jurídica del rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, escenario en donde el beneficio común no puede avasallar sin contención la justicia material que impide que el Estado saque ventaja de su posición dominante sin equilibrar de nuevo la balanza (principio de igualdad).⁶⁸

Pinzón coincide con las posturas de los otros autores citados denotando que el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas debe equilibrarse nuevamente bajo el principio de igualdad, y así los daños causados aún por la actividad legítima del estado deben repararse a la persona que lo padece.

Jesús González Pérez, denota también que es el principio de igualdad ante las cargas públicas el que fundamenta la responsabilidad patrimonial de la Administración y que, para que este principio sea efectivamente respetado, requiere de una reparación integral a la víctima del daño: “Es obvio que para que se respete el principio de igualdad ante las cargas públicas que constituye el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, la reparación ha de ser integral. El patrimonio del

⁶⁸ Carlos Enrique Pinzón Muñoz, *El Derecho de Daños en la Responsabilidad Extracontractual del Estado* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2015), 18.

administrado deberá resultar inalterado, procediendo una indemnización que equivalga al daño sufrido.”⁶⁹

En el ámbito jurisprudencial el Consejo de Estado de Colombia en una de sus resoluciones, decidió que el Estado debe indemnizar el perjuicio especial ocasionado por este, incluso si se origina en una actuación legítima de la fuerza pública, y basa esta decisión en que el daño ocasionado significa un exceso respecto de lo que normalmente están obligados a soportar lo asociados del Estado por el hecho de vivir en sociedad y, por ende, una vulneración de la igualdad frente a las cargas públicas:

Sin embargo, actuando en nombre y para la comunidad, ocasionó un perjuicio especial, anormal, que excede del que normalmente deben soportar los asociados en razón de la naturaleza especial de los poderes y las actuaciones del Estado, quebrantando así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas. La actividad desplegada por la fuerza pública era legítima y en beneficio de la comunidad, pero como en razón de ella el actor sufrió un daño que desborda los límites que normalmente están obligados a soportar los administrados, la indemnización de los perjuicios, debe correr a cargo del Estado.⁷⁰

En similar sentido, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, dentro de un proceso en el cual el padre de un menor de edad que sufrió lesiones graves por una descarga eléctrica desde un cable del tendido eléctrico de la ciudad, a cargo de una empresa estatal EMELMANABÍ, por lo cual reclamaba el pago de una indemnización, ha expuesto razonamientos semejantes, para fundamentar la sentencia por responsabilidad extracontractual favorable al demandante, en la siguiente forma:

De tal forma que en la búsqueda de atender a los intereses colectivos, aunque se entienda que el interés individual deba ceder a ellos, 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 (...) 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, a restablecer el balance afectado.⁷¹

Cabe mencionar que si bien esta sentencia, para sustentar la responsabilidad extracontractual del Estado, acude al principio de distribución equitativa de las cargas

⁶⁹ González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 211.

⁷⁰ Sentencia, de 27 de enero de 2000, expediente 10867, citada por Diego Mogrovejo Jaramillo, en Foro, Revista de Derecho, No 12, UASB-Ecuador/CEN. Quito, 2009, La responsabilidad estatal en la Constitución.

⁷¹ Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 168-07.

públicas, lo hace en una situación de hecho que, como lo manifiesta en otro apartado de la misma sentencia, se originaría propiamente en una inadecuada prestación del servicio, con lo cual, considero que la alusión a este principio si bien puede adaptarse parcialmente a la situación, porque puede aseverarse que la víctima no tenía el deber jurídico de soportarlo, y que resultaría discriminatorio que lo soporte sin la correspondiente reparación, en cambio, la causa real del daño fue una inadecuada prestación del servicio, no un acto lícito del Estado, en la sentencia se manifiesta:

[...] *la deficiencia en la prestación del servicio* de distribución de energía eléctrica es, en este caso, un dato objetivo y plenamente admitido por el titular de la red eléctrica y el órgano de control y regulación, frente a las limitaciones económicas y prácticas que, en el Ecuador, existen para sostener al mismo tiempo, altos niveles de seguridad para las personas, los bienes y el ambiente, y bajos costos para la provisión del servicio (énfasis añadido).

Si en el caso se evidenció la deficiencia del servicio y que esta fue la causa del perjuicio, esta debió ser, en mi criterio, el motivo de atribución de responsabilidad, y no propiamente la distribución de las cargas públicas. Considero que el origen del daño no fue una actuación lícita cuyo costo debía ser distribuido en forma equitativa por todos los miembros de la sociedad con el pago de la correspondiente indemnización, tal como sucedería, por ejemplo, en el caso de la expropiación por utilidad pública, o como podría ser en el hipotético caso de que el Estado tome la decisión lícita de cerrar una zona aledaña a aquella en la cual ejecuta obras públicas, afectando el acceso de las personas a sus viviendas o negocios.. En el caso de la sentencia en análisis el daño y el consecuente deber de repararlo fue en realidad la consecuencia de la prestación inadecuada o defectuosa del servicio, según lo menciona la propia sentencia.

Por lo expuesto, como ampliamente lo mencionan doctrinarios de distintas latitudes e incluso fallos judiciales que han acogido estos criterios, como el comentado previamente (sin perjuicio de lo mencionado respecto del criterio atribución de responsabilidad atinente al caso), la reparación del daño especial ocasionado por la actividad regular del Estado es plenamente procedente, y su fundamento se sitúa en dos argumentos, la intangibilidad de los derechos patrimoniales y, sobre todo, en la aplicación del principio de igualdad, específicamente en la distribución equitativa de las cargas públicas.

De esta forma si la consecución del bien común requiere para la realización de la actividad o de la omisión legítima, el sacrificio del derecho de una persona o de una

minoría, esta puede efectuarse, pero reparando el daño especial que aquellas personas sufrieron, equiparando las cargas públicas entre todos los miembros de la sociedad, representados por Estado, aplicando un elemental principio de igualdad.

Juan Carlos Moron Urbina menciona que el origen de la responsabilidad por el acto lícito puede rastrearse a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789 que proclamó que los “hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, que “las distinciones sociales sólo pueden fundarse en a utilidad común” y que también consagró la igualdad “para el sostenimiento de las cargas públicas” y que de esta última disposición se concretó la fórmula de que el mantenimiento de la fuerza pública requería una contribución común, igualmente repartida entre todos los ciudadanos según sus posibilidades:

Precisamente esta última vertiente de la aplicación se plasmó en la celebrada fórmula siguiente:

Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración es indispensable una contribución común: debe ser igualmente repartida entre todos los ciudadanos en razón a sus posibilidades.

Si bien esta regla, tenía como propósito inicial consagrar la expresión de la igualdad para el financiamiento de los gastos de la Administración, no cabe duda que ha tenido una proyección bastante amplia, hasta llegar a sustentar un límite esencial al grado de tolerancia al sacrificio a los derechos patrimoniales en aras del interés colectivo.

Con base a este principio, la dogmática administrativa europea continental fundamentó la responsabilidad estatal por acto lícito.⁷²

En aplicación del principio de distribución equitativa de las cargas públicas, el daño especial que sufre una persona por causa de la actividad lícita del Estado, que no está obligada a padecerlo, porque no es una carga de aquellas que deba soportar por la conveniencia de vivir en sociedad, ni la ley se lo imponga, tiene que ser resarcido; porque no es equitativo, ni justo que ese perjuicio lo asuma sola. Las cargas de esta naturaleza deben ser distribuidas en forma igualitaria entre todos los miembros de la sociedad, representada por el Estado, dado que la actividad que las generó, favorece a toda la colectividad o una mayoría de aquella. En este sentido, el artículo 11 número 2 de la Constitución establece que:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

⁷² Juan Carlos Moron Urbina, “El Deber de indemnizar por la actividad administrativa lícita: El caso de la responsabilidad patrimonial pese a proceder conforme a derecho” en *La responsabilidad patrimonial de la administración pública* Jaime, coord. Rodríguez-Arana Muñoz, Jorge Fernández Ruiz, Luis José Béjar Rivera y María del Carmen Rodríguez, *tomo I* (México: ESPRES, Especialistas en Responsabilidades S.C., 2014), 439.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, (...) ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.⁷³

En virtud de este principio constitucional, resulta razonable concluir que las cargas, los perjuicios especiales que se generan incluso de la actividad normal o regular de los órganos y empresas del Estado⁷⁴, aun cuando tengan la finalidad de beneficiar a la mayoría o incluso a la totalidad de la sociedad, no pueden pesar solamente sobre unos, mientras el resto no asume el costo del perjuicio; porque esto entrañaría, además de una injusticia manifiesta, un trato desigualdad y discriminatorio entre las personas que conforman la comunidad, ya que solamente un reducido número de aquellos soportarían el perjuicio, por un hecho o acto que beneficia a la mayoría o a todos.

Si la actuación estatal beneficia a todos o a la mayoría y esto supone al mismo tiempo una carga para otros miembros de la sociedad, todos tienen que distribuirse el costo de aquella; por esta razón, la colectividad, representada por el Estado, debe asumir la reparación del perjuicio especial que sufren algunos por motivo de la actividad regular o lícita de sus instituciones.

En este punto cabe denotar que al momento en que se planteó el problema de esta tesis, no estaba claro si los daños provocados por la actividad lícita o regular del Estado podían ser reparados por este, ni que el principio de la distribución equitativa de las cargas públicas, derivado del principio constitucional de igualdad, sería el fundamento más atinente para sustentar la reparación de dichos daños, porque no había entonces una norma legal específica que se refiriera al asunto. Para fundamentar esa posición solamente se podía acudir a las exposiciones doctrinarias, a los criterios adoptados por la jurisprudencia antes comentada en el proceso propuesto por Florencio Andrade Medina contra EMELMANABI (que a su vez se basaba en la doctrina), y al principio constitucional de

⁷³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11.

⁷⁴ “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.”

igualdad; no obstante, a partir de la expedición del Código Orgánico Administrativo, COA, creo que esto ha quedado resuelto definitivamente, por las consideraciones siguientes.

El Código Orgánico Administrativo, en su artículo 331, establece al daño como uno de los tres requisitos para que proceda la responsabilidad extracontractual del Estado, y el artículo 334 señala que daño calificado es el que la persona no tiene la obligación jurídica de soportar o *el resultado de la violación del principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas*: “Art. 334.- Daño calificado. Daño calificado es aquel que la persona no tiene la obligación jurídica de soportar o que resulte de *la violación del principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas* y se deriva específica e inmediatamente de la acción u omisión de las administraciones públicas.”⁷⁵ (Las cursivas me pertenecen); con lo cual, creo que, si bien normas constitucionales como el artículo 11, número 9, que trata sobre la responsabilidad por falta de servicio, no incluye a la responsabilidad originada en la actividad regular o lícita de la Administración pública, la ley, en este caso el COA, ha establecido en forma explícita al principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas, el cual es, a su vez, el fundamento de la reparación de los daños provocados por actos lícitos del Estado..

Adicionalmente, aunque el artículo 11, número 9, de la Constitución no reconozca en forma expresa la responsabilidad extracontractual por actividad lícita del Estado y su texto se refiera a la responsabilidad por falta de servicio, considero que el principio de igualdad establecido en el artículo 11, número 2, de la Constitución, que dispone:

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; *ni por cualquier otra distinción*, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. (énfasis añadido)

Cobija a esta forma de atribución de responsabilidad, porque si todas las personas somos iguales y estamos constreñidas a los mismos deberes, así como a gozar de los mismos derechos y oportunidades, como dispone esta norma constitucional, entonces, las

⁷⁵ Código Orgánico Administrativo, art. 334.

cargas ocasionadas por la actividad lícita del Estado, que tiende a la búsqueda del bien general, deben ser distribuidas equitativamente entre todos en forma igualitaria.

Javier Pérez Royo, manifiesta en torno al principio constitucional de igualdad, que:

El significado y el alcance de la igualdad constitucional se agotan en la prohibición genérica de discriminación por parte de los poderes del Estado. Los poderes del Estado pueden diferenciar, o, mejor dicho, no pueden no diferenciar, pero no pueden discriminar. Y discriminan cuando el poder legislativo y ejecutivo pierden neutralidad y en lugar de actuar como voluntad general, actúan como voluntades particulares, tomando partido por una voluntad particular y en contra de otra. O cuando el poder judicial pierde la imparcialidad en la aplicación individualizada de la voluntad general, convirtiendo la diferenciación legislativa-reglamentaria en discriminación.⁷⁶

Considerando el texto de la norma constitucional antes mencionada y lo dicho por Javier Pérez Royo, precedentemente transcrito, creo que habría una actitud discriminatoria hacia aquellas personas determinadas que pese a sufrir perjuicios por la actividad lícita del Estado o sus instituciones, realizada para beneficiar de la colectividad, no se les repare por esos daños; pues, en un supuesto así, de manera injusta, solo aquellas tendrían que soportar una carga en tanto otras recibirían únicamente los beneficios de aquella actividad.

Por cuanto el Estado no puede actuar con discriminación y su deber es respetar y hacer respetar los derechos de las personas, entonces, ante una situación como la que se expone, no puede eludir la obligación de reparación del daño ocasionado. En caso de no hacerlo, el perjudicado encontraría en el principio constitucional de igualdad, además de lo establecido en el COA, sobre la igualdad en la distribución de las cargas públicas, el fundamento para demandar la reparación de perjuicio sufrido.

De esta forma queda absuelta la duda que se planteara al iniciar este trabajo, en el sentido de que la responsabilidad por falta de servicio, contenida en los artículos 11, número 9, 63 y 64 de la Constitución, no es el criterio de atribución de responsabilidad que pueda amparar a la pretensión de reparación de daños provocados por la actividad lícita del Estado; en cambio, el fundamento es el principio de igualdad en la repartición de las cargas públicas, que implícitamente está recogido en el artículo 11, número 2, de la misma Constitución, que contiene el principio de igualdad y no discriminación y, también está expresamente regulado, en el artículo 334 del COA.

⁷⁶ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional, undécima edición*, (Madrid: Marcial Pons, 2007), 266.

Para concluir este título es relevante denotar que estudiosos de la materia, como Julio Pablo Comadira, incluso sostienen que no solo los daños originados por la actividad lícita del Estado deben repararse a los perjudicados, sino también las originadas en las omisiones lícitas que, aunque quizás con menor frecuencia, también pueden producirse y resultar tan perjudiciales como las provenientes de la actividad lícita.

Si el daño proviene de una omisión lícita resultaría igualmente injusto que las personas lo padezcan sin recibir la compensación respectiva. Comadira, como ejemplo de una situación así, describe el caso en que la policía omitiera intervenir para controlar la acción de unos manifestantes que terminan por incendiar la casa de un particular, y que la causa de su abstención es evitar un daño mayor, ya que, de haber actuado, podrían haber provocado una reacción todavía más violenta de los protestantes, con grave riesgo para el resto de la comunidad, tanto que pudieran haberse generado lesiones o incluso pérdida de vidas humanas. Al respecto Comadira manifiesta:

Ciertamente, hay una omisión pues, siendo competente y resultando fácticamente posible la realización de la conducta que podría haber evitado el daño en los ejemplos mencionados - (...) la protección del inmueble del particular-, el Estado se abstiene de actuar. Esto es, la omisión está configurada por la inactividad del Estado no obstante la competencia para actuar y la posibilidad real de ejecutar la conducta omitida. Está claro que, sin hubieren sido otras las circunstancias, debió haber actuado. Y creo que tampoco podría dudarse, en principio, de la legalidad de la omisión. Parecería que se trata de supuestos de ejercicio razonable de una atribución preponderantemente discrecional.⁷⁷

En una situación como la que se describe, la omisión resultaría lícita porque el Estado, representado por los agentes del orden, estarían evitando un mal mayor, pero, en cambio, su omisión supone el perjuicio patrimonial a un particular, para quien resulta manifiestamente injusto. Comadira, basado en los mismos argumentos que justifican la reparación de los daños por actividad lícita, sostiene que estos deben repararse, como se verifica en la siguiente cita:

Es decir, se trataría de supuestos que se inscribirían en el marco de la potestad estatal de sacrificar derechos subjetivos de contenido patrimonial por razones de bien común. Y que, con fundamento en la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, la igualdad ante las cargas públicas, la libertad y la razonabilidad, consagradas sabiamente por los

⁷⁷ Julio Pablo Comadira, “Responsabilidad del Estado por omisión Lícita: La Necesidad de su reconocimiento” en *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, coord., Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Jorge Fernández Ruiz, Luis José Béjar Rivera y María del Carmen Rodríguez, tomo II, (México: ESPRES, Especialista en Responsabilidades S.C., 2014), 46.

constituyentes (...), exigen ser reparados en los mismos términos que las demás hipótesis de los daños provocados por la actividad legítima del Estado.⁷⁸

Cabe advertir que sobre este tema existen pocos estudios, pero, además, resulta controversial la materia, porque puede pensarse que en estos casos no podría haber propiamente situaciones de omisiones lícitas, porque para que se hable de omisión, debería haber un deber de actuar, previamente establecido; en cuyo caso, la omisión no podría considerarse lícita, sino, por el contrario, un incumplimiento a la ejecución de un deber; es decir, una omisión ilícita.

Como quiera que fuere, aunque este tema excede el objeto de esta tesis, y las situaciones en que se pudieran provocar daños por omisiones lícitas pudieran parecer escasas o complejas de detectar, en principio, coincido con Comadira en que los perjuicios ocasionados por las omisiones en que incurre el Estado, incluso si estas son lícitas, en el sentido de que con tal inactividad se sacrifican derechos de ciertas personas o de minorías, para favorecer los derechos de la mayoría, o para la protección del interés público, deben ser reparados, porque las razones que justifican la responsabilidad respecto de los perjuicios por la actividad lícita, son, creo, igualmente atinentes al supuesto de las omisiones lícitas.

Más aún si se considera que el artículo 330 del COA dispone de manera expresa que la responsabilidad extracontractual procede respecto de los daños originados por la actividad como por las omisiones de las instituciones estatales, incluso cuando sean lícitas, incluyéndose así las dos situaciones.

4. Requisitos de la responsabilidad de daños por actividad regular

Considerando lo que las normas atinentes del COA y las del Código Civil, que analógicamente pueden usarse, se puede colegir que los requisitos de la responsabilidad extracontractual por actividad regular o lícita del Estado son: la existencia de daño (que el COA denomina calificado), el nexo de causalidad entre el hecho dañoso y la actividad lícita del Estado, la antijuricidad del daño.

Aunque la expedición del Código Orgánico Administrativo ha introducido normas más específicas sobre la responsabilidad extracontractual, como la referente al daño calificado, aún trata someramente, por ejemplo, lo atinente al criterio de atribución de responsabilidad e igualmente respecto de otras particularidades propias de la

⁷⁸Ibíd., 47.

responsabilidad patrimonial del Estado; por lo cual, es necesario acudir en forma supletoria a las disposiciones del Código Civil para llenar estos vacíos, más aún, si se considera que la regla séptima del artículo 18 del Código Civil dispone que “A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se acudirá a los principios del derecho universal.”; por tanto, las regulaciones del Código Civil respecto al daño, la causalidad, la exposición de la víctima, fuerza mayor y otras semejantes que no han sido tratadas por las normas del derecho público en forma específica, cabrían utilizarse para llenar los vacíos normativos, claro que, adaptándolas a la naturaleza especial del Derecho Administrativo.

4.1. El daño

El daño que, tal como lo habíamos mencionado líneas atrás, entre otras definiciones, se ha descrito como “todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial”⁷⁹, es para muchos autores el elemento principal de la responsabilidad, cualquiera que sea el criterio de atribución de responsabilidad: subjetiva, objetiva, originada en actividad lícita, etc.; puesto que, sin aquel, aunque resulte obvio decirlo, no se generaría la obligación de reparar.

El daño es indispensable también en el caso de la responsabilidad subjetiva, aunque en esta clase de atribución de responsabilidad se requiera además que este se origine en la negligencia o dolo del causante. En este sentido, Yzquierdo es muy categórico en señalar la importancia del daño como elemento esencial de la responsabilidad:

Que el daño o perjuicio se presenta como primer elemento de la responsabilidad civil es algo fuera de toda duda. En efecto, si se trata de reparar, es necesario que exista algo que reparar. Es éste uno de los puntos que marcan la diferencia con la responsabilidad penal o criminal: para que el Derecho penal actúe, basta con que se manifieste una voluntad delictiva, sin que sea preciso que concluya la ejecución iniciada [...] Por mucho o poco protagonismo que, según las épocas, puedan tener en el campo de la responsabilidad civil la culpa o negligencia, *el daño constituirá por ello, y siempre, el elemento principal de la responsabilidad civil*⁸⁰ (Las cursivas me pertenece)

⁷⁹ Chile, *Corte de Santiago*, 3.6. 1973, RDJ, t. LXX, sec 4^a, 65, citado en *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Enrique Barros Bourie (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 221.

⁸⁰ Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 159.

En forma semejante, Jesús González Pérez resalta la importancia del daño como requisito de la responsabilidad de las Administraciones Públicas en España, aunque menciona otros requisitos explícitamente establecidos en su legislación como que el daño sea evaluable económicamente e individualizada: “El primer requisito para que nazca el derecho a la indemnización es que se hubiere producido una lesión en cualquiera de los bienes y derechos, que sea efectiva, evaluable económicamente e individualizada con relación a una persona o grupo de personas.”⁸¹

En el caso de la actividad regular de la Administración Pública, el daño también es claramente un requisito gravitante, tanto que el artículo 330 del COA, dispone: “Las instituciones del sector público, con excepción de la función judicial cuya responsabilidad está determinada en su propia ley, responden por el daño debidamente calificado proveniente de sus actuaciones u omisiones, incluso cuando estas sean lícitas [...]”, y el artículo 334, como ya se ha mencionado precedentemente, intenta explicar que debe tenerse por daño calificado, en la siguiente forma: “Art. 334.- Daño calificado. Daño calificado es aquel que la persona no tiene la obligación jurídica de soportar o que resulte de la violación del principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas y se deriva específica e inmediatamente de la acción u omisión de las administraciones públicas.”

