

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLIVAR
SEDE ECUADOR**

AREA DE DERECHO

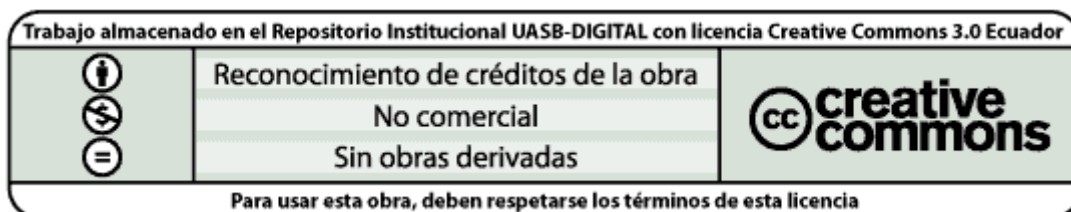
**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN EN DERECHO
ADMINISTRATIVO**

**La responsabilidad extracontractual del Estado por deficiente prestación
de servicios públicos, alcances y efectos en nuestra legislación**

Autor: Abogado Guillermo A. Ochoa Rodríguez

Quito – Ecuador

-2012-



Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al Centro de Información o a la Biblioteca de la Universidad para que haga de la misma un documento disponible para su lectura según las normas de la Universidad. Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial. Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Abg. Guillermo A. Ochoa Rodríguez
Quito, 09 de Julio del 2012

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN EN DERECHO
ADMINISTRATIVO**

**La responsabilidad extracontractual del Estado por deficiente prestación
de servicios públicos, alcances y efectos en nuestra legislación**

Autor: Abogado Guillermo A. Ochoa Rodríguez

Tutora: Dra. María del Carmen Jácome

Quito – Ecuador

-2012-

RESUMEN DE PROPÓSITOS Y CONTENIDO

Miguel S. Marienhoff, citando a León Duguit sobre la responsabilidad del Estado, se muestra de acuerdo en que ésta recientemente penetró en la conciencia jurídica del hombre civilizado, y dijo, además, que muchas de las leyes positivas, incluso las avanzadas, ven todavía muy limitada su aplicación. Estamos de acuerdo con la opinión del profesor Marienhoff, ya que vemos como en el sistema jurídico ecuatoriano no ha sido abordada esta figura con la preocupación que requiere quizá por la falta de cultura de reclamo ante un presunto derecho vulnerado o debido al esporádico debate jurídico que ha imperado en nuestro sistema.

Dentro de este contexto se presenta la investigación de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, como una herramienta que trata de encontrar un concepto jurídico que para muchos significa la institución que dio origen al Derecho Administrativo moderno a partir del famoso fallo Blanco de 1873. A lo largo de este trabajo podremos darnos cuenta cómo debe ser entendida esta institución y cómo llevarla a la práctica por medio de un proceso de concienciación en donde el particular pueda acudir al ente público y reclamar reparaciones por un presunto derecho vulnerado por éste.

DEDICATORIA

A mis padres y hermano

AGRADECIMIENTO

Con especial afecto y la más alta consideración a la Doctora María del Carmen Jácome, por constituir un pilar fundamental en la elaboración del presente trabajo y por invertir su tiempo y conocimiento en este proceso investigativo.

ÍNDICE

CAPÍTULO I	2
1. Generalidades. Noción y evolución de la responsabilidad estatal	2
1.1. Evolución de la responsabilidad estatal	5
1.2. Irresponsabilidad absoluta del Estado	6
1.3. Aplicación de los principios del Derecho Civil a la responsabilidad estatal	7
1.3.1. El Fallo Blanco y la autonomía de la responsabilidad estatal	7
1.4. Fundamento de la responsabilidad. Teorías que la sustentan	8
1.4.1. Fundamento de la responsabilidad	8
1.4.2. Fuente real de la responsabilidad del Estado	10
1.4.3. Teoría de la tutela jurídica	10
1.4.4. Teoría del intervencionismo	11
1.4.5. Teoría teleológica	11
1.5. Teorías que explican la responsabilidad del Estado	12
1.5.1. Teoría de la representación	12
1.5.2. Teoría organicista	13
1.5.3. Teoría de la proporcionalidad de las cargas	13
1.5.4. Teoría de la responsabilidad por riesgo	14
1.5.5. Teoría de la equidad	15
1.5.6. Teoría de la estricta justicia	15
1.5.7. Teoría de la solidaridad humana	16
1.6. Principios jurídicos que sustentan la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado	17
1.6.1. Igualdad de los ciudadanos ante la Ley	17
1.6.2. Igualdad jurídica de los administrados ante las cargas públicas	18
1.6.3. Sacrificio especial al administrado	19
1.6.4. Observancia de los Derechos Humanos	19
1.6.5. Garantía del derecho de propiedad	19

CAPÍTULO II	22
2. Servicios públicos. Generalidades	20
2.1. Criterios para establecer la noción de servicios públicos	21
2.1.1. La concepción orgánica	21
2.1.2. La concepción material	22
2.3. Creación de los servicios públicos	23
2.7.1 Continuidad	25
2.7.2. Regularidad	26
2.7.3. Uniformidad	26
2.7.4. Generalidad	27
2.7.5. Obligatoriedad	27
2.7.6. Calidad	27
2.7.7. Eficiencia	28
2.7.8. Responsabilidad	28
2.7.9. Accesibilidad y universalidad	29
2.8.1. Concepto de la falta o deficiente prestación de servicios públicos	30
2.12.1. El hecho	36
2.12.2. El Acto	38
2.12.3. El perjuicio	39
CAPÍTULO III	40
3. Responsabilidad extracontractual del Estado	40
3.1. Concepto y elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado	41
3.2. Elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado. Culpa y daño	44
3.2.1. Elemento subjetivo (animus)	45
3.2.2. Elemento material (corpus)	46
3.3.1. Daño personal	47
3.3.2. Daño material y daño moral	47
3.3.3. Daño positivo y daño negativo	48
3.3.4. Daño directo y daño indirecto	49
3.3.5. Daño actual. Futuro y cierto	49

3.6.1. Responsabilidad objetiva _____	50
3.6.2. Responsabilidad subjetiva _____	52
3.8.1. Responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación colombiana ____	56
3.8.2. Responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación chilena _____	62
3.8.3. Responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación mexicana _____	66
3.8.4. Responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación española _____	68
3.8.5. Responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación francesa _____	71
3.8.6. Experiencia nacional respecto ala responsabilidad extracontractual del Estado	73
CAPÍTULO IV _____	78
4. Proceso administrativo en sede administrativa, judicial y constitucional _____	78
4.1. El particular agotando la sede administrativa _____	78
4.2. El particular y la vía contencioso administrativa _____	80
4.3. El particular y la vía constitucional _____	81
Conclusiones _____	84
Bibliografía _____	XI

Introducción

El presente estudio investigativo aborda la institución eje del Derecho Administrativo moderno: la responsabilidad extracontractual del Estado, la cual, desde su incorporación como institución de esta rama del Derecho ha sido estudiada desde diferentes ópticas y puntos de vista por varias legislaciones. A pesar de que su estudio no ha sido llevado a la palestra cotidiana, su importancia no disminuye.

Hablar en un primer momento de responsabilidad estatal implica subsumirnos en las diferentes etapas de la relación que mantenía el Estado y los particulares, en donde pasamos de un Estado que mantenía la irresponsabilidad absoluta, a uno en donde una de sus obligaciones esenciales es satisfacer responsablemente las necesidades colectivas del conglomerado social, con una visión en donde el cuidado del interés público está por sobre todas sus actuaciones.

El empleo de normas de Derecho Público para solucionar las divergencias entre el ente estatal y los particulares significa el paso por medio del cual el Consejo de Estado Francés generaría el pilar de nuevos principios de Derecho Administrativo. El justificativo de la responsabilidad estatal, así como sus fuentes y principios, constituye un trabajo en donde nuestra realidad socio-política juega un papel trascendental, debiendo para ello utilizar una visión etnocéntrica de la sociedad ecuatoriana para encontrar estos conceptos; para este fin los estudios doctrinarios realizados por las legislaciones de la región nos permitirán consolidar un punto de vista propio.

El esquema propuesto tratará de tomar en cuenta la figura de los servicios públicos como la segunda institución sobre la cual el Derecho Administrativo encuentra sus bases; para ello, la secuencia lógica plantea conocer su total configuración desde la concepción, pasando por su creación, hasta la supresión; para de esta manera encontrar el verdadero significado de lo que constituye un servicio público y las consecuencias que originan sus falta o deficiente prestación por parte de la Administración Pública.

De las dos figuras planteadas podemos entender el fin de la responsabilidad extracontractual del Estado por medio de su conceptualización, identificación de elementos y qué clase de responsabilidad se ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico constitucional. Como todo estudio investigativo es importante utilizar metodológicamente el Derecho Comparado con diversas legislaciones que han adaptado, dentro de su ordenamiento jurídico, esta figura y la manera según la cual esta ha sido desarrollada.

En el Capítulo IV se presentan finalmente las diferentes vías procesales a las que el particular puede acudir para salvaguardar su presunto derecho vulnerado por parte del Estado, en donde tomaremos en cuenta el agotamiento en sede administrativa, el impulso de la jurisdicción contencioso-administrativa y la acción constitucional. Dentro de este contexto, el estudio explicará cuál de estas alternativas es la que debe llevarse en la práctica jurídica cotidiana.

Terminamos el estudio investigativo con un conjunto de conclusiones generales y recomendaciones sobre la figura planteada.

Se puede ser o no ser abogado, pues nadie nace, por ley natural, obligado a serlo. Pero ya de serlo, serlo bien; y si no hay otro modo de ser abogado que usando el lenguaje, empleémoslo como corresponde: con dignidad, con pulcritud, con eficacia [...]

Ángel Osorio.

El hombre nace libre, pero en todas partes se encuentra encadenado.

Rousseau

CAPÍTULO I

1. Generalidades. Noción y evolución de la responsabilidad estatal

Dentro de la contextualización que planteamos debemos remitirnos, en una primera instancia, al origen mismo de la entelequia que llamamos Estado. Platón¹ consideró que, partiendo de la asociación humana, es posible identificar diferentes necesidades individuales que se transforman en recíprocas para el conglomerado, generando que los hombres formen colectividades organizadas y haciendo más fácil la satisfacción de sus necesidades mediante el intercambio de objetos y servicios.

De esta manera, la sociedad se constituye en una entidad cooperativa en la cual cada uno de sus integrantes debe cumplir un determinado papel. Por ello, Platón, en su obra *La República*², hace el análisis descriptivo del Estado, expresando que la sociedad es el fruto de las necesidades humanas y menciona que cada individuo tiene las suyas; sin embargo, ninguno es enteramente suficiente para bastarse a sí mismo, por lo que todos deben ayudarse recíprocamente. Entonces, para que esta agitada actividad sea perfecta y justa, es el Estado el que debe regular la convivencia así como la adecuada satisfacción de las necesidades de las personas. Como producto de este orden social, surge el virtuoso gobernante, quien debe ser educado para gobernar.

Para Aristóteles, en su obra *Política*³, el Estado también nace de las necesidades recíprocas de los seres humanos, por ello lo define como una comunidad de hombres libres

¹ Platón, *La República*, Madrid, Editorial Tolle, Lege Aguilar, Tercera Edición 1968, páginas 202-223.

² Platón, *La República*, página 599-618.

³ Aristóteles, *La Política*, Madrid, España, Editorial Vosgos S.A., Segunda Edición, 1973, páginas 29-30.

e iguales entre sí, para lograr la mejor convivencia posible. Sin embargo, el mejor Estado no es aquel que está regido por el más virtuoso o el más sabio de los hombres, sino el que está sujeto a las mejores leyes; es decir, al Derecho más perfecto. Por ello Aristóteles, al conceptualizar al Estado como la comunidad de hombres iguales y libres que tratan de lograr una vida dichosa, considera que el ciudadano recibe en el Estado todo cuanto necesita para una vida perfecta, debiendo existir una finalidad ética que mire por el perfeccionamiento moral de los ciudadanos. Concluyendo con esta digresión necesaria, Rousseau⁴, otro pensador que de cierta manera trata de explicar este fenómeno socio-político al que llamamos Estado, introduce la noción del “pacto social”, en donde cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y recibimos a cada miembro como parte indivisible del todo. Luego, esta persona pública que se forma de la unión de todas las otras toma el nombre de Estado.

Actualmente constatamos que lo planteado no es descabellado y que el Estado obedece al requerimiento de satisfacer las necesidades del conglomerado social, que forman parte de esta estructura ontológica. Esta obligación de cobertura se ha logrado por medio del *imperium* del que goza el Estado, lo cual se consigue en los diferentes estamentos donde desenvuelve su maquinaria. Generalmente, la actividad estatal que se lleva a cabo está enfocada a las tres funciones: Legislación, Justicia y Administración, (en el caso ecuatoriano existen dos adicionales: las de Transparencia y Control Social así como la Electoral). Esta división de funciones fue planteada durante la Revolución Francesa como una manera de evitar el despotismo, asegurando la plena vigencia de las libertades públicas e individuales.

Esta distribución de funciones permite que cada órgano pueda ejercer en su ámbito una determinada actividad, por ello los constitucionalistas hablan de división de poderes, donde denotan su clara influencia de Montesquieu⁵. Además de que consideran este asunto un criterio eminentemente político. Por otro lado, encontramos el criterio de los administrativistas que hablan de distribución de funciones aplicando un enfoque jurídico.

⁴ Jean Jacques Rousseau, *El Contrato Social*, Editorial Ecuador F.B.T. Cia. Ltda, Quito, Ecuador Primera Edición 2000, páginas 23-24.

⁵ Montesquieu, *El Espíritu de las Leyes vertido al castellano por Siro García del Mazo Tomo I*, Madrid, España, Librería General de Victoria Suarez, 1906, página 227.

La conceptualización de *administración* ha sido un tema difícil de definir; sin embargo, la doctrina ha tomado como criterio preponderante que al referirse a la “Administración Pública” no sea tomada en cuenta en sentido orgánico, sino más bien desde el punto de vista material; por consiguiente, esta figura está caracterizada según su naturaleza jurídica sin tomar en cuenta el órgano, la forma ni el autor.

Dentro de la tradición jurídica occidental vemos cómo existió la dicotomía entre derecho público y derecho privado; el primero entendido como las normas que regulan las relaciones entre los ciudadanos y el Estado y el segundo como el que permite regular las relaciones entre los ciudadanos. En este orden de ideas, dentro del derecho público encontramos diferentes ramas, entre ellas la del Derecho Administrativo, que es fruto de una larga evolución debida en gran medida a la jurisprudencia del *Conseil d’Etat*, en donde encontramos principios propios que lo regulan.

Parte de esta jurisprudencia se refiere al tema de la responsabilidad estatal, el que, a pesar de su importancia, no ha recibido la atención que se merece. Es necesario por ello definir cuál es la posición del administrado frente al Estado. Clásicamente se ha sostenido que ante esta relación contractual el ciudadano se puede encontrar en una situación de inferioridad y ser víctima de la vulneración de sus derechos; por ello, no existen obstáculos para que el administrado invoque su necesidad, que, unida a la flagrante inequidad de las prestaciones, puede llevar a la nulidad o modificación del acto que emane de la Administración Pública. Si bien es cierto que por tratarse que el Estado sea una persona jurídica, éste no tiene voluntad propia y no puede atribuírsele dolo o culpa; podrá, sin embargo, encontrarse esa actitud dolosa o culposa en sus representantes y, por tanto, tal conducta de los representantes es la que debe ser tomada en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del vicio de lesión al ciudadano conllevando la responsabilidad por el daño causado. Para abordar este acápite debemos tener presente que la transformación que sufrió el Estado absolutista en Estado de Derecho ha conllevado una serie de cambios en los elementos que conforman a esta última entidad, fundamentalmente en los sujetos (población y gobierno), así como en las relaciones que se generan entre ambos.

1.1. Evolución de la responsabilidad estatal

Remontarnos a la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado implica que nos remitamos a la historia misma del Derecho, de tal suerte que si retrocedemos al estudio del Derecho Romano constataremos que no existió una teoría de la responsabilidad extracontractual. Con muy buen criterio, los hermanos Mazeaud⁶, plantean que los romanos no tuvieron un principio general que se aplicara a la figura de la responsabilidad extracontractual, de tal suerte que los jurisconsultos de la época se limitaron exclusivamente a conceder indemnizaciones en casos específicos. Vemos, entonces, una incipiente figura, pero que podemos tomarla como un antecedente remoto de la figura que nos interesa y es la llamada *Lex Aquilia*⁷, la cual, en breves rasgos, fue una fórmula que sirvió de sustento para proteger la vida y la propiedad por medio de la concesión de una indemnización en caso que tales derechos fueran vulnerados. Esta norma era aplicable para casos específicos; sin embargo, nunca se institucionalizó esta figura. Los hermanos Mazeaud⁸ sostienen que esta norma no exigía la culpa como una condición para su aplicación, sino que se trataba de una responsabilidad más bien objetiva; es decir, no era necesario probar la negligencia del autor del daño sino solo éste.

Si nos remontamos al Derecho anglosajón, los estudiosos de la materia concuerdan en que la responsabilidad extracontractual se la aplicaba de manera incipiente en el siglo XIII con el recurso *trespass* del latín *transgressio*, el cual era una forma de resarcir daños directos y físicos a personas o propiedades, lo cual evidentemente era una figura ligada a la *Lege Aquilia*. Este constituiría el antecedente más remoto y escueto sobre materia de responsabilidad; sin embargo, para estructurar coherentemente su evolución es posible encontrar tres etapas que marcaron esta figura hasta nuestros días.

⁶ Mazeaud Hermanos, *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1976, página 34.

⁷ Amelia Castresana, *Derecho Civil Romano Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados la Responsabilidad Aquiliana: Bases Históricas para una construcción jurídica actual*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie Doctrina Jurídica, 2006, página 290.

⁸ Mazeaud Hermanos, *Lecciones de Derecho Civil*, páginas 35-36.

1.2. Irresponsabilidad absoluta del Estado

En este primer período de la evolución es indudable la existencia de una irresponsabilidad del Estado y del funcionario. Durante esta etapa, el modelo de Estado se enfocó en una forma absolutista, en donde el poder se concentraba en una sola persona, llamada “rey”, quien constituía la personificación de la perfección. Nada podía estar sobre él, de tal suerte que su voluntad era ley e, incluso, no podía estar sujeta a comparación de ninguna clase; es así como se llegó a establecer la máxima: “*The King can do not wrong*” (“el rey no se equivoca”). Por otro lado, esta supremacía del monarca anulaba la existencia de otra autoridad que pudiera juzgarlo, peor aún que condenara su *modus operandi*, dando como resultado que el rey no pudiera ser juzgado. Se llegó incluso a considerar como una monstruosidad política y jurídica la afirmación atribuida a Luis XIV: “*L’Etat c’est moi*” (“El Estado soy yo”). Esta forma de Estado absoluto se desarrolló a mediados del siglo XVIII y gran parte del siglo XIX, e impedía que el Estado fuera responsable por los hechos cometidos en desmedro de sus ciudadanos, por lo que era imposible siquiera que fuera sometido a juicio y, peor aún, responsabilizado por los daños y perjuicios causados por su acción u omisión. Por consiguiente, todas aquellas quejas que el ciudadano se encontraba facultado a plantear, debía dirigirlas a la legislación civil, siendo éste el camino para sancionar al funcionario público.

El paso que se dio para superar la irresponsabilidad absoluta llegó cuando se declaró la responsabilidad de los funcionarios, consagrada por primera vez en el artículo 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 el cual manifiesta: “La sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a todo agente público”.⁹ Este artículo es complementado con el artículo 24 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1793, implementando los cimientos para generar una corriente de responsabilidad estatal en todos los países de Occidente, el cual reza: “No puede existir si los límites de la función pública no son claramente determinados por la ley, y si la responsabilidad de todos los funcionarios no está asegurada”.¹⁰

⁹ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789.

¹⁰ Declaración de los Derechos del Hombre 1793.

1.3. Aplicación de los principios del Derecho Civil a la responsabilidad estatal

La etapa de irresponsabilidad absoluta se la vislumbró en las diferentes legislaciones hasta la llegada de la Revolución Industrial a mediados del siglo XIX. Para evitar injusticias se procedió a la aplicación de las normas sobre responsabilidad del Derecho Civil a los daños producidos por el Estado, esto derivado del auge que el Estado industrializado tuvo en la generación de actividades productivas, que generó más casos en los cuales el particular era afectado.

1.3.1. El Fallo Blanco y la autonomía de la responsabilidad estatal

Como se vio anteriormente, la responsabilidad del Estado fue reconocida dentro de un marco de “civilización” misma; esto es: aplicando las normas de la legislación civil para juzgar casos de responsabilidad estatal. Esta situación perduró hasta que el Consejo de Estado francés desvinculó la responsabilidad del Estado de las normas del Código Civil, otorgándole autonomía e independencia y proveyéndola de sus propias normas y principios, lo cual resultó adverso para los particulares afectados por el Estado. Pero esta situación desfavorable se ha ido desvaneciendo con el paso del tiempo, tomando en cuenta que el hecho de que dichos particulares afectados pudieran acudir a la jurisdicción administrativa para que el Estado indemnice los perjuicios por él causados, con lo que han encontrado una mayor respuesta y notable compromiso por parte de los tribunales, debido, como ya se anotó, al aumento y ampliación que han venido desarrollando estos tribunales del concepto de responsabilidad administrativa. De esta manera, cada vez son más los casos en que se condena al Estado a dejar indemne a los particulares perjudicados por su acción u omisión.

