

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

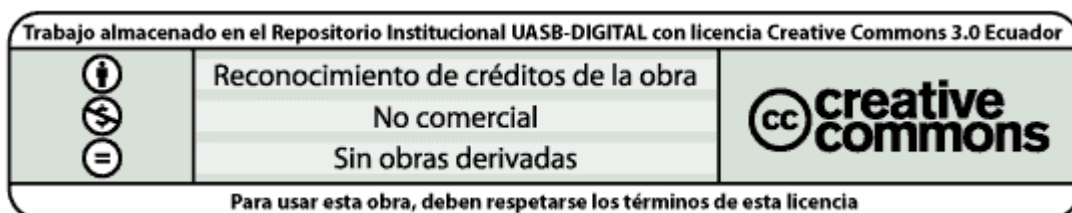
Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho
Mención en Derecho Tributario

Indemnización de daños y perjuicios en materia tributaria

Alexandra Judith Andino Herrera

Quito, 2015



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Alexandra Judith Andino Herrera, autora de la tesis intitulada *Indemnización de daños y perjuicios en materia tributaria*, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho, Mención Derecho Tributario en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

Enero 2016

.....

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

**MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN EN DERECHO
TRIBUTARIO**

Indemnización de daños y perjuicios en materia tributaria

Autora: Alexandra Judith Andino Herrera

Director: Dr. Luis Toscano Soria

Quito

2015

RESUMEN

En los últimos años en la legislación ecuatoriana, y en especial en la jurisprudencia, la responsabilidad extracontractual del Estado ha tenido una connotación y un desarrollo importantes, tanto que en el Código Orgánico General de Procesos, que pronto entrará en vigencia en nuestro país, se contempla ya la acción por responsabilidad objetiva del Estado. Pero este desarrollo todavía no alcanza su apogeo, es largo el camino que falta por recorrer y hay que abarcar los varios aspectos que comprende el tema. En realidad, nuestra legislación y jurisprudencia se encuentran bastante rezagadas en relación con la legislación y jurisprudencia de otros países, como por ejemplo Colombia y Argentina. Entre esos aspectos de la responsabilidad contractual de Estado que se encuentran rezagados en su desarrollo está el tema tributario, tan desconocido es en el medio jurídico como en la población en general, que hablar de indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado en materia tributaria causa hasta asombro. De ahí el objetivo del presente trabajo de plasmar, aun cuando sea a breves rasgos, las características que reviste esta acción de indemnización de daños y perjuicios, sus dificultades y sus vacíos, focalizados a través de la revisión de la jurisprudencia y legislación nacional referentes al tema y de la responsabilidad extracontractual del Estado en general. Para llegar a cumplir el objetivo de analizar el tema planteado se ha recurrido a la bibliografía y a la casuística, en el primer caso revisando la bibliografía existente al respecto y en el segundo exponiendo tres casos que reúnen todas las falencias que pueden producirse en el desenvolvimiento de estos procesos, sin que con ello se quiera decir que todos los procesos por esta acción vayan a tener el mismo tratamiento y conclusión. Como aporte esta tesis presenta un panorama amplio de la evolución del tema responsabilidad extracontractual del Estado.

Palabras clave: Legislación, Derecho, Daños y perjuicios, Estado de derechos.

DEDICATORIA

A mi hijo Pablo, arco iris que da color a mi vida.

ÍNDICE

CLÁUSULA DE CESIÓN DERECHOS PUBLICACIÓN DE TESIS	2
RESUMEN	4
DEDICATORIA.....	5
INTRODUCCIÓN.....	8
Capítulo uno	9
La responsabilidad en general	9
1.1. La responsabilidad contractual y extracontractual del Estado	11
1.2. Estado de derecho y Estado de derechos	18
1.2.1. Concesionarios, delegatarios, ejercicio de una potestad pública	20
1.2.2. Servicios públicos	25
1.2.3. Acciones u omisiones de los funcionarios y empleados públicos...	27
Capítulo dos.....	32
Indemnización de daños y perjuicios	32
2.1. ¿Qué son los daños y perjuicios? Indemnización de daño material e inmaterial. Reparación total.....	32
2.2. Existencia del daño, el nexo causal y otros elementos de la responsabilidad extracontractual.....	38
2.2.2. Juez competente	46
2.3. Daños y perjuicios en materia tributaria.....	51
2.3.1. De las causales de excepción al procedimiento de ejecución coactiva	53
2.3.2. Sobre el Código Tributario.....	58
2.4. Juez competente en los juicios de indemnización de daños y perjuicios en materia tributaria	61
Capítulo tres.....	70
Análisis de casos.....	70
3.1. Caso familia Ramírez	70

3.2. Caso Salvador-Chiriboga.....	76
3.3. Caso familia Nuques.....	78
Conclusiones.....	82
Bibliografía.....	87
ANEXOS	91

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación abarca un tema poco conocido, como es la responsabilidad extracontractual del Estado en materia tributaria.

El desarrollo de la investigación se desenvuelve en tres capítulos, el primero trata de la responsabilidad en general, para después centrarse en la responsabilidad extracontractual del Estado con una breve revisión a través de la historia dar una visión bastante clara de cómo se desarrolló en la legislación ecuatoriana esta responsabilidad y la evolución de su conceptualización en las diferentes constituciones que ha tenido al país desde el inicio de su vida como república independiente; concluye este capítulo con un análisis detallado del artículo 11 numeral 9 de la Constitución del 2008.

En el segundo capítulo se hace un repaso de lo que es la indemnización de daños y perjuicios y de cómo la jurisprudencia ecuatoriana ha tratado este tema en los diferentes fallos recopilados y expuestos en este trabajo de investigación; así como también, sobre los daños materiales e inmateriales, los elementos de la responsabilidad extracontractual, la imputabilidad y sus elementos exonerativos. En la segunda parte de este capítulo se analiza el tema de los daños y perjuicios en materia tributaria por responsabilidad extracontractual del Estado y se exponen de forma concreta las circunstancias en las que podrían darse.

En el capítulo tercero se analizan tres casos concretos, el uno en materia civil, el otro en materia constitucional y el tercero en materia tributaria; con el objeto de tener un panorama claro del tratamiento que las autoridades administrativas y judiciales dan en la práctica al tema de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado.

Al final del trabajo se exponen las conclusiones a las que se ha llegado con el desarrollo de la investigación.

Capítulo uno

La responsabilidad en general

De forma breve revisaremos la responsabilidad general y en lo posterior nos concentraremos en analizar la responsabilidad del Estado.

El término responsabilidad connota una muy amplia gama de conceptos, por lo que en el presente estudio únicamente nos referiremos a la responsabilidad como a la “obligación de reparar y satisfacer por uno mismo, o en ocasiones especiales por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado”¹, o en el concepto de Ramos Acevedo cuando dice que “en el lenguaje jurídico se emplea la expresión ‘responsabilidad’ para aludir a la distribución de los daños o pérdidas que se producen en la vida social a consecuencia de la acción o inacción de los seres del mundo exterior”.²

Ya Aristóteles, y después Santo Tomás y sus sucesores, hablaba de una justicia correctiva, cuyo principio pregonaba que “nadie debe beneficiarse con los daños de otros, explica la responsabilidad tanto de quien se adueña de la propiedad ajena como de quien causa perjuicio a un semejante”;³ de esta forma surge como idea primaria la de proteger el derecho de propiedad, de que nadie puede beneficiarse de una cosa ajena, nadie puede ni debe mejorar su situación económica a expensas de otra persona, sea cual fuere la forma que hubiere optado; sin embargo, hubo de pasar mucho tiempo para conceptualizar a la responsabilidad tal y como la conocemos ahora.

En la actualidad, para determinar la existencia de la responsabilidad son necesarios ciertos requisitos, como por ejemplo la causalidad, esto es, que entre el acto dañoso y la víctima la causa del daño haya sido producida por una acción voluntaria - los daños producidos sin conciencia no acarrearán responsabilidad, como en el caso de los niños o los dementes, salvo en especiales casos y sobre las personas bajo cuyo cuidado están-, sea esta culpable o dolosa, la primera tendrá como elemento la

¹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de derecho visual* (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1979): 735.

² Jairo Ramos Acevedo, *Fundamentos de la responsabilidad extracontractual de la administración Pública* (Bogotá: Editorial Leyer, 2004); 11.

³ Ramiro Saavedra Becerra, *La responsabilidad extracontractual de la administración pública* (Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003): 26.

negligencia, el poco cuidado, en este caso no existe la intención de causar daño, pero sí la incapacidad de prever las consecuencias de los actos en producir un daño; en el dolo existe la intención y la conciencia de causar un daño. Nuestro Código Civil, en su Art. 1474, señala que el “dolo da lugar a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él”, y el Art. 1563, especifica en qué caso el deudor es responsable de su culpa en el incumplimiento de los contratos.

Bajo este marco, podemos aseverar que la responsabilidad surge del incumplimiento de una obligación o la transgresión de una ley, se origina en una obligación incumplida, “la responsabilidad será para una doctrina muy generalizada el tramo obligacional que nace con el incumplimiento de la obligación”.⁴ El Art.1453 de nuestro Código Civil, señala que:

Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

Para que la responsabilidad sea indemnizable debe existir no solo el incumplimiento sino también, y fundamentalmente, el daño apreciable, sin él no existe la responsabilidad.

La obligación de reparar a otro del daño causado, generalmente se encuadra en la responsabilidad civil o penal. La primera se caracteriza por ser personal-real (recae en la persona del responsable), patrimonial (afecta a los bienes), causal (debe existir relación causa efecto); en cambio, en la responsabilidad penal se diferencia en cuanto a la personal por cuanto no afecta al patrimonio del responsable sino únicamente en su persona, que está obligada a cumplir con una pena; sin embargo, un mismo acto puede acarrear responsabilidad civil y penal; por ejemplo, alguien comete el delito de robo, la persona que comete el delito está obligada a indemnizar los daños y perjuicios

⁴ Enciclopedia OMEBA (Buenos Aires; Driskill S.A., 1977): 375.

ocasionados a las víctimas (civil) y al mismo tiempo tiene que cumplir con una sanción de privación de libertad (penal), al respecto nuestro Código Civil, en su Art. 2214, señala: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro será obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”. En este punto, vale aclarar que la sanción penal se aplica no solo en consideración del daño causado a la víctima, sino también a toda la sociedad, pues los delitos afectan a la estabilidad del conglomerado humano.

Concentrándonos en la responsabilidad civil, tenemos que esta se divide en contractual y extracontractual, en el primer caso surge como ocasión del incumplimiento de un contrato, sea este de dar o de hacer o no hacer una cosa, por lo tanto su incumplimiento no solo acarrea la obligación de reparar el daño sino también la de indemnizar. La responsabilidad extracontractual surge de la ley, de los delitos o los cuasidelitos, y al igual que en la responsabilidad contractual existe la obligación de reparar el daño.

Pero no solo las personas naturales son responsables del incumplimiento de las obligaciones adquiridas, también lo son las personas jurídicas; y modernamente se ha determinado que el Estado es también sujeto de responsabilidad, por los daños irrogados a sus administrados.

1.1. La responsabilidad contractual y extracontractual del Estado

La responsabilidad contractual y extracontractual se contempla ya en el derecho romano, en el que se diferenciaban claramente las obligaciones surgidas por los negocios y contratos de las obligaciones o responsabilidades provenientes de una conducta que viola la ley. Según Saavedra Becerra:

Esas dos modalidades, desarrolladas cada una de manera autónoma, dieron origen respectivamente a la responsabilidad contractual y a la responsabilidad extracontractual. En consecuencia, en la responsabilidad extracontractual no existe

ninguna relación jurídica entre el autor del daño y la víctima, antes de presentarse los hechos generadores de la responsabilidad civil.⁵

Trasladar estas dos responsabilidades al campo de la actuación del Estado y convertirlas en sujeto de obligaciones no ha sido tarea fácil. El Estado como sujeto de responsabilidades producto de una evolución de conceptos y filosofías dadas a través del tiempo, se podría decir que es producto de recientes teorías y reformas basadas en lo que actualmente se entiende por Estado. Así, por ejemplo, en los estados monárquicos su característica principal es la concentración de poder en una sola persona, el soberano o rey que representa al poder del Estado se confunde con el mismo, “el Estado soy yo”, y por lo tanto carece de responsabilidad, pues era inaceptable la idea de que el Rey se equivocara dada su condición de origen divino, por lo tanto estaba al margen de cometer errores, “se consideraba al Estado y gobernante como una misma cosa; el Estado no podía causar daño”.⁶

Pese a que con la Revolución Francesa se declararon los derechos del hombre y del ciudadano, y con ello implícitamente las obligaciones que tiene el Estado con sus administrados, en la moderna concepción del Estado surgida después de la revolución persistía la teoría de la soberanía -Estado soberano- como sinónimo de poder absoluto que “implicaba imponerse a todos sin compensación de ninguna clase”.⁷ Si al término soberanía se le otorga el alcance de un tributo de orden metafísico, en cuya virtud el Estado goza de absoluta inmunidad, indudablemente se excluye el concepto de “responsabilidad del Estado”.⁸ El Estado crea la ley, fruto de su voluntad soberana y bajo esta perspectiva no era aceptable la idea que el Estado creara leyes para después violarlas o inaplicarlas o hacerse responsable de las consecuencias dañosas de sus actos.

El profesor Manuel Urueta señala que “en la medida en que se desarrollaron las relaciones capitalistas de producción aumentaron las desigualdades entre las clases y el viejo estado liberal clásico se tornó por fuerza de las circunstancias en estado

⁵ Saavedra Becerra, *La responsabilidad*, 30.

⁶ Luis Humberto Pérez Sinatobe, *Elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado* (Bogotá: Leyer, 2002): 7.

⁷ Pérez Sinatobe, *Elementos de la responsabilidad*, 8.

⁸ Julio Altamira Gigena, *Responsabilidad del Estado*, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1973): 41.

intervencionista”,⁹ situación que llevó que el Estado por fuerza se reestructurara en su conformación a fin de afrontar los nuevos roles que asumía, desembocando en lo que Altamira Gigena llama “la división de poderes en ejecutivo, legislativo y judicial, siguiendo la vieja teoría romana-griega de no concentrar el poder en manos de una sola persona. Pero cabe aclarar que lo que se divide no es el poder del Estado por cuanto este es uno solo, sino sus funciones”.¹⁰

Al desconcentrar el Estado sus poderes, las instituciones administrativas crecieron en número para atender los requerimientos de sus administrados, las que no estaban al margen de abusar de las facultades otorgadas para su gestión, mucho más si se toma en cuenta que las mismas están administradas por personas que, en unos casos por interés personal y en otras por negligencia, causaban fallas en la administración, esto ocasionó que posteriormente se conceptuará al Estado como un ente jurídico capaz de cometer errores en sus actuaciones, pero previamente fue necesario que la ley reconociera a las personas jurídicas capacidad, y con ello la responsabilidad de sus actuaciones, de esta idea se conceptúa al Estado como persona jurídica sujeta a responder por sus actos. Según un jurista argentino:

La administración actúa, interviene, funciona, tiende a promover, remover obstáculos y facilitar servicios, y en su actuación, del mismo modo que está sometido al principio de legalidad y de justiciabilidad, también se halla sometido al principio de responsabilidad, de modo que si de su actividad se derivan daños a los particulares que estos no tienen la obligación de soportar, será el Estado, como persona jurídica, quien deba indemnizar esos daños producidos por su actividad o inactividad.¹¹

Surge en un principio la tesis mediante la cual se conceptúa al Estado como único responsable de sus actos, pero el Estado funciona a través de personas y los errores que puedan existir no son cometidos por el Estado como tal sino por sus funcionarios, por la o las personas en las que se delega alguna potestad pública.

La responsabilidad del Estado ecuatoriano aparece con la promulgación de la primera Constitución, en el año de 1830; como naciente Estado, acoge en su Carta

⁹ Pérez Sinatabe, Elementos de la responsabilidad, 9.

¹⁰ Julio Altamira Gigena, *Responsabilidad del Estado*, 41.

¹¹ Celia Weingarte, “Responsabilidad del Estado”, *Revista de derecho de daños* (2000): 299.

Magna los derechos del hombre pregonados en la Revolución Francesa, los contempla como derechos civiles y garantías, pero esto es posible gracias a la división del Estado en tres poderes, conforme a la corriente filosófica de los pensadores de la Ilustración francesa, que llevaría a la abolición de la monarquía en Europa y cuya influencia llegaría a América con la independencia de las colonias.

El Art. 66, título VIII, de la mencionada Constitución, establece que: “Todo ciudadano puede reclamar respetuosamente sus derechos ante la autoridad pública”, y este capítulo contempla el derecho a la libertad, el derecho a la propiedad, la libre expresión, la inviolabilidad de domicilio, a no ser distraído del juez competente. Estos derechos se han mantenido a lo largo de la historia del Ecuador, aun en la época de la dictadura (por lo menos en el papel), pero además de esto, establece: “Todo empleado es responsable de su conducta en el ejercicio de sus funciones” (Art. 57). Aquí encontramos un breve indicio de lo que en un futuro será la responsabilidad del Estado; en esa época la responsabilidad de la que nos habla el citado artículo se refiere a la comisión de delitos en el ejercicio de la función pública, situación que nos aclara la Constitución del año 1835 en su artículo 90, cuando dispone que “los magistrados, jueces y los empleados son responsables de su conducta en ejercicio de sus funciones y no pueden ser destituidos sino en virtud de una sentencia judicial”, y el artículo 71, *ibídem*, habla de los delitos de soborno, concusión y malversación de fondos públicos.

Cierto es que en el naciente Estado ecuatoriano la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado estaba en una etapa embrionaria, todavía no se la visualiza y mucho menos se la conceptúa y dista mucho del desarrollo que llegará a tener, pero el hecho de que se contemple en la Constitución la responsabilidad del funcionario en la comisión de delitos contra los fondos públicos es un precedente que va a estar sujeto a evolución.

En la Constitución del año 1852 se señala que entre las atribuciones especiales de la Cámara de Representantes (Art. 27) está la de: “2. Requerir a las autoridades competentes para que exijan la responsabilidad a cualesquiera empleados públicos por abuso de las atribuciones que les corresponden o por falta de cumplimiento en los deberes de su destino...”, se habla ya del abuso de atribuciones del funcionario público, que no necesariamente implica un delito; pero esta acción no la puede iniciar

directamente el administrado sino a través de la Cámara de Representantes, lo que limitaba en gran medida el accionar del perjudicado.

La Constitución Alfarista de 1897 establecía que “los funcionarios públicos que violaren cualesquiera de las garantías constitucionales responderían con sus bienes por los daños y perjuicios que ocasionaren”. Deja entrever que el Estado no es responsable como tal de los daños que ocasionen los funcionarios públicos a particulares en el ejercicio de sus funciones, todavía no se acepta que el Estado pueda ser responsable. Esta situación se mantuvo hasta la Constitución de 1967, en la que ya se incluye la responsabilidad del Estado en su artículo 27:

Responsabilidad. El Estado y más entidades del sector 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. No obstante lo establecido en el inciso anterior, el Estado y más entidades antes mencionadas harán efectiva la responsabilidad de sus funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave, hubieren perjudicado al Estado o a los particulares. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados será establecida por los jueces competentes.

En la Constitución anterior, la de 1946, por primera vez se incluye la autonomía y la independencia de las Municipalidades, así como la responsabilidad de sus miembros ante los jueces respectivos por los abusos que cometan en sus funciones (Art. 128); y, respecto a los Consejos Provinciales, se les reconoce una relativa autonomía en lo que se refiere a la distribución de los egresos fiscales en los servicios y obras públicas especiales de las provincias (Art. 126); propiciando de esta forma, una desconcentración del poder y ampliando el aparato estatal, agregando a sus filas un mayor número de funcionarios y funciones, lo que incrementó las posibilidades de que los funcionarios, ya sea de forma voluntaria o involuntaria dentro del desempeño de sus cargos, causen perjuicio no solo a terceros sino incluso al Estado.

No nos vamos a detener en la investigación de los factores que incidieron para que en esta Constitución se incluya la responsabilidad del Estado -pese a que este hecho y otros fueron de vital relevancia en la evolución del derecho y de las garantías constitucionales en nuestro país-, pero si vamos a enunciar que al amparo de esta

Constitución se crean los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal de Garantías Constitucionales y otros organismos estatales; así como se expiden numerosas leyes que cambian el concepto de un Estado impositivo a un Estado con tendencia garantista de los derechos individuales y colectivos.

Volviendo al tema de estudio, el contenido del artículo 27 de la Constitución de 1967 se incluyó en las siguientes constituciones, con ligeras modificaciones en su redacción que no modificaron el fondo; y así tenemos que en la Constitución de 1979 la responsabilidad del Estado la encontramos en el Art. 20, en el que de forma específica se agrega el “derecho de repetición” que tiene el Estado y más entidades públicas contra los funcionarios públicos:

El Estado y más entidades del sector público están obligadas a indemnizar a los particulares por los perjuicios que se les irrogaren como consecuencia de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos.

Las entidades antes mencionadas, en tales casos, tienen derecho de repetición y hacen efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que por dolo o culpa grave, judicialmente declarados, hubieren causado los perjuicios.

No es que en la Constitución anterior (1967 Art.27) no contemplara este derecho, lo que ocurrió es que en su redacción señalaba que el Estado y más entidades públicas “harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados”; al agregarse el derecho de repetición de forma específica en las siguientes constituciones, se estableció el alcance del mismo y se dejó en claro que quien indemniza por los perjuicios es el Estado y que este tiene el derecho de repetición, que es posterior a su accionar indemnizatorio al administrado.