Establecido que el daño es uno de los requisitos esenciales para que exista responsabilidad extracontractual y la correspondiente reparación, cabe aludir al tipo de daño susceptible de reparación, si lo es solo el patrimonial o también el irrogado a derechos inherentes a la persona, que se los cataloga como morales, tales como el honor, el buen nombre, la intimidad, etc. En este sentido el artículo 336 del COA, dispone que: “[...] Cuando el daño sea patrimonial, se procurará la restitución de las cosas a su estado original [...] o al más próximo al que se encontraban antes de la afectación o de no ser posible, mediante reparación pecuniaria en la que estará incluida la reparación por daños meramente morales, cuando corresponda.” Con lo cual, en forma implícita establece que los denominados daños morales también son objeto de reparación y no solamente los patrimoniales, pero, por la forma de la redacción pareciera establecerse que en la indemnización de estos últimos debe incluirse a los daños morales que pudieran derivarse, cuando los hubiere y de forma separada.

⁸¹ González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas*, 365.

4.1.1. Daño general y especial

No todo tipo de daño es susceptible de responsabilidad y de la correspondiente reparación, para que puedan repararse, como sostiene la doctrina, estos no pueden ser de naturaleza general, es decir, de aquellos que por el hecho de vivir en sociedad o que, para la consecución del bien común y para la preservación del Estado y sus instituciones deban ser soportados por todos.

No sería razonable la exigencia de la reparación de esta clase de daños, porque la conveniencia de la convivencia social, para cuyo sostenimiento se requieren, exige el ineludible deber de soportarlos. Ejemplo de esta clase se cargan generales, que a todos nos está impuesto soportar, son los impuestos establecidos mediante ley; todos debemos tributar para que estos recursos (al menos en teoría) se usen en el beneficio de la totalidad de la sociedad y el mantenimiento del Estado. Otro ejemplo lo constituyen las sanciones administrativas impuestas legalmente, ya que, en estos casos, las personas están obligadas a cumplir aquellas disposiciones, aunque les resulten lesivas, y, no pueden pretender el resarcimiento de los daños que estas les ocasionan.

El funcionamiento del Estado y sus instituciones y la prestación de servicios públicos pueden generar ciertas cargas generales, comunes, que no son inequitativas y todas las personas estamos compelidas a tolerarlas para asegurar el bien común, en cuyo caso, el Estado no tiene la obligación de reparar, ni las personas el derecho a exigirlo, así lo manifiesta, entre otros, Ernesto Jinesta:

Los administrados estamos sometidos, por la sola existencia y funcionamiento de los entes públicos –a través del ejercicio de sus competencias y de la prestación de los servicios públicos–, a una serie de sacrificios de orden general y que no afectan a un administrado o a un grupo determinable de éstos.

Tales cargas tienen como particularidad que las respectivas administraciones públicas gozan del derecho de exigirlos y los administrados tenemos la obligación correlativa de tolerarlas en aras del bien común. Desde esta perspectiva, esos sacrificios de orden general no son indemnizables, puesto que, si los administrados tenemos el deber de tolerarlas no puede admitirse la existencia de un derecho al resarcimiento por ser soportados.⁸²

En sentido semejante, Juan Carlos Cassagne sostiene al respecto que, existe el deber de soportar los daños cuando estos son generales, pero, añade que, si sucede en sentido contrario, es decir, cuando el daño o sacrificio es especial, el particular tiene el derecho de demandar la reparación. Agrega que el deber general de soportar los daños:

⁸² Jinesta, “Fundamentos de los Sistemas de Responsabilidad Administrativa”, 218.

[...]siempre existe cuando los daños sean generalizados y la ley no prescriba indemnizaciones especiales a título de garantía. Al no existir dicho deber (situación que, como regla general, acontece cuando la actuación del Estado provoca un sacrificio especial) nace en cabeza del damnificado el derecho a reclamar la reparación de los perjuicios provocados en su patrimonio [...]⁸³

En cambio, es indemnizable el daño de naturaleza especial, o dicho de otro modo, para que quepa la reparación el daño debe ser de naturaleza especial, y se entiende que lo es, cuando el daño supera el ámbito de aquellas cargas generales que todos tenemos el deber de soportar por el hecho de vivir en sociedad y porque son necesarias para permitir la existencia del Estado y sus instituciones; esto pareciera constituir un razonamiento circular, pero, según manifiestan autores como Jinesta, el daño especial sería aquel en el cual la afectación recae sobre una persona o un grupo de personas determinables y no a la generalidad de los habitantes.

Según Jinesta, a diferencia de lo que sucede con la carga general, el Estado no tiene el derecho de exigir el sacrificio o carga o especial, ni la persona o grupo de personas determinables tienen el correlativo deber de soportarla sin la correspondiente reparación; por tal razón, en el caso de que se imponga, porque el Estado lo requiera para cumplir su misión de precautar bien común, deberá realizarse la correspondiente reparación, que usualmente se concreta en una compensación monetaria, aunque no solamente.

Agrega Jinesta que las personas tienen el deber jurídico de tolerar la imposición de ciertas cargas, aquellas de carácter general, sin derecho exigir indemnización, pero pasado este límite de tolerancia propio de las cargas de carácter general, se consuma el daño especial que, obviamente, ya no tiene el deber de soportar; según este autor, el límite se alcanza cuando se rompe con la equidad, con el principio de igualdad ante las cargas públicas y el de la integridad relativa del patrimonio, como se puede verificar seguidamente:

Esto nos lleva, a efecto de concretar el concepto de sacrificio especial, a indicar que los administrados deben manejar un margen de tolerabilidad respecto de las cargas impuestas por las administraciones públicas, ámbito que se ubica en el de las cargas generales, por lo que una vez traspasado el límite o umbral de la tolerancia se verifica un sacrificio especial que no tienen el deber jurídico de soportar o tolerar y, por consiguiente, debe ser resarcido. El límite de lo soportable de los administrados se rebasa y, por ende, el carácter

⁸³ Cassagne, “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública”, 105.

individual, singular, grave e intenso del sacrificio se alcanza cuando se quebranta la equidad, el principio de igualdad ante las caras públicas y la integridad del patrimonio.⁸⁴

Y se rompe la equidad y el principio de igual distribución de las cargas públicas al momento en que se realizan distinciones no justificadas en motivos objetivos y razonables, en cuyo caso, se produce una discriminación, proscrita en nuestra Constitución. Una situación discriminatoria se produciría en el caso en que las cargas se apliquen en forma desigual solamente respecto de una persona o grupo de personas determinadas, por una actividad que, en contrapartida, supone beneficio a la mayoría o a la totalidad de los integrantes de la sociedad.

La especialidad del daño para algunos autores como Jinesta, es un elemento de tipo cuantitativo, porque se refiere al número de afectados por la actividad del Estado, si el daño producto de esta actividad afecta a un grupo determinable de personas, el daño sería especial:

La especialidad del daño es un elemento de carácter cuantitativo, puesto que, hace referencia a la cantidad de víctimas afectadas patrimonialmente por una actuación administrativa o legislativa –en la hipótesis de la responsabilidad del Estado-Legislador-. Se ha señalado que la razón de este criterio radica en la imposibilidad financiera de la administración pública responsable para indemnizar vastos sectores de la colectividad o a miles de damnificados, sin descartarse la obligación de resarcir cuando el daño es excepcionalmente intenso y ruinoso aunque afecte a un amplio sector de administrados (v.gr. nacionalización de una categoría determinada de bienes).⁸⁵

En principio resulta razonable establecer que la especialidad del daño que merece reparación se refiera a un grupo reducido de personas, porque de ser totalmente general, todos estarían asumiéndolo y, en tales circunstancias el daño dejaría de ser especial. No obstante, no puede descartarse absolutamente la reparación del daño aunque afecte a la generalidad, si el daño es de tal intensidad que afecte gravemente el patrimonio u otros derechos de la persona, o derive de una manifiesta arbitrariedad del Estado. En este sentido, como se aprecia de la cita de Jinesta, el propio autor manifiesta que no se descarta la obligación resarcitoria incluso cuando este afecte a un vasto sector de la sociedad y no solo a una persona o grupo reducido de personas, siempre que el daño sea “excepcionalmente intenso y ruinoso”, dejando abierta la posibilidad de la reparación en tales circunstancias.

⁸⁴ Jinesta, “La responsabilidad patrimonial de la administración pública” 221.

⁸⁵ *Ibíd.*, 225.

Jesús González Pérez, en torno al tema, también sostiene que para que el particular no deba soportar el daño, la lesión debe ser especial, pero, en una posición algo diversa a la expresada por Jinesta en cuanto al razonamiento para establecer si existe daño especial, manifiesta que se ha entendido que este, no dependería tanto de un criterio cuantitativo sino de su intensidad, en la siguiente forma: “Sin llegar a la posición de PATALEÓN, se ha estimado que para que el particular no deba soportar el daño es necesario que éste sea especial, no tanto «en cuanto singular (criterio cuantitativo), sino en cuanto a la intensidad y gravedad del mismo (criterio cualitativo)»⁸⁶

Juan Carlos Moron, en cambio, señala que el sacrificio especial atiende a dos dimensiones, una cuantitativa y otra cualitativa, la primera se refiere a que afecte una o pocas personas y la segunda a que el sacrificio debe ser intenso y desproporcionado al fin general que se busca lograr con la medida:

Por el contrario, el sacrificio particular para ser resarcible debe ser un sacrificio especialísimo en dos aspectos: dimensión cuantitativa (en la exclusividad) y en la dimensión cualitativa (intensidad). Por el primero, será particular el sacrificio porque tiene que ser un sacrificio que afecte a una o unas personas y no a la generalidad. Por ejemplo, la aprobación de una medida de política económica. Debe ser especial para uno o unos pocos que ameriten recibir de los demás contribuyentes una compensación. En segundo lugar, en su dimensión cuantitativa el sacrificio debe ser desproporcionado al fin de interés general que se busca beneficiar con la medida.⁸⁷

Como se verifica de las citas transcritas, para que quepa la reparación del daño, este debe ser de naturaleza especial y, ya sea que se aplique alguna de las tesis por las cuales se determina la especialidad del daño: el criterio o cuantitativo (número de personas afectadas), o el cualitativo (la intensidad del daño) o, la fusión de las dos, resulta claro que no puede exigirse la reparación de aquellos daños de carácter general, al que todos estamos obligados. Aunque cabría la posibilidad de que aún los daños que afectan a una gran cantidad de la población pudieran ser reparados si los efectos de estos daños son intensos ruinosos, tal como propugna Jinesta.

4.1.2. Antijuricidad del daño

El artículo 334 del COA, establece también que no todo daño es susceptible de responsabilidad extracontractual del Estado, aunque opta por denominarlo daño calificado, al disponer que por este se entiende aquel que la persona no tiene la obligación

⁸⁶ González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas*, 465.

⁸⁷ Moron Ubidia, “El Deber de indemnizar por la actividad administrativa lícita:”, 447

jurídica de soportar, pero también agrega otro motivo para considerar la existencia de daño calificado, esto es: que resulte de la violación del principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas, estableciendo una causa distinta. Esta última, como se ha expuesto, propiamente el fundamento de la responsabilidad de los daños provocados por la actividad lícita del Estado.

Como se ha mencionado, las personas no tienen el deber jurídico de soportar el daño especial y, si este se genera por la actividad lícita del Estado, el fundamento jurídico para su reparación es el principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas.

Creo que el artículo 334 del COA opta por denominar calificado al daño generador de la responsabilidad extracontractual, porque, en efecto, no todo daño puede serlo, sino solo cierto tipo de aquellos; por lo cual, en este sentido, podría denominarse calificados. Solo aquellos daños que cumplan tal “calificación” podrían generar el derecho de reparación.

Varios autores establecen otro requisito esencial del daño para que sea susceptible de reparación, la antijuricidad, que lo considero muy vinculado a lo precedentemente expuesto como daño especial.

Eva Menéndez Sebastián, conforme a la regulación de su país, España, de la que muy probablemente se tomó la nuestra, incluye a la antijuricidad como un requisito adicional de la responsabilidad extracontractual; esta regulación es semejante a la constante en el art. 334 del COA, que dispone que el daño calificado es aquel que *la persona no tiene la obligación jurídica de soportar*.

Para Eva Menéndez, la exigencia de que la reparación del daño procede siempre que la persona no tenga la obligación jurídica de soportarlo, no se refiere a que la actuación estatal causante del daño sea ilegal, o producto de una incorrecta o inadecuada prestación del servicio de la Administración, sino que, simplemente, la persona no esté en la obligación de soportarlo, como sucedería con todas aquellas cargas impuestas por la ley, como serían, entre otros, los tributos, que implican un desmedro patrimonial de las personas, pero que están establecidos legalmente para la consecución del bien común, y que, por ende, tienen la obligación jurídica de soportar sin que, en contrapartida, tengan derecho a demandar la reparación por esta disminución del patrimonio, así lo dice esta autora:

Por tanto, cuando se habla de antijuricidad del daño, no se está haciendo referencia a que derive de una actuación ilegal, es decir, la antijuricidad no se predica de la actuación que

da lugar a responsabilidad –entre otras razones porque la responsabilidad se da tanto por el funcionamiento anormal como normal del servicio, por lo que no es necesario que la actuación sea incorrecta o contraria a la legalidad-, sino del daño en el sentido de que el administrado no tenga el deber jurídico de soportar tales perjuicios, con independencia de la legalidad o de la corrección o no de la actuación causante de los mismos.⁸⁸

Ruocco, citado por Augusto Durán Martínez, entorno a la antijuricidad en los casos de daño por actividad lícita del Estado, sostiene que existe ilicitud en esta clase de la responsabilidad, pero que la antijuricidad está en el resultado, no en la actividad causante del daño (porque en este tipo de responsabilidad el acto vulnerador es lícito), porque resultaría injusto que las personas que padecen el daño, incluso por la actividad lícita del Estado, deban ser quienes lo asuman:

En la reparación de daños causados a damnificados por actos lícitos, se advierte que la lesión perpetrada puede ser injusta, no porque fuera injustamente causada –ya que el acto lesivo es lícito-, sino porque es incompatible con la idea de justicia que las consecuencias derivadas del tal proceder queden en cabeza del lesionado (justicia distributiva). En la responsabilidad por acto lícito existe antijuricidad, lo que ocurre es que la misma no se ubica en la conducta sino en el resultado⁸⁹

De esta forma coinciden los autores citados en que la antijuricidad no se refiere al acto que provoca el daño, porque en esta clase de atribución de responsabilidad, este se entiende lícito, y coinciden también en que la antijuricidad de daño se da cuando no existe el deber de soportar el daño, como destaca Durán, citando a Ruocco: “Y esta situación antijurídica o incompatible con la idea de justicia, como decía Ruocco, se da cuando no existe el deber de soportar el daño.”⁹⁰

De manera similar Moron sostiene que la antijuricidad no depende de la actuación ilegal o legal del funcionario estatal, que se aprecia respecto del resultado que ocasiona y de la transgresión del principio de tratamiento igualitario por parte de la administración, como podemos constatar:

Para efecto de esta responsabilidad, el daño antijurídico no es calificado en función del proceder ilegal o legal del autor estatal, sino en la medida que el perjuicio es provocado a un administrado que no tiene el deber jurídico de soportarlo, por lo que resulta

⁸⁸ Eva Menéndez Sebastián, “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública”, en *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública, dir.*, Tomás Quinta López, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013), 49.

⁸⁹ G Ruocco, Responsabilidad patrimonial del Estado por actividad administrativa, citado en Augusto Durán Martínez, “Responsabilidad de la administración por actividad lícita”, coord. Jaime Rodríguez-Arna Muñoz, Jorge Fernández Ruiz, Luis José Béjar Rivera y María del Carmen Rodríguez, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, tomo I. (México: ESPRES, Especialista en Responsabilidades S.C., 2014), 414.

⁹⁰ *Ibíd.*, 414.

indemnizable. De este modo, la antijuricidad no califica la conducta del autor, sino se aprecia en función al propio daño que ocasiona.

En este caso, la disociación entre el daño y acto que lo causa, permite advertir que puede existir un daño antijurídico a pesar de provenir de un acto lícito y, por ende, debe resarcirse. El daño resulta antijurídico no porque provenga de una causa indebida, sino porque el resultado efectivo de ese acto, su existencia y su mantenimiento en patrimonio del ciudadano es incompatible con otros valores y principios del sistema jurídico (v.gr. el derecho al tratamiento igualitario por parte de la administración).⁹¹

Como se verifica de las citas transcritas, la antijuricidad del daño está en el resultado, es decir, en mismísimo el daño, ya sea al patrimonio o a cualquier otro derecho de la víctima, no en el acto o en el hecho que lo provoca; de forma que resulta irrelevante revisar si ese acto o hecho fue producto de alguna transgresión a las normas, y tampoco es importante a este fin, verificar si hubo culpa del algún servidor en la actuación u omisión que provocó el daño; la cual, de todas formas no podría verificarse en el caso de la responsabilidad por actuación lícita, donde se parte de la situación de que el daño se produce sin que exista como antecedente alguna transgresión de las instituciones estatales, ni de sus servidores.

Ahora bien, es obvio que existe una coincidencia entre el requisito del daño especial y la llamada antijuricidad del daño, establecida en nuestra Ley, como elemento del daño calificado, al disponerse que este existe cuando *la persona no tiene la obligación jurídica de soportar*, porque para que el daño sea considerado especial, precisamente, las personas no tienen obligación de soportarlo, en tanto que, dejaría de ser daño especial cuando la carga sea general, y deba ser soportado por todos o la mayoría, sin derecho a pedir indemnizaciones, y esto sucederá, la mayor de las ocasiones, cuando la legislación haya impuesto este deber a la generalidad.

Cuando la ley, o un acto de la Administración debidamente sustentado en la ley imponen una carga, existe el deber jurídico de soportar el daño, pero, en caso contrario, cuando el daño es especial, circunscrito a un grupo de personas determinables, estas pueden exigir su reparación, porque no tendrá el deber jurídico de soportar el perjuicio.

En otro ámbito, considerando que el objeto de estudio en este caso, es la responsabilidad que proviene de los daños causados por la actividad lícita o regular del Estado, es atinente lo manifestado por Menéndez, ya que la obligación de reparar no se origina en un acto ilegal, de hecho, en esta clase de atribución de responsabilidad, como

⁹¹ Moron Ubidia, "El Deber de indemnizar por la actividad administrativa lícita:", 445

ya se explicó anteriormente, no existe actuación ilegal, ni falta de servicio. La obligación de reparar existirá cuando los particulares no tengan el deber jurídico de soportar el daño, aunque este sea el resultado de una actuación lícita del Estado, porque la misma ley no ha impuesto tal deber a los particulares, como sucede, en sentido contrario, cuando la ley permite que los particulares sean sancionados, cuando se cumplen ciertas circunstancias, y en tal supuesto, estos tienen el deber de acatar la sanción.

En este punto cabe aclarar que si la carga especial la impone alguna de las instituciones del Estado a una persona o grupo determinable de personas, en el ejercicio de sus actividades lícitas, debe ser realmente para la satisfacción del interés público, porque de no ser así, y solamente aparenta que actúa con esa finalidad, cumpliendo únicamente las formalidades propias del caso, pero con un propósito distinto, como sería satisfacer intereses de ciertos particulares, o incluso el mero deseo de afectar al particular a quien impone la carga, por odio o revancha del funcionario (muy usual en el ámbito político), se incurriría en un vicio de desviación de poder. En una situación así no se justificaría la carga especial y, por el contrario, esta actuación estaría viciada, merecería su anulación si por su naturaleza fuese posible, y el retorno de las cosas a su estado original y, según el caso, la entrega de la correspondiente indemnización que compense el daño provocado.

En la situación antes mencionada, aun cuando también procedería la indemnización por el daño ocasionado, el motivo sería diferente; en el caso de que se hubiese provocado por la actividad lícita en aras de la obtención de un fin público, la justificación jurídica sería, como se ha expuesto, el que las personas no pueden sufrir cargas especiales, sin recibir indemnización, por aplicación del principio de igual distribución en de las cargas públicas; en el otro supuesto, sería la ilicitud de la conducta de los servidores que, en apariencia actuaron en beneficio de interés público, cuando en realidad fingieron hacerlo con ese objetivo y actuaron con un fin distinto, contrario al previsto en la ley, ilicitud que, obviamente afectaría la validez del acto o hecho por medio del cual se impuso la carga especial.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de casación dictada en varias veces aludido caso de Florencio Antonio Andrade Medina contra EMELMANABI y CONELEC, de forma indirecta se refiere al carácter especial que debe tener el daño, al denotar que “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.”⁹²

Para finalizar este apartado, es importante denotar que el segundo inciso del art. 334 del COA excluye explícitamente la responsabilidad y la reparación de un tipo específico de daño a pesar de que este provenga de la actividad del Estado, es el caso del *daño que nazca de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica* existentes en el momento de producción de aquéllos, tal como se puede verificar de la transcripción siguiente:

No se genera responsabilidad extracontractual del Estado, por los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones económicas que el ordenamiento jurídico pueda establecer para estos casos.⁹³

Al respecto la tratadista Eva Menéndez señala que esta norma “encuentra su origen en ciertos supuestos de contagios en el ámbito sanitario y la responsabilidad derivada de ellos”⁹⁴. Esta disposición legal no permite la reparación de aquellos daños que según el estado del conocimiento de la ciencia o la técnica no pudieren preverse, con lo cual, los perjudicados deben asumir el daño.

La exclusión de esta categoría de daños, en mi criterio, resulta injusta con las víctimas, porque, en una situación así, aunque el Estado no actúa con negligencia, porque debido al nivel del conocimiento científico o técnico, lo hace sin que pueda presentir la consecuencia de sus actos, incluso bien intencionados; en cambio, el daño, no deja de ser resultado de su actuación, por lo cual, no parece adecuado que sea la víctima la que deba asumirlo. No obstante, la ley la ha excluido expresamente esta clase de daño.

4.1.3. Daño cierto

El daño, según muchos autores, además debe cumplir otros requisitos, como ser cierto y actual, con lo cual se impide que las meras expectativas, o conjeturas sobre la ocurrencia de un daño pueda generar responsabilidad, así, respecto de que el daño debe

⁹² Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 168-07.

⁹³ Código Orgánico Administrativo, art. 334.