Esta dotación de autonomía e independencia de la legislación civil se reflejó en el Fallo Blanco, caso emblemático pronunciado por el Tribunal de Conflictos de Francia en 1873. Partiendo de este pronunciamiento se esbozó una teoría propia de la responsabilidad, totalmente diferente de aquella que tradicionalmente fue utilizada. La esencia del fallo manifiesta que:

[...] la responsabilidad que pueda incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por actos de las personas que emplea en el servicio público, no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; esta responsabilidad no es general ni absoluta, tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses privados.¹¹

1.4. Fundamento de la responsabilidad. Teorías que la sustentan

1.4.1. Fundamento de la responsabilidad

Acogiendo el criterio de Miguel S. Marienhoff¹² respecto al fundamento de la responsabilidad, es posible encontrar cuatro criterios para esclarecer cuál es el verdadero fundamento de la figura materia de esta tesis. El primero de ellos plantea que la responsabilidad del Estado, por los daños que éste irroga a los ciudadanos, encuentra su fundamento en los “*riesgos sociales*”, dejando de lado la culpa estatal como sustento al deber de resarcir los daños que se causen por el accionar de la Administración Pública. Sin embargo, Marienhoff, considera a este criterio como una idea caduca, ya que actualmente, con la concepción que se ha impuesto sobre el Estado, ha dejado de lado la concepción liberal, en donde la intervención estatal era casi nula dejando el camino libre a los administrados, de ahí la existencia de la irresponsabilidad del Estado.

Sin embargo, los riesgos sociales a los que hace alusión este criterio no podrían configurarse como fundamento de la responsabilidad estatal, quedando subsumida la teoría del riesgo por las consecuencias del Estado de Derecho, en donde podemos encontrar principios que sí fundamentarían la responsabilidad estatal.

¹¹ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Séptima Edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, página 481.

¹² Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV*, Buenos Aires, Editorial Abeledo –Perrot S.A., páginas 695.

Como segundo criterio para fundamentar esta figura se ha esgrimido la necesidad imperiosa de una ley o normativa que la reconozca expresamente. Marienhoff ¹³sostiene que este criterio es el seguido por Rafael Bielsa, conocido estudioso del Derecho Administrativo, es así que la responsabilidad estatal carecería de un fundamento jurídico propio. Este criterio sería errado, ya que si acudimos a los principios que consagra el ordenamiento constitucional vigente, encontraremos un sinnúmero de postulados que la actual Carta Fundamental recoge.

Como tercer criterio, la responsabilidad estatal es aceptada cuando el resarcimiento de los hechos lesivos constituye una regla eminentemente de aplicación de lógica jurídica. Para explicar este aspecto Marienhoff cita el criterio de García De Enterría, el cual considera que:

[...] la razón que justifica una responsabilidad de la Administración no es, ni tendrá razón ninguna para serlo, distinta de la que justifica la posibilidad de aplicar la misma institución a las personas privadas, porque desde el punto de vista jurídico lo que sería preciso justificar sería la solución contraria; es decir, el principio de una inmunidad de la Administración respecto a la responsabilidad de los daños causados por su actuación.¹⁴

El cuarto criterio, planteado por Marienhoff¹⁵ y acogido como el mejor concebido debido a su exactitud y coherencia con en el modelo jurídico que vive nuestro país, sostiene que el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado no es otro que el Estado de Derecho y sus postulados, en donde su fin último es proteger el derecho del conglomerado social contra las extralimitaciones de la Administración Pública. Estos principios los encontramos claramente previstos tanto en la Constitución de la República como en la normativa que la viabiliza.

¹³ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV*, páginas 696.

¹⁴ Eduardo García de Enterría *Los Principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Madrid 1956, páginas 167 y 159, citado por Miguel S. Marienhoff, “*Tratado de Derecho Administrativo*” Tomo IV, Buenos Aires, Argentina, páginas 697y 698.

¹⁵ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV*, páginas 698 -702.

1.4.2. Fuente real de la responsabilidad del Estado

Para determinar el fundamento de la figura de la responsabilidad, es necesario tomar en cuenta ciertos estudios doctrinarios, para ello se han formulado tres grupos representativos en donde se contemplan las teorías que fundamentan la responsabilidad del Estado: teorías de la tutela jurídica, teoría del intervencionismo y teorías teleológicas.

1.4.3. Teoría de la tutela jurídica

Esta teoría considera que el Estado está obligado a responder de los perjuicios que ocasione al conglomerado social, derivado del cumplimiento de actividades inherentes a su naturaleza; esto es representar los intereses de toda la sociedad y actuando a nombre de ella, en busca del bienestar colectivo así como la satisfacción de sus necesidades; sin embargo, como resultado de ello el Estado puede llegar a cometer actos dañosos; es en este momento en el que muchos manifiestan que la responsabilidad del Estado es eminentemente directa y objetiva. Decimos que es directa porque, independientemente de que existen individuos que actúan a nombre del Estado, es éste el que responde al final por ellos. Asimismo, es objetiva en cuanto a que la sola constatación del daño producido obliga automáticamente al Estado a resarcirlo, siendo una situación *iuris et de iure*; es decir, que no admite prueba en contrario. En este sentido, la protección que el Estado brinda a los particulares está dirigida a la protección de su patrimonio. Acogiendo esta, tendencia la Corte Constitucional Colombiana, mediante sentencia C-33 del primero de agosto de 1996, manifiesta:

[...] al propio Estado le corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración, así la responsabilidad patrimonial del Estado, se presenta como un mecanismo de protección de frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública [...].¹⁶

¹⁶ Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-33 del 01 de Agosto de 1996 Expediente D-1111*, Ponente Alejandro Martínez Caballero, en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=32571>.

En base a este criterio podemos colegir que una vez cometido el perjuicio o daño y una vez imputado al Estado, se produce un traspaso patrimonial hacia la víctima, lo cual ha generado cierta polémica al respecto por ser considerado este criterio demasiado individualista.

1.4.4. Teoría del intervencionismo

Esta tendencia considera que la responsabilidad que tiene el Estado radica en los principios jurídicos constitucionales que otorgan una potestad especial dentro de la realidad de una nación. El intervencionismo admite que el Estado como ente supremo dentro de una nación ostente poderes o facultades supremas, que se materializan en diferentes ámbitos del quehacer interno nacional sometiendo al conglomerado social.

En este contexto, es posible que se cause daño a los ciudadanos, lo cual generaría la obligación de reparación o indemnización a los perjudicados por actos ilegítimos, dentro de la búsqueda de la justicia social y bienestar colectivo como fines esenciales del Estado. Es interesante anotar que uno de los aspectos esenciales que se pretende conseguir en esta teoría implica que los poderes discrecionales que los funcionarios públicos ostentan sean utilizados conforme al respeto irrestricto a los Derechos Humanos.

1.4.5. Teoría teleológica

La tendencia teleológica considera que el Estado tiene un deber esencial que debe cumplirlo de manera inexorable, y es el de reparar los daños que se produzcan como consecuencia de su actividad.

Esta reparación encuentra su *telos* en una de las finalidades del Estado, que se refleja en la concreción del estado de bienestar o como se ha denominado en los estudios socioeconómicos anglosajones: “*Welfare State*”, noción entendida como aquella tutela que el Estado brinda a los individuos, respecto los derechos económicos así como el bienestar de los ciudadanos. Tomando en cuenta los postulados de esta tendencia, la obligación que tiene el Estado para resarcir perjuicios es una de las formas para llegar al bienestar colectivo.

El resarcimiento en este sentido responde a dos finalidades: por un lado la jurídica y por otro, la moral. La primera porque el ordenamiento jurídico prevé todo lo relativo a la responsabilidad del Estado, creando un intrincado sistema jurídico para ejercitar esta figura; y la segunda, la moral entendida como la incompatibilidad de que el Estado incurriera al ocasionar daño a sus ciudadanos, tomando en cuenta que uno de los valores intrínsecos del orden social radica en la responsabilidad con la cual la Administración Pública debe actuar. Quizá esta teoría es la que más se acerca a los postulados actuales según los cuales el bienestar colectivo o *sumak kawsay*¹⁷ implica que las necesidades sean satisfechas merced a una acertada gestión pública. Por ello la Constitución ecuatoriana define al Buen Vivir como el objetivo esencial que debe perseguir el Estado, debiendo cumplir estrictamente con el ordenamiento jurídico y resarcir los daños causados en el ejercicio de sus actos o en la prestación de los servicios públicos.

1.5. Teorías que explican la responsabilidad del Estado

1.5.1. Teoría de la representación

Dicha tendencia es respaldada en su gran mayoría por los estudiosos del Derecho Civil, cuyo postulado fundamental se basa en la posición del representante (*funcionario*), que realiza actos de los cuales responde el representado (*administración*). La responsabilidad está fundamentada en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*; en otras palabras, en la elección del representante por parte del representado. Los seguidores de esta tendencia consideran al Derecho Civil como la rama de las Ciencias Jurídicas que se encargará de regular las relaciones entre el Estado y el funcionario; sin embargo, la legislación actual, partidaria de nuevas tendencias y en especial de aquellas que se encuentran en el derecho público contradicen esta, proposición al sostener que son las normas del derecho público las que deben encargarse de esta misión.

¹⁷ Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013; página 26

1.5.2. Teoría organicista

Julio Altamira Gigena¹⁸ considera que el creador de esta corriente es Gierke, el cual ve en las personas jurídicas un conjunto de órganos, llegando al extremo de advertir que si desaparecen los órganos igualmente ocurriría con las personas jurídicas. En esta corriente, el punto clave consiste en considerar al funcionario público como un órgano de ese gran organismo al cual llamamos Administración Pública; por consiguiente, todo acto que realice dicho agente se reputa realizado por la administración y, por lo mismo, es responsable por ello. Es decir que cuando los funcionarios públicos cometen una falta, es el Estado quien la comete, siéndole imputable a éste de forma directa. Si la administración es eficiente, activa, rápida es porque sus funcionarios lo son también; todo lo contrario sucede cuando tales funcionarios son negligentes, ineficientes, lo que se refleja en la administración.

1.5.3. Teoría de la proporcionalidad de las cargas

Jorge Teissier, citado por Pedro Guillermo Altamita, considera que cuando hablamos de proporcionalidad de las cargas debemos tener presente el siguiente razonamiento:

Los ciudadanos no deben sufrir unos más que otros las cargas impuestas en el interés de todos, de donde resulta que los daños excepcionales, los accidentes que el Poder Público causa a los particulares, deben ser indemnizados por el presupuesto que está formado por las contribuciones de toda la colectividad. Además, las necesidades de la vida en común exigen que cada uno soporte sin indemnización los daños resultantes del ejercicio legal y regular del poder público, a menos que el legislador haya dispuesto lo contrario. Cuando el Estado ejecuta un acto que perjudica a un habitante haciéndole sufrir un daño injusto, con respecto a

¹⁸ Julio Altamira Gigena, *Responsabilidad del Estado Tomo I*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1973, página 64.

los demás ciudadanos, está obligado a indemnizar ese daño para no romper el principio de equidad, de igualdad, que ampara por igual a todos los habitantes[...].¹⁹

Sin embargo, la corriente propuesta sigue siendo incompleta, ya que en muchas ocasiones el servicio público se realiza en forma permanente, regular y continua y a pesar de ello se daña a un tercero. Según los defensores de esta tesis no existe indemnización, a no ser que el legislador lo considere como indemnizable; pero a nuestro juicio si estamos ante la presencia de un daño, éste debe necesaria e inexorablemente ser reparado por quien lo ocasionó, que en este supuesto le corresponde a la Administración. Respaldando este criterio, el mismo Consejo de Estado francés sostiene que la igualdad o equivalencia de las cargas lleva a responsabilizar a la Administración, tanto por los actos de sus funcionarios como por los suyos.

1.5.4. Teoría de la responsabilidad por riesgo

Su representante más sobresaliente es León Duguit,²⁰ cuyo planteamiento reside en considerar que la responsabilidad estatal no es posible identificarla más allá de un seguro social, en donde existe un beneficio colectivo y un provecho de aquellos que sufren un perjuicio que deviene del funcionamiento de los servicios públicos. Es interesante la propuesta de la responsabilidad por riesgo y muchos Estados modernos la acogen. En suma se plantea que la actividad del Estado se ejerce en interés de la colectividad, por lo mismo, las cargas que sobre ella recaen deben ser iguales para todos. Finalmente, los estudiosos que la siguen consideran que la responsabilidad de la Administración Pública se presenta por el solo hecho de ser culpable del mal funcionamiento un servicio público, ocasionando un perjuicio, es por ello que consideran que existe una responsabilidad por riesgo.

¹⁹Jorge Teissier, *La responsabilité de la puissance publique*, página 147, citado por Pedro Guillermo Altamita, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Córdoba, Editorial Assandri, 1942, página 110.

²⁰ Leon Duguit, *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón traducción de Carlos O Posada Tomo I*, Madrid, Editorial Príncipe, páginas 137-139.

Lo esencial de esta tesis radica en el nacimiento de la reparación; entonces es necesaria una situación excepcional de peligro. Para Marienhoff²¹, opuesto a esta teoría los riesgos podrán ser la causa de los daños y perjuicios, pero no el fundamento de la responsabilidad estatal; y esa teoría queda subsumida por las consecuencias del Estado de Derecho, cuyos principios fundamentan la responsabilidad de Estado en el derecho público; ya que esos principios o postulados forman un complejo y tienden a lograr la seguridad y el respeto del derecho de los administrados.

1.5.5. Teoría de la equidad

Otto Mayer, citado por Julio Altamira Gigena, es el mayor exponente de esta teoría, la cual postula que: “*La indemnización existirá siempre que el Estado haya obtenido alguna ventaja en detrimento excepcional de un administrado.*”²² Para que una persona sea beneficiaria de la indemnización correspondiente, el afectado debe reunir tres requisitos esenciales: 1) Un daño causado por la Administración Pública; 2) Que esa actuación trate al individuo de manera desigual e injusta y, 3) Un perjuicio material, traducido en el enriquecimiento sin causa. Por consiguiente, el fundamento jurídico de la indemnización según esta corriente radica en la equidad.

1.5.6. Teoría de la estricta justicia

Su máximo exponente es Félix Sarria, el cual considera como fundamento el siguiente criterio:

La responsabilidad del Estado surge por el hecho mismo de las personas o de las cosas que tiene a su servicio. No es menester recurrir a la teoría de la falta para encontrar el fundamento jurídico de la responsabilidad directa del Estado, que lleva su aplicación aun a las cosas inanimadas y a los casos en que aquél ejercita un derecho, v. gr.: La ejecución de una obra pública que daña a terceros. Varios elementos surgen en apoyo del sistema. La

²¹ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV*, páginas 703-704

²² Otto Mayer, *Le Droit administratif aleman Tomo IV*, París 1906, página 222, citado por Julio Altamira Gigena, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1973, página 83.

equidad juega, entre ellos, un rol primordial; también la justicia se hace presente, como es lógico, en toda índole de relaciones generadoras de derecho. Si según hemos dicho, el Estado es o debe ser justicia, si ésta, en su esencia, no puede quedar excluida cuando se trata de distribuir entre los ciudadanos esa especie de carga pública del daño, previsible o no, causado por los individuos físicos o por las cosas del servicio público [...].²³

El mismo autor sostiene que para el nacimiento de la responsabilidad serán necesarios ciertos requisitos: 1) Que entre el hecho y el daño medie una razón; 2) Que se lleve a cabo sin culpa del afectado; y, 3) Que el daño sea materializado y cuantificado pecuniariamente. Esta tendencia plantea una realidad y es que la labor esencial del Estado es la de prestar servicios públicos; al hacerlo, es posible que exista una determinada responsabilidad; sin embargo, con buen criterio propone que únicamente existirá responsabilidad cuando se configuren los tres elementos mencionados anteriormente, lo cual es sensato ya que la determinación de responsabilidad debe estar revestida de una serie de requisitos sin los cuales no se puede hablar de tal.

1.5.7. Teoría de la solidaridad humana

El fundamento de la doctrina de la responsabilidad debe buscarse en la ayuda recíproca a todos los individuos que constituyen la colectividad logrando la justicia social. Sus fuentes no deben buscarse en la moral ni en la caridad, sino en un acto de justicia distributiva en el cual la sociedad debe actuar en beneficio de aquellas personas que por hechos que no le son atribuibles se encuentran en situación de inferioridad, siendo el Estado el órgano por medio del cual puede canalizarse esta solidaridad. Como el perjuicio lo ha sufrido el damnificado por un acto o hecho imputable a un agente del Estado (tomando la palabra agente en su sentido etimológico *agere*, hacer; sea hombre o máquina) que lo ocasiona en un acto del servicio o con motivo de él o empleando los medios que el Estado le facilita, transforma la obligación moral, impuesta por la solidaridad humana de ayuda

²³ Félix Sarria, *Derecho Administrativo*, Córdoba, Editorial Assandri, 3ra edición, 1946, página 6.

recíproca, en una obligación jurídica de indemnizar, otorgándole la acción y el derecho para exigirla. Guillermo Altamira, respecto esta tendencia, considera:

El Estado, ya sea que actúe como persona de derecho privado, o bien como persona de derecho público, es responsable; siempre que el funcionario, empleado o agente de la Administración, o el funcionamiento normal o anormal de un servicio público causa un daño actual, directo y extraordinario a la persona o bienes de un administrado, debe indemnizarse; pero con la condición de que aquéllos hayan obrado dentro de sus funciones, en actos de servicio o usando los medios que el Estado les proporciona para realizarlos; solamente debe relevárselo de esa obligación, cuando el funcionario o agente se haya “extralimitado ostensiblemente” en el ejercicio de las funciones[...].²⁴

Una vez que hemos analizado las diferentes teorías que han tratado de justificar el fundamento de la responsabilidad estatal, podemos afirmar que dicha noción radica en el bien común., que precisamente nuestra Constitución procura cuando habla del buen vivir (*sumak kawsay*). Para nosotros la teoría de la irresponsabilidad del Estado en nuestro sistema al menos en teoría no tiene cabida, pues toda actividad que despliega el Estado se encuentra sujeta a responsabilidad. Esta premisa la podemos corroborar en la norma del artículo 233 de la Constitución.

1.6. Principios jurídicos que sustentan la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado

1.6.1. Igualdad de los ciudadanos ante la Ley

Este principio es recogido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo primero: “*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad*

²⁴ Pedro Guillermo Altamira, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Córdova, Editorial Assandri, 1942, página 110.

común”.²⁵ Hablar de igualdad de los ciudadanos ante ley es sin lugar a dudas uno de los logros más trascendentes del liberalismo; desde este momento histórico la norma jurídica no realizará más distinciones. Nuestra Constitución recoge este principio en su artículo 66, número 4.

1.6.2. Igualdad jurídica de los administrados ante las cargas públicas

Nuestra legislación, seguidora de la escuela francesa, tomó el criterio del Consejo de Estado francés el cual considera que cuando el Estado presta un determinado servicio público con el objeto de cumplir los fines constitucionales y legales, al mismo tiempo genera un peligro o un eventual riesgo, para la sociedad. El Estado por tanto está llamado a responder por el detrimento causado cuando el peligro se materialice.

Al respecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia expresa:

“[...] 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 su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente.... 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. Por esta razón, el artículo 20 de la Constitución Política no hace referencia al obrar ilícito o lícito de los funcionarios o empleados públicos, cuando asigna la responsabilidad del Estado en el evento de que cause un perjuicio a los administrados, originada en su comportamiento...”²⁶

²⁵ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789.

²⁶ Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo, fallo de casación del 11 de abril de 2007, publicado en la Gaceta Judicial serie XVIII, No. 4, página 1618 a la 1626.

1.6.3. Sacrificio especial al administrado

Este sacrificio sin lugar a dudas constituye fuente de la responsabilidad extracontractual del Estado, pero únicamente en aquellos casos en los que individualmente se obligue al administrado, con exigencias mayores que para el común del conglomerado; por consiguiente es el Estado quien exigirá a sus miembros diferentes obligaciones que van desde el establecimiento de impuestos, tasas, contribuciones, etc. Sin embargo, desde el momento en el que el Estado instaura una mayor carga, se produce un sacrificio especial para el administrado, que por lo mismo deviene en fuente de responsabilidad. De tal suerte que la doctrina en este aspecto ha logrado consensuar que en el caso de las contribuciones éstas deben guardar la debida equidad y proporción. Si existe un sacrificio especial por algún acto de cualquier órgano, debe repararse el desequilibrio.

1.6.4. Observancia de los Derechos Humanos

La noción de los Derechos Humanos constituye fuente de la responsabilidad extracontractual del Estado. Su fundamento descansa en el valor ético que debe caracterizar al accionar del Estado. En la actualidad, el ciudadano cuenta con garantías de las que antes carecía. Además de ello, su vigencia va más allá de cualquier discusión política; es necesario recordar que el Estado tiene la obligación de respetar, hacer respetar y promover los Derechos Humanos.

1.6.5. Garantía del derecho de propiedad

Roberto Dromi²⁷, en su obra *Derecho Administrativo*, plantea como uno de los principios de la responsabilidad estatal, la garantía del derecho de propiedad, considerando que nadie puede ser privado de su propiedad sin ser a la par indemnizado; de ahí que si el Estado apelando a razones de interés público o social lesiona este derecho, está obligado a indemnizar al despojado.

²⁷ Dromi Roberto, *Derecho Administrativo*,; Buenos Aires, Editorial de Ciencia y Cultura; 9na edición actualizada, 2001, página 706.

*El buen rey lo es no sólo por gobernar bien su propia vida,
sino por asegurar también la felicidad de sus súbditos.*

Sócrates

CAPÍTULO II

2. Servicios públicos. Generalidades

Dentro de la antigua concepción del Derecho Administrativo su esencia radicaba en encontrar el fin que perseguía el Estado y encontrar la estructura jurídica adecuada que norme este accionar. Durante el siglo XIX, el criterio que predominó fue el de la existencia de la soberanía o poder público, bajo el sustento de que es necesario un derecho especial para regular las relaciones entre el Estado y los particulares. La aplicación del Derecho Privado que solo regula relaciones entre personas resultaba insuficiente frente al advenimiento de nuevas circunstancias dignas de ser normadas. Esta postura generó la separación en dos categorías; por un lado los "actos de autoridad" y por otro los "actos de gestión"; por consiguiente, el Estado en unos casos actuará emitiendo ordenes, prohibiciones, reglamentaciones, mientras que en otros fungirá como lo hace un particular al momento de administrar su patrimonio. La forma de ver a la Administración Pública en esa visión, no consideraba que el Estado nunca puede estar en una situación igual a la de los particulares, puesto que por su naturaleza siempre estará ejerciendo su poder de imperio; esto es, en una posición de privilegio de que no disfruta el conglomerado social.

Modernamente, en el año 1873 empieza a primar el criterio resumido en la noción de servicio público. La doctrina francesa, seguidora de esta tendencia, justificó su accionar en la necesidad imperiosa de contar con reglas especiales, las cuales se traducían en el nacimiento de una nueva rama: el Derecho Administrativo, el cual encuentra su esencia en la necesidad de fijar los límites de aplicación de éste llegando a colocar la noción de

servicio público en la base de todas las instituciones administrativas y como explicación, justificación y límite de la existencia del Derecho Administrativo.