En la Constitución del año 1979, en el artículo 21, por primera vez se incluye la responsabilidad de los jueces al disponer que “cuando una sentencia condenatoria haya sido reformada o revocada por el efecto del recurso de revisión, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia, debe ser indemnizada por el Estado, conforme a la Ley”. Si es verdad que esta responsabilidad solo se circunscribía a cuando un recurso de revisión hubiera dejado sin efecto la sentencia, también es verdad que se comienza a conceptualizar a los jueces como funcionarios públicos que no debían estar libres de la responsabilidad de sus actos como tales, evolucionando con

rapidez este pensamiento, tal es así, que en la Constitución del año de 1998, a este artículo se le agrega otro que contempla el “error judicial”, así, el Art. 22 de esta Constitución dispone que:

El Estado será civilmente responsable en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los supuestos de violación de las normas establecidas en el Art. 24. El Estado tendrá el derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable.

Como se puede ver, ya no solo se habla de las sentencias que hayan quedado sin efecto por el recurso de revisión, también se habla de la inadecuada administración de justicia en general, abriendo una gama de posibilidades y situaciones en las que se podría incurrir en un error judicial; sin embargo, el mismo artículo limita el error judicial únicamente a cuando se haya producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria y por violación a las normas establecidas en el artículo 24 de dicha Constitución. Este artículo contempla las garantías básicas del debido proceso, dando mayor seguridad de una administración de justicia, imparcial, eficaz, pero no totalmente libre de errores.¹²

Cabe también destacar que en este artículo no solo se responsabiliza al juez por el error judicial; sino también, al o a los funcionarios judiciales que con su actuar hubieren ocasionado ese error judicial. Con la Constitución del 2008 -que se encuentra vigente-, a la responsabilidad extracontractual y a la responsabilidad por error judicial del Estado se las unifica en el numeral 9 del artículo 11, cuyo texto es el siguiente:

El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

¹² Se cita el artículo al que se hace referencia como anexo 1.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

Nótese que para el caso del error judicial este pasa a ser una causa más (y no la única) de responsabilidad y se elimina del texto la mención del artículo 24, colocándose en su lugar a la “detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”. De esta forma, se amplía el campo de responsabilidad de los jueces y funcionarios judiciales en el desempeño de sus cargos.

A fin de determinar con mayor claridad el alcance del numeral 9 artículo 11, en la responsabilidad extracontractual del Estado, analizaremos con mayor detenimiento el mismo.

1.2. Estado de derecho y Estado de derechos

El artículo 11 numeral 9, anteriormente citado, comienza su redacción en los siguientes términos: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”, concepto que no contemplaba su similar artículo en la anterior Constitución (Art. 20), agregándose en la Constitución vigente, lo que invita a preguntar ¿qué implica este añadido y en qué consiste este más alto deber del Estado? La respuesta la encontramos en la Asamblea Constituyente que se reunió en Montecristi y en el año 2008 expidió la Constitución que rige actualmente.

En esta Constitución se reforma y reestructura el modelo del Estado que se venía aplicando, conforme a la filosofía e influencia de los ilustradores franceses del derecho positivo, del pensamiento kelseniano, en los cuales el Estado está desconcentrado y conformado por tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), con una Constitución que ocupa la parte más alta de la pirámide normativa; para

transformarlo en un Estado con cinco poderes (ejecutivo, legislativo, judicial, electoral y de transparencia y control social) y con una Constitución que ya no lidera la pirámide normativa sino que se encuentra en el centro, armonizando estos cinco poderes en garantía del cumplimiento de los derechos y principios a favor de la personas y colectividades frente al Estado; es decir, el Ecuador pasó a ser de un Estado *constitucionalista* a un Estado *neoconstitucionalista*; de un estado de derecho a un estado de derechos; de ahí que el mencionado artículo comience su redacción manifestando que: “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”, lo que significa que el Estado no prioriza en sí la aplicación de la Constitución sino de los derechos.

Para mayor claridad sobre este punto y lo que significa neoconstitucionalismo y su influencia en la nueva estructura del Estado ecuatoriano, citaremos al doctor Ramiro Ávila Santamaría; pero antes queremos dejar en claro que no es objeto del presente estudio tomar partido sobre la conveniencia o no de este modelo que se está aplicando, simplemente analizaremos los pro y los contra del mismo respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado para la indemnización de daños y perjuicios y, específicamente, en materia tributaria.

El doctor Ávila Santamaría, manifiesta que:

El neoconstitucionalismo, sin ánimo de agotar la discusión ni de elaborar un concepto acabado, no es otra cosa que la teoría de los derechos fundamentales puestos en el centro de la teoría del derecho y del Estado. El derecho se construye ya no a partir de la ley, de la propiedad, del mercado, de la autonomía de la voluntad, del derecho subjetivo del Estado, del orden público, de los principios generales, de la civilización, del progreso; sino que debe construirse a partir de las personas y colectividades y de sus derechos. En este sentido, la teoría del derecho ya no puede ser el título preliminar del Código Civil y la teoría del Estado no debe ser solo la institucionalidad y la organización del poder. Los derechos fundamentales son un medio y al mismo tiempo el fin de la teoría, del Estado y de la organización social.¹³

Ahora bien, si pasamos de un modelo en el que el derecho se aplicaba en armonía de la Constitución, en el que las minorías se encontraban excluidas y en el

¹³ Ramiro Ávila Santamaría, “En defensa del neoconstitucionalismo transformador”, <http://hdl.handle.net/10644/2922>

que el Estado no tenía como principal objetivo alcanzar el “buen vivir”, a un modelo en el que se reconoce la plurinacionalidad, la pluriculturalidad, se integra a las minorías, se establece un estado de derecho y justicia social, en el que priman los principios y derechos en favor de la persona, entonces podemos decir con seguridad y sin miedo a equivocarnos que la responsabilidad extracontractual del Estado se ha robustecido, se ha consolidado la idea de que el Estado es sujeto de responsabilidades, que ha avanzado a pasos agigantados esta conceptualización, cuando tan solo a principios del siglo XX la Constitución de 1906 no contemplaba artículo alguno sobre la responsabilidad del Estado sino únicamente de sus funcionarios, la misma que era muy limitada.

Pero, ¿qué tan robustecida y consolidada se encuentra la responsabilidad del Estado en la vigente Constitución? Es algo que analizaremos posteriormente, pero sí diremos que, por lo menos en lo teórico, es digno de reconocer.

1.2.1. Concesionarios, delegatarios, ejercicio de una potestad pública

El artículo 11, numeral 9, continúa en su redacción señalando que: “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”.

Considerar a los funcionarios públicos como responsables de su actuar en ejercicio de sus funciones es algo que tomó un largo proceso, considerar que el Estado sea responsable de los errores y negligencias de sus funcionarios es algo que tomó un aún más largo proceso; y que en la Constitución anterior a la del año de 1998 se considere a los delegatarios y concesionarios del Estado y a toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública como responsables de su actuar es algo nuevo y de vital importancia, que ha permitido amparar los derechos de los administrados que posiblemente se vulneren en el desempeño de las actividades de dichos entes.

Recordemos que tan solo en la Constitución del año 1979 (Art. 20), únicamente el Estado y más entidades del sector público eran los responsables de indemnizar a los particulares por los perjuicio que se le irroguen como consecuencia de los servicios público o de los actos de los funcionarios y empleados en el desempeño de los cargos, nada se decía de los delegatarios y concesionarios y menos de las personas que actúan en ejercicio de una potestad pública.

¿Quiénes son legatarios y concesionarios? Y, ¿qué persona, sin ser funcionario público, puede ejercer una potestad pública?

Con el crecimiento de la población crece la demanda de servicios básicos y servicios en general a las entidades públicas, satisfacer de una forma eficiente dicha demanda es algo que no resulta fácil a la administración pública, no solo por el hecho de cómo se maneja y estructura el Estado, no solo por los procedimientos burocráticos y otros factores que podríamos traer a colación, sino también y, fundamentalmente, por el concepto que se tiene del manejo de la cosa pública, algo que se diferencia de forma extrema con lo privado.

El manejo de la cosa pública, en resumidas cuentas, ha servido y sirve como instrumento de política de Estado, y ello da pie a que se abran un sinfín de posibilidades, generando con ello consecuencias que no siempre resultan en una eficiente prestación de servicios a la población.

Lo privado tiene como único fin el rédito económico, se rige por la oferta y la demanda en el libre mercado en donde prima la competencia, la eficiencia cuenta, el desenvolvimiento de la entidad privada es más dinámica y lejos de sus objetivos está lo social.

Situación distinta y hasta contraria ocurre en lo público, en donde siempre se considerarán no solo situaciones económicas sino también sociales, políticas, culturales, de ahí que varios factores (no solo económicos) incidan en su manejo. Un ejemplo claro de ello es que ante la necesidad de descongestionar a la administración y atender de forma eficiente la creciente demanda de servicios de parte de la población, los Estados en general se han visto obligados a adoptar figuras jurídico-económicas-administrativas, como por ejemplo: descentralización, privatización, desconcentración, delegación, concesión, etc., fruto de pensamientos y corrientes

económicas, políticas y filosóficas del neoliberalismo, modernización, globalización, etc.

No abordaremos aquí el análisis de cada una de estas figuras, simplemente trataremos de ubicar el lugar de los legatarios, concesionarios y personas que ejercen una potestad pública, que son los de nuestro interés.

La descentralización y desconcentración tiene su origen en la modernización del Estado, cuyo objetivo es reducir el tamaño del aparato estatal central transfiriendo facultades a los organismos públicos regionales, provinciales, cantonales. De esta forma, en el Ecuador los consejos provinciales, y en especial las municipalidades han tomado bajo su responsabilidad la administración de ciertos servicios públicos así como el ejercicio de facultades que eran propias de ministerios, como por ejemplo la administración de la red vial urbana y rural.

Al respecto, el doctor José Vicente Troya Jaramillo, en su artículo titulado *El ámbito y el alcance del derecho económico frente a los procesos de modernización del Estado y privatización*, señala:

La existencia del Estado Central, de las regiones y del régimen seccional autónomo plantea el tema de la distribución de cometidos. Al efecto debe imprimirse una política seria y persistente, descentralizadora y desconcentradora, cuyo resultado final sea la disminución del tamaño del Estado Central y el fortalecimiento y agrandamiento de los organismos regionales y locales, así como un desplazamiento de parte de todos los servicios, desde la o las ciudades primadas, hacía las intermedias y menores...se ha de evitar que se reproduzcan a niveles regionales y locales, las falencias del Estado Central, particularmente su obesidad e ineficiencias.¹⁴

En la desconcentración y descentralización el gobierno regional, provincial, cantonal e incluso parroquial, es el responsable de los daños que pudieren ocasionar a particulares por la prestación de servicios públicos o por actos de sus funcionarios e incluso de sus delegatarios y concesionarios. Con la transferencia de facultades se transfiere la responsabilidad del gobierno central a los gobiernos seccionales.

¹⁴ José Vicente Troya Jaramillo, *El Estado y el derecho económico actual* (México, DF: Universidad Nacional Autónoma de México): 37.

Fruto del neoliberalismo es la privatización, cuyo objetivo es la transferencia de potestades públicas a la administración privada para reducir la influencia del Estado y propiciar la libre competencia. La titularidad que el Estado, por tradición, ejerce sobre sectores considerados estratégicos así como de la prestación de servicios públicos, son transferidos al sector privado para ser administrado por este sin la intervención estatal.

Bajo esta figura, el estado central y los gobiernos, ya sea seccional, regional, provincial, municipal, parroquial, mal pueden ser responsables de los daños causados a terceros por ocasión de prestación de los servicios públicos privatizados; en este caso el responsable será la entidad privada en cuyo favor se realizó la privatización. Se rompe la causalidad o el nexo causal entre el Estado y el perjudicado, recayendo en la entidad privada que presta el servicio, pues solo ella es responsable de su actuar, no tiene relación de dependencia con el Estado.

En cuanto a la concesión, Jorge H. Sarmiento García, en su artículo titulado *Esquema de la concesión de servicios públicos*, manifiesta que:

Es el contrato en la función administrativa en virtud del cual un ente estatal encomienda o delega a una persona, temporalmente, la ejecución de un servicio público, otorgándole el ejercicio de cierta potestad pública para asegurar su funcionamiento, efectuándose la explotación a costa y riesgo del concesionario, bajo la vigilancia y control del antecedente.¹⁵

Sobre la responsabilidad del concesionario y del cedente, Francisco A. Fernández nos aclara: “El hecho de estar obligado el concesionario no conlleva la exoneración del concedente. El Estado permanece siendo el titular del servicio u obra cuya ejecución delega, y tanto los bienes como el interés público implicado permanecen bajo su cuidado”.¹⁶

¹⁵ Jorge Sarmiento García, “Esquema de la concesión de los servicios públicos”, Revista de derecho de daños, (2007): 36.

¹⁶ Francisco Fernández, “Responsabilidad del Estado: Sentencia CNCiv., Sala C, 2-3-2006”, Revista de derecho de daño-9 (2007): 572.

Fácilmente, se concluye que en la cesión no solo es responsable el concesionario sino también el Estado (y dentro de él, el gobierno central, los gobiernos regionales, provinciales, cantonales, parroquiales) de los daños que a terceros se pudiere ocasionar por la falta o negligente prestación de servicios o por las acciones u omisiones de sus funcionarios. En la figura de la cesión, el Estado no pierde la titularidad de los servicios como ocurre en la privatización, por lo tanto se convierte en vigilante del desenvolvimiento y desempeño de la entidad cesionaria. Sobre este tema el artículo 316 de nuestra Constitución, dispone que:

El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico. El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.

De la lectura de este artículo concluimos que en el Ecuador el manejo de los sectores estratégico y de los servicios públicos solo se puede delegar a empresas mixtas en las que el Estado tenga mayoría accionaria, y solo por excepción se pueden delegar dichas facultades a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria; tales sectores estratégicos y servicios públicos no pueden ser objeto de concesión a una entidad privada, lo que sí se puede concesionar es el contrato de la obra pública y el de administración de la obra pública.

Habíamos manifestado que en la concesión el Estado no pierde la titularidad sobre el objeto o servicio concesionado, pese a que es un tercero quien lo administra o ejecuta; en la delegación, igualmente, el Estado -pese a asociarse con una entidad privada- mantiene la propiedad de la mayoría del paquete accionario, lo que lo convierte en responsable de los daños y perjuicios a terceros que pudiere ocasionar la compañía de economía mixta beneficiara de la delegación, por la falta o deficiente prestación de servicios o por los actos de acción u omisión de sus funcionarios en ejercicio de sus funciones.

En cuanto a las personas que ejercen una potestad pública, comenzaremos señalando que:

Potestad significa poder, el mismo que otorga el pueblo al gobierno para que administre al Estado, de ahí que el poder público se canalice a través de la administración pública; “La administración pública para ejecutar y desarrollar las actividades “regladas” y “discrecionales” y lograr los fines que persigue el Estado, goza de ciertas potestades que se caracterizan por ser “inalienables”, “intransferibles”, “imprescriptibles” e “irrenunciables”. Las potestades son prerrogativas inherentes a la propia administración. No se debe confundir “poder” con “potestades”. El poder es un atributo exclusivo y único del Estado; y, la potestad un privilegio de la administración.¹⁷

En la ampliación y crecimiento del Estado surgen, como habíamos visto, diversas formas jurídico-administrativo-económicas de administrar el aparato estatal -desconcentración, delegación, concesión etc.-, dentro de este abanico surgen personas que sin ser funcionarios públicos ejercen una potestad pública otorgada en la organización y estructura del Estado, de forma ejemplificativa mencionamos a los notarios, los registradores mercantiles, registradores de la propiedad, estos últimos no hace mucho tiempo que en nuestro país se dispuso que formen parte de las administraciones municipales.

En la vigente Constitución, al igual que los delegatarios y concesionarios, también toda persona que ejerza una potestad pública es sujeto de responsabilidad por daños y perjuicios que pudieren ocasionar a terceros en el ejercicio de sus funciones. No es que estas personas anteriormente no hayan sido responsables o hayan estado exentas de responsabilidad alguna, la diferencia es que el Estado se responsabiliza por el actuar de las mismas, pudiendo ejercer el derecho de repetición contra ellas.

1.2.2. Servicios públicos

Continuando con el análisis del artículo 11, numeral 9, de la vigente Constitución, este señala que “por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos”.

¹⁷ Herman Jaramillo Ordoñez, *Manual de derecho administrativo* (Loja: Facultad de Jurisprudencia Universidad Nacional, 1999): 78.

No existe un concepto uniforme de servicio público, y menos de qué servicios deben ser considerados públicos. Diferentes criterios se manejan de acuerdo a la influencia de corrientes de pensamiento, formas de gobierno e incluso de situaciones coyunturales que puedan darse en tal o cual Estado; pero se puede decir que se ha generalizado el criterio de “que la razón de ser última del Estado es la prestación de servicios públicos”,¹⁸ esto con el objeto de alcanzar el bien común. En Durán Oyervide, que cita a Sayagués, se señala que servicio público “... es la actividad que desarrollan las entidades estatales o se realiza bajo su control, conforme a un régimen de derecho público, con el objeto de satisfacer una necesidad general, en forma regular y continúa”.¹⁹

Para Herman Jaramillo Ordoñez, que cita a Eustorgio Sarria el servicio público “es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según la ordenación del derecho público, bien sea que su prestación está a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas”.²⁰ Jaramillo, además sostiene que:

Hay servicios nacionales, regionales y locales. Hay servicios “propios” prestados directamente por la administración pública central, institucional y seccional; e “impropios” prestados por personas particulares. Hay servicios públicos “esenciales” que se relacionan directamente con la subsistencia decorosa de la persona; y “no esenciales” que no son del todo indispensables para poder vivir. Hay servicios públicos “gratuitos”, por el cual el usuario no paga valor alguno; “oneroso”, por el cual el usuario cancela una suma de dinero por la prestación; y “lucrativos” por el cual el usuario cancela el costo del servicio más un porcentaje por concepto de beneficio en favor de quien realiza la prestación.²¹

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico no existe una clasificación de los servicios públicos, no existe norma alguna que determine con claridad cuáles son; sin embargo, el artículo 264, numerales 4 y 6, y el artículo 314 de la Constitución, disponen:

¹⁸ Fernando Durán Oyervide, *La responsabilidad del Estado* (Cuenca: Centro de Impresión JPI, 2010): 145.

¹⁹ Durán Oyervide, *La responsabilidad*, 145.

²⁰ Jaramillo, *Manual de derecho administrativo*, 143.

²¹ *Ibíd.*, 144.

Art. 264.-Los gobiernos municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas, sin perjuicios de otras que determine la ley: 4. prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellas que establezca la ley. 6. Planificar, regular y controlar el tránsito y el transporte público dentro de su territorio cantonal.

Art. 314. El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructura portuaria y aeroportuarias y las demás que determine la ley.

En el numeral 5 del artículo 326 se habla de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. Considero que lo señalado en estos artículos no se debe tomar como una enumeración exhaustiva sino ejemplificativa de los servicios públicos, a fin de evitar el riesgo de dejar fuera otros servicios.

1.2.3. Acciones u omisiones de los funcionarios y empleados públicos

El numeral en análisis del artículo 11, ya citado, habla de la acción y omisión de los funcionarios y empleados públicos.

La acción y omisión son figuras contrapuestas, la primera de hacer, la segunda de no hacer, cuyos componentes analizados desde las diferentes ópticas del derecho - civil, penal, administrativo, ambiental, tránsito etc.- permiten determinar también la existencia de delitos y cuasidelitos y con ello las responsabilidades civiles contractuales o extracontractuales. El principal componente de las acciones u omisiones que permiten determinar sus efectos es el dolo o la culpa:

g) El Grado de Culpabilidad define la intencionalidad con la que el sujeto actúa en relación con los efectos dañosos que se desprenden de su conducta: se dice que existe dolo cuando el sujeto busca, a través de su conducta, producir afectación; hay culpa, cuando el sujeto, sin intención de provocar un daño, lo produce en razón de su imprudencia, negligencia o impericia al obrar.²²

²² Ecuador. Corte Suprema de Justicia, [Juicio de indemnización de daños y perjuicios propuesto contra EMELMANABÍ y CONELEC], en Gaceta Judicial, Año CVIII, No. 4, del 11 de abril de 2007.

El artículo 29 del Código Civil determina quiénes son responsables de la culpa leve, culpa grave y culpa lata, y en el artículo 1467 del mismo cuerpo legal establece cómo el dolo es vicio del consentimiento. En tanto que en materia penal, requisito indispensable para la existencia del delito es el dolo, que puede estar reflejado en una acción u omisión; en materia de tránsito los delitos siempre serán culposos, a menos que se demuestre lo contrario, que también tienen su origen en una acción y omisión.

En el dolo siempre media la intención de causar daño (Art. 29 Código Civil, 26 Código Orgánico Integral Penal), en la culpa no existe esa intención; sin embargo, para efecto de determinar responsabilidades, se establecen grados de la misma:

Las tres formas clásicas en que se presenta la culpa son: negligencia, imprudencia e impericia. La negligencia aparece cuando el sujeto omite la realización de un acto que habría evitado el resultado dañoso. Es aquella omisión más o menos voluntaria pero consciente de la diligencia que hubiere correspondido hacer de modo tal que no llegara a producir el efecto perjudicial. En suma, la negligencia manifestada del autor del hecho lesivo se produce cuando habiendo motivos para prever el perjuicio que acontecería, no actúa con suficiente diligencia para evitarlo. La imprudencia aparece en el supuesto del sujeto que al obrar precipitadamente no prevé las circunstancias perjudiciales a las que arriba con posterioridad. Se caracteriza por la falta de atención o cautela en el actuar del individuo, incurriendo en ella ya sea por acción o ya sea por omisión. El imprudente es aquel sujeto que actúa con audacia y por impulso sin detenerse a percibir los efectos que su accionar haya podido acarrear. En la práctica no resulta cosa fácil determinar la verdadera noción de la negligencia y de la imprudencia, porque no es sencillo delimitar sus alcances, por lo cual comúnmente ambos términos son utilizados de manera similar. La impericia aparece cuando existe incapacidad técnica para el ejercicio de una función, profesión o arte determinado.²³

Pero no solo se considera al dolo y la culpa para la determinación de responsabilidades, sino que también se toman en cuenta otros componentes, como es el daño producido, el nexo causal, imputación, temas todos estos que enfocaremos más adelante.