⁹⁴ Menéndez Sebastián, “Principios de la responsabilidad extra contractual de la Administración Pública”, 51.

ser cierto, Yzquierdo enfatiza esta característica de la siguiente manera: “Y es que el daño, para ser resarcible, no basta con que sea meramente eventual, sino que debe una certeza (sic), siquiera sea relativa.”⁹⁵

Otros autores, como Carlos Pinzón Muñoz, mencionan que el daño, además del requisito de ser cierto, debe ser personal y lícito, como se puede verificar seguidamente: “Sin duda, no existe ninguna discusión en punto a que el daño, para considerarse como tal, debe reunir, como características primordiales las de ser cierto, personal y lícito.”⁹⁶

Agrega este autor que la certeza del daño se refiere a su exteriorización, aunque, advierte que su materialización no siempre es observable fácilmente: “El carácter cierto del daño, de hecho, entonces representa la exteriorización de su existencia, la principal condición, sin embargo esa manifestación material no siempre permite su fácil observación[...].”⁹⁷

Aunque este mismo autor, basado en la opinión de Tamayo Jaramillo, establece una diferencia entre daño y perjuicio y asevera que del daño que debe ser actual, pero que el perjuicio puede aparecer después de producido el hecho que le dio origen “[...]el daño debe ser actual. Sin embargo el perjuicio, tal y como vemos el fenómeno no, ya que puede aparecer aún después de haberse materializado el hecho que lo genera.”⁹⁸

Jesús González Pérez, basado en Leguina, al referirse al daño efectivo, que por su concepción resulta semejante, sino es que igual, al requisito de la certeza del daño, sostiene que este debe haber ocurrido realmente y no constituir solo una conjetura de que se realizará; no obstante lo cual, aclara que sí es reparable el daño que indubitadamente sucederá en el futuro, como consecuencia de la actuación estatal, porque en tal caso existe certeza de que aunque será en el futuro, el daño se producirá inexorablemente, tal como se denota en la siguiente cita: “Por daño efectivo –dice LEGUINA- hay que entender el daño cierto, ya producido, no simplemente posible o contingente, lo que no excluye que, en algún caso, deba indemnizarse también el daño que habrá de ocurrir en el porvenir pero cuya producción sea indudable y necesaria por la anticipada certeza de su acaecimiento en el tiempo”⁹⁹

Augusto Durán Martínez, en similar sentido, sostiene que: “El daño para ser indemnizable debe ser efectivo, lo que implica la necesidad de probar su existencia. Ese

⁹⁵ Yzquierdo Tolsada, “Responsabilidad Civil Extracontractual”, 160.

⁹⁶ Pinzón Muñoz, *El derecho de daños en la Responsabilidad extracontractual del Estado*, 70.

⁹⁷ *Ibíd.*, 72.

⁹⁸ *Ibíd.*, 71

⁹⁹ González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas*, 368.

daño efectivo o cierto, puede ser presente o futuro pero no hipotético o eventual, aunque pueda indemnizarse la pérdida de chance.”¹⁰⁰

El perjuicio, por tanto, no puede consistir en meras conjeturas sobre la posibilidad de que ocurra, ni simples hipótesis que traten de aparentar la probabilidad de la realización del perjuicio, pero, el requisito de la certeza del daño no descarta la situación de que el perjuicio que aún no se produce, pero que se espera ineludiblemente que ocurra como consecuencia de la actuación u omisión del Estado, se considere como un daño cierto; pues, en tal situación, existe la certeza de que el daño ocurrirá inevitablemente y, al ser así, procede su reparación. En una situación así se debe realizar una inferencia, razonada y lógica que se desprende de los hechos ya manifestados.

En este sentido Carlos Enrique Pinzón establece que el carácter cierto del perjuicio se refiere a su exteriorización, pero que no siempre es sencilla su observación y que se presentan situaciones en las que ese juicio de probabilidades determina que el perjuicio se asuma como una virtual realidad, estas situaciones han sido sistematizadas por la doctrina y jurisprudencia de su país, Colombia, y son: el perjuicio no consolidado, el daño hipotético y la pérdida de oportunidad.

El perjuicio no consolidado “[...]es aquel que para que se perfeccione o materialice se espera que ocurra ab initio con gran probabilidad en el futuro.”¹⁰¹ ; de manera que si existe una gran probabilidad de que ocurra, el perjuicio debe tenerse por cierto. En suma, bajo el requisito del daño cierto, no puede descartarse al daño futuro, que puede no haberse producido, pero que razonablemente se prevé que suceda.

Se trata, como menciona este autor, de la aplicación de la lógica y del pragmatismo, por intermedio de un juicio inferencial con el fin de establecer que un perjuicio todavía no producido en el mundo de la realidad es muy probable que se produzca luego. Pero esto no puede confundirse con las meras conjeturas de un perjuicio eventual o hipotético, pues un suceso meramente eventual, que pudiera suceder o no, y del cual no se tiene indicios razonables que pueda producirse, no puede tenerse por perjuicio.

El autor comentado, Carlos Enrique Pinzón, establece como ejemplo: “cuando se alega un hecho futuro que ni siquiera en el pasado, ni en el presente, ha tenido consolidación, como sería el caso del hijo que reclama por un regalo prometido por el

¹⁰⁰ Durán Martínez, “La Responsabilidad patrimonial”, 415.

¹⁰¹ Pinzón Muñoz, *El derecho de daños en la Responsabilidad extracontractual del Estado*, 70.

padre, y que dado su fallecimiento súbito o accidental no pudo recibir,”¹⁰² pero añade este autor que si se unen otras evidencias contrastables como un contrato que hubiese suscrito el padre con ese fin, podría tenerse por cierto ese evento; por lo cual, debe analizarse caso por caso para determinar si se trata de un perjuicio no consolidado o de uno eventual o hipotético.

4.1.4. Prueba del daño

El daño, para poder ser objeto de reparación, además de ser especial, cierto o efectivo, como se ha expuesto precedentemente, debe ser probado por quien alega haberlo sufrido; de manera que, en términos generales, la carga de la prueba pesa sobre quien afirma haber sufrido el perjuicio, que deberá acreditar que este realmente ha ocurrido y, según las circunstancias del caso, evidenciar el monto del daño. El artículo 338 de COA dispone al respecto:

Art.338.- carga de la prueba. la persona que alegue debe probar el daño sufrido y el nexo causal.

A las instituciones públicas o los delegatarios o concesionarios les corresponde la prueba de los eximentes de responsabilidad y la prueba de la diligencia exigible, en el caso de acciones u omisiones lícitas, en actividades que no son anormalmente peligrosas.

Esta norma establece, como vemos, la obligación para quien alegue la existencia del daño, de probarlo y además de demostrar el nexo entre el daño y el acto u omisión del Estado que lo hubiese provocado, lo cual, como se ha dicho, es lo usual respecto de la responsabilidad extracontractual, incluso para el daño derivado de la actividad lícita.

Ahora bien, más específicamente, respecto de las acciones u omisiones lícitas, el segundo inciso de este artículo establece que a las instituciones públicas o los delegatarios o concesionarios *les corresponde la prueba de la diligencia exigible* y según la redacción estaría condicionado a actividades que no son anormalmente peligrosas. Esto amerita un análisis, ya que, causa extrañeza este requerimiento respecto de esta clase de atribución de responsabilidad, pues, como se ha explicado precedentemente, la responsabilidad por los daños provocados por las actividades u omisiones lícitas, no nace de la falta del servicio, ni de alguna actuación u omisión ilícita o incorrecta (en este último supuesto, podría eximir de responsabilidad al Estado, demostrar que ha actuado con suma diligencia); por el contrario, las actuaciones u omisiones en esta clase de atribución de

¹⁰² *Ibíd.*, 73.

responsabilidad, se sobrentiende que acatan las normas que regulan la actividad del Estado y sus instituciones, tanto las legales como las técnicas; por tanto, resulta manifiestamente innecesario que el Estado deba probar que ha actuado con “diligencia exigible”.

De otra parte, si alguna persona demanda la reparación de daños por acciones u omisiones lícitas, es obvio que parte admitiendo que aquellas, las acciones u omisiones, se produjeron conforme a la ley, por ende, no está en discusión en esta clase de atribución de responsabilidad si el Estado actúa con diligencia, es más, puede haberlo hecho con extrema diligencia que, incluso así, resultaría manifiestamente inútil, porque aun si el Estado prueba que ha actuado con presteza, pese a lo cual se produce el daño, seguiría siendo responsable por este. Es que, como se mencionó antes, el fundamento no está en la ilicitud de la actuación u omisión que causa el daño, sino en la ilicitud del resultado, en que las personas no tienen la obligación jurídica de soportar daños especiales que afectan el principio de igualdad en la distribución de las cargas públicas.

El profesor Jinesta, explica esta situación muy claramente:

En abono a la unificación del fundamento del sistema de responsabilidad sin falta sobre la base del principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas, es preciso indicar que en todos los supuestos de este régimen la falta de servicio o el funcionamiento anormal son conceptos inútiles, puesto que, el administrado no tiene que probar ninguna falta y la eventual prueba por parte de la administración pública del funcionamiento normal es irrelevante, dado que, una vez probado el sacrificio especial e intenso la responsabilidad es automática y de pleno derecho.¹⁰³

Menos afortunado e inentendible para esta forma de atribución de responsabilidad extracontractual es el condicionamiento de que la prueba de la diligencia exigible, en el caso de acciones u omisiones lícitas, esté supeditado a las *actividades que no son anormalmente peligrosas*. Con lo cual, en otras palabras, se estaría diciendo que en el caso de daños provocados por actividades lícitas que sí son normalmente peligrosas, las instituciones públicas o los delegatarios o concesionarios deberían demostrar la diligencia debida.

Con esta alusión a actividades anormalmente peligrosa quizás el legislador deseó referirse a la teoría del riesgo, pero en esta modalidad de atribución de responsabilidad extracontractual, tampoco resulta atinente, como lo revela Juan Carlos Moron: “Aquí la Administración no debe responder porque haya actuado indebidamente,

¹⁰³ Jinesta, “Fundamentos de los Sistemas de Responsabilidad Administrativa”, 224.

imprudentemente, no evitando riesgos previsibles o por ser el autor del riesgo creado. Por el contrario, resulta resarcido por el resultado ocasionado: el daño y perjuicio producido antijurídicamente.”¹⁰⁴

En resumen, la prueba de la diligencia exigible no tiene sentido en esta forma de atribución de responsabilidad extracontractual, porque, por su naturaleza, la diligencia debida, la prudencia, no influye en nada respecto del deber de reparar el daño; por tanto, probar si se actuó con diligencia es irrelevante. En la responsabilidad por acciones u omisiones lícitas, se parte del hecho de que las actuaciones o las omisiones son lícitas, normales, correctas, ajustadas las normas; no obstante lo cual, no exime al Estado de su deber de reparar el daño.

Cabe mencionar que el artículo 338 del COA, dispone que a las instituciones públicas o los delegatarios o concesionarios les corresponde la prueba de los eximentes de responsabilidad y el artículo 337, dispone que estos son: El caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero. De los eximentes, se tratará posteriormente, pero, de antemano, vale señalar que estos también son relevantes y útiles para la responsabilidad extracontractual derivada de la falta de servicio, que incluye, como hemos mencionado, a las actuaciones y omisiones ilícitas.

Dada la notoria incoherencia de requerirse para la responsabilidad por actuaciones lícitas la prueba de la diligencia exigible, me atrevo a suponer que, en este inciso, desearon hacer énfasis en la prueba de la diligencia exigible, pero respecto de acciones u omisiones *ilícitas*, donde si resulta atinente.

4. Causalidad

Las principales teorías que históricamente trataron de explicar la causalidad son: a) la de equivalencia de condiciones; b) la causalidad próxima; c) la causalidad adecuada. La conocida como de equivalencia de condiciones fue creada por el alemán Maximilian Von Buri, y según Yzquierdo esta consiste en que:

si desde el punto de vista filosófico todas las fuerzas tienen alguna eficacia para el nacimiento del fenómeno, también en lo jurídico cabe entender que las condiciones son todas ellas *equivalentes* («Aequivalenztheorie»); no cabe, pues, hacer distinciones: todas son indispensables, y si faltare una el suceso no habría acaecido (por ello también se

¹⁰⁴ Moron Ubidia, “El deber de indemnizar por la actividad administrativa lícita”, 435.

denomina teoría de la condición *sine qua non*). Cada una de las condiciones puede ser considerada al mismo tiempo como causa de *todo* el desenlace final.¹⁰⁵

Enrique Barros, al respecto, sostiene que: “para dar por acreditada la causalidad debe mostrarse que el hecho por el cual se responde es una condición necesaria del daño. Y un hecho es *condición necesaria* de un cierto resultado cuando de no haber existido la condición, el resultado tampoco se habría producido”¹⁰⁶

La teoría de causalidad próxima tiene su origen en Francis Bacon quien, en palabras de Yzquierdo, habría sostenido que: “(...) sería para el Derecho una tarea infinita detenerse en las causas de las causas y las influencias de unas sobre otras, en una concatenación interminable. Basta considerar la causa inmediata («*proximate cause*»), juzgando las acciones según esta última y sin necesidad de remontarse a un grado más distante («*too remote*»)»¹⁰⁷. Esta teoría fue criticada porque si bien resulta que en muchos casos la causa más inmediata desde el punto de vista temporal resultaba ser acertada, en muchos otros se generaba mucha dificultad para establecer cuál era propiamente la causa más próxima y, aun cuando se la determinaba, no siempre era la causa determinante.

La doctrina de la causa adecuada fue formulada por Friburgo Von Kries y en palabras de Yzquierdo, consiste en que: “(...) no todos los acontecimientos que preceden a un daño tienen la misma relevancia, pero tampoco ha de ser siempre el más próximo en el tiempo el que se deba escoger: el daño debe asociarse con el antecedente que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata,”¹⁰⁸

Al respecto, Jesús González Pérez, reitera que “La teoría de la causalidad adecuada aísla de entre los diversos acaecimientos que han podido concurrir a la producción del resultado aquel que lleve consigo la mayor posibilidad o probabilidad de producir el daño, apareciendo como su causa generadora.”¹⁰⁹

El artículo 334 del COA parece decantarse por esta teoría de la causalidad, al establecer sobre el daño calificado que este debe derivar “específica e inmediatamente de la acción u omisión de las administraciones públicas”; ya que al aludir a que el daño calificado es aquel que deviene específicamente de la acción u omisión, se está aislando a la causa que lo origina, de la cadena de eventos que pudieron haber intervenido.

¹⁰⁵ Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 191.

¹⁰⁶ Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 376.

¹⁰⁷ Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 192.

¹⁰⁸ Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 193.

¹⁰⁹ González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas*, 538.

El número 3, del artículo 331 del COA, establece como uno de los requisitos de la responsabilidad extracontractual al nexo causal, al disponerse que se requerirá: La existencia de un nexo causal entre el daño calificado y la acción u omisión de las administraciones públicas o el hecho dañoso que violente el derecho.

Posteriormente, en el artículo 335, se enfatiza en que el nexo causal, entre el hecho dañoso y el perjuicio, como requisito de la responsabilidad extracontractual del Estado, debe fundamentarse en hechos probados: “Art. 335.- Nexo causal. El nexo causal entre el daño calificado y la acción u omisión de la Administración pública o el hecho dañoso que violente el derecho se fundamentará en hechos probados.”¹¹⁰

Augusto Durán, sostiene que, respecto de la responsabilidad por actividad lícita se debe verificar la causa determinante del daño: “En nuestra materia, así, y con mayor razón en el ámbito de la responsabilidad lícita, es preciso determinar en cada caso la causa determinante del daño y en qué medida ella incidió en él, sin importar aspecto subjetivo alguno en el agente productor.”¹¹¹

Es entonces, conforme a la doctrina y nuestra ley, un requisito para la responsabilidad de los daños ocasionados por actividad lícita, la existencia de un vínculo entre la acción u omisión lícitas y el daño, de modo que este sea el resultado de aquellas que se constituyen en su causa directa.

El art. 338 del COA, además, establece que la persona que alegue debe probar el daño sufrido y el nexo causal; por tanto, quien pretenda la reparación del daño por actividad lícita, debe probar la existencia de este y el nexo causal entre la actividad estatal; es decir, debe evidenciar que el daño tuvo como causa cualquier acto, hecho u omisión del Estado.

Jesús González Pérez, al respecto de la necesidad de probar la causalidad, menciona:

Al constituirse un requisito de la responsabilidad de la Administración, el que formule la pretensión de indemnización deberá acreditar que se da la relación de causa a efecto entre la disposición, el acto, el hecho o la omisión imputable a la Administración y el daño. Deberá probar los hechos: por un lado los hechos concretos de la disposición, el acto, el hecho o la inactividad; por otro, las consecuencias (daño patrimonial) de aquéllos, y deberá acreditar que éste es el efecto de aquello.¹¹²

¹¹⁰ Ecuador, Código Orgánico Administrativo, en Registro Oficial 31, Segundo Suplemento (7 de julio de 2017), art. 335.

¹¹¹ Durán Martínez, “La Responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por actividad administrativa lícita”, 416.

¹¹² González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas*, 538.

Existen no obstante posiciones doctrinales y jurisprudenciales en otros países en el sentido de que la denominada facilidad de la prueba o incluso que la carga de la prueba se invierta cuando aquella le resulte imposible a la víctima, como sería el caso de los daños ocasionados por la actividad médica, en cuyo caso, las pruebas de las intervenciones o procedimientos realizados, exámenes médicos, etc. Están en poder de la entidad estatal.

En cuanto a la corriente flexible sobre la prueba sentencias españolas señalan que no sería necesario exigir pruebas de difícil obtención, si se puede apreciar, conforme a las reglas de la sana crítica, un nexo directo entre un hecho probado y otro que se presume deriva de aquel.

«no se ha de llegar a exigir una prueba concluyente, de difícil consecución en la mayoría de los casos, si se ha de precisar para su apreciación deducir, conforme a las reglas de la sana crítica, un enlace preciso y directo entre uno y otro expresivo de sus dependencias entre ambos». «A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano»¹¹³

De otra parte, la doctrina menciona que la exigencia de la relación directa y exclusiva del hecho, acto u omisión de la Administración, como causa del daño ha variado, para establecer la posibilidad de causas concurrentes; de manera que la responsabilidad de la Administración en estos casos no desaparece, pero se morigera e influye en la compensación a la víctima. De hecho, la doctrina dice que si la culpa de la víctima o la intervención de un tercero hubiese influido en parte con la actuación de la Administración, esto no rompería el nexo causal y aún generaría la responsabilidad del Estado. Así lo refiere Jesús González Pérez:

La doctrina jurisprudencial fue abandonada, y se sentó como regla general, con alguna excepción, que la exclusividad del nexo causal no es un requisito imprescindible para que la Administración pueda ser declarada responsable. Aunque en la producción del daño hubiese tenido intervención la víctima o un tercero, no se rompe el nexo causal. Ahora bien, ello no supone que recaiga íntegra la responsabilidad sobre la Administración – corriendo la indemnización a su cargo- sino que puede traducirse en una matización a la hora de fijar la indemnización.¹¹⁴

¹¹³ González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas*, 542

¹¹⁴ *Ibíd.*, 547-8

Al respecto el artículo 337 del COA establece como eximentes de responsabilidad a la culpa de la víctima o al hecho de un tercero, en tanto rompen el nexo causal; ahora bien, a pesar de que esta norma no establece una regulación específica respecto a la situación de que las causas del daño sean tanto acciones u omisiones de la víctima o de un tercero junto con acciones u omisiones de la Administración pública, es razonable pensar, como señalan los autores citados, que si en la generación de daño concurren causas que involucran también a la Administración, no se rompe el nexo causal en su totalidad, ya que en estas circunstancias los actos u omisiones la Administración son también la causa del resultado dañoso aunque solo en parte. En estas circunstancias la Administración debería responder solo parcialmente por el daño ocasionado y entonces las medidas reparatorias, como la indemnización, deberían ser también parciales. Seguidamente se analizan estos eximentes de responsabilidad extracontractual.

4.2.1. Culpa del afectado

La culpa de la víctima opera como un eximente de la responsabilidad extracontractual del Estado. Si la actuación u omisión negligente o dolosa de la víctima es la causa determinante del daño, el Estado se exonera de responsabilidad, porque se rompe el nexo causal entre la actuación u omisión de la Administración y el hecho dañoso. Es que, en realidad, en una situación así, la causa del daño es la acción u omisión de la víctima, en última instancia el causante es la víctima misma y no el Estado.

La doctrina, no obstante, como se mencionó anteriormente, en palabras de Jesús González Pérez, menciona que la posición inicial sumamente drástica en el sentido de que la mera participación de la víctima como causante del daño, sin considerar matices, eximía a la Administración, ha cambiado; ahora se entiende que si la actuación de la víctima es la causa del daño, pero en concurrencia con la actividad de la Administración, entonces responderá también esta última, aunque el monto de indemnización con la cual se reparare el daño variará en la proporción de la participación de la Administración, es decir, la Administración no asumirá la totalidad de la indemnización, será menor.

González Pérez, destaca que, según la relevancia de la actuación de la víctima en la actuación u omisión que ocasionó el daño, pueden establecerse diferentes supuestos en cuanto a la responsabilidad de la Administración, que van desde la absoluta exoneración de la responsabilidad, pasando por una responsabilidad disminuida (dando como resultado un menor monto de indemnización), y finalmente por una responsabilidad

completa por el daño de parte de la Administración, con la consecuente obligación de reparación de la totalidad del perjuicio. Expresamente señala González Pérez:

En atención a la influencia que la conducta de la víctima haya tenido en la producción del daño, pueden distinguirse tres supuestos:

- Que la falta cometida por la víctima sea la causa exclusiva del daño, en cuyo caso la Administración quedará exonerada de responsabilidad.
- Que la falta de la víctima no tenga incidencia causal en la producción del daño, en cuyo caso la única responsable será la Administración.
- Que la falta cometida por la víctima haya coadyuvado en la producción del daño, en cuyo caso la responsabilidad será proporcional, reduciéndose la indemnización en la medida en que haya tenido influencia la conducta culposa.

La cuestión se traduce, por tanto, en verificar la trascendencia de la conducta de la víctima en la producción del daño [...] ¹¹⁵

Eva Menéndez, al respecto menciona: “Como se ha advertido, en la relación de causalidad puede incidir la culpa de la víctima, si bien ésta puede moderar la responsabilidad o, incluso, excluir la misma.”¹¹⁶, con lo cual se verifica que la culpa de la víctima si bien puede exonerar de responsabilidad a la Administración, no siempre es así, y de haber una participación parcial de la víctima en unión con la actividad de la Administración que produce el resultado lesivo, la Administración debe reparar en la misma proporción del daño.