La noción actual de la figura de servicio público es producto de evolución y de un proceso histórico que en su primera fase no surgió como un concepto jurídico formal; si no como idea de servicio prestado al público. En tiempos más recientes, los estudiosos han utilizado con una amplia diversidad este criterio, pues para unos es toda actividad administrativa cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, postura defendida por León Duguit²⁸; es decir, es toda actividad administrativa que procura la satisfacción concreta de una necesidad colectiva; mientras que para otros, además de ese requisito se precisan otros aspectos jurídicos esenciales, que hacen del servicio público una de las instituciones jurídicas más relevantes de la disciplina jurídico administrativa.

2.1. Criterios para establecer la noción de servicios públicos

El Estado como ente generador y titular de los servicios públicos puede trasladar (delegar) su gestión y prestación a individuos de la sociedad; planteamiento que de inicio estuvo sujeto a críticas.

Qué Pero qué tipo de actividades pueden ser consideradas servicios públicos? En principio, las actividades orientadas a satisfacer necesidades colectivas.

La doctrina se ha planteado dos conceptualizaciones para llegar a determinar su esencia: la concepción orgánica y la material.

2.1.1. La concepción orgánica

Son servicios públicos aquellas prestaciones que el Estado o el sector público en general brinda al conglomerado social con el objetivo de satisfacer necesidades colectivas o de interés general. En este orden de ideas, la noción de servicio público es configurada

²⁸ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing, 1927. Citado por Alberto Montaña Plata, en: *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, página 141.

cuando se toma en cuenta el órgano del cual deriva, siendo éste el Estado o en su lugar de concesionarios.

2.1.2. La concepción material

Sostiene que no importa el órgano que esté prestando el servicio público, lo esencial es la naturaleza misma de la actividad o función; estaríamos ante la presencia de un servicio público cuando éste tenga por fin la satisfacción de necesidades colectivas o de interés general. Estas dos concepciones comparten un aspecto: la satisfacción de necesidades colectivas; sin embargo, cuando nos referimos a una colectividad no estamos hablando necesariamente de todo el conglomerado social de aquel grupo humano que tiene necesidades por el hecho de vivir en una comunidad; las que deben ser satisfechas por parte del Estado.

2.2. Definición de servicio público

Para llegar a una definición, debemos acudir a la doctrina. Al respecto, Miguel Marienoff considera que servicio público es: *“Toda actividad de la Administración Pública o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general, cuya índole de gravitación en el supuesto de actividades de los particulares o administrados requieran el control de la actividad estatal”*.²⁹ Roberto Dromi, exponente de la tendencia privatizadora en la Argentina, considera que: *“Cuando hablamos de servicios públicos nos referimos a las prestaciones que cubren necesidades públicas o de interés comunitario, que explican las funciones-fines del Estado, de ejecución per se o por terceros, mediando concesión, licencia, permiso, autorización o habitación, pero siempre bajo fiscalización estatal. Es decir, puede tratarse de la provisión de agua,*

²⁹ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II*, Tercera Edición Actualizada, Buenos Aires, Editorial Abeledo – Perrot, página 55.

luz, gas, teléfonos, como de la prestación de servicios de educación, salud, transporte, seguridad”.³⁰

Desde el punto de vista continental europeo, la figura de servicio público es abordada con propiedad por Fernando Garrido Falla, quien lo define así: “*Servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración Pública y bajo un régimen jurídico especial*”.³¹ En todo caso consideramos que un servicio público constituye una actividad que el Estado tiene la obligatoriedad de brindar y que sin lugar a dudas está encaminado a cumplir una de las obligaciones que la Constitución impone a este ente, que es la satisfacción de necesidades colectivas con miras al pleno desenvolvimiento del colectivo.

2.3. Creación de los servicios públicos

Debemos considerar que en el ámbito del Derecho Administrativo se habla de servicios públicos propios e impropios. Los propios o aquellos prestados directamente por el Estado o en virtud de delegación, por concesionarios, responden a una decisión expresa o acto jurídico, por ello se considera un servicio público formal; por consiguiente, estaremos ante un servicio público cuando éste es establecido mediante un acto expreso de autoridad pública competente.

Los servicios públicos impropios, por su lado, son prestados por los administrados en ejercicio de una autorización de la Administración Pública, la cual permite esta situación.

2.4. La Organización de los servicios públicos

Al hablar de organización nos referimos a la adecuación de los medios necesarios para un funcionamiento efectivo, y esos medios son de índole material y normativa ya que

³⁰ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2001, página 532.

³¹ Fernando Garrido Falla, *Revista de Administración Pública*, 1994, en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1994_135_007.PDF.

comprenden los elementos físicos y las prescripciones normativas para el correcto funcionamiento. Al hablar de organización de los servicios públicos, nos referiremos a los servicios públicos propios, ya que la organización de los impropios no depende de la competencia del Estado, sino de los particulares.

2.5. Modificación de los servicios públicos

Cuando abordamos la figura de los servicios públicos, es posible encontrar ciertas variables que los caracteriza, una de ellas es su modificación; respecto a este tema Juan Carlos Cassagne considera que: *“La potestad de modificar las reglas generales organizatorias de los servicios públicos pertenece al órgano del cual emanaron tales reglas. El mismo principio se aplica cuando se modifiquen las normas que conciernen a la creación del servicio público”*³².

Por su lado Marienhoff sobre la modificación plantea que: *“Un servicio público puede ser modificado en su estructura o en su funcionamiento. Según su índole, tales modificaciones pueden implicar un corolario de la potestad para "crear" o para "organizar" el servicio. Un cambio esencial en la "estructura" del órgano encargado de la prestación del servicio, ha de vincularse, por principio, al acto de "creación". Un cambio en la forma de "funcionar" el servicio ha de vincularse, por principio, al acto de "organización”*³³.

Por lo cual podemos colegir que cuando hablamos de modificación de los servicios públicos estamos infiriendo que existe una alteración en su estructura, por lo mismo resulta indispensable contar con la estructura normativa correspondiente y que provenga del órgano competente.

³² Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Séptima Edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, página 302.

³³ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II*, Buenos Aires, Editorial Abeledo –Perrot S.A., páginas 36.

2.6. La supresión de los servicios públicos

Para Marienhoff³⁴, la supresión de un servicio público comporta que en lo sucesivo la necesidad o interés general no será satisfecho por la figura del servicio público, y la decisión de suprimirlo le corresponderá expedir a la misma autoridad que dispuso su creación, de forma debidamente motivada.

2.7. Características de los servicios públicos

Las principales características que un servicio público debe reunir son: continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad, obligatoriedad; sin embargo, nuestra Constitución, en su artículo 314 segundo inciso, incorpora características adicionales como:

2.7.1 Continuidad

Referirnos a la continuidad del servicio público implica que nos refiramos a uno de los fines del Estado moderno (tal como lo conocemos a partir de la Revolución Francesa); cual es, la satisfacción de las necesidades colectivas. Para lograr este objetivo se prestan servicios públicos, la mayoría de los cuales no pueden ser suspendidos puesto que ello ocasionaría daños y perjuicios a la colectividad. Por ello, cabe coincidir con el criterio de Cassagne³⁵ al respecto ya que la causa que justifica, que legitima la existencia de un servicio público no es otra que una necesidad colectiva, la cual no puede satisfacerse de otra manera que con la debida continuidad.

Normalmente, el criterio aceptado en la doctrina del Derecho Administrativo y en nuestra legislación (que lo prohíbe expresamente) sostiene que la huelga y el paro que suspendan la normal prestación de los servicios públicos atentan contra el estatus jurídico, por ello su regulación, fundamentándose en la ponderación del interés superior, es el de la comunidad por sobre los intereses individuales. Como quiera que esto sea, vemos innegablemente la presencia de necesidades públicas que por diversas circunstancias deben

³⁴ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II*, página 101.

³⁵ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Séptima Edición Actualizada, Editorial Abeledo Perrot, 2002, página 303.

ser atendidas de manera ininterrumpida. Tomando en cuenta todo lo mencionado, la Administración Pública debe cerrar el paso a este potencial peligro y para ello organiza los servicios públicos de tal manera que se precautele este principio; y, en el caso de la presencia de concesiones, deberán estar sujetas a un régimen jurídico especial que garantice la continuidad de la actividad que prestan, todo esto para brindar el pleno cumplimiento a la esencia del servicio público, pues cuando éste se constituye es fundamentalmente con el fin de asegurar la satisfacción de necesidades generales, que la iniciativa privada no podría cubrir sino de un modo incompleto e intermitente.

2.7.2. Regularidad

Respecto de la regularidad, normalmente esta característica es asimilada como sinónimo de la continuidad; sin embargo, es preciso tomar en cuenta que si bien para una parte de la doctrina constituye un elemento accesorio en la continuidad, este principio conlleva que el servicio público debe prestarse de acuerdo a la normativa preestablecida, mientras que la continuidad hace alusión a la prestación ininterrumpida. Dromi³⁶ considera que cuando hablamos de regularidad estamos hablando del ritmo y del equilibrio con el cual se presta un servicio; bajo este razonamiento, el mismo autor considera que es el Estado el ente encargado de establecer los marcos regulatorios de los servicios, para lograr la excelencia en la calidad de prestación.

2.7.3. Uniformidad

Por uniformidad debemos entender que la prestación de los servicios públicos se lleva a cabo tomando en cuenta la igualdad; es decir, el derecho que tiene el conglomerado social a recibirlo sin condicionamientos, sin discriminación y sin privilegios; esta característica puede ser asimilada al principio de igualdad ante la ley. El principio de igualdad ante la ley se encuentra reconocido en nuestra Constitución en el artículo 66 número 4 el cual es asimilable a la uniformidad.

³⁶Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2001, página 536.

2.7.4. Generalidad

Al hablar de generalidad como característica del servicio público, debemos entender que a éste puede acceder todo el conglomerado social; por ello se dice que todo servicio público nace a partir de la existencia de una necesidad que el colectivo ha considerado que debe ser satisfecha. La generalidad, en pocas palabras, hace referencia a que el servicio público debe dirigirse o beneficiar a toda la población sin discriminación alguna.

2.7.5. Obligatoriedad

Obligatoriedad entendida como el camino irrestricto que el Estado debe seguir para precautelar el bien común, brindando a los administrados satisfacción de las necesidades que la sociedad genera. Por ello, la doctrina considera que existe un derecho subjetivo que nace de la necesidad de satisfacer una determinada exigencia colectiva; por lo tanto, tal exigencia encuentra asidero en la obligación estatal de tutelar aquel interés público y brindar atención oportuna.

Como lo menciona Cassagne³⁷, la configuración del régimen jurídico del servicio público quedaría desprovista de sentido si no se asegurara su prestación efectiva y la consecuente satisfacción de las necesidades colectivas.

2.7.6. Calidad

Dentro del estudio de la noción de servicios público surge el principio de *calidad* cuya acepción semántica implica diversas visiones desde el punto de vista de los servicios públicos. La Constitución en su artículo 52 establece que: “Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características [...]”³⁸. Lo cual se complementa con el artículo 32 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que prescribe: “*Las empresas encargadas de la provisión de servicios públicos domiciliarios,*

³⁷ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Séptima Edición Actualizada, Editorial Abeledo Perrot, 2002, página 308.

³⁸ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 20 octubre del 2008.

*sea directamente o en virtud de contratos de concesión, están obligadas a prestar servicios eficientes, de calidad, oportunos, continuos y permanentes a precios justos.”.*³⁹

En consecuencia, la incorporación del concepto de calidad involucra un importante esfuerzo por parte de la Administración Pública para brindar un servicio óptimo al conglomerado, obedeciendo a estándares básicos, sin los cuales sería imposible una adecuada satisfacción de las necesidades colectivas.

2.7.7. Eficiencia

La eficiencia puede ser entendida como aquel principio según el cual existe un amplio nivel de optimización de los recursos de los que dispone la Administración Pública, de tal suerte que pueda generarse una mayor y mejor cobertura; por consiguiente, las necesidades colectivas son satisfechas en mayor medida. Es interesante acotar que el Reglamento a la Ley de Modernización del Estado, en su artículo 10, plantea una definición de eficiencia que reza de la siguiente manera:

El proceso de eficiencia administrativa se traduce en la capacidad para optimizar la utilización de recursos humanos, financieros, materiales y tecnológicos, mediante el uso racional de los sistemas administrativos en los que se dé una acertada correlación entre los objetivos, funciones, instancias y decisiones, para mejorar el nivel de gestión de la Administración Pública, a fin de responder a los requerimientos y demandas nacionales [...].⁴⁰

2.7.8. Responsabilidad

Principio en virtud del cual la Administración Pública se encuentra obligada, en primera instancia, a brindar un adecuado servicio, que cubra las necesidades colectivas; y, en segundo lugar, tomando en cuenta esas necesidades, la actividad implique el cumplimiento irrestricto de la estructura normativa, de tal suerte que no exista el

³⁹ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Suplemento Registro Oficial No. 116 del 10-07-2000

⁴⁰ Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, Suplemento Registro Oficial No.581 del 2-12-1994.

menoscabo de derechos; de ocurrir ello el Estado, por su especial posición en el universo jurídico, se verá obligado a resarcir el detrimento ocasionado.

2.7.9. Accesibilidad y universalidad

Accesibilidad y universalidad son dos principios que se podría decir van de la mano. En el primero nos referimos a la posibilidad que tiene la sociedad para obtener un determinado servicio y ver cómo sus necesidades son satisfechas; esta accesibilidad debe garantizar la normativa jurídica. El principio de universalidad, se refiere a la premisa que manda acceder a un servicio público sin que exista una diferenciación de por medio por razones de edad, sexo, etnia, etc.

2.8. Falla o deficiente prestación, alcances y efectos

Dentro de un contexto en el cual existen corrientes que plantean la explicación de la naturaleza jurídica de la responsabilidad del Estado, se ha hecho eco el régimen de responsabilidad por la falta de servicio, posibilidad que se encuentra en una transición hacia una liberación del resto de posibilidades de responsabilidad estatal.

La falla o deficiente prestación de servicios públicos es abordada en varias legislaciones, siendo la francesa el punto de partida de esta noción. Es importante señalar que la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés constituye un antecedente para fundamentar la figura materia del presente trabajo.

La historia de la configuración y desarrollo de la falta de servicio en el derecho francés implica el estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, la cual resulta conocida, aunque no siempre captada en su verdadero sentido y alcance. Sin embargo, no se puede desmerecer que se trata de una concepción propia del derecho público, que se deslindó de aquellos criterios de imputación de responsabilidad recogidos en el Código Civil. La idea principal sobre la falta de servicio entraña la eliminación del elemento culpa como aquél factor según el cual se atribuía la responsabilidad al individuo, incluso se concibió la idea de individualizar al autor del daño, como al mal funcionamiento

del servicio, o al incumplimiento irregular u objetivo, dejando de lado la conducta con la cual el funcionario público hubiere actuado.

2.8.1. Concepto de la falta o deficiente prestación de servicios públicos

Como es sabido, tanto nuestra legislación como nuestra jurisprudencia no han tratado el tema de la falta o deficiente prestación de los servicios públicos. Por ello es importante seguir el ejemplo de la jurisprudencia chilena en donde encontramos el siguiente criterio:

[...] la falta de servicio [...] se produce si sus órganos no actúan, debiendo hacerlo, si su actuación es tardía o si ellos funcionan defectuosamente causando perjuicio a los usuarios o destinatarios del servicio y si bien no se requiere individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción u omisión origina la falta, se debe invocar y acreditar la existencia de esa falta. [...].⁴¹

Podemos por tanto afirmar que la falta o deficiente prestación de servicios públicos es aquel hecho dañoso, ocasionado por la violación de la norma jurídica por parte del Estado. Esta violación puede derivar de la transgresión al ordenamiento jurídico en la cual se establecen las obligaciones y deberes del Estado así como de sus agentes.

El Consejo de Estado Colombiano sostiene al respecto el criterio según el cual la falta o deficiente prestación del servicio público se produce cuando éste funciona mal, no funciona o lo hace tardíamente, lo que se complementa con la condición para alegar falta o deficiente prestación que corresponde al perjudicado; es decir, éste debe aportar toda la prueba conducente a establecer dicha transgresión, pues en caso de que no se realice este paso, sus pretensiones serían desechadas impidiendo lograr la consiguiente indemnización. Esta situación actualmente ha tomado fuerza al momento de pretender una indemnización,

⁴¹ Corte Suprema Chile, Casación N° 3.427, "*Figuroa Gallardo Rosalía y otra con Fisco de Chile*", Sentencia de 8 de mayo de 2002. en:

<http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/06cf32004fbf790bbc99bf46ce4e7365/12.pdf?MOD=AJPERES>

pues la misma jurisprudencia considera que el actor debe suministrar la prueba plena de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que se alega fueron la causa del perjuicio.

En nuestro ordenamiento jurídico la falla del servicio es conceptualizado por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador dentro del fallo de casación del 11 de abril del 2007⁴², en donde la figura es analizada bajo la denominación de defecto sistémico del servicio público. La mencionada sala considera que:

[...] la falla del servicio se puede conceptualizar como el título jurídico de imputación objetiva de la responsabilidad estatal, fundamentada en el funcionamiento anormal de un servicio público (falta o deficiencia del servicio) que provoca un daño antijurídico al particular, quien no debe probar la culpabilidad del agente público (que puede ser anónimo) sino únicamente el nexo causal entre la falta o deficiencia del servicio y el daño ocasionado.

2.9. Falta de servicio y falta personal

Como ya se mencionó anteriormente la responsabilidad extracontractual del Estado ve su punto de partida con el célebre Fallo Blanco del Tribunal de Conflicto de 8 de febrero de 1873 en el cual se estableció: "[...] que la responsabilidad que puede incurrir el Estado por los daños causados a los particulares por personas empleadas en el servicio público no puede regirse por los mismos principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares [...]"⁴³. Este fallo para los entendidos es considerado la piedra angular del Derecho Administrativo francés. Dentro de su contexto podemos encontrar que la responsabilidad no es ni general ni absoluta, sino que, por el contrario, tiene sus reglas especiales, las cuales varían de acuerdo a las necesidades del servicio, como a la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos del conglomerado social. Este fallo

⁴² Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo, fallo de casación del 11 de abril de 2007, publicado en la Gaceta Judicial serie XVIII, No. 4, página 1618 a la 1626.

⁴³ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Séptima Edición Actualizada, Editorial Abeledo Perrot, 2002, página 481.

permitió conseguir al Consejo de Estado Francés que la figura de la responsabilidad del Estado sea regulada de manera independiente de la contemplada en la legislación civil, lo cual conllevó la distinción entre falta de servicio y falta personal, siendo posible responsabilizar a la Administración Pública sin necesidad de recurrir a las nociones de culpa y dolo con las cuales un funcionario público puede actuar en una determinada situación. En este sentido, la falta de servicio público puede ser considerada como una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración Pública.

Resulta claro que todo daño ocasionado por una mala organización de los entes públicos proviene de la acción u omisión de un funcionario público que se encuentra investido de potestades en la Administración Pública. En este orden de ideas, el Estado se verá condenado a indemnizar los daños ocasionados por el agente o agentes públicos.

La doctrina francesa respecto a la noción de mal funcionamiento del servicio público ha variado mucho tomando en cuenta a las características del servicio de que se trate, así como respecto a la gravedad de la falta. Por ello la jurisprudencia en un primer momento excluyó a ciertos servicios de toda responsabilidad por su actividad; mientras que para otros exigió un grado de responsabilidad mayor.

En cualquier caso, la emisión de un acto administrativo ilegal configura una falta de servicio comprometiendo la responsabilidad del Estado si se llegase a producir un daño a un ciudadano. Esta figura ve alterada su aplicación cuando existe la falta o falla personal en donde podrá recaer la responsabilidad en el funcionario a cargo; en este caso, la doctrina francesa considera que es aquella que es separable del ejercicio de la función, la cual puede ser material por el hecho de tratarse de actos realizados fuera del ejercicio de toda función cuando ha existido una grave imprudencia o negligencia.

La jurisprudencia francesa, tomando en cuenta su análisis permanente en torno a esta noción, aceptó la posibilidad de que coexista tanto la falta de servicio como la falta personal del funcionario, lo cual se pudo vislumbrar en el Fallo Anguet⁴⁴, del 3 de febrero

⁴⁴ Clara Leonora Szczeranski Cerda, Revista de Derecho Administrativo, Responsabilidad Extracontractual del Estado, página 7, en: <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/cce339004fbf78d4bc66bf46ce4e7365/2.pdf?MOD=AJPERES>

de 1915, pronunciamiento en donde encontramos la noción de “cúmulo de responsabilidades”. Tesis que encuentra asidero en dos hechos: uno constitutivo de falta de servicio y otro de falta personal, los cuales coexisten dando como resultado un accidente. Es así como se origina este cúmulo de faltas, por cuanto convergen los dos tipos mencionados. Posteriormente se admitió la responsabilidad del Estado en todos aquellos casos en que la falta personal del funcionario se hubiere cometido con los medios o instrumentos puestos a su disposición por la Administración Pública.

En 1918, el Consejo de Estado Francés expidió el Fallo Lemonnier⁴⁵, en donde se puede observar el criterio según el cual la falta se separa quizás del servicio, pero el servicio no se separa de la falta, atribuyendo la responsabilidad al Estado, desde el momento mismo en el cual la falta personal no se encuentra desprovista de todo lazo con el servicio.