Volviendo a la responsabilidad, en un fallo, la Corte Suprema de Justicia señala que:

²³ Ecuador. Corte Suprema de Justicia, [Juicio de indemnización de daños y perjuicios propuesto contra PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL Y PETROPRODUCCIÓN], en Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3011, 29 de octubre de 2002.

Esta es subjetiva cuando se la hace depender de la culpabilidad del sujeto de cuya conducta se deriva el daño. En el caso de las denominadas actividades riesgosas, la culpa se presume, de tal forma, que le corresponde al sujeto demostrar que su conducta se ha ajustado a nivel de diligencia que la ley le exige en su actividad. De otra parte, la responsabilidad es objetiva si ella depende exclusivamente de la justicia o licitud del resultado de la conducta del sujeto por lo que, poco importa si el sujeto ha actuado con dolo o culpa...es directa cuando se deriva de acciones u omisiones, dolosas o culposas, propias del sujeto obligado... es indirecta cuando los daños son causados por personas que están a cargo, cuidado o dependencia del obligado, o, se derivan de los bienes que son de su propiedad o de los que se sirve.²⁴

En el Estado, ¿cómo se aplica la responsabilidad objetiva, subjetiva, directa o indirecta, dolosa o culposa? La Corte Suprema disipa estas dudas señalando que:

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 reestablecer el balance afectado. Por esta razón, el artículo 20 de la Constitución Política no hace referencia al obrar lícito o ilícito de los funcionarios o empleados públicos, cuando asigna la responsabilidad al Estado en el evento de que se cause un perjuicio a los administrados, originada en su comportamiento. En efecto, esta norma, en su parte pertinente, establece: "Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia... de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos". De la misma manera, cuando el referido artículo 20 *ibídem* hace referencia a la "prestación deficiente de servicios públicos" no califica la licitud de los actos o hechos conducentes a la prestación correspondiente sino al defecto funcional del servicio.- b) Consecuencia del enunciado precedente es que el régimen de responsabilidad patrimonial pública, establecido en nuestro ordenamiento jurídico, no pueda ser considerado subjetivo, en el sentido de que no se encuentra fundado en el clásico criterio de culpabilidad, cuya asignación implica un reproche a la conducta del sujeto que provoca el daño. En materia de responsabilidad pública por la deficiente prestación de servicios públicos o por los actos de los funcionarios y empleados públicos, de los que se desprende un perjuicio para los administrados, sería irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado de reparar el daño sufrido por el administrado, la intencionalidad con la que los sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones. Ello no significa que esta intencionalidad no sea importante en el sistema de responsabilidad, pues, como lo establece el inciso segundo de la norma analizada (artículo 20 de la Constitución Política)²⁵ la calificación de la culpabilidad de los funcionarios y empleados públicos determina la posibilidad de que el Estado pueda repetir en su contra los perjuicios económicos que tuvo que asumir frente a los administrados.- En este punto, es importante aclarar que la responsabilidad del Estado, tal como ha sido perfilada, no se adecua, tampoco, a la idea de la culpa presunta, propia, por ejemplo, de la realización de actividades de riesgo o de la responsabilidad por actos de terceros. Esto se debe a que, según la tesis de la culpa presunta, bastaría probar -presuponiendo la reversión de la carga de la prueba- que el efecto dañoso no se deriva

²⁴ Juicio contra EMELMANABÍ Y CONELEC del 11 de abril de 2007.

²⁵ El artículo 20 que se menciona corresponde a la Constitución del año de 1998.

de la negligencia, imprudencia o impericia de los sujetos a cargo de la actividad pública o, con más exactitud, que el comportamiento de estos sujetos se ha ajustado a las reglas jurídicas y técnicas previstas para el ejercicio de la actividad pública de la que se trate. Sostener esta posición significaría considerar que los efectos de la actividad pública, socialmente intolerables por su injusticia o ilicitud, son irrelevantes, porque la conducta de los agentes públicos se ha arreglado a las formas determinadas por otros agentes públicos; y que, las Instituciones del Estado, con competencias normativas, son irresponsables frente a la deficiencia de la regulación y sus efectos dañosos. c) La responsabilidad patrimonial del Estado es, en todos los casos, directa. En tal virtud, el Estado no responde por los perjuicios que su actividad pueda provocar en las personas, los bienes o el ambiente, como lo hace toda persona por el hecho de los que estuvieran bajo su cuidado o dependencia, según el régimen previsto en los artículos 2220 y siguientes del Código Civil. Esto se debe a que la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos, en cuanto sujetos de imputación jurídica, es distinta e independiente a la responsabilidad pública que se deriva del ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de sus deberes como sujetos de la actividad pública.²⁶

Esta sentencia nos da varios enfoques respecto de cómo se aplica la responsabilidad en el actuar estatal; en primer plano podemos observar que esta responsabilidad estatal es diametralmente opuesta a la responsabilidad civil que se aplica a los particulares, por ejemplo, al Estado no se le aplica la responsabilidad subjetiva, esto debido a que por su naturaleza no es posible analizar la situación personal del Estado al momento de cometerse el hecho, como sí puede hacerse con una persona natural en la que es factible e incluso imperativamente necesario determinar si actuó con dolo o culpa, si tuvo o no intención de cometer el daño; en el caso estatal, la sola existencia del daño estaría colocando al Estado en una situación de responsabilidad, independientemente de si su actuar estuvo enmarcado en una actividad lícita o ilícita.

En materia de responsabilidad civil, requisito indispensable es la imputabilidad del agente comisor del daño, su madurez, salud mental, conciencia, intención, voluntad, etc., lo convierte en sujeto de responsabilidad civil y penal de sus actos dañosos. Un niño no será responsable si jugando con un arma de fuego dispara y causa la muerte a alguien, los responsables serán sus padres, cuidadores o la persona que tuvo el descuido de dejar el arma a alcance del niño. El Estado, por los hechos dañosos que causan sus funcionarios o empleados en el ejercicio de su actividad pública, será siempre imputable, responsable de esos daños, lo que lo exonera de esa responsabilidad son los hechos que rompen el nexo causal entre el daño y la víctima y

²⁶ Juicio contra EMELMANABÍ Y CONELEC, del 11 de abril de 2007.

que son la fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o hecho de la misma víctima, de ahí que la responsabilidad estatal será siempre directa.

Situación distinta es la que ocurre en la acción de repetición que el Estado puede plantear contra el funcionario causante del daño al administrado, en esta se aplican los principios de la responsabilidad civil, el dolo, la culpa, la imputabilidad serán elementos primordiales a la hora de determinar la responsabilidad, pero no serán los únicos elementos a tomar en cuenta, por cuanto el funcionario público está revestido de una calidad especial en la que su actuación se circunscribe en el derecho público, particularidad que de forma clara expone el doctor Luis Hidalgo al señalar: “Respecto de los actos jurídicos de los particulares se presume buena fe, respecto de los actos jurídicos administrativos de los empleados públicos se presume la legalidad y ejecutoriedad”,²⁷ por lo que para este tipo de acciones se aplicaría el derecho civil y el derecho público. En este caso se vuelve interesante discernir cuál es el juez competente y la carga de la prueba a quién corresponde; a pesar del interés que pueda despertar, no enfocaremos este tema en el presente estudio por no corresponder a este trabajo de investigación.

²⁷Durán Oyervide, *La responsabilidad*, 203.

Capítulo dos

Indemnización de daños y perjuicios

2.1. ¿Qué son los daños y perjuicios? Indemnización de daño material e inmaterial. Reparación total

Antes de hablar de la indemnización es menester referirnos a qué se entiende por daño, al respecto Ramos Acevedo manifiesta: “Para algunos la noción del daño significa toda pérdida, disminución o menoscabo sufrida por un sujeto de derecho”,²⁸ a ello podemos aportar diciendo que daño es la afectación material o inmaterial que soporta una persona como consecuencia de un acto lícito o ilícito producido por otra. En la responsabilidad extracontractual del Estado el daño se traduce en la violación del principio de igualdad en el reparto de la carga pública, carga que los individuos soportan por la soberanía del Estado aplicada para el sostenimiento del mismo. Es decir, si algún accionar del Estado causa una afectación mayor que la que debiera soportar el individuo, entonces se rompe el principio de igualdad, ocasionando un daño; al respecto la Corte Suprema de Justicia nos ilustra:

La distribución de las cargas públicas individuales está sometida a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto o ilícito, por ser contrario a este principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas. Por ello, cuando el Estado y sus Instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados, a reestablecer el balance afectado.²⁹

Todo daño, todo perjuicio ocasionado, da derecho a la víctima a pedir que se le repare e indemnice; pero, lamentablemente, en algunas sentencias dentro de nuestra jurisprudencia solo se reconoce este derecho de reparación sobre el daño y perjuicio injustamente ocasionado, no del ocasionado por actividad legítima del Estado, como

²⁸ Ramos Acevedo, *Fundamentos de la responsabilidad*, 36.

²⁹ Juicio contra EMELMANABÍ Y CONELEC, del 11 de abril de 2007.

lo podemos observar en las siguientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia:

Otro aspecto a considerar es si el informe como tal contiene un acto ilícito que determine la responsabilidad por daño moral de la Superintendencia de Bancos y Seguros. En este caso en concreto el informe No. INSFOE-2000-035 de 5 de abril de 2000, emitido por... funcionario de esa Superintendencia, consideraba que existían ciertas irregularidades en transacciones (certificados de depósitos) a nombre del economista..., las cuales no constaban en formato utilizado por la financiera Ecuacambio S.A. para este tipo de transacciones y que no aparecía en los registros contables de esa institución. Esta sola apreciación, dadas las otras irregularidades que se detectaron por parte de directivos y funcionarios de esa financiera, no puede calificarse como un acto ilícito, realizado con el ánimo y la intención de perjudicar o dañar al actor en este proceso o causa de un acto de abuso de autoridad, que sirviéndose de sus facultades o condición de órgano de control, se hubiese podido exceder en sus atribuciones para causar perjuicio, específicamente, a un tercero particular; sino en el cumplimiento de una obligación, que como ya se dijo, nacida de la ley, dadas las atribuciones propias de control sobre el sistema financiero que le correspondía ejecutar a la Superintendencia de Bancos y Seguros...³⁰.

En otra sentencia de la misma Corte se señala que “No causa daño moral que pueda originar el deber de indemnizarlo quien actúa conforme a derecho, ajustando su conducta a los mandatos de la ley y en cumplimiento de los deberes que ella le impone o que son propios de su actuación como miembros de un conglomerado social”.³¹

En estos fallos, la Corte Nacional considera que la actividad dañosa del Estado no debe estar enmarcada en la actividad lícita de sus instituciones y funcionarios en el normal desenvolvimiento y desempeño de sus atribuciones y facultades, porque estos daños no son indemnizables, es más, ni siquiera son considerados daño. Situación distinta ocurre en la legislación del vecino país de Colombia, en el que de forma determinante se ha establecido que el perjuicio ocasionado por la actividad legítima del Estado es considerado un daño sujeto a indemnización conocido como daño especial, argumento sostenido bajo la tesis de:

³⁰ Ecuador. Corte Suprema de Justicia, [Caso Gerardo Ruiz Navas], en Gaceta Judicial Año CX. Serie XVIII, No. 8, 2 de septiembre de 2009.

³¹ Ecuador. Corte Suprema de Justicia, [Caso Rafael Correa, Resolución 103-2002,], en Registro Oficial 627, de 26 de julio de 2007.

Que el título de imputación jurídica sobre el cual se edifica el juicio de responsabilidad para el Estado lo constituye el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República) que causa daño antijurídico, respecto del cual el administrado no esté en deber de soportar, pues la carga pública que debe ser colectiva, no debe correr a cargo de una persona en particular.³²

Volviendo al tema de la indemnización, nuestro Código Civil señala: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse incumplido imperfectamente, o de haberse retardado el incumplimiento...”.³³ Estamos de acuerdo con Ramos Acevedo cuando dice: “Se delinea así en este artículo una subdivisión del daño material en dos categorías: daño emergente, que comprende toda disminución inmediata del patrimonio, y lucro cesante, que comprende toda privación de incremento del patrimonio ulterior al hecho dañoso”.³⁴ Podemos observar que la indemnización contemplada en el artículo citado únicamente se refiere al aspecto material del perjuicio, a la *disminución inmediata del patrimonio* y la *privación del incremento del patrimonio ulterior*, al respecto, Henao señala que “los perjuicios de aspecto material son aquellos que atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mensurables en dinero”.³⁵

A más de la indemnización del daño material, nuestro Código Civil contempla la indemnización por el daño inmaterial, conocido este como daño moral: “En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta...”.³⁶ A la vez, Henao expone cómo se ha de considerar la indemnización en daño moral:

³² Enrique Gil Botero, *Tesaurus de responsabilidad extracontractual del Estado* (Bogotá: Editorial Temis, 2013), 474.

³³ Ecuador, Código Civil, en Registro Oficial Suplemento, 46 (24 de junio de 2005):1572. En adelante se cita esta publicación como ROS.

³⁴ Ramos Acevedo, *Fundamentos de la responsabilidad*, 47

³⁵ Juan Carlos Henao, *El daño*, 195.

³⁶ Ecuador, Código Civil, en ROS, 46 (24 de junio de 2005): 2232.

En los eventos de indemnización del daño inmaterial, la naturaleza de la indemnización, se reitera, es compensatoria, en el sentido de que mediante el bien equivalente del dinero, o de cualquier otra manera a petición razonable de la víctima o por decisión del juez, se otorga a aquella un bien que le ayuda a aliviar su pena, sin que sea relevante que la indemnización sea o no dineraria.³⁷

Queda, pues, claro que nuestra legislación contempla dentro de las indemnizaciones la reparación del daño material e inmaterial, y si bien el daño material es posible o fácil cuantificarlo, el daño inmaterial no lo es; y, tal como manifestó Henao, la indemnización inmaterial es compensatoria, es una ayuda para aliviar la pena, pero en ningún momento se ha de considerar como equivalente del daño causado.

Pero, ¿cuál es la forma para cuantificar la indemnización de daños materiales e inmateriales en nuestra legislación? Para dilucidar esta inquietud citamos un fallo de la Corte Suprema de Justicia:

La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos orienta la forma en la que se debe proceder para reparar e indemnizar tanto el daño material como los daños morales. ‘Su naturaleza y monto, dice la referida Corte, dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores’.³⁸

En esta sentencia se acoge el criterio de que la indemnización no debe enriquecer a la víctima más de lo que se hubiera enriquecido si no se hubiera causado el daño, ni dejarla en un estado de pobreza en la que no se hubiere encontrado si el daño no hubiera existido. Mayor claridad encontramos en la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en la cual se cita al profesor argentino Roberto H. Brebbia:

Por razón de su particular naturaleza, los agravios morales no admiten una traducción exacta en dinero y si bien esta circunstancia no puede constituirse un óbice para que los mismos puedan ser reparados mediante dicho universal de pago, no deber cerrarse los ojos a la realidad y negar, por ellos las serias dificultades que rodean al

³⁷ Henao, *El daño*, 231.

³⁸ Juicio contra EMELMANABÍ Y CONELEC.

tema, verdadero talón der Aquiles de la institución del daño moral” (p. 227-228). En otra parte de su obra dice: “Aún tratándose de esta especie de agravios extrapatrimoniales, el juzgador no podrá imponer como indemnización la suma que le fije su fantasía, sino la que resulte de las circunstancias particulares del caso, toda vez que siempre la cantidad de dinero cuyo pago imponga al ofensor deberá estar proporcionada a la gravedad del daño causado, gravedad que, no por ser intraducibles en guarismos exactos, podrá ser apreciada por el juez” (Ob. Cit. Pág. 91) Sobre este mismo tema en otra parte de su obra añade: En numerosas decisiones judiciales, en nuestro derecho como en el derecho francés, se hace expresa mención de la necesidad de que la reparación no sea para la víctima motivo de enriquecimiento sin causa. Pese a apoyar en todo la justicia de dicho criterio, no podemos menos que hacer notar el peligro que se corre de aplicar demasiado estrictamente el mismo: el de reducir cantidades mínimas las indemnizaciones que se acuerden en concepto de reparación de agravios morales.³⁹

En esta sentencia se exponen de forma clara la dificultades que afronta el juzgador a la hora de determinar la forma de reparación de los daños extrapatrimoniales; la primera de ellas es que la reparación no siempre ha de ser el pago; segundo, cuando se opta por el pago los daños inmateriales no “admiten una traducción exacta en dinero”; tercero, el juzgador no puede fijar una indemnización a su antojo, a su fantasía; cuarto, que la indemnización debe ser producto de *las circunstancias particulares de cada caso*, y agrega que deberá estar proporcionada a *la gravedad del daño de cada caso*; sin embargo, llevar estos conceptos de circunstancia particulares y gravedad del daño a la práctica resulta tarea ardua por lo subjetivo de los mismos, quedando al final esta tarea a la discrecionalidad y sabiduría del juez, como lo dispone el tercer inciso del artículo 2232 del Código Civil: “... quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo”.

Sobre este tema, particular atención merece la sentencia dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, como ocasión de una acción extraordinaria de protección, en la que se menciona cómo se han de aplicar las indemnizaciones de daños y perjuicios al daño moral, enfocadas desde el *estado social de derechos* que rige con la Constitución vigente:

Un cambio sustancial en el modelo constitucional actual en comparación con

³⁹ Ecuador. Corte Provincial de Justicia de Pichincha, [Sentencia caso Rafael Correa Delgado contra el Banco de Pichincha, Proceso judicial No. 17112-2009-056], 27 de julio del 2009.

el modelo del año de 1998 es la creación de la garantía de la reparación integral, mediante la cual se consolida la restitución y reparación de los derechos constitucionales que hayan sido vulnerados. La Constitución de 1998 determinaba que ante la violación de derechos la jueza o juez podía “adoptar medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos. Es decir se limitaba a establecer la adopción de medidas urgentes que quedaban a discrecionalidad del juez, cuyo objeto principal era remediar las consecuencias del acto vulneratorio...En la Constitución del 2008 se establece la reparación integral como un “derecho” y un principio, por medio del cual las personas cuyos derechos han sido afectados, reciben por parte del Estado todas las medidas necesarias, a fin de que se efectúe el resarcimiento de los daños causados como consecuencia de dicha vulneración.....Bajo este supuesto, la reparación integral incluye tanto una reparación material como inmaterial del daño causado, cuyo objetivo es que la persona cuyos derechos han sido vulnerados, gocen y disfruten del derecho que les fue privado, de la manera más adecuada posible, procurándose que se restablezca a la situación anterior a la vulneración y se ordene las compensaciones atinentes al daño sufrido.⁴⁰

Claro que esta sentencia se refiere a la reparación de derechos constitucionales que han sido vulnerados, pero su importancia está en cuando aclara que en la actual Constitución se establece la reparación integral como un derecho y un principio, y que la reparación integral incluye tanto una reparación material como inmaterial del daño causado. Este pronunciamiento estaría abriendo la puerta a que en las acciones de protección el juzgador no solo adopte y disponga las medidas encaminadas a detener el acto dañoso, sino que también se pronuncie sobre los daños que ya se han ocasionado y la reparación material e inmaterial de los mismos. Igualmente, en las demandas de daños y perjuicios el juzgador no solo se pronunciaría sobre los daños materiales sino también sobre los daños inmateriales, no siendo necesario instaurar otra acción por daño moral. En todo caso, volviendo al tema, la reparación inmaterial sigue siendo subjetiva en cuanto a su cuantificación, cuya determinación queda a la prudencia del juez.

Dentro de nuestra legislación y jurisprudencia, como único daño inmaterial se reconoce al daño moral, mientras que en otras legislaciones se ha ampliado el abanico de daños inmateriales y actualmente contempla categorías como el daño fisiológico o a la vida de relación y el daño de la persona en la legislación colombiana; las alteraciones en las condiciones de existencia, pérdida del goce de vida, el perjuicio

⁴⁰ Ecuador. Corte Constitucional, [Caso familia Ramírez contra el Municipio de Quito No. 1773-11-EP, Sentencia No. 146-14-SEP-CC], 01 de octubre de 2014.

estético en la legislación francesa e italiana, el *pretium doloris* en el derecho chileno (similar al daño moral), el *loss of consortium* en el derecho inglés, que se refiere a la pérdida de consorcio, etc.

En este trabajo no desarrollaremos el concepto o lo que implican cada uno de estos daños; sin embargo, para dar una idea de cómo en otras legislaciones se ha ampliado la visión sobre este tema, citaremos al doctor Gil Botero, que al referirse al daño fisiológico señala:

Respecto del alcance y contenido del perjuicio fisiológico o a la vida de relación, el Consejo de Estado a partir de la sentencia proferida el 6 de mayo de 1993, ha reconocido la existencia de una forma de perjuicio extrapatrimonial, distinto del moral, denominado -en este y otros fallos posteriores- perjuicio fisiológico o a la vida de relación...En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre.⁴¹

Y cita como ejemplo la dificultad que representa para una persona parapléjica movilizarse, afectando esta circunstancia a muchos otros actos de su vida: “En efecto, se trata en realidad de un daño extrapatrimonial a la vida exterior, aquel que afecta directamente la vida interior sería siempre un daño moral”.⁴²

2.2. Existencia del daño, el nexo causal y otros elementos de la responsabilidad extracontractual

La doctrina y la jurisprudencia han establecido que para la indemnización de daños y perjuicios, además de la existencia real del daño, debe existir el nexo causal entre el acto dañoso y el daño producido a la víctima; el acto dañoso por sí solo no genera responsabilidad en el causante, debe existir un nexo causal, así lo establecen la doctrina y la jurisprudencia, como lo podremos inferir de la siguiente sentencia, que

⁴¹ Gil Botero, *Tesaurus de responsabilidad*, 389.