El art. 337 del COA dispone explícitamente que la culpa de la víctima es un eximente de responsabilidad, pero, en su aplicación a los casos concretos, deberá considerarse si la conducta de la víctima fue determinante en la ocurrencia del perjuicio, en cuyo caso, el Estado efectivamente se eximiría de responsabilidad o si fue de cierto grado que si bien influyó parcialmente en el resultado dañoso, también lo fue la actuación u omisión de la Administración, en cuyo caso esta sigue siendo responsable pero de una forma más moderada.

Debería tenerse presente lo que la doctrina señala sobre la concurrencia de causas precedentemente expuesta, tanto más en el ámbito de la responsabilidad por actuación lícita, cuyo fundamento, como hemos visto, es la igual distribución de cargas públicas, y su énfasis está en el resultado, en la víctima; con lo cual se quiere evitar situaciones inequitativas e injustas, como las que se podrían generar si la víctima debe asumir el daño, aunque las acciones u omisiones del Estado en conjunto con las suyas propias provocaron el perjuicio.

¹¹⁵ *Ibíd.*, 549.

¹¹⁶ Menéndez, “Principios de la responsabilidad extra contractual de la Administración Pública”, 71.

4.2.2. Intervención de tercero

Lo dicho sobre la culpa de la víctima es atinente a la intervención de un tercero, esta constituye un eximente de la responsabilidad extracontractual del Estado si la actuación u omisión negligente o dolosa del tercero es la causa determinante del daño. El Estado, en un supuesto así, se exonera de responsabilidad, porque se rompe el nexo causal entre la actuación u omisión de la Administración y el hecho dañoso.

Si la causa de la lesión es la actuación de un tercero, la responsabilidad no la tendría el Estado, sino ese tercero, contra quien podría intentar la víctima el resarcimiento del perjuicio en un proceso civil.

González Pérez sostiene que la jurisprudencia de su país tiene la tendencia a restar fuerza a la noción de que la intervención de un tercero exonere de responsabilidad al Estado, al menos, menos fuerza que si se tratara de la culpa de la víctima; dicho de otra forma, la jurisprudencia a la que alude considera que la intervención de un tercero no necesariamente, según las circunstancias del caso, puede eximir de responsabilidad extracontractual al Estado; esto a partir de una relevante sentencia de 1974:

Pero la jurisprudencia, como se indicó, ha sido más propicia a negar a la intervención del tercero fuerza para exonerar a la Administración que cuando interviene la culpa del perjudicado, desde la S. de 16 de noviembre de 1974(RJ1974, 4510) que condenó al Estado como responsable por unas noticias difundidas por Televisión Española, a raíz de las cuales varios súbditos españoles sufrieron represiones en Guinea Ecuatorial, al serles impuestas multas por las autoridades de ese país.¹¹⁷

Al igual que sucede con la culpa de la víctima, en el caso de la intervención de un tercero, se podrían dar tres situaciones, según el grado de influencia de la actuación u omisión del tal tercero en provocar el daño, respecto a la responsabilidad de la Administración, que van desde la absoluta exoneración de la responsabilidad, cuando la actuación del tercero fue determinante en la generación del daño; una responsabilidad disminuida (dando como resultado un menor monto de indemnización), cuando la intervención del tercero contribuyó, junto con la del Estado al resultado lesivo; y, finalmente, por una responsabilidad completa de la Administración por el daño, cuando la intervención del tercero no incidió en realización del perjuicio, con la consecuente obligación de reparación de la totalidad de este.

¹¹⁷ *Ibíd.*, 549.

Eva Menéndez, coincide en señalar que: “al igual que en el caso de la culpa de la víctima, el hecho de tercero puede excluir la responsabilidad o no, dependiendo de los casos, e incluso pudiendo moderar esa responsabilidad.”¹¹⁸ Menéndez, cita un ejemplo de la jurisprudencia española en el cual, si bien la actuación de un tercero intervino en la consumación del daño, esto no eximió de responsabilidad a la Administración:

A este tipo de intervención de tercero, es decir, la que no excluye responsabilidad de la Administración, responde también el de la sentencia de 24 de junio de 2008 (Tol 1343668), en que se reclamaba indemnización por responsabilidad de la Administración encargada del mantenimiento en buen estado y limpieza de la playa por quemaduras de un niño a consecuencia de brasas enterradas en la arena. En este supuesto el TS entendió que en efecto se debió a un funcionamiento deficiente de los servicios municipales de control y limpieza de la playa, en cuanto las brasas no fueron correctamente eliminadas si se encontraban allí al momento de la limpieza o no se controló el ejercicio de una actividad peligrosa para los usuarios en un momento posterior, existiendo por ello nexo causal entre el servicio y daño¹¹⁹

De esta forma se puede verificar que, en un caso real, la actuación de un tercero que tuvo incidencia en el daño, no eximió de responsabilidad a la Administración; de igual forma, se puede suceder en situaciones similares en nuestro medio, en que si bien, la actuación de una tercera persona influye en el resultado lesivo, no puede generar la interpretación radical de que por ese solo hecho, el Estado se exonera de responsabilidad; deberá hacerse un análisis en cada caso del grado de influencia de la actuación u omisión en el efecto dañoso.

Hay que advertir, no obstante, que el propio Jesús González, comenta la dificultad que se genera respecto a la cuantificación del monto de la indemnización que le corresponde pagar al Estado, cuando la intervención de un tercero o la culpa de la víctima, en conjunto con la acción u omisión del Estado es la causa del daño, porque en estas circunstancias, el *quantum* de la indemnización deberá ser parcial. No obstante, pese a esta dificultad, considero que será preferible la realización de un modo de cálculo, antes que la vulneración del derecho de la víctima, teniendo presente que el número 9 del art. De la Constitución claramente establece el principio de que es deber del Estado respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

De la misma forma, el citado art. 337 del COA establece al hecho de un tercero como eximente de responsabilidad, pero, considerando que la ley, al igual que sucede en caso de la culpa de la víctima, no establece parámetros para establecer aquellas

¹¹⁸ *Ibíd.*, 550.

¹¹⁹ *Ibíd.*, 71-2.

situaciones en las cuales se exime total o parcialmente la responsabilidad de la Administración, según el grado de participación de la víctima o de algún tercero en el acto u omisión que provoca el daño, en los casos concretos que puedan presentarse ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, debería seguirse lo que la doctrina señala al respecto, en aplicación del tercer inciso del art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial que dispone: “Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.”¹²⁰

4.3. Imputabilidad a la Administración

Seguidamente se realizará un breve estudio sobre la imputabilidad que, según varios doctrinarios españoles constituiría una exigencia para que a la Administración se le atribuya la responsabilidad de reparar los daños y que, además, según estos mismos doctrinarios, se diferencia del requisito de la causalidad.

4.3.1. La imputación a la Administración pública como requisito

La imputación, según enseñan Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, consiste en atribuir jurídicamente el deber de reparar un daño a un sujeto distinto de la víctima, basado en el nexo existente entre el perjuicio y el sujeto, como se puede verificar seguidamente: “La imputación es así un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación existente, entre aquél y éste”¹²¹

Como señalan estos autores, la imputación es fácil de establecer cuando el causante del daño material es justamente el responsable de la actuación que ocasionó el perjuicio, en cuyo caso, la imputación del deber de reparar es automática, y es suficiente probar la relación de causalidad entre el causante del daño y el perjuicio. Esto no sucede siempre así, según señalan estos autores, pues, por ejemplo, en el caso de las personas jurídicas (como es el caso de la Administración pública), que actúan por intermedio de personas físicas, la sola demostración de la causalidad entre el hecho y el daño y su autor

¹²⁰ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Ley 0, Suplemento del Registro Oficial 544, 9 de marzo de 2009, art. 28.

¹²¹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, tomo II (Madrid: Editorial Thomson-Civitas, 2005), 386.

no sería suficiente para imputar a la persona jurídica el deber de reparar el perjuicio. En esta situación, y otras adicionales, la imputación no podría basarse únicamente en la demostración de la relación de causalidad entre el hecho, su autor y el daño, así lo establecen los mentados tratadistas:

[...]pero la mera relación de causalidad entre el hecho (y su autor) y el daño no basta para justificar la atribución del deber de reparación al sujeto a quien la Ley califica de responsable. Así ocurre, por lo pronto, cuando la responsabilidad se predica de personas jurídicas, en la medida en que éstas sólo pueden actuar a través de personas físicas. En estos casos –y en todos aquéllos en que la responsabilidad se configura legalmente al margen de la idea de culpa- la imputación no puede realizarse en base a la mera causación material del daño, sino que tiene que apoyarse, previa justificación de su procedencia, en otras razones o títulos jurídicos diferentes, ya sea la propiedad de la cosa que ha producido el daño, la titularidad de la empresa en cuyo seno ha surgido el perjuicio, la dependencia en que respecto del sujeto responsable se encuentra el autor material del hecho lesivo, la creación del riesgo de cuya actualización ha surgido la lesión al dañado, cualquier otra.¹²²

Esta apreciación resulta acertada pues en el caso de la Administración pública, la actividad de esta se ejecuta por intermedio de sus servidores y los actos u omisiones de estos son los que en última instancia pueden provocar los daños; en este contexto en forma estricta la responsabilidad del daño resultaría ser de aquel servidor que lo provocó, quien debería responder por el daño, pero, bajo estas razones o títulos de imputación, como lo denominan los autores citados, es la Administración pública a la que se le atribuye el deber de repararlo, porque, por ejemplo, la titularidad de la organización administrativa como base de la imputación supone que los actos de sus agentes se entiendan realizadas por esta y, además, la responsabilidad de la Administración es directa, por lo cual se puede imputar a la Administración el deber de reparar la lesión.

Sobre la imputación Jesús González Pérez, señala lo siguiente:

Para que pueda atribuirse a una Administración pública el deber de reparar un daño, es necesario que exista una determinada relación entre el sujeto y el daño. Y siendo las Administraciones públicas personas jurídicas, que actuarán a través de personas físicas, será necesario en primer lugar que la persona física esté integrada o en determinada relación con la Administración pública.¹²³

Como se verifica este autor reitera el criterio de que para imputar a la Administración Pública el deber de reparar el daño se requiere una relación especial entre

¹²² *Ibíd.*, 386.

¹²³ González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 469.

quien provoca el daño y el daño mismo. Dado que las Administraciones públicas actúan por intermedio de personas físicas, entonces estas deben tener una determinada relación con la Administración, para que los daños resultantes de sus actos u omisiones resulten imputables a la Administración.

En el ámbito de la imputación a la Administración, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, sostienen que los títulos o modalidades de imputación del deber de reparar el daño (En este asunto debe considerarse siempre que en España rige un sistema de responsabilidad por los daños originados en el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos), son: a) la organización administrativa como base de la imputación; b) la imputación por el funcionamiento anormal del servicio; c) la imputación por el riesgo creado por la Administración; y, e) imputación por enriquecimiento. En este sentido, seguiremos a estos autores respeto de esta materia.

Respecto de la organización administrativa como base de la imputación, sostienen estos tratadistas que una vez que se ha establecido la responsabilidad directa de la Administración por los actos de sus agentes, superando la antigua discusión que sobre el tema existía, la titularidad de la actividad o del servicio bajo cuya égida se produce el daño, es suficiente para imputar a la Administración el deber de repararlo, cuando el perjuicio lo provocan personas que actúan como parte de la organización e, incluso, en el caso de que el daño sea anónimo:

La titularidad administrativa de la actividad o servicio bajo cuyo marco se ha producido el daño, es pues, suficiente para justificar la imputación del mismo a la Administración sin mayores dificultades, y ello tanto cuanto el perjuicio tiene su origen en la actuación, legítima o ilegítima, de una persona física que obra por cuenta de aquélla, como cuando esta persona refiere a si misma su actuación [...] aunque obrando dentro de la organización administrativa, como cuando se trata de daños anónimos que se presentan como consecuencia de un comportamiento impersonal o propio de la institución en sí misma considerada[...]¹²⁴

Con relación a la imputación por el funcionamiento anormal del servicio, señalan estos autores que para imputar a la Administración los daños ocasionados a terceros por los servidores que esta emplea, la actuación de tales servidores debe referirse o tener relación con la prestación del servicio o actividad; por ende, no puede imputarse a la

¹²⁴ García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 392.

Administración la reparación de las lesiones causadas por la conducta privada de sus servidores, aunque formen parte de aquella:

El fenómeno de la imputación a la Administración de la conducta lesiva de las personas que emplea se detiene naturalmente, en los límites del servicio público, que es la referencia que la Ley utiliza, excluyendo la actividad privada de aquéllos. Esto supuesto, puede afirmarse que si la conducta del agente se manifiesta en el desempeño o ejercicio del cargo que éste ostenta en la organización administrativa, de forma que el daño resultante se presenta externamente como expresión del funcionamiento del servicio, la imputación del mismo no se excluye ni aun en presencia de dolo penal, [...]”¹²⁵

En cuanto a la imputación por el riesgo creado por la Administración, sostienen los autores mencionados que: “La titularidad de la empresa administrativa justifica, también, la imputación a la Administración de los daños resultantes del riesgo creado en interés -no necesariamente económico- de la misma, con independencia, pues de toda culpa, objetiva o subjetiva.”¹²⁶ y agregan que este es el único supuesto de responsabilidad de la Administración verdaderamente objetiva, que considerar objetivo al sistema que rige en España resulta un “falseamiento”, tal como podemos corroborar seguidamente:

Hay que afirmar con énfasis que este supuesto de daño producido por actualización de un riesgo creado por la Administración en su propio interés es, en realidad [...] el único caso de una responsabilidad patrimonial de la Administración estrictamente objetiva. El afán de alguna doctrina y de cierta jurisprudencia de resaltar el supuesto carácter general objetivo de la responsabilidad de la Administración supone un falseamiento de la institución resarcitoria.¹²⁷

Jesús González Pérez añade sobre el tema que: “El título de creación del riesgo operará siempre que el hecho determinante del daño se hubiese producido, pese a haberse adoptado todas las medidas reglamentarias.”¹²⁸

Finalmente, manifiestan que el enriquecimiento sin causa de la Administración, generada por el daño provocado a la víctima, es otra modalidad de imputación, dado que, el sistema jurídico español no admite el enriquecimiento sin causa: “Su justificación, abstracción hecha de cualesquiera otros factores, radica en la localización de un beneficio en el patrimonio del sujeto imputado (aquí la Administración), incluso bajo la forma

¹²⁵ *Ibíd.*,394.

¹²⁶ *Ibíd.*, 396.

¹²⁷ *Ibíd.*, 397

¹²⁸ González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 494

negativa de la eliminación de un perjuicio (*damnum cessans*), a consecuencia del hecho mismo del daño acaecido a la víctima.”¹²⁹

El COA no establece como requisito de la responsabilidad extracontractual a las diferentes modalidades de imputación a la Administración precedentemente expuestas. El art. 331 establece como requisitos solamente a: la concurrencia de la falta o deficiencia en la provisión de un servicio público, al daño calificado y al nexo causal; pero, es obvio que estos criterios pueden ser atinentes a los casos específicos que se presenten, según sus circunstancias, por ejemplo, lo referente a que no puede imputarse a la Administración los daños provocados por personas, aun cuando sean empleados de esta, si tal daño se produce como resultado de la actividad privada de aquellas.

4.3.2. Caso fortuito o fuerza mayor como eximente de responsabilidad

La doctrina señala que el caso fortuito o la fuerza mayor interrumpe el nexo causal, por lo cual elimina uno de los requisitos para la existencia de responsabilidad extracontractual, y se constituye en un eximente de responsabilidad, tal como lo son la culpa de la víctima o el hecho de un tercero. Así, Augusto Durán, sostiene que, pese a que varios autores diferencian el caso fortuito de la fuerza mayor, en el sentido de que los dos suponen eventos imprevisibles, pero el primero sería un evento del hombre y el segundo de la naturaleza, para él, poca importancia tiene esto, porque el resultado es el mismo, la interrupción del nexo causal:

Algunos autores sostienen la identidad conceptual de caso fortuito y fuerza mayor, pero otros entienden que no corresponde asimilar ambas nociones. Incluso entre los que participan de esta última corriente definen caso fortuito y fuerza mayor de distinta manera. En efecto, para unos, el caso fortuito es un evento imprevisible e inevitable proveniente de la naturaleza; en cambio otros los definen exactamente al revés. Creo que poco importan estas diferencias porque en principio las consecuencias son las mismas. Existiendo caso fortuito o fuerza mayor se corta el nexo causal por lo que el Estado no responde.¹³⁰

En España varios administrativistas establecen que la fuerza mayor exonera a la Administración de responder por los daños ocasionados, no así cuando se trata de caso fortuito. El caso fortuito implicaría indeterminación e interioridad y en tanto que en la fuerza mayor habría determinación, pero irresistibilidad y exterioridad:

¹²⁹ *Ibíd.*, 398.

¹³⁰ Durán Martínez, “La Responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por actividad administrativa lícita”, 416.

Pues bien, *a los efectos de la doctrina del riesgo* el caso fortuito se define, justamente, por contraposición a *la vis maior* y se caracteriza por dos notas esenciales, la indeterminación y la interioridad, cuyos contrarios, la determinación irresistible y la exterioridad, singularizan a aquella. La indeterminación característica del caso fortuito supone que la causa del accidente productor del daño es desconocida.¹³¹

No obstante, la tendencia que habría en el ámbito contencioso-administrativo antes expuesto, de considerar que solo la fuerza mayor sería un eximente de responsabilidad, en otras materias, como la civil, Mariano Yzquierdo concluye que “parece que el legislador regula uniformemente y salvo contadas excepciones los conceptos de caso fortuito y de fuerza mayor, identificando las dos nociones. Pero lo hace con muy escasa propiedad terminológica.”¹³²

Más cercano a nuestro país, el autor colombiano Guillermo Ospina Fernández, comentando una disposición sobre caso fortuito y fuerza mayor, semejante a la contenida en nuestro Código Civil, menciona que se han elaborado varias teorías para intentar distinguir entre caso fortuito y fuerza mayor, debido a que en el Código de Napoleón los usaba en ocasiones de manera separada; no obstante lo cual, propugna que la definición legal se refiere a un solo concepto, por lo que es mejor entenderlo así para evitar confusiones:

Este planteamiento nos ofrece el concepto del caso fortuito como factor exonerante de responsabilidad, así definido en artículo 1° de la Ley 95 de 1890: ‘Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos[sic] de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.’

Varias teorías han elaborado los civilistas franceses para distinguir entre el caso fortuito y la fuerza mayor, por cuanto el Código de Napoleón, a veces, emplea separadamente dichas expresiones. Pero las aludidas teorías no son de recibo entre nosotros, comoquiera que la precitada definición legal refiere ambas expresiones a un solo concepto, lo que es acertado y evita sutilezas que, más que claridad, arrojan confusión en tan delicada materia.¹³³

En nuestro país, el art. 337 del COA expresamente establece entre los eximentes de responsabilidad al caso fortuito y la fuerza mayor y, como bien sabemos, el art 30 del Código Civil los define de la siguiente manera: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público,

¹³¹ García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 396.

¹³² Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 210.

¹³³ Guillermo Ospina Fernández, *Régimen General de las Obligaciones* (Bogotá: Temis S.A. 2005), 109.

etc.”¹³⁴ El citado art. 337 del COA no diferencia al caso fortuito o a la fuerza mayor, no elimina a alguno de aquellas expresiones como motivo de exclusión de responsabilidad extracontractual.

Sin perjuicio de lo dicho, Enrique Barros sostiene que el caso fortuito o fuerza mayor tiene limitada importancia en la responsabilidad extracontractual por negligencia, porque sostiene que la responsabilidad por culpa implica precisamente que un daño se atribuya a la negligencia de quien la provocó y no a una causa extraña, como sería el caso fortuito o fuerza mayor:

El caso fortuito o fuerza mayor tiene una relevancia más bien limitada en la responsabilidad extracontractual por negligencia. En efecto, la responsabilidad por culpa supone precisamente que el daño sea atribuible a la negligencia y no a una causa extraña al demandado. En otras palabras, atribuir un hecho a fuerza mayor excluye imputarlo a culpa y viceversa.¹³⁵

Si esto es así en la responsabilidad por culpa en el ámbito civil, también lo sería en la responsabilidad extracontractual por falta del servicio que tiene cierta semejanza, pero con peculiaridades propias de esta forma de atribución de responsabilidad, lo cual se explicó anteriormente.

En todo caso, tanto en la responsabilidad por falta de servicio como en la responsabilidad por actuaciones regulares o lícitas, de haber caso fortuito o fuerza mayor, que resulte determinante en la producción del daño, el demandado se exime de responsabilidad. En el caso de la responsabilidad por actuaciones lícitas, en que el daño no obedece siquiera a un acto u omisión negligente, si la causa del perjuicio es un hecho fortuito o fuerza mayor, obviamente no cabe imputarlo a la Administración.

5. Reparación de los daños por la actividad regular de la Administración Pública

En este título se estudiará la reparación integral y su aplicabilidad a la responsabilidad extracontractual por actividad regular o lícita.

5.1. Reparación integral

Augusto Durán Martínez sostiene que “La reparación debe ser integral de modo que no constituya motivo de empobrecimiento injusto o de enriquecimiento ilícito para el

¹³⁴ Ecuador, *Codificación del Código Civil No. 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 30.

¹³⁵ Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad*, 414.

damnificado.¹³⁶ Y agrega que la esencia de la responsabilidad requiere una reparación integral: “Por último cabe decir que la esencia de la responsabilidad impone una reparación integral ya que es la única forma de restablecer el equilibrio alterado por el daño. Estimo así perfectamente indemnizable el daño emergente y el lucro cesante y tanto el daño material como el moral, incluso también lo que se ha llamado daño de la vida en relación.”¹³⁷

Enrique Rojas Franco, al tratar sobre la responsabilidad patrimonial de la administración por actividad lícita en Costa Rica sostiene: “No obstante, considero que el lucro cesante también debería estar incluido en la reparación, que esta así mismo debería ser integral, pues no existe ninguna circunstancia bajo la cual el administrado se vea perjudicado de forma especial e intensa sin ser reparado de forma integral.”¹³⁸

Dentro del capítulo atinente a las disposiciones comunes de las garantías jurisdiccionales, el número 3 del artículo 86 de la Constitución dispone que “La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.”¹³⁹, estableciéndose así firmemente el concepto de reparación integral en nuestra legislación. De manera que se requiere un acercamiento al alcance o lo que debe comprender la reparación integral.