De este modo, el Estado figura como el responsable de indemnizar a los particulares por el riesgo ocasionado al proporcionar a sus agentes los medios para cometer una falta personal. No estamos frente al cúmulo de faltas sino ante un cúmulo de responsabilidades; por consiguiente, el perjudicado puede encausar indistintamente a la Administración

⁴⁵ Fallo Lemonnier. Consejo de Estado 26 de julio de 1918. Conforme a esta providencia, el fallo del juez ordinario no es obstáculo para que el administrativo declare por los mismos hechos la responsabilidad de la administración. El Consejo de Estado, por iniciativa del Comisario de Gobierno León Blum, construyó en el caso Lemonnier la teoría del cúmulo de responsabilidades (la del agente y la del servicio) a partir de una sola culpa personal cometida en el servicio pero hecha posible gracias a los medios de acción que el servicio pone a disposición del agente. La señora Lemonnier, con ocasión de las fiestas de Roquecourve, paseaba a lo largo del río Agouth cuando fue herida por una bala proveniente de una atracción instalada al otro lado del río para disparar sobre ollas flotantes. Ocurrió el accidente a pesar de la prevención del peligro, por lo cual el Alcalde había instalado el juego al otro lado del río, no obstante lo cual resultó insuficiente. Los esposos Lemonnier instauraron acción en la Corte de Toulouse, justicia ordinaria, donde se reconoció la responsabilidad personal del Alcalde y paralelamente demandaron a la comuna ante el juez administrativo, juicio con ocasión del cual se pronunció el Consejo de Estado, a Instancias del Comisario de Gobierno Leon Blum. Su razonamiento, que fue acogido, se sintetiza en la fórmula: “La culpa se desprende del servicio, pero el servicio no se desvincula de la culpa” y en que “La declaración y la reparación por la autoridad jurisdiccional de la culpa personal endilgada en un individuo que es a la vez, empleado de un servicio público, de ninguna manera constituye un obstáculo, en nuestro concepto, para que la autoridad administrativa, basada en los mismos hechos, busque y declare la falla y responsabilidad de la entidad pública ”. (puf. *Themis les grandes decisions de la jurisprudence droit administratif-jean-francois lachaume*, págins 475. Paris 1993).

Pública, como al servidor público, sea en la vía administrativa o en la ordinaria según el caso. En la primera posibilidad, admitirá la acción de repetición por parte de la Administración en contra del funcionario público responsable, por el monto que debió indemnizar a la víctima.

2.10. La falla del servicio como atentado a los derechos de los administrados

Haoriou⁴⁶ fue quien estudió esta posibilidad, proponiendo que la falla del servicio debía considerarse como una falta contra los derechos de los administrados, lo cual podía manifestarse de tres formas: 1) falla de servicio como un atentado contra la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, en la cual se concibe que es el Estado quien representa una carga para los administrados; por lo tanto, un desequilibrio en el sistema administrativo, afecta a las obligaciones que éste tiene frente al conglomerado social perturbando su bienestar. Para sustentar esta tesis podemos citar el fallo No. 92004 del 9 de marzo de 1951, respecto a la *Société de Concerts du Conservatoire* del Consejo de Estado Francés⁴⁷, en donde se obliga a la Administración Pública a indemnizar a los ciudadanos por quebrantar este principio de las cargas públicas; 2) falla del servicio como un atentado contra la igualdad de los ciudadanos ante los servicios públicos. En este caso se rompe el principio de igualdad de los ciudadanos ante los servicios públicos; sin embargo, esta tesis no aborda efectivamente el tema de la falla del servicio, ya que el funcionamiento defectuoso o inoportuno puede también afectar a personas de fuera de él, lo que deja sin sustento a esta proposición; y, 3) falla del servicio como atentado al derecho de funcionamiento correcto del servicio público. Esta propuesta se la puede desarrollar de mejor manera tomando en cuenta el actual ordenamiento jurídico constitucional, ya que consideramos que constituye uno de los fines esenciales del Estado prestar servicios públicos. Bajo esta premisa debe existir un cumplimiento irrestricto de los principios esenciales que enmarcan esta figura como son: obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad,

⁴⁶ Maurice Hauriou, *Jurisprudencia Administrativa de 1892 a 1929 Tomo I*, París, 1919, página 649.

⁴⁷ Fallo del Consejo de Estado Francés en: <http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?pageid=162>.

los cuales en nuestro caso se encuentran establecidos en el artículo 314 de la Constitución de la República. Frente a ello, obviamente el usuario es titular de un derecho subjetivo, el cual se ve afectado cuando uno de estos principios no es acatado a plenitud por el prestador del servicio: el Estado en sentido amplio, lo que deriva en un perjuicio.

2.11. Falla del servicio como comportamiento ilegal de la administración

Referirnos a la responsabilidad por falla implica remitirnos a la fuente misma de esta figura la cual así mismo la encontramos en el Derecho francés, como aquella actuación de carácter irregular de la Administración Pública que genera daños hacia a los administrados. Cuando el Estado incurre en esta situación, se produce la violación de normas jurídicas que regulan el correcto funcionamiento de los servicios públicos, lo que deviene en varias situaciones: 1) violación de normas que regulan el servicio público; 2) comportamiento defectuoso de la administración y 3) contravención de las obligaciones administrativas.

Sobre la primera posibilidad, existe falla de servicio cuando se inobserva expresamente normas jurídicas que tutelan la correcta administración y funcionamiento de los servicios públicos. Puede suceder entonces que sean los servidores públicos quienes apliquen incorrectamente la estructura legal; o simplemente que la norma jurídica no regule adecuadamente esa actividad.

Respecto a la segunda situación, la premisa radica en la posibilidad de falla de servicio por un comportamiento anormal de la Administración Pública; es decir, por circunstancias que impiden al Estado desempeñar adecuadamente sus fines.

Ahora bien, es necesario referirnos a la verdadera connotación de la expresión defectuoso o anormal, que podría tenerse como indeterminada, ya que corresponde al juez establecer su alcance y dicha valoración podría crear dificultades en cuestiones indemnizatorias; y, sobre todo al momento de determinar responsabilidades.

Por último, cabe referirnos a la falla del servicio producto de una contravención de las obligaciones administrativas. Esta tesis plantea que existe un conjunto de obligaciones para la Administración Pública, que obviamente se extienden a sus funcionarios. Estas se

encuentran claramente detalladas en la normativa pública donde se especifican de manera puntual la prestación y sus responsables.

Es importante destacar el concepto de falla de servicio establecido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador la que considera que esta figura constituye un defecto sistémico funcional del servicio público en donde no es necesario la determinación de los autores del acto o hecho administrativo que genera un detrimento, ya que lo importante de la cuestión es determinar aquella falla sistémica del servicio prestado directamente por el Estado o por sus concesionarios o delegatarios.

2.12. Elementos de la falla del servicio público

Para que la falla del servicio público se configure es preciso que se den tres elementos; a saber: el hecho, el acto y el perjuicio, que deben ser analizados por el juez para afianzar su pronunciamiento. Veamos cada uno:

2.12.1. El hecho

Al respecto nos referimos a la acción u omisión del ente estatal. Manuel Ossorio, en su Diccionario Jurídico, considera el hecho desde un concepto amplio que está representado por toda acción material de las personas, y por sucesos independientes de ellas, generalmente los fenómenos de la naturaleza⁴⁸. Dentro del universo jurídico, el criterio comúnmente aceptado plantea que los hechos son todos aquellos acontecimientos que ocurren en nuestro mundo y como consecuencia de los mismos. Sin embargo, este concepto evoluciona al analizar los acontecimientos que ocurren en nuestro mundo y que pueden o no tener relevancia jurídica, en cuyo caso podemos hablar de los hechos jurídicos y de los hechos no jurídicos. En el segundo caso, el derecho se mantiene alejado de su regulación. Ocurre todo lo contrario cuando nos referimos a los hechos jurídicos, ya que éstos sí tienen

⁴⁸ Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Editorial Heliasta 2001, página 448.

una especial relevancia en el derecho y su consumación acarrea diversas situaciones reguladas de diferente manera por la estructura jurídica.

Por lo tanto, todos los actos jurídicos son hechos jurídicos, pero no todos los hechos jurídicos son actos jurídicos. Dentro de los hechos jurídicos tenemos a aquellos llamados hechos simples y complejos; los primeros son aquellos hechos con los que solo basta un acontecimiento para producir un efecto jurídico señalado; los segundos requieren el acontecimiento sucesivo de más de un hecho jurídico para provocar un efecto jurídico determinado. Tenemos también los hechos positivos que consisten en la realización de un hecho; y los hechos negativos que consisten en la no realización de un hecho o su omisión. Dentro de los requisitos para poder realizar hechos o actos voluntarios la persona debe poseer ciertas aptitudes para que su voluntad sea considerada por el derecho, como son: el discernimiento, intención y libertad. Los hechos jurídicos pueden ser tanto ilícitos como lícitos; los primeros son aquellos cuya realización está prohibida por la norma y conllevan una sanción; mientras que los lícitos son aquellos actos que están permitidos por el ordenamiento jurídico y cuentan con tutela.

Para Roberto Dromi el hecho administrativo, a fin de ser considerado como un elemento indispensable para que pueda producirse la figura de la falla del servicio público y por consiguiente generar una posible responsabilidad extracontractual del Estado:

Es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos. Objetivamente, el hecho administrativo exterioriza función administrativa, con prescindencia de que sea el efecto ejecutorio de un acto administrativo que le sirva de antecedente, o que se trate simplemente del desarrollo de la actividad que dicha función requiere en el cumplimiento de sus cometidos propios, en cuyo caso la ejecutoriedad viene dada por una norma de alcance general. De cualquier modo, se trata de un hecho jurídico, en tanto y en cuanto tiene la virtualidad de producir consecuencias jurídicas, que proviene de la

Administración Pública (estatal o no estatal) e incide en la relación jurídico-administrativa, de lo que resulta su adjetivación [...].⁴⁹

2.12.2. El Acto

La Administración Pública puede manifestar su voluntad a través de diferentes medios o instrumentos: actos administrativos, actos políticos, contratos administrativos y reglamentos.

En cuanto al acto administrativo, éste constituye una de las formas de manifestación de la Administración.

La idea de acto administrativo es diferente si consideramos a tres escuelas representativas: la primera que estudió esta figura es la escuela alemana, que confunde el acto administrativo con la actividad administrativa; para la escuela francesa por su parte, el acto administrativo es sinónimo de acto jurídico, sujeto al principio del derecho privado y, por último, para la escuela italiana el acto administrativo implica una manifestación de la voluntad cuyo contenido es amplio y variable.

Nuestro Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva en su artículo 65, define el acto administrativo así: *“Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”*⁵⁰.

Resulta a nuestro juicio completa la definición de acto administrativo planteada por el profesor Brewer-Carías, citado por Jaime Orlando Santofimio en su obra Acto Administrativo, para quien:

Es toda manifestación de voluntad de carácter sub-legal realizada por los órganos del poder ejecutivo, actuando en ejercicio de la función administrativa, de la función legislativa y de la función jurisdiccional; por los órganos del poder legislativo, actuando en ejercicio de la función administrativa y de carácter sub-legal; por los órganos del poder judicial actuando en

⁴⁹ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, página 195

⁵⁰ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial 536 del 18 de marzo 2002.

ejercicio de la función administrativa y de la función legislativa, con el objeto de producir efectos jurídicos determinados que pueden ser o la creación de una situación jurídica individual o general o la aplicación a un sujeto de Derecho en una situación jurídica general”.⁵¹

Bajo esta premisa es importante destacar que el acto administrativo, como forma de manifestación del Estado (lato sensu) puede generar un perjuicio determinado hacia un particular; por consiguiente, constituye un elemento indispensable para que la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado sea configurada.

2.12.3. El perjuicio

Para muchos, la locución *perjuicio* hace alusión al daño moral o fisiológico que sufre una persona sea en su patrimonio o en su ser. La doctrina en este campo ha considerado que en nuestro alrededor y concretamente en la vida del hombre, encontramos situaciones que merecen el calificativo de perjuicio; sin embargo, en la jerga común es posible conceptualizarlo como aquella alteración de una situación favorable. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, al referirse al perjuicio, lo hace de la siguiente manera: “*Detrimiento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa*”⁵². Sin embargo, esta institución que es parte fundamental de la responsabilidad será abordada en páginas siguientes.

⁵¹ Jaime Orlando Santofimio, *Acto Administrativo, procedimiento, eficacia y validez*, Bogotá,, Universidad Externado de Colombia, 1994, página 68.

⁵² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, Madrid, año 2001, página 1734.

*Que la administración actúe, pero que obedezca
la ley, que actúe, pero que pague el perjuicio.*

Hauriou

CAPÍTULO III

3. Responsabilidad extracontractual del Estado

El problema de responsabilidad extracontractual del Estado durante los últimos años adquirió importancia en muchas legislaciones, quizá esta situación es fruto del gran desarrollo de la humanidad y particularmente los medios de transporte; adicional a ello, el aprovechamiento extendido de nuevas energías, como el potencial eléctrico y radioeléctrico, eólico, nuclear, etc. No obstante, el progreso tiene su precio y ese costo puede traducirse en perjuicios para la persona humana que requieren reparación.

En este entorno, que no le puede ser indiferente al ente estatal, Alvaro Bustamante Ledesma, al hablar de la responsabilidad extracontractual del Estado, propone:

Toda actividad que desarrolle el Estado puede ser fuente de responsabilidad extracontractual, por lo menos desde el punto de vista teórico, pues en cada una de sus gestiones es posible causar perjuicios a los asociados. No obstante cuando se habla de esta clase de responsabilidad, la tendencia tradicional ha sido asociada con la función administrativa porque en comparación con la legislativa y judicial, es la principal fuente de la obligación indemnizatoria [...].⁵³

⁵³ Álvaro Bustamante Ledesma, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Bogotá, Editorial Leyer, 1999, página 29.

Agustín Gordillo⁵⁴ expresa que la responsabilidad extracontractual es aquella que surge no de la violación de una obligación contractualmente contraída, la que corresponde estudiar al referirse a los contratos administrativos, sino de una conducta cualquiera de los órganos del Estado no referida a un acuerdo previo de voluntades con el sujeto damnificado. Esa responsabilidad extracontractual puede originarse en un acto, hecho u omisión del concesionario o licenciatario; en el caso del Estado, sea del órgano administrativo, legislativo o judicial, en tanto ejerza función administrativa. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez consideran que el principio de legalidad y de responsabilidad del Estado constituyen el soporte estructural del derecho administrativo; es decir, son las bases por sobre las cuales esta rama del derecho ha evolucionado hasta nuestros días⁵⁵.

3.1. Concepto y elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado

La figura de la responsabilidad extracontractual tiene una característica que la hace muy diferente a la responsabilidad contractual, y se refiere precisamente a la inexistencia de un vínculo anterior entre autor del daño y la víctima; o de existir tal vínculo, el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior sino de otra circunstancia, por ello el autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes.

Para los hermanos Mazeaud⁵⁶ no existe ningún vínculo de derecho entre el autor del daño y su víctima antes de que hayan entrado en juego los principios de la responsabilidad; mientras que para los autores Alessandri y Somarriva⁵⁷ este tipo de responsabilidad emana de un hecho ilícito intencional o no que ha inferido injuria o daño a la persona o patrimonio de un individuo. Ello, indiferente a que exista o no relación entre el autor y la víctima o

⁵⁴ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II*, Octava Edición, libro digital; Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, página 667.

⁵⁵ Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Civitas, Octava Edición, , 1998, páginas 431-432.

⁵⁶ Mazeaud Hermanos, *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1976, página 114.

⁵⁷ Arturo Alessandri Rodríguez, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1943, página 13.

entre el autor del daño y la víctima; de ahí que sea común sostener que existe una ausencia de obligación, generándose pues entre personas que no tienen vinculación jurídica.

El autor colombiano Gilberto Martínez Rave define la responsabilidad extracontractual como “*la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso*”⁵⁸. En esta conceptualización el autor no hace referencia alguna al hecho de que las partes de la relación dañosa tengan un vínculo jurídico anterior, inclusive considera que este tipo de responsabilidad “*nace para la persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y con la cual no la liga ningún nexo contractual*”⁵⁹. Es decir, que surge para quien simple y llanamente ocasiona un daño a otra persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica anterior. Roberto Dromi, en su obra *Derecho Administrativo*, plantea que la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado implica una especial forma de tratamiento la cual:

[...] surge de una conducta de los órganos del Estado. Puede originarse en un acto o hecho de órgano legislativo, judicial o administrativo. De acuerdo con la división de las funciones estatales, no cualquier acto o hecho del órgano judicial o legislativo comporta responsabilidad judicial o legislativa, respectivamente, sino que puede haber responsabilidad administrativa por actos o hechos de los órganos legislativos y judiciales. La responsabilidad legislativa se concreta en la responsabilidad por el daño causado por una ley del Congreso. Cualquier daño ocasionado por el Congreso o sus órganos por medio de conductas que no comporten específicamente una ley en sentido formal, encuadra en el campo de la responsabilidad administrativa y no legislativa. En igual sentido, la responsabilidad judicial se opera en la medida en que emerge de actos judiciales. Los daños que un órgano judicial provoque en cumplimiento de funciones de tipo administrativo, darán lugar a la responsabilidad administrativa, no judicial.⁶⁰

⁵⁸ Gilberto. Martínez Rave, *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, 4ª ed. Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, año 1988, página 39.

⁵⁹ Gilberto Martínez Rave, *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, página 39.

⁶⁰ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial de Ciencia y Cultura, 9na edición actualizada, año 2001, página 707.

Guillermo Cabanellas sostiene el criterio que esta clase de responsabilidad es exigible por culpa de tercero, cuando medie dolo o culpa, y aún por declaración legal sin acto ilícito ni negligencia del declarado responsable. Fundándose en un criterio de relación de causalidad, la responsabilidad extracontractual va evolucionando del criterio antiguo subjetivo (*de auténtica responsabilidad por culpa*) al moderno sistema objetivo, aun sin culpa, sin más que el hecho de ser autor del daño o perjuicio.⁶¹

Miguel S. Marienhoff⁶² al tratar el tema de la responsabilidad extracontractual sostiene que ésta puede originarse de un comportamiento determinado del órgano Ejecutivo de gobierno, como del órgano Legislativo o del órgano Judicial. La actuación de cualquiera de estos órganos –comúnmente llamados “*Poderes*” – debe siempre imputársele al Estado, pues en cada caso concreto debe verse a éste actuando específicamente a través de uno de sus órganos o departamentos de gobierno. Continúa el autor manifestando que las normas que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho público no son las normas contenidas en la legislación civil, las que miran a las relaciones privadas. Mientras que la actuación del Estado se rige por el derecho público ya que su noción nace de la Carta Política; por lo mismo, la responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho público se rige por los principios del derecho público que se encuentran contenidos en la norma suprema, siendo jerárquicamente superiores a los que encontramos en el Código Civil. Nuestra Constitución incorpora en su artículo 11, número 9, segundo inciso, la noción que nos servirá como punto de partida para poder establecer que en la legislación ecuatoriana sí existe la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado:

[...] 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 [...].⁶³

⁶¹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario de Derecho Usual Tomo III*, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L Viamonte, 1730, página 578.

⁶² Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV*, Buenos Aires Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, páginas 690-697.

⁶³ Constitución de la República del Ecuador; Registro Oficial 449 publicado el 20 de octubre 2008.

Siguiendo la postura de Agustín Gordillo en torno a la noción de responsabilidad extracontractual del Estado, tenemos que el Estado como ente encargado de satisfacer todas las necesidades del conglomerado social, se encuentra en aquella posición en que el no cumplimiento de ciertos derechos garantizados a los particulares ocasionan un daño y, por consiguiente, está conminado a un resarcimiento determinado. A guisa de ejemplo, cabe referir el caso de Pedro Miguel Vera Vera quien fue detenido por la Policía del Ecuador, y al presentar una herida por arma de fuego, trasladado a un hospital público en donde fue dado de alta al día siguiente y trasladado a un centro de detención en donde permaneció cuatro días sin atención. Ante el estado penoso del detenido, se solicitó su traslado inmediato a un centro de salud; sin embargo, esa orden fue emitida seis días posteriores al requerimiento, tiempo en el cual el detenido al carecer del debido tratamiento médico, falleció. Conocido el caso por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) solicita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecer la consiguiente responsabilidad del Estado ecuatoriano.

Resulta importante destacar que en este caso, y con muy buen criterio, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que el derecho a la vida no solamente requiere que los Estados adopten medidas para protegerlo y preservarlo, como garantía fundamental, sino que esa obligación básica debe extenderse al ámbito de la salud pública; y por consiguiente cualquier negligencia de los servidores estatales conlleva la correspondiente responsabilidad del Estado. En este caso la CIDH consideró que el Estado incumplió el deber de garantizar el derecho a la vida por existir una serie de omisiones de agentes estatales.⁶⁴

3.2. Elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado. Culpa y daño

La institución de la responsabilidad extracontractual del Estado está regulada en la normativa de carácter civil en cuya virtud la referencia extracontractual implica la

⁶⁴ Tomado de la página WEB de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; en <http://www.cidh.org/demandas/11.535%20Pedro%20Miguel%20Vera%20y%20otros%20Ecuador%2024%20febrero10%20ESP.pdf>

diferenciación de aquella que deriva del incumplimiento de una obligación; es decir, de aquella que nace al margen de la voluntad del deudor.

En este contexto, Alessandri⁶⁵, en su obra *De la Responsabilidad Extracontractual*, realiza una interesante análisis tras establecer que existen tres tipos de responsabilidad: 1) contractual; 2) delictual o cuasidelictual; y 3) legal o sin culpa.

Respecto de la responsabilidad cuasidelictual que es la que interesa a este análisis en el argot jurídico tradicional se la ha denominado responsabilidad *aquiliana*, originada en el Derecho Romano, que sancionaba a aquellos que incurrían en actos negligentes o culposos que irrogaban perjuicio a un particular. Luego, la noción de culpa o negligencia jugó un papel esencial al momento de configurar la responsabilidad extracontractual, constituyendo uno de los elementos de ésta. El segundo elemento que conforma esta institución es el daño, la doctrina jurídica civilista al respecto sostiene que el elemento subjetivo constituye el *animus* del sujeto activo, y el elemento material o *corpus* es la materialización del daño.

3.2.1. Elemento subjetivo (animus)

Nuestra legislación en cuanto a la subjetividad con la cual opera el sujeto activo, identifica tres posibilidades en el artículo 29 del Código Civil:⁶⁶ culpa grave, culpa leve y culpa levísima.

El Código Civil no define a la culpa que pueda corresponder a la responsabilidad extracontractual del Estado, por lo que en Derecho Público para establecer la presencia de culpa debemos considerar las circunstancias en que se produjo el acto, a la luz de lo previsto en el artículo 53 de la Constitución de la República: “...*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*”.⁶⁷

⁶⁵ Arturo Alessandri Rodríguez, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Imprenta Universitaria, 1943, página 26.

⁶⁶ Título Preliminar del Código Civil Ecuatoriano, Suplemento del Registro Oficial No. 46 del 24-6-2005.