⁴² *Ibíd.*, 390.

aunque haya sido expedida dentro de un juicio por daño moral entre particulares nos permite aclarar este punto:

Es menester que entre el dolo o la culpa, por una parte, y el daño, por otra haya una relación de causalidad, es decir que ésta sea la consecuencia o efecto de ese dolo o culpa. De lo contrario el autor del hecho o de la omisión no es responsable del daño sufrido por la víctima aunque ese hecho u omisión sea doloso o culpable...Este requisito está expresamente contemplado por nuestro Código Civil en el Art. 2314 cuando dice que el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización, y en el Art. 2339 (Arts. 2214 y 2229 del Código Civil Ecuatoriano) al establecer que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta, porque inferir es -inducir una cosa de otra, llevar consigo, ocasionar, conducir a un resultado- e imputar, atribuir a alguno una culpa, delito o acción. Un delito o cuasidelito obliga, por tanto, a la indemnización cuando conduce a un daño, cuando este es su resultado, cuando el daño se induce de él, cuando el daño puede atribuirse a la malicia o negligencia de su autor (De la Responsabilidad Extra-contractual en el Derecho Civil Chileno, Ediar Editores Ltda., segunda edición, Tomo I, pp. 238-239).⁴³

El análisis que en esta sentencia se realiza sobre el nexo causal es también aplicable para la responsabilidad extracontractual del Estado y claramente señala que el nexo causal es producto del acto-consecuencia y agrega *lo que significa cercano o inmediato en el tiempo*; es decir, que el daño debe ser producto o consecuencia directa del hecho dañoso, “que una causa además de ser determinante o *conditio sine qua non* para la ocurrencia del caso, debe haber sido esperable el resultado en un curso normal de los acontecimientos conforme a las reglas de la experiencia”.⁴⁴

Pero no siempre surge un solo hecho dañoso que permita determinar con claridad su consecuencia, sino que pueden ser varios hechos, sucedido el uno como consecuencia del otro en un determinado tiempo, dificultando la tarea del juzgador para determinar el nexo causal, como lo expone la Corte Nacional de Justicia en el siguiente fallo:

⁴³ Ecuador. Corte Nacional de Justicia, [Caso María Leonor Vásquez Garcés de Holliham contra Banco del Pacífico, S.A., Expediente 657-2009], en ROS, 356, 31 de octubre del 2012.

⁴⁴ Ecuador. Corte Nacional de Justicia, [Caso Larriva], en Gaceta Judicial, de fecha 24 de agosto de 2012.

Otro de los presupuestos que debe concurrir para la responsabilidad civil extracontractual es la relación de causalidad entre el hecho y el daño. El principio de que debe haber una relación de causa a efecto entre el hecho ilícito y el daño es claro e indiscutible. Las dificultades surgen, muchas veces en la práctica para determinar hasta qué punto un hecho puede ser causado por otro. En la generalidad de los casos los hechos no se presentan puros o simples sino por el contrario mezclados o combinados con otros acontecimientos o bien condicionados por distintos eventos, favorecidos o limitados por otros hechos concurrentes, subyacentes o preexistentes. El problema ha sido largamente debatido por la doctrina, y ha dado lugar a que se sostengan numerosas y distintas teorías. Las principales son: 1.- Teoría de equivalencia de condiciones, o de la *conditio sine qua non*. Según esta teoría, un hecho puede considerarse causa de otro posterior cuando si hubiese faltado el hecho precedente, el posterior no se hubiera producido. Cualquier antecedente que responda a estas condiciones debe ser considerado causa del daño. Si existen varios hechos antecedentes, no hay razón para preferir a unos y excluir a otros; por ello se le llama también la teoría de las condiciones equivalentes. Esta teoría ha sido criticada porque extiende la relación causal hasta el infinito, incluyendo las llamadas precondiciones o causas de las causas. 2.- Teoría de la causa próxima. La propagación indefinida de la causalidad, propia de la teoría precedente, condujo a otra: sólo la causa más próxima es relevante. Esta teoría ha sido desestimada por la simple razón de que la última condición es causa del daño, pero no siempre ella acarrea todo el poder nocivo. 3.- Teoría de la causa eficiente. Las dificultades antedichas se han pretendido solventar sosteniéndose que debe considerarse causa a aquella de mayor eficacia en la producción del daño. Pero no se gana mucho con esta teoría porque no hace sino trasladar la dificultad: ¿con base a qué se decidirá que una causa es más eficiente que la otra? 4.- Teoría de la causalidad adecuada. Esta teoría, con la que coincidimos, es a la que la mayoría de los tratadistas doctrinarios y la jurisprudencia de los tribunales extranjeros se inclinan. Consiste en dejaren manos del juzgador el análisis del tema cuando el hecho dañoso tiene aptitud como para generar responsabilidad en el autor, de lo cual resulta la prescindencia de toda regla general y la confianza en la potestad discrecional del juzgador.⁴⁵

En esta sentencia podemos observar que la teoría de la causalidad adecuada es la más aplicada para determinar el nexo causal hasta cuando existe una sucesión de actos dañosos. Según el criterio vertido por el juzgador es la de mayor concurrencia dentro de la doctrina y la jurisprudencia -frente a muchas otras-, criterio que confirma la jurisprudencia colombiana al manifestar:

Sobre el nexo de causalidad se han expuesto dos teorías: la equivalencia de condiciones que señala que todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo, teoría que fue desplazada por la causalidad adecuada, en la cual el daño se tiene causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo; de esta teorías en materia de responsabilidad extracontractual se aplica la de causalidad adecuada, porque surge como correctivo de

⁴⁵ Juicio contra PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL Y PETROPRODUCCIÓN, 29 de octubre de 2002.

la teoría de la equivalencia de las condiciones, para evitar la extensión de la cadena causal hasta el infinito.⁴⁶

A pesar de esta teoría de la causalidad adecuada en la que el nexo causal es el hecho que efectivamente causó el daño, siempre será el criterio del juzgador el que prime a la hora de determinar la existencia o no del nexo causal, la existencia o no del hecho dañoso y la vinculación o no a la víctima en un determinado caso.

Pero, a más del nexo causal, para que exista responsabilidad del Estado se requiere que exista imputación, un hecho del Estado que denote “la falencia de la administración por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio; el daño o lesión a un bien jurídicamente tutelado por el derecho...”.⁴⁷ En un fallo de nuestra de la Corte Nacional se mencionan tres casos de imputación:

La falla del servicio, al daño especial y al riesgo excepcional. La falla del servicio hace alusión al quiebre en la obligación del Estado de garantizar la vigencia de todos los derechos fundamentales y la prestación de los servicios que solventen las necesidades públicas...el daño especial es el fundamento de la responsabilidad explicado por la ruptura del equilibrio de los ciudadanos frente a las cargas públicas, aunque la actividad del Estado sea lícita...el riesgo excepcional es aquel que los particulares se ven expuestos debido a la naturaleza propia de la actividad que genera el daño, pero que no pierde por ser riesgosa o peligrosa su carácter de lícita.⁴⁸

En los tres casos, para que sea imputable se requiere probar la existencia del daño y el nexo causal. Recordemos que en la indemnizaciones de daño material o inmaterial entre particulares, requisito indispensable es probar la existencia del dolo o la culpa, pero en las demandas contra el Estado por este mismo concepto no se requiere de esta prueba, pero si se requiere probar la falta de la administración (imputabilidad) en la prestación de un servicio y la existencia del daño y del nexo causal existente entre este y la víctima, como podemos observar en el siguiente fallo:

⁴⁶ Gil Botero, *Tesaurus de responsabilidad*, 8.

⁴⁷ *Ibíd.*, 66.

⁴⁸ Caso Larriva, 24 de agosto de 2012.

La rotura de la tubería produjo el derrame del diésel y el crudo que estaban allí empaquetados. El fenómeno climático de El Niño es un acontecimiento anormal de la naturaleza, que se presenta periódicamente y aunque es posible predecir la fecha probable en que ocurrirá, en base de los estudios científicos que a nivel mundial se realizan, es imposible resistir o impedirlo. Es incuestionable, por tanto, que el derrame de petróleo y diésel ocurrido el 26 y 27 de febrero de 1998 y su discurrir por los ríos Teaone y Esmeraldas se originaron en un caso fortuito o fuerza mayor. Pero, a nuestra apreciación, la causa adecuada que ocasionara los principales daños en el barrio Delfina Torres viuda de Concha, Propicia No. 1, fue el incendio que se produjera los días citados, siendo una de las concausas coadyuvantes del daño el derrame de petróleo y diésel. Los demandados ningún medio de prueba han aportado; para demostrar que dicho incendio se debiera a fuerza mayor o caso fortuito. Por el contrario, el Superintendente de Mantenimiento de Línea y Carretera Poliductos, en memorándum de 20 de marzo de 1998, incorporado a fs. 276 y 277 (cuaderno de primer nivel), dirigido al Superintendente General de Poliductos y Terminales, dice: "... Luego de producirse la rotura de la línea ocasiona un derrame de producto, pero por causas aún no establecidas se produce un incendio, el mismo que conlleva terribles consecuencias...". Tampoco han aportado medios de prueba para demostrar que se originaron en fuerza mayor o caso fortuito las descargas al aire de gases tóxicos y el arrojar desechos en canales y alcantarillas, cuyas aguas desembocan en los ríos Teaone y Esmeraldas, así como también los derrames de crudo que se han suscitado antes o después de los efectos del fenómeno El Niño, ocurrido en el año de 1998. Por ser una versión meramente referencial, se cita únicamente con carácter ilustrativo la entrevista realizada por la periodista Cristina Rodas, del programa "Día A Día" al ex ministro de energía doctor Rafael Almeida, que dice: "El exministro de energía, doctor Rafael Almeida concluye señalando que se han registrado 160 derrames de petróleo desde 1970, es decir, 4 derrames al mes y uno por semana, notándose negligencia y daños incalculables a la comunidad. Los niños que nacen con deficiencia física son una causa de la contaminación del medio ambiente."⁴⁹

Es interesante observar que para el Juez la causa del daño en sí no es el derrame del petróleo en el río (debido a que esta se produjo por el fenómeno de El Niño, que por fuertes aguaceros rompió la tubería, siendo esta una causa de fuerza mayor y caso fortuito que exime de responsabilidad), sino el incendio que ocurrió posterior a este hecho, el derrame del petróleo es una concausa dice el juez, siendo la causa principal el incendio. También establece como nexo causal otros derrames de petróleo y emisión de gases tóxicos, producto de negligencia de la entidad demandada, que no ha demostrado que han sido producto de "fuerza mayor o caso fortuito", de esta forma el juzgador identifica los tres elementos que concurren para determinar la responsabilidad; el primero al concluir que sí existe un daño que es el incendio, el segundo al señalar que tiene como concausa el derrame de petróleo en el río (aplicación

⁴⁹ Juicio contra PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL Y PETROPRODUCCIÓN, 29 de octubre de 2002.

de la teoría de la causalidad aplicada para determinar el nexo causal), y el tercero la negligencia que denota la falencia en el servicio prestado por la administración.

Se ha dejado en claro cuáles son los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual del Estado. Pero esta responsabilidad -pese al daño que pueda haber afectado a la víctima- se desvanece y no es imputable al Estado cuando existen causas exonerativas de la misma, estas concurren cuando el daño ha sido producido por "la actuación exclusiva de un tercero, de la víctima o por el acaecimiento de una fuerza mayor";⁵⁰ en esta clase de juicios estas son las únicas causas que exime de responsabilidad extracontractual al Estado que, obviamente, la parte demandada tratará de demostrar su existencia dentro del proceso, lo que conlleva a que la parte actora pruebe la imputabilidad del Estado, el daño y el nexo causal, resultando no tan cierto aquello de que la carga de la prueba corresponde a la parte demandada, debido a que en el momento de resolver, el juez, aplicando su discrecionalidad, su cúmulo de conocimientos, su imparcialidad y hasta -por qué no decirlo- su sabiduría, determinará la existencia o no de estos elementos en base a las pruebas que cada una de las partes aporten al proceso. Un ejemplo de ello es el siguiente fallo:

Parecería de simple lógica pensar que una pérdida familiar tan grave produce perjuicios que rompen o aminoran una situación existente y que, por tanto, deben ser reparados. Ha quedado señalado expresamente -y así también lo sostienen los demandantes- que se establece con rango constitucional el principio general por el que el Estado asume la responsabilidad de reparación ante daños imputables a sus acciones u omisiones o a las de sus agentes. Sin embargo, este principio constitucional, en su aplicación, debe ser suficientemente fundamentado porque no constituye, sin más, una norma que autorice a los eventuales perjudicados a demandar al Estado, ni provoca que éste acepte las reparaciones demandadas sin más. En otras palabras, quien alega un perjuicio debe probar su existencia y los nexos de causalidad entre el daño y el demandado y que, además, esta atribución del hecho dañino le sea jurídicamente imputable, según lo que queda anotado en esta sentencia. Los demandantes se limitan a argumentar la ilegalidad de los actos administrativos emanados por la Presidencia de la República en base a un silencio administrativo positivo al no haberse contestado oportunamente sus pretensiones de cobro de indemnizaciones por el supuesto daño causado. Ninguno de ellos, ni ha identificado el tipo de daño que supuestamente ha sufrido, ni lo ha probado.⁵¹

⁵⁰ Gil Botero, *Tesoro de responsabilidad*, 138.

⁵¹ Caso Larriva, 24 de agosto de 2012.

En la siguiente sentencia observamos cómo el juez aplica el concepto de causas exonerativas y los elementos para determinar responsabilidad extracontractual del Estado. Sentencia emitida dentro del juicio por indemnización de daños y perjuicios planteado por un padre contra EMELMANABÍ Y CONELEC, por cuanto su hijo menor de edad fue víctima de una descarga eléctrica por el tendido de cables eléctricos que pasaba junto al balcón de su casa.

a) La conducta del menor...; b) El hecho de que el titular del tendido eléctrico por razones de costo-beneficio, mantenga cables sin aislantes; c) la tolerancia de la autoridad administrativa a cargo de la regulación y control de la actividad que realiza el titular del tendido eléctrico. En cuanto al primer factor, es evidente que a un menor no se le puede exigir una conducta distinta a la que es propia de su edad... En lo que respecta a EMELMANABÍ y a CONELEC, la actividad de distribución de energía eléctrica, a cargo de la primera, y que está sujeta al control y regulación del segundo... lo que les vuelve solidariamente responsables, es una actividad de riesgo y, como tal, presupone eventuales afectaciones a los administrados, que exceden lo que les es exigible individualmente, por la ventaja colectiva que significa realizar la actividad en tales condiciones. El hecho de que el tendido eléctrico en el Ecuador y -según lo plantea CONELEC- en la mayor parte del mundo, se encuentre sin aislantes, confirma la depreciación de que la deficiencia en la actividad de distribución y las eventuales afectaciones a las personas, bienes o ambiente es subjetiva; es decir, los riesgos de la actividad son asumidos a priori, tanto por el prestador efectivo del servicio como por el órgano de control y regulación que lo tolera... Del criterio vertido en el considerando precedente es posible sostener que los daños indemnizables, que se derivan de una actividad que se organiza asumiendo las deficiencias propias del sistema, deben ser reparados, salvo que exista una causa eximente, las causas eximentes, que modifican la atribución del efecto dañoso a la actividad pública, en la relación causal anotada, son la fuerza mayor y el caso fortuito.⁵²

En este fallo podemos anotar que no eximió de responsabilidad a las entidades demandadas, la falta de precaución del padre al construir su casa cerca del tendido eléctrico o de no poner protección a los ventanales, lo que hubiera evitado el contacto del menor con el cableado, que bien se lo podría asimilar como hecho de la misma víctima que exoneraría de responsabilidad al Estado. El nexo causal, según el juzgador está demostrado por el riesgo en que las entidades demandadas ponen a sus administrados y bienes al utilizar cables sin aislantes; que si es verdad, que esto ocasionaría un costo más alto al servicio eléctrico (como argumentaron es su favor las

⁵² Juicio contra EMELMANABÍ Y CONELEC, 1618.

entidades demandadas), también es verdad que no les libra de responsabilidad por la prestación negligente de este servicio.

Observemos cómo en otro caso parecido se rompe el nexo causal liberando de responsabilidad al Estado:

El ingreso a un lugar que no es de acceso público -cámara subterránea en la que funcionó una antigua estación de bombeo de Obras Sanitarias- munido de herramientas para materializar la sustracción de cables (los que no podía ignorar que no le pertenecían) con la intención premeditada de venderlos y con ello adquirir un transformador, constituyen un actuar interruptivo del nexo causal entre los daños sufridos por el actor y el hecho, ya que los daños sufridos por la electrocución se produjeron precisamente cuando con una pinza cortaba uno de los cables eléctricos.⁵³

En esta sentencia es evidente que la causa exonerativa que libera de responsabilidad al Estado es el actuar de la propia víctima, el hecho dañoso se produce por la falta de cuidado de la víctima al intentar apoderarse de un bien que no le corresponde; no existe falencia de la administración por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio, ni siquiera el hecho de que la cámara subterránea haya pertenecido a una antigua estación de bombeo y que se encuentre en desuso y que posiblemente haya estado abandonada.

Observemos otro ejemplo de nexo causal y los elementos exonerativos en caso de riesgo excepcional:

El accidente sucedió en el contexto de operaciones militares que involucran en sí misma una actividad de riesgo. Esta actividad, ejecutada en ejercicio de atribuciones públicas del Estado, peligrosa en sí misma pero lícita, pone en riesgo diariamente a los profesionales de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, en este hecho se vieron involucradas personas civiles extrañas a la institución militar...que se vieron expuestas innecesariamente al riesgo...En los informes de las investigaciones del accidente se han señalado como sus causas a múltiples fallas humanas atribuidas a los elementos militares que participaron directa o indirectamente en los sucesos trágicos... Queda claro que el hecho de haber abordado el helicóptero artillado no fue la causa determinante para la producción del hecho dañino, lo que elimina la posibilidad de exonerar al Estado de responsabilidad. Pero tampoco es posible no

⁵³ REVISTA DE DERECHO DE DAÑOS, "Responsabilidad del Estado, Ob. Cit. Sentencia SCJBA, 2-11-93, Palavecino, Segundo Enrique c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios", Revista de derecho de daños: 447.

atender que el haber asumido el riesgo implica la responsabilidad de las víctimas y que su imprudencia variará la apreciación del daño, es decir la liquidación de un eventual perjuicio, de acuerdo al citado artículo 2230 del Código Civil.⁵⁴

En las actividades de riesgo siempre va implícita la responsabilidad del Estado, generalmente no se aplican causas exonerativas, como habíamos visto en el fallo de EMELMANABÍ y CONELEC; pero en este caso sucede lo contrario, y para llegar a esa conclusión, el juzgador va señalando aspectos relevantes de los hechos que le permiten tener una visión completa a la hora de establecer responsabilidades, como son: que las operaciones militares son una actividad de riesgo y es una actividad lícita, que en esta operación se involucró a personas civiles ajenas a la institución y que el accidente se produjo por falla humana. Parecería que estos cuatro elementos fueran suficientes para determinar responsabilidad absoluta del Estado, pero el juzgador menciona un aspecto que vendría a atenuar la responsabilidad del Estado y es el hecho que el haber asumido el riesgo la víctima implica la responsabilidad de la misma y “que su imprudencia variará la apreciación del daño, es decir, la liquidación de un eventual perjuicio”; es interesante que en una actividad lícita de riesgo el juzgador mencione la responsabilidad de la víctima para variar la apreciación del daño; de cómo se ha de considerar esta apreciación en la liquidación, el juzgador no lo menciona.

2.2.2. Juez competente

En cuanto a la competencia para la demanda de daños y perjuicios contra el Estado, la Ley de Modernización del Estado, en su artículo 38, establece:

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 administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de

⁵⁴ Caso Larriva, 24 de agosto de 2012.

iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.⁵⁵

Antes de la publicación de esta ley los jueces de lo civil conocían de las causas propuestas contra el Estado, pero la publicación de esta ley generó dudas respecto a si el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo era competente para conocer sobre los temas civiles contra el Estado, lo que llevó a que la Corte Suprema de Justicia dicte una resolución obligatoria de normas interpretativas en la que estableció que en las causas civiles y administrativas contra el Estado era competente el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo: “Toda causa civil o administrativa por controversias derivadas de actos, contratos y hechos administrativos que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado u otros organismos o entidades del sector público debe ser conocida y resuelta por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo...”.⁵⁶

Una vez aclarado el panorama, esto duró poco, pues en el año de 1998 se expide la ley 77 reformativa a la Ley de Modernización del Estado,⁵⁷ en la que en su artículo 1 se establece: “Las causas por controversias derivadas de contratos suscritos por el Estado u otros organismos o entidades del sector público, serán conocidas y resueltas por los juzgados y cortes superiores y los recursos que en ellas se interpusieren, para ante la Corte Suprema de Justicia por las Salas Especializadas en las respectivas ramas...”. Con esta reformativa se dividió la competencia en temas civiles que tengan como antecedentes contratos suscritos con el Estado (contratación pública), eran competentes los jueces de lo civil, quedando lo administrativo para conocimiento del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, y además de ello las demandas por responsabilidad extracontractual.

