



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**ANÁLISIS DE LA CORRECTA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN
RELACIÓN CON LA NORMATIVA VIGENTE: UN ESTUDIO DE LA
SENTENCIA EMITIDA POR LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA EN EL
CASO PROPUESTO POR ZOILA ENRIQUETA MARÍN CHACÓN
CONTRA EL ESTADO ECUATORIANO EN RECURSO DE CASACIÓN.**

Autor:

Jaime Santiago Riera Robles

Director:

Dr. Guillermo A. Ochoa Rodriguez

Cuenca -Ecuador

2024

DEDICATORIA

A mis padres, quienes han sido mi apoyo constante y han sabido guiarme a lo largo de mi vida.

A mis hermanas, quienes me han alentado durante mi trayecto universitario.

A toda mi familia, quienes han creído en mí y me han brindado su apoyo incondicional.

A mis amigos de la universidad, con quienes nos hemos apoyado mutuamente durante todo este tiempo.

A Domenica por haberme acompañado en esta última etapa.

A mis amigos del colegio y de toda la vida, que han estado presentes en todo momento.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mis padres por haber contribuido a formar la persona que soy, brindándome fortaleza y su incondicional apoyo.

A mi familia, amigos y todas las personas que forman parte de mi vida y constituyen un pilar fundamental en ella.

A mis compañeros y colegas de la universidad.

Agradezco a la Universidad del Azuay, su personal y profesores de la carrera por haber sido guías y maestros que supieron motivar a sus estudiantes.

Al Dr. Guillermo Ochoa por su compromiso, paciencia y apoyo durante la realización de este trabajo.

RESUMEN

El proyecto de investigación se centra en el análisis de la correcta aplicación de la teoría de la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Examina la sentencia de la Corte Nacional de Justicia en un caso contra el Estado ecuatoriano en recurso de casación, comparándola con otra sentencia similar. Se parte de un análisis histórico y teórico de la evolución de esta responsabilidad, evaluando sus fundamentos y su estado actual. Se realiza un análisis crítico de la normativa legal ecuatoriana que regula este tipo de responsabilidad. Finalmente, se lleva a cabo un estudio de caso para examinar la relación entre la teoría vigente y la correcta aplicación de la normativa que rige la Responsabilidad Extracontractual en Ecuador, identificando similitudes y diferencias entre las sentencias y verificando el cumplimiento de los requisitos establecidos para esta responsabilidad.

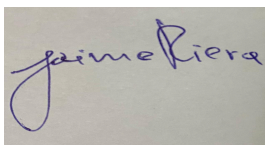
Palabras clave: Responsabilidad Extracontractual, Evolución Histórica, Teorías Jurídicas, Código Orgánico Administrativo, Daño, Nexo Causal, Servicio Público, Recurso de Casación.

ABSTRACT

The research project focuses on the analysis of the proper application of the theory of non-contractual liability by the state. It examines the judgment of the National Court of Justice in a case against the Ecuadorian State in a court of cassation appeal, comparing it with another similar judgment. The research begins with a historical and theoretical analysis of the evolution of this liability, evaluating its foundations and current status. A critical analysis of the Ecuadorian legal framework regulating this type of liability is conducted. Finally, a case study is carried out to examine the relationship between the current theory and the proper application of the regulations governing non-contractual liability in Ecuador. This involves identifying similarities and differences between the judgments and verifying compliance with the established requirements for this liability.

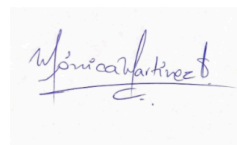
Keywords: extracontractual liability, historical evolution, legal theories, organic administrative code, damage, causal nexus, public service, cassation appeal.

Translated by



Jaime Santiago Riera Robles.

Approved by



**Lcda. Mónica Martínez Sojos, Mgt.
Cod. 29598**

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	I
AGRADECIMIENTO.....	II
RESUMEN.....	III
ÍNDICE.....	
CAPÍTULO 1.....	1
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y TEÓRICOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.....	1
1.1. Evolución histórica de la responsabilidad extracontractual.....	1
1.2. Teorías que fundamentan la responsabilidad extracontractual.....	6
1.2.1. Tesis de la doble personalidad del Estado.....	6
1.2.2. Teoría organicista.....	8
1.2.3. Teoría de la separación de responsabilidades. La Falta del Servicio y la Falta Personal.....	9
1.2.4. Teoría de la falla o falta de servicio.....	11
1.2.5. Teoría de la responsabilidad subjetiva.....	12
1.2.6. Teoría de la responsabilidad objetiva.....	12
1.2.7. Teoría de la proporcionalidad de las cargas.....	13
1.2.8. Teoría de la responsabilidad por riesgo.....	14
1.2.9. Teoría de la equidad.....	15
1.3. Responsabilidad extracontractual en Ecuador.....	16
CAPÍTULO 2.....	17
2. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA QUE REGULA LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN EL ECUADOR.....	17
2.1. Constitución.....	17
Tabla 1: Diferencia Constitución 1998 y Constitución 2008.....	19
2.2. Código Orgánico Administrativo.....	20
2.2.1. Elementos de la responsabilidad.....	22
2.2.1.1. Falta o deficiencia en la prestación de un servicio público.....	22
2.2.1.2. Daño calificado.....	25
2.2.1.3. Nexo Causal.....	33
2.2.2. Responsabilidad por acciones u omisiones de servidores públicos.....	36
2.2.3. Eximentes de responsabilidad.....	37
2.2.3.1. Caso Fortuito o Fuerza Mayor.....	37
2.2.3.2. Culpa de la Víctima.....	38
2.2.3.3. Hecho de un tercero.....	38
2.2.4. Reparación por daños.....	39
CAPÍTULO 3.....	43
3. ANÁLISIS DEL CASO ZOILA ENRIQUETA MARÍN CHACÓN CONTRA EL	

ESTADO ECUATORIANO.....	43
3.1. Antecedentes del caso.....	43
3.2. Análisis crítico de los puntos relevantes que motivan la sentencia en primera instancia.....	46
3.3. Análisis sentencia de casación.....	50
3.4. Elementos fundamentales que aporta el caso propuesto por Luis Eduardo Cárdenas en contra de la Casa de la Cultura Ecuatoriana.....	54
3.4.1. Antecedentes del caso.....	54
3.4.2. Análisis sentencia primera instancia.....	56
3.4.3. Elementos fundamentales del recurso de casación.....	65
3.5. Aportes de los casos y elementos orientadores.....	69
REFERENCIAS.....	74

Índice de tablas y figuras.

Tabla 1: Diferencia Constitución 1998 y Constitución 2008.....	20
--	----

CAPÍTULO 1

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y TEÓRICOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

1.1. Evolución histórica de la responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad extracontractual del Estado es una institución del Derecho Administrativo, presente en múltiples ordenamientos jurídicos modernos, mismo que menciona que el Estado es responsable de los daños ocasionados a los ciudadanos por la acción u omisión de sus servidores públicos. La evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado ha sido un tema de gran interés en la teoría del derecho y la política pública, debido a que ha sufrido transformaciones notables a lo largo de la historia.

El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado se remonta a los principios fundamentales del derecho encontrando sus orígenes en el Derecho Romano, siendo la *Lex Aquilia*, considerada como el antecedente más antiguo de la responsabilidad extracontractual. Aunque no se contaba con una teoría general de la responsabilidad extracontractual en el Derecho Romano, la *Lex Aquilia* proporcionó un precedente fundamental para el desarrollo de esta figura en el derecho moderno. Según Lucero (2016) la *Lex Aquilia* “constituyó una fórmula que servía de sustento para proteger la vida y la propiedad de los ciudadanos, pues en caso de que estos derechos hayan sido vulnerados, su titular tenía derecho a ser indemnizado”. Esta ley establecía que si un individuo causaba daño a la propiedad de otro, ya sea con culpa o sin ella, debía compensar al propietario por el valor de la propiedad dañada, lo que estableció una responsabilidad objetiva centrada en la reparación del daño causado.

Conforme a Santiago (2015), en el Derecho Romano las Doce Tablas representaron la primera compilación de normativas jurídicas de importancia. Si bien incluyeron regulaciones sobre responsabilidad por daños causados a cosas ajenas como animales, esta normativa era

limitada. Más adelante, a través de la *Lex Aquilia*, se estableció una regulación más completa para la reparación de daños ilícitos, asegurando indemnizaciones a las víctimas por daños a sus bienes. En este contexto La *Lex Aquilia* sentó las bases más primitivas para el posterior desarrollo de la responsabilidad extracontractual en el derecho moderno.

En la edad media, para Ochoa (2012) se presenta una primera etapa de evolución de la responsabilidad extracontractual. De acuerdo a Palacios (2015) en este periodo el rey gozaba de total inmunidad frente a los perjuicios causados a sus súbditos. No existía la posibilidad de que los súbditos buscaran compensación por daños, ya que se creía que el rey derivaba su autoridad directamente de Dios. Esto le permitía ejercer su poder sin restricciones ni límites.

El Estado y los funcionarios entonces, eran irresponsables de forma absoluta por sus actuaciones, ya que el modelo de Estado se centraba en la figura del rey y su voluntad era ley. Según la *Cornell Law School* (2022), la máxima utilizada en en este período "*Rex non potest peccare*", " is a Latin legal maxim meaning "the king can do no wrong" (...) *Rex non potest peccare* originated in English common law and is based on the idea that the king cannot commit a legal wrong." La expresión proveniente del latín "*Rex non potest peccare*", y que es utilizada en el *Common Law*, se traduce e interpreta como el rey no se equivoca, y se usaba para establecer la supremacía absoluta del rey. En esta época donde rey y Estado eran sinónimos, el poder del monarca era otorgado por un poder divino, por lo que no existía entidad por encima del rey que pudiera juzgarlo. Esta forma de Estado absoluto impedía que el Estado fuera responsable por los daños y perjuicios causados por su acción u omisión hacia el pueblo. En esta época, el modelo de Estado se centraba en una forma absolutista, donde el poder se concentraba en una sola persona: el rey. Nada podía estar por encima de él, y sus deseos eran ley.

En el *Ancien Régime* o antiguo régimen, existía una visión teocrática del poder político, donde se creía que el poder del rey descendía de Dios. Sin embargo, postulados de la

Revolución Francesa transformaron el modelo de Estado, introduciendo nuevos principios como la separación de poderes y la idea de que el poder emanaba del pueblo, mas no de un poder divino otorgado a un solo hombre con facultades irrestrictas. Con estos cambios, el Estado monárquico absolutista desapareció. Se valoraron garantías básicas como la libertad y el principio de legalidad, y se entendió que la organización estatal debía estar al servicio del pueblo. Además, se buscó someter el accionar de la administración pública a un marco jurídico.

La Revolución Francesa dio paso a superar la irresponsabilidad absoluta cuando se declaró una suerte de responsabilidad de los funcionarios, detallada por primera vez en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en su artículo 15 el cual establece que: “La Sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a cualquier Agente público.” Esta declaración estableció que los ciudadanos tienen derecho a pedir cuentas de su gestión a todo agente público. Posteriormente, con la Declaración de los Derechos del Hombre de 1793 en el artículo 24 se implementó la idea de determinar límites a la actuación pública y que estos sean establecidos por la ley, así como asegurar la responsabilidad de los funcionarios.

Con la llegada de la Revolución Industrial a mediados del siglo XIX, el Estado comenzó a desempeñar un papel creciente en la promoción de actividades económicas y productivas, por tanto, se hacía necesario regular su responsabilidad en los casos en que los particulares sufran daños como resultado de estas actividades. Por esta razón, se decidió aplicar las normas sobre responsabilidad del Derecho Civil a los daños causados por el Estado, como una forma de proteger los derechos de los ciudadanos afectados. En este periodo según Ochoa:

La etapa de irresponsabilidad absoluta se la vislumbró en las diferentes legislaciones hasta la llegada de la Revolución Industrial a mediados del siglo XIX. Para evitar

injusticias se procedió a la aplicación de las normas sobre responsabilidad del Derecho Civil a los daños producidos por el Estado. (Ochoa, 2012)

La responsabilidad del Estado se juzgaba en el marco de la legislación civil y se aplicaban las mismas normas a casos de responsabilidad estatal. En este periodo de acuerdo a Gonzalez (2013) “la única garantía que se ofrecía era la responsabilidad directa del funcionario, autor del daño, exigible de acuerdo a las normas del derecho civil.”

Esta situación perduró hasta que el Consejo de Estado francés desvinculó la responsabilidad del Estado de las normas del Código Civil (Ochoa 2012). El Consejo de Estado francés otorgó autonomía e independencia a asuntos en los que el Estado era responsable generando normas y principios para regular su actuar. En este contexto, Cassagne menciona:

La responsabilidad que pueda incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por actos de las personas que emplea en el servicio público, no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; esta responsabilidad no es general ni absoluta, tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses privados" (Cassagne, 2002, como se citó en Lucero, 2016)

Bajo esta premisa, el Fallo Blanco pronunciado por el Tribunal de Conflictos de Francia en 1873, marcó la evolución hacia una teoría propia de la responsabilidad del Estado que difiere de la tradicional. Los elementos relevantes del fallo según los tratadistas Long, Weil, Braibant son:

La razón básica para sustraer la responsabilidad del Estado de la esfera propia del Código Civil, fue la necesidad de conciliar intereses de la colectividad en la correcta prestación de los servicios públicos, con los de los particulares que pudieran verse

afectados por una falla en la correcta prestación; y de otra parte, el carácter excepcional que el fallo quiso darle a la responsabilidad del estado por fallas en la prestación de los servicios públicos, en la que la responsabilidad no es general ni absoluta, con lo cual quiso expresar que la autonomía de la responsabilidad del derecho administrativo implicaba, menor favorabilidad para los particulares frente a las soluciones que daba el Código Civil. (Irrisarri, 1986, como se citó en Gonzalez, 2013)

El fallo establece que la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por actos de las personas que emplea en el servicio público no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares, sino que tiene sus propias reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses privados. Esta evolución ha permitido una mayor respuesta y compromiso por parte de los tribunales hacia los particulares perjudicados por el daño causado por el Estado por su acción u omisión.