⁶⁷ Constitución de la República del Ecuador; Registro Oficial No. 449, lunes 20 de octubre del 2008.

3.2.2. Elemento material (corpus)

En el universo y específicamente en la vida del hombre, día a día encontramos situaciones que merecen el calificativo de daño; en la jerga común el daño es aquella alteración de una situación favorable.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española el daño viene “*Del latín *damnum*. Delito consistente en causar daños de manera deliberada en la propiedad ajena. Valor de la pérdida sufrida o de los bienes destruidos o perjudicados*”⁶⁸. Sin embargo, esta definición resulta insuficiente desde el punto de vista jurídico, en cuyo ámbito Ennecerus Kipp y Wolf propone: “*Daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de admisión, etc.)*”⁶⁹. Mientras que nuestra Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 9, segundo inciso, considera como daño “la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce”⁷⁰, definición a nuestro juicio ajustada puesto que todo acto que viole derechos es un acto reñido con la norma jurídica.

La teoría del daño y del perjuicio constituye una problemática que ya la encontramos en el Derecho Romano. Para el pueblo romano existían dos clases de daño: el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*; el primero es aquél que sufre el sujeto activo de la relación contractual ocasionándole un perjuicio; el segundo hace referencia a la ganancia o al provecho que deja de percibir el sujeto activo de la relación contractual por causa del incumplimiento de una determinada acción. Sin embargo, en estricto lenguaje jurídico la

⁶⁸Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, 2001.

⁶⁹Ennecerus Kipp y Wolf, *Derecho de las obligaciones*, Barcelona, Editorial Bosch, 1933, página 256.

⁷⁰Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial No. 52 del jueves 22 de octubre del 2009.

palabra *daño* hace referencia a la pérdida directamente sufrida; mientras que *perjuicio* se refiere a una ganancia que se esperaba en el futuro.

3.3. El perjuicio o daño material

Para que la víctima pueda demandar una reparación, es necesario que el daño soportado reúna los requisitos que la legislación civil exige para que se configure la responsabilidad; es decir, debemos analizar si el autor del daño ha incurrido en culpa y la existencia de un vínculo de causa efecto entre esa culpa y el perjuicio. Los estudiosos del Derecho Civil han sido sumamente meticulosos en reconocer el derecho a indemnización a aquellas personas que hubieren sufrido un perjuicio, sin que exista una distinción entre daño corporal y daño patrimonial; es decir, que la integridad física así como los bienes de las personas se encuentran protegidos contra cualquier desmedro que pudiesen sufrir.

3.3.1. Daño personal

Cuando nos referimos al daño personal aludimos al detrimento que sufre un individuo como consecuencia de una acción dañosa que afecte sus derechos, afectividad y, claro está, su patrimonio. Esta figura se origina cuando la persona afectada directamente solicita la reparación del perjuicio. Nuestra legislación prevé al respecto que las personas que pueden pedir la indemnización por el daño sufrido son el dueño o poseedor de la cosa que sufrió el daño, su heredero, el usufructuario, el habitador o según sea el caso el usuario, si el daño está dirigido a ocasionar perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o uso. En otras circunstancias, este derecho de que es titular el afectado también puede ser llevado a la práctica cuando el individuo posee la cosa con la obligación de responder por ella (artículo 2215 del Código Civil). Es interesante acotar que nuestra legislación también se preocupa del responsable y atribuye la obligación indemnizatoria al que cometió el acto, a sus herederos.

3.3.2. Daño material y daño moral

Como ya se dijo anteriormente, daño es todo menoscabo o detrimento que un individuo sufre en sus bienes o en su persona, ocasionado externamente por un agente. El

El accionar o conducta dañosa que ocasione aquel detrimento debe ser necesariamente antijurídico (contraria a derecho), para que el ordenamiento jurídico lo sancione. Los estudiosos de la materia civil han consensuado al determinar que el daño tiene dos elementos muy bien marcados, el uno material que consiste en el hecho físico, y otro formal, que deriva de la norma jurídica. De la misma manera han logrado consensuar que existen dos tipos de daños; por un lado el patrimonial o material, y el daño no patrimonial o moral.

Una vez que hemos estudiado ciertos aspectos sobre el daño, debemos tomar en cuenta que el hombre no solo sufre cuando es lesionado en su persona, o sobre su patrimonio, ya que atentar contra los intereses morales le puede resultar mucho más gravoso; por lo mismo llegamos a la conclusión de que al igual que la víctima de daños personales o materiales, quien sufre afectaciones morales también puede solicitar la reparación correspondiente. Guillermo Cabanellas considera al daño moral la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos por acción culpable o dolosa de otro.⁷¹

Cabe resaltar que el daño moral es autónomo del daño patrimonial, ya que si bien el daño moral puede presentarse sin que exista necesariamente el perjuicio económico y a la inversa, la presencia del daño patrimonial no implica necesariamente una afectación a la moral de los particulares.

3.3.3. Daño positivo y daño negativo

La doctrina en este aspecto ha consensuado con muy buen criterio la existencia de dos clases de daños; por un lado el positivo, el cual hace referencia a la noción de daño emergente, es decir, aquella disminución patrimonial que sufre el afectado de una acción dañosa. Por otro lado vemos al daño negativo denominado comúnmente *lucro cesante*, entendida esta noción como la falta o la imposibilidad para percibir una utilidad o rédito, como resultado de una acción dañosa.

⁷¹Guillermo Cabanellas, *Diccionario de Derecho Usual Tomo I*, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L Viamonte, 1730, página 576.

3.3.4. Daño directo y daño indirecto

Henoch D. Agiar⁷² considera que los calificativos de directo e indirecto, aplicados al sustantivo “daño”, se refieren, respectivamente, al que se ocasiona a las cosas o a las personas por el hecho mismo, actuando sobre ellas sin detenimiento; o al que así realizado repercute después en lo no herido del bien afectado, patrimonial o moral, o en otro u otros bienes de ese mismo o de otro patrimonio. Con esta consideración podemos colegir que el daño directo produce un resultado inmediato, el que puede ser cuantificado inmediatamente; mientras que cuando hablamos de daño indirecto, éste, a diferencia del anterior, acaece luego de que el acto dañoso haya sido llevado a cabo, por lo mismo su cuantificación no es inmediata.

3.3.5. Daño actual futuro y cierto

La actualidad del daño se refiere al momento de producirse o materializarse el hecho dañoso. Se puede decir que a partir de este momento nace la obligación de resarcir el perjuicio ocasionado. La denominación futuro conlleva inexorablemente que el daño no se ha producido; sin embargo, el suceso no querido inevitablemente se materializará. Finalmente, decimos que el daño es cierto cuando afirmamos que existe duda sobre su realidad. Manuel Osorio define al daño cierto como “*Aquel cuya producción presente o futura ofrece certidumbre, sin que el perjuicio efectivo que ocasione dependa de que se den, o no, en el futuro, otros hechos. El daño es cierto aunque su monto no pueda ser previamente determinado*”⁷³. De lo expuesto vemos que en la práctica se ha llegado a desestimar que el perjuicio eventual o hipotético sea susceptible de reparación, dando la primacía al daño cierto y actual. Henoch D. Aguiar considera que la clasificación del daño en actual, futuro y cierto puede referirse al momento en que se realiza el hecho que lo produce o a aquel en que se reclama su reparación obligado a ella; y en futuro, con relación

⁷²Henoch D. Aguiar, *Hechos y Actos Jurídicos Tomo. IV*, página 76.

⁷³ Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, página 254.

a esos mismos momentos, el cual puede subdividirse, a su vez, en daño futuro necesario y en daño futuro contingente, eventual o simplemente temido.⁷⁴

3.6. Tipos de responsabilidad extracontractual: objetiva y subjetiva

3.6.1. Responsabilidad objetiva

Esta clase de responsabilidad posibilita que el agente del daño esté obligado a repararlo, aunque no haya culpa. Esta concepción pone de relieve los elementos daño e injusticia por encima del concepto clásico de culpa. Así mismo, la antijuridicidad del daño es contemplada en sentido objetivo desde el punto de vista de la posición del sujeto dañado, y existirá siempre que el titular del patrimonio dañado no tenga el deber jurídico de soportar el daño (extracontractualidad). En un régimen de responsabilidad objetiva, la simple existencia del daño se reputa como responsabilidad del agente, por lo mismo deberá reparar los daños y perjuicios causados. En este tipo de responsabilidad no es una *conditio sine qua non* que el perjudicado acredite la culpa del causante del hecho dañoso, sino el daño y la causa de éste. De tal suerte que será el agente quien asuma los daños que se deriven de su actividad debiéndose analizar si cumple o no con la debida diligencia y con el correcto actuar de cada actividad; es en este punto en donde observamos cómo la noción de antijuridicidad que aparece en la tendencia subjetiva de responsabilidad es ampliada, tomando como sustento la tesis de que un acto puede ser culposo si no es realizado con la debida diligencia.

Hablar de responsabilidad objetiva implica que encontremos su fundamento en el desequilibrio de las cargas públicas; es decir, cuando el individuo asume una carga mayor que lo coloca en una posición inferior respecto del conglomerado social que lo rodea; por consiguiente, le corresponde a este último dotar del equilibrio necesario. Bajo este razonamiento únicamente estamos ante responsabilidad objetiva cuando el daño es causado a una persona o a un grupo determinado, es por ello que se ha sostenido que si es un daño

⁷⁴ Henocho D. Aguiar, *Hechos y Actos Jurídicos Tomo. IV*, página 77.

general, éste no puede ser indemnizable ya que es una carga que todos debemos asumir por el hecho de vivir en una sociedad.

Este régimen de objetividad implica que el particular que alega ser víctima de daño lo debe probar; es decir, la carga de la prueba es trasladada al accionante. Esta tendencia ya la veíamos presente en nuestra legislación con la Constitución de 1998 y actualmente con nuestro nuevo ordenamiento jurídico constitucional tal conceptualización se ha mantenido; como ejemplo de ello vale la pena citar la Resolución Número 253-03 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador⁷⁵, concerniente al caso de un funcionario de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social que fue separado de su cargo mediante un acto administrativo que fue considerado ilegal, por lo que se le restituyó a su cargo. Sin embargo, la Sala no juzgó pertinente el pago de la indemnización por daños y perjuicios solicitada, así como la determinación de responsabilidad civil en contra de los funcionarios públicos que ocasionaron el daño indemnizable. El funcionario presentó recurso de casación alegando lucro cesante por haber dejado de percibir las remuneraciones correspondientes al ser destituido ilegalmente de su cargo; sin embargo, fue rechazado el recurso interpuesto por no haber probado su calidad de servidor de carrera y por ello no procedió la indemnización por perjuicios. La Sala en su dictamen cita el criterio del tratadista Juan Carlos Henao⁷⁶, quien respecto a la carga de la prueba considera que: “[...] *el daño o lesión es un requisito indispensable para la existencia de responsabilidad, pero cuya sola presencia no convierte de suyo a quien lo sufre en acreedor de una indemnización. El daño debe ser probado por quien lo sufre, so pena de que no proceda su indemnización*”.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la responsabilidad del Estado en varias sentencias, acogiendo la teoría de la responsabilidad

⁷⁵ Resolución, No. 252-03; Corte Suprema de Justicia; Sala de lo Contencioso Administrativo; Quito 09 de octubre 2003.

⁷⁶ Juan Carlos Henao, *Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*, Bogotá, 1998, Universidad Externado de Colombia, páginas 38 y 39

objetiva al manifestar que no es necesario tener en cuenta “elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores [...]”⁷⁷.

3.6.2. Responsabilidad subjetiva

Constituye una figura que en buen romance, plantea que todo el peso de la reparación y/o recomposición ante el daño ocasionado sea atribuido únicamente ante la existencia debidamente probada por la parte afectada por el hecho dañoso, de una conducta negligente o culposa del demandado. Ya en el campo de nuestra materia ocurre algo similar en este caso, donde es el Estado quien asume los actos u omisiones de sus funcionarios que hubieren causado un daño ilegítimo a los ciudadanos. Por consiguiente, para establecer esta clase de responsabilidad habrá que probar necesariamente que el detrimento fue causado con el concurso de dolo o culpa de dicho agente público. De no mediar tales circunstancias en la actuación del agente, no se podrá declarar la responsabilidad y quien reclama deberá soportar el detrimento. Por ello la base de la responsabilidad subjetiva radica en la falla del servicio, dado que se ha mencionado en la doctrina que para configurar dicha responsabilidad es imperiosa la existencia de un hecho dañoso que degene en un daño antijurídico que sea imputable al Estado, por ello el juez deberá realizar un estudio minucioso para llegar a establecer positivamente si existió esa irregularidad.

3.7. Normas constitucionales sobre la responsabilidad extracontractual del Estado en Ecuador

La figura de la responsabilidad extracontractual del Estado constituye una noción relativamente nueva en nuestro ordenamiento jurídico. La primera referencia sobre este tema la encontramos en la Constitución de 1946, en cuyos artículos 160 y 178 se establece que “*no habrá en el Ecuador autoridad alguna exenta de responsabilidad en el ejercicio*

⁷⁷ Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana*, Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial, Universidad de Chile, 2003, página 29 en <http://issuu.com/oscuvilca/docs/la-convencion-americana-vida-integridad-personal-l>

de sus funciones.”⁷⁸; y, “*los funcionarios o empleados públicos que violaren cualquiera de las garantías declaradas en esta Constitución, serán responsables con sus bienes por los daños y perjuicios que causaren...*”.⁷⁹

En la Constitución de 1967 la responsabilidad extracontractual presenta una ligera evolución al incorporar en el artículo 27 la posibilidad de indemnizar a los particulares por daños: “*El Estado y más entidades de derecho público y las entidades semipúblicas están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo*”⁸⁰. Es importante mencionar que se acogió la teoría de la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado.

Siguiendo este planteamiento la tendencia constitucional ecuatoriana no varió mucho en torno a este tópico, es así que el artículo 20 de la Constitución de 1979 con una disposición similar a la de 1967, estableció la responsabilidad extracontractual del Estado así: “*El Estado y más entidades del sector público estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos*”.

Con la Asamblea Constituyente del año 1998 el planteamiento de la figura de la responsabilidad extracontractual se refirió únicamente a la responsabilidad objetiva respecto a “*...los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos...*”⁸¹. Este precepto establece una visión diferente a la noción de servicio público a pesar de que el concepto de responsabilidad extracontractual es esencialmente igual.

La Constitución de 1998 incorporó el concepto de la “deficiencia de servicio”, lo cual concitó ciertos debates jurídicos en torno a este tema, ya que ello significó eliminar la objetividad inequívoca de la responsabilidad extracontractual del Estado de indemnizar por daños causados a particulares por los servicios públicos, y dar paso a la responsabilidad

⁷⁸ Constitución Política de la República del Ecuador 1946; Registro Oficial 773 de 31-dic-1946.

⁷⁹ Constitución Política de la República del Ecuador 1946.

⁸⁰ Constitución Política de la República del Ecuador 1967; Registro Oficial 133 de 25-may-1967

⁸¹ Constitución Política de la República del Ecuador 1998. Registro Oficial Nro. 01 del 11 de agosto de 1998.

subjetiva al exigirse comprobar la deficiencia del servicio, obligación que recayó en el administrado; al contrario de lo que sucedía antes en que únicamente debía comprobarse el perjuicio y la causa del mismo en el servicio sin otra calificación o prueba.

En el año 2008 se conformó la Asamblea Constituyente que dio origen a la nueva Constitución en cuya estructura se incorporan nuevas figuras socio políticas, económicas y una nueva tendencia constitucional en que los principios y garantías fundamentales tienen una especial articulación con el ordenamiento jurídico. En tal contexto, la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado es abordada en varios pasajes, como en el artículo 11, número 9, segundo inciso, que prescribe:

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.⁸²

De donde podemos concluir que si bien es similar a la concepción de la Constitución Política de 1998, incorpora dos nociones abordadas anteriormente en este trabajo, atinentes a la falta en la prestación de los servicios públicos y a las “omisiones” de los funcionarios. Vale mencionar que este precepto continúa manteniendo en su esencia aquella posibilidad de debate que se presentó en la Constitución de 1998, según la cual la posibilidad de objetividad absoluta es disminuida, ya que el administrado, para que pueda acceder a una indemnización por el presunto daño causado por el Estado, debe probar legítimamente que existió “falta o deficiente” prestación en los servicios públicos.

Esta cuestión de una posible responsabilidad objetiva limitada en donde existe un cierto grado de subjetivismo se ve aminorada con la noción que consta en el artículo 53, segundo inciso que contempla: “*El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios*

⁸² Constitución de la República del Ecuador; Registro Oficial Nro.449 publicada el 20 de octubre del 2008.

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”⁸³.

La naturaleza jurídica de esta acción civil para reclamar y aspirar a una eventual indemnización es eminentemente declarativa, llegamos a esta conclusión tomando en cuenta que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no se ha establecido un trámite especial que determine su sustanciación; por consiguiente, el procedimiento que el administrado debe seguir es el previsto en el Código de Procedimiento Civil (juicio ordinario).

Luego, para su aceptación el accionante deberá, entre otros aspectos, probar la negligencia, el descuido, la deficiencia o la falta de servicio público, así como los daños y perjuicios sufridos para luego articular la relación de causalidad entre estas circunstancias.

Es importante acotar que cuando existe deficiencia o falta en la prestación del servicio público y la conducta es indeterminada, deberá establecerse la causa material objetiva de estas circunstancias que convergieron en el daño al accionante. Cuando sea el caso de falta o deficiencia en la prestación del servicio público, habrá de identificarse al funcionario o funcionarios públicos responsables por dolo o culpa. En cuanto a la relación de causalidad que debe existir entre la falta o deficiencia y el perjuicio, debe ser directa y no concomitante⁸⁴, es decir, que únicamente el perjudicado debe realizar el correspondiente reclamo.

En nuestra legislación, quizá por el escaso desarrollo del Derecho Administrativo, en especial en lo que se relaciona con la figura de la responsabilidad extracontractual, los postulados contenidos en la Constitución son de insuficiente aplicación práctica y podemos comprobar con desazón que las reparaciones que la Carta Fundamental plantea casi nunca son aplicadas.

⁸³ Constitución de la República del Ecuador; 2008.

⁸⁴ “*Que aparece o actúa conjuntamente con otra cosa*”. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición, 2001.

3.8. Derecho comparado respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado. Experiencias internacionales

3.8.1. Responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación colombiana

La evolución que la responsabilidad extracontractual del Estado ha sufrido en la legislación colombiana es el fruto de una transformación jurídica que ha experimentado antes y después de la vigencia de la Constitución Política de 1991.

En la primera etapa, a inicios del Siglo XIX, la Corte Suprema de Justicia mantuvo la competencia en materia de responsabilidad del Estado, lo cual fue posible en virtud del precepto contenido en el artículo 151, número tres de la Constitución colombiana de 1886, que determinaba que las atribuciones del máximo órgano de administración de justicia eran, entre otras, *“los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación [...]”*⁸⁵.

Para complementar esta etapa en 1913 se expidió la Ley 130, que facultaba al Consejo de Estado conocer los temas que implicaran responsabilidad del Estado como consecuencia de declaratorias de nulidad. En 1918, con la vigencia de la Ley 38, la competencia de ese órgano de justicia administrativa fue ampliada para conocer reclamaciones realizadas por los administrados contra el Estado colombiano que versaran sobre expropiaciones o daños a la propiedad derivados de disposiciones administrativas; y, por último, en 1941, respecto a la responsabilidad por trabajos públicos siempre y cuando no se produjera ocupación permanente.

En 1964 se expidió el decreto 528, y la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en materia de responsabilidad estatal fue trasladada al Consejo de Estado, excepto respecto de aquellas situaciones correspondientes al derecho privado. Esta situación dual en donde dos órganos de administración de justicia mantenían la competencia para resolver situaciones que tenían que ver con responsabilidad determinó que existieran dos puntos de vista sobre ese tema que ameritaban ser tomados en cuenta.

Por un lado tenemos el de la Corte Suprema de Justicia que encontró fundamento para resolver la cuestión de la responsabilidad extracontractual del Estado en la falla del

⁸⁵ Constitución Colombiana de 1886.

servicio imputable a la administración y no en la culpa personal del agente, pasando esta circunstancia a un plano secundario. Esta tesis encontró asidero en la consideración de que el Estado era el ente llamado a resarcir el daño ocasionado al conglomerado social por el deficiente funcionamiento de los servicios públicos. Al respecto, cabe citar a Ricardo Hoyos:

Es deber del Estado procurar la realización del bien común, principio consagrado en el artículo 16 de la Constitución; para ello dispone y organiza los llamados servicios públicos, y si como consecuencia bien de un mal funcionamiento del servicio o de su no funcionamiento, o del tardío funcionamiento se causa una lesión o un daño, el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados.⁸⁶

Como se advierte, lo relevante de esta consideración es la falla de la administración, ya que es ésta la que deberá responder por el detrimento ocasionado, por una falta o indebida prestación.

Asimismo, encontramos la postura respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado que proviene del Consejo de Estado de Colombia, organismo que en virtud del decreto 528 de 1964, era competente para conocer aquellas controversias relativas a la responsabilidad de la Administración Pública.

Para este órgano la falla del servicio era el fundamento para determinar responsabilidades; y los fallos jurisprudenciales de este tribunal permitieron que esta figura fuera complementada con la presunción de falla en el servicio. De la misma manera, muchos de los casos resueltos tuvieron como sustento la teoría del riesgo, con lo que la falla del servicio no constituía único fundamento de la responsabilidad del Estado. Para corroborar lo dicho, resulta relevante la siguiente referencia jurisprudencial del Consejo de Estado Colombiano:

Es primer deber del Estado procurar la realización del bien común, principio consagrado en el artículo 16 de la Constitución; para ello dispone y organiza los llamados

⁸⁶ Ricardo Hoyos Duque, *La responsabilidad de la Administración Pública*, Bogotá, Editorial Temis, 1984, página 6.