Según el Diccionario de la lengua española, uno de los significados de la palabraparación es “Desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria.” En el ámbito jurídico, en específico en el Derecho Civil, donde más se ha desarrollado el estudio de la reparación como forma para el resarcimiento de los daños, la doctrina española, en palabras de Mariano Yzquierdo, dice que la reparación “constituye la forma

¹³⁶ Durán Martínez, “La Responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por actividad lícita”, 418

¹³⁷ *Ibíd.*, 418

¹³⁸ Enrique Rojas Franco, “Responsabilidad patrimonial de la administración en Costa Rica responsabilidad por actividad lícita” en *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, coord. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Jorge Fernández Ruiz, Luis José Béjar Rivera y María del Carmen Rodríguez, tomo I, (México: ESPRES, Especialistas en Responsabilidades S.C., 2014), 496.

¹³⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Suplemento, 2009, art. 18.

primordial de responsabilidad, al implicar la puesta en práctica de la actividad precisa para reponer lo dañado al estado en que se encontraba con anterioridad.”¹⁴⁰

El adjetivo integral, por su parte, según el mismo diccionario de la lengua española: “comprende todos los elementos o aspectos de algo.”; de manera que, esto rápidamente induce a pensar que reparación integral no podría comprender solamente el sentido de reparación estricto que el Derecho civil ha acuñado, sino que abarcaría algo más. Adicionalmente, dando que el término se usa en el ámbito del Derecho Constitucional, corresponde verificar su alcance en esta esfera del Derecho

La reparación integral, según lo refiere Jhoel Escudero, tuvo su origen en el derecho internacional humanitario, sobre todo vinculada a la necesidad de reparar a las víctimas de vulneraciones extremas de derechos humanos, como en los casos de desaparición forzada, tortura y similares:

El proceso que preparó el camino para la elaboración de los fundamentos y directrices de la reparación integral se enfocó en crear un remedio para casos impunes e ignorados. Dentro de este contexto se pueden citar casos extremos como: la desaparición forzada, la tortura, la ejecución extrajudicial, la vulneración a la integridad física, detenciones arbitrarias, entre otros.¹⁴¹

Este autor refiere, así mismo, que ante estos hechos la Asamblea General de la Naciones Unidas estableció pautas para reparar integralmente las víctimas de vulneraciones graves de derechos humanos. Beristain¹⁴² precisa más aún esto, y manifiesta que la Asamblea General, mediante a resolución A/RES/60/147 del 24 de octubre de 2005, aprobó los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” contenidos en el documento (E/CN.4/2005/59)¹⁴³. De manera que esta asamblea fue la que instauró los aspectos básicos de lo que abarca la reparación integral.

¹⁴⁰ Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 562.

¹⁴¹ Jhoel Escudero Soliz, “Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral y su complicado desarrollo en Ecuador” en *Manual de Justicia constitucional ecuatoriana*, coord., Jorge Benavides Ordoñez y Jhoel Escudero Soliz (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013), 274.

¹⁴² Carlos Martín Beristain, *Diálogos sobre la reparación, que reparar en los casos de violaciones de derechos humanos* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 174.

¹⁴³ *Ibíd.*, 174.

También advierte este autor que los términos reparación, remedio o compensación e incluso otros suelen usarse indistintamente en el ámbito del derecho internacional humanitario y también al interior de los Estados para referirse a conceptos similares; de forma que “no existen parámetros definidos para un único uso de la palabra”¹⁴⁴ y que, por ende, con reparación se alude a un rango de medidas que pueden adoptarse ante una violación y que abarcaría tanto “la sustancia de la ayuda, así como el procedimiento a través del cual se la puede obtener.”¹⁴⁵

En el mismo sentido, Carlos Martín Beristain manifiesta que “la reparación se refiere a un conjunto de medidas orientadas a restituir los derechos y mejorar la situación de las víctimas, así como promover reformas políticas que impidan la repetición de violaciones.”¹⁴⁶ Entonces, la reparación en este ámbito, consituye una serie de mecanismos de los que se dispone para obtener el resarcimiento del daño ocasionado a consecuencia de la vulneración a un derecho humano.

Estos mecanismos, según lo expone María Fernanda Polo, son: a) restitución, b) indemnización, c) rehabilitación, d) satisfacción;y, e) garantías de no repetición¹⁴⁷, las cuales fueron establecidas, como se ha expuesto líneas atrás, por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

La restitución, según la autora mencionada, significa “restituir la situación antes de que se produzca la violación. Es decir, restablecer el derecho lesionado para así devolver a la víctima a la posibilidad de ejercerlo completamente, o de seguir ejerciéndolo si le fue interrumpido.”¹⁴⁸ En este punto, cabe denotar que para Yzquierdo, restitución en el ámbito del Derecho Civil español, estrictamente se refiere a la “devolucion de la cosa a la persona que la poseía, cualquiera que fuera el título por el que lo venía haciendo.”¹⁴⁹ Con lo cual se denota el sentido diverso que adoptan estos términos en el ámbito del Derecho Constitucional versus el Derecho Civil.

Para la Organización de las Naciones Unidas: “La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la

¹⁴⁴ Jhoel Escudero Soliz, “Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación”, 275.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, 275.

¹⁴⁶ Carlos Martín Beristain, *Diálogos sobre la reparación*, 173.

¹⁴⁷ María Fernanda Polo Cabezas, “Reparación integral en la justicia constitucional” en *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011), 70.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, 71.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, 547.

indentidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.”¹⁵⁰

La indemnización se refiere a la compensación dineraria por los daños y perjuicios, y el daño susceptible de indemnización puede ser tanto el material como el inmaterial, la referida Asamblea, señala que esta debe ser proporcional a la gravedad de la violación, por todos los perjuicios evaluables económicamente, que sean consecuencia de las violaciones a las normas internacionales de derechos humanos, como los siguientes: “El daño físico y mental; b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) los perjuicios morales; e) Los gastos de asistencia jurídica o expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.”¹⁵¹

Rehabilitación se refiere a medidas de reparación como rehabilitación médica, psicológica, servicios legales y sociales que permitan que las víctimas puedan readaptarse a la sociedad.

Las medidas de satisfacción se otorgarían, según Polo, cuando es evidente que las restitución o indemnización no son suficientes para reparar el daño en su totalidad, así, estas medidas incluyen:

- a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones;
- b) Verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad;
- c) Búsqueda de las personas desaparecidas
- d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella;
- e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades
- f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;
- g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas
- h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas.¹⁵²

¹⁵⁰ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, resolución A/RES/60/147, de 24 de octubre de 2005, que contiene los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, tomado de María Fernanda Polo Cabezas, “Reparación integral en la justicia constitucional”.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, resolución A/RES/60/147, de 24 de octubre de 2005, tomado de María Fernanda Polo Cabezas, “Reparación integral en la justicia constitucional”

La garantía de no repetición tiene como fin evitar que las víctimas puedan ser objeto de nuevas violaciones, e incluyen medidas como reformas judiciales, reformas institucionales y legales, e incluye:

a) El ejercicio de un control efectivo por la autoridades civiles sobre las armadas y de seguridad; b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales; c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial; d) la protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos; e) la educación(...) respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; f) la promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular la normas internacionales(...); g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales, h) la revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de derechos humanos y a violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.¹⁵³

El artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales recoge las diferentes formas para efectuar la reparación, que estableciera la varias veces mentada Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en dicho artículo se dispone en la parte antinente:

La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.¹⁵⁴

Por tanto, recapitulando, la reparación integral implica una serie de medidas o mecanismos para resarcir a la víctima de los daños ocasionados por una vulneración a sus derechos. Esta, la reparación integral, no se agota con la mera compensación económica equivalente al daño provocado, sino que busca un pleno restablecimiento a la víctima en la medida de lo posible.

5.2. La responsabilidad extracontractual de Estado y aplicabilidad de la reparación integral.

Debido a que ya se ha tratado en el primer capítulo en general sobre la responsabilidad extracontractual, en este título se lo abordará brevemente, para luego

¹⁵³ *Ibíd.*

¹⁵⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Suplemento, 2009, art. 18.

intentar concluir si cabe la reparación integral en este ámbito. Al respecto, Enrique Barros, en su Tratado de Responsabilidad Extracontractual, destaca que el daño es la condición esencial de responsabilidad patrimonial, que se inspira en el principio de *alterum non laedere*, no dañar al prójimo, indica, basado en lo expuesto por Kelsen, que “Desde el punto de vista lógico, la responsabilidad civil es un juicio normativo que consiste en imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona.”¹⁵⁵ Entonces, la responsabilidad, consiste en el ámbito civil, en atribuir a una persona la obligación de reparar el daño que ha causado a otra.

Mariano Yzquierdo Tolsada, por su parte, enseña que en un sentido mucho más amplio “puede hablarse de responsabilidad cada vez que resulta incumplido un deber de carácter jurídico. Se dice así que incurre en *responsabilidad política* ante el Parlamento el Gobierno que deja de observar las reglas del juego de partidos; o en *responsabilidad administrativa* el funcionario que incumple las reglas de incompatibilidades.”¹⁵⁶

En lo que respecta a la responsabilidad extracontractual del Estado, el mero incumplimiento de un deber jurídico no es relevante, sino en tanto sus actos u omisiones provoquen daño, los cuales, a su vez, merezcan reparación.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, Jesús Gonzáles Pérez manifiesta que “La responsabilidad de las Administraciones públicas se concreta, por tanto, en la obligación de resarcir los daños evaluables económicamente ocasionados por acción u omisión a ellas imputables.”¹⁵⁷

En nuestro país, como ya se ha dicho anteriormente, el artículo 11 número 9 de la Constitución dispone que el Estado, sus delegatarios, concesionarios, 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. Vinculadas a esta disposición el art. 53 de la Constitución dispone que “El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados.”, sin que se establezca que la reparación deba ser integral en forma expresa.

La reparación de estos daños se ha realizado generalmente utilizando los parámetros del Derecho Civil, que establece la restauración en naturaleza, es decir,

¹⁵⁵ Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 15.

¹⁵⁶ Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 23.

¹⁵⁷ Gonzáles Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas*, 205.

restablecer a la víctima a la situación anterior al daño o mediante el pago de una indemnización compensatoria por el daño causado, cuando no es posible la restauración a la situación anterior al daño, pero, como se ha expuesto, la Constitución en el número 3 del artículo 86, refiriéndose a las disposiciones comunes de las garantías jurisdiccionales, introduce el concepto de reparación integral, por lo que, cabe preguntarse si en el ámbito de la responsabilidad extracontractual es aplicable la reparación integral establecida en la Constitución y desarrollada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales.

Al respecto, considero preliminarmente que la reparación de los daños que las actuaciones u omisiones del Estado provocan a los particulares debería también ser integral, en los términos antes descritos, porque lo contrario constituiría una vulneración al principio de igualdad y de no discriminación establecidos en el artículo 11 número 2 de la propia Constitución que dispone:

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.¹⁵⁸

Además, los daños cuya reparación se persiga mediante una acción por responsabilidad extracontractual del Estado, muy probablemente implicarán también la violación de derechos constitucionales y resultaría totalmente discriminante, odioso e injusto que a una persona que demande la reparación por responsabilidad extracontractual y luego del proceso judicial demuestre tener razón, no obtenga una reparación integral por el solo hecho de haber optado por demandar de aquella forma y no mediante una acción de garantías jurisdiccionales. Claro que, es obvio que debe tenerse presente la distinta fundamentación de cada una de las acciones, y la finalidad distinta, en la acción constitucional de protección, se demandará la reparación por la

¹⁵⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11.

vulneración de derechos constitucionales, pero, en esencia, las dos buscarán el resarcimiento del daño.

Es más, el art. 29 del Código Orgánico de la Función Judicial al referirse a las normas procesales establece que “la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material.[...]”¹⁵⁹ y no se lograría la efectividad de aquellos derechos, si dentro de un proceso de responsabilidad extracontractual del Estado no se dispusiese la reparación integral de todos los perjuicios que este hubiese causado y solo se lo hiciera respecto de aquellos de naturaleza patrimonial o, en suma, se reparara únicamente mediante la entrega de dinero por los daños producidos. Aclarando que, en algunos casos de daños por la actividad lícita de Estado, la restitución al estado anterior del daño, estrictamente no sería posible, como se expondrá posteriormente.

Al respecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia, en una de sus sentencias, señala que la reparación integral es el principal objetivo del derecho de daños:

Así las cosas, el principal objetivo del derecho de daños consiste en *reparar integralmente* la afectación padecida por la persona en su vida, integridad o bienes, razón por la que a la hora de valorar la misma es necesario establecer e identificar si es posible que opere la restitutio in integrum y, de ser factible, adoptar las medidas deprecadas en la demanda –o que, dependiendo de caso concreto puedan ser decretadas de oficio por el juez- tendientes a que se restablezca el statu quo o estado de cosas anterior a su producción. Es decir, llevar a la víctima de un daño antijurídico a un estado como si no se hubiera producido, o en otros términos remover los efectos negativos que el mismo desencadena¹⁶⁰(énfasis añadido)

Como se aprecia, dentro de los procesos contencioso administrativos relacionados con responsabilidad extracontractual, el Consejo de Estado colombiano ha establecido que cabe la reparación integral. En el mismo sentido el autor colombiano Carlos Pinzón sostiene que:

[...]como lo ha puntualizado el Sistema Interamericano de Derecho Humanos, en todos sus contenidos de justicia, verdad, reparación y no repetición, no puede quien administra justicia desprenderse del deber fundamental de dar crédito a tan estimables valores, de

¹⁵⁹ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Ley 0, Registro Oficial 544, Suplemento, 9 de marzo de 2009, art.29.

¹⁶⁰ Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de 14 abril de 2010, citada por Carlos Enrique Pinzón Muñoz, *El derecho de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado* (Bogotá: Doctrina y Ley,2015), 271.

ahí que no se debe detener en las indemnizaciones económicas, sino que además deberá ordenar medidas restaurativas y conmemorativas adicionales.¹⁶¹

Carlos Enrique Pinzón denota que el mismo Consejo de Estado, por intermedio de su Sala de lo Contencioso Administrativo, menciona que debe tenerse una noción amplia de reparación, para que el principio de reparación integral tenga sentido respecto de las víctimas:

Es importante tener en cuenta que *una noción amplia de reparación* va más allá de la esfera estrictamente pecuniaria del individuo, pues en ella se deben incluir los bienes jurídicos –como es el caso de la dignidad y los derechos humanos- que generalmente no puede ser apreciados monetariamente- pero que si resultan lesionados por el Estado, deben ser reparados mediante compensación. solo así el principio de la reparación integral del daño cobra una real dimensión para las víctimas¹⁶²

En nuestro país una justicia especializada en lo contencioso administrativo, por intermedio de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, también tienen atribuida la competencia de conocer los procesos por responsabilidad extracontractual del Estado, acorde con el art. 217, número 8, del Código Orgánico de la Función Judicial. No obstante, parece que la intencionalidad de nuestro legislador es encaminarse en sentido distinto respecto de la reparación integral, ya que el tercer inciso del art. 336 del Código Orgánico Administrativo, COA, así lo dispone:

Art. 336.- Reparación por daños. Cuando el daño sea patrimonial, se procurará la *restitución* de las cosas a su estado original o al más próximo al que se encontraban antes de la afectación o de no ser posible, mediante reparación pecuniaria en la que estará incluida la reparación por daños meramente morales, cuando corresponda.

La reparación pecuniaria podrá sustituirse por una compensación equivalente en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.

Cuando el caso lo amerite, la administración pública podrá, dentro del ámbito de su competencia y con sujeción a los principios de legalidad e igualdad, establecer reparaciones no patrimoniales siempre que no afecten derechos de terceros ni generen erogaciones adicionales al Estado. *Están fuera del ámbito de esta disposición, la*

¹⁶¹ Pinzón Muñoz, *El derecho de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado*, 271.

¹⁶² Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 16 de agosto de 2007. C.P.: Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá, D.C. Rad.41001-23-31-000-1993-07585-01(30114), citado en Carlos Enrique Pinzón Muñoz, *El derecho de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado* (Bogotá: Doctrina y Ley, 2015), 271.

reparación integral prevista en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.¹⁶³ (énfasis añadido)

Pese a que en la disposición comentada se menciona que están fuera del ámbito de aquella, la reparación integral prevista en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el art. 269 del Código Orgánico General de Procesos dispone que, en el caso del recurso de casación se dejarán copias para *alcanzar la reparación integral*, con lo cual, de aplicarse puntualmente esta disposición, tenemos que mientras se resuelve el recurso de casación, la ejecución de esta debe procurar la reparación integral, y esto, en cualquier clase de procesos, obviamente, incluidos los de responsabilidad extracontractual. Esta antinomia denota que existen normas en el COGP que recogen la intención de que la reparación integral se aplique también a los procesos que esta regula; de manera que esto no sería exclusivo de los procesos constitucionales regidos por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales.

De otra parte, cabe denotar que, no obstante la intención del art. 336 de no utilizar los parámetros de la reparación integral establecidos en la Ley de Garantías Jurisdiccionales, esta empieza estableciendo que sus preceptos de reparación operarían *Cuando el daño sea patrimonial*, de manera que cabe preguntarse ¿cómo debería procederse para el caso de que los daños no sean solamente de naturaleza patrimonial? De hecho, la realidad ha demostrado que las actuaciones u omisiones del Estado susceptibles de provocar daños no solamente son de naturaleza patrimonial, pueden constituir en daños corporales y en daño moral, en tales casos, dado que el art. 336 del COA, al que nos referimos, no lo impide de manera expresa, nada obstaculizaría para que se haga uso de la reparación integral.

Enrique Barros, en su exhaustiva obra de responsabilidad extracontractual, menciona que la jurisprudencia de su país ha recogido el principio de la reparación integral del daño, pero, de la lectura de lo que se comprende como reparación integral en la referida jurisprudencia, se verifica que no es la misma que la recogida en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales de nuestro país, se refiere esencialmente a que la reparación integral tiene la finalidad de poner a la víctima en la misma situación que tendría si el daño no se hubiese ocasionado, esto, según Barros, se traduciría en dos

¹⁶³ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 2017, art. 336.

aspectos fundamentalmente: el primero, el deber de *reparar la totalidad de daño* y, el segundo, que la reparación *no depende del grado del culpa* de quien ocasionó el daño:

De conformidad con este principio, la reparación tiene por objeto poner al demandante en la misma situación en que se encontraría si no hubiese sido víctima del daño causado por el hecho del demandado. A diferencia de las dificultades que suscita en materia de daño no patrimonial [...], el principio de la reparación integral del daño es ampliamente aceptado en materia de daño patrimonial.

b) Dos efectos se siguen del principio: el primero es el deber de reparar el total de los daños; de acuerdo con el segundo, que se deriva del anterior, la reparación no depende del grado de culpa del demandado.¹⁶⁴

Considerando que el art. 336, antes transcrito, dispone en su primer inciso que, al tratarse de daño patrimonial se procurará la *restitución de las cosas a su estado original* o al más próximo al que se encontraban antes de la afectación, se estaría recogiendo el principio de reparación integral como lo entiende la jurisprudencia chilena, resumida por Barros, es decir, poner al perjudicado en la misma situación que tenía si no hubiese sido víctima del daño.

5.3. Modalidades de reparación

En este título brevemente se describirán las modalidades de reparación que el Código Orgánico Administrativo delinea con mayor precisión, que consisten esencialmente en dos: a restitución y la indemnización, como se verifica de la lectura del primer inciso del citado art. 336 en que, como se mencionó en el título anterior, se establece que si el daño es patrimonial, se procurará la *restitución* de las cosas a su estado original o al más próximo al que se encontraban antes de la afectación o de no ser posible, mediante reparación pecuniaria. Esta descripción se circunscribirá específicamente al caso de la responsabilidad por actuaciones lícitas.

5.3.1. Restitución

Como menciona Barros, una finalidad de la responsabilidad civil es la reparación y esta, debe ser equivalente al daño causado: “La justicia correctiva exige que la reparación del daño sea equivalente al perjuicio causado a la víctima; por eso, los perjuicios que el demandado debe indemnizar son los que ha sufrido el demandante.”¹⁶⁵, esta reparación cuando busca colocar a la víctima en una situación igual o semejante a la

¹⁶⁴ Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 255.

¹⁶⁵ Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 216.

que tenía antes del acto o hecho dañoso, doctrinariamente se la denomina en naturaleza. El COA, empero, prefiere denominarla restitución.

No siempre el término restitución es entendido de la misma forma, como habíamos mencionado en los títulos precedentes, para Yzquierdo, restitución en el ámbito del Derecho Civil español, se refiere a la devolución de la cosa a la persona que la poseía, pero es obvio que este no es el sentido que el art. 336 del COA tiene, cuando establece como medida de reparación a la *restitución* de las cosas a su estado original.

En nuestro Código Civil, en algunos de sus artículos, la restitución tiene un sentido semejante al que tendría en España, según lo expuesto por Yzquierdo, en el ámbito del Derecho Civil: devolución, así por ejemplo, entre otros, los artículos 945 y 948 del Código Civil, disponen: “Art. 945.- Si reivindicándose una cosa corporal mueble, hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor, podrá el actor pedir el secuestro; y el poseedor estará obligado a consentir en él, o a dar seguridad suficiente de *restitución*, para el caso de ser condenado a restituir.”¹⁶⁶ Y “Art. 948.- Si es vencido el poseedor, *restituirá* la cosa en el plazo que el juez señalare; y si la cosa hubiere sido secuestrada, pagará el actor al secuestre los gastos de custodia y conservación, y tendrá derecho para que el poseedor de mala fe se los reembolse.”¹⁶⁷ (El énfasis añadido)

Pero también el mismo Código Civil usa el término restitución para referirse a que las partes de un contrato declarado nulo tiene derecho a ser restituidas al estado en que se hallaban antes de la celebración del contrato declarado nulo: “Art. 1704.- La nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.”