En nuestra legislación esta fue la forma en la que se determinó la competencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo para el conocimiento de las demandas de daños y perjuicios contra el Estado y demás temas que se originan en los actos administrativos, que apenas lleva 17 años de vigencia; cuando en Francia, en el

⁵⁵ Registro Oficial 349, del 31 de diciembre de 1993.

⁵⁶ Registro oficial 209 del 5 de diciembre de 1997.

⁵⁷ Registro Oficial 290 de 3 de abril de 1998.

año de 1873 ya se estableció esta competencia a partir del famoso fallo Blanco, en el que se identificó dos tipos de actuaciones del Estado, uno de gestión privada y el otro de gestión pública; en el primer caso el Estado actúa como sujeto de derecho privado regido por el Código Civil -que sería cuando todas las obligaciones que surgen de los contratos-, cuya competencia corresponde a los jueces de la jurisdicción ordinaria; y en el segundo, en lo que tiene que ver con sus actos de administración, el juez competente es la autoridad administrativa.

Volviendo al artículo 38 de la Ley de Modernización, esta norma de manera general la competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal para conocer de las demandas que se propongan contra el Estado; pero, en concordancia y de forma más específica el artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, en su numeral 9, establece como competencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo el:

Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado en las que se reclame la reparación de los daños y perjuicios causados por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Procedimiento Penal.

En concreto, sobre la demanda de daños y perjuicios le corresponde conocer al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, pero única y exclusivamente por las causas señaladas en el mencionado numeral 9 del artículo 217, que son provenientes todas de los actos ilícitos en los que pueda incurrir la administración pública; dejando fuera a los actos dañosos legítimos, pues estos, a más de la aparente legalidad de la que gozan, acarrearán otra dificultad, que es la de saber cuál es la acción para dejarlos insubsistentes o para reclamar daños y perjuicios. Henao nos da luces sobre este tema:

En primer término, no se sabe con certeza cuál es la acción pertinente en el evento en el que un acto administrativo legal produzca un daño, por ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas. En estricto sentido, no hay solución lógica dentro de nuestro esquema, porque si la víctima demanda en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se le dirá que debe buscar la nulidad del acto, que no

es lo que pretende, y si, por el contrario, se demanda en acción de reparación directa, se le puede argumentar que la causa del daño no es un hecho sino un acto administrativo. Por fortuna, la jurisprudencia ha tratado de solucionar el punto afirmando que en dicho evento se debe iniciar la acción de reparación directa.⁵⁸

La reparación directa a la que hace mención Henao está contemplada en la legislación colombiana y a ella se refiere, pero en nuestra legislación la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa contempla solo dos recursos, detallados en su artículo 3:

El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.
El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica...

Ninguno de estos dos recursos permite accionar una demanda de daños y perjuicios por actos legítimos de la administración pública, porque en el primer caso el recurso tiene como objetivo dejar insubsistente el acto administrativo, en el segundo el de declararlo nulo; y estas no son las pretensiones en una demanda de daños y perjuicios de responsabilidad extracontractual por actos legítimos, pues la reparación del daño ha de existir sin necesidad de que se declare nulo o se deje insubsistente el acto administrativo.

Esto, sin embargo, va a cambiar en nuestra legislación cuando entre en vigencia el Código Orgánico General de Procesos,⁵⁹ por cuanto en su artículo 326 establece cuatro acciones para el Contencioso Administrativo, que son, además de las dos que hemos mencionados, la de lesividad que tiene por objeto revocar un acto administrativo que crea un derecho subjetivo a favor de un administrado y que lesiona el interés público, y las especiales de: silencio administrativo, el pago por consignación, la responsabilidad objetiva del Estado, la nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado, las controversias en materia de contratación

⁵⁸ Henao, *El daño*, 80.

⁵⁹ El Código Orgánico General de Procesos entrará en vigencia en el Ecuador en el mes de mayo de 2016, derogando, entre otras leyes, a la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa.

pública y las demás que señale la ley. En la demanda de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado por daño se aplicaría la acción especial de responsabilidad objetiva del Estado.

Un comentario al margen merecen los casos de acción de protección cuando se los plantea contra el Estado, es verdad que esta acción no está encaminada a obtener una indemnización de daños y perjuicios sino que “tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución”,⁶⁰ y justamente al ejercitar este amparo esta protección lleva al juez a no solo impedir, prevenir, interrumpir el hecho dañoso, sino también “a la reparación integral de los daños causados por su violación”.⁶¹ Al respecto, la Corte Constitucional, en la acción extraordinaria de protección del caso Familia Ramírez (que anteriormente citáramos) se pronunció:

En la Constitución del 2008 se establece la reparación integral como un “derecho” y un principio, por medio del cual las personas cuyos derechos han sido afectados reciben por parte del Estado todas las medidas necesarias, a fin de que se efectúe el resarcimiento de los daños causados como consecuencia de dicha vulneración... Bajo este supuesto, la reparación integral incluye tanto una reparación material como inmaterial del daño causado, cuyo objetivo es que la persona cuyos derechos han sido vulnerados, gocen y disfruten del derecho que les fue privado, de la manera más adecuada posible, procurándose que se restablezca a la situación anterior a la vulneración y se ordenen las compensaciones atinentes al daño sufrido.

Podemos decir que el procedimiento para obtener una indemnización de daños y perjuicios por parte del Estado por responsabilidad extracontractual no siempre será el establecido ante el Tribunal Contencioso Administrativo, sino que también, en los casos de violación de derechos constitucionales, en los trámites de acción de protección, el juez bajo el concepto de “reparación integral” no solo puede disponer las medidas necesarias para impedir que se siga dando el daño, sino también la reparación de los daños y perjuicios que ya se hayan ocasionado incluyendo el daño inmaterial; figura que está tomado fuerza con la actual Constitución, por el Estado social de derechos y justicia social que rige en nuestro país que, como habíamos

⁶⁰ El artículo 88 de la Constitución se cita como anexo 2.

⁶¹ Se cita como anexo 3 el artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

mencionado, con la Constitución en vigencia prevalecen el bienestar y los derechos del ciudadano frente a las leyes y el exceso de poder estatal.

2.3. Daños y perjuicios en materia tributaria

Hemos efectuado una breve revisión de la indemnización de daños y perjuicios de responsabilidad extracontractual del Estado, focalizada desde el punto de vista de la jurisprudencia nacional. En ella se ha podido observar que la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado, en general, no ha tenido un desarrollo considerable y dentro de esta la responsabilidad en materia tributaria es casi desconocida; con mucho pesar debemos reconocer que la legislación, la jurisprudencia y la doctrina ecuatoriana en este tema se encuentran un tanto rezagadas en relación de otros países de la región, como por ejemplo Argentina, Chile o nuestra vecina Colombia.

Posiblemente el poco desarrollo que ha tenido en la legislación ecuatoriana la responsabilidad extracontractual del Estado se deba no solo al desconocimiento de la población de los derechos que como tal tiene, sino que tal vez de forma inconsciente todavía se atribuya al Estado un poder omnipotente (rezagos de gobiernos monárquicos); de cualquier forma, el resultado no es nada halagüeño a la hora de revisar jurisprudencia, porque en ella es evidente que falta mucho por tratar y desarrollar.

Los actos de la administración tributaria -al igual que los demás actos de la administración en general-, gozan de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad y, de ocasionarse una situación dañosa al contribuyente, este tiene a su disposición mecanismos en la ley que le permiten ejercer reclamos y recursos en la fase administrativa o acciones en la fase contenciosa tributaria, del tal forma que, aparentemente, estarían garantizados los derechos de los contribuyentes frente a los posibles errores de la administración tributaria. Pero estos recursos y acciones surten efecto, en gran medida, única y exclusivamente para los actos ilegítimos, no surten efecto para los actos administrativos tributarios legítimos.

Todavía no se conceptualiza en su totalidad el daño producido por un acto legítimo de la administración tributaria, la idea de que la responsabilidad patrimonial del Estado se origina cuando la prestación de servicios por parte del Estado es deficiente, nula, inadecuada etc., poniendo al Estado en una posición de proveer servicios (como agua, luz, servicio telefónico, alcantarillado, servicio médico, etc.) a sus administrados y a estos de recibir; impide ver la relación similar que existe entre la administración tributaria y el contribuyente, en la que aparentemente la situación es a la inversa, en la que el contribuyente es quien da y el Estado es quien recibe, no pudiéndose captar de forma concreta el servicio que brinda la administración tributaria a la hora de determinar y recaudar tributos, e incluso a la hora de sancionar o iniciar procedimiento coactivo; ocasionando que el contribuyente no sea consciente de si el servicio que ha recibido por parte de la administración tributaria es eficiente o deficiente y que el perjuicio que pudiera existir de pronto por una determinación mal hecha o un cobro en exceso de tributos es subsanable con el solo hecho de acudir a los mecanismos contemplados en la ley, que tienen por objeto únicamente dejar insubsistente tal acto administrativo más no el de reparar los daños y perjuicios ocasionados. El contribuyente no capta el perjuicio que se le ocasiona o, siendo consciente de este, no sabe que existe la posibilidad de demandar daños y perjuicios a la entidad tributaria y se conforma con que se deje insubsistente tal o cual acto administrativo.

La administración tributaria tiene las facultades determinadora, resolutive, sancionadora recaudadora, contempladas en el artículo 67 del Código Tributario. En el ejercicio de cada una de estas facultades, la administración tributaria hace un despliegue de procedimientos administrativos internos que podrían no estar exentos de errores y que podrían afectar al contribuyente en menor o mayor grado, como por ejemplo “Cuando se realizan imposiciones excesivas del Estado (...) Cuando existan vicios en el procedimiento o cuando se excedan en sus funciones investigativas, o cuando imponga multas improcedentes o excesivas...”,⁶² si los funcionarios realizan una verificación fiscal demasiado sumaria, basándose solo en indicios, sin haber recogido todos los elementos necesarios para el estudio y establecimiento de la base imponible.

⁶² Tomás Hutchinson y Silvia Peirone, “Responsabilidad del Estado”, Revista de derecho de daños-9, (2000): 312.

También cuando realizan clausura a locales o negocios discrecionalmente, determinar valores a pagar en exceso, disponer medidas cautelares contra quien no es obligado, etc., la lista puede ser extensa e incluso imprevisible, pero en todas estas acciones se denota un claro exceso de poder o negligencia de la administración, pero hay otras situaciones en las que esto no es muy evidente, como en las acciones de excepción a la coactiva, tema que merece que nos detengamos un poco.

2.3.1. De las causales de excepción al procedimiento ejecución coactiva

El procedimiento de excepción a la ejecución coactiva se encuentra contemplado en la ley y es una herramienta de defensa del administrado ante la potestad coactiva que tiene la administración tributaria. Potestad que se origina en los principios de legitimidad y ejecutoriedad de la que gozan sus actos; la primera hace referencia a la presunción de validez de la que está revestida, y la segunda a la facultad de producir todos sus efectos aun contra la voluntad de los obligados sin necesidad de recurrir al órgano judicial *autotutela*.

Según el Código de Procedimiento Civil: “La Jurisdicción coactiva tiene por objeto hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a las demás instituciones del sector público que por ley tienen esta jurisdicción...”.⁶³ La jurisdicción coactiva permite a la administración iniciar procedimiento coactivo para recaudar los valores que se adeude al Estado, incluso disponer medidas cautelares para asegurar la recaudación, facultad que solo la tienen los jueces en la justicia ordinaria; sin embargo, le ha sido dada a la administración en base del principio de autotutela, para hacer cumplir sus propios actos administrativos aun en contra de la voluntad del administrado, afectando incluso a sus bienes. Ante este poder recaudatorio forzoso que posee la administración, la ley ha previsto excepciones para detener este procedimiento -ante una posible y eventual situación de injusticia que se pudiera estar cometiéndose en contra del coactivado-, y de ahí que se han establecido diez causales que puede oponer el coactivado ante esta fuerza coactiva de la administración tributaria. Veamos

⁶³ Ecuador, Código de Procedimiento Civil, en ROSNo. 58 (12 de julio de 2005):993.

de forma breve cuáles son estas causales que se encuentran contempladas en el Art. 212 del Código Tributario y artículo 316 del Código Orgánico General de Procesos.

En la primera causal se establece como excepción la incompetencia del funcionario ejecutor, situación que puede darse cuando el funcionario ejecutor no es el juez de coactivas o siéndolo no está facultado para recaudar tal o cual obligación por estar fuera de su jurisdicción.

La segunda causal habla de ilegitimidad de personería del coactivado, cuando contra quien se ha iniciado el proceso no es el obligado a cumplir con la obligación de pago, encontrándonos frente al caso de lo que se conoce como falta de legítimo contradictor. Situación que se asimila a la causal cuarta cuando señala el hecho de no ser deudor directo ni responsable de la obligación exigida.

La causal tercera señala la inexistencia de la obligación por falta de ley que establezca el tributo o por exención legal; y la causal quinta habla de la extinción total o parcial de la obligación por alguno de los modos previstos en el artículo 36 del Código Tributario. La tónica en estas dos causales es que no existe la obligación, razón por la cual no sería exigible su cumplimiento.

La causal sexta habla de encontrarse pendiente de resolución un reclamo o recurso administrativo o de que existen observaciones al título. La causal séptima de encontrarse en trámite la petición de facilidades de pago y la causal octava el haber presentado ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal demanda contenciosa tributaria. Estos casos tienen en común que existe un trámite pendiente de resolución, no siendo exigible la obligación por cuando no se encuentra en firme.

La causal novena habla de la duplicidad de títulos y la décima de la nulidad del auto de pago o del procedimiento de ejecución.

En todas estas causales se evidencian los posibles errores en los que puede incurrir la administración tributaria, que algunas de ellas puedan surgir por falta de una oportuna información del contribuyente, puede darse como ejemplo cuando se omite actualizar los datos, no obstante, en general la negligencia o falta de cuidado es de la administración. El contar con una base de datos que indique al funcionario ejecutor de qué obligaciones se encuentran en trámites administrativos pendientes de resolución o cuál de estos han sido impugnados ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal es

fundamental, la información de cuáles obligaciones han sido canceladas en su totalidad o parcialmente es algo que depende única y exclusivamente de la administración tributaria, en estos casos no hay responsabilidad del contribuyente. El contribuyente presenta ante la administración sus datos o los de su representado, plantea reclamos, propone recurso, impugna, pide facilidades de pago, paga total o parcialmente, oportuna o tardíamente sus tributos, pero es la administración tributaria la responsable de contar con una base de datos oportuna, actualizada, completa y disponible que le permita acceder a toda esta información y no incurrir en alguna de las causales antes señaladas; es responsabilidad del funcionario ejecutor cerciorarse de la veracidad de los datos con los que cuenta al momento de iniciar un procedimiento de ejecución coactiva.

Hasta antes de la emisión de la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado, los coactivados podían oponer excepciones a la ejecución coactiva sin el afianzamiento de la obligación, luego de la promulgación de esta ley que reformó el artículo 968 del Código de Procedimiento Civil, el contribuyente tiene que afianzar la totalidad de la obligación, intereses y costas, llegando a veces incluso al 110% del afianzamiento de la deuda total, generando un innegable perjuicio al contribuyente, tanto más si se toma en cuenta que si la situación del coactivado se encuadra en una de las causales antes mencionadas es por propio error y negligencia de la administración no del administrado.

El solo hecho de que por errores de la administración el contribuyente se vea obligado a acudir a la administración de justicia y plantear una demanda de excepciones a la ejecución coactiva ya es de por sí un perjuicio, y si a eso se le suma que para acudir a los estamentos de justicia tiene que afianzar la totalidad de la obligación, entonces estamos ante un verdadero atropello y violación del principio de igualdad en el reparto de la carga pública, sin tomar en cuenta que pueden existir casos en los que por error de la administración se determine una obligación cuantiosa, exorbitante, cuyo afianzamiento tendrá las mismas características, poniendo al coactivado en una verdadera situación de indefensión al no poder acudir a los órganos de justicia por no contar con los recursos económicos para el afianzamiento, violentándose el derecho a la tutela judicial efectiva garantizada por la Constitución.

Habíamos mencionado anteriormente que la responsabilidad extracontractual del Estado no solo se origina en los actos ilegítimos, también lo hace en los actos legítimos, la única condición es que estos causen un daño al administrado que no está en la obligación de soportarlos, que se rompa el principio de igualdad de reparto de la carga pública; y esto es lo que justamente ocurre cuando la actividad de la administración se encuadra en una de las causales de excepciones a la coactiva, poniendo al coactivado en la imperiosa necesidad de plantear excepciones al procedimiento de ejecución, produciéndole un daño por acto legítimo.

Un ejemplo práctico, caso al que denominaremos por el apellido del perjudicado, Sotomayor. El señor Sotomayor propuso demanda de impugnación a la resolución expedida en el recurso de revisión, mediante la cual el Municipio del cantón Rumiñahui negó la solicitud de baja de los títulos de crédito por encontrarse extinguida la obligación. Esta demanda de impugnación correspondió en su conocimiento al Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Tributario, con número de expediente 17507-2014-0098. Mientras se tramitaba esta causa, el Municipio de Rumiñahui, a través de un procedimiento coactivo signado con el No. 125-2014, ofició a entidades bancarias a fin de que se retenga los valores adeudados, en este caso no hubo notificación con el auto de pago, sino que directamente la entidad municipal procedió a la aplicación de medidas cautelares, lo que ocasiona un grave perjuicio al administrado.

Veamos otro ejemplo, pero en este caso no tiene que ver con coactiva, en el que la administración tributaria se excede en sus facultades a la hora de emitir un acta de determinación: una empresa productora y exportadora de brócoli, para completar la cuota de toneladas que requiere para exportar, compra esta hortaliza a pequeños productores de la zona. Los pequeños productores no están familiarizados con el sistema de facturación, acostumbran a vender sus productos en mercados de la zona, razón por la cual la empresa, para justificar el egreso, lo hace a través de liquidaciones de compra y paga en efectivo (porque los campesinos recelan de los cheques).

Para la emisión del acta de determinación definitiva en contra de esta empresa, los funcionarios de la entidad tributaria realizaron procedimientos inadecuados, como por ejemplo pedir a varios de los pequeños productores que firmen textos formularios, en los que bajo juramento declaran no haber vendido brócoli a la empresa, documentos

que después fueron tomados por la administración como sustento para emitir la mencionada acta.

Dentro del trámite del reclamo, con el objeto de demostrar que las liquidaciones de compra son verídicas, la empresa presentó a la entidad tributaria un examen grafotécnico de cada una de las firmas impresas en estos documentos y una un estudio detallado sobre la capacidad de producción de los campos de propiedad de la empresa, concluyendo que era imposible que la empresa produzca la cantidad de brócoli que exportó y que era necesaria la compra para completar la cuota de exportación. En la resolución del reclamo, la entidad tributaria desechó las pretensiones de la empresa contribuyente y confirmó el acta de determinación definitiva, en respuesta, la empresa contribuyente presentó impugnación a la resolución del reclamo, trámite que a la fecha de elaboración del presente trabajo se encuentra pendiente de resolución en la Sala Única del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Tributario con Sede en Quito, con número de expediente 17502-2001-058.

En este caso hay varios aspectos que resaltar: 1) La administración tributaria se irroga funciones de notario para receptor firmas en declaraciones juramentadas; 2) También se irroga funciones de agente fiscal para investigar la ubicación de algunos de los pequeños productores e indagarles sobre la venta de sus productos; 3) Toma como documentos válidos y prueba contundente para la determinación de obligaciones tributarias declaraciones juramentadas que no han sido realizadas ante notario o juez, documentos que no gozan de los requisitos establecidos en la ley para su validez; 4) La administración tributaria, con su proceder, obliga al contribuyente a entrar en gastos para realizar dos pericias, la una grafotécnica y la otra un estudio de producción agrícola, además de los gastos que implica acudir ante un órgano de administración de justicia como lo es Tribunal Distrital No 1 de lo Contencioso Tributario (afianzamiento de la obligación, contratación de abogado, movilización, copias, etc.).

Es evidente el daño que la entidad tributaria causa al contribuyente, la desigualdad de condiciones en la relación que existe entre la administración tributaria y el contribuyente es abismal y la única opción que le queda a este es acudir ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con una demanda de impugnación; pero suponiendo que el Tribunal acoja la demanda, resolverá únicamente dejando sin efecto el acta de determinación definitiva, pero en ningún momento se pronunciará

sobre el perjuicio económico de la que fue víctima la empresa, y mucho menos dispondrá que se le reconozcan los daños y perjuicios ocasionados por el actuar de la administración. De ahí la importancia de que en esta materia se desarrolle la responsabilidad objetiva del Estado y se establezcan de forma clara los procedimientos a seguirse, de tal manera que el perjudicado pueda, con toda seguridad, acceder a los órganos de justicia en demanda de la reparación de los daños y perjuicios que se le hubiere ocasionado.

2.3.2. Sobre el Código Tributario

Sin perjuicio de lo manifestado en líneas anteriores, el actual Código Tributario contempla normativa que establece la responsabilidad de los funcionarios tributarios, como en el artículo 101, que al tratar sobre los deberes sustanciales de la administración tributaria, en su penúltimo inciso, dispone que “Los funcionarios o empleados de la Administración Tributaria, en el ejercicio de sus funciones, son responsables personal y pecuniariamente por todo perjuicio que por su acción u omisión dolosa causaren al Estado o a los contribuyentes”.

Este artículo se encuentra en armonía con lo dispuesto en el Art. 11 numeral 9 de la Constitución, que es la normativa base sobre la que se asienta la responsabilidad extracontractual del Estado.