‘servicios públicos’. Ahora bien, si como consecuencia, bien de un mal funcionamiento del servicio o de su “no funcionamiento” o del tardío funcionamiento del mismo, se causa una lesión o un daño el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados. Y esto con prescindencia de la culpa personal del agente o agentes encargados de la prestación del servicio, pues bien sea que aquel o aquellos aparezcan o no como responsables del hecho dañoso, la administración debe responder cuando el daño se ha causado como consecuencia de una falla en el servicio que estaba obligado a prestar por cuanto, se repite, esa responsabilidad se origina en el último término, en el deber primario del Estado de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus servicios, a la consecución de sus fines; en otras palabras, a la realización del bien común. Pero para que pueda condenarse al Estado por culpa aquiliana se requiere que aparezcan demostrados en el expediente los siguientes presupuestos: 1) existencia del hecho –falla en el servicio-; 2) daño o perjuicio sufrido por el actor y, 3) relación de causalidad entre el primero y el segundo.⁸⁷

Es importante destacar que, dentro de la legislación colombiana, el Consejo de Estado logró consolidar y extender la noción de falla de servicio a todos y cada uno de los servicios públicos administrativos. Con la vigencia de la Constitución Política de 1991 se incorporó un nuevo fundamento para determinar la existencia de responsabilidad; el que se involucra en la disposición del artículo 90, Precepto que se fundamenta en el concepto de lesión planteado por García De Enterría⁸⁸, en donde encontramos la noción de daño antijurídico. La corriente que este autor plantea respecto a lesión implica que es un detrimento personal que sufre un individuo y que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

La Constitución colombiana, así como su derecho positivo, no definen el daño antijurídico; sin embargo, ello no ha impedido que los máximos tribunales de justicia colombianos aborden esta temática con absoluta responsabilidad, logrando un aporte importante en el campo doctrinario y jurisprudencial al puntualizar que constituye “[...] un

⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, Ponente: Antonio José de Irisarri Restrepo, colaboró: Juan Carlos Pérez, actor: Luís Alberto Cifuentes Lindarte, Tomo 114 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 114.

⁸⁸ Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo Tomo II, Madrid, Editorial Civitas, 1998, página 372-373.

detrimiento patrimonial que carece de título jurídico válido y que excede el conjunto de cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social[...]”.⁸⁹

En consecuencia en el sistema colombiano podemos advertir un claro desplazamiento de la teoría subjetiva del daño, la cual se encontraba sustentada en el detrimento causado, hacia la teoría objetiva en donde la principal característica es la existencia de un daño antijurídico que es soportado por el individuo. Esta nueva visión adoptada por el ordenamiento jurídico del vecino país, tiene origen en la doctrina española, la cual a lo largo de los años en esta materia ha acusado avances dignos de ser tomados en cuenta. Así que el Consejo de Estado plantea:

[...] es característica contemporánea que se prescindía de los conceptos de licitud e ilicitud, culpa o dolo, y, en fin de cualquiera elementos subjetivo de los que sirvieron de fundamento pretérito al concepto de responsabilidad administrativa, actualmente ésta tiene su razón de ser en la lesión que los particulares sufran en sus derechos, aún con prescindencia de que la acción originaria del daño se hubiere ejercido legamente por el ente público [...].⁹⁰

El mismo órgano determina el fundamento de la responsabilidad administrativa, y la manera en la cual debe ejecutarse el resarcimiento por el daño ocasionado al sostener:

[...] dentro de este universo constitucional no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad administrativa no se da siempre por una conducta dolosa o culpable, que deba ser sancionada, sino por el quebranto patrimonial que ha que reparar. La atención del constituyente se desplazó, pues, desde el autor o la conducta causante del daño, hacia la víctima misma. Por ello importa más reparar el daño causado, que castigar una acción u omisión administrativa culpable. La finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste

⁸⁹ Juan Carlos Henao, “*El Daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, página 30.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 5 de julio de 1991, Consejero Ponente: Dr. Daniel Suarez Hernández, expediente N°6014, actor: Aníbal Orozco Cifuentes, Tomo 134 de los copiadore de la Sección Tercera, página 248.

pues, en borrar una culpa, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración, el daño sufrido por el particular. No hay duda de que a partir del texto constitucional citado la responsabilidad se ha tornado en grado sumo objetiva, pues que la culpa ha dejado de ser el fundamento único del sistema indemnizatorio, convirtiéndose simplemente en uno de los criterios de imputación de daños a la administración. Por ello es posible, en muchos casos, que se tenga derecho a la indemnización de los daños patrimoniales ocasionados con una actuación administrativa lícita. La filosofía que informa todo este universo jurídico se apoya en el principio de solidaridad, que se recoge también en el artículo primero de la Constitución Nacional cuando se afirma que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humano y la solidaridad de las personas que la integran.⁹¹

La forma en la cual la responsabilidad extracontractual del Estado se encuentra regulada dentro del ordenamiento jurídico colombiano evidencia la clara influencia de la doctrina española en cuanto a la configuración y delimitación de la noción de daño antijurídico, lo cual ha permitido que la figura de la responsabilidad sea abordada desde el punto de vista objetivo. Este cambio de modelo permitió al operador de justicia ampliar su horizonte al momento de dirimir fallos en donde se hallaba presente esta figura y dejar de lado la tesis en donde la falla del servicio era el único y exclusivo fundamento de la responsabilidad, adaptándose a un momento doctrinario que le permite tener una cierta facilidad y libertad al momento de emitir un pronunciamiento.

Revisemos la Sentencia del 25 de Febrero de 1993, que resume lo expresado. “[...] *decir daño antijurídico no quiere significar que la noción de falta o falla del servicio desapareció de la responsabilidad estatal y menos que el acreedor de la indemnización ya no tenga que probar la falla si la hubo o la conducta irregular que lo lesionó [...]*”.⁹² Por ello concluye que “[...] *la nueva Constitución, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borró del ordenamiento la*

⁹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de noviembre de 1991, Consejero Ponente; Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, expediente N° 6784, actor: Emilia Guido de Mazonett, Tomo 147 de los copiadore de la Sección Tercera, página 64.

⁹² Revista Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXII, número 257, pág. 440.

responsabilidad por falla del servicio. Las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico así lo dan a entender".⁹³ Por su lado, el Consejo de Estado, acogiendo este criterio, mediante sentencia del 2 de marzo de 1993 expone:

[...] la consagración misma del daño antijurídico como supuesto de la responsabilidad estatal no está ni objetivizándola ni descartando de dicha responsabilidad la noción de falla del servicio, sino sólo ampliando su ámbito de aplicación, porque así esta puede darse no sólo cuando el daño provenga de la conducta irregular o ilegal de la administración (en sentido lato, cuando el servicio funcionó irregularmente o no funcionó), sino también cuando, prescindiendo de que la actuación haya sido regular o no, quien lo sufre no tenía la carga de soportarlo. No es del todo exacto que luego de la expedición de la Carta de 1991 la responsabilidad estatal se volvió objetiva y en ningún evento se pueda probar la conducta irregular de la administración que produjo el daño, aunque sí puede estimarse que la jurisprudencia deberá tener también en cuenta ese criterio objetivista para su interpretación."⁹⁴

Actualmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano mantiene un criterio interesante al plantear un fundamento único de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública reflejado en el daño antijurídico, lo cual conlleva que la responsabilidad del ente estatal en la prestación de los servicios se dé por un funcionamiento anormal o *contrario sensu* por su funcionamiento que, aunque normal, produzca perjuicio al ciudadano, quien no tiene la obligación de soportarlo. Al respecto resulta pertinente revisar la sentencia del Consejo de Estado de 21 de octubre de 1999:

No hay duda de que el fundamento de la responsabilidad del Estado se desplazó de la ilicitud de la conducta causante del daño (falla del servicio o culpa del Estado) al daño mismo, siempre y cuando éste fuese antijurídico. Esa sola circunstancia cambia, de modo fundamental, la naturaleza y la finalidad de la institución que, de simplemente sancionatoria pasa a ser típicamente reparatoria, tomando en cuenta para su operatividad no tanto al agente

⁹³ Revista Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXII, número 257, pág. 440.

⁹⁴ Revista Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXII, número 257, pág. 443

del daño (merecedor de la sanción), sino a su víctima (merecedora de la reparación). Una visión de esa naturaleza ha permitido que la responsabilidad del Estado se comprometa frente a los daños que origina tanto su acción injurídica (como ha sido la tesis tradicional) como su conducta lícita que es donde se nota, con mayor énfasis, el carácter netamente reparatorio que ha ido adquiriendo la teoría”.⁹⁵

La tendencia actual en la legislación colombiana respecto al tema de responsabilidad extracontractual del Estado implica que ésta sea abordada como aquella figura en donde la aplicación de los elementos del daño y la prestación deficiente de un servicio público constituyen elementos esenciales para determinar la presencia de un daño y, por consiguiente, ante una posible obligación del Estado para resarcir el detrimento causado al particular.

3.8.2. Responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación chilena

La experiencia chilena en el caso de la responsabilidad extracontractual del Estado se la puede hallar, en su largo devenir, en los tribunales ordinarios, que brindan una respuesta al enfrentar esta noción. Así, sus fallos jurisprudenciales constituyen el punto de partida para iniciar su estudio, aunque esta óptica restringida concitó el siguiente comentario de Pedro Perry: *[...]la jurisprudencia de los tribunales ordinarios se vieron considerablemente limitados en cuanto al campo de aplicación, debido al criterio tradicional de incompetencia del Poder Judicial para conocer de asuntos administrativos, lo que se tradujo en que esa doctrina jurisprudencial recayera solamente sobre aquella parte de la actividad administrativa que se exceptuó de la regla general de incompetencia*⁹⁶.

Así como en la experiencia colombiana, es importante analizar la legislación chilena desde varios escenarios en materia de responsabilidad, y observar su especial forma de

⁹⁵ Revista Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXIX, número 338, página 241.

⁹⁶ Pedro Pierry Arrau. "La responsabilidad extracontractual del Estado". Publicado en su versión original en Revista de Ciencias Jurídicas. Valparaíso y Anuario de Derecho Administrativo N° 1 Universidad de Chile, Santiago.

normatividad. Para ello cabe hacer referencia a una primera etapa en que se emiten varios fallos jurisprudenciales que tratan de establecer una correcta regulación sobre la materia, aplicando ya el derecho privado (Código Civil), o el público, sin claridad doctrinaria; y una segunda o momento en que los criterios de falta de servicio, y falta personal son introducidos en la legislación interna como herramientas para guiar a los jueces al momento de establecer la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado.

En la primera época como se mencionó, el criterio que imperó en Chile se enfocó en aceptar la responsabilidad del Estado, en donde, en muchos casos, no se aplicó la legislación civil. Podemos encontrar fallos anteriores al año 1938, en que las faltas de servicios y faltas personales no aparecen mencionados, lo que determinó que esta figura sea abordada de la misma manera como la conocían los tribunales franceses. Al respecto es interesante mencionar varios criterios que los órganos de justicia adoptaron. Como primer antecedente encontramos el fallo pronunciado por la Corte Suprema, en el año 1930, *Lapostol vs Fisco* según el cual:

Nadie puede ser privado de lo suyo si no es por sentencia judicial, o por expropiación. En consecuencia, el Fisco debe indemnizar los perjuicios causados al dueño de un predio impidiéndole su explotación, sin cumplirse ninguno de los requisitos prescritos por la Constitución Política y con el auxilio de la fuerza pública, de orden de autoridad competente, con el único objeto de que no se perjudicara o interrumpiera el servicio de agua potable de una ciudad y que era absolutamente necesario para la debida atención de la salubridad pública.⁹⁷.

Bajo este concepto, la sentencia consideró que la prohibición impuesta al propietario se debió a que la orden de una autoridad competente es requisito *sine qua non* para viabilizar un servicio público, que "*se irrogó un daño al demandante en beneficio de la comunidad protegida por ese servicio fiscal*" y que era "*de todo punto evidente*" que el Fisco debía proceder con la correspondiente indemnización de los perjuicios ocasionados.

⁹⁷ Eduardo Soto Kloss, Derecho Administrativo, Bases Fundamentales, Tomo II, El Principio de Juridicidad, Editorial Jurídica Chile, 1996, página 392 En: http://books.google.com.ec/books?id=OyHrwEfMyw4C&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

Los estudiosos chilenos consideran que este fallo sin lugar a dudas se encuentra apegado a la equidad, pues con arreglo a la aplicación de la legislación civil, el pronunciamiento no podría haber tomado esa dirección doctrinal, ya que no encontramos culpa o dolo de ninguna persona. Tampoco podríamos considerar que el fisco es responsable si aplicamos las nociones de falta personal y falta de servicio. Por lo tanto, éste constituye un caso de responsabilidad objetiva generada por el Estado durante su permanente actividad.

Con estas consideraciones podemos destacar que el fundamento principal del fallo radica en un daño sufrido por el accionante en beneficio del conglomerado, lo cual es interesante desde el punto de vista conceptual, pues permite colegir que el principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas constituye la base para llegar a establecer la responsabilidad estatal, sin que el Estado haya incurrido en una acción que sea considerada reñida con el ordenamiento jurídico.

Actualmente la legislación chilena ha incorporado en su ordenamiento jurídico los criterios de *falta de servicio* y *falta personal*; sin embargo, ello requirió un proceso largo pasando por normas escasamente trascendentes para aspirar a una aplicación normativa efectiva. En un primer momento se expidió el Decreto Ley N° 1289 en 1976, luego la Ley Orgánica de Municipalidades, para finalmente mediante Ley N° 18.575 de 1986, sobre las Bases Generales de la Administración del Estado, implantar una transformación en el Derecho Público chileno que compendia instituciones como la *falta de servicio* y *falta personal*, *responsabilidad por riesgo* y la *juridización*. Figura ésta en cuya virtud se reemplaza la justicia por mano propia, la cual busca o encuentra su trasfondo en un Estado en el que se dé una manifiesta vida social pacífica.

Vale la pena hacer especial mención al Decreto Ley N° 1289 del año 1976, sobre Municipalidades, en el que por primera vez la legislación chilena acoge expresamente la doctrina francesa normando la responsabilidad extracontractual del Estado al manifestar en su artículo 62 que: "*La responsabilidad extracontractual procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionan debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente*".⁹⁸

⁹⁸ Decreto Ley N° 1289 del año 1976, Chile. Tomado de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6554&buscar=Decreto+Ley+N%C2%BA+1289>

De otro lado, el artículo 61 del mencionado cuerpo normativo incorporó la responsabilidad de los funcionarios en los casos en que éstos ocasionen perjuicio a terceros, cuando de su obrar se desprenda que existe dolo o culpa en la ejecución de la actividad dañosa. Pero la responsabilidad extracontractual del Estado chileno no se encasilló únicamente en esa estructura jurídica, pues en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado se aborda esta figura desde dos preceptos: el primero de ellos contenido en el artículo 4 que sostiene: “*El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiera ocasionado.*”⁹⁹ Y el artículo 14 establece que la Administración Pública es responsable por falta de servicio, sin perjuicio de “*repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal*”.¹⁰⁰

Actualmente la figura de la responsabilidad en el ordenamiento jurídico chileno es abordada de manera concienzuda y responsable, ya que a lo largo de los años ha sido meditada y objeto de un estudio comparativo con las diferentes legislaciones y en especial con la francesa.

Para finalizar este acápite encontramos pertinente referir la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto a los casos *Aedo vs Fisco*, *Domic vs Fisco* y *Pizani Fisco*¹⁰¹, dictados el 27 de noviembre de 2000, el 15 de mayo de 2002; y, el 15 de abril de 2003, respectivamente; los cuales, de manera compendiada, plantean que la responsabilidad del Estado es relativa a su función; por consiguiente, ésta no puede ser más o menos grave que la consumada por los administrados en su diario vivir, dado lo cual no es objetiva y prescribe con el tiempo. Por ello, al dictar sentencia se establece que la responsabilidad estatal corresponde a la naturaleza del Estado. El Estado es una organización jurídica y política de la comunidad y no un interés opuesto; éste desarrolla funciones enmarcadas en

⁹⁹ Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, Biblioteca Nacional de Chile en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=191865>.

¹⁰⁰ Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

¹⁰¹ Tomado de:

<http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/cce339004fbf78d4bc66bf46ce4e7365/2.pdf?MOD=AJPERES>

el Derecho Público, y en esa lógica, la legislación chilena deja de lado y no considera la aplicación de responsabilidad objetiva, ni para los administrados ni para el Estado.

3.8.3. Responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación mexicana

El ordenamiento jurídico mexicano, quizá por la gran influencia del Derecho Occidental, reconoció la responsabilidad estatal en varios casos desde principios del siglo XIX. Entre los antecedentes más antiguos se puede citar el Decreto de 28 de junio de 1824 en el cual el Estado mexicano se declaró responsable y resolvió pagar las deudas contraídas por el gobierno de los virreyes. Varias leyes con distinto fundamento y objetivos a lo largo de la rica historia jurídica mexicana plantean supuestos de responsabilidad administrativa; si bien ninguna de ellas reconoce una responsabilidad general ni con los caracteres que hoy reconoce la Ley Federal de Responsabilidad de 2004.

Merece especial atención la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y su reforma de 1994, así como la responsabilidad subsidiaria del Estado en el Código Civil y la introducción en 1994 de un supuesto de responsabilidad solidaria. Esta norma constituye el antecedente más importante en México de la responsabilidad patrimonial del Estado, principal y concretamente a partir de su reforma de 1994 en cuyo artículo 77, reconoce la responsabilidad indirecta del Estado: *“cuando en el procedimiento administrativo disciplinario se haya determinado la responsabilidad del servidor público y que la falta administrativa haya causado daños y perjuicios a particulares”*.¹⁰² Esta responsabilidad nace frente a la actuación anormal o ilícita de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, por lo que los particulares no tendrán derecho a indemnización ante daños causados por actuaciones normales o lícitas. Una limitación importante que encontramos en este sistema se encuentra en el requisito obligatorio dentro del procedimiento administrativo disciplinario, de determinar la responsabilidad del servidor público, lo que implica que no habrá derecho a indemnización ante los daños anónimos o

¹⁰² Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en http://www.funcionpublica.gob.mx/leyes/leyresp/tit3_II.html.

que no se puedan atribuir a un servidor público en particular, lo que en nuestros días es muy frecuente ante la multiplicidad y variedad de la actividad administrativa.

Dentro de la legislación civil mexicana la responsabilidad de los servidores públicos se trata en el artículo 1928 del Código Civil que contempla la responsabilidad subsidiaria del Estado, ya que establece la responsabilidad del servidor ante un ilícito civil y sólo en el caso de que éste no tenga bienes, el Estado asume la obligación de indemnización ante el particular demandante. Este tratamiento es pertinente puesto que permite una debida proporcionalidad dentro del proceso de repetición que se podría originar.

El sistema de responsabilidad extracontractual del Estado hoy vigente en México está regulado en el artículo 113 de la Constitución, que zanja el problema de la dualidad de sistemas vigente, superando la etapa de responsabilidad basada en la teoría de la culpa civil y los principios de responsabilidad subsidiaria a través de la responsabilidad patrimonial del Estado, reconociéndose una responsabilidad directa y objetiva, como claramente lo determina en el segundo inciso del mencionado precepto “[...]la responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes [...]”.¹⁰³

Por su lado, el artículo 1 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado complementa la noción constitucional y sostiene que la responsabilidad: *“tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado. La responsabilidad extracontractual a cargo del Estado es objetiva y directa, y la indemnización deberá ajustarse a los términos y condiciones señalados en esta Ley y en las demás disposiciones legales a que la misma hace referencia”*.¹⁰⁴ Esta normativa es de interesante articulación ya que define inclusive qué se entiende por actividad administrativa irregular: *“aquella que*

¹⁰³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/>

¹⁰⁴ Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRPE.pdf>

*cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate”.*¹⁰⁵

3.8.4. Responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación española

La legislación española es fiel seguidora de la tradición occidental en la cual el Estado de Derecho constituye la idea en cuya virtud la centralidad de los derechos del hombre o derechos fundamentales está dirigida al origen, o al fin de la sociedad política organizada. El Estado Democrático encuentra su *thelos* en la protección de los derechos del conglomerado social; de ahí la denominación de “fundamentales”. Para que el Estado no transgreda esos derechos fundamentales se ha creado un entramado control de constitucionalidad y legalidad. Por ello, cuando el ordenamiento jurídico español aborda el tema de la responsabilidad patrimonial, los estudiosos españoles consideran que los dos pilares sobre los cuales se asienta el derecho administrativo son en primer lugar, la sujeción de la Administración Pública a la ley, pudiendo el administrado hacer valer esa realidad a través del proceso contencioso administrativo; y, en segundo lugar, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado por medio de la cual el administrado puede exigir reparaciones o indemnizaciones al Estado por daños que éste le haya provocado.

Los estudiosos del Derecho Administrativo español consideran que la responsabilidad estatal como tal ha presentado un atraso evolutivo frente a otras legislaciones como la francesa. Entre los motivos para ello se encuentra la determinación de elaborar los fallos jurisprudenciales en estricto apego al tenor literal de la ley.

En España, a pesar de contar con preceptos en el Código Civil de 1889 que permitían en cierta medida regular la noción sobre responsabilidad, el principio y fundamento mismo de esta figura significó un fracaso con la implementación de la noción de responsabilidad de la Administración Pública partiendo del artículo 1903 del Código Civil, el cual prescribía que: *“El Estado es responsable por este concepto –por el hecho de un tercero– cuando obra por mediación de un agente especial: pero no cuando el daño hubiere sido*

¹⁰⁵ Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial.

causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior –referido a la responsabilidad directa-”¹⁰⁶.

Sea como fuere es interesante acotar que a finales del siglo XIX y, sobre todo, en el siglo XX, se da inicio a un reconocimiento de una incipiente responsabilidad de la Administración del Estado en casos específicos, tomando en cuenta la transformación que el Estado experimentó de liberal a social, en que el ente estatal asume cada vez más potestades y obligaciones respecto al conglomerado social. Esta evolución en la estructura normativa española, se inicia con la proliferación de situaciones en las cuales se imponía aplicar el derecho de indemnización. En este orden de ideas constatamos cómo mediante Ley del de 9 de abril de 1842 se estableció la indemnización de los daños materiales sufridos en la primera guerra carlista. Este precedente no fue admitido por el Tribunal Supremo como manifestación de un principio general de responsabilidad de la Administración, lo cual fue intentado para exigir indemnización por daños ocasionados en conflictos posteriores, concretamente en la guerra de Cuba.