La legislación en nuestro país reconoce la responsabilidad directa y objetiva del Estado, lo que significa que el Estado debe responder por cualquier daño causado a sus administrados por sus acciones u omisiones. La primera referencia en nuestro sistema jurídico que a responsabilidad extracontractual se refiere, la encontramos en la Constitución de 1946 en los artículos 160 y 178. El artículo 160 establece que “no habrá en el Ecuador autoridad alguna exenta de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones.” Por su parte el artículo 178 menciona: “Los funcionarios o empleados públicos que violaren cualquiera de las garantías declaradas en esta Constitución, serán responsables con sus bienes por los daños y perjuicios que causaren (...)” Estos dos artículos ya establecen una suerte de responsabilidad a los funcionarios y menciona que estos serán responsables con sus bienes por los daños ocasionados.

La Constitución de 1967 en el Artículo 27 siguiendo con la corriente de responsabilidad establece que el Estado, entidades de derecho público y semipúblicas, tienen la responsabilidad de indemnizar a los individuos por los daños sufridos en sus propiedades y derechos debido a las acciones de los servicios públicos o los actos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de sus funciones. Esta Constitución presenta una innovación al incorporar una indemnización por los perjuicios ocasionados.

Según Lucero (2016) desde la Constitución de 1967 en adelante la tendencia constitucional ecuatoriana no varió mucho en cuanto a la responsabilidad objetiva se refiere, es así que el artículo 20 de la Constitución de 1979 disponía:

El Estado y más entidades del sector público están obligados 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. (Congreso Constituyente, Constitución Política de la República del Ecuador, 1979)

Esta disposición, como se puede observar, guarda una similitud notable con la norma de la Constitución de 1979, y en la Constitución de 1998 no se efectuaron modificaciones significativas en este aspecto.

Con la Constitución de Montecristi, promulgada en 2008, se mantiene la idea de responsabilidad, aunque se introducen ligeros cambios respecto a la Constitución de 1998. Estos cambios se analizarán más adelante en el trabajo de investigación.

1.2. Teorías que fundamentan la responsabilidad extracontractual.

1.2.1. Tesis de la doble personalidad del Estado.

De acuerdo con esta teoría el Estado tiene dos tipos distintos de personalidad: en primer lugar una personalidad de derecho público, que se refiere al Estado como una entidad

soberana que no está sujeta a las leyes civiles que rigen a los ciudadanos particulares; y segundo, una personalidad de derecho civil, que se refiere al Estado como una entidad jurídica sujeta a las leyes civiles, cuando esta celebra contratos como un ciudadano común. Cuando el Estado actúa como una entidad civil, sus funcionarios se consideran agentes del Estado, lo que significa que el Estado es responsable por cualquier daño que puedan causar, de acuerdo con las leyes civiles. Por otro lado, cuando el Estado actúa como una entidad soberana, los funcionarios no se consideran agentes del Estado y, por lo tanto, el Estado no es responsable por las acciones de los funcionarios.

Sobre la doble personalidad del Estado, Jiménez (2013) afirma que:

En este punto aparece la diferenciación entre actos de gestión para aquellas actividades en las cuales el Estado se desempeñaba como persona civil, y actos de poder o autoridad, cuando se actuaba con la calidad de persona política o soberana (en este sentido, se mantenía la irresponsabilidad del Estado). En conclusión, el Estado respondía cuando sus actos se consideraban de gestión, y en cuanto a los actos de poder se consideraba irresponsable, a menos que una ley especial lo estableciera

El Estado era responsable por sus acciones consideradas como gestión, mientras que para los actos de poder no se le atribuía responsabilidad, excepto si existía una ley específica que estableciera lo contrario.

La Corte Suprema de Argentina, para mantener la idea de la doble personalidad del Estado o irresponsabilidad del estado sostuvo lo siguiente:

- 1° partiendo de la doctrina de la doble personalidad del Estado...sostuvo que el Estado, como Poder Público, es irresponsable porque obra en virtud de su "soberanía".
- 2° Como persona jurídica (quería decirse: "en el ámbito del derecho privado"), sostúvose [sic] que el Estado sólo es responsable contractualmente, pero no

extracontractualmente (supuesto de delitos o cuasidelitos), porque las personas jurídicas no responden por los actos ilícitos de sus representantes ... 3º Aceptaba la responsabilidad del Estado cuando ésta surgía de una ley. (Corte Suprema de Argentina, como se citó en Marienhoff, 1970)

La postura de la Corte Suprema presentaba dos falencias importantes: en primer lugar, al emplear la teoría de la doble personalidad del Estado de manera inapropiada, en algunos casos rechazaba completamente su responsabilidad, en los casos donde el Estado actuaba en el ámbito del derecho público, mientras que en otros la aceptaba parcialmente, en casos de responsabilidad contractual en el ámbito del derecho privado. En segundo lugar, al aplicar las normas del Código Civil, excluía la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público.

1.2.2. Teoría organicista.

Según lo postulado por González (2009) la Teoría Organicista surge cuando se reconoce a la administración pública como un gran órgano del cual hacen parte sus funcionarios, de tal suerte que si el funcionario comete una falta, es la administración quien la comete y como tal se le imputa.

En esta corriente, se destaca la importancia de considerar al funcionario público como un componente esencial de la Administración Pública. Por lo tanto, cualquier acción que realice este agente se considera como si fuera realizada por la propia Administración, siendo esta última la responsable directa de cualquier error o falta que se cometa. Esto implica que cuando un funcionario público incurre en una equivocación o falta, el Estado es considerado el responsable directo de dicha situación. Ochoa (2012) manifiesta que “si la administración es eficiente, activa, rápida es porque sus funcionarios lo son también; todo lo contrario sucede cuando tales funcionarios son negligentes, ineficientes, lo que se refleja en la administración”

La Corte Suprema de Justicia de Colombia en fallo de casación de febrero de 1958 detalla lo siguiente:

Las personas jurídicas obran también mediante órganos, El órgano es la persona o conjunto de personas encargadas del cumplimiento de una función colectiva propia de la organización y fines a que se dedica la persona jurídica; por ser un órgano propios y necesario para el cumplimiento de los fines (...) por ser parte integrante de su existencia y constitución, se miran los actos de semejante órgano como actos propios y directos de la personas jurídica. (Corte Suprema de Justicia de Colombia, como se citó en González. 2009)

Las personas jurídicas, como entidades legales, tienen la capacidad de obrar a través de sus órganos, que son personas o grupos de personas designados para cumplir funciones específicas dentro de la organización y lograr los objetivos que se han fijado. Estos órganos son considerados parte esencial de la entidad jurídica y sus acciones se consideran como si fueran directamente realizadas por la persona jurídica en sí misma. En otras palabras, los actos que lleva a cabo un órgano de una persona jurídica son vistos como acciones legales y vinculantes de la propia organización, ya que son necesarios para que ésta funcione y cumpla sus objetivos.

1.2.3. Teoría de la separación de responsabilidades. La Falta del Servicio y la Falta Personal.

Sobre la falta de servicio y la falta personal, Jiménez en su texto sobre el Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal establece que:

La falta del servicio sucede cuando el funcionario sirve a su función, es decir, es cometida al tratar de cumplir su función, y se señala que es una culpa leve que atañe más al servicio que al funcionario; este no está obligado a reparar pero sí la

Administración, si la víctima recurre a la jurisdicción administrativa. La falta personal en cambio, sucede cuando el funcionario se sirve de la función, es decir, utiliza la función para un fin distinto a aquel para el cual se estableció; se genera entonces una culpa intencional o culpa lata que compromete al funcionario, la cual se ventila ante la jurisdicción ordinaria. (Jiménez, 2013)

Crespo (2010) establece que para que se configure la falta personal se “dependerá necesariamente de un acto del agente al que se le pueda atribuir culpa o dolo. En este caso, lo determinante no es el perjuicio en sí mismo, sino la conducta del agente.”

La falta del servicio entonces, se produce cuando un funcionario cumple con su deber pero de manera deficiente, y es responsabilidad de la Administración reparar el daño causado. En cambio, la falta personal se refiere a cuando el funcionario utiliza su cargo para fines distintos a los establecidos, y en este caso es responsable y debe responder ante la jurisdicción ordinaria. En resumen, la falta del servicio es una culpa leve atribuible a la Administración, mientras que la falta personal es una culpa intencional o lata atribuible al funcionario.

Esta teoría originada en el ya mencionado Fallo Blanco, según Palacios (2015) constituye una solución efectiva a la aplicación de la falta o culpa civil en el ámbito del Derecho Administrativo:

La teoría civilista no resolvía apropiadamente el problema de la falta anónima, porque para hacer efectiva la teoría de la falta o culpa civil, es menester la existencia de un funcionario culpable, es decir de un sujeto individualizado al que se le pudiere imputar el hecho, alguien a quien culpar del acto u omisión que diera origen a la responsabilidad estatal. En cambio para la teoría de la falta de servicio no interesa la existencia del funcionario culpable, por lo que puede existir responsabilidad de Estado aun cuando no pueda imputársele falta a determinado funcionario, es decir en los casos de falta anónima.

La teoría civilista no resolvía de forma oportuna el problema de la falta anónima, porque requería la existencia de un funcionario culpable para aplicar la teoría de la falta o culpa civil. En cambio, la teoría de la falta de servicio no depende de la existencia de un funcionario culpable, lo que permite la responsabilidad del Estado incluso en casos de falta anónima.

1.2.4. Teoría de la falla o falta de servicio.

Esta teoría establece que la Administración es responsable de los daños o perjuicios que se produzcan cuando al momento de brindar un servicio público, este servicio no actúa en el momento adecuado, actúa de manera inadecuada o lo hace de manera tardía.

La Corte Suprema de Justicia del Ecuador dentro del fallo de casación del 11 de abril del 2007, establece que:

La falla del servicio se puede conceptualizar como el título jurídico de imputación objetiva de la responsabilidad estatal, fundamentada en el funcionamiento anormal de un servicio público (falta o deficiencia del servicio) que provoca un daño antijurídico al particular, quien no debe probar la culpabilidad del agente público (que puede ser anónimo) sino únicamente el nexo causal entre la falta o deficiencia del servicio y el daño ocasionado. (Corte Suprema de Justicia del Ecuador, 2007, como se citó en Ochoa, 2012)

La falla o falta del servicio se basa entonces, en el mal funcionamiento de un servicio público, que puede ser producido por la falta o deficiencia del mismo, y que provoca un daño antijurídico al particular afectado. Es decir, cuando el servicio público no funciona correctamente, puede causar perjuicios a los ciudadanos que lo utilizan y, en consecuencia, la Administración debe ser responsable por los daños ocasionados.

1.2.5. Teoría de la responsabilidad subjetiva.

La responsabilidad subjetiva exige indispensablemente la presencia de dolo o culpa por parte del funcionario demandado. Lucero (2016) menciona que este tipo de responsabilidad se relaciona con el elemento volitivo del agente que provocó el daño, quien por su actuar negligente o mal intencionado genera daños. La responsabilidad subjetiva se basa principalmente en un aspecto intelectual relacionado con la intención del agente que causó el daño (dolo o culpa). Si su acción negligente o malintencionada causa perjuicio a la persona o propiedad de otro, surge la obligación de reparar el daño.

En sus inicios este tipo de responsabilidad estaba más relacionado con un tipo de responsabilidad civil que posteriormente fue erróneamente extrapolado a la responsabilidad administrativa. El artículo 2214 del Código Civil reconoce esta figura: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.” Se puede evidenciar que la naturaleza de este artículo es de carácter civil, si bien sirvió de base para el desarrollo de una teoría moderna de responsabilidad extracontractual no se la puede aplicar en una teoría moderna

1.2.6. Teoría de la responsabilidad objetiva.

En palabras de Crespo (2010) la responsabilidad objetiva se establece sin tomar en cuenta la intención del agente, por lo que la culpa o el dolo no son relevantes. Lo importante es la existencia y comprobación del daño de manera objetiva, y esto puede estar previamente contemplado por la ley.

La teoría de la responsabilidad objetiva se define entonces como aquella que se establece sin tomar en cuenta la evaluación subjetiva de la conducta de los funcionarios y agentes del Estado que son considerados responsables, inclusive los delegatarios y

concesionarios desde un punto de vista más actualizado y contemporáneo de responsabilidad objetiva. Ochoa (2012) establece que “en este tipo de responsabilidad no es una *conditio sine qua non* que el perjudicado acredite la culpa del causante del hecho dañoso, sino el daño y la causa de éste”. En la responsabilidad objetiva del Estado no se debe probar la culpa del funcionario para que el Estado tenga la obligación de reparar, se debe demostrar que exista daño, nexo causal, un factor de atribución y la imputación jurídica.