El Código Tributario también contempla responsabilidades de los funcionarios tributarios en temas más concretos, como el del artículo 141, que al normar sobre el recurso de revisión señala que no procede este recurso en los siguientes casos: “Cuando el asunto hubiere sido resuelto por el Tribunal Distrital Fiscal”, y agrega: “sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los funcionarios y empleados de la Administración”.

Similar caso sucede en el artículo 143, inciso segundo, que manifiesta:

De no expedirse Resolución en el plazo señalado, si el recurso se ha promovido de oficio, se tendrá por extinguida en ese caso la facultad revisora y no se la podrá ejercer nuevamente,” y agrega “sin perjuicio de las responsabilidades a

que hubiere lugar en contra de los funcionarios o empleados que hubieren impedido la resolución oportuna del recurso.

Dar paso a un trámite de recurso de revisión cuando el objeto ha sido ya resuelto por el Tribunal Distrital de lo Fiscal, o no expedirse la resolución de este recurso a tiempo, genera responsabilidades a los funcionarios o empleados involucrados, pero en estos artículos no se hace mención alguna sobre la responsabilidad del Estado.

El Art.217, que trata sobre el recurso de queja, dice:

Siempre que el ejecutor se negare a recibir un escrito de excepciones o retardare injustificadamente la remisión de las copias del proceso coactivo o de las excepciones, o que notificado no suspendiere el procedimiento de ejecución, el perjudicado podrá presentar queja al Tribunal Distrital Fiscal, el que, según la gravedad de la falta, podrá imponer una multa de quinientos a diez mil sucres, sin perjuicio de ordenar la destitución del cargo del funcionario ejecutor en caso de reincidencia.

De la lectura de este artículo se desprende que el objetivo del recurso de queja contra el ejecutor que se niegue a recibir un escrito de excepciones, o que no remita el expediente o suspenda el procedimiento de ejecución, es únicamente imponer una multa al funcionario ejecutor, no se contempla la reparación de los daños y perjuicios que hubiere causado el funcionario; igual caso sucede en el artículo Art.319 al hablar sobre los efectos de este recurso:

La presentación de la queja no suspenderá la competencia del funcionario contra quien se la dirige ni la tramitación del asunto. La Autoridad superior que encuentre inferior culpable de negligencia en el cumplimiento de sus deberes, o de dolo o malicia en perjuicio del reclamante, le impondrá una sanción de un mil a diez mil sucres, según la gravedad del caso, pudiendo ordenar aun la destitución del cargo de comprobarse reincidencia.

La sanción que el Tribunal Distrital de lo Fiscal imponga al funcionario dentro del recurso de queja, no le libra al mismo de hacerse acreedor a otra sanción económica

en el plano administrativo, e incluso de la destitución; pero ni la destitución ni la sanción económica reparará el daño que hubiere causado el funcionario al contribuyente, entendiéndose que para ello será necesaria otra acción, pero esta vez contra el Estado.

En el artículo 269, en cambio, no se habla del recurso de queja, pero claramente se establece que el funcionario ejecutor es responsable de los daños y perjuicios que causare:

Responsabilidad del Ejecutor.- Admitida la fianza y ordenada la abstención de que se inicie el procedimiento de ejecución o la suspensión del mismo, se notificará el particular al funcionario ejecutor, mediante oficio. El ejecutor que no cumpla esta orden será responsable de las costas, daños y perjuicios que se causaren, aparte de lo que se dispone en el artículo 217 de este Código.

En todos estos casos se hace mención únicamente a la responsabilidad del funcionario o empleado, no se menciona al Estado o a la administración, como sí lo hace el artículo 294 en los casos de incumplimiento de sentencia:

El funcionario o empleado que, por interés personal, afecto o desafecto a una persona natural o jurídica, rehusare o se negare a cumplir, o impidiere el cumplimiento de las sentencias, resoluciones o disposiciones del Tribunal Distrital Fiscal, será sancionado por prevaricato, con arreglo al Código Penal; mas, los daños y perjuicios causados los indemnizará la Administración a que pertenezca dicho funcionario o empleado por la cuantía que, a solicitud del interesado, señale el mismo Tribunal.

Este artículo tiene unos aspectos interesantes que resaltamos: 1. En caso de incumplimiento de sentencia o prevaricato, los daños y perjuicios los indemniza la Administración; 2. Es el mismo Tribunal que dictó la sentencia el que determina los daños y perjuicios a ser indemnizados; 3) No se menciona cuál es el juez competente para conocer sobre el delito de prevaricato, pero al referirse al Código Penal, se entiende que el juez competente es el penal. Es uno de los pocos artículos que menciona como responsable a la administración y no el funcionario o empleado público.

Concluiremos este capítulo con el artículo del mismo código, el 208, que establece cuatro causas de nulidad del remate y señala que será el funcionario ejecutor

el que responderá de los daños y perjuicios que ocasione por las nulidades, pero en el último inciso de este artículo señala que la nulidad por el caso cuatro “podrá proponerse como acción directa ante el Tribunal Distrital Fiscal, dentro de seis meses de efectuado el remate, y de las costas, daños y perjuicios por la nulidad que se declare, responderán solidariamente el rematista prohibido de serlo y el funcionario ejecutor, sin perjuicio de las responsabilidades penales a que hubiere lugar”.

Al plantearse la demanda en acción directa ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal contra el funcionario ejecutor y rematista, para obtener además de la nulidad del remate (solo de la causa cuatro), también la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados se rompe con el criterio de que el responsable es el Estado y contra el Estado se inicia la acción, reservándose el Estado el derecho de repetición contra el funcionario o empleado infractor.

En los demás casos de nulidad de remate no se menciona el procedimiento a seguirse para la indemnización de daños y perjuicios, solo se dice que el funcionario ejecutor y el rematista son responsables solidarios de estos daños.

2.4. Juez competente en los juicios de indemnización de daños y perjuicios en materia tributaria

Anteriormente habíamos visto que el juez competente para conocer de las demandas de daños y perjuicios en contra el Estado por responsabilidad extracontractual es el Tribunal Contencioso Administrativo, pero esta competencia no comprende el ámbito tributario; en este caso, el juez competente es el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario, como lo dispone el mencionado artículo 38 Ley de Modernización del Estado, que en concordancia con el artículo 219 del Código Orgánico de la Función Judicial, numeral 1, establece que es competencia de los jueces y juezas del contencioso tributario:

Conocer y resolver las controversias que surgen entre las administraciones tributarias y los contribuyentes, responsables o terceros por actos que determinen las actuaciones tributarias o que establezcan responsabilidades de las mismas o por las

consecuencias que se deriven de las relaciones jurídicas provenientes de la aplicación de las leyes, reglamentos o resoluciones de carácter tributario.

Este artículo no menciona, como lo hace el artículo 217 numeral 9 del mismo cuerpo legal, las acciones para reclamar los daños y perjuicios, ni menciona la responsabilidad objetiva del Estado como lo establece el artículo 326, numeral 4, literal c), del Código Orgánico General de Procesos en los temas de jurisdicción contenciosa administrativa; sino que, de forma general, trata de las controversias que puedan surgir entre el contribuyente y la administración tributaria, pudiendo entenderse que dentro de estas controversias se encuentran las acciones por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado en materia tributaria, incluso las que tienen que ver contra los actos legítimos, pues no hay restricción alguna respecto a las acciones que se pueda plantear; la dificultad radica en que el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario acepte a trámite una demanda de esta naturaleza, y más si es por actos legítimos, por cuanto dentro de sus competencias establecidas en el Art. 319 del Código Orgánico General de Procesos y los artículos 220, 221 y 222 del Código Tributario no se menciona alguna que pueda asimilar al conocimiento de las demanda por responsabilidad objetiva del Estado o al daño especial, pero esto no impediría que el contribuyente o administrado perjudicado por un acto dañoso de la administración tributaria acuda ante el Tribunal de Distrital de lo Contencioso Tributario, y fundamentando su demanda en el artículo 9 numeral 11 de la Constitución, demande daños y perjuicios al Estado, pero hasta no tener clara la normativa al respecto, este tipo de demandas se seguirán proponiendo ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, como lo sucedido en el caso al que denominaremos Chong.

El señor Chong inició una acción de daños y perjuicios contra el Estado ecuatoriano debido a que la Corporación Aduanera Ecuatoriana retuvo por dieciocho meses un equipo de riego importado, lo que ocasionó un grave perjuicio al giro de su actividad económica. Esta demanda la planteó ante el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, Tribunal que rechazó la demanda con el argumento de que se debió previamente agotar la vía administrativa. En casación, la

Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia⁶⁴ casa la sentencia recurrida y resuelve el pago de daños y perjuicios

Dentro de este mismo tema y en otro juicio, llama la atención la sentencia de mayoría dictada por el Tribunal Constitucional dentro de una acción de amparo, en la devolución de pago de derechos de salvaguarda propuesto por NIRSA S.A. contra el Gerente del Primer Distrito de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, caso signado con el Nro. 151-03-RA.

Según el argumento de esta compañía, 16 de octubre de 2002, presentó un recurso de revisión ante el Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana y el 30 de diciembre de 2002 se resolvió declarar con lugar a la reclamación y se ordenó la devolución de los valores cobrados por concepto de salvaguarda, pero el accionante se ha enterado, de manera extraprocesal, de que la resolución antedicha ha sido revocada y que ella no será acatada por la autoridad demandada, quedando en firme la resolución anterior, la de fecha 1 de agosto de 2002 en la que se resolvió declarar sin lugar a la reclamación. En la petición solicita “que se ratifique la resolución emitida por la Gerencia General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana el 30 de diciembre de 2002, dentro del expediente administrativo No. 180-2002, y se ordene que se suspendan los efectos de la providencia de 1 de agosto de 2002, dictada por la Gerencia del Primer Distrito de dicha Corporación; y los de toda resolución, acto u orden administrativa posterior a la resolución de la Gerencia General. Además, se pide que se suspendan los efectos de las resoluciones dictadas en las reclamaciones presentadas por las compañías”.⁶⁵

El Tribunal Constitucional resuelve confirmar la resolución del juez inferior y conceder el amparo. Por su parte, el juez inferior fundamentó su resolución no solo en la evidente violación de derechos constitucionales del accionante, como el derecho a la propiedad, sino también en base a la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, dentro del Proceso No. 07 A1-98, en el que se establece la posibilidad de impugnar mediante amparo constitucional el cobro indebido de salvaguardias.

⁶⁴ Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 5198, 17 de diciembre de 2003.

⁶⁵ Ecuador. Tribunal Constitucional, [Caso AFABA y Compañía Agrícola San Isidro, Resolución 151 del Tribunal Constitucional], 22 de julio del 2003.

Una vez más observamos que las acciones de protección ante la Corte Constitucional (antes Tribunal Constitucional) son un medio adecuado para frenar los excesos de la administración pública, pero siempre y cuando estos excesos violenten derechos constitucionales. Además, observamos que el pago indebido o pago en exceso que había realizado la empresa accionante a la entidad tributaria, la Corte lo consideró como una violación al derecho de la propiedad, por cuanto significa un desmedro, una disminución del patrimonio. Se debe tomar en cuenta que a pesar de que en la vía ordinaria se contemplan acciones que hubieran permitido a la empresa accionante impugnar la resolución emitida por la entidad tributaria, la Corte consideró pertinente conceder el amparo en base al pronunciamiento del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena dentro del Proceso No. 07 A1-98, que prevé impugnar mediante amparo el cobro indebido de salvaguardias. Pero este criterio no fue compartido por el pleno de la Corte, generándose voto salvado, en que se analiza que uno de los primeros elementos que debe existir para que proceda la acción de amparo es que exista omisión ilegítima o acto ilegítimo y que este no es el caso, que tampoco se observa violación a los derechos constitucionales y por lo tanto no existe daño grave e inminente, resolviendo negar el recurso de amparo, tanto más que en dos casos similares anteriores la Corte había rechazado el amparo.⁶⁶

Independientemente de la diferencia de criterios que existe en esta sentencia, observamos que el Tribunal resolvió dejar sin efecto el acto administrativo, pero no se pronunció sobre los eventuales daños y perjuicios que pudieron haber ocurrido por el cobro en exceso de las salvaguardias; situación que en la actualidad va cambiando, conforme hemos observado en la sentencia emitida por la Corte Constitucional en el caso familia Ramírez, en la que se dejó sentado el criterio de que las acciones de amparo no solo deben evitar el acto dañoso, sino disponer la reparación de los daños que ya se hubieren producido por el acto dañoso.

Como podemos observar, en el campo tributario también es factible obtener una indemnización de daños y perjuicios a través de una acción de amparo, siempre y cuando esta cumpla con los requisitos para su procedencia.

⁶⁶ Ecuador. Corte Constitucional, [Resolución 918-2001-RA, adoptada en sesión del 20 de marzo del año 2002 y la resolución 339-2001 RA], 26 de junio de 2002.

Revisemos ahora el caso AFABA, que tiene tres sentencias, una del juez *a quo*, otra del fallo de mayoría de casación y la del voto salvado de casación;⁶⁷ que enfocan las principales inquietudes que se han expuesto en este capítulo.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones condenó al Estado ecuatoriano por incumplimiento grave del artículo 5 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de la decisión 370 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y de las Resoluciones 089 y 094 de la Secretaría General; por cuanto el Estado ecuatoriano, de forma unilateral, modificó el Arancel Externo Común exigiendo el pago de valores exentos; esto ocasionó que la Asociación de Fabricantes de Alimentos Balanceados AFABA cancelara por concepto de salvaguardia y sobre tasas arancelarias valores que no se adecuaban a la legislación Comunitaria Andina; razón por la cual AFABA demandó al Estado ecuatoriano daños y perjuicios por el cobro indebido de aranceles.

Se mencionó antes que el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, establece que los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocen y resuelven de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público; y, bajo esta la óptica “de la esfera de su competencia” parecería que la demanda de AFABA correspondería conocerla al Tribunal Distrital de lo Fiscal, por cuanto el tema de salvaguardias es eminentemente tributario; sin embargo, esta fue planteada ante el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo y aceptada a trámite por lo dispuesto en el artículo 212 del Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, que dispone:

Acción judicial.- Si las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios niegan la indemnización reclamada en forma total o parcial o se abstienen de pronunciar la resolución en el plazo de tres meses, el interesado tendrá derecho a la acción contenciosa contra ellos, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente.

⁶⁷ Ecuador. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Distrito Guayas, (Juicio No. 09801-2004-546. Corte Nacional de Justicia, sentencia de casación 325 de 2013, juicio No. 13 del 2010).

En este caso, la asociación actora AFABA no inició ningún trámite administrativo anterior en el que reclámese daños y perjuicios a la entidad demandada, lo que inició -y le fue negado- es un reclamo de pago indebido, cosa muy distinta a una demanda por daños y perjuicios; por lo que la norma adecuada para admitir a trámite esta demanda era el artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial numeral 9, en el que se establece que es competencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo “conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado en las que se reclame la reparación de los daños y perjuicios...”.

Pero, además, es necesario aclarar que en este juicio se pasó por alto al artículo 38 de la Ley de Modernización, que menciona la “esfera de las competencias” de los Tribunales Administrativos y Fiscales; y al artículo 219 del Código Orgánico de la Función Judicial, numeral 1, que señala que es competencia de los jueces y juezas del contencioso tributario:

Conocer y resolver las controversias que surgen entre las administraciones tributarias y los contribuyentes, responsables o terceros por actos que determinen las actuaciones tributarias o que establezcan responsabilidades de las mismas o por las consecuencias que se deriven de las relaciones jurídicas provenientes de la aplicación de las leyes, reglamentos o resoluciones de carácter tributario.

Como se ve, en la práctica no se considera a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario competentes para conocer y resolver las demandas por daños y perjuicios que tengan su origen en temas tributarios, tanto más que en el Código Orgánico General de Procesos (que pronto entrará en vigencia), en su artículo 319 - que hace referencia a la competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario- no se contempla esta clase de acción, sustrayéndose del conocimiento de este tribunal acciones que por la especialidad en la materia debería corresponderle.

Otro de los puntos de esta sentencia que merece resaltarse es la de los actos administrativos legítimos e ilegítimos.

En líneas anteriores se mencionó que la demanda de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación nacional únicamente procede por las causales señaladas en el numeral 9 del artículo 217 del Código

Orgánico de la Función Judicial, que todas se refieren a actos administrativos ilegítimos como son: el error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso; pero no contempla el daño que los actos administrativos legítimos puedan causar, conocido el mismo en otras legislaciones como daño especial. Aún más, en el medio ecuatoriano es impensable considerar que los actos legítimos pueden causar daño, y si es que lo hicieren se tiene el concepto de que ese daño se debe aceptar, tal y como se puede apreciar en la sentencia de casación en el fallo de mayoría, en la que se dice que los decretos ejecutivos -que modificaban el arancel externo común, en franca contradicción a la norma comunitaria andina- no fueron dejados sin efecto por la sentencia del tribunal andino y, “en consecuencia, mientras estuvieron vigentes sus disposiciones fueron de obligatorio cumplimiento y los pagos efectuados por concepto de salvaguardias, válidos, por lo que tales pagos no pueden servir de sustento para justificar un presunto perjuicio”.

Es evidente entonces que a pesar de que el juzgador está consciente de que los decretos ejecutivos son contradictorios a la normativa de la comunidad andina, y de que dieron origen a obligaciones que causaron daño a la entidad actora, aún así los reviste de legitimidad y señala que son de obligado cumplimiento; por el contrario, se ve que en el voto salvado de casación, siguiendo la línea de pensamiento de la sentencia de primera instancia, se califican de antijurídicos los decretos ejecutivos que establecían las salvaguardas contrarias a la legislación de la comunidad andina y que, por lo tanto, se resuelve a favor del pago de daños y perjuicios.

En la sentencia de primera instancia, y en el voto salvado de casación, se califica en la primera de acto ilegítimo y en el segundo de antijurídico, para poder justificar y fundamentar el pago de daños y perjuicios; y en la sentencia de casación, en el fallo de mayoría, se califica de acto legítimo para poder negar el pago de daños y perjuicios, cuando esto de acto legítimo o ilegítimo de la administración pública es irrelevante a la hora de determinar daños y perjuicios; debido a que lo que se debe observar es si el actor está soportando o no una carga que violenta el principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas, principio este que es la piedra angular sobre la cual reposa el derecho para reclamar daños y perjuicios al Estado por

responsabilidad extracontractual; concepto que lo aclaramos con la siguiente jurisprudencia del vecino país Colombia.

En el sub iudice, estima la Sala que es pertinente aplicar el régimen de responsabilidad por daño especial, que es el que corresponde aplicar cuando por la actividad legítima del Estado se causa un daño... La aplicación del texto normativo en el sentido de conferir la inmunidad conduce a un enfrentamiento de derechos reconocidos por el ordenamiento colombiano; de un lado la condición de diplomático que goza de la inmunidad para ante los jueces colombianos y del otro lado el derecho que tiene todos los residentes en Colombia para accionar ante sus jueces naturales para que se respeten sus derechos... Si excepcionalmente (...) y por un tratamiento de privilegio conferidos por el Estado a una persona, atendidas sus calidades, se produce un desequilibrio en su favor y en contra de otro que resulta damnificado y sin la posibilidad de demandar con fundamento en el hecho dañino ante el juez natural, es claro que hay un desequilibrio de las cargas públicas y por ello en particular está habilitado para demandar al Estado... En síntesis, puede afirmarse que el título de la imputación jurídica sobre el cual se edifica el juicio de responsabilidad para el Estado, lo constituye el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales... que causa daño antijurídico, respecto del cual no está en el deber de soportar, pues la carga pública que debe ser colectiva no debe correr a cargo de una persona en particular.⁶⁸

Observamos que la inmunidad diplomática otorgada a una persona violenta el derecho de otra para demandarle ante sus jueces naturales por el daño que ha ocasionado, y al ser el Estado quien otorga la inmunidad diplomática -facultad contemplada en ley-, este se convierte en responsable por daño especial; pensamiento que todavía tardará en desarrollarse en nuestra legislación y mientras esto ocurra la confusión de los jueces será evidente, como se ha observado en el fallo de mayoría en casación al mencionar que: “Distinto habría sido el escenario si el Tribunal Andino de Justicia hubiera declarado nulo los referidos decretos ejecutivos, en cuyo caso sí cabría el reconocimiento de la existencia de un perjuicio material...”, criterio este que tiene su origen en la conceptualización de que solo los actos administrativos ilegítimos pueden causar daño y que para que proceda el pago de daños y perjuicios ocasionados por actos legítimos deben primeramente estos ser declarados nulos. Ante este razonamiento, no cabe más que recalcar que todavía habrá que recorrer un largo camino antes de que en nuestra legislación se reconozca y contemple el daño especial, que es el ocasionado por actos legítimos. Para que proceda el pago de daños y

⁶⁸ Gil Botero, *Tesoro de responsabilidad del Estado*, 474.

perjuicios en estos casos no es necesario que primero se declaren nulos tales actos administrativos.

En cuanto al pago de daños y perjuicios, el juez *a quo* toma en cuenta únicamente el lucro cesante y el daño emergente, y estos solo constituyen el daño material; claro que debemos reconocer que esta sentencia fue emitida en el año 2007, antes de la promulgación de la vigente Constitución que contempla el Estado Social de Derechos y la reparación integral, que como lo veremos más adelante en el caso de la familia Ramírez, lo constituye la reparación del daño material e inmaterial.

Pero esta sentencia no toma en cuenta únicamente el daño material sino que la limita a la cuantía señalada en la demanda, y al ser esta inferior al monto calculado por un perito dentro del proceso, dispone el pago de daños y perjuicios señalados en la cuantía bajo el argumento de no caer en el vicio de incongruencia por *ultra petita*. Aquí nace una interrogante: ¿en las sentencias en las que se dispone el pago de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado se debe aplicar el *ultra petita*, como se lo ha hecho en el presente caso? Tema que sería objeto de otro trabajo, no del presente.