El primer tratamiento normativo con carácter general se produce en el Código Civil, en los artículos 1902 y 1903 según los cuales, cuando la Administración Pública actúa por intermedio de un funcionario público, responde directamente y en el caso del hecho de otro responde sólo cuando éste tiene un mandato especial. El problema para establecer la responsabilidad civil en España se dio porque la jurisprudencia no fue capaz de comprender esta previsión en toda su amplitud, y entendió que lo contenido en los preceptos mencionados constituía responsabilidad del funcionario y no del Estado, bloqueando con ello el reconocimiento directo de una responsabilidad generada por parte de la administración; así como también la responsabilidad indirecta por hecho de tercero, ya que la administración no actúa por medio de agentes especiales.

A mediados del siglo XX, la legislación española abordó la regulación de un sistema de responsabilidad patrimonial. Esta normativa se incorporó en la Ley de Régimen Local, en cuyos artículos 405 y 406 se establece una fórmula para regular este tema. En esa virtud

¹⁰⁶ Código Civil Español de 1889 en <http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/cc/indexcc.htm>

la cobertura de los daños causados por la actuación de los funcionarios públicos respondía a dos situaciones; la primera tomaba en cuenta que las entidades locales actuaran como personas jurídicas de derecho privado, en cuyo caso se aplicaba los preceptos del Código Civil sobre responsabilidad. Por consiguiente, la Administración Pública local presentaba una responsabilidad subsidiaria, previo pronunciamiento judicial de la infracción cometida y con posibilidad de repetir contra el funcionario público que en el ejercicio de sus actividades hubiere incurrido en culpa o negligencia; y, una segunda en donde la actuación correspondía a personas jurídicas de derecho público, estableciendo para el efecto dos casos: tomando en cuenta que el daño fuera causado por culpa o negligencia grave imputable a los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos; o, que no existiera tal culpa o negligencia en cuyo caso la entidad local respondía directamente siempre y cuando el daño fuera material e individualizado.

La figura de la responsabilidad es abordada en la Constitución española, la cual en su artículo 9.1 prescribe que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, garantizando en su numeral tercero el principio de responsabilidad de los poderes públicos lo cual se encuentra en plena concordancia con el artículo 106.2 que manifiesta: "*[...]los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos[...]*".¹⁰⁷

Como vemos, este precepto consagra la responsabilidad de manera general, para que la correspondiente legislación secundaria la complemente. Esta estructura normativa secundaria se denomina Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Como nota relevante cabe anotar que el sistema español en materia de responsabilidades ha sido considerado como el más avanzado a nivel comparado, por la amplitud con la que se reconoce esta figura. Así, vemos que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública mantiene un carácter unitario con alcance general, naturaleza directa, objetiva y diferente con la institución de la expropiación

¹⁰⁷ Constitución Española 1978 en <http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

forzosa. Esta norma, que viene a innovar el sistema jurídico español, unifica la parte sustantiva y adjetiva relativa a la actuación de la Administración Pública que podría derivar en una posible responsabilidad, consagrada en sus artículos 142 numeral 6 y 144, al establecer con claridad que:

[...] la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa” y que “cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley”.¹⁰⁸

La responsabilidad de la Administración Pública tiene un alcance general; en otras palabras, subsume todo tipo de actuaciones extracontractuales del ente estatal, ya sean esas actuaciones normativas o materiales o, incluso, aunque se trate de una inactividad de ésta. La nota más relevante del sistema español es que la responsabilidad tiene un carácter eminentemente objetivo, por ello para reconocerla no se debe acreditar la existencia de una conducta culpable del funcionario público sino únicamente que el daño sea consecuencia de la prestación de los servicios públicos, con ello se logra distinguir la responsabilidad civil de la Administración Pública, en donde la noción que impera es la responsabilidad subjetiva.

3.8.5. Responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación francesa

Hablar de responsabilidad en la legislación francesa implica acudir a los resultados del estudio que sobre esta figura ha realizado el Consejo de Estado francés a lo largo de los años, siendo quizá el primer ente que esbozó una respuesta sobre este tema. Sin embargo, previo a su tratamiento es importante mencionar que en principio la legislación francesa

¹⁰⁸ Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común en <http://www.boe.es/boe/dias/1992/11/27/pdfs/A40300-40319.pdf>

consideraba que en base a la noción de soberanía inmanente al Estado, éste no se hallaba sujeto a responsabilidad, ni sometido a las leyes.

En su primera etapa en el ordenamiento jurídico francés, aproximadamente entre el año VII hasta mediados del siglo XIX, la irresponsabilidad del Estado era la regla, excluyendo de tal situación a aquellos casos según los cuales la propia norma reconocía el deber de indemnizar los daños ocasionados en el caso de construcciones de obras públicas, daños causados por tumultos; aquellos producidos por situaciones de guerra y aquellos reclamos ante la justicia ordinaria por daños causados por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Esta posibilidad en el antiguo ordenamiento jurídico francés era restringida, ya que el artículo 75 de la Constitución del año VIII, prescribía que el Consejo de Estado era el ente encargado de pronunciarse respecto a si el administrado podía acceder a la figura del reclamo ante la justicia por daño ocasionado; de lo contrario esta posibilidad era restringida. Con el incremento de las desigualdades sociales producto del modelo capitalista, el Estado replanteó su modelo a uno en el que se permita el intervencionismo ampliando el espectro de actividades; por lo tanto, existió un aumento en las posibilidades para causar daño a los particulares. Es precisamente en este momento histórico cuando la tesis de que el Estado debe responder por los perjuicios que ocasione tomó fuerza.

En esta nueva etapa, la responsabilidad estatal encuentra en las normas del Código de Napoleón su instrumento para fundamentarla. En efecto, los artículos 1382 y 1384¹⁰⁹ planteaban una fórmula que resolvía el problema de la responsabilidad indirecta. Sin embargo, esta aplicación de normas de derecho privado a realidades en las cuales la *litis* se daba entre el Estado y el administrado, generó una serie de controversias y cuestionamientos respecto a si la verdadera intención de los creadores del Código Civil hubiera sido la de hacer extensivos sus preceptos a las personas jurídicas de derecho público; puesto que en tal caso, lo hubiesen consignado de manera expresa y concluyente; además, las diferencias radicales existentes entre las relaciones de los particulares en donde el principio de la autonomía de la voluntad es la regla; y las relaciones entre los particulares

¹⁰⁹ Código Civil francés, 1804.

y el Estado, en que prevalece la voluntad de éste, exigían diferenciar las normas para fundamentar los dos tipos de responsabilidad.

Una vez que se dio a conocer el célebre Fallo Blanco del Tribunal de Conflictos Francés (8 de febrero 1873), por primera vez se pudo sentar los fundamentos para sujetar la figura de la responsabilidad del Estado a un régimen jurídico propio, con reglas y principios diversos a los vigentes para el derecho privado; y también a raíz de ese pronunciamiento se pudo consolidar una figura que no encontraba sustento, en la que se estatuye la jurisdicción administrativa como la única competente para su conocimiento. Al respecto el Fallo instruye: *“La responsabilidad de la administración no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil, sino que obedece a reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”*.¹¹⁰ En su parte medular, la sentencia consideró que los daños causados derivaban o tuvieron origen en la prestación de un servicio público, por ello el competente para dirimir el conflicto era el juez administrativo. Es importante mencionar adicionalmente que esta responsabilidad estaba fundamentada en la falta del servicio, y se hacía referencia a una falla del mismo que no implicaba la individualización hacia un determinado agente.

Con este fallo, el Consejo de Estado francés articuló una estructura jurisprudencial fortaleciendo la figura de la responsabilidad así como sus regímenes especiales. En virtud de ello se ha reconocido el derecho a una reparación sin que el afectado deba demostrar la falta. Criterio que encuentra asidero en la idea de justicia e igualdad ante las cargas públicas en que a obligación nace por la existencia de un daño cierto y que puede ser imputable al Estado, ya por haberse producido un riesgo, o por haberse obtenido un provecho.

3.8.6. Experiencia nacional respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado

Nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de las transformaciones que en los últimos años se han dado, en materia administrativa requiere de profundización y fortalecimiento en varias instituciones; entre ellas, precisamente la atinente a la responsabilidad

¹¹⁰ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo Tomo I*, Séptima Edición, Buenos Aires, página 481.

extracontractual del Estado. Al respecto, resulta ilustrativo analizar el fallo que la Corte Suprema de Justicia emitió en la causa seguida por el Comité Delfina Torres Vda. de Concha contra PETROECUADOR:

Cabe pues partir del recurso de casación interpuesto por el Comité Delfina Torres Vda. de Concha ¹¹¹de la sentencia dictada el 22 de octubre del 2001 por la Sala Única de la H. Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio ordinario por indemnización de daños y perjuicios que planteó en contra del Presidente Ejecutivo y representante legal de PETROECUADOR por daños a la comunidad, suscitados tanto por un incendio cuya producción se atribuye a la petrolera estatal, como por la permanente contaminación ambiental por la operación de la refinería estatal. El demandante fundamenta el recurso en dos aspectos; el primero tiene que ver con la vulneración de varios preceptos contenidos en los artículos 23 número 15, 71 número 4, 83, 273, 277, 278, 279, 280 y 284 de la Constitución de 1998; el segundo atañe a la “errónea interpretación” de tales preceptos constitucionales.

Al casar la sentencia el máximo tribunal de justicia aborda varios aspectos, el primero de ellos, contenido en el considerando Vigésimo de la sentencia, en el cual la Sala que conoce la causa sostiene que una de las fuentes de las obligaciones radica en la consecuencia de la injuria o daño a una persona o a sus bienes; adicionalmente manifiesta que la responsabilidad civil extracontractual por actividades riesgosas o peligrosas admite que la culpa se presuma, permitiendo que la persona que sufre el detrimento quede liberada al momento de aportar la prueba del hecho culposo, siendo el demandado la parte procesal obligada a demostrar que el hecho dañoso fue producto de fuerza mayor, caso fortuito, o por cualquier otro aspecto que contemple la legislación.

La sala en su razonamiento proclama que para la existencia de la responsabilidad civil extracontractual, deben converger tres elementos; a saber: un daño o perjuicio, material o moral; una culpa, demostrada o preexistente; y, un vínculo, de causalidad entre uno y otro. Por ello, la forma para resarcir el daño ocasionado exige la indemnización como medida que trata de proporcionar un cierto equilibrio al damnificado. La Sala de lo Civil y

¹¹¹ Registro Oficial Número 42 del miércoles 19 de marzo del 2003.

Mercantil declara que dentro del contexto mundial existen más riesgos dentro de la vida cotidiana, lo que concita la defensa de los derechos de las personas. Es así que plantea la Teoría del Riesgo según la cual quien utiliza y aprovecha cualquier clase de medios que le brindan beneficios, genera a través de ellos riesgos sociales, y por tal circunstancia debe asumir la responsabilidad por los daños que con ellos pudiera ocasionar, pues el provecho que se origina en dicha actividad tiene como contrapartida la reparación de los daños ocasionados a los individuos o sus patrimonios.

Una segunda consideración que merece la pena considerar se encuentra en el considerando vigésimo primero del fallo, en el que la Sala establece la forma en la cual la carga de la prueba debe estar repartida: 1) Incumbía a la parte actora demostrar: a) los daños de los que afirma haber sido víctima; b) la cuantía o *quantum* de ellos; y, c) los hechos que han originado esos daños. Correspondía, a su vez a los demandados demostrar: a) que los hechos que causaron los daños a las víctimas se debieron a fuerza mayor o caso fortuito, no solo por la presunción legal que favorece a los actores por tratarse de daños derivados de actividades de explotación de hidrocarburos que son de alto riesgo o peligrosidad, sino por la afirmación expresa de PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL y PETROPRODUCCION en el sentido que los daños fueron causados por fuerza mayor o caso fortuito; b) que los daños fueron causados por culpa exclusiva de las propias víctimas; y, c) que los daños producidos fueron reparados por pago realizado por PETROECUADOR.

Una vez que la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, realiza sucintamente la apreciación y valoración de las pruebas, y se refiere en el considerando vigésimo segundo a ciertos hechos como antecedentes inmediatos a la sentencia, en el número cuatro del considerando plantea que los desechos de la Refinería Estatal de Esmeraldas se vierten en las alcantarillas de desagües que desembocan en los ríos Teaone y Esmeraldas, los cuales contienen cantidades altas de tóxicos que alteran el equilibrio natural de las aguas; subsiguientemente como número cinco deduce que producto de esta forma de contaminación, se han producido daños a la salud de los habitantes del barrio Delfina Torres viuda de Concha, admitiendo para ello el muestreo correspondiente de cada

uno de los habitantes de la zona afectada; y en el número seis repara en el daño ambiental ocasionado por la petrolera estatal.

En el considerando vigésimo tercero la Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia luego de la apreciación de todos los hechos considera que tanto los daños causados al barrio Delfina Torres viuda de Concha, como el deterioro en la salud de sus moradores es producto del incendio ocasionado por la refinería estatal, como también atribuibles al permanente vertido de los desechos que ésta produce en el río Teaone.

Por último, en el considerando vigésimo séptimo, la Sala sostiene que quien incurre en responsabilidad civil extracontractual debe indemnizar a la víctima que ha sufrido el daño, y para ello establece que se pueden presentar dos formas resarcitorias: 1) reparación *in nature* o volver las cosas al estado anterior; y, 2) indemnización pecuniaria como una forma de compensación por el menoscabo patrimonial sufrido por el individuo. En este último punto es importante mencionar que la Corte Suprema con buen criterio sostiene que debe existir el debido cuidado al momento de la determinación del monto indemnizatorio, para evitar incurrir en el enriquecimiento sin causa por un resarcimiento económico excesivo. Bajo esta premisa la indemnización monetaria que la empresa estatal debe entregar es la única forma que actualmente puede otorgársele a la víctima para resarcir el daño ocasionado.

La parte actora se encuentra representando a un grupo de ciudadanos, de ahí que no exista la pretensión de una indemnización individual, al contrario concurre el designio de lograr la ejecución de obras de infraestructura básica, para ello la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, casa la sentencia pronunciada por la Sala única de la Corte Superior de Esmeraldas en juicio ordinario seguido por Segundo Patricio Reyes Cuadros, representante legal del Comité Pro mejoras del barrio Delfina Torres viuda de Concha, en contra de las empresas PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL y PETROPRODUCCION. y condena a las empresas PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL y PETROINDUSTRIAL, solidariamente, a las siguientes obligaciones de hacer: 1) ejecución de obras de infraestructura básica en el barrio Delfina Torres viuda de Concha, hasta por el monto total de once millones de dólares; y, 2) a la adopción de medidas de seguridad en la Refinería Estatal de Esmeraldas y en la

infraestructura petrolera de esa provincia, dentro del plazo de seis meses a partir de la ejecutoria de la sentencia, para prevenir que se produzcan daños, particularmente al ambiente, derivados de las actividades hidrocarburíferas.¹¹²

Como hemos comprobado, el tema de la responsabilidad extracontractual a nivel jurisprudencial ha sido abordado en su momento por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, que determinó que no corresponde a la víctima probar el daño, sino en este caso al Estado demostrar que ha actuado diligentemente cumpliendo a cabalidad los controles para evitar los posibles perjuicios.

Dentro de este contexto el actual modelo constitucional adopta como premisa la responsabilidad objetiva. Al respecto, el doctor Ernesto López Freire opina lo siguiente. Criterio con el que compartimos:

[...]La responsabilidad entraña la obligación de responder de todo perjuicio que se cause y que sufra una persona sin tener obligación legal para ello, siempre y cuando el daño provenga del ejercicio de la función pública o del concesionario o delegatario de un servicio público (...) todo daño causado por los dignatarios públicos, por sus delegatarios o concesionarios, hiere el deber del Estado de proteger a las personas y a los bienes. Por esa razón no es la causa del daño lo ilícito, sino el perjuicio en sí (...) no siendo menester que se examine si el acto estuvo motivado por el dolo o la culpa de quien actuó (...) La responsabilidad objetiva del Estado no es un asunto sujeto a las reglas del Derecho Privado o del Código Civil, es un asunto constitucional, sujeto al cumplimiento irrestricto de sus más altos valores y principios y, desde esa perspectiva, sujeto al Derecho Administrativo, en cuanto este es el brazo ejecutor de la Constitución [...]¹¹³

¹¹² Resolución del Recurso de Casación, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial 10 de 29 de octubre 2002, serie XVII.

¹¹³ Ernesto López Freire, *La Responsabilidad Objetiva en la Constitución Política del Ecuador*, en Temas de Derecho Constitucional, Quito, Publicación de la Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco, Ediciones Legales, 2003, páginas. 373, 374 y 380.

*Los Estados son como los hombres,
pues son seres humanos los que los forman.*

Platón

CAPÍTULO IV

4. Proceso administrativo en sede administrativa, judicial y constitucional

A pesar de que en la Carta Fundamental encontramos preceptos que hablan de la responsabilidad extracontractual del Estado, no establece un procedimiento específico por medio del cual el particular puede hacer valer su derecho vulnerado; es decir, no existe una norma jurídica expresa que contemple principios generales, definiciones, procedimiento, sanciones. Ahora bien esto no quiere decir que el individuo, en caso de sufrir un daño ocasionado por la Administración Pública, no encuentre una vía jurídica para recurrir.

En efecto, podemos apelar al procedimiento administrativo que se encuentra previsto en la Ley de Modernización del Estado, en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva; y a la jurisdicción contencioso administrativa; a la acción civil; y, a las acciones de protección establecidas en la Constitución.

4.1. El particular agotando la sede administrativa

En este supuesto el particular puede iniciar su reclamación dentro de la misma entidad que causó el daño. El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, en sus artículos 209, y siguientes, establece esta posibilidad cuando el presunto perjuicio proviniera de las instituciones del Estado, de sus delegatarios o concesionarios; y en caso de negativa o abstención de pronunciamiento, el particular puede acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Si bien en nuestra realidad el procedimiento administrativo que se desarrolla en una institución pública está colmado de burocracia, es importante rescatar su valor intrínseco; es precisamente este valor el que nos permitiría consolidar un fundamento adicional para entablar una acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa en caso de que el reclamo haya sido negado en sede administrativa. Adicionalmente, no debemos olvidar que la posibilidad que tiene el particular de agotar esta vía constituye un momento procesal adicional en donde es posible que el daño sea resarcido sin tener que accionar el engranaje judicial. Este momento no es de obligatorio acatamiento ya que no es necesario agotar la vía administrativa para accionar en sede judicial.

Este procedimiento administrativo dará inicio y cumplirá las etapas procesales que determine la norma jurídica; por ejemplo, si acudimos a la Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad en su artículo 58 establece un procedimiento específico que el particular debe cumplir en sede administrativa. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, hace falta normativa jurídica que regule específicamente el amplio espectro de responsabilidades en que conste un procedimiento especial para esta figura. Al respecto es importante rescatar el criterio planteado por Laureano López:

Las normas del procedimiento administrativo no deben limitarse a garantizar los derechos de los ciudadanos, deben también garantizar el interés público. El interés público exige un procedimiento flexible y rápido que impida la anarquía en el seno de la Administración y asegure la eficacia. El interés de los particulares pide, por el contrario, un procedimiento riguroso para impedir que se vean esclavizados por la Administración, por ello el procedimiento administrativo debe conciliar estos dos intereses”.¹¹⁴

La articulación de un correcto procedimiento administrativo en que se ventilen las reclamaciones de los particulares y en donde el ente estatal pueda ejercer su autoridad, busca lograr una correcta valoración de todas las razones de hecho y de derecho que exigen ser atendidas para obtener una correcta actuación estatal al momento de pronunciarse.

¹¹⁴Laureano López Rodo, *El procedimiento administrativo no contencioso*, Revista Uruguaya de Estudios Administrativos, Año V 1981, página 91.

Lograr una adecuada regulación del procedimiento administrativo involucra un límite a la actuación pública, al exigir el cumplimiento de determinadas formas para la validez de su voluntad, y crear específicamente las condiciones para ejercer los márgenes de discrecionalidad que se mantienen en el poder público.

4.2. El particular y la vía contencioso administrativa

Lo contencioso administrativo es el conjunto de reglas relativas a los litigios organizados que suscita la actividad de la Administración Pública, así lo menciona Hauriou, citado por Juan Carlos Morón Urbina¹¹⁵. De lo que podemos deducir que este proceso es un medio creado para satisfacer, con intervención de un órgano judicial y aplicando principios de Derecho Administrativo, las pretensiones de los particulares afectados en sus derechos o intereses por la actividad del Estado.

Es esta organización la que ha tomado forma, dando lugar al establecimiento de la justicia administrativa que confiere al particular, ante el abuso de poderes de la administración, ante la ilegalidad actuación de un funcionario, la posibilidad de recurrir a la vía contencioso administrativa. Loewenstein, citado por Juan Carlos Morón Urbina¹¹⁶, manifiesta que éste es un mecanismo de control interorgánico del Poder Judicial sobre la Administración Pública, en que, mediante su intervención impone al ente estatal el sometimiento a las reglas moderadoras del ejercicio del poder. Es decir, a base de este mecanismo el particular queda habilitado para buscar una modificación de un suceso administrativo ilegal, obteniendo el resarcimiento por los perjuicios ocasionados.

En materia de responsabilidad extracontractual del Estado, la jurisdicción contencioso administrativa constituye la vía idónea para que el particular acuda y exponga su situación a fin de que este órgano resuelva la *litis* suscitada entre el Estado y el administrado. La normativa que regula este aspecto se encuentra contenida en la Ley de la Jurisdicción

¹¹⁵Juan Carlos Morón Urbina, *Derecho Procesal Administrativo*, Lima- Perú, Editorial Rodhas, 1999; página 373.

¹¹⁶ Juan Carlos Morón Urbina, *Derecho Procesal Administrativo*, Lima- Perú, Editorial Rodhas, 1999, página 375.

Contencioso –Administrativo y a nuestro juicio, todas aquellas situaciones susceptibles de responsabilidad extracontractual del Estado, deben interponerse por esta vía.