La restitución en el COA, tiene una significación diferente a la que le otorga el Código Civil, la mayor de las veces: como devolución de una cosa, para el COA implica *restablecer la situación al estado anterior a la producción del daño*; de manera que el perjudicado pueda desenvolverse como si el hecho no hubiese ocurrido, o continuar en una situación igual a la que tenía a antes del hecho. Esta forma de entender la restitución es semejante a la que Yzquierdo define como reparación en especie, pues esta, según este autor: “[...]constituye la forma primordial de responsabilidad, al implicar la puesta en

¹⁶⁶ Ecuador, *Codificación del Código Civil 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 945.

¹⁶⁷ *Ibíd.*

práctica de la actividad precisa para *reponer lo dañado al estado en que se encontraba con anterioridad.*¹⁶⁸ (énfasis añadido)

En una demostración del uso indistinto que el término *restitución* tiene en este ámbito, el tratadista Enrique Barros menciona que: “El hecho del demandado puede producir un daño que sea removible, de modo que el demandante sea *restituido en naturaleza* a la situación anterior al daño”¹⁶⁹ (énfasis añadido) Añade este autor que la *restitución en naturaleza* que la utiliza como sinónimo de *reparación en naturaleza* depende en cierto grado del tipo de daño:

La *reparación en naturaleza* usualmente tiene un objeto definido por el tipo de daño: si una cosa ha sido deteriorada, se la debe reparar; si ha sido destruida, debe ser reemplazada por otra equivalente; si la víctima ha sufrido lesiones corporales, deben cubrirse los costos médicos y de hospitalización; si se ha deteriorado el medio ambiente, se le debe *restituir*.¹⁷⁰

Advierte asimismo este autor que en ciertos casos la *reparación en naturaleza* puede realizarse por conductas diversas que buscan un resultado equivalente a la *restitución*, tratan de equipar el daño causado:

Pero también puede obtenerse una *reparación en naturaleza* por medio de conductas que no están dirigidas a *restituir*, sino que conducen a un resultado equivalente; es el caso, por ejemplo, de la *reparación* de una difamación mediante la carga de publicar la sentencia que declara incorrecta una información que afecta el nombre ajeno, lo que opera como una especie de *restitución moral* del ofendido¹⁷¹

La *restitución al estado anterior*, al que se refiere el COA, denomina indistintamente por la doctrina, como se ha verificado, como *restitución* o *restauración en naturaleza*, busca la *reparación total* del daño ocurrido, dejando las cosas, de ser factible, en la misma situación que tenían antes de que este se produjera.

Sea como fuere, considerando que en el ámbito de la responsabilidad por actuaciones u omisiones lícitas del Estado, las víctimas no pueden oponerse a la ocurrencia de aquellos actos u omisiones, pues, se consideran lícitas y necesarias para beneficiar a la colectividad, y dado que los intereses particulares deben ceder a los generales, la *restitución*, en forma estricta, entendida como el retorno a la misma situación anterior al acto u omisión lícita que provoca el daño, no sería una medida de *reparación*

¹⁶⁸ Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 562.

¹⁶⁹ Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 869.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, 878.

¹⁷¹ *Ibíd.*, 878.

que pueda exigirse en forma exacta en todos los casos, porque, por ejemplo, respecto de una obra pública, lícitamente realizada, como un puente elevado que afecta la vista, y el ingreso de luz natural a una vivienda, no se podrá exigir su destrucción (dado que tal obra beneficia a la colectividad), para que vuelvan las cosas a su estado original y satisfacer así al perjudicado. En este caso las medidas de reparación deberán ser reemplazadas por otras equivalentes o compensatorias, pero que busquen siempre acercar a la víctima a la situación que tuvo antes de que ocurriera el daño

5.3.2. Reparación pecuniaria o indemnización

El art 336 del COA empieza refiriéndose a los daños patrimoniales, como objeto de la restitución, por lo cual, acudiendo a Enrique Barros, corresponde dejar establecido que se entiende por daño patrimonial, así:

Son *daños patrimoniales* aquellos que afectan bienes que tienen un significado económico, que se expresa en un valor de cambio. Es daño patrimonial el que se traduce en una disminución del activo (en razón de la destrucción o deterioro de una cosa, de gastos en que la víctima debe incurrir, o por cualquiera otra pérdida patrimonial), o porque el hecho del responsable ha impedido que el activo se incremente (como ocurre con la paralización de una actividad empresarial o con la incapacidad laboral). La disminución del activo da lugar a un *daño emergente*, y la imposibilidad de que se incremente, a un *lucro cesante*.¹⁷²

El primer inciso del art. 336 del COA, pareciera establecer que la reparación pecuniaria se la entregaría solo en el caso de que el daño patrimonial no pudiera ser objeto de una restitución de las cosas al estado anterior al daño, esto se deduciría de la frase “o de no ser posible; mediante reparación pecuniaria en la que estará incluida la reparación por daños meramente morales”.

Al respecto cabe mencionar que, ante la imposibilidad de reparar en naturaleza, o restituir, en términos del COA, como sería el caso del daño moral, la entrega de una suma de dinero cumple una finalidad compensatoria, pues resulta imposible volver las cosas a la situación anterior, tal como lo menciona Barros: “Distinto es el caso de los daños no patrimoniales o morales que no son conmensurables en dinero: en estos casos, la indemnización no es propiamente reparatoria, sino que cumple una función de *compensación* respecto de la víctima; en satisfacción por el bien del que ha sido privada”¹⁷³

¹⁷² *Ibíd.*,231.

¹⁷³ Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 216-7.

No obstante, como menciona el mismo autor, la indemnización con una suma de dinero si puede cumplir un fin *restitutorio*, volver las cosas a una situación igual o semejante a la que existía antes del perjuicio; de manera que, incluso cuando el daño es de naturaleza patrimonial, la entrega de dinero para repararlo no tiene fines compensatorios o, dicho de otro modo, la entrega de una indemnización dineraria, en tal caso, tiene finalidad de reparar en naturaleza, o restitutoria, en los términos del COA, como se puede verificar de la siguiente cita:

La reparación en naturaleza puede obtenerse en la forma de una prestación directa del demandado, que tiene por objeto restituir a la víctima a la situación anterior al daño, o una suma de dinero que permita al actor incurrir en los gastos necesarios para efectuar por sí mismo la restitución. En casos de daños a las cosas o de daños corporales, lo usual es que la restitución no resulte de una actividad restitutoria emprendida por el propio responsable, sino que asuma la forma de una indemnización en dinero, calculada de modo que permita a la víctima la curación de su daño corporal o la reparación o sustitución de la cosa dañada o destruida.¹⁷⁴

Obviamente que, si en lugar del bien dañado se entrega al perjudicado, otro de iguales característica o el que produjo el daño lo repara de manera que tenga las mismas condiciones anteriores al acto dañoso, la restitución también se cumpliría y en ese caso la entrega de dinero adicional no cabría, porque, el fin de la responsabilidad extracontractual es reparar no generar un enriquecimiento aunque se tratara de la víctima del daño; pero, la entrega de dinero que cubra el valor de dicho bien, cumple la misma función restitutoria, como denota el autor que referenciamos, quien agrega:

Desde el punto de vista correctivo, la indemnización puede tener por objeto que el daño sea reparado en naturaleza (como ocurre cuando indemnizan los costos de reparación de la cosa deteriorada) o que se reparen las pérdidas patrimoniales sufridas por el demandante (en el mismo caso anterior, cuando se indemniza el menor valor que tendrá la cosa aun después de reparada). Para que la reparación indemnizatoria sea perfecta, la suma de dinero debe poner al demandante en la posición más cercanamente posible a la que se encontraría si no hubiese ocurrido el daño.¹⁷⁵

Empero, la forma de la redacción del 336 del COA lleva a concluir que, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, cuando se provoca daño patrimonial se debe intentar la restitución, lo cual, se lograría si el demandado realiza por sí mismo las reparaciones o sustituye el bien destruido por otro de iguales o semejantes

¹⁷⁴ *Ibíd.*, 246-7

¹⁷⁵ *Ibíd.*, 216.

cualidades y, solo si esto no se puede hacer, procedería el pago de una indemnización que cubra el perjuicio ocasionado.

Sin perjuicio de lo expuesto, se debe tener presente, como señala Enrique Barros que, se debe indemnizar no solo el daño inicial sino los que derivan de aquel: “el daño inicial es la condición del juicio de responsabilidad; sumado a los daños que de él siguen, son los perjuicios indemnizables.”¹⁷⁶; por lo cual, en ciertos casos, aunque se logre la restitución del bien dañado, esto no será suficiente para reparar los daños, deberá entonces también indemnizarse, mediante la entrega de dinero equivalente, los perjuicios patrimoniales que se deriven de aquel daño, aquellos perjuicios mediatos que razonablemente se originaron del daño inicial, tal como lo ejemplifica este autor: “En ciertas ocasiones, aunque el daño sea restituido en naturaleza (por ejemplo, que el auto chocado sea reparado), habrá perjuicios patrimoniales adicionales, que deben ser igualmente indemnizados (disminución del valor comercial del auto luego de la reparación; valor de uso del auto mientras estuvo en reparaciones).”¹⁷⁷

La indemnización será indispensable obviamente en aquellos casos en que la restitución de las cosas a su estado original, resulte materialmente imposible de lograr, debido a la naturaleza del daño, como en el caso del fallecimiento de la víctima; esto, tanto en en la resposabilidad por falta de servicio, como en el caso de responsabilidad extracontactual por actuaciones lícitas o regulares.

Recapitulando cabe mencionar que todo lo que se ha expuesto precedentemente sobre la reparación de los daños es atinente a los dos sistemas de atribución de responsabilidad que considero rigen según nuestro sistema jurídico, esto es: la responsabilidad por falta de servicio y la responsabilidad por actuaciones lícitas o regulares de la Administración pública.

La reparación en los dos casos deberá buscar la restauración al estado anterior en que se econtraba la víctima antes de que se produjera de daño, la restitución según el artículo 336 del COA; no obstante, considero que en el ámbito de los daños por la actividad lícita del Estado, la restauración en naturaleza en forma abolutamente estricta, no siempre será posible, debido a que en estos casos la actividad del Estado que produce el daño no puede deshacerse, porque debe ejecutarse en beneficio de la colectividad o, en ciertos casos, incluso para evitar un perjuicio mayor; en estos supuestos las medidas reparatorias

¹⁷⁶ *Ibíd.*, 235.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, 247.

deberán buscar que la víctima tenga una situación semejante a la que tuvo antes del daño, mediante medidas equivalentes o compensatorias.

La reparación integral, como mencionan muchos de los doctrinarios referenciados e incluso sentencias del Consejo de Estado de Colombia, debe ser la finalidad del derecho de daños, por esto, considero que en algunos casos, atendiendo siempre al tipo del daño, las medidas de reparación establecidas en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales podrían resultar adecuadas para lograr el objetivo de llevar a la víctima a un estado igual o semejante al que tuvo antes de realizarse el daño. Esto es aplicable a la responsabilidad por actividad lícita de la Administración pública, como la responsabilidad por falta de servicio.

La falta de aplicación de las medidas de reparación del artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales como medios para lograr la reparación integral de los daños provocados por fallas en el servicio o por actividad lícita de la Administración pública, entraña una vulneración al principio de igual establecido en el artículo 11 número 2 de la Constitución, pues supone establecer un régimen discriminatorio. En efecto implicaría que los daños, cuando se originen en las vulneraciones a derechos constitucionales ameriten la aplicación de tales medidas, en tanto que, daños probablemente de la misma o similar gravedad e intensidad, cuando fueren objeto de una acción de responsabilidad extracontractual no puedan ser reparados con esa clase de medidas, en atención a lo dispuesto en el último inciso del art. 336 del COA.

No debe perderse de vista, reitero, que la finalidad tanto en la responsabilidad por falta en el servicio, como en la responsabilidad por actos lícitos o sin culpa, es la restauración al estado anterior que tuvo la víctima y que el artículo 11, número 9, de la Constitución claramente dispone que es el más alto deber del Estado respetar los derechos de las personas, y nada justifica que los daños ocasionados por las instituciones del Estado tengan un régimen diferente en cuando a las medidas reparatorias, por el solo hecho de que las acciones que se propongan sean en un caso de tipo constitucional y las otras, las ordinarias.

Se ha concluido así el estudio de la reparación integral y las diferentes formas de reparación, en el siguiente capítulo se describirá el procedimiento administrativo y proceso judicial para demandar la responsabilidad extracontractual del Estado.

Capítulo III

Procedimiento para obtener la reparación de daños provocados por la Administración pública

1. Procedimiento administrativo sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública

En este título se describirá el procedimiento administrativo para petitionar la responsabilidad extracontractual del Estado ante las autoridades administrativas, quienes están legitimados para presentar la reclamación que origina el procedimiento, plazo de interposición, requisitos y terminación del procedimiento. Adelantaré mencionando que el art. 341 del COA dispone que el reclamo por responsabilidad extracontractual seguirá el procedimiento ordinario, establecido en el propio COA.

1.1. Reclamo administrativo previo

Como se desprende del art. 340 del COA, el reclamo administrativo es potestativo del interesado, no constituye un requisito previo, como antaño, cuando se requería agotar la vía administrativa en toda clase de reclamos; por tanto, el interesado puede optar por presentar el reclamo o proponer en forma directa una acción contencioso-administrativa especial, ante alguno de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, aquel que resulte competente; eso se deduce de la frase “La persona afectada *puede proponer* su reclamo por vía administrativa”.

Esta facultad optativa del interesado se reitera en el art. 341 en el que dispone que el reclamo se tramitará en procedimiento ordinario, conforme al COA, salvo que la persona interesada decida acudir directamente a la vía judicial.

El COA no establece en forma puntual, como se lo hace en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, que es lo que se puede petitionar con el reclamo administrativo, en este sentido el art. 172 del ERJAFE, señala:

Art. 172.- Los reclamos administrativos. - En las reclamaciones los interesados podrán petitionar o pretender:

a) La formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnaren los actos de simple administración;

- b) La cesación del comportamiento, conducta o actividad; y,
- c) La enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos normativos o su inaplicabilidad al caso concreto.

En cuanto a la tramitación de una reclamación, ésta debe ser presentada ante el órgano autor del hecho, comportamiento u omisión; emisor del acto normativo; o ante aquél al cual va dirigido el acto de simple administración. El órgano puede dictar medidas de mejor proveer, y otras para atender el reclamo.

Con lo cual se lo diferencia del recurso administrativo establecido para la impugnación de actos administrativos. El COA, ya no realiza esta distinción que sí establece el ERJAFE, pues en artículos como el 72, número 4, se dispone: Art. 72- Prohibición de delegación. No pueden ser objeto de delegación: 4. La resolución de reclamos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de dicho reclamo.

De esta forma, implícitamente se establece que los actos administrativos pueden ser objeto de impugnación mediante reclamo, aunque el art. 217 del COA, cuando trata en forma específica de la impugnación de los actos administrativo establece solamente que esto se lo puede hacer mediante recurso de apelación o recurso extraordinario de revisión.

El reclamo en este ámbito es, entonces, el acto potestativo que tienen los particulares para petitionar a la Administración pública la reparación de los perjuicios ocasionados por esta, derivadas de la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus servidores y, también, según el caso, por los daños ocasionados por la actividad lícita de esta, cuando se cumplan los requisitos propios de cada forma de atribución de responsabilidad.

1.1.1. Legitimados

El art. 342 del COA dispone que el reclamo de responsabilidad extracontractual lo propondrá la persona interesada, lo cual obliga a indagar quien debe tenerse por persona interesada. Obviamente, en esta clase de procedimiento es, en primer término, la perjudicada por la acción u omisión dañosa, porque el objetivo de la reclamación, como en su momento de la acción judicial, si la reclamación no surte el efecto deseado o es denegada, será, la reparación del perjuicio.

Como confirmación de lo dicho el art. 149, número 1, del COA dispone que se considera persona interesada en el procedimiento administrativo a quien: “Promueva el procedimiento como titular de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. En el caso de intereses colectivos, la persona titular demostrará tal calidad por cualquiera de los medios admitidos en derecho.”¹⁷⁸

Es posible que, por el tipo de daño, como la muerte de la víctima, la persona interesada pase a ser su derecho habiente, como lo menciona el último inciso del art. 149: “Cuando la condición de persona interesada se derive de alguna relación jurídica transmisible, la persona derechohabiente mantiene tal condición, cualquiera que sea el estado del procedimiento. Si son varios los sucesores, deben designar un procurador común, de conformidad con el régimen común.”¹⁷⁹

En este sentido es importante tener presente, como menciona Barros, que en este caso los herederos ejercitan una acción propia transmitida por la víctima (la misma situación se daría en el caso de una acción judicial), es el derecho del perjudicado que lo ejercen por sucederle en su derechos y obligaciones: “Los herederos de la víctima actúan como causahabientes de la víctima fallecida, ejerciendo una acción de la que son sucesores. Se limitan a ejercer derechos patrimoniales transmisibles, que ya habían nacido en víctima inmediata. Y como la representan en todos su derechos y obligaciones transmisibles”¹⁸⁰ Al respecto los incisos primero y segundo del art. 993 del Código Civil, disponen: “Se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular.

El título es universal cuando *se sucede* al difunto *en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles*, o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto.” (énfasis añadido).

El número 2 del art. 149 del COA habilita en forma general para que se entienda como interesadas en el procedimiento administrativo a las personas que invoquen derechos o intereses colectivos que puedan resultar afectados; es decir, permitiría, no solo la defensa de derechos subjetivos individuales (como ha sido lo usual), que se caracterizan, en palabras de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández “por tener su origen en una relación jurídica concreta, recaer sobre un objeto específico y determinado, consistir en una pretensión concreta y corresponder con un deber atribuible

¹⁷⁸ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 2017, art. 149.

¹⁷⁹ *Ibíd.*, art. 149.

¹⁸⁰ Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 241

a un sujeto pasivo, que es, en este sentido, un sujeto obligado”¹⁸¹, sino la defensa de los denominados intereses difusos, con lo cual, si la Administración pública provoca un daño que tengan incidencia colectiva, sería suficiente que se presenten interés y propongan un reclamo una o varias personas en defensa de los intereses de la colectividad en su conjunto. Por su puesto, que esto no les asegura éxito en su reclamación, para lo cual deberán en el curso del procedimiento cumplirse con los requisitos de la responsabilidad extracontractual: demostrar el daño, el nexo causal, etc.

En todo caso, esta norma permite que el reclamo lo puedan presentar personas en defensa de intereses difusos y que el procedimiento se instaure y se prosiga hasta su resolución.

1.1.2. Plazo para interposición

El art. 340 del COA dispone que: “La persona afectada puede proponer su reclamo por vía administrativa *en el término de noventa días*, desde el día siguiente al de la actuación u omisión administrativa que originó el daño.” (énfasis añadido) El momento desde el cual se cuenta el plazo para la interposición del reclamo, puede resultar en algunos casos insuficiente o incluso inútil, porque, si bien en una gran cantidad de situaciones el acto u omisión desencadena en forma inmediata el daño, habrá otros casos en los cuales el daño se presentará algún tiempo después de efectuado el acto u omisión que lo provocó. Supongamos, por ejemplo, el caso hipotético de que por alguna razón se vierte en pequeñas cantidades alguna sustancia tóxica en el sistema de agua potable, y por esta causa el daño en la salud de los afectados tarda algún tiempo, quizás meses en producirse, debido a que es el resultado de la exposición gradual al contaminante. En este caso u otros similares, la Administración probablemente esgrimirá que la reclamación caducó, en los términos del art. 340, porque desde que se produjo la actuación que provocó el daño ya habría transcurrido el tiempo establecido.

En otro supuesto, si del acto o hecho se deduce la probabilidad suficiente de que el daño se produzca, el reclamo o, en su caso, la demanda, se podría presentar, sin que se pueda negar, en tal circunstancia, la existencia de daño cierto. Esto ocurriría, por ejemplo, en el caso de la exposición a una sustancia o radiación que se conoce provocará una enfermedad cancerígena. En este supuesto no debería esperarse a que se presente la enfermedad propiamente para la admisión del reclamo, si se sabe razonablemente que el

¹⁸¹ García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 443.

contacto con tal contaminante la provocará indefectiblemente. En esto debe tenerse presente lo que se expuso sobre la certidumbre del daño.

1.1.3. Requisitos

El art. 342 del COA, establece los requisitos especiales del reclamo por responsabilidad extracontractual, y señala que además de las previsiones del propio COA se debe cumplir con la determinación de:

1. La acción u omisión de la administración pública o el hecho dañoso.
2. Los daños alegados.
3. El nexo causal.
4. La evaluación económica de la responsabilidad extracontractual, si fuera posible.

En cuando al número 2, que se refiere a la alegación de los daños, debe tenerse presente que si bien con la alegación del daño se estaría cumpliendo el requisito de admisibilidad a trámite del reclamo, el art. 331 del mismo COA establece como concurrentes para la responsabilidad extracontractual el cumplimiento de tres requisitos: a) la falta en la provisión del servicio; b) el daño calificado; y, c) el nexo causal, los cuales, por ende, deberían explicarse también en el reclamo.

Sobre los requisitos respecto de la responsabilidad por actividad lícita se ha expuesto con mayor detalle en el capítulo dos de este trabajo, no obstante, brevemente cabe recapitular someramente el tema. En este sentido los requisitos del daño calificado y el nexo causal son comunes tanto a la responsabilidad por falta de servicio, como a la responsabilidad originada en actuación lícita o regular de la Administración pública; en tanto que, a mi juicio, el requisito referente a la falta del servicio deberá exigírselo solamente en la responsabilidad del mismo nombre.

El requisito de la falta en la provisión del servicio, como he comentado, debe entenderse en forma amplia y supone la demostración de ausencia total del servicio, de la prestación deficiente o tardía del mismo y, conforme se expuso en el capítulo dos, también incluyen los actos u omisiones ilícitos de los servidores públicos que provoquen daños.

El daño calificado, como se expresó, se refiere a lo que en doctrina se conoce como daño especial, y constituiría aquel que las personas no están obligadas a soportar, porque no es de aquellos de carácter general que por el hecho de vivir en sociedad están obligadas a asumir. Se caracteriza según la doctrina en que el daño lo sufre un número

determinado de personas, por lo cual no podría ser de toda la sociedad, y, para otros autores, por la gravedad e intensidad del daño.