Capítulo tres

Análisis de casos

El objetivo de analizar casos concretos es comprobar si es efectiva la normativa existente en nuestro sistema legal respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano; si el ciudadano común y corriente, a través de los órganos de justicia, puede obtener una efectiva tutela de sus derechos, así como a una indemnización de daños materiales e inmateriales, cuando estos han sido violentados por entidades públicas y por el Estado en general. Para ello tomaremos como muestra tres casos: familia Ramírez, Salvador-Chiriboga y Nuques.

No está por demás aclarar que los ejemplos que se han tomado tienen que ver con la violación al derecho de propiedad. En el país existen casos muy conocidos por violación del derecho a la vida y la libertad, como el caso Consuelo Benavides, los hermanos Restrepo y otros que por las circunstancias en las que se dieron ameritan un cuidadoso, delicado, prolífico y profundo estudio, por lo cual no serán objeto del presente trabajo.

3.1. Caso familia Ramírez

En un capítulo anterior habíamos mencionando el caso de la familia Ramírez, que en el año 2004 fue víctima de un ilícito accionar por parte del Municipio de Quito. Sin que exista declaratoria de utilidad pública, esta entidad por trabajos de ensanchamiento de un pasaje derrocó la casa en la que vivía la familia Ramírez, compuesta por seis hermanos y los padres. Tan atropellado fue este accionar municipal que a la familia Ramírez ni siquiera se le permitió sacar de la vivienda los enseres; quedándose de la noche a la mañana sin casa y sin los pocos bienes muebles que poseían.

Desde esa fecha, la familia Ramírez ha recorrido un largo peregrinar denunciando el atropello del que fue víctima, ante la Defensoría del Pueblo, Quito Honesto, Administración Zonal, sin éxito alguno. Parece que estas entidades públicas ante estas situaciones poco o nada pueden hacer, o quieren hacer.

Quito honesto y la Administración Zonal del Municipio bien pudieron haber emitido informes que den inicio a un trámite de declaratoria de utilidad pública, para con ello pagar el justo precio a la familia Ramírez; sin embargo, optaron por guardar silencio e ignorar el problema.

Como último recurso, la familia Ramírez planteó una acción de protección; tan evidente era el nexo causal, la negligencia con la que habían actuado los funcionarios públicos municipales y el daño que había sufrido esta familia, que el juez, en primera instancia, mediante sentencia resuelve declarar la vulneración de derechos constitucionales y aceptar la acción de protección planteada.⁶⁹

Por apelación de la entidad demandada, el proceso pasó a segunda instancia ante la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, radicando su competencia en la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, quien en sentencia desecha la demanda con el siguiente argumento:

En definitiva, la acción es inadmisibles porque pretende la declaración de un derecho, que consiste en la indemnización por daño patrimonial y por daño moral, lo cual contraviene expresamente la estructura y finalidad de la acción de protección...no cabe admitir reparación en una garantía jurisdiccional si el derecho no es preexistente, cosa que no se ha establecido en la especie.⁷⁰

De esta sentencia, la familia Ramírez plantea Acción Extraordinaria de Protección; por lo cual el proceso llega a la Corte Constitucional.

Después del procedimiento de ley y ya en la fase de dictar sentencia, esta Corte realiza un somero análisis de lo que se entiende como “reparación integral” y “la función de los jueces” dentro del Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, régimen que rige en el Ecuador desde la expedición de la Constitución de 2008, y en contraposición de lo que expusiera la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, concluye:

⁶⁹ Ecuador. Juzgado Séptimo de Trabajo Pichincha, Sentencia de fecha 24 de junio de 2011 a las 15h31.

⁷⁰ Ecuador. Corte Provincial de Justicia de Pichincha Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, Materias y Residuales, Acción de Protección No. 659-2011.

Bajo este supuesto, la reparación integral incluye tanto una reparación material como inmaterial del daño causado, cuyo objetivo es que las personas cuyos derechos han sido vulnerados, gocen y disfruten del derecho que les fue privado, de la manera más adecuada posible, procurándose que se restablezcan a la situación anterior a la vulneración y se ordenen las compensaciones atinentes al daño sufrido. En los casos que por las circunstancias fácticas de cada caso, el derecho no pueda ser reestablecido, el juez constitucional debe establecer la medida que más se aproxime a garantizar el resarcimiento del daño provocado.⁷¹

Y como restitución de derecho, en esta sentencia la Corte Constitucional resolvió lo siguiente, que de forma resumida exponemos:

- 1.- Que se materialice una permuta del bien inmueble a favor de los accionantes, mediante la entrega de un terreno con una vivienda que se ajuste a los parámetros de una vivienda adecuada;
- 2.- Como reparación de daños inmateriales, dispuso que la Secretaría de Salud del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito brinde atención médica gratuita y oportuna a los accionantes. El Municipio de Quito pida disculpas públicas a través de un periódico de mayor circulación;
- 3.- Como garantía de que el hecho no se repita, ordenó a) que el Consejo de la Judicatura efectúe una debida u oportuna difusión de esta sentencia; b) Que se publique la sentencia en la Gaceta Constitucional y en la página web de la Corte Constitucional, c) Que el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito brinde capacitación a su personal sobre el procedimiento a seguir para declarar de utilidad pública un bien inmueble
- 4.- Como medida de reparación integral adicional, la Corte dejó sin efecto la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la acción de protección. Dispuso remitir copia de la sentencia al Consejo de la Judicatura, a fin de que se investigue la conducta de los jueces de la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Dejar sin efecto la sentencia dictada por el Juez Séptimo de Trabajo de Pichincha y

⁷¹ Ecuador. Corte Constitucional, [Caso familia Ramírez contra el Municipio de Quito], 01 de octubre de 2014).

dispuso que las partes estén a lo resuelto en la sentencia, la cual es de cumplimiento obligatorio.

5.- Como medida de reparación económica, la Corte dispuso que el Municipio de Quito pague a los accionantes el valor que considere la afectación económica que en diez años se generó a los seis hermanos de la familia Ramírez en cuanto tuvieron que arrendar viviendas ajenas. Que el Municipio de Quito pague a los accionantes una cantidad económica que solvete el valor del menaje de hogar que se perdió en la acción de derrocamiento. Que el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito pague a los accionantes un reconocimiento de todos los gastos generados por los servicios judiciales contratados durante estos años, dadas las condiciones económicas de los accionantes.

En una primera impresión, parecería ser una sentencia completa y justa; sin embargo, requiere que la revisemos con mayor detenimiento a fin de verificar si efectivamente se cumple con la reparación de los daños y perjuicios que sufrió esta familia.

No está por demás recordar que esta sentencia viene de un proceso de acción de protección por derechos constitucionales vulnerados y no de una demanda de daños y perjuicios contra el Estado. En este caso, el derecho constitucional vulnerado es el de la propiedad, que conforme lo expusiera el juzgador dentro de esta sentencia: "... en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el derecho a la propiedad abarca una doble dimensión: la primera, referida a su reconocimiento como derecho constitucional, que implica una obligación por parte del Estado para promover su acceso y una limitación para que el mismo, no lo menoscabe ni vulnere, es decir genera obligaciones y de prestación y abstención; mientras que la segunda se refiere a la declaración de un derecho".

Respecto al punto uno de lo que se resolviera en la sentencia y que se refiere a la permuta, parece no haber inconveniente en cuanto a su ejecución y evidente beneficio a la familia Ramírez, pero queda a una muy subjetiva interpretación entender a qué se refiere, lo de *vivienda que se ajuste a los parámetros de una vivienda adecuada*.

Como reparación de daños inmateriales del punto dos, la Corte dispuso atención médica gratuita y disculpas públicas por parte de la entidad demandada, al parecer el juzgador no consideró necesaria una reparación económica para el daño moral que ha sufrido esta familia, parece que la atención médica municipal (que es restringida) y las disculpas son suficiente en criterio del juzgador para compensar el largo e injusto sufrimiento que ha tenido que pasar esta familia; a pesar de que en la parte considerativa de la sentencia expone un extenso análisis sobre la reparación del daño moral y cita el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que señala que para la reparación del daño inmaterial puede ser: “1) compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados”.⁷² El juzgador no consideró esta disposición y optó por otras alternativas que no implican compensación económica.

Con respecto a los puntos 3 y 4, se opta por medidas que en el fondo no benefician a la familia, puesto que estas solo van encaminadas a evitar que casos similares ocurran en un futuro, y para ello, entre otros dispone que la entidad Municipal capacite a su personal sobre el procedimiento a seguir para declarar de utilidad pública un bien inmueble.

Como reparación económica, en el punto cinco la Corte dispuso que la entidad demandada pague a los accionantes el valor que durante diez años tuvieron que pagar de arriendo y por el menaje de hogar que perdieron en el derrocamiento.

Sobre este punto, cabe mencionar que para la cuantificación económica se requiere probar los gastos en que se ha incurrido, el valor y la existencia de los bienes que se han perdido y los beneficios económicos que se han dejado de percibir. Ello se ha de demostrar con facturas en caso de gastos, títulos de propiedad y facturas para probar la existencia de los bienes y de ahí inferir cuánto se ha dejado de percibir por los bienes perdidos.

En el caso de la familia Ramírez, ¿cómo va a poder demostrar cuanto ha pagado de arriendo? Cuando es costumbre en nuestro medio que las personas de escasos recursos, e incluso de clase media, celebren contratos de arriendo verbales para

⁷² Se cita como anexo 4 el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

vivienda y que por los cánones de arrendamiento cobrados no se entreguen recibos y menos facturas. Ni la presión que ha ejercido el Servicio de Rentas Internas en los últimos años para que se facture por arriendo de vivienda ha conseguido cambiar esta costumbre en la población. Entonces, podemos adelantarnos manifestando que la familia Ramírez no va a poder demostrar este gasto que durante diez años han venido subvencionando, por cuanto carecen totalmente de documentación.

Respecto al menaje de hogar, ¿cómo va a demostrar esta familia el valor de dichos bienes?, cuando al momento del derrocamiento no se le permitió sacar ni siquiera la ropa, mucho menos documentos que pudieran demostrar qué había dentro de la vivienda y cuánto valía.

En concreto, la familia Ramírez, como única indemnización al daño del cual han sido víctimas solo recibirían en permuta un inmueble, que al no especificarse las características o en qué zona pudiera estar ubicada, el Municipio de Quito bien puede entregar uno de bajo valor económico ubicado en cualquier zona periférica de la ciudad.

Diez años de sufrimiento ha pasado esta familia para obtener una sentencia que poco les ayuda, el sufrimiento espiritual de diez años de la familia Ramírez parece que, desde la óptica del juzgador, no cuesta nada y que con disculpas por parte de la entidad demandada queda solventado.

Este proceso al momento se encuentra en el Tribunal Contencioso Administrativo, para cuantificar los daños materiales y, como era de esperarse, la entidad demandada dentro de término de prueba ha pedido a la familia Ramírez que demuestre, exhiba documentos sobre los gastos de arriendo y el valor del menaje de hogar perdido en el derrocamiento.

Además, este proceso se encuentra con una demanda de acción de incumplimiento de sentencia ante la misma Corte Constitucional, porque para completar las calamidades que ha sufrido esta familia, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, a pesar de que han pasado siete meses desde la fecha en que se emitiera la sentencia, no ha dado cumplimiento a una sola de las disposiciones de la misma.

3.2. Caso Salvador-Chiriboga

Este caso cuenta con algunas similitudes con el anterior. El Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, en el año 1997, sin que exista declaratoria de utilidad pública, entra en uso y posesión de un inmueble de propiedad particular -en este caso, a diferencia del anterior, los propietarios no vivían en el mismo- para destinarlo a formar parte del Parque Metropolitano.

En diciembre de ese mismo año los hermanos Salvador Chiriboga presentaron recurso subjetivo, el cual se tramitó ante la Sala Segunda del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, con el propósito de que se declare la ilegalidad del Acuerdo Ministerial que dio paso a la declaratoria de utilidad pública. Estando el trámite para dictar sentencia, pese a los múltiples requerimientos de la señora Salvador Chiriboga, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, localizado en Quito, nunca dictó sentencia.

Los herederos Salvador Chiriboga -después quedaría una sola heredera-, ante esta violación de sus derechos acudieron ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien en la Sentencia de Reparación de Costas, en el literal c) Indemnizaciones, señaló que:

La Corte ha desarrollado el concepto de daño material y las situaciones en que corresponde indemnizarlo. Sin embargo, en el presente caso el Tribunal no analizará el daño material desde la perspectiva tradicional del daño emergente o pérdida de ingreso, sino derivado del incumplimiento en el pago de una justa indemnización, lo cual ha generado una afectación en la esfera material de la víctima y ha derivado la responsabilidad internacional del Estado.⁷³

Como podemos observar, la visión de la Corte para determinar la indemnización no solo se circunscribe al daño emergente sino a los daños causados en general a la víctima, por la falta del justo y oportuno pago del inmueble expropiado.

Entre las consideraciones para que se indemnice a la señora Salvador Chiriboga, está el hecho de que a la fecha de dictar sentencia por la Corte

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Salvador Chiriboga contra Ecuador, Sentencia de 3 de marzo de 2011, reparaciones y costas.

Interamericana de Derechos Humanos, en el Ecuador aún se encontraba el proceso de expropiación en trámite; más de catorce años después de haberse iniciado dicho proceso, todavía se encontraba pendiente de pago el justo precio por el inmueble expropiado.

En cuanto al daño inmaterial, la Corte expresó que se ha desarrollado en su jurisprudencia:

El concepto de daño inmaterial, y ha establecido que comprende tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia...La Comisión consideró que resulta evidente el daño material, ya que la víctima tiene más de dieciséis años de reclamar al Estado sin obtener una resolución definitiva hasta ahora.

La Corte, al final resolvió:

- 1.- Que el Municipio de Quito (Estado) debe devolver a la señora Salvador Chiriboga, la cantidad de US\$ 43.099,10 en concepto de impuestos y multas indebidamente cobrados y los intereses correspondientes;
- 2.- Publicación de la sentencia en uno de los diarios de mayor circulación del país y en el Registro Oficial;
- 3.- Disculpas públicas por parte del Alcalde a la señora Salvador Chiriboga;
- 4.- El pago de US\$ 50.000,00 por concepto de gastos judiciales y pago de honorarios de abogados;
- 5.- El pago de US\$ 10.000,00 por daño inmaterial;
- 6.- El pago de US\$ 18'705.000,00 por concepto de justa indemnización, el cual incluye el valor del inmueble expropiado.

Como podemos observar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no dejó cabo suelto a la hora de determinar la indemnización, consideró los impuestos y multas indebidamente pagados a la entidad demandada, los intereses producidos por estos a favor de la víctima, gastos judiciales, honorarios de abogados, el daño

inmaterial así como el daño material, la víctima quedó cubierta en su totalidad por los perjuicios sufridos.

Esta sentencia, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito la ha cumplido a cabalidad, sin dilaciones, a diferencia de lo que ocurre en el caso Ramírez anteriormente citado.

En la Sentencia de Fondo⁷⁴, la Corte analizó la facultad y competencia para dirimir esta clase de conflictos, el derecho violado, el nexo causal, la responsabilidad del Estado y su potestad administrativa, procedimiento para determinar la indemnización, entre otros aspectos, y dejó en evidencia una realidad que lamentablemente se sigue repitiendo en el Ecuador, que es la duración de años de los juicios, lo burocrático y la lentitud de los trámites administrativos y judiciales y la indiferencia de las autoridades ante el perjuicio ocasionado a los administrados.

3.3. Caso familia Nuques

Este caso es único en su especie por el procedimiento irregular que ha tomado el trámite; y en el cual, abiertamente, la administración tributaria se ha negado a cumplir con la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional).

Para mayor claridad de este caso, exponemos de forma resumida su desarrollo: El Jefe Provincial de Recaudaciones de los Ríos, en el año 1997, inició procedimiento coactivo por impuesto a la renta e impuesto a la producción de azúcar contra el señor Anselmo Nuques, por lo cual dispuso el embargo de un ingenio azucarero y tres haciendas, bienes que se encontraban en producción.

Pasados varios años, los herederos Nuques (fallecido el señor Anselmo Nuques) plantearon ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 acción de nulidad del procedimiento coactivo iniciado por el Jefe Provincial de Recaudaciones de los Ríos;⁷⁵ dentro de esta acción, el mencionado Tribunal dictó sentencia manifestando que en el

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de Fondo de fecha 6 de mayo de 2008, caso Salvador Chiriboga contra Ecuador.

⁷⁵ Tribunal Distrital de lo Fiscal No.2, con Sede en Guayaquil, Juicio No. 1772-1103-97.

proceso no se ha demostrado la existencia de procedimiento coactivo alguno y por lo tanto no era procedente la nulidad, sin embargo, y de oficio, el Tribunal podía declarar la prescripción de los títulos de crédito emitidos contra el señor Anselmo Nuques, por los que supuestamente se inició el procedimiento coactivo.

Al conocer esta sentencia, los herederos Nuques recurrieron a Casación, correspondiendo conocer a la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional);⁷⁶ después del respectivo análisis, la Sala casa la sentencia y acepta la acción de nulidad del procedimiento coactivo. Según expuso la Sala, dentro del proceso constaba que por varias ocasiones el Tribunal había requerido a la administración que remita el procedimiento coactivo y que esta no había cumplido; que era obvio la existencia del procedimiento coactivo por cuanto en el Registro de la Propiedad constaban inscritas las prohibiciones de enajenación de los inmuebles, dispuesto por el Jefe Provincial de Recaudaciones de Los Ríos.

Una vez que el proceso regresó al Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 para que se ejecute la sentencia,⁷⁷ los herederos Nuques solicitaron la devolución de los bienes embargados dentro del procedimiento coactivo, por cuanto el efecto de la nulidad del mismo es que las cosas vuelvan al estado anterior del embargo decretado dentro de dicho procedimiento coactivo.

Ante aquello, el Jefe de Recaudaciones del Guayas comunica al Tribunal que no es posible devolver los bienes por cuanto no existen. Debido a la imposibilidad de que la autoridad demandada devuelva los bienes, los herederos Nuques solicitan al Tribunal el cálculo de daños y perjuicios (lucro cesante y daño emergente) por los bienes embargados.

A esta petición, el Servicio de Rentas Internas contesta señalando que en la Sentencia de Casación jamás se dispuso el pago de daños y perjuicios, y que con la baja de los títulos de crédito estaba más que cumplida la sentencia, criterio que acoge el Tribunal para negar el trámite verbal sumario para que se liquiden los perjuicios; añadiendo además que no es competente para tramitar el juicio verbal sumario. De este

⁷⁶ Ecuador. Corte Suprema de Justicia, Sala Especializada de lo Fiscal, (Juicio No.135-98).

⁷⁷ Ecuador. Tribunal de lo Fiscal No. 2, con sede en Guayaquil, (Juicio de Ejecución de Sentencia No.1772).

auto, los herederos Nuques recurren a Casación a la Corte Suprema de Justicia, correspondiendo nuevamente su conocimiento a la Sala Especializada de lo Fiscal.⁷⁸

En el análisis que realiza esta sala, cita al artículo 64 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, que dispone: “El Tribunal, mientras no conste de autos la total ejecución de la sentencia o el pago de las indemnizaciones señaladas adoptará a petición de parte cuantas medidas sean adecuadas para obtener su cumplimiento, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio ejecutivo”, además de este artículo, la Corte citó también el Art. 20 de la Constitución de 1998 (en la Constitución actual corresponde al numeral 9 del artículo 11), que “prevé que las Instituciones del Estado están obligadas a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen a consecuencia de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos”, por lo que la Sala casa el auto emitido por el Tribunal y dispone que se proceda conforme lo expuesto.

A pesar de la claridad de esta sentencia, el Tribunal no da paso al trámite verbal sumario para la liquidación de indemnizaciones y sigue sosteniendo que en la sentencia de acción de nulidad del procedimiento coactivo, dictada por la Sala Especializada de la Corte Suprema, nunca se mandó a pagar indemnizaciones. De este pronunciamiento, los herederos Nuques, nuevamente plantean casación, de la cual la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema desecha el recurso y dispone que, sin más dilaciones, la Sala Juzgadora dé fiel cumplimiento a la sentencia dictada por esa Sala.⁷⁹

Hasta la presente fecha, ni el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No 2 ni el Servicio de Rentas Internas han dado cumplimiento a las sentencias emitidas por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia.

Por otro lado, en vista de la dificultad y negativa del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 2 para ejecutar las sentencias dictadas por la Corte Nacional, los herederos Nuques propusieron al Servicio de Rentas Internas ir a mediación para el pago de indemnizaciones, aceptada la propuesta por el Servicio de

⁷⁸ Ecuador. Corte Suprema de Justicia, Sala Especializada de lo Fiscal, Recurso 53-2002.

⁷⁹ Ecuador Corte Suprema de Justicia, Sala Especializada de lo Fiscal, Juicio de Ejecución de Sentencia No. 159-2004.

Rentas Internas, la mediación se tramitó ante el Centro de Mediación y Arbitraje de la Procuraduría General del Estado.

Cumplido el procedimiento, se firmó el acta de mediación, en la que el Servicio de Rentas Internas se comprometía a pagar a los herederos Nuques cierta cantidad de dinero en notas de crédito, en concepto de indemnización de daños y perjuicios por los bienes embargados y no devueltos.