Es así que el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, atribuye competencia a los tribunales de lo contencioso administrativo para conocer las controversias suscitadas entre los particulares y el Estado. El mencionado precepto indica: *“Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. (...). El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (...).”*¹¹⁷

4.3. El particular y la vía constitucional

A pesar de que las figuras contempladas en la Constitución de la República son consideradas, en la práctica, acciones y no recursos, la discusión se ha centrado en su procedencia, ya que para muchos funcionarios judiciales la figura de la Acción de Protección debe ser subsidiaria. El artículo 88 de la Carta Fundamental sostiene que: *“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales”*¹¹⁸. Para muchos estudiosos del Derecho Constitucional ecuatoriano esta acción debe ser aplicada de manera directa e inmediata Jorge Zavala Egas, en su obra Teoría y Práctica Constitucional, sostiene respecto a la acción de protección: *“no es una acción subsidiaria porque no hay la obligación de ejercerla sólo cuando se ha agotado la vía judicial ordinaria y no se ha logrado la reparación buscada en esta (...) no es excepcional por definitividad, esto es, procede sin que sea requisito previo una sentencia, auto o resolución judicial definitiva (...).”*¹¹⁹

¹¹⁷ Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.

¹¹⁸ Constitución de la República del Ecuador 2008.

¹¹⁹ Jorge Zavala Egas, *Teoría y Práctica Procesal Constitucional*, Guayaquil Ecuador, Edilex, S.A. 2011, página 163.

A pesar del criterio expuesto por este renombrado jurista, el artículo 40, numeral 3, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sitúa a la prenombrada acción como una figura subsidiaria, tanto es así que a continuación en el artículo 42, numeral 4, plantea una suerte de exigencia de interposición y agotamiento de recursos judiciales ordinarios como momento previo a la presentación de una acción de protección. Esta exigencia puede ser entendida como una obligación para agotar la vía judicial ordinaria, salvo que el accionante pruebe que la vía no fuere adecuada ni eficaz.

Es importante tomar en cuenta que la acción de protección, tal y como se encuentra redactada en la Constitución de la República, constituye una figura inspirada a partir de varias legislaciones latinoamericanas en las cuales la práctica constitucional ha sido motivo de un análisis pormenorizado. En este sentido, si nos remitimos a la legislación colombiana podemos constatar que en el artículo 86 de su Carta Fundamental, define así a la acción de tutela:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar; mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quién actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.¹²⁰ (*subrayado del autor*)

De la misma manera, si recurrimos a la Constitución de la República Argentina, en su artículo 43 encontraremos una figura similar a la contemplada por nuestra legislación: *“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas*

¹²⁰ <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>

*o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley (...)*¹²¹ (subrayado del autor). Este precepto tomado de la legislación argentina es comentado por Néstor Pedro Sagués, quien sobre la subsidiaridad de ésta sostiene: “*reservado para las delicadas y extremas situaciones en las que, por falta de otros medios legales, peligra la salvaguardia de derechos fundamentales*”¹²².

De todo lo dicho, respecto a la posibilidad de que el particular acuda a la vía constitucional en caso de haber sufrido una lesión por parte de la Administración Pública y que por consiguiente exista un daño, es importante considerar que la acción de protección tal y como se encuentra prevista en nuestra legislación, constituye una figura subsidiaria. Es decir que para presentarla se necesita acreditar la inexistencia de otro mecanismo judicial ordinario. Ya en la práctica litigiosa constitucional es posible comprobar un abuso de esta figura. De hecho, la tendencia constitucional actual genera una cierta invitación para interponer esta medida bajo el supuesto de que es de expedito trámite, sencillo y de respuesta inmediata; lo que ha convergido en su mala utilización ya que en materia de responsabilidad extracontractual debemos acudir a la vía judicial competente que es la contenciosa.

¹²¹ <http://www.senado.gov.ar/web/consnac/consnac.htm>

¹²² Néstor Pedro Sagués, *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires Argentina, Editorial Astrea, 2009, página 461.

Conclusiones

- En el entorno jurídico social ecuatoriano la conciencia colectiva sobre el cumplimiento normativo se encuentra en desarrollo. Con esta conciencia es posible el cumplimiento efectivo o la reivindicación de un derecho por medio de la utilización de una institución jurídica. Es importante determinar que la cultura de cumplimiento normativo no está grabada en la conciencia colectiva ecuatoriana, por consiguiente, los derechos consagrados en la Constitución han significado premisas que, por mucho tiempo no han sido susceptibles de exigencia por parte de la sociedad y tampoco de cumplimiento por parte del Estado.
- Es importante determinar que la cultura socio-política ecuatoriana ha desarrollado un esquema que no involucra un nivel de respeto y, sobre todo, una conciencia colectiva para asegurar el cumplimiento de los derechos. Luego, la situación jurídica presente permite determinar la existencia de pocos procesos judiciales, así como una nula presión hacia el Estado respecto a la responsabilidad extracontractual de éste, a pesar de que normalmente en diversos ámbitos públicos es posible encontrar una amplia gama de irresponsabilidad pública.
- Como opción para viabilizar la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado se impone a nuestro juicio que dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano se establezca una estructura normativa secundaria adecuada que permita articular todos los principios y conceptos planteados en la Constitución en torno a esta temática, lo cual brindaría un mecanismo eficaz para llevar a la práctica la figura que ha sido materia de este trabajo de investigación. La consecuencia lógica llevaría al Estado a cumplir fielmente las obligaciones derivadas de su accionar. Normativa de esa índole permitiría, al igual por ejemplo que en la legislación mexicana, identificar las circunstancias susceptibles de responsabilidad, las sanciones, y la instancia competente para resolver los contenciosos que se generen.

- Si nos enfocamos en nuestra cultura jurídica, encontramos que en teoría existe la responsabilidad extracontractual del Estado; sin embargo, en la práctica, lograr el resarcimiento de perjuicios es escaso, a pesar de que esta figura ha sido desarrollada en las diferentes constituciones, referidas a lo largo de este trabajo.

- Respecto a la vía procesal que decida utilizar el particular para hacer valer su derecho presuntamente vulnerado, debemos anotar la falta de conocimiento del tema de servidores y funcionarios, y la consiguiente necesidad de fortalecer ese segmento; como también lo imperativo que resulta incrementar el número de jueces contencioso administrativos, ya que con el número actual el trámite en esta instancia constituye una verdadera letanía para el particular, que por el contrario demanda de ayuda expedita. Sin embargo de esta ominosa situación, postulamos porque no se abuse de la vía constitucional, y ésta se margine para aquellas situaciones extremas en donde la violación del derecho sea de tal magnitud e inminencia, que el apresto constitucional sea la única alternativa procesal.

- Compartimos el criterio de Nava Negrete¹²³, quien sostiene que el recurso administrativo es un medio legal que reparte por igual una defensa a quien lo promueve y una oportunidad de rectificación para el que lo resuelve. En este sentido, el agotamiento en sede administrativa constituye una oportunidad legal y práctica en donde la propia administración, pueda revisar, reflexionar y corregir sus decisiones, sometiénolas al derecho y al interés público que las orienta. Adicionalmente, no debemos olvidar que el recurso en sede administrativa es una oportunidad que tienen los particulares para impugnar los actos o resoluciones administrativas contrarias a la estructura jurídica, constituyendo un importante mecanismo a través del cual el administrado puede exigir de la Administración Pública el respeto a las garantías individuales o derechos fundamentales. Consideramos que este recurso debe llevarse a

¹²³ Alfonso Nava Negrete, *Recursos Administrativos y Justicia Administrativa*, México D. F., Editorial Trillas, 1988, página 42.

cabo más seguido por parte de los particulares generando así una verdadera cultura de reclamo al exigir a la Administración Pública el cumplimiento de sus obligaciones.

- Es importante precisar que para accionar en sede contencioso-administrativa, no necesitamos agotar la vía administrativa.
- La trascendencia de la figura estudiada es tal que dentro del Derecho Administrativo debe ser objeto de detenido análisis en el ámbito académico para que desde tan alto foro se domine y desarrolle de manera permanente esta institución.
- Dentro de la estructura normativa constitucional existe la figura de la “repetición”, en cuya virtud, si el Estado es condenado a indemnizar al administrado por la acción u omisión culposa o dolosa de sus funcionarios y servidores en la entrega de las prestaciones al conglomerado social, puede repetir o accionar contra éstos, en procura de que respondan pecuniariamente por su negligente accionar, que en suma termina irrogando perjuicio a la propia administración. Actualmente, la Asamblea Nacional se encuentra tramitando en segundo debate el proyecto de Ley de Repetición, el cual comprende una normativa secundaria especial para dar curso a esta importante institución. Lograr una estructura jurídica que regule esta figura implicaría dar a luz una normativa que posibilite la figura de responsabilidad en sus diversas formas (extracontractual, contractual, legislativa, etc).
- En cuanto a la jurisprudencia que ha emanado de la Sala de lo Contencioso Administrativo¹²⁴ respecto al tema de responsabilidad vemos que la concepción civilista indemnizatoria, sin lugar a dudas constituyó un aporte y un avance en el estudio de nuestra materia, al determinar que el Estado debe reparar de forma directa los perjuicios a los particulares, por el mal funcionamiento del servicio público o en su

¹²⁴ Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo, fallo de casación del 11 de abril de 2007, publicado en la Gaceta Judicial serie XVIII, No. 4, página 1618 a la 1626.

caso por existir cargas públicas injustas. Para muchos administrativistas los fallos respecto a este tema que nutren la jurisprudencia, han significado un avance significativo en materia de responsabilidad estatal, en donde se determina la naturaleza jurídica de esta figura, desligándola de la concepción civilista en que el criterio indemnizatorio se impone, y ofreciendo la oportunidad para que el Estado pruebe que su proceder es correcto para descartar su responsabilidad.

- Tomando en cuenta el modelo jurídico que sigue nuestra legislación, resulta interesante identificar que la obligación estatal que permite la reparación de los perjuicios hacia los particulares se encuentra fundamentada en títulos jurídicos de imputación objetiva, en donde ante la falla del servicio público o como se ha llamado en nuestro medio “*defectos sistémicos de los servicios públicos*”, el afectado no debe probar la ilicitud o la culpabilidad del funcionario público sino el daño ocasionado, el cual se lo determina identificando el vínculo entre la actividad estatal dañosa y el perjuicio. Este paso significa un avance en nuestra materia ya que la corriente subjetivista implicaba probar la culpa o negligencia con la que actuó el funcionario público, lo que involucra notables dificultades.
- Vemos cómo a partir de la actual Carta Fundamental, en el ordenamiento jurídico constitucional impera una nueva tendencia jurídica basada en la preeminencia de las garantías fundamentales, en donde la concepción de responsabilidad estatal se encuentra dirigida sustancialmente a reparar los derechos violados, mediante medidas de restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición entendidas como una reparación integral objetiva, debiendo el Estado repetir en contra del funcionario responsable lo efectivamente pagado.

Bibliografía

Libros y Textos Base

- Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II*, Octava Edición, Buenos Aires, libro digital; Fundación de Derecho Administrativo, , 2006.
- Alfonso Nava Negrete, *Recursos Administrativos y Justicia Administrativa*, México D. F., Editorial Trillas, 1988.
- Álvaro Bustamante Ledesma, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Bogotá, Editorial Leyer, 1999,
- Amelia Castresana, *Derecho Civil Romano Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados la Responsabilidad Aquiliana: Bases Históricas para una construcción jurídica actual*, Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie Doctrina Jurídica, 2006.
- Aristóteles, *La Política*, Madrid, Editorial Vosgos S.A., Segunda Edición 1973.
- Arteaga Nava Elisur; *Tratado de Derecho Constitucional*, México D. F., Oxford University Press;; 2003.
- Arturo Alessandri Rodríguez, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1943.
- Arturo Alessandri Rodríguez, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Imprenta Universitaria, 1943.
- Diego Younes Moreno; *Curso Elemental de Derecho Administrativo*; 2da edición; Bogotá, Editorial Temis S.A., 1988.
- Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Civitas, Octava Edición, España, 1998.
- Eduardo García de Enterría, *Los Principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Madrid 1956, páginas 167 y 159, citado por Miguel S. Marienhoff, “*Tratado de Derecho Administrativo*” Tomo IV, Buenos Aires, Argentina, páginas 697 y 698.

- Ennecerus Kipp y Wolf, *Derecho de las obligaciones*, Barcelona, Editorial Bosch, 1933.
- Félix Sarria, *Derecho Administrativo*, Córdova, Editorial Assandri, 3ra edición, 1946.
- Galindo Nicolás Granja; *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador; Cuarta Edición, 2002.
- Gilberto. Martínez Rave, *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, 4^a ed. Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, año 1988.
- Gustavo Penagos; *Vía Gubernativa*, Ediciones Ciencia y Derecho; Bogotá, 1998.
- Hernán Jaramillo Ordoñez, *La Actividad Jurídica de la Administración*; Loja, Editorial de la Universidad Nacional de Loja, 1995.
- Jacobo Pérez Escobar; *Derecho Constitucional Colombiano*; V edición, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1991.
- Jaime Orlando Santofimio, *Acto Administrativo, procedimiento, eficacia y validez*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994.
- Jaime Vidal Perdomo; *Derecho Administrativo*, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis; Undécima edición, 1997.
- Javier Pérez Royo; *Curso de Derecho Constitucional*; 8va edición; Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., -España, 2002.
- Jean Jacques Rousseau, *El Contrato Social*, Quito, Editorial Ecuador F.B.T. Cia. Ltda, Primera Edición 2000.
- Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1985.
- Jorge Teissier, *La responsabilité de la puissance publique*, página 147, citado por Pedro Guillermo Altamita, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Córdova, Editorial Assandri, 1942.
- Jorge Zavala Egas, *Curso Analítico de la Constitución Política de la República del Ecuador*, Quito, Editorial Edino, 1996.

- Jorge Zavala Egas, *Teoría y Práctica Procesal Constitucional*, Guayaquil, Edilex, S. A., 2011.
- Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Séptima Edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot.
- Juan Carlos Gómez Jaramillo; *El Acceso Público a la Información Estatal y el Derecho de Petición de Informaciones*, Bogotá, Editorial de la Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas, 1984.
- Juan Carlos Henao, *El Daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Juan Carlos Morón Urbina, *Derecho Procesal Administrativo*, 2da Edición; Lima, Editorial Rodhas, 1999.
- Juan Carlos Morón Urbina, *Derecho Procesal Administrativo*, Lima, Editorial Rodhas, 1999.
- Julio Altamira Gigena, *Responsabilidad del Estado Tomo I*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1973.
- Laureano López Rodo, *El procedimiento administrativo no contencioso*, Revista Uruguay de Estudios Administrativos, Año V 1981.
- Leon Duguit, *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón traducción de Carlos O Posada Tomo I*, Madrid, Editorial Príncipe, segunda edición 1987.
- Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing, 1927. Citado por Alberto Montaña Plata, en: *El concepto de servicio público en el Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Manuel José Cárdenas Rojas y Zorro Fabio A Cárdenas; *Manual de Administración Pública*,; Bogotá, Editorial Temis S. A., 1984.
- Manuel María Díez; *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Lavalley S. A., 1965.

- Maurice Hauriou, *Jurisprudencia Administrativa de 1892 a 1929 Tomo I*, París, 1919.
- Mazeaud Hermanos, *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1976.
- Mazeaud Hermanos, *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1976.
- Miguel S Marienhoff; *Tratado de Derecho Administrativo; Tercera Edición Actualizada*; Buenos Aires, Editorial Abeledo – Perrot,
- Montesquieu, *El Espíritu de las Leyes vertido al castellano por Siro García del Mazo Tomo I*, Madrid, Librería General de Victoria Suarez, 1906.
- Néstor Pedro Sagués, *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2009, página 461.
- Otto Mayer, *Le Droit administratif aleman Tomo IV*, París 1906, página 222, citado por Julio Altamira Gigena, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1973.
- Pedro Guillermo Altamira, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Córdoba, Editorial Assandri, 1942.
- Pedro Pierry Arrau. "La responsabilidad extracontractual del Estado". Publicado en su versión original en Revista de Ciencias Jurídicas. Valparaíso y Anuario de Derecho Administrativo N° 1 Universidad de Chile, Santiago.
- Platón, *La República*, Madrid, Editorial Tolle, Lege Aguilar, Tercera Edición 1968.
- Rafael Entrena Cuesta; *Curso de Derecho Administrativo*; 8va edición, Barcelona, Editorial Tecnos S.A, 1983.
- Ricardo Hoyos Duque, *La responsabilidad de la Administración Pública*, Bogotá, Editorial Temis, año 1984.
- Roberto Dromi; *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial de Ciencia y Cultura; 9na edición actualizada, 2001.

- Vladimiro Naranjo Mesa; *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*; 4ta edición; Bogotá, Editorial Temis, 1991.

Información tomada de páginas web:

- Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana*, Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial, Universidad de Chile, 2003, en:
<http://issuu.com/oscuvilca/docs/la-convencion-americana-vida-integridad-personal-1>.
- Clara Leonora Szczaranski Cerda, *Revista de Derecho Administrativo*, Responsabilidad Extracontractual del Estado, página 7, en:
<http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/cce339004fbf78d4bc66bf46ce4e7365/2.pdf?MOD=AJPERES>.
- Código Civil Español de 1889 en:
<http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/cc/indexcc.htm>
- Constitución Española 1978 en:
<http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en:
<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/>
- Decreto Ley N° 1289 del año 1976, Chile. Tomado de:
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6554&buscar=Decreto+Ley+N%C2%BA+1289>
- Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo*, Bases Fundamentales, Tomo II, El Principio de Juridicidad, Editorial Jurídica Chile, 1996, página 392, en:
http://books.google.com.ec/books?id=OyHrWefMyw4C&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- Fernando Garrido Falla, *Revista de Administración Pública*, 1994, en:
http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1994_135_007.PDF.

- <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>
- <http://www.cidh.org/demandas/11.535%20Pedro%20Miguel%20Vera%20y%20otros%20Ecuador%2024%20febrero10%20ESP.pdf>
- <http://www.senado.gov.ar/web/consnac/consnac.htm>
- Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común en: <http://www.boe.es/boe/dias/1992/11/27/pdfs/A40300-40319.pdf>.
- Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, Biblioteca Nacional de Chile en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=191865>.
- Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.
- Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRPE.pdf>.
- Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en: http://www.funcionpublica.gob.mx/leyes/leyresp/tit3_II.html.
- Tomado de: <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/cce339004fbf78d4bc66bf46ce4e7365/2.pdf?MOD=AJPERES>
- Tomado de: <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/cce339004fbf78d4bc66bf46ce4e7365/2.pdf?MOD=AJPERES>

Enciclopedias y Diccionarios

- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, impreso en España año 2001.
- Enciclopedia Jurídica Omeba; Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L; Buenos Aires-Argentina; 1967.
- Escriche Joaquín; *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*; Editorial Temis; Bogotá-Colombia; 1977.

- Guillermo Cabanellas, *Diccionario de Derecho Usual Tomo III*, Buenos Aires Argentina.
- Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 2001.
- Nueva Enciclopedia Jurídica, publicada bajo la dirección de Carlos-E. Mascareña; Editorial Francisco Seix, S.A.; Barcelona-España; 1975.

Jurisprudencia

- Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de noviembre de 1991, Consejero Ponente; Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, expediente N° 6784, actor: Emilia Guido de Mazonett, Tomo 147 de los copiadore de la Sección Tercera, página 64.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, Ponente: Antonio José de Irisarri Restrepo, colaboró: Juan Carlos Pérez, actor: Luís Alberto Cifuentes Lindarte, Tomo 114 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 114.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, 5 de julio de 1991, Consejero Ponente: Dr. Daniel Suarez Hernández, expediente N°6014, actor: Aníbal Orozco Cifuentes, Tomo 134 de los copiadore de la Sección Tercera, página 248.
- Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-33 del 01 de Agosto de 1996 Expediente D-1111*, Ponente Alejandro Martínez Caballero, en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=32571>.
- Corte Suprema Chile, Casación N° 3.427, "*Figuroa Gallardo Rosalía y otra con Fisco de Chile*", Sentencia de 8 de mayo de 2002. en: <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/06cf32004fbf790bbc99bf46ce4e7365/12.pdf?MOD=AJPERES>.
- Fallo del Consejo de Estado Francés en: <http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?pageid=162>.
- Gaceta Judicial; Serie XVII, N°12; año CIV; Mayo-Agosto 2003. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 358-2002.

- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo, fallo de casación del 11 de abril de 2007, publicado en la Gaceta Judicial serie XVIII, No. 4, página 1618 a la 1626.
- Revista Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXII, número 257, pág. 440.
- Revista Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXII, número 257, pág. 440.
- Revista Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXII, número 257, pág. 443
- Revista Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXIX, número 338, página 241.
- Resolución del Recurso de Casación, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial 10 de 29 de octubre 2002, serie XVII

Normas Jurídicas

- Código Civil Francés 1804.
- Constitución Colombiana de 1886.
- Constitución de la República del Ecuador 2008.
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 20 octubre del 2008. Constitución de la República del Ecuador; 2008. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789.
- Constitución de la República del Ecuador; Registro Oficial No. 449, lunes 20 de octubre del 2008.
- Constitución de la República del Ecuador; Registro Oficial Nro.449 publicada el 20 de octubre del 2008.
- Constitución Política de la República del Ecuador 1946; Registro Oficial 773 de 31-dic-1946.
- Constitución Política de la República del Ecuador 1967; Registro Oficial 133 de 25-may-1967
- Constitución Política de la República del Ecuador 1998. Registro Oficial Nro. 01 del 11 de agosto de 1998.
- Declaración de los Derechos del Hombre 1793
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789.

- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial 536 del 18 de marzo 2002.
- Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.
- Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Suplemento Registro Oficial No. 116 del 10-07-2000.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial No. 52 del jueves 22 de octubre del 2009.
- Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013.
- Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, Suplemento Registro Oficial No.581 del 2-12-1994.
- Título Preliminar del Código Civil Ecuatoriano, Suplemento del Registro Oficial No. 46 del 24-6-2005.

Revistas y Artículos

- Diego Paredes Gonzales; *La Naturaleza Jurídica del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*; Temas Constitucionales Revista del Tribunal Constitucional; Quito-Ecuador; Año 1 No. 4 IV Trimestre Diciembre 2004.
- Ernesto López Freire, *La Responsabilidad Objetiva en la Constitución Política del Ecuador*, en Temas de Derecho Constitucional, Quito, Publicación de la Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco, Ediciones Legales, 2003.
- Marco Morales Tobar, *El Acto Administrativo*, Artículo presentado en el libro “Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia, con el auspicio de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung y el Tribunal Constitucional; Quito-Ecuador; 1999.

- Ramiro Ávila Santamaría, *Las garantías herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución de 2008*, en Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008.

∴