El requisito del nexo causal se refiere a la demostración de que el daño cuya reparación se reclama, sea la consecuencia de un acto u omisión de la Administración Pública, o dicho de otro modo, que estos sean la causa de aquel. Este requisito es aplicable a las dos formas de responsabilidad extracontractual comentadas.

No obstante, hay que precisar que, en el caso de la responsabilidad extracontractual derivada de los actos lícitos, al que se alude en el art. 330 del COA, resultaría imposible cumplir con el requisito establecido el número 1, del art. 331, esto es: La falta o deficiencia en la provisión de un servicio público, porque contraría la naturaleza de esta forma de atribución de responsabilidad, donde el daño no se origina en la falta del servicio, sino que se origina incluso si el acto o hecho administrativo sea perfectamente lícito, tal como se explicó en el capítulo segundo de esta tesis.

De otra parte, si bien el art. 342, dispone que se deben tener presente las otras previsiones del propio COA, además de las contenidas en el art. 342, al verificar las que constan en los artículos atinentes al procedimiento administrativo, que son comunes, no se encuentra un listado de requisitos que deba tener el reclamo administrativo, como si lo hace respecto del recurso administrativo en el art. 220.

En todo caso, si bien, como ya se ha explicado, el recurso administrativo y reclamo administrativo, como lo explica la doctrina, son distintos, por la finalidad que persiguen, en lo que sea atinente puede ser útil usar tales requisitos para organizar el contenido del reclamo en este ámbito, aclarando que tales requisitos no son obligatorios para el reclamo administrativo, tanto más que, el art. 139 del COA establece el deber del órgano competente de corregir las omisiones o los errores de derecho en que incurran las personas que intervienen en el proceso; aunque lo correcto debería ser que se refiera al procedimiento, no al proceso.

Otro requisito que debería tener el reclamo para que sea admisible a trámite, es que se consigne el lugar de la notificación, tal como dispone el último inciso del art. 137, pues la falta de este requisito se sanciona incluso con la negativa a recibir el escrito.

El reclamo puede ser presentado por el interesado directamente, como es obvio, pero, puede también serlo por intermedio de un representante, como lo dispone el art. 152 del COA, lo cual debe acreditarse, bajo la pena de que, si no se lo hace en el término de

diez días, puedan declararse nulas las actuaciones de quien se presentó como representante de la persona interesada, como lo dispone el art. 153 del mismo Código.

Al reclamo administrativo debe el reclamante adjuntar la prueba que posea sobre el daño sufrido y nexo causal, pues el art. 194 dispone que la prueba debe ser aportada por el interesado en su primera comparecencia al procedimiento administrativo y, es presumible que su primera comparecencia será justamente con la presentación del reclamo. De otra parte, el art. 338 del COA, en materia de responsabilidad extracontractual, obliga a quien alega la existencia de esta clase de responsabilidad a demostrar el daño y el nexo causal. También se establece como obligación del reclamante anunciar la prueba a la que no tenga acceso, para que pueda introducirse en la etapa de prueba.

1.1.4. Terminación

La reclamación para hacer posible la responsabilidad extracontractual del Estado está sometida a casi todas las formas previstas en el art. 201 del COA, que establece las siguientes: a) El acto administrativo; b) El silencio administrativo.; c) El desistimiento; d) El abandono; e) La caducidad del procedimiento o de la potestad pública; f) La imposibilidad material de continuarlo por causas imprevistas; y, g) La terminación convencional.

i. Resolución o acto administrativo

El art. 202 del COA dispone que el procedimiento administrativo termina mediante acto administrativo, esta es la forma normal para la resolución del reclamo por responsabilidad extracontractual, como lo es de cualquier otro procedimiento administrativo, por ser el modo habitual de expresión de la voluntad administrativa en un asunto de efectos individuales. Este acto administrativo, según el art. 342, debe contener un pronunciamiento expreso respecto de: a) La determinación del daño calificado; b) El nexo causal; c) La valoración del daño y los criterios utilizados para su cálculo; d) La reparación por daños. El pronunciamiento sobre estos dos últimos aspectos sería obligatorio en el supuesto de que el reclamo sea aceptado, porque, en caso contrario, resultaría inoficioso hacerlo; pero, aún en el caso de negativa del reclamo, la resolución debe referirse a la existencia o no del daño y del nexo causal de este con una acción u omisión de la Administración Pública.

Cabría añadir que otra forma en que el procedimiento por reclamación de responsabilidad extracontractual concluya, o, mejor dicho, ni si quiera se tramite, sería el caso de que se inadmita, acorde el último inciso del art. 141, que permite a la Administración inadmitir las solicitudes manifiestamente carentes de fundamentos. En la práctica, será muy probable que así concluyan muchos reclamos de este tipo, bajo la consideración subjetiva de los servidores de la Administración Pública de que el reclamo carece de fundamentos. Cabe aclarar que la inadmisión supone que no se admita a trámite el reclamo, lo cual es distinto a que se lo resuelva, analizando los argumentos esgrimidos por el reclamante, pero el efecto será semejante, en el sentido de que pondrá fin al procedimiento en particular; no obstante, a mi juicio, nada impediría que se presente nuevamente el reclamo, si aún está dentro del tiempo para proponerlo, fundamentándolo adecuadamente.

ii. Silencio administrativo

El art. 207 del COA dispone que “Los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deberán ser resueltos *en el término de treinta días*, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, *se entenderá que es positiva.*” (énfasis añadido)

Sin perjuicio de que se ratifica el efecto positivo a la falta de pronunciamiento dentro del término legal, como lo hacía la Ley de Modernización del Estado, no se dice con precisión desde cuando se contabiliza el término. Ante esta imprecisión, el término para resolver resultará evadido en la práctica, puesto que el art. 203 del mismo Código dispone que el acto administrativo en cualquier procedimiento se expedirá y notificará en el plazo máximo de un mes, pero contado a partir de terminado el plazo de prueba.

Adicionalmente, el art. 204 dispone que el plazo para resolver se puede ampliar hasta por dos meses, con lo cual, ya se suman tres meses para la resolución de un procedimiento, y no de un mes como dispone el 207. A esto debe añadirse que el art. 162 establece la posibilidad de que el procedimiento administrativo pueda suspenderse hasta por tres meses en casos específicos y, durante el tiempo de suspensión, no se contabiliza el plazo para resolver, con lo cual, el término de 30 días del art. 207 resulta casi quimérico. En todo caso, de producirse el silencio administrativo, la petición se entiende, por ministerio de la ley, aceptada, con lo cual concluye también el procedimiento.

Dado que este trabajo se extendería demasiado y se rebasaría su objetivo si se realiza un análisis más detenido del silencio administrativo y sus efectos; solo mencionaré que en esta clase de procedimiento administrativo y, más aún en el proceso judicial, una vez que se verifica que la petición no se contesta dentro del término (con las complicaciones que supone su determinación), la pretensión muy probablemente se encaminará a la ejecución de lo obtenido por silencio administrativo, aunque el reclamo inicial hubiese tenido como fin la reparación del daño provocado por la actividad de la Administración Pública y se hubiese fundado en las normas relativas a la responsabilidad extracontractual del Estado.

iii. Terminación anormal

Dentro de este título se describirán brevemente otras formas de terminación del procedimiento administrativo en general, por lo mismo, pueden aplicarse al procedimiento generado por el reclamo de responsabilidad extracontractual del Estado como son el desistimiento establecido en el art. 211 del COA¹⁸², el abandono regulado en el art. 212¹⁸³ y la caducidad contenida en el art. 213 del mismo Código.¹⁸⁴

¹⁸² Art. 211.- **Desistimiento.** La persona interesada puede desistir del procedimiento cuando no esté prohibido por la ley.

Debe indicarse expresamente si se trata de un desistimiento total o parcial. Si no se precisa, se considera que se trata de un desistimiento total.

En los casos de desistimiento, la persona interesada no puede volver a plantear, igual pretensión, en otro procedimiento con el mismo objeto y causa.

El desistimiento puede realizarse por cualquier medio que permita su constancia en cualquier momento antes de que se notifique el acto administrativo. Solo afecta a aquellos que lo soliciten.

En el supuesto de realizarse de forma verbal, se formaliza con la comparecencia de la persona interesada ante el servidor público encargado de la instrucción del asunto, quien, conjuntamente con aquella, suscribirá la respectiva diligencia.

En los procedimientos iniciados de oficio, la administración pública podrá ordenar el archivo en los supuestos y con los requisitos previstos en la ley.

¹⁸³ Art. 212.- **Abandono.** Las administraciones públicas declararán la terminación del procedimiento por abandono, ordenando el archivo de las actuaciones, en los procedimientos iniciados por solicitud de la persona interesada, cuando esta deje de impulsarlo por dos meses, a excepción de los casos en que las administraciones públicas tengan pronunciamientos pendientes o por el estado del procedimiento no sea necesario el impulso de la persona interesada.

El impulso puede efectuarse por correo electrónico, debiendo las administraciones públicas otorgar los medios, sistemas o facilidades pertinentes.

No operará el abandono cuando haya resolución en firme en la ejecución.

¹⁸⁴ Art. 213- **Caducidad del procedimiento de oficio.** Cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio se entienden caducados y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de la persona

El art. 211, dispone que la persona interesada puede desistir del procedimiento cuando no esté prohibido por la ley, y, en el caso de hacerlo, no puede volver a plantear igual pretensión en otro procedimiento con el mismo objeto y causa.

De forma que, el reclamante por responsabilidad extracontractual del Estado puede desistir del procedimiento que generó su reclamo.

El art. 212 faculta a la Administración pública a declarar la terminación del procedimiento por abandono y el archivo de las actuaciones en los procedimientos iniciados por solicitud de la persona interesada, cuando éste deje de impulsarlo por dos meses, pero establece como excepción los casos en que esta tenga pronunciamientos pendientes o que, por el estado del procedimiento, no sea necesario el impulso de la persona interesada. En primer término, la expresión pronunciamientos pendientes puede entenderse como la falta de contestación a las peticiones de los particulares, dentro del procedimiento, como podría ser, por ejemplo, la solicitud de la concesión de un periodo de prueba, como lo establece el art. 195 del COA.

No obstante, esta disposición entraña un gran riesgo para los interesados, pues, puede ocurrir que, aunque la falta de despacho por parte de la Administración pública, sea la causa de la ausencia de progreso del procedimiento, esta busque declararlos abandonados por la supuesta carencia de impulso de los interesados, como suele ocurrir, de hecho, en los procesos de naturaleza judicial.

El Art. 213 del COA dispone que, los procedimientos iniciados de oficio se entienden caducados, a solicitud de la persona interesada o de oficio, en el plazo de dos meses contados a partir de la expiración del plazo máximo para dictar el acto administrativo. Ahora bien, considerando que los procedimientos para hacer posible la responsabilidad extracontractual del Estado, deben ser iniciados mediante el reclamo de la persona interesada, que será aquella que reciba el perjuicio de la actividad u omisión del Estado, esta forma de terminación oficiosa parece inaplicable a este tipo de procedimientos; porque estos, salvo alguna situación extraordinaria e inusual, no se inician de oficio.

Finalmente, el art. 215 del COA establece como otra forma de concluir el procedimiento administrativo a la imposibilidad material de continuarlo por causa imprevista, la cual se referiría a situaciones sobrevenidas a la iniciación del

interesada o de oficio, en dos meses contados a partir de la expiración del plazo máximo para dictar el acto administrativo, de conformidad con este Código.

procedimiento, que harían inútil o innecesaria su continuación; al respecto, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, al referirse a idéntico motivo de la legislación española: la imposibilidad material, mencionan:

El artículo 87.2 de la LPC ha añadido, como ya anotamos, a la lista tradicional de formas de terminación del procedimiento que acabamos de examinar, una nueva, de carácter residual, que pretende englobar una serie de supuestos heterogéneos que impiden o privan de sentido a la continuación del procedimiento y que no son reconducibles a ninguna de aquellas formas. Así por ejemplo, la muerte del interesado cuando el objeto del procedimiento sean derechos o intereses de éste que sólo él puede hacer valer (solicitud por un único funcionario de una determinada vacante);[...]¹⁸⁵

Es evidente que esta forma de terminación del procedimiento resulta útil, dado que en situaciones así la continuación del procedimiento no tendría sentido práctico ni jurídico y conllevaría un desperdicio de tiempo y recursos de la Administración en la tramitación de un procedimiento en el cual la resolución que se dicte ya no servirá para el fin por el que se inició el procedimiento, es más, muy probablemente ya no podría emitirse una resolución, porque ya no tendría efecto.

iv. Terminación convencional

Jesús González Pérez sostiene que: “Pese al limitado ámbito en que es admisible el convenio, es indudable que uno de los supuestos en que ofrece mayores posibilidades es cuando se trata de valorar los bienes o derechos o cuantificar daños.”¹⁸⁶, opinión con la que concuerdo, pues en el supuesto de que la Administración haya producido un daño cuya autoría no esté en duda y que el particular no estaba obligado a padecer, lo más razonable sería reconocerlo y repararlo mediante un convenio que concluya el conflicto, en el que se acuerde la forma de la reparación y el monto de la indemnización si fuere el caso; todo esto, sin que deba obligársele al particular a pasar por un proceso judicial. Al respecto el art. 216 del COA dispone:

Art. 216- Terminación convencional. Se puede terminar un procedimiento mediante convenio entre la administración pública y la persona interesada siempre y cuando no sea contrario a la ley y verse sobre materias que sean susceptibles de transacción.

Dado el acuerdo, de conformidad con el ordenamiento jurídico, se debe terminar el procedimiento. Si no se llega a un acuerdo, el procedimiento seguirá su curso.¹⁸⁷

¹⁸⁵ García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 519.

¹⁸⁶ González Pérez, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 662.

¹⁸⁷ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 2017, art. 216

En materia de responsabilidad extracontractual, ya sea derivados de daños por falta de servicio o por actividad regular de la Administración Pública, esta forma de terminación podría suponer una manera adecuada y rápida de concluir estos conflictos, tal como lo posibilita la norma comentada. Y quizás mucho más en el caso de la responsabilidad por actividad regular, pues, en este caso ni siquiera estará en discusión, ni se requerirá prueba de una mala prestación del servicio, sino que puede conducirse a la determinación de la forma de reparación. No obstante, en la práctica es probable que este medio de concluir el procedimiento y eventuales litigios, tropezarán con el temor de los servidores públicos, a veces fundados, a la apreciación que puedan tener los organismos de control de tales acuerdos.

2. Procedimiento judicial sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública

En este título se estudiará el procedimiento judicial para demandar la responsabilidad extracontractual del Estado, el cual se describirá brevemente, con la finalidad de conceder una visión del tipo de acción, órgano judicial competente y del procedimiento judicial.

2.1. Acción especial de responsabilidad del Estado

El artículo 217, número ocho, del Código Orgánico de la Función Judicial, dispone entre las competencias de los jueces de lo contencioso administrativo, conocer las acciones para la reparación de las violaciones a los derechos por falta o deficiencia de la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleadas y empleados públicos:

Art. 217.- ATRIBUCIONES Y DEBERES. - Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo: [...]

8. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de 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;[...]¹⁸⁸

La letra c), del número 4) del artículo 326 del Código Orgánico General del Procesos, COGP, establece que se tramitarán mediante el procedimiento contencioso administrativo, entre otras, las acciones por responsabilidad objetiva del Estado; específicamente la parte atinente del citado artículo dispone: “Acciones en el procedimiento contencioso administrativo. Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones [...] 4. Las especiales de [...] c) *La responsabilidad objetiva del Estado.*”¹⁸⁹ (énfasis añadido)

Procedimiento al que califica de especial, pero, pese a esta calificación, el citado Código no establece ningún procedimiento diferente al ordinario para esta clase de acciones, como si lo hace respecto de las que acciones relativas al silencio administrativo y al pago por consignación. Al respecto el art. 327 de COGP, reformado por el COA, dispone: "Artículo 327.- Procedimiento. Todas las acciones contencioso-administrativas *se tramitarán en procedimiento ordinario*, salvo las de pago por consignación que se tramitarán en procedimiento sumario."¹⁹⁰ (énfasis añadido) y, respecto de la acción especial de silencio administrativo, el art. 370 A del Código Orgánico General de Procesos, insertado por el COA, dispone que en el caso de la ejecución de un acto administrativo presunto, el juzgador convocará a una audiencia en la que oír a las partes.

Por lo expuesto es claro que, las acciones por responsabilidad extracontractual del Estado deben seguirse mediante procedimiento ordinario ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, del domicilio de actor, en el entendido que el actor sea un particular en contra de alguna institución del Estado, que es la situación usual; esto último conforme lo establecido en el art. 299 del COGP: “Competencia. En las controversias en las que el Estado o las instituciones que comprenden el sector público determinadas por la Constitución, sea el demandado, la competencia se radicará en el

¹⁸⁸ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Ley 0, Registro Oficial 544, Suplemento, 09 de marzo de 2009, art. 217.

¹⁸⁹Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Ley 0, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, 326.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, art. 327.

órgano jurisdiccional del lugar del domicilio de la o del actor. Si es actor, la competencia se fijará en el lugar del domicilio del demandado.”

Adicionalmente es relevante referirse nuevamente a la redacción del artículo 326 del COGP, pues denota una contradicción evidente con la regulación constante en el artículo 331, número 1, del COA, dado que esta última norma establece como requisito para la existencia de responsabilidad extracontractual del Estado a la falta o deficiencia en la provisión de un servicio público o respecto de cualquier otra prestación que el particular tenga derecho. El mencionado art. 331, dispone: “Requisitos. Para la responsabilidad extracontractual se verificará la concurrencia de los siguientes requisitos: 1. La falta o deficiencia en la provisión de un servicio público o cualquier otra prestación al que el particular tenga derecho.”¹⁹¹

Si este es un requisito para obtener una sentencia condenatoria de responsabilidad extracontractual, entonces es obvio que no puede tratarse de responsabilidad objetiva, al que alude el artículo 326 del COGP, pues, como se explicó en el capítulo primero de esta tesis, bajo el criterio de atribución de responsabilidad objetiva no se requiere demostrar que el daño se originó en una negligencia, o en este caso, en una falta o deficiencia del servicio, es suficiente que se verifique que el perjuicio se originó en una actuación u omisión del Estado; es más, la diligencia en la actuación es irrelevante, el Estado incluso puede demostrar que actuó con extrema diligencia y aun así estaría obligado a reparar el daño que hubiese provocado.

Dicho de otro modo, si acorde al artículo 326 del COGP el criterio de atribución de responsabilidad extracontractual que se puede demandar ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo es el objetivo y, en general, si esta es la forma de atribución de responsabilidad imperante en nuestro sistema jurídico, resultaría totalmente innecesario cumplir con el requisito del artículo 331 del COA, porque no es la falta del servicio la que ocasiona la obligación de reparar, sino el daño, en tanto se origina en la actividad del Estado.

¹⁹¹ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 2017, art. 331.

2.1.1. Legitimados

El art. 303 del COGP, número 6, dispone que: “[...] Se encuentran habilitados para demandar en procedimiento contencioso tributario y contencioso administrativo: [...] 6. La persona natural o jurídica que se considere *lesionada* por hechos, actos o contratos de la administración pública.” (énfasis añadido), con lo cual, pueden proponer la acción especial por responsabilidad extracontractual, todos aquellos que consideren sufrieron perjuicio por la actividad del Estado y también por sus omisiones, aunque en este número no se refiera expresamente a las omisiones, también debiera tenerse por comprendidas, ya que, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, como hemos mencionado en el subtítulo precedente, son competentes para conocer de las acciones por responsabilidad extracontractual por daños provocados por acciones u omisiones, tal como lo señala el art. 217, número 8 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En este sentido, quien ha sufrido el daño es quien está legitimado para proponer la demanda, fundada en el art. 303, número 6, del COGP, si optó por proponer directamente la acción judicial, en este sentido Enrique Barros menciona que: “La exigencia de que el daño sea personal significa que sólo quien lo ha sufrido puede demandar su reparación. A diferencia de la responsabilidad penal, que concede acción pública para la persecución de ciertos delitos, aunque la víctima se abstenga de ejercer su propia acción; la responsabilidad civil sólo puede ser accionada por quien ha sufrido el daño, porque sólo a él pertenece la pretensión.”¹⁹²

Lo dicho respecto de la legitimación de los sucesores de la víctima para presentar un reclamo administrativo por responsabilidad extracontractual y ser parte del procedimiento lo es también respecto del proceso contencioso administrativo; es decir, los sucesores de la víctima están legitimados para proponer la acción especial por responsabilidad extracontractual.

De otra parte, cabe añadir que, si la víctima hubiese optado por la proposición del reclamo administrativo, si este le fuere negado, puede optar entonces por la impugnación del acto administrativo con el que se lo hizo, pretendiendo su anulación y el restablecimiento de una situación jurídica individualizada. Claro, los argumentos estarán relacionados con la responsabilidad extracontractual, pero, la pretensión y el litigio

¹⁹² Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 241.

tratarán sobre la legalidad de la negativa contenida en el acto administrativo que resolvió el reclamo en fase administrativa.

Otra situación es la que podría producirse respecto de la ejecución del acto presunto generado por silencio administrativo, para lo cual me remito a lo expuesto en el numeral 1.1.4, ii, de este trabajo.

2.1.2. Plazo para presentación

La demanda para la reparación de daños ocasionados para la reparación de las violaciones a los derechos por falta o deficiencia de la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleadas y empleados públicos, como la denomina el art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, o simplemente las acciones por responsabilidad extracontractual del Estado, pueden proponerse dentro del plazo de cinco años, como se deduce del art. 306, número 3, del COGP, que dispone:

Art. 306.- Oportunidad para presentar la demanda. Para el ejercicio de las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas se observará lo siguiente:[...] 3. En casos que sean de materia contractual y *otras de competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, se podrá proponer la demanda dentro del plazo de cinco años.*¹⁹³

Esto porque ningún artículo del citado Código establece un plazo específico para esta clase de demandas, pero como estas son de competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, entonces resulta aplicable el plazo de cinco años previsto en mencionado número 3 del art. 306.

Un gran inconveniente en lo atinente al plazo para la presentación de la acción es el relativo a la fecha desde la cual debe contabilizarse el plazo, pues el COGP no lo establece. La norma que puede servir para resolver la situación, podría ser el art. 340 del COA que, como se mencionó antes en este trabajo, para el caso del reclamo administrativo, establece como momento desde el cual contabilizar el plazo, el de la actuación u omisión administrativa que originó el daño.