Siguiendo esta tendencia, Ochoa (2020) en su texto “Gobernanza, Servicios Hídricos y Responsabilidad Estatal: Una nueva perspectiva de estudio interdisciplinar”, sobre la responsabilidad objetiva sostiene:

Resulta importante sostener que la presencia del accionar doloso o culposo del funcionario público (responsabilidad subjetiva) pasa a un segundo plano para ser reemplazado por la comprobación real del daño y su relación de causalidad (el detrimento sufrido es el resultado de una actividad estatal). Este tránsito necesario y oportuno garantiza la autonomía de la responsabilidad en materia administrativa.

(Ochoa, 2020)

La necesidad de probar el comportamiento intencionado o negligente del funcionario público, entendido como responsabilidad subjetiva, es irrelevante e innecesario en este caso. En su lugar, se prioriza la verificación objetiva del daño y su vínculo causal producto de una acción ejercida por el Estado. Con este cambio, como bien menciona Ochoa, se garantiza la independencia de la responsabilidad administrativa y que esta no esté supeditada a la comprobación del actuar negligente del funcionario.

1.2.7. Teoría de la proporcionalidad de las cargas.

Esta teoría surge desde la idea planteada en la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que en su artículo 13 establece que “para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración, resulta

indispensable una contribución común; ésta debe repartirse equitativamente entre los ciudadanos”. Esta teoría, como su nombre indica, defiende que debe haber un equilibrio en la distribución de las cargas públicas que los administrados deben soportar. Para entender mejor esta teoría, es necesario comprender qué se entiende por "distribución de cargas públicas". Las cargas públicas podemos entenderlas como aquel sacrificio especial que recae sobre el administrado en favor de la administración para la satisfacción de un interés público. Estos sacrificios deben ser distribuidos equitativamente entre los ciudadanos, sin embargo cuando existe un desequilibrio en la proporcionalidad de estas cargas es cuando el administrado soporta una carga mayor frente al resto de ciudadanos y sufre un daño que no está obligado a soportar. Es en estos casos donde entra en juego el papel de la administración de reparar este daño.

Si el Estado perjudica a un habitante haciéndolo sufrir una daño que se considera injusto frente a los demás ciudadanos, debe indemnizarlo para no romper el principio de equidad, de igualdad que ampara a todos los ciudadanos. (Altamira, 2011, como se citó en González, 2013)

1.2.8. Teoría de la responsabilidad por riesgo.

Leon Duguit sostuvo esta teoría: “la responsabilidad del Estado no se puede edificar más que sobre la idea de un seguro social soportado por la caja colectiva, en provecho de aquellos que sufren un perjuicio originado por el funcionamiento de los servicios públicos que se realizan en provecho de todos” (Duguit, 1926, como se citó en Altamira, 2011). El Estado funciona como un asegurador de lo que se conoce como el riesgo social. Este riesgo surge debido al accionar del servicio público o a la actividad social y puede ocasionar un perjuicio a un individuo o a un grupo de personas, mismo que se resuelve mediante la intervención estatal.

De acuerdo a Ochoa (2020), la responsabilidad por riesgo surge como consecuencia de la insuficiencia de la falta, falla o deficiente prestación del servicio público y su justificación se encuentra en la vulneración que sufre el principio de igualdad ante las cargas públicas.

La responsabilidad por riesgo creado se basa entonces en asegurar la igualdad de las cargas públicas, principio estatal necesario para mantener el equilibrio en la sociedad y en la prestación de servicios públicos. Si esta igualdad se rompe, podría resultar en un daño antijurídico. Esta perturbación de equilibrio puede ser el resultado de una falta o falla en la prestación de un servicio o cuando existe un riesgo innecesario que el administrado sufre. (Ochoa, 2020)

Según este mismo autor, la responsabilidad de carácter objetivo puede prescindir de la falta o falla, pero al considerar la responsabilidad por "riesgo creado", puede incorporarse este elemento como un componente adicional.

Marienhoff, crítico de esta teoría, argumenta que aunque los riesgos puedan ocasionar daños y perjuicios, no pueden constituir la base de la responsabilidad. La base de la responsabilidad del Estado se fundamenta en el derecho público y sus principios.

1.2.9. Teoría de la equidad.

Esta teoría defendida principalmente por Mayer sostiene que al Estado le corresponde indemnizar siempre que haya obtenido alguna ventaja en detrimento excepcional de un administrado. (Mayer, 1906, como se citó en Altamira, 2011) De acuerdo a esta teoría, el Estado tiene la obligación de indemnizar cada vez que haya obtenido una ventaja a expensas de un administrado, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) El Estado cause daño a un particular: la forma en como se produce este daño es indiferente para el resultado final puesto que solo interesa el daño.

- b) El daño sea injusto y desigual: que el particular sufra más que otro, rompiéndose así el principio de equidad.
- c) Empobrecimiento o sacrificio especial: lo que constituye el llamado empobrecimiento de la víctima o perjuicio material.

Existen críticos de esta teoría que argumentan que el concepto de equidad debería ser excluido al determinar el fundamento de la responsabilidad. Dado que el concepto de equidad es muy relativo, consideran que resulta inaplicable y carece de un alcance real para respaldar la obligación de los jueces. No puede ser un fundamento sólido para establecer la responsabilidad legal del Estado.

1.3. Responsabilidad extracontractual en Ecuador

La figura de la responsabilidad extracontractual en Ecuador responde a un compendio de las múltiples teorías que pretenden explicar esta figura jurídica. Se aprovecha de los aportes de múltiples teorías para construir un marco jurídico más sofisticado, actualizado y completo que asegure el pleno disfrute de los derechos de los ciudadanos.

Para desarrollar un concepto íntegro y moderno, se incorporan contribuciones de diversas teorías. La teoría organicista considera que la administración pública y sus funcionarios son una entidad única en términos de responsabilidad. La teoría de la falla del servicio establece que la administración es responsable cuando no brinda un servicio público adecuado o lo hace de manera inoportuna. La teoría de la responsabilidad objetiva establece que la culpa o el dolo no son relevantes, y el Estado es responsable de forma directa. La teoría de la proporcionalidad de las cargas públicas defiende un equilibrio en la distribución de estas cargas, con el Estado indemnizando cuando hay un desequilibrio. La responsabilidad por riesgo surge de la insuficiencia en la prestación del servicio público y busca proteger el principio de igualdad ante las cargas públicas.

Como se puede apreciar, todas estas teorías nutren la figura actual de responsabilidad extracontractual para crear un elemento mucho más completo.

CAPÍTULO 2

2. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA QUE REGULA LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL ECUADOR.

2.1. Constitución.

El Dr. Rafael Bielsa sostenía que, si bien debía aceptarse la responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho público, ello sólo podía ser así en tanto una ley formal lo dispusiera. (Bielsa, 1933, como se citó en Marienhoff, 1970)

En la Constitución de la República del Ecuador de 2008 ya se esboza un criterio general y amplio sobre responsabilidad extracontractual, se establecen principios y directrices que nos sirven para entender de mejor manera el alcance de esta figura jurídica. Es así que desde el primer artículo de la Constitución se establece que el Ecuador es un Estado de derechos, es decir se reconoce la primacía de los derechos de los ciudadanos.

El artículo 11 numeral 9 de la Carta Magna establece que el deber más importante del Estado es garantizar y respetar los derechos constitucionales. Tanto el Estado como sus agentes públicos deben reparar las violaciones a los derechos de los ciudadanos causadas por deficiencias en los servicios públicos o acciones negligentes de funcionarios. El Estado es responsable por detención arbitraria, errores judiciales, retrasos injustificados en la administración de justicia y violaciones al debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria es revocada, el Estado debe indemnizar a la persona injustamente condenada, y puede repetir contra los funcionarios responsables.

De este texto que nos presenta la Constitución podemos realizar las siguientes anotaciones, positivas en algunos aspectos y con un sentimiento crítico en otras.

Desde las primera líneas se maneja un criterio acertado puesto que se menciona que el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos de los ciudadanos, siendo así el Estado un vehículo y un medio que permita a los ciudadanos satisfacer sus derechos. Se establece la responsabilidad objetiva directa del funcionario, e inclusive se extiende hacia los delegatarios y concesionarios; se habla a su vez de la obligación de reparar por la falta o deficiencia en la prestación de un servicio público y también por las acciones u omisiones de los servidores públicos, todo esto nos demuestra el estado actual en el que se encuentra la teoría de la responsabilidad extracontractual en el texto constitucional, manejando un estándar moderno de esta teoría. Sin embargo, este artículo en su gran mayoría es una copia de lo establecido en la Constitución de 1998. El siguiente cuadro comparativo muestra la similitud entre lo establecido en la Constitución de 1998 y la Constitución vigente:

Constitución 2008	Constitución 1998
Responsabilidad por la prestación deficiente de servicios públicos:El Artículo 11.9 de la Constitución ecuatoriana establece la obligación del Estado de reparar violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos.	Responsabilidad por la prestación deficiente de servicios públicos:El Artículo 20 menciona que las instituciones del Estado deben indemnizar a los particulares por los perjuicios causados debido a la prestación deficiente de los servicios públicos.
Derecho de repetición: El Artículo 11.9 menciona el derecho de repetición del Estado contra las personas responsables del daño producido.	Derecho de repetición:El Artículo 20 establece que las instituciones antes mencionadas tienen derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios que, por dolo o culpa grave, hayan causado los perjuicios. El Artículo 22 también menciona el derecho de repetición del Estado contra el juez o funcionario responsable.

Reparación por sentencia reformada o revocada: El Artículo 11.9 establece que, cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia.	Reparación por sentencia reformada o revocada: El Artículo 21 menciona que, en casos de revisión de sentencia condenatoria, la persona será rehabilitada e indemnizada por el Estado.
Responsabilidad por error judicial y detención arbitraria: El Artículo 11.9 establece la responsabilidad del Estado por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia.	Responsabilidad por error judicial y detención arbitraria: El Artículo 22 señala que el Estado será civilmente responsable en casos de error judicial, inadecuada administración de justicia, detención arbitraria y violación de normas establecidas.

Tabla 1: Diferencia Constitución 1998 y Constitución 2008

Como se puede observar, el artículo 11.9 consolida los preceptos contenidos en los artículos 20, 21 y 22 de la Constitución de 1998. No se ha evidenciado un progreso significativo en esta área dentro del marco constitucional. Lo que se puede destacar del contenido de la nueva constitución es la transición de la indemnización a la reparación. La indemnización, centrada en compensar económicamente el daño, ha evolucionado hacia una reparación más integral. Este nuevo enfoque va más allá de la compensación monetaria e incluye medidas para restaurar de manera completa la esfera del perjuicio. La reparación no se limita a aspectos financieros, abarcando garantías de no repetición y acciones destinadas a corregir y mitigar integralmente las consecuencias del daño percibido. Así mismo, se incorpora la responsabilidad de los funcionarios por omisión.

Continuando con el análisis del artículo 11.9 de la Constitución vigente, se habla también de que 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. En la redacción del texto constitucional se debió tener más cuidado y mencionar estas figuras a manera de ejemplo, puesto que cuando se hace una enumeración taxativa como se lo hizo en este artículo, muchas veces se da a entender que no da cabida a otro tipo de circunstancias por las cuales el Estado sea responsable. En la práctica, existen profesionales del derecho que se rigen de forma estricta por lo establecido en la norma, quienes podrían incluso alegar vulneración al principio de legalidad para no reconocer otro tipo de responsabilidad del Estado.

Por último, si bien la responsabilidad por parte de los funcionarios está reconocida en la Constitución, esta es demasiado breve y simple, solo se establecen principios y lineamientos generales, por lo que es necesario una ley propia que desarrolle la responsabilidad extracontractual. Bajo el criterio de Ochoa (2012):

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

Tal como plantea Ochoa, aunque la Constitución reconoce la responsabilidad de los funcionarios, su enfoque es muy conciso, limitándose a principios y directrices generales. Por esta razón, es imperativo contar con una ley específica que amplíe y detalle la responsabilidad extracontractual.

2.2. Código Orgánico Administrativo

Con la implementación del Código Orgánico Administrativo en 2018, se estableció de manera explícita una normativa que regule la Responsabilidad Extracontractual del Estado en

Ecuador. Este Código instauró aspectos sustantivos como requisitos, definiciones y conceptos; y también introdujo aspectos procedimentales como un procedimiento adecuado en la vía contenciosa administrativa para su tratamiento. Antes de la adopción del COA, esta figura legal estaba dispersamente regulada en la Ley de Modernización del Estado, el Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, la Constitución e incluso en normativa civil. Tuvieron que pasar casi diez años desde la promulgación de la Constitución de Montecristi, para que con la implementación del COA se derogaron las leyes previamente mencionadas y se unifique la regulación de la responsabilidad extracontractual en una única ley y se establezca el procedimiento correspondiente.

El primer artículo del Código Orgánico Administrativo en mencionar la responsabilidad del Estado es el artículo 15 el cual establece que el Estado asumirá la responsabilidad por perjuicios causados por fallos en los servicios públicos o negligencia de sus funcionarios, así como por actos de terceros que actúen en nombre del Estado. Los servidores públicos deberán responder por actos u omisiones dolosos o culposos. No hay servidor público exento de responsabilidad.

Como se puede evidenciar, lo contenido en este artículo es un mero parafraseo y una continuación de lo establecido en la Constitución. Lo destacable de este artículo es su última frase “no hay servidor público exento de responsabilidad”, esto nos deja las puertas abiertas a un sin fin de posibilidades por las cuales un funcionario público puede ser responsable, bajo este concepto todo funcionario es responsable hasta de la más mínima de sus actuaciones.