Al momento de ejecutar el Acta de Mediación y de emitir las notas de crédito en favor de los herederos Nuques, el Servicio de Rentas Internas se retracta de su accionar y de las obligaciones contraídas planteando demanda de nulidad del Acta de Mediación en contra los herederos Nuques y, de forma concomitante, plantea contra el apoderado de los herederos Nuques y los funcionarios públicos que intervinieron en la suscripción de dicha acta juicio de falsificación de instrumento público, juicio que por falta de pruebas -porque no se ha demostrado que se haya configurado delito alguno-, no ha prosperado, pero que sí causó una gran aflicción, perjuicio económico, perjuicio de imagen y buen nombre a las personas injustamente acusadas.

Largo ha sido el padecer de la familia Nuques y su apoderado, más de 20 años de trámites y juicios y hasta la fecha no han conseguido que el Servicio de Rentas Internas repare el perjuicio ocasionado. A pesar de haber obtenido sentencias favorables de parte del más alto órgano de justicia del país, nulos han sido sus esfuerzos y, muy por el contrario, han sido víctimas de nuevos atropellos por parte de entidades estatales.

En la actualidad este caso se ha presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Conclusiones

Dentro del estudio se ha llegado a las siguientes conclusiones:

1. Nuestra legislación cuenta con suficiente normativa que permite accionar los procedimientos tanto administrativos como judiciales para acceder a una efectiva reparación de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado. Entre los cuerpos normativos se encuentra la Constitución vigente, una de las más completas y avanzadas en el tema, en comparación a otras cartas magnas de países de la región

2. A pesar de la normativa existente, en la práctica los procedimientos son largos y burocráticos, contabilizándose su duración no solo en años sino en décadas-como por ejemplo catorce años del caso Salvador Chiriboga, diez años caso Ramírez, veinte años caso Nuques, cinco años caso Larriva; en los tres últimos todavía no concluyen los procesos.

3. Una de las razones por las que se dilatan tan largamente los procesos es la dificultad en la cuantificación del daño aun cuando estos son materiales, por cuanto existen ítems en los que no hay consenso en su valor, como ejemplo los honorarios de los abogados. En los daños inmateriales, la dificultad para su cuantificación es más evidente, por cuanto está sujeta a la relativa subjetividad del juzgador, lo que puede llevar a establecer montos extremadamente diferentes de una instancia a otra. Por ejemplo en el caso Larriva, en primera instancia se estableció como reparación de daños y perjuicios la cantidad de un millón de dólares por la menor de edad y un millón de dólares por la doctora Guadalupe Larriva. En Corte Nacional de Justicia, en casación, el monto a pagarse por los daños se estableció en ciento cincuenta mil dólares por la menor de edad y respecto a la doctora Larriva la Corte manifestó que no existe responsabilidad del Estado.

Pero no solo la cuantificación de los daños es una de las dificultades a afrontar en este tipo de acciones, sino también la poca valentía de los jueces de condenar al Estado a pagos considerablemente altos, como se pudo evidenciar en el caso Nuques, en el que la cuantificación por parte del perito de los daños materiales (lucro cesante y daño emergente) bordeó los cuarenta millones de dólares. Los juzgadores, en este caso, optaron por declarar nula la posesión del perito y guardar absoluto silencio respecto de las peticiones, insistencias presentadas por los afectados, con el fin de impulsar el proceso.

4.- Uno de los factores determinantes que el perjudicado toma en cuenta a la hora de iniciar una acción de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado, es el económico. Debido a que este tipo de procesos demoran años, los costos por honorarios de abogados, así como de gestión de procesos (copias, movilización, peritajes, etc.) son altos, en relación de los costos por juicios comunes y corrientes, lo que ocasiona que un buen número de perjudicados desistan de plantear cualquier acción de esta naturaleza contra el Estado, por cuanto su situación económica no les permite acceder al sistema judicial nacional, y mucho menos a entidades de administración de justicia internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en el caso Salvador Chiriboga, solo en honorarios de abogados superó los US \$ 50.000,00-, prefiriendo el perjudicado soportar una carga que no le corresponde antes que embarcarse en juicios costosos.

Tal vez sean estas las razones principales razones por las que existen pocos procesos que involucren responsabilidad extracontractual contra el Estado. Existen sí un considerable número de procesos de acción de protección contra entidades estatales, pero estos solo se han orientado a suspender el acto dañoso, mas no a una reparación integral del daño causado, dejando para una acción aparte la indemnización de daños y perjuicios.

5. Sumado a los inconvenientes anteriormente descritos, encontramos que los procesos de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado son inciertos en su desarrollo; es decir, tenemos claro cuáles son los jueces competentes para conocer de estas controversias y cuál es el proceso establecido en la ley -con excepción de algunas materias como la tributaria-, pero dentro del desarrollo del proceso y en concreto a la hora de dictar sentencia, el análisis para determinar la existencia del nexo causal y, por lo tanto, la responsabilidad del demandado, recae en la subjetiva discrecionalidad del juez -al igual que ocurre a la hora de determinar el monto de los daños y perjuicios-, pudiéndose llegar a emitir sentencia no muy favorable en lo económico para el actor, como hemos visto en el caso Ramírez, en la que el juzgador consideró que por daños morales eran suficientes las disculpas públicas que la entidad demandada debía ofrecer a los perjudicados; como si con ello quedara reparado el sufrimiento que vivió esta familia al verse privada de su vivienda de la noche a la mañana. O también lo sucedido en el caso Larriva, en el que el juez inferior determinó el valor de un millón de dólares por daños y perjuicios por el fallecimiento de la

doctora Larriva y la Corte Nacional de Justicia, en casación, resolvió que no existe responsabilidad del Estado, no siendo obligado a reparación alguna.

6. Pero en estos casos también nos encontramos con la dificultad de que el juzgador disponga una reparación de daños y perjuicios muy distinta a la solicitada en la demanda, como en el caso Petrocomercial, en la que los perjudicados demandaron la reparación de daños y perjuicios en dinero y el juzgador dispuso tal reparación en la construcción y dotación de infraestructura para la comunidad que debía realizar las entidades demandadas. O puede ocurrir algo peor, que no se llegue a una sentencia, como en el caso Salvador Chiriboga, en la que el juez nunca dictó sentencia y, por lo tanto, no resolvió sobre el justo precio que debía pagar la entidad demandada, siendo esta una de las principales razones por la que en este caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispusiera la indemnización de daños y perjuicios por parte del Estado ecuatoriano a la familia Salvador Chiriboga.

Dentro de estos casos también puede ocurrir algo mucho más grave, como por ejemplo que el Estado, en su renuencia a reconocer su responsabilidad, inicie acciones legales contra los actores, como lo sucedido en el caso Nuques, en la que el Estado inició acciones civiles y penales contra el abogado defensor de esta familia y algunos funcionarios públicos que habían dado paso a la petición de reparación de daños y perjuicios, aplicándose aquel refrán muy conocido en nuestro medio de que “voy por lana y vuelvo trasquilado”. Entonces, siempre será una cuestión de suerte el resultado que al final se obtenga en estos juicios.

7. A pesar de que el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado atribuye la competencia al Tribunal Distrital de lo Fiscal, en el ámbito de su esfera, en concordancia con el numeral 1 del artículo 219 del Código Orgánico de la Función Judicial, en materia tributaria no existe un procedimiento establecido para demandar daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado -excepto en el caso determinado en el último inciso del artículo 208 del Código Tributario-, lo que conlleva a una incertidumbre a la hora de iniciar una acción de esta naturaleza, sobre todo, y especialmente, de saber si el Tribunal Distrital de lo Fiscal aceptará y calificará la demanda. Suponiendo que califique la demanda, no existe un procedimiento a seguirse, lo que genera una incertidumbre mayor y evidencia un vacío legal.

8. En materia tributaria no existe casuística, jurisprudencia, que permita llenar el vacío legal que existe en la legislación sobre el procedimiento a seguirse para demandar daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado. Por ejemplo, en el caso Nuques mencionado, ante la imposibilidad de la entidad demandada de devolver los bienes incautados, el Tribunal Distrital de lo Fiscal No.1, en cuadernillo separado, inició proceso para determinar el monto al que ascendía el lucro cesante y el daño emergente de dichos bienes; en el cual, el mismo Tribunal dejó en evidencia sus dudas sobre su competencia y el procedimiento a darse a estos casos.

9. Se observa que uno de los medios más efectivos y rápidos para obtener del Estado una reparación de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual es la acción de protección, pero siempre y cuando los daños involucren violación a derechos constitucionales y reúna los requisitos que la ley establece para esta clase de acciones; sin embargo, queda a criterio del juzgador discernir su procedencia o no, como lo observamos en el caso NIRSA S.A., que demandó en acción de amparo la devolución de lo indebidamente pagado por derechos de salvaguarda, siendo aceptada la demanda por el Tribunal Constitucional de aquel entonces a pesar de que, anteriormente, en dos casos similares la demanda fue rechazada.

Pero las acciones de protección solo están encaminadas a suspender los efectos del acto dañoso, no se orientan a la reparación integral de los daños y perjuicios ocasionados; pese a ello, hemos encontrado una sentencia que hace la excepción y es en el caso Ramírez, en el que la Corte Constitucional analiza y expone que al amparo de la vigente Constitución procede a través de la acción de protección, la reparación integral de los daños y perjuicios ocasionados a la víctima.

10. Uno de los medios frecuentes de perjuicio al administrado son los originados en lo que se conoce como actos legítimos del Estado, como por ejemplo, antes de la expedición de la Ley de Fomento Especial y Optimización de los Ingresos del Estado,⁸⁰ el contribuyente podía plantear excepciones a la coactiva sin afianzamiento alguno, acudir a los órganos de justicia y reclamar sus legítimos derechos, pero luego

⁸⁰ Ley de Fomento Especial y Optimización de los Ingresos del Estado, R.O.S. 583 de fecha 24 de noviembre de 2011: Disposición Cuarta: Sustitúyase el primer y tercer inciso del artículo 968 del Código de Procedimiento Civil, por los siguientes textos: "Serán admisibles las excepciones que se deduzcan en juicio coactivo". "Para que el trámite de las excepciones suspenda la ejecución coactiva, será necesaria la consignación de la cantidad a que asciende la deuda, sus intereses y costas, aún en el caso de que dichas excepciones propuestas versaren sobre falsificación de documentos o sobre prescripción de la acción".

de la misma el contribuyente tiene que consignar el 100% de la obligación e incluso se ha llegado a interpretar que es el 110% ⁸¹; por lo que el contribuyente se encuentra con un limitante económico que no le permite ejercer su derecho a la defensa. Cosa similar sucede en los juicios de impugnación, que a pesar de que el afianzamiento solo comprende el 10% de la obligación,⁸² hay considerable número de casos en la que el administrado, por este limitante económico, se encuentra en una situación que le imposibilita acudir a los órganos de justicia, violentándose su derecho a la defensa; aun cuando la Corte Constitucional haya resuelto lo contrario⁸³, la realidad es otra y con una declaración de constitucionalidad no se subsanan los efectos dañosos de una normativa; dejándose de lado aquello de *estado de derechos y justicia social* que tanto se pregona con la vigente Constitución.

A pesar de lo desalentador que pueda ser iniciar un proceso legal por responsabilidad extracontractual contra el Estado, y más en materia tributaria, también podemos observar que es cuestión de cultura de la población para exigir sus derechos ,y aunque el sistema de justicia no goza de popularidad y los trámites son largos y onerosos y a veces con resultados poco o nada satisfactorios, comenzar a informar y a educar a la población sobre sus derechos y los procedimientos a seguir para reclamarlos es uno de los primeros pasos que se debe dar, de ahí el objetivo del presente trabajo para aportar con un granito de arena a esta ingente tarea pedagógica.

⁸¹ Algunos Tribunales Distritales de lo Fiscal, como por ejemplo el de Guayaquil, disponen que la consignación debe ser el 110%, porque incluye intereses y costas, conforme lo establece la disposición Cuarta de la Ley de Fomento Especial y Optimización de los Ingresos del Estado.

⁸² Según el artículo que se cita aquí como anexo 5.

⁸³ Ecuador. Corte Constitucional, (*Causa 56-10-CN*), en Registro Oficial Suplemento 359, 10 de enero de 2011.

Bibliografía

Libros y artículos

- Altamira Gigena, Julio I. *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Astrea, 1973.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho visual*. Décimosegunda. Vol. V. Buenos Aires: Heliastrea, 1979.
- Congreso Nacional. *Código Civil*. Quito: Congreso Nacional, 2005.
- Fernández, Francisco. «Revista de derecho público.» 2007.
- Gil Botero, Enrique. *Tesaurus de responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis, S.A., 2013.
- Henoa, Juan Carlos. *El daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Jaramillo Ordóñez, Herman. *Manual de derecho administrativo*. Loja: Facultad de Jurisprudencia Universidad Nacional de Loja, 1999.
- OMEBA. *Enciclopedia Jurídica*. Buenos Aires: Driskill, S.A., 1977.
- Oyervide, Durán. *La responsabilidad del Estado*. Cuenca: Centro de Impresión, 2010.
- Pérez Sinatabe, Luis Humberto. *Elementos de la responsabilidad contractual del Estado*. Bogotá: LEYER, 2002.
- Ramos Acevedo, Jairo. *Fundamentos de la responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Bogotá: LEYER, 2004.
- Revista de Derecho de Daños-9 Responsabilidad del Estado, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Argentina, 2000.
- Saavedra Becerra, Ramiro. *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
- Sarmiento García, Jorge. «Esquema de la concesión de los servicios públicos.» *Revista de Derecho Público*, 2007: Buenos Aires.
- Troya Jaramillo, José Vicente. *El Estado y el derecho económico actual*. México, DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

Normativa

Código Civil, Registro Oficial Suplemento 58, 12 de julio de 2005.

Código Orgánico General de Procesos. Suplemento del Registro Oficial No. 506 del 22 de mayo de 2015.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 1 del 11 de agosto de 1998.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Constitución Política de 1897, Registro Oficial Suplemento 272, de 14 de enero de 1897.

Constitución Política del Ecuador. Diario de la Convención Nacional, 6 de septiembre de 1852.

Constitución Política del año de Ecuador. Registro Oficial 773, de 31 de diciembre de 1946.

Constitución Política del Ecuador. Diario de la Convención Nacional, 13 de agosto de 1835.

Constitución Política del Ecuador. Registro Oficial 133, de 25 de mayo de 1967.

Constitución Política del Ecuador. Registro Oficial 800, de 27 de marzo de 1979.

Inquilinato, Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha

Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado, R.O.S 583 de fecha 24 de noviembre de 2011:

Ley de Modernización del Estado, Registro Oficial 349, de fecha 31 de diciembre de 1993.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial. Suplemento 52, de fecha 22 de octubre de 2009.

Jurisprudencia

Gaceta Judicial, Año CIII. Serie XVII. No. 10, Quito 29 de octubre de 2002.

Gaceta Judicial, Año CX. Serie XVIII, No. 8, Quito, 2 de septiembre de 2009.

Gaceta Judicial, Año CVII. Serie VIII, No.4, Quito, 11 de abril de 2007.

Juicio No. 1772-1103-97, Tribunal Distrital de lo Fiscal No.2, con Sede en Guayaquil.

Juicio No.135-98, Corte Suprema de Justicia, Sala Especializada de lo Fiscal,

Juicio - Recurso 53-2002, Corte Suprema de Justicia, Sala Especializada de lo Fiscal.

Juicio de Acción de Protección No. 659-2011, Segunda Sala de lo Civil, Mercantil.

Registro Oficial 627 de 26 de julio de 2007, Resolución 103-2002, caso Rafael Correa.

Registro Oficial Suplemento 362, 27 de octubre de 2014, Sentencia No. 146-14- SEP-CC, 01 de octubre de 2014, Corte Constitucional del Ecuador, Caso 1773-11-EP (caso familia Ramírez contra el Municipio de Quito).

Registro Oficial Suplemento 356, 31 de octubre del 2012. No. 657-2009, Juicio No. 273-2009-ER., Actora: María Leonor Vásconez Garcés de Holliham. Demandado: Banco del Pacífico S. A.

Registro Oficial 43, 19 de marzo del 2003. En el juicio ordinario (Recurso de Casación) No. 31-2002, juicio de indemnización de daños y perjuicios propuesto contra Petroecuador, Petrocomercial, Petroindustrial y Petroproducción.

Registro oficial 209 del 5 de diciembre de 1997.

Registro Oficial 290 de 3 de abril de 1998.

Resolución del Tribunal Constitucional 151, Registro Oficial 130, 22 de Julio del 2003.

Resolución de la Corte Constitucional No. 918-2001-RA, de fecha 20 de marzo de 2002 caso Afaba.

Resolución de la Corte Constitucional No339-2001 RA de 26 de junio de 2002, caso Compañía Agrícola San Isidro.

Sentencia de Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 27 de julio del 2009, las 16h34, dentro del juicio de daño moral propuesto por Rafael Correa Delgado contra el Banco de Pichincha.

Sentencia de 3 de marzo de 2011, reparaciones y costas; Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Salvador Chiriboga contra Ecuador

Sentencia de Fondo, de fecha 6 de mayo de 2008, Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Salvador Chiriboga vs Ecuador

Sentencia de fecha 24 de junio de 2011 a las 15h31, Juzgado Séptimo de Trabajo Pichincha.

Sentencia No. 159-2004, Corte Suprema de Justicia, Sala Especializada de lo Fiscal, Juicio de Ejecución de Sentencia.

Sentencia: Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Gaceta Judicial 12 de fecha 24 de agosto de 2012.

Linkografía

Ávila Santamaría, Ramiro, “En defensa del neoconstitucionalismo transformador”. <http://hdl.handle.net/10644/2922>

ANEXOS

Anexo 1. Constitución de 1970. Art. 24

Art. 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

1. Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

2. En caso de conflicto entre dos leyes que contengan sanciones, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación fuere posterior a la infracción; y en caso de duda, la norma que contenga sanciones se aplicará en el sentido más favorable al encausado.

3. Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones. Determinará también sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, de conformidad con la naturaleza de cada caso, la personalidad del infractor y la reinserción social del sentenciado.

4. Toda persona, al ser detenida, tendrá derecho a conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordenó, la de los agentes que la llevan a cabo y la de los responsables del respectivo interrogatorio. También será informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique. Será sancionado quien haya detenido a una persona, con o sin orden escrita del juez, y no justifique haberla entregado inmediatamente a la autoridad competente.

5. Ninguna persona podrá ser interrogada, ni aun con fines de investigación, por el Ministerio Público, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la asistencia de un abogado defensor particular o nombrado por el Estado, en caso de que el interesado no pueda designar a su propio defensor. Cualquier diligencia judicial, preprocesal o administrativa que no cumpla con este precepto, carecerá de eficacia probatoria.

6. Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse detenido sin fórmula de juicio, por más de

veinticuatro horas. Se exceptúan los arrestos disciplinarios previstos por la ley dentro de los organismos de la fuerza pública. Nadie podrá ser incomunicado.

7. Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada.

8. La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa. En todo caso, y sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, el detenido recobrará inmediatamente su libertad, sin perjuicio de cualquier consulta o recurso pendiente.

9. Nadie podrá ser obligado a declarar en juicio penal contra su cónyuge o parientes hasta dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni compelido a declarar en contra de sí mismo, en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de quienes resulten víctimas de un delito o las de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas, además, podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente.

10. Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. El Estado establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intrafamiliar o sexual, y de toda persona que no disponga de medios económicos.

11. Ninguna persona podrá ser distraída de su juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el efecto.

12. Toda persona tendrá el derecho a ser oportuna y debidamente informada, en su lengua materna, de las acciones iniciadas en su contra.

13. Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente.

14. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna.

15. En cualquier clase de procedimiento, los testigos y peritos estarán obligados a comparecer ante el juez y a responder al interrogatorio respectivo, y las partes tendrán derecho de acceso a los documentos relacionados con tal procedimiento.

16. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa.

17. Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Anexo 2. Constitución de la República del Ecuador (vigente)

Art. 88.- 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, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Anexo 3. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Art. 6.- Finalidad de las garantías.- Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación. Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho. Salvo los casos en que esta ley dispone lo contrario, la acción de protección, el hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, el hábeas data, la acción por incumplimiento, la acción extraordinaria de protección y la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, se regulan de conformidad con este capítulo.

Anexo 4. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Art. 18.- Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.

En la sentencia o acuerdo reparatorio deberá constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo siguiente.

La persona titular o titulares del derecho violado deberán ser necesariamente escuchadas para determinar la reparación, de ser posible en la misma audiencia. Si la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, que deberá realizarse dentro del término de ocho días.

Anexo 5. Código Tributario, artículo innumerado agregado después del Art. 233, agregado por el Art. 7, Decreto Legislativo No. 000. Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de diciembre de 2007

Art. (...).- Afianzamiento.- Las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, deberán presentarse al Tribunal Distrital de lo Fiscal con una caución equivalente al 10% de su cuantía; que de ser depositada en numerario será entregada a la Administración Tributaria demandada.

La caución se cancelará por el Tribunal Distrital de lo Fiscal o Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia si la demanda o pretensión es aceptada totalmente, la que en caso de ser en numerario generará a favor del contribuyente intereses a la misma tasa de los créditos contra el sujeto activo. En caso de aceptación parcial el fallo determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al demandante y la cantidad que servirá como abono a la obligación tributaria; si la demanda o la pretensión es rechazada en su totalidad, la administración tributaria aplicará el valor total de la caución como abono a la obligación tributaria. Esta caución es independiente de la que corresponda fijarse por la interposición del recurso de casación, con suspensión de ejecución de la sentencia o auto y de la de afianzamiento para hacer cesar medidas cautelares y se sujetará a las normas sobre afianzamiento establecidas en este código.

El Tribunal no podrá calificar la demanda sin el cumplimiento de este requisito, teniéndose por no presentada y, por consiguiente, ejecutoriado el acto impugnado si es que dentro del término de quince días de haberlo dispuesto el Tribunal no se la constituyere.