¹⁹³ Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, Ley 0, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, 306.

2.1.3. Requisitos de la demanda

Los requisitos de esta clase de acción son los mismos establecidos para todas las demandas regidas por el COGP, esto son los contemplados en el art. 142.¹⁹⁴ Ahora bien, considerando las características propias de esta clase de acción, debe incluirse en los relatos de los hechos, la descripción del acto, omisión o suceso de la Administración que a criterio del accionante provocó el daño. Acorde con lo que se expuso en el capítulo segundo de este trabajo, si se trata de una demanda por responsabilidad por falta en el servicio, debería describirse la actuación u omisión que constituya una falla en el servicio, especificando si se trató de una falta total de la prestación del servicio, de una prestación defectuosa o si la prestación fue tardía, vinculándola con las normas que rijan la prestación del servicio. En una demanda por esta misma clase de responsabilidad, si la causa del daño fuese un acto u omisión ilegítima de algún servidor público, debería explicárselo.

La demanda deberá contener una explicación del nexo causal entre los actos u omisiones que se consideren la causa del daño o, dicho de otro modo, un esclarecimiento

¹⁹⁴ Art. 142.- Contenido de la demanda. La demanda se presentará por escrito y contendrá:

1. La designación de la o del juzgador ante quien se la propone.
2. Los nombres y apellidos completos, número de cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte, estado civil, edad, profesión u ocupación, dirección domiciliaria y electrónica de la o del actor, casillero judicial o electrónico de su defensora o defensor público o privado. Cuando se actúa en calidad de procuradora o procurador o representante legal se hará constar también los datos de la o del representado.
3. El número del Registro Único de Contribuyentes en los casos que así se requiera.
4. Los nombres completos y la designación del lugar en que debe citarse a la o al demandado, además de dirección electrónica, si se conoce.
5. La narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente clasificados y numerados.
6. Los fundamentos de derecho que justifican el ejercicio de la acción, expuestos con claridad y precisión.
7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.
8. La solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, si es del caso.
9. La pretensión clara y precisa que se exige.
10. La cuantía del proceso cuando sea necesaria para determinar el procedimiento.
11. La especificación del procedimiento en que debe sustanciarse la causa.
12. Las firmas de la o del actor o de su procuradora o procurador y de la o del defensor salvo los casos exceptuados por la ley. En caso de que la o el actor no sepa o no pueda firmar, se insertará su huella digital, para lo cual comparecerá ante la o el funcionario judicial correspondiente, quien sentará la respectiva razón.
13. Los demás requisitos que las leyes de la materia determinen para cada caso

sobre como tales actos u omisiones fueron el origen del daño. También debería contener una ilustración respecto a que los actos u omisiones que se estima provocaron el daño, provinieron de una institución del Estado o, según el caso, de alguna persona privada que hubiese estado prestando servicios públicos por delegación o concesión. Esta explicación es igualmente importante y necesaria tanto en la acción por responsabilidad por falta en el servicio, como en la responsabilidad por actos regulares o lícitos de la Administración.

Deberá contener, asimismo a descripción del daño y su valoración económica, y adjuntarse pruebas del daño y su valoración, esto último podría hacerse mediante prueba pericial. Es sentido debe tenerse presente que el art. 143 número 5 del COGP¹⁹⁵, establece que los medios probatorios de que se disponga deben adjuntarse a la demanda; de lo contrario, el accionante de esta clase de acción se privará de una prueba esencial, salvo que el tribunal en uso de la facultad excepcional concedida por el art 168 del COGP, disponga la práctica de oficio de la prueba, supuesto muy poco usual en la práctica.

2.1.4. Procedimiento

Como ya se mencionó en el número 2.1., el art. 327 del COGP dispone que todas las acciones contencioso administrativas se tramitarán en procedimiento ordinario, y aunque el art 326 del mismo Código califique a la acción por responsabilidad objetiva, como especial, no se establece un procedimiento diferenciado para esta clase de acción.

En general, este procedimiento supone la realización de dos audiencias, una preliminar y otra de juicio. En la primera se verifica la validez del proceso, el análisis de la concurrencia de alguna excepción previa, si alguna de estas es de las que la ley califica de insubsanables se declarará sin lugar la demanda, de lo contrario, continúa la audiencia en la cual cada parte expone sus argumentos y posteriormente se realiza el anuncio de la prueba de cada parte y la calificación del Tribunal respecto de la prueba, además de la fijación de la fecha para la audiencia de juicio.

En este punto debe tenerse presente que, en la práctica judicial el recurso de apelación que el art. 296 del COGP establece, según el caso, para impugnar el auto que rechaza las excepciones previas o la resolución que acoge las excepciones, es inadmitido por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo; esto, debido a que de sus

¹⁹⁵ Art. 168.- Prueba para mejor resolver. La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de quince días.

decisiones solo cabe acudir como superior jerárquico a la Corte Nacional de Justicia, específicamente a la Sala especializada de lo Contencioso Administrativo, pero, bajo la interpretación de que el art. 185 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que esta Sala es solo competente para conocer de recursos de casación, no se admiten los recursos de apelación; entonces, pese a la previsiones legales, no existe Corte que pueda conocer, ni resolver esta clase de recursos que los citados Tribunales inadmiten.

En la audiencia de juicio las partes realizan una exposición sobre su teoría del caso, en el alegato inicial, luego se practica la prueba que hubiese sido admitida en la audiencia preliminar, posteriormente, las partes pueden efectuar un alegato final, luego de lo cual el Tribunal delibera y dicta sentencia oral.

2.1.5. Sentencia

Conforme al art. 297 del COGP, practicada las pruebas y concluida la intervención de las partes, los jueces deben emitir su sentencia de forma oral, aunque, suele suceder con cierta frecuencia en la práctica, que los jueces suspenden la audiencia para reanudarla ese mismo día y emitir el fallo; también puede suspenderse por más tiempo y convocarse para un nuevo día y hora para la emisión de la sentencia oral, acorde con el art. 93 del citado código, que establece que puede suspender por hasta 10 días.

La sentencia oral, acorde con el art. 94 debe contener: a) El pronunciamiento claro y preciso sobre el fondo del asunto; b) La determinación de la cosa, cantidad o hecho que se acepta o niega; y, c) La procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas.

Adicionalmente al pronunciamiento oral la sentencia escrita que se comunica posteriormente debe reunir los requisitos establecidos en el artículo 95 del mismo Código Orgánico General de Procesos¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Art. 95.- Contenido de la sentencia escrita. La sentencia escrita contendrá:

1. La mención de la o del juzgador que la pronuncie.
2. La fecha y lugar de su emisión.
3. La identificación de las partes.
4. La enunciación breve de los hechos y circunstancias objeto de la demanda y defensa de la o del demandado.
5. La decisión sobre las excepciones presentadas.
6. La relación de los hechos probados, relevantes para la resolución.
7. La motivación.

A la sentencia que se dicte tanto para procesos por responsabilidad extracontractual por falta de servicio, como por responsabilidad extracontractual por actos lícitos, resulta atinente lo que el artículo 343 del COA dispone respecto del contenido de la resolución en el ámbito administrativo, aclarando que, si bien este artículo no regula las actuaciones judiciales, por el contenido de la pretensión en esta clase de acciones, su prescripción resulta útil para que la sentencia contenga una adecuada motivación, cuestión que si constituye un deber en toda clase de sentencias, acorde con el artículo 76, número 7, letra l), de la Constitución y 130 número 4 del Código Orgánico de la Función Judicial¹⁹⁷. El referido art 343 del COA dispone que en la resolución se debe incluir: 1. La determinación del daño calificado, 2. El nexo causal, 3. La valoración del daño y los criterios utilizados para su cálculo; y, 4. La reparación por daños.

Entonces en la sentencia debería precisarse si existió daño, si este es de aquellos que las personas no tienen el deber de soportar, porque no exista algún deber legal de hacerlo, y porque sea de aquellos de naturaleza especial de acuerdo a alguno de los criterios doctrinarios esgrimidos para establecerlo cuantitativo (reducido número de afectados) o cuantitativo (intensidad o gravedad de la lesión). En el caso de que el daño sea de aquellos que las personas tienen el deber de soportar, en la sentencia debería denegarse la demanda.

En cuanto al nexo causal, deberá establecerse si los actos u omisiones provinieron del Estado y si estos fueron la causa del daño calificado. En este ámbito, de haber esgrimido la demandada alguna causa eximente de responsabilidad, como caso fortuito o fuerza mayor, culpa de la víctima o actuación de un tercero, deberá en la sentencia

8. La decisión que se pronuncie sobre el fondo del asunto, determinando la cosa, cantidad o hecho al que se condena, si corresponde.

9. La procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas.

Además de la emisión en idioma castellano, a petición de parte y cuando una de estas pertenezca a una comunidad indígena, la sentencia deberá ser traducida al kichwa o al shuar según corresponda.

¹⁹⁷ Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: [...]

4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos

analizarse si alguna de estas causas eximentes rompió con el nexo causal y, por tanto, si resulta o no responsable la demandada.

En ciertas circunstancias, si además de la constatación de la existencia de alguna de las eximentes de responsabilidad mencionadas, se verifica que el daño se produjo también por la concurrencia de la actuación u omisión del Estado, en la sentencia debería establecerse una responsabilidad atenuada del Estado lo cual influirá directamente en la proporción que al Estado le corresponderá asumir en la reparación del daño.

En cuanto a la reparación, la sentencia debería buscar que esta sea integral, es decir, debe disponerse las medidas que logren el total resarcimiento de los perjuicios, que propendan retornar a la víctima, en lo posible, a la misma situación que tuvo antes del daño o, de no ser factible, a la más similar; si esto no fuera posible, compensar los perjuicios sufridos.

En el caso de un proceso de daños por actuaciones regulares o lícitas de la Administración pública, en la sentencia no se podrá disponer que se eliminen, por ejemplo, obras públicas que benefician a la colectividad, si estas fueron la causa del daño, para lograr la reparación a la víctima, porque en estos casos el interés general debe prevalecer sobre el particular, pero, deberá disponer todas las medidas que permitan reparar integralmente el daño ocasionado.

Conclusiones

La responsabilidad por falta de servicio constituye la obligación de la Administración pública de reparar el daño causado, cuando este es el resultado de la no prestación de un servicio que la Administración tiene el deber de suministrar, o cuando lo ha prestado tardía o defectuosamente, comparado con el estándar razonable del servicio y, en general, cuando sea el resultado de toda actuación u omisión violatoria de obligaciones administrativas preexistentes.

La responsabilidad extracontractual por falta de servicio no constituye, ni abarca a la responsabilidad extracontractual objetiva, pero, tampoco se trata de responsabilidad subjetiva en sentido estricto, tal como está regulada en el Código Civil. Se trata de una forma autónoma de atribución de responsabilidad, pero con esta última mantiene cierta similitud, ya que es necesaria la constatación de una deficiencia en el servicio y que esta sea la causa del daño, lo cual requiere la realización de un examen de valor sobre la calidad del servicio, en esto existe cierta semejanza con la responsabilidad subjetiva donde es necesaria la constatación de la culpa, para lo cual se compara la actuación del causante del daño con un estándar abstracto de conducta.

Del texto contenido en el artículo 11, número 9 de la Constitución, que establece la obligación de reparar por los perjuicios ocasionados por “*por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos*”, no se puede concluir razonablemente que ampara o fundamenta a la responsabilidad objetiva del Estado; porque, la alusión a la deficiencia o a la falta del servicio que contienen esta norma, requiere precisamente la constatación de la deficiencia, de la falla en el servicio. En tanto que, en un sistema de responsabilidad objetiva no constituye un requisito la constatación de la calidad del servicio para que se genere la obligación de reparar, es suficiente la comprobación de que el daño especial se origina en la actividad del Estado.

Incluso la actividad lícita o normal del Estado, es decir, sin que medie falta del servicio, y aún con toda la diligencia del caso, irroga daños patrimoniales o morales a las personas, lo cual resulta injusto para el particular.

La responsabilidad por falta de servicio, contenida en los artículos 11, número 9, 63 y 64 de la Constitución, no es el criterio de atribución de responsabilidad que pueda amparar a la pretensión de reparación de daños provocados por la actividad lícita del Estado; en cambio, el fundamento es el principio de igualdad en la repartición de las

cargas públicas, que implícitamente está recogido en el artículo 11, número 2, de la misma Constitución, que contiene el principio de igualdad y no discriminación y, también está sustentado en el artículo 334 del Código Orgánico Administrativo.

Si bien la responsabilidad por falta de servicio, como está contenida en el artículo 11, número 9, de la Constitución, no abarca a la responsabilidad por los daños producidos por la actividad regular o lícita del Estado, debe tenerse presente que los criterios de atribución de responsabilidad rara vez son puros, y es normal que el Estado esté sujeto a varios criterios de atribución, de manera que es posible que coexistan la responsabilidad por falta de servicio y la responsabilidad por daños ocasionados por la actividad regular o lícita.

La responsabilidad extracontractual por actividad lícita del Estado, como lo reconoce una buena parte de la doctrina, tiene su sustento en el principio de igualdad, en nuestro caso, establecido en el artículo 11, número 2, de la Constitución, que dispone: que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades y que nadie puede ser discriminado con el fin de menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. Y si todas las personas son iguales, están constreñidas a los mismos deberes y a gozar de los mismos derechos y oportunidades, entonces, las cargas ocasionadas por la actividad lícita del Estado, deben también ser distribuidas igualitariamente entre todos.

La reparación del daño especial ocasionado por la actividad regular del Estado es plenamente procedente, y su fundamento se sitúa en dos argumentos, la intangibilidad de los derechos patrimoniales y, sobre todo, en la aplicación del principio de igualdad, específicamente en la distribución equitativa de las cargas públicas.

No todo tipo de daño es susceptible de responsabilidad y de la correspondiente reparación, para que puedan repararse, como sostiene la doctrina, estos no pueden ser de naturaleza general, es decir, de aquellos que por el hecho de vivir en sociedad o que, para la consecución del bien común y para la preservación del Estado y sus instituciones deban ser soportados por todos.

A diferencia de lo que sucede con la carga general, el Estado no tiene el derecho de exigir el sacrificio o carga o especial, ni la persona o grupo de personas determinables tienen el correlativo deber de soportarla sin la correspondiente reparación; por tal razón, en el caso de que se imponga, porque el Estado lo requiera para cumplir su misión de precautelar bien común, deberá realizarse la correspondiente reparación, que usualmente se concreta en una compensación monetaria, aunque no solamente.

El requisito para que exista responsabilidad extracontractual del Estado, establecido en el número uno del art. 331 del COA, esto es: La falta o deficiencia en la provisión de un servicio público o cualquier otra prestación al que el particular tenga derecho, resulta de imposible cumplimiento respecto de los daños ocasionados por la actividad regular o lícita, donde la causa del daño no radica en una falta o deficiencia.

La prueba de la diligencia exigible no tiene sentido en la responsabilidad por actividad regular o lícita de la Administración pública, porque, por su naturaleza, la diligencia debida, la prudencia, no influye en nada respecto del deber de reparar el daño; por tanto, probar si se actuó con diligencia es irrelevante. En esta clase de responsabilidad, se parte del hecho de que las actuaciones o las omisiones son lícitas, normales, correctas, ajustadas las normas; no obstante, esto no exime al Estado de su deber de reparar el daño.

La reparación integral incluye una serie de medidas o mecanismos para resarcir a la víctima de los daños ocasionados por una vulneración a sus derechos. Esta, la reparación integral, no se agota en la mera compensación económica equivalente al daño provocado, sino que busca un pleno restablecimiento a la víctima.

El tercer inciso del art. 336 del Código Orgánico Administrativo dispone que están fuera del ámbito de dicha disposición, la reparación integral prevista en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con lo cual, aparentemente no se podrían aplicar todas las medidas de reparación integral establecidas en esta Ley a los procesos de responsabilidad extracontractual.

La inaplicación de las medidas de reparación integral establecidas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, como consecuencia de lo dispuesto en el último inciso del art. 336 del COA, respecto de los procesos generados por daños provocados por fallas en el servicio o por actividad lícita de la Administración pública, entraña también una vulneración al principio de igualdad establecido en el artículo 11 número 2 de la Constitución, pues supone la existencia de un régimen discriminatorio, dado que, cuando los daños se originen en vulneraciones a derechos constitucionales ameritarán la aplicación de tales medidas, en tanto que, daños de la misma o similar gravedad e intesidad, por solo hecho de que fueren objeto de una acción de responsabilidad extracontractual no podrían ser reparados con idéntica clase de medidas.

La restitución al estado anterior, al que se refiere el art. 336 del COA, conocida también como restauración en naturaleza, busca la reparación total del daño ocurrido,

dejando la cosa, de ser factible, en la misma situación que tenía antes de que este se produjera y procurando dejar a la víctima en el mismo estado que tuvo antes de la lesión.

En el ámbito de la responsabilidad por actuaciones u omisiones lícitas del Estado, las víctimas no pueden oponerse a la ocurrencia de aquellas actuaciones u omisiones, pues, se consideran lícitas y necesarias para beneficiar a la colectividad, y dado que los intereses particulares deben ceder a los generales, la restitución, entendida en forma estricta, es decir, volver exactamente a la misma situación anterior al acto u omisión lícita que provoca el daño, no sería una medida de reparación que pueda exigirse.

La reparación de los perjuicios no puede suponer un enriquecimiento, ni un empobrecimiento de la víctima, sino un resarcimiento por el daño.

Bibliografía

- Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- Botassi, Luis. Revista de Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011 Derecho, PUCP, N° 67, 2011 / ISSN 0251-3420, <http://eds.a.ebscohost.com/>
- Camacho Céspedes, Gladys. “La falta de servicio como presupuesto de la responsabilidad patrimonial de la administración en Chile”, en *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, coord. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Jorge Fernández Ruiz, Luis José Béjar Rivera y María del Carmen Rodríguez, II:13-39. México: ESPRES, Especialista en Responsabilidades S.C., 2014.
- Cassagne, Juan Carlos “Los Factores de Atribución en la Responsabilidad del Estado”, en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Jorge Fernández Ruiz, Luis José Béjar Rivera y María del Carmen Rodríguez, coord. *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, I:93-111. México: ESPRESS, Especialistas en Responsabilidades S.C., 2014.
- _____. *Derecho Administrativo*, Tomo I. Buenos Aires: Editorial LexisNexis/ Abeledo – Perrot, 2006.
- Colombia, Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de 14 abril de 2010.
- Colombia, Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 16 de agosto de 2007. C.P., Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá, D.C. Rad.41001-23-31-000-1993-07585-01(30114).
- Comadira, Julio Pablo. “Responsabilidad del Estado por omisión Lícita: La Necesidad de su reconocimiento” en *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, coord., Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Jorge Fernández Ruiz, Luis José Béjar Rivera y María del Carmen Rodríguez, tomo II:41-57. México: ESPRES, Especialista en Responsabilidades S.C., 2014.
- Durán Martínez, Augusto “La Responsabilidad patrimonial extracontractual del estado por actividad lícita”, en *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, coord. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Jorge Fernández Ruiz, Luis José Béjar Rivera y María del Carmen Rodríguez, tomo I:399-431. México: ESPRES, Especialista en Responsabilidades S.C., 2014.

- Ecuador, *Código Civil, en Codificación 2005-010*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.
- Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Segundo Suplemento, 7 de julio de 2017.
- Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Ley 0, Suplemento del Registro Oficial 544, 9 de marzo de 2009.
- Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Ley 0, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.
- Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.
- Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Suplemento, 2009.
- Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia” en Juicio n.º 168-07, Registro Oficial, 339, Suplemento, 7 de mayo de 2008.
- Ecuador, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, sentencia, en Juicio n.º 17811-2013-11741, 14 de septiembre de 2018.
- Escudero Soliz, Jhoel. “Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral y su complicado desarrollo en Ecuador” en *Manual de Justicia constitucional ecuatoriana*, coord., Jorge Benavides Ordoñez y Jhoel Escudero Soliz. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo 2*. Madrid: Editorial Thomson-Civitas, 2005.
- Garrido Falla, Fernando, Alberto Palomar Olmedo y Herminio Losada González, *Tratado de Derecho Administrativo*, II. Madrid: Editorial Tecnos, 2006.
- González Pérez, Jesús. *Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas*. Pamplona: Thomson Reuters, 2015.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, II. México: Editorial Porrúa, 2004).
- Jinesta Lobo, Ernesto. “Fundamentos de los Sistemas de Responsabilidad Administrativa” en *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*

- coord. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Jorge Fernández Ruiz, Luis José Béjar Rivera y María del Carmen Rodríguez, I:211-242. México: ESPRES, Especialistas en Responsabilidades S.C., 2014.
- Martín Beristain, Carlos. *Diálogos sobre la reparación, que reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Menéndez Sebastián, Eva. “Principios de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública”, en Tomás Quinta López, dir., *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.
- Moron Urbina, Juan Carlos. “El Deber de indemnizar por la actividad administrativa lícita: El caso de la responsabilidad patrimonial pese a proceder conforme a derecho” en *La responsabilidad patrimonial de la administración pública* Jaime. Coord. Rodríguez-Arana Muñoz, Jorge Fernández Ruiz, Luis José Béjar Rivera y María del Carmen Rodríguez, I:433-457. México: ESPRES, Especialistas en Responsabilidades S.C., 2014.
- Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Temis S.A. 2005.
- Parada, Ramón. *Derecho Administrativo*. Madrid: Open Ediciones Universitarias, 2014).
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- Pinzón Muñoz, Carlos Enrique. *El Derecho de Daños en la Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2015.
- Polo Cabezas, María Fernanda. “Reparación integral en la justicia constitucional” en *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional* Ed. Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011.
- Rojas Franco, Enrique. “Responsabilidad patrimonial de la administración en Costa Rica responsabilidad por actividad lícita” en *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, coord. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Jorge Fernández Ruiz, Luis José Béjar Rivera y María del Carmen Rodríguez, I:483-97. México: ESPRES, Especialistas en Responsabilidades S.C., 2014.
- Velásquez Posada, Obdulio. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Temis S.A. 2015.
- Yzquierdo Tolsada, Mariano. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Madrid: Dykinson S.L., 2015.