Aunque el Código Orgánico Administrativo es responsable de desarrollar la normativa relacionada con la responsabilidad extracontractual, su contenido sigue siendo insuficiente en términos prácticos. En cierta medida, se puede considerar que esta ley es una continuación de los principios establecidos en la Constitución, y aunque amplía ciertos aspectos, sigue siendo

muy limitada. En consecuencia, existe una necesidad urgente de desarrollar aún más la normativa en esta área para garantizar la efectiva protección de los derechos de los ciudadanos y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

2.2.1. Elementos de la responsabilidad.

El artículo 331 nos presenta cuáles son los requisitos indispensables para que se configure la responsabilidad extracontractual. Estos requisitos ya se encuentran plasmados en la Constitución pero el Código Orgánico Administrativo complementa su desarrollo normativo. Estos requisitos son:

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

2.2.1.1. Falta o deficiencia en la prestación de un servicio público.

Para Rodríguez-Piñero et al. (2018) esta falta o deficiencia en la prestación de un servicio público “comprende también, y sobre todo, el funcionamiento ilegal, irregular o anómalo, o si se prefiere, el funcionamiento objetivamente culpable del servicio público, aquel que se sitúa por debajo de los niveles legales o socialmente exigibles”. En otras palabras, los servicios públicos tendrán un funcionamiento anormal si no operan correctamente, se retrasan o se ejecutan de manera inadecuada según los estándares requeridos.

Esta responsabilidad por falta o deficiencia en la prestación de un servicio a su vez está desarrollada en el artículo artículo 332 que establece: “Cuando el servicio público es prestado directamente por el Estado, la responsabilidad es de este. Cuando se lo presta por delegación

de gestión, la responsabilidad es del correspondiente delegatario o concesionario y subsidiariamente del Estado.”

La Corte Suprema de Justicia del Ecuador dentro del fallo de casación del 11 de abril del 2007, establece que:

La falla del servicio se puede conceptualizar como el título jurídico de imputación objetiva de la responsabilidad estatal, fundamentada en el funcionamiento anormal de un servicio público (falta o deficiencia del servicio) que provoca un daño antijurídico al particular, quien no debe probar la culpabilidad del agente público (que puede ser anónimo) sino únicamente el nexo causal entre la falta o deficiencia del servicio y el daño ocasionado. (Corte Suprema de Justicia del Ecuador, 2007, como se citó en Ochoa, 2012

La falla o falta del servicio se basa entonces, en el mal funcionamiento de un servicio público, que puede ser producido por la falta o deficiencia del mismo, y que provoca un daño antijurídico al particular afectado.

Es necesario comprender el concepto de servicio público desde una perspectiva mucho más amplia para determinar la responsabilidad del Estado. En este sentido, debemos recurrir a la ciencia política para entender que el Estado es un vehículo, un medio a través del cual los ciudadanos puedan alcanzar sus objetivos y cumplir sus metas. Bajo este punto de vista, toda persona en ejercicio de un cargo público presta un servicio público en favor de la sociedad para que los administrados puedan gozar de sus derechos. Todas las personas que trabajan en el sector público tienen como objetivo principal prestar un servicio a la comunidad dentro de su competencia, ya sea gestionando recursos, fomentando el desarrollo económico, rindiendo cuentas, entre innumerables actos realizados por la administración pública. Estos servicios públicos no se limitan únicamente a servicios clásicos como la salud, educación y transporte. Bajo el concepto mencionado anteriormente, toda la esfera pública se

rige por la noción de servicios públicos, ya que de una u otra manera, todos los funcionarios brindan un servicio para que los administrados puedan ejercer y disfrutar de sus derechos. Todo funcionario público estaría prestando entonces un servicio público, por lo que su falta o deficiencia en la prestación de este servicio generaría responsabilidad. Esto incluye a funcionarios de todos los órganos del Estado.

Esta falta o deficiencia en la prestación de un servicio público también se conoce como imputación jurídica, que es la atribución de responsabilidad por un hecho reprobable a una persona, en este caso, a un servidor público. Esto implica la posibilidad de atribuir el daño al Estado debido a su acción u omisión en un caso determinado. La administración puede actuar de diversas formas, a través de sus funcionarios directamente o con la ayuda de particulares vinculados o controlados por la administración. La atribución jurídica de un daño, ya sea con o sin culpa, a un agente estatal o a un particular que realiza una prestación, requiere que el agente esté vinculado a la administración mediante títulos jurídicos de imputación, esto es necesario para lograr una verdadera imputación al sector público y a quienes actúan en nombre de ella, y que de esta forma quedan incluidos los daños de todo tipo de actuación administrativa, sean materiales o formales. Debemos entender que esta noción de servicio público sirve para poder determinar las personas que integran el Estado y entender los casos en los que se considera que un agente forma parte o está inserto en la administración. Para lograr esto, es necesario identificar los funcionarios que constituyen la función administrativa y los particulares que pueden llegar a formar parte de ella.

Por otra parte, la falta o deficiencia en la prestación de un servicio también comprende el funcionamiento ilegal, irregular o anómalo del servicio. El funcionamiento de los servicios públicos en sentido estricto no es la única circunstancia que puede generar daños y perjuicios, estos pueden derivar de actividades técnicas o estrictamente jurídicas. Para atribuir la falla o falta en la prestación del servicio, también debemos prestar atención a la "responsabilidad de

la acción generadora de daño" en la que el agente puede tener la posibilidad de impedir el daño y estar legalmente obligado a hacerlo, pero no lo hace. En este caso, no solo existiría una deficiencia en la prestación de un servicio, se estaría incurriendo incluso en un delito de comisión por omisión.

Para determinar si existe falta o deficiencia en la prestación de un servicio público, esta debe ser probada. Además, se necesita que se fijen previamente estándares o parámetros de funcionamiento para la administración; estos deben situarse en niveles legales establecidos o ser socialmente exigibles. Es cuando no se siguen estos parámetros que surge una falla en la prestación del servicio, por ejemplo, cuando un hospital no sigue los protocolos obligatorios en una operación y el paciente fallece debido a la negligencia de los médicos por no acatar los protocolos establecidos.

2.2.1.2. Daño calificado.

El daño calificado de conformidad con este Libro.

El requisito inicial para que la responsabilidad se configure es la existencia de un daño o lesión; sin este, no habría base para iniciar una investigación sobre la posibilidad de reparación. Hay dos categorías de daños: aquellos que deben ser soportados por los particulares y los que los privados no tienen la obligación de asumir.

Para el tratadista Hiestroza (1967) el daño se conceptualiza como aquella “lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que el padecimiento moral que la acongoja”

Ramírez Gronda define al daño como “todo menoscabo o detrimento que se sufre física, moral o patrimonialmente, o, dicho de otro modo el perjuicio material o moral sufrido por una persona”. (Ramírez Gronda, 1959, como se citó en Lucero, 2016)

El daño se refiere entonces al deterioro, perjuicio o daño que alguien sufre en su persona o propiedad debido a las acciones de otro, lo cual puede manifestarse en forma de perjuicio

físico, moral o económico. En resumen, abarca los perjuicios materiales o morales que una persona experimenta debido a las acciones de terceros. Por un lado, se encuentra la definición básica de daño, que contempla el menoscabo o deterioro de los bienes de una persona, tanto en aspectos materiales como morales. Por otro lado, se distingue el concepto de daño antijurídico, que se refiere a aquel perjuicio que el Estado, en el ejercicio de su soberanía y funciones, no está facultado para causar, y los ciudadanos no están legalmente obligados a soportar.

El daño calificado, según lo especificado en el artículo 334, se refiere a aquel que la persona no está legalmente obligada a soportar y que surge directa e inmediatamente de la acción u omisión de las administraciones públicas, violando así el principio de igualdad en la distribución de las cargas públicas.

El daño calificado se produce cuando el principio de igualdad en la distribución de las cargas públicas se ve violado, lo que implica que el Estado tiene la obligación de compensar al ciudadano por el daño causado. Cuando una administración pública no cumple con su deber de distribuir equitativamente las cargas públicas, se genera un daño calificado que el Estado debe reparar.

Características

Existen ciertas características o requisitos que debemos tomar en consideración al momento de analizar este elemento de la responsabilidad extracontractual. Henao (1998) indica que los elementos para que el daño exista son que el mismo sea personal, es decir, que sea sufrido por la persona que solicita reparación, y cierto, que hace referencia a que sea específico, actual o futuro, no eventual. (Henao, 1998, como se citó en Baños, 2021). Garcia (2021) menciona que los requisitos del daño son que sea cierto, personal, directo y lícito. Barona (2020) por su parte menciona que para que el juez otorgue una indemnización total,

los daños deben ser ciertos, directos, personales. Tomando en cuenta el criterio de estos autores, podemos convenir en las siguientes características del daño:

El daño debe ser personal. Es esencial que se pueda atribuir claramente a la persona afectada para poder proporcionar una compensación adecuada. Aunque el daño puede afectar a un individuo o a un grupo de personas, nunca se indemnizará un perjuicio que afecte a todos los administrados, ya que en esa circunstancia se establecería una especie de igualdad de cargas públicas.

Es necesario que el daño sea cierto. Esto quiere decir que debe haber la capacidad de demostrar su existencia por parte de la persona que lo sufre. El daño debe ser innegable para que el juez pueda estar seguro de que efectivamente ha ocurrido o que ocurrirá con total certeza.

El daño debe ser actual. Existen circunstancias excepcionales en las que el daño sí puede ser futuro, en donde se sabe que efectivamente existirá un daño y que se manifestará posteriormente en el tiempo. Se excluye de este escenario el daño eventual, aquel daño hipotético del que no se tiene la certeza de que ocurra.

El daño debe ser directo. Para Tamayo Jaramillo (2007), el término directo hace alusión a que el daño sea una consecuencia del hecho al que se imputa.

Por último según Garcia (2021) el daño debe ser lícito, esto implica que “el interés que resulte afectado con el hecho dañoso sea lícito o no resulte contrario al ordenamiento.”

Tipos de daño

Al abordar el concepto de daño, es crucial comprender que no existe una única categoría, sino que se subdivide en varios tipos distintos, y es fundamental examinar cada uno de estos para asegurar que la reparación futura sea proporcional al perjuicio ocasionado. El daño lo podemos dividir en dos categorías principales: el daño material e inmaterial.

a) Daño Material

El daño material se refiere a la afectación de bienes de naturaleza económica. Estos perjuicios afectan directamente a los bienes que forman parte del patrimonio de una persona, esto abarca desde los daños que alteran la integridad física del individuo, deterioro de objetos materiales hasta aquellos daños que provocan cambios en la naturaleza material de un objeto. Para Garcia (2021) el daño material se refleja en “intereses económicos de la víctima y que implican la pérdida de valor de un activo, su destrucción o la imposibilidad de percibir un beneficio que en condiciones normales sería percibido”. En estas circunstancias, el objetivo principal es determinar un valor que permita reparar o reemplazar lo que se ha perdido o sufrido.

En el daño inmaterial al momento de la reparación se debe tener en cuenta tanto el daño emergente como el lucro cesante.

El daño emergente de acuerdo a Mariño (1999), se entiende como todos los desembolsos o costos relacionados con un hecho específico que haya ocasionado un perjuicio a la víctima, incluyendo las sumas de dinero, bienes y servicios que tuvieron que ser cubiertos como resultado del daño. También se considera dentro de esta categoría la pérdida patrimonial sufrida por un tercero como consecuencia directa del incidente.

El daño emergente se entiende entonces como aquel perjuicio inmediato sufrido por la víctima a causa del daño sufrido, lo cual involucra destinar parte de sus recursos económicos a reparar los perjuicios ocasionados. Esto tiene como objetivo brindar a la víctima la oportunidad de restablecer o sustituir el bien afectado. En esta perspectiva, es crucial detectar tanto los costos presentes como futuros que la víctima podría enfrentar para superar los efectos de la lesión. Asimismo, es necesario definir específicamente en qué componente o aspecto recae el daño en cada caso.

El lucro cesante se presenta cuando un recurso económico que debería haber ingresado en el curso normal de los acontecimientos no se ha incorporado ni se incorporará al

patrimonio de la víctima. Tamayo (2007) destaca que hay lucro cesante “cuando un bien económico, que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima”. Este tipo de perjuicio puede surgir tanto de la afectación de un bien como de la de una persona, y su ocurrencia puede darse tanto en el presente como en el futuro. En situaciones en las que se daña un bien material como por ejemplo un vehículo, se evalúa la merma de producción como resultado de su destrucción. En el caso de perjuicio a una persona, se examina cómo esta lesión, ya sea temporal o permanente, impacta en su capacidad para realizar determinadas actividades y se disminuye su capacidad laboral.

La determinación del lucro cesante se efectúa teniendo en cuenta no solo el efecto sobre la víctima, sino también sobre aquellos que dependen de ella. Este concepto ejemplifica la complejidad y las múltiples facetas que se deben abordar al analizar y remediar daños en situaciones en las cuales la pérdida económica es una consecuencia directa.

b) Daño Inmaterial

El daño inmaterial es aquel que posee un carácter extrapatrimonial, afectando a bienes de carácter no económico pero protegidos por el ordenamiento jurídico. Según Rojas Quiñones (2015), los perjuicios extrapatrimoniales se refieren a aquellos que no afectan la esfera patrimonial del perjudicado, sino que impactan en su bienestar emocional o en aspectos relacionados con su ser sintiente, ya sea en términos internos o externos.

Este tipo de perjuicio inmaterial abarca incluso las afectaciones a los sentimientos y las sensaciones emocionales de la víctima, aspectos cuya apreciación en su veracidad e intensidad sólo la propia víctima puede determinar. Estos perjuicios tienen una naturaleza subjetiva y deben ser indemnizados de la manera más equitativa posible. La determinación de una suma para una reparación patrimonial resulta compleja, ya que su propósito es reducir el sufrimiento experimentado por la víctima. Las personas afectadas, sus allegados, herederos y

otros individuos cercanos a la víctima tienen la posibilidad de solicitar el reconocimiento de este tipo de daño. El daño inmaterial comprende una variedad de tipos de daño tales como:

1. El daño moral involucra lesiones dirigidas hacia los sentimientos y se manifiesta en situaciones dolosas que causan menoscabo o deterioro en la integridad afectiva o espiritual, siempre dentro de límites que no alcancen niveles patológicos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que: “El daño moral infligido a las víctimas (...) resulta evidente pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a las agresiones y vejámenes mencionados experimente un sufrimiento moral.” (CIDH, 1996, como se citó en Ron, 2021) Este tipo de perjuicio puede impactar tanto a la persona directamente afectada como a aquellos que la rodean, como familiares cercanos o individuos con los cuales ha establecido vínculos emocionales sólidos. La cuantificación de la lesión provocada es una tarea asignada al juez encargado. El daño moral también implica una alteración en la personalidad del individuo que impacta su comportamiento habitual. Esto abarca trastornos en la estructura psicológica, cambios en el estado de ánimo y la reducción de las funciones psíquicas y vitales. Estos efectos demandan la búsqueda de la asistencia de especialistas en el campo para tratar al individuo afectado.
2. El daño a la vida de relación. Para García Polchlopek (2021) “así como los daños morales reparan la afectación interna, estos se ocupan de la reparación en la faceta externa o relacional de la persona.” Este daño implica tanto un perjuicio fisiológico como un deterioro en la calidad de vida y en la vida de relación. Polchlopek, citando a la Corte Suprema de Justicia de Colombia, expresa que este tipo de perjuicio busca compensar la imposibilidad o privación de la víctima para llevar a cabo su vida en condiciones normales, así como la incapacidad para disfrutar de actividades placenteras, lúdicas, recreativas, deportivas, sociales y otras que contribuyen a la

calidad de vida. En el contexto de este perjuicio, el aspecto fisiológico se relaciona con la disminución de la capacidad lúdica o placentera debido a la afectación de la integridad corporal. El perjuicio estético abarca cambios visibles que generan emociones negativas. La pérdida de un miembro no solo implica una disminución funcional, sino también un perjuicio estético. Todos estos elementos buscan compensar las limitaciones que impactan en la calidad de vida y el bienestar.

3. Daño a los bienes personalísimos. La Corte Suprema de Justicia considera este tipo de afectación como un “agravio o la lesión que se causa a un derecho inherente al ser humano, que el ordenamiento jurídico debe hacer respetar por constituir una manifestación de su dignidad y de su propia esfera individual” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2014 como se citó en García 2021) Para este mismo autor el perjuicio extrapatrimonial “recae sobre los bienes de la personalidad misma del afectado que además tienen un carácter constitucional.” Este tipo de daño se manifiesta como un menoscabo a la honorabilidad de la persona e implica afectaciones a su dignidad, valoración social de la integridad, la buena imagen, el respeto, el buen nombre, la tranquilidad y la reputación personal, incluso el daño espiritual que afecta la esencia y el espíritu del individuo. Este daño puede ser indemnizado económicamente, sin embargo las víctimas suelen considerar la sentencia condenatoria como la manera más adecuada de reparar estos perjuicios.

Casos en los que una persona está obligada a soportar el daño

Para el magistrado Alier Hernandez no todo daño resulta en un perjuicio indemnizable, ya que los ciudadanos deben tolerar algunas cargas derivadas de la función administrativa. Es esencial que el daño tenga un carácter de "anormalidad" para ser sujeto de indemnización (Hernández, 2000 como se citó en Baños, 2021). El jurista Gil Botero sostiene que el daño es relevante para el derecho cuando es considerado antijurídico resarcible. (Gil,

2008, como se citó en Baños, 2021) Un daño que carece de incidencia nociva es insignificante y debe soportarse ya que no requiere reparación significativa.

En la sentencia emitida en el año dos mil por el Consejo de Estado de Colombia, siendo esta entidad el tribunal supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en este país, se establecen dos características respecto de este concepto. La primera característica establece que no todos los daños causados por el Estado son indemnizables, sólo aquellos que sobrepasan los límites jurídicos que protegen los derechos y establecen obligaciones en la sociedad generan la obligación de reparación. En otras palabras, la responsabilidad patrimonial del Estado se origina sólo cuando superan la normal tolerancia o impiden el goce normal y adecuado del derecho. La segunda característica establece que el Estado no puede indemnizar daños cuya fuente carece de protección jurídica, especialmente si su origen es inconstitucional, ilegal o va en contra del principio de buena fe que debe regir todas las acciones de particulares y del Estado. (Consejo de Estado de Colombia. Expediente 12158, 2000 como se citó en Baños, 2021) Siguiendo con esta línea de pensamiento el Consejo de estado de Colombia expresa que el daño responde a “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”

Bajo este concepto proporcionado por el Consejo de Estado de Colombia, se destaca que hay situaciones en las que un individuo está legalmente obligado a soportar un daño. Ejemplos de tales afectaciones o restricciones legítimas incluyen el servicio militar obligatorio, el pago de impuestos, y el decomiso y la destrucción de mercancías de contrabando. En estos casos, argumentar que existe un daño resulta difícil, ya que las dos primeras son obligaciones impuestas por la ley, y en la tercera no hay una afectación a un interés legítimo, dado que se origina en una actividad ilícita, siendo la licitud de la acción uno de los elementos necesarios para que exista un daño. Si consideramos que estos ejemplos

constituyen una forma de perjuicio, sería necesario reconocer que todas las obligaciones legalmente impuestas, como el cumplimiento de las normas de tránsito o ambientales, también podrían ser categorizadas como daño. Las cargas impuestas por la ley deben ser asumidas.

De la misma forma, la actuación administrativa que cumple con los principios esenciales del derecho administrativo, como la buena fe, confianza y legítima actuación, también impone la obligación de soportar el daño. Situaciones extraordinarias impuestas por la ley como los estados de excepción, también exigen la tolerancia del daño.

2.2.1.3. Nexo Causal.

El nexo causal es el último requisito establecido en el artículo 331 del Código Orgánico Administrativo: “La existencia de un nexo causal entre el daño calificado y la acción u omisión de las administraciones públicas o el hecho dañoso que violente el derecho.” Parra (2019) define al nexo causal como “aquella correlación entre el hecho generador y los efectos ocasionados por este, el mismo que deberá ser directo, exclusivo y necesario de una acción que proviene de la administración.”

El artículo 335 sobre el nexo causal determina que: “El nexo causal entre el daño calificado y la acción u omisión de la administración pública o el hecho dañoso que violente el derecho se fundamentará en hechos probados”.

El nexo causal entonces, implica una relación entre la acción u omisión de un funcionario y el perjuicio resultante, esto es esencial en la determinación de la responsabilidad extracontractual. La carga de probar esta conexión recae en el ciudadano perjudicado, quien debe demostrar que el acto del funcionario durante el servicio causó el daño. En este sentido, es relevante determinar el nexo causal en situaciones donde la relación causal no es directa y se deben considerar posibles factores externos que rompen la relación de causalidad. Esto requiere un análisis lógico y racional para afirmar la causalidad,

evaluando si el hecho fue condición sine qua non para el evento. Además, salvo presunción legal, debe ser probado por el ciudadano afectado. La afirmación de que un hecho debe ser probado no implica necesariamente la necesidad de procesos independientes, como un procedimiento penal. Los hechos pueden ser demostrados de diversas maneras, incluyendo peritajes, informes, expedientes, archivos, entre otros.

Existen diferentes teorías que nos sirven para encontrar la relación de causalidad:

- a) La Teoría de la Causalidad Exclusiva establecía que la administración sólo sería responsable por los daños si estos eran causados por su intervención exclusiva. Una causa ajena a la actividad administrativa eximía a la administración de su obligación de indemnización. Para Cuch-Aguilera (2016) la Teoría de la causa exclusiva, que actualmente se encuentra en desuso, es la más restrictiva. Esta teoría establece que la Administración sólo es responsable cuando el nexo causal sea directo, es decir, cuando no haya interferencias de terceros o del propio afectado. Esta conexión debía ser directa, inmediata y exclusiva. Sin embargo, esta teoría presenta una limitación al proteger los intereses estatales en perjuicio de la víctima y omite numerosos casos de causalidad concurrente, en los que el Estado debe participar en la compensación.
- b) La Teoría de la Equivalencia de Condiciones busca determinar qué causas contribuyeron al daño, asignándoles igual importancia a todos los factores que participaron en su ocurrencia. Según Mosset (2004) esta teoría “rechaza las diferencias entre los antecedentes del resultado y los considera a todos equivalentes en su producción, *conditio sine qua non*. Para esta teoría cada condición es causa de todas las consecuencias, puesto que si se elimina a una el resultado no ha de existir”. Cualquier condición "*Sine qua non*" del daño es considerada una causa, bastando con que el daño no hubiera ocurrido sin la presencia de un evento para que este se convierta en una causa inmediata. Esta teoría asegura la reparación del daño al

favorecer la protección de los intereses patrimoniales de la víctima. Sin embargo, una crítica a esta teoría es que no establece una jerarquía entre las causas del daño, otorgándoles a todas un valor igual. Esto implicaría una variedad excesiva de situaciones en las que el Estado podría ser responsable

- c) La Teoría de la causa próxima busca identificar una causa que sea más relevante entre las anteriores. En esta teoría, se atribuye una mayor importancia a las causas que están temporalmente más cercanas a la producción del daño. Para el mismo autor antes mencionado, esta teoría se refiere a la causa que, en términos temporales, está más cercana al resultado, ya que está relacionada directamente con las demás causas. Bajo esta teoría, se requiere indemnizar las consecuencias que se manifiestan inmediatamente en el momento del hecho dañoso. Bajo este enfoque, se intenta siempre determinar la causa más cercana, lo que podría conducir a un proceso de búsqueda interminable de la causa detrás de la causa. Como crítica a esta teoría, se argumenta que no siempre es la causa más próxima la que determina el resultado. En su lugar, se debe indagar cuál es la causa verdaderamente significativa, lo que implica no limitarse al antecedente inmediato del resultado.
- d) La Doctrina de la Relación Causal Adecuada sostiene que es esencial identificar la causa más significativa entre todas las que influyen en el acontecimiento, aislando así los diversos elementos que podrían haber causado el daño. En palabras de Beltrán (2004) para efectuar el análisis de la relación causal adecuada “debe realizarse una apreciación de los hechos a partir de la regularidad de su ocurrencia, es decir, conforme con lo que acostumbra suceder en la vida misma.” En otras palabras, se efectúa una evaluación de la acción, asegurándose de que sea capaz de generar el efecto en situaciones comunes. Se considera como causa aquella que posee la mayor probabilidad de provocar el daño. No cualquier condición del evento es considerada

causa, sino aquella que en términos generales es apta para ocasionarlo. La causa debe estar relacionada con la acción, omisión, falta o error en la prestación del servicio público.

2.2.2. Responsabilidad por acciones u omisiones de servidores públicos.

La jurisprudencia chilena establece que:

La falta de servicio [...] se produce si sus órganos no actúan, debiendo hacerlo, si su actuación es tardía o si ellos funcionan defectuosamente causando perjuicio a los usuarios o destinatarios del servicio y si bien no se requiere individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción u omisión origina la falta, se debe invocar y acreditar la existencia de esa falta. (Corte Suprema de Chile, Casación N° 3.427, 2022, como se citó en Ochoa, 2012)

La falta de servicio no se limita solo a acciones directas de la administración pública sino también a su omisión, que se traduce en inacción, retrasos o funcionamiento defectuoso, resultando en perjuicio para los administrados.

La responsabilidad por acción u omisión se encuentra regulada en el Artículo 333 del COA la cual establece: “El Estado responde por el daño calificado, por acción u omisión de la o del servidor público y tendrá la obligación de ejercer la acción de repetición contra quienes, en el ejercicio de sus funciones, generaron el daño por dolo o culpa grave.”

Este artículo deja plasmado la responsabilidad del Estado por acción u omisión y la facultad del Estado de repetir en contra del funcionario que generó el daño. El análisis más relevante que podemos hacer de este artículo se encuentra en su línea final donde se establece que el Estado tendrá la obligación de ejercer la acción de repetición en contra de quienes generaron el daño por dolo o culpa grave.

Para iniciar, es esencial diferenciar entre dolo, culpa grave y culpa leve. En términos breves, el dolo se caracteriza por la presencia de intencionalidad al llevar a cabo una acción.

Por otro lado, la culpa grave se distingue por la ausencia de intencionalidad, pero se destaca por la gravedad de los resultados derivados de las acciones. Finalmente, la culpa leve también carece de intencionalidad y se cataloga como un descuido de menor gravedad.

La clasificación realizada por el legislador fue un error significativo. El artículo es explícito al indicar que se repetirá contra quienes "generaron" el daño por dolo o culpa grave. Un daño originado por culpa leve con consecuencias catastróficas no podría repetirse bajo estas condiciones puesto que aquellos que actuaron con culpa leve mas no dolosa o de culpa grave, no serán susceptibles de repetición. Bajo esta premisa cualquier agente del Estado alegará que su actuación fue de culpa leve o descuido al enfrentar acciones de repetición. Surge la interrogante de por qué no se puede repetir en contra de los funcionarios que actuaron con culpa leve. Tal vez el legislador intentó actuar de forma benevolente y no causar más sufrimiento al funcionario público que causó el daño perdonándolo por su actuar negligente.

Otra interrogante que nos queda es ¿Cómo se puede demostrar que efectivamente el funcionario actuó con dolo o culpa?, se presume que el funcionario está actuando conforme a la ley por lo que teniendo en cuenta que el funcionario actuó con dolo, en pleno uso de sus facultades decidió cometer el daño, este estaría incurriendo incluso en algún delito.

2.2.3. Eximentes de responsabilidad.

2.2.3.1. Caso Fortuito o Fuerza Mayor.

Teran (2009) establece que el caso fortuito o la fuerza mayor son eventos externos al comportamiento del presunto infractor, a los que no pudo o no tuvo la capacidad de resistir, bien sea porque resultaron imprevisibles o, siendo previsibles, se tornaron inevitables. Estos eventos establecen una relación causal entre el hecho y el daño, donde este último se convierte en una consecuencia del azar

El caso fortuito y la fuerza mayor tienen su origen en el Código Civil, donde el artículo 30 establece: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc". La fuerza mayor y caso fortuito se entiende entonces como un evento externo que se escapa del control del afectado. Son fenómenos naturales inevitables y ajenos a la voluntad humana y de la administración.

2.2.3.2. Culpa de la Víctima.

Cuando concurre la culpa de la víctima, su intervención puede contribuir a la ocurrencia del daño. Si la participación de la víctima es crucial en la generación del daño, surge el fenómeno de la concurrencia de culpas o causas. Aunque en algunas situaciones, pese a la culpa de la víctima, también puede existir responsabilidad por parte de la administración, lo que requiere una distribución compartida de la responsabilidad entre la persona afectada y la entidad administrativa. Según Monterroso Casado este término sólo es aplicable en situaciones donde múltiples individuos contribuyen culposamente a un resultado dañoso, excluyendo casos sin culpa (como el caso fortuito o fuerza mayor) o donde solo uno de los implicados tiene culpa, o incluso cuando no hay culpa, sino una relación causal entre las acciones y el daño resultante. (Monterroso Casado, 2001, como se citó en Juanes, 2017)

2.2.3.3. Hecho de un tercero.

De acuerdo a Rojas y Martínez (2008) "cuando el hecho del tercero es la causa exclusiva del daño, el demandado se exonera completamente de responsabilidad por ser ésta imprevisible e irresistible, es decir, por cumplir todos los elementos de la causa extraña." La intervención de un tercero ocurre cuando un individuo ajeno al Estado afecta el curso habitual de los sucesos, generando un daño que no se presentaría sin su intervención. Esta debe cumplir con criterios de exterioridad, imprevisibilidad e irresistibilidad. La actuación de un

tercero conlleva a la no imputación al Estado por lo que libera de responsabilidad a la administración.

2.2.4. Reparación por daños.

La reparación del daño causado es esencial en la responsabilidad extracontractual. Sin ella, no tendría sentido presentar una acción por responsabilidad extracontractual. El fin último que se persigue es la reparación de los daños causados por la administración, sin ella, al presentar una acción de responsabilidad contra el Estado se lograría únicamente declarar la existencia del perjuicio ocasionado por el Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho referencia a la reparación utilizando los siguientes términos: “Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial”. (Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, 2006). La reparación integral del daño debe ser justa y abarcar el monto real del daño que la víctima ha sufrido, con el objetivo de restituirla a condiciones similares a las previas al hecho dañino. Si se indemniza el daño en exceso, se produce un enriquecimiento injusto por parte de la víctima. En la reparación existen dos enfoques económicos: la primera busca devolver las cosas a su estado original mientras que la segunda pretende indemnizar en los casos que sea imposible retornar al estado anterior. Para lograrlo, es crucial valorar los daños basándose en los principios de reparación integral y equidad, además de seguir criterios técnicos.

Atendiendo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano de la Organización de los Estados Americanos encargado de la promoción y protección de los derechos humanos, las medidas de reparación se dividen en dos categorías. Primero, de acuerdo al tipo de daño, que a su vez se subdivide en daños materiales e inmateriales.

Segundo, según el objetivo que persiguen, que se subdivide en garantías de no repetición, restitución, indemnización, satisfacción, rehabilitación, investigación y sanción.

Desde la Constitución ya se plantea la idea de reparación, es así que en el inciso segundo del artículo 11 numeral 9 se menciona que toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares. Como se puede evidenciar ya se establece un principio básico en la Constitución sobre responsabilidad extracontractual acerca de la necesidad de reparar los daños.

El Artículo 336 del Código Orgánico Administrativo sobre la reparación por daños establece que en casos de daño patrimonial, se buscará restituir las cosas a su estado original o al más cercano posible. Si esto no es viable, se procederá con una reparación pecuniaria que incluirá la compensación por daños morales, si es aplicable. La reparación pecuniaria puede ser reemplazada por compensación en especie o pagos periódicos, si es más conveniente y en interés público, con acuerdo del interesado. En circunstancias pertinentes y dentro de su competencia, la administración pública puede establecer reparaciones no patrimoniales, siempre que no afecten derechos de terceros ni generen gastos adicionales al Estado. A su vez establece que se excluye la reparación integral según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Al analizar este artículo, podemos percatarnos que esta forma de reparación se centra principalmente en lo material y patrimonial. Desde las primeras líneas, se enfoca en el daño patrimonial, otorgándole mayor énfasis e importancia a restituir las "cosas" a su estado original o lo más cercano posible. Incluso cuando se menciona el daño moral, se hace referencia a una reparación pecuniaria, relegando a un segundo plano las reparaciones no patrimoniales e inmateriales. En cuanto a las reparaciones no patrimoniales se refiere, solo se mencionan casos en los que "no afecten derechos de terceros ni generen erogaciones

adicionales al Estado", ¿qué casos serían estos en los que no se afecten derechos de terceros? La ley no clarifica cuáles serían estos casos y genera ambigüedad en su texto.

Existe, por otro lado, una redacción deficiente en esta norma, dado que se menciona que la reparación integral contemplada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales no es aceptada, pero al aceptar la reparación inmaterial de alguna forma, se está de hecho aceptando la reparación integral. La confusión en esta norma radica en que al momento de su creación, los legisladores parecían carecer de una comprensión clara de la amplitud de la reparación integral y los criterios que la rigen.

Para Aguirre y Alarcon (2021) “la reparación integral es una institución jurídica que tiene por objeto subsanar, en la medida de lo posible, las consecuencias reales y potenciales generadas a partir de la vulneración de un derecho.” La reparación integral tiene como finalidad entonces, compensar de manera exhaustiva y adecuada los perjuicios ocasionados a una persona o entidad. Va más allá de la restitución de aspectos patrimoniales y se enfoca en abordar daños morales y otros perjuicios no exclusivamente económicos. Su propósito es restaurar, en la medida de lo posible, la situación previa al daño y proporcionar una compensación completa para mitigar las pérdidas sufridas.

En la reparación integral se incluyen reparaciones de tipo no patrimonial y otros tipos de reparaciones de acuerdo al daño ocasionado. ¿Acaso esto quiere decir que no son aplicables todos los tipos de reparación que menciona la CIDH en la reparación por responsabilidad extracontractual? Esto genera una suerte de antinomia, puesto que no está claro qué se puede reparar y qué no. Al establecer que la reparación integral no es aplicable, se cierra la puerta a otros tipos de reparación, dejándonos únicamente con la reparación material y, en especial, con la reparación patrimonial. Los jueces se encuentran atados de manos al no poder aplicar la reparación integral, deben buscar formas de reparar sin aplicar la reparación y que satisfagan los derechos vulnerados de los ciudadanos.

Se podría pensar que cuando el legislador creó esta norma, tenía la intención de que esta reparación fuera únicamente una compensación monetaria para satisfacer a los administrados por los daños causados por la mala administración pública. Sin embargo, esta limitación podría ser problemática, ya que se omite la posibilidad de una reparación más amplia y justa que abarque otros aspectos por los daños sufridos hacia las personas afectadas.

Los jueces en la práctica, no toman en cuenta el criterio de evitar la aplicación de la reparación integral al momento de dictar una sentencia, ya que esto violaría los derechos de los administrados y no se lograría una reparación completa del daño. Si se prescindiera de ciertos estándares de reparación integral, simplemente se limitaría a una compensación financiera por el daño sufrido. Por ejemplo, los jueces podrían proponer medidas de no repetición para evitar que se vuelva a producir el mismo daño, lo que formaría parte de una reparación no patrimonial incluida en la reparación integral. Esto no sería posible si se siguiera rigurosamente lo establecido por la norma. Para llevar a cabo una reparación efectiva, los jueces deben tener en cuenta los intereses y los derechos vulnerados de los ciudadanos, así como la progresividad de los derechos establecidos en la Constitución.

Sea cual fuere el caso, y a pesar de la confusión generada por los legisladores, es viable reparar tanto aspectos materiales como inmateriales. Parecería entonces que la reparación establecida en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional está más orientada hacia una reparación que se ajuste a los derechos estipulados en la Constitución. Mientras tanto, la reparación establecida en el COA, si bien también persigue la reparación de los derechos, tiende más hacia una indemnización de carácter económico.

Al consultar el sitio web de la Corte Nacional de Justicia, no existe jurisprudencia vinculante, es decir fallos de triple reiteración que sean obligatorios, por lo que queda a criterio de cada juez sobre cómo debe realizarse la reparación a cada caso en concreto que verse sobre responsabilidad extracontractual.

CAPÍTULO 3

3. ANÁLISIS DEL CASO ZOILA ENRIQUETA MARÍN CHACÓN CONTRA EL ESTADO ECUATORIANO.

El análisis de este caso y su contraste con otras sentencias nos permitirá comprender si ha existido un avance en los tribunales administrativos al momento de determinar si existe responsabilidad.

3.1. Antecedentes del caso.

En el caso de Zoila Enriqueta Marín Chacón vs. Estado Ecuatoriano, la demandante, la Sra. Zoila Enriqueta Marín Chacón, interpone una demanda contra el Estado Ecuatoriano representado por el Procurador General del Estado. Su demanda se basa en los daños causados a su hijo recién nacido debido a la deficiente prestación de un servicio público, específicamente el servicio de salud.

El caso comienza el 19 de octubre de 2005, cuando la Sra. Marín Chacón acude al Hospital General de las Fuerzas Armadas en la ciudad de Cuenca, para dar a luz a su primer hijo mediante una cesárea programada. Sin embargo, durante el procedimiento de cesárea, suceden una serie de eventos que resultan en una lesión permanente en su hijo. Entre los problemas que se presentan se encuentra una incorrecta administración de anestesia, demoras en el procedimiento y falta de atención adecuada por parte del personal médico.

Se alega que durante la intervención quirúrgica, la elección de anestesia peridural en lugar de general fue inapropiada para un desprendimiento prematuro de placenta durante la cirugía, esto se debe a que la anestesia general brinda un mayor control sobre la sedación y la relajación muscular del paciente. Según expertos médicos, el desprendimiento prematuro de la placenta requeriría anestesia general en lugar de peridural, además se solicitó al personal

médico que ayudara a empujar al niño y que ampliara la incisión debido a las dificultades en el parto. Asimismo, se mencionó que los pulmones del bebé mostraban signos de haber aspirado secreciones.

Tras el nacimiento, el niño experimentó problemas graves de salud que incluyeron retraso mental profundo, pérdida de la capacidad de deglución y epilepsia, lo que llevó a una condición permanente y discapacitante. El niño requería asistencia constante de otra persona debido a su incapacidad para realizar actividades básicas.

Tras lo ocurrido, se llevó a cabo una serie de informes médicos y periciales. El informe pericial del Dr. Homero Ledesma, Médico Legista, identificó una serie de condiciones médicas que contribuyeron a la difícil situación del niño. Esto incluyó una anomalía congénita conocida como el Síndrome de Pierre Robin, que dificultaba la deglución y la respiración.

Por otro lado, el informe del Dr. Santiago Peralta Pintado señaló la dificultad de determinar con precisión cuándo ocurrió la asfixia en el niño, ya sea antes, durante o después del parto. Esto planteó dudas sobre si los problemas de salud del niño eran el resultado de una negligencia médica o si eran atribuibles a factores preexistentes.

Un informe pericial adicional del Dr. Tenorio Salazar destacó las lesiones permanentes y la incapacidad del niño, que requeriría cuidados constantes y no podría realizar ningún trabajo debido a su estado de salud.

Además de los informes médicos, se observaron inconsistencias en la historia clínica del niño, incluidas enmendaduras y falta de información detallada. También se destacó la falta de un servicio de neonatología adecuado en el Hospital Militar Alberto Alvarado Cobos para tratar a niños con condiciones similares y el uso de una termo cuna posiblemente dañada. Se señaló que este equipo no tiene historial de mantenimiento, registro de ingreso ni manual de

operación, y carece de datos de calibración de temperatura, humedad, nivel de ruido, rutina de limpieza, esterilización ni recomendaciones de uso.

Además de las lesiones del niño, surgen problemas significativos relacionados con el funcionamiento interno del hospital. Se revela que la historia clínica del paciente presenta enmendaduras y falta de coherencia en los diagnósticos. Esto plantea serias preocupaciones sobre la precisión y la integridad de los registros médicos.

La demandante argumenta que la responsabilidad por los daños causados a su hijo recae en el Estado Ecuatoriano debido a la prestación deficiente de un servicio público, en este caso, la atención médica brindada por el Hospital General de las Fuerzas Armadas. Insiste en que la negligencia y la mala praxis médica fueron las causas directas de las lesiones permanentes de su hijo.

El tribunal se enfrenta a dos argumentos clave. El primero es el argumento de la anomalía congénita, que sostiene que las afecciones del niño son el resultado de una anomalía congénita y no de la deficiente prestación del servicio. Se basa en la valoración médica que concluye que el niño padece el síndrome de Pierre Robin como una condición congénita. Sin embargo, se argumenta que, aunque el niño nació con esta condición, su estado no se habría agravado si se hubiera actuado con la debida diligencia y se hubieran utilizado los equipos adecuados para su atención después del parto.

El segundo argumento se basa en la presunción de responsabilidad penal. Se sostiene que la justicia penal no ha determinado responsabilidad del personal médico, existiendo únicamente una presunción de responsabilidad penal contra la Dra. Guayasamín. Sin embargo, se argumenta que esta presunción de responsabilidad penal no es suficiente para establecer la deficiente prestación del servicio público y, por lo tanto, la responsabilidad del Estado.

El tribunal también considera un requisito de pre-judicialización y sentencia ejecutoriada. Se destaca que, de acuerdo con la Constitución de 1998, para que proceda la indemnización por la deficiente prestación del servicio público, se debe haber probado el daño y la responsabilidad con una sentencia ejecutoriada. La acción penal presentada anteriormente no ha establecido responsabilidad por parte del personal médico del hospital, lo que impide reclamar una indemnización.

En recurso de casación, el tribunal emite una sentencia que revierte la decisión inicial y ordena al Estado Ecuatoriano, a través del Hospital General de las Fuerzas Armadas de Cuenca, brindar atención permanente y especializada al niño durante el resto de su vida como mecanismo de resarcimiento por los daños causados por la prestación deficiente del servicio. También se reconoce un pago mensual equivalente a una remuneración básica del trabajador en general a favor de la madre del niño o de la persona encargada de su cuidado, desde la fecha del parto hasta el día de su fallecimiento. Estos pagos se realizarán mensualmente y se cubrirán los gastos médicos en los que ha incurrido la demandante.

3.2. Análisis crítico de los puntos relevantes que motivan la sentencia en primera instancia.

1. Requisito de pre judicialización y sentencia ejecutoriada.- Este es uno de los principales requisitos que plantea el tribunal donde se menciona que la acción penal mencionada busca determinar responsabilidades por la deficiente prestación del servicio público. Hasta el momento, en la instancia judicial correspondiente, no se ha establecido responsabilidad por parte del personal médico del Hospital Militar en Cuenca que permita reclamar a la institución y al Estado. Según la normativa constitucional, la responsabilidad recae en los funcionarios o empleados cuya culpabilidad haya sido judicialmente declarada por dolo o culpa grave en los perjuicios causados.

Dentro de la sentencia también se establece:

En la comunicación antes indicada, en ningún momento se niega el derecho de la peticionaria a ser indemnizada por la deficiente prestación del servicio público, requiere eso si para su procedencia que se haya probado la deficiente prestación del servicio público, “Hospitalario”, con sentencia ejecutoriada, criterio que comparte el juzgador. (Juicio nro. 344-2009, 2009)

Resulta curioso que en primera instancia se haya declarado sin lugar la demanda, ya que los jueces consideran imprescindible una pre judicialización penal para determinar en primer lugar la responsabilidad del médico y su equipo, y si es que estos efectivamente cometieron una infracción, sustentar su motivación basándose en este argumento para poder determinar si existe responsabilidad extracontractual del Estado. Sin embargo, en el juicio penal, solo se lograron determinar indicios de responsabilidad por parte del médico, pero no se llegó a una conclusión definitiva que determine responsabilidad directa. Es por esta razón que los jueces de lo contencioso administrativo concluyeron que no existía responsabilidad extracontractual. El tribunal de instancia no parece haber tenido en cuenta que no se requiere una previa judicialización penal para que exista responsabilidad del Estado, ya que estas son dos instituciones completamente diferentes. Si se estableciera que todos los casos de responsabilidad extracontractual requieren un proceso penal previo para ser aceptados, se estaría desvirtuando el concepto de responsabilidad objetiva directa del Estado, en la que no importa si el agente actuó con dolo o culpa, sino que lo fundamental es determinar si ha habido un daño, un nexo causal y un título de imputación.

El proceso penal sirve para determinar si se cometió un delito. Existen situaciones en las que, además de tratarse de un tema penal, existe responsabilidad extracontractual. Sin embargo, no todos los casos requieren un proceso penal previo. Este proceso penal puede servir como prueba para fortalecer el argumento de que existe responsabilidad, pero no debe fundamentarse únicamente en un proceso penal. La responsabilidad penal y administrativa

por deficiente prestación de un servicio son dos conceptos totalmente distintos. Si mediante un proceso penal no se pudo determinar que se actuó con dolo, o solo se logró determinar indicios de responsabilidad penal, el actuar con culpa continúa siendo la principal causa de responsabilidad extracontractual.

2. Argumento de la presunción de responsabilidad.- En este argumento empleado por la Corte se expresa que la justicia penal no estableció responsabilidad para el personal médico; solo existe una presunción de responsabilidad penal en contra de la Dra. Guayasamín. Sin embargo, según el criterio del juzgador, esta presunción no es suficiente para determinar la prestación deficiente del servicio público ni la responsabilidad del Estado.

La teoría del delito nos dice que los elementos necesarios para que se configure el delito son: el acto, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Estos elementos difieren de los requeridos para establecer la responsabilidad extracontractual, que incluye el daño, el nexo causal y el título de imputación (lo que ahora se conoce como deficiente prestación del servicio). Como se puede evidenciar, estas dos instituciones del derecho son completamente distintas, y no se pueden utilizar los mismos criterios en un juicio penal para determinar responsabilidad extracontractual.

3. Argumento non bis in idem.- este argumento menciona:

Como es posible que a la doctora Myriam Guayasamín, por la misma causa, se lo juzgue (sic) dos veces, el art. 24 numeral 16, de la Constitución Política del Estado de 1998, (sic) vigente a la fecha de los acontecimientos de éste estudio, dice: “16 Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa. (Juicio nro. 344-2009, 2009)

Se menciona que no se puede ser juzgado dos veces por la misma causa, haciendo referencia a que al no determinar que existió responsabilidad penal, no se puede llevar a cabo

un juicio para determinar si existe otro tipo de responsabilidad. Pero una vez más, se debe hacer hincapié en que el proceso penal determina responsabilidad penal, mientras que el otro es de carácter administrativo.

4. Argumento de la anomalía congénita.- Este es otro argumento que respalda la afirmación de que no hubo responsabilidad. Se argumenta que las afecciones del niño se debieron a una anomalía congénita y no a una deficiente prestación del servicio. En la valoración médica realizada por el perito se concluye que el menor padece el síndrome de Pierre Robin como una condición congénita. Si bien el menor nació con esta condición, su estado no se habría agravado si se hubiera actuado con la debida diligencia y se hubieran utilizado los equipos adecuados para su atención después de separarlo de su madre.
5. Argumento de la repetición del Estado: como último argumento que utiliza el Tribunal sostiene que no hay responsabilidad estatal por la deficiente prestación del servicio público, condición necesaria para que prospere la indemnización solicitada en la acción contencioso administrativa. Se plantea la pregunta de cómo el Ministerio de Defensa Nacional o el Estado pueden ejercer su derecho de repetición contra sus servidores sin un establecimiento previo de responsabilidades por vía judicial. Se destaca que cualquier indemnización solo sería aplicable cuando exista una sentencia ejecutoriada que determine la responsabilidad del servidor público, permitiendo al Estado reclamar dicho pago en caso de condena. (Juicio nro. 344-2009, 2009)

La determinación del dolo o la culpa grave, así como la responsabilidad del funcionario que ocasionó el daño, sólo son pertinentes y adquieren relevancia en el contexto de la acción de repetición. No obstante, en lo que respecta al establecimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado, carecen de importancia, siendo considerados irrelevantes.

3.3. Análisis sentencia de casación

El fundamento en el cual se basa el recurso de casación es el artículo tercero, numeral primero de la derogada Ley de Casación el cual establece: “El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: 1ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva.”

En casación se analiza la aplicación del artículo 20 de la Constitución de 1998 el cual 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 la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes. (Constitución del Ecuador, 1998)

Es importante mencionar bajo qué argumento se sustenta el recurso de casación. En este caso, al casar la sentencia bajo el argumento de una aplicación errónea o interpretación incorrecta de una norma de derecho, se estaría impugnando de forma directa la errónea aplicación de la responsabilidad extracontractual. Esto deja en manos de los jueces de la Corte Nacional de Justicia la tarea de realizar un análisis sobre la correcta aplicación de esta norma y de la responsabilidad objetiva del Estado. La Corte realiza este análisis sobre responsabilidad extracontractual de la siguiente manera:

La norma constitucional transcrita de la Constitución vigente y aplicable a la fecha de los hechos y de interposición de la demanda regula lo que la doctrina denomina

responsabilidad extracontractual del Estado la que está plenamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un régimen de reparación de daños materiales e inmateriales, que si bien tiene su génesis en el Derecho Civil, en el escenario del derecho administrativo obedece a una lógica distinta. En éste se han superado las etapas sucesivas, primero de declarar totalmente irresponsable al Estado, luego de esperar culpa grave o dolo en los agentes estatales para declarar su responsabilidad, hasta llegar a un régimen directo cobijado por el principio de que si el Estado daña y le es imputable el hecho dañino, nace el deber de reparar los efectos de la antijuridicidad ocasionada. Y esto porque, en general, la actuación del Derecho en la sociedad se encamina a evitar la producción de daños apreciables jurídicamente y, una vez producidos, a resarcir sus perjuicios a los sujetos que, afectados, no están en la obligación de soportarlos, tanto más si hablamos que el imputado del daño provenga de la esfera pública.

Como se puede evidenciar claramente, la Corte reconoce y enfatiza la aplicabilidad del régimen de responsabilidad objetiva del Estado. La Corte, de manera concisa, resume la evolución de la responsabilidad extracontractual hasta llegar al régimen actualmente aplicable. Además, establece un principio fundamental: si el Estado causa un daño y dicho daño le es imputable, surge el deber de reparar los efectos de la antijuridicidad ocasionada. Por último, al mencionar que los daños causados a aquellos que no están obligados a soportarlos, se demuestra la aplicación de una de las teorías conocidas como "reparto de las cargas públicas", que sirve de sustento para la aplicación de la responsabilidad extracontractual actual.

Después de realizar este análisis, la Corte menciona que el tribunal de primera instancia comete un error al vincular la determinación de la responsabilidad del Estado a las decisiones de los jueces penales sobre la conducta de las personas involucradas en la presunta

comisión de un delito como resultado de un servicio público deficiente. Esta conexión no es apropiada según esta norma constitucional, ya que no hay una relación directa entre las dos cuestiones.

Por otra parte, en esta sentencia de casación ya se establecen una serie de requisitos fundamentales para que se configure la responsabilidad. Estos son la existencia de un daño, el nexo causal entre el hecho dañino y un título de imputación, que no es otra cosa que determinar jurídicamente quién debe responder por el daño. Si en casación se analiza la responsabilidad objetiva y se establecen estos tres criterios: daño, nexo causal y título de imputación, no solo se debieron enunciar estos requisitos, sino que también se debería haber realizado un análisis lógico completo y aplicarlos en la sentencia. Al respecto, la sentencia de casación se expresa de la siguiente manera en relación a estos tres factores:

Analizada la sentencia y los recaudos procesales, se puede determinar que en efecto existen elementos para configurar un hecho dañoso, las condiciones médicas insuficientes del neonato, como consecuencia de la prestación deficiente del servicio, que produjeron indudablemente efectos negativos en la condición de salud del recién nacido; por otro lado, si bien el cuadro médico del menor muestra deficiencias congénitas, detectadas y referidas en los informes periciales médicos, no hubiese derivado en las consecuencias físicas agravadas en las que quedó el menor, si las instalaciones sanitarias (una termo cuna en funcionamiento) y las propias acciones médicas oportunas (la extracción inmediata del cuerpo del vientre de la madre, y el traslado a la unidad de cuidados intensivos de manera inmediata, no luego de varias horas), que también reconocen los informes periciales practicados, hubieran sido otras; esto, indudablemente configura la existencia de una prestación deficiente de un servicio público, lo que concluye en la determinación de la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado.

En este sentido, la sentencia apenas aborda los tres requisitos mencionados anteriormente. Como se puede observar, no se realiza un análisis exhaustivo en cuanto al daño, el nexo causal y el título de imputación o la deficiente prestación del servicio. No se detalla adecuadamente cuál es el daño, la relación de causalidad y cómo se relaciona con la deficiente prestación del servicio. La Corte se limita a determinar de manera superficial que existe responsabilidad extracontractual debido a la deficiente prestación del servicio público de salud. Incluso se podría argumentar que este análisis realizado por la Corte es insuficiente.

En cuanto a la reparación, elemento sustancial de la sentencia, se establece que:

Se dispone que el Estado Ecuatoriano, a través del Hospital General de las Fuerzas Armadas de la ciudad de Cuenca “Alberto Alvarado Cobos” brinde atención permanente y especializada al menor XXXX, durante el resto de su existencia; como mecanismo para resarcir los daños ocasionados por la prestación deficiente del servicio, se reconoce a favor de la madre del menor AA o de la persona que quede al cuidado del niño, el pago mensual equivalente a una remuneración básica del trabajador en general, desde la fecha en la que se produjo el alumbramiento hasta el día en que ocurra el fallecimiento del menor, pago que se realizará los primeros cinco días de cada mes. Además, se cubrirán los gastos médicos en los que ha incurrido la actora los mismos que, junto con el valor mensual establecido en esta sentencia, por el tiempo transcurrido desde el alumbramiento hasta la fecha de ejecutoria de la misma.

En la sentencia se pueden distinguir varios tipos de reparación. La reparación no se basa únicamente en una compensación económica; abarca más ámbitos con el fin de mitigar efectivamente el perjuicio causado al administrado. Dentro de los mecanismos de reparación se establece una suerte de rehabilitación, que implica brindar atención permanente al menor durante el resto de su vida. También se determina una indemnización económica para cubrir los gastos médicos y de manutención con efecto retroactivo desde el momento del

alumbramiento. Además, se establece que se cubrirán los gastos médicos en los que haya incurrido la actora, como una forma de restitución económica de los gastos efectuados.

Si bien esta sentencia enmienda el error del tribunal de primera instancia y reconoce que el daño debe ser reparado, pudo ser mucho más amplia en cuanto a la reparación. Por ejemplo, se pudo incluir una garantía de no repetición, estableciendo protocolos dentro del hospital para prevenir que vuelva a ocurrir una circunstancia similar.

Por otra parte, cuando se establece la reparación monetaria en un salario básico unificado, la Corte no proporciona una justificación ni especifica el motivo por el cual decidió fijar este monto como reparación. La reparación podría haberse establecido en dos o más salarios básicos para garantizar la cobertura de los gastos médicos y de manutención. Sin embargo, esta decisión no se detalla en la sentencia.

3.4. Elementos fundamentales que aporta el caso propuesto por Luis Eduardo Cárdenas en contra de la Casa de la Cultura Ecuatoriana.

3.4.1. Antecedentes del caso.

El demandante, Luis Eduardo Cárdenas, padre del fallecido, presentó una demanda buscando una indemnización por la muerte de su hijo. En su demanda, argumenta que la Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión y su director provincial en Morona Santiago, así como el Estado ecuatoriano, actuaron con negligencia al asignar un conductor fatigado que no se encontraba en condiciones para realizar un viaje. Además, sostiene que el Estado es responsable objetivamente debido a la falta o deficiencia en la provisión de un servicio público, en este caso, el servicio de transporte prestado por la entidad demandada. El demandante también busca una indemnización de USD \$ 598.087,00, basada en el salario mensual de su hijo como docente y en la expectativa de vida promedio en Ecuador,

argumentando que esto refleja adecuadamente el proyecto de vida de su hijo y la pérdida financiera resultante de su muerte.

El caso se origina en un accidente de tránsito que tuvo lugar el 27 de abril de 2019 en el puente Pinguillo, en la carretera E20 de la Troncal Amazónica. Los involucrados en este incidente incluyeron al conductor del vehículo, Luis Alberto Pilco Zumba, y los miembros del grupo de danza Pacha Nua Huayra.

Luis Alberto Pilco Zumba, el conductor original, mencionó que tres días antes del viaje, había expresado su preocupación sobre su salud a la Licenciada Morocho, quien era instructora de danza y miembro de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, y le había propuesto contratar a un chofer adicional. Sin embargo, la Licenciada Morocho le aseguró que no se preocupara, ya que había jóvenes en el grupo que eran conductores experimentados y que se encargarían de la conducción.

El día del accidente, Luis Alberto Pilco Zumba había estado esperando a los miembros del grupo de danza "Pacha Nua Huayra" en las inmediaciones de la Casa de la Cultura. En total, alrededor de trece miembros del grupo se unieron al viaje, junto con una niña que no estaba en la lista original de pasajeros.

Inicialmente, Luis Alberto Pilco Zumba asumió el rol de conductor del vehículo y comenzó el viaje. Sin embargo, durante el trayecto, uno de los pasajeros, Jonathan Paz, expresó su intención de detenerse en su casa, que estaba en el camino. Paz regresó al vehículo con su equipaje después de hacerlo.

En este punto, la Licenciada Elizabeth Morocho, sugirió que Luis Alberto Pilco Zumba cediera el volante a Jonathan Paz. Morocho argumentó que Pilco Zumba estaba cansado y que Jonathan Paz tenía experiencia en la conducción, incluso de buses. Además, la Licenciada Morocho tenía una posición de autoridad en la entidad y respaldó esta sugerencia.

El cambio de conductor se produjo en las cercanías de San Vicente, en la vía al Puyo. Desde este punto, Jonathan Paz tomó el volante de la buseta, mientras que Luis Alberto Pilco Zumba se sentó junto a él. El viaje continuó durante un tiempo hasta que ocurrió el accidente. Según el testimonio de Luis Alberto Pilco Zumba, Jonathan se quedó dormido durante el trayecto y se despertó cuando sintió un golpe en la buseta. El choque resultó en que el vehículo cayera al río.

Tras el accidente, los pasajeros y el conductor se encontraron en una situación de emergencia, con heridos atrapados en el vehículo y la necesidad de recibir asistencia médica urgente. Fue en este momento que se activaron los servicios de rescate, incluyendo una ambulancia y el cuerpo de bomberos, así como la ayuda de personas que se encontraban cerca del lugar del accidente.

Este testimonio del conductor Pilco Zumba, revela cómo se produjo el cambio de conductor durante el viaje y las circunstancias que llevaron a que Jonathan Paz tomara el volante antes del accidente. También revela que la Licenciada Morocho, como representante de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, estuvo involucrada en la toma de decisiones relacionadas con la conducción del vehículo.

3.4.2. Análisis sentencia primera instancia.

La parte actora argumenta su pretensión en la falla en la prestación del servicio público de transporte brindado por la Casa de la Cultura. Argumentan que la entidad no tomó las medidas adecuadas para garantizar la seguridad de los pasajeros, como proporcionar un conductor descansado y en condiciones adecuadas para manejar durante un viaje de largo trayecto. Los argumentos usados son los siguientes:

1. Conductor fatigado.- En la demanda la parte actora menciona que el conductor, empleado desde 2013 como conserje externo, no cumplía con el perfil para ser conductor de un vehículo oficial. A pesar de estar viajando desde las 06:30h de ese día y conocer su

agotamiento, el Dr. Juan Merino, directivo de la Casa de la Cultura, le encomienda un viaje de 460 km a la 1:00 a.m., equivalente a ocho horas de conducción.

2. Sobrecarga de pasajeros.- Se menciona también que el vehículo con capacidad para 12 pasajeros, transportaba a 14, dos de ellas sin constar en la nómina oficial, ante la vista de la Licenciada Morocho, miembro de la entidad quien también viajaba con la delegación.
3. Cambio de conductor.- La parte accionante produce la versión libre del conductor Luis Alberto Pilco Zumba, efectuada en la Fiscalía de Morona Santiago, en donde menciona que la Licenciada Elizabeth Morocho, instructora de danza y miembro de la Casa de la Cultura, sugirió que el conductor original, Luis Alberto Pilco Zumba, cediera el volante a otro pasajero, Jonathan Paz alegando que estaba capacitado.

Este fundamento en la demanda y la práctica de esta prueba, la versión libre y voluntaria, es trascendente en la demanda por cuanto será una de las razones que permitan casar la sentencia. Estos puntos serán analizados a continuación.

4. Reparación.- Como medida de reparación se pretende alcanzar una reparación de carácter patrimonial basada en la pérdida de ingresos futuros y expectativa de vida del fallecido. Alegan por su parte que la pérdida de su hijo ha provocado un sufrimiento profundo, con consecuencias significativas en su trabajo, relaciones y bienestar psicológico. Es crucial señalar que este sufrimiento va más allá de daños patrimoniales; la muerte del hijo debido a acciones irresponsables es una experiencia incomparable que afecta dimensiones más amplias que simplemente los intereses y el patrimonio. El demandante solicita una compensación basada en la proyección de ingresos futuros por 43 años de trabajo que habría obtenido la víctima como docente en una institución educativa local más beneficios de ley, vacaciones y fondos de reserva; y en la expectativa de vida promedio en Ecuador. En base a estas consideraciones se realiza un cálculo estimado de USD \$598.087,00.

Este aspecto también constituye un punto relevante a considerar en relación con la reparación solicitada, ya que se observa cierta confusión en los conceptos de reparación material e inmaterial. Esta falta de claridad dificulta la comprensión precisa de la naturaleza de la reparación buscada, aspecto que será analizado detenidamente a continuación.

En contestación a la demanda, Juan Antonio Merino Jaramillo, en calidad de Presidente y Representante Legal de la Casa de la Cultura Benjamín Carrión Núcleo de Morona Santiago, establece las siguientes consideraciones:

1. Ausencia de riesgo creado.- La argumentación central de la contestación a la demanda se fundamenta en que la actividad del grupo de baile fue una elección voluntaria por parte de los involucrados. Sostienen que fueron ellos quienes optaron por realizar esta actividad, asumieron conscientemente el riesgo asociado, y que esta situación no fue resultado de una iniciativa impulsada por la Casa de la Cultura. Se expresa que no pueden ser considerados responsables por el accidente, dado que no se registró negligencia por parte de la entidad ni de sus funcionarios. Alegan que el accidente no se originó como resultado de una omisión o acción irresponsable de su parte. Argumentan que la actuación de la administración pública fue más bien incidental, de apoyo y colaboración con una actividad privada de la víctima y otros participantes. De forma expresa se manifiesta en la contestación a la demanda que:

“No cabe imputar a la administración pública un hecho que se dio como consecuencia de una actividad, plenamente evitable, libremente escogida por el accionante, que se llevó a cabo por la mera voluntad de los participantes y el hecho dañoso no fue consecuencia inevitable o determinante de la administración y por este motivo no puede imputársele” (JUICIO No. 01803-2019-00325, 2020).

Se incluye en la argumentación que en lo que respecta a la imputación por riesgo excepcional, es fundamental resaltar que el actor actuó por cuenta propia, y, por lo tanto, el

Estado no generó un riesgo del cual la víctima estuviese en dificultades o incapaz de evitar. En este sentido, el actor asumió voluntariamente el riesgo asociado con la actividad peligrosa.

Se deja claro cual es la estrategia del representante de la Casa de la Cultura, exonerarse de responsabilidad a toda costa estableciendo que cualquier actividad de este grupo de baile no tenía relación alguna con esta entidad estatal, y que fue elección del grupo de baile colocarse en esta situación de riesgo.

2. Actividad de riesgo inherente.- Sostienen que la movilidad humana, particularmente en el ámbito de un grupo artístico que se desplaza para realizar presentaciones, implica un cierto grado de riesgo inherente. Argumentan haber implementado medidas de seguridad, garantizando que el vehículo estuviera en óptimas condiciones y contara con seguros vigentes. El automotor se encontraba en perfecto estado de funcionamiento, sometido a chequeos periódicos según los estándares correspondientes, además de contar con seguros y pólizas vigentes. La entidad demandada al hacer este reconocimiento de que el transporte es una actividad de riesgo, una vez más reconoce haber realizado el transporte de estas personas y su relación con el daño producido.
3. Falta de relación laboral.- Señalan que el difunto no mantenía ninguna relación laboral con la Casa de la Cultura de Morona Santiago, ni tampoco con la Sede Nacional. El demandante ha reconocido que su hijo carecía de cualquier vínculo, ya sea civil o laboral, con la Sede Nacional. Más bien, formaba parte de un grupo artístico independiente, respaldado por la Casa de la Cultura Ecuatoriana Núcleo Provincial de Morona Santiago, que proporcionaba apoyo en la actividad de danza a través de la contratación de personal y facilitaba contactos para la participación del grupo cuando era necesario. (Juicio No. 01803-2019-00325, 2020)

Este argumento se relaciona con el argumento de actividad privada con el cual se busca establecer que la actividad que realizaban no tenía relación alguna con la Casa de la

Cultura. Examinando este aspecto, se observa un intento desesperado por desacreditar la demanda mediante la alegación de la falta de relación laboral entre el hijo fallecido del demandante y la institución. Es importante destacar que la existencia de una relación laboral no es un requisito necesario para establecer la responsabilidad extracontractual, siendo este el caso para que exista responsabilidad extracontractual todas las personas en Ecuador deberían tener relación laboral para poder en algún momento demandar al Estado por responsabilidad extracontractual.

Exención de responsabilidad por parte de la Sede Nacional.- La argumentación presentada sostiene que la Sede Nacional de la Casa de la Cultura Ecuatoriana no guardaba ninguna conexión con los danzantes ni con sus actividades artísticas, concentrándose principalmente en la provincia de Morona Santiago. Se argumenta que su función se limitaba a proporcionar apoyo logístico y espacios para las actividades, sin obtener beneficios económicos. Se destaca que el Núcleo Provincial de la Casa de la Cultura de Morona Santiago brindaba logística al Grupo de Danza por cooperación, sin considerarse una actividad pública destinada a satisfacer necesidades colectivas o hacer efectivos derechos. Sin embargo, es importante señalar que la parte demandada no tiene en cuenta que el Estado generó el riesgo al permitir que más personas se subieran al vehículo de las que cabían, además de cambiar al conductor por alguien cuyas condiciones y licencia profesional eran desconocidas. Estas acciones podrían haber creado una situación de riesgo, independientemente de la conexión directa con las actividades artísticas del grupo.

4. Actividad privada.- Se alega en este punto que las actividades realizadas por el hijo del demandante eran claramente de índole privada, participando en ellas con el permiso y consentimiento de sus padres, sin que la administración tuviera la obligación, ni desde un punto de vista jurídico ni moral, de intervenir en dichas actividades. Juan Antonio Merino Jaramillo, en su calidad de Presidente y Representante Legal de la Casa de la

Cultura Benjamín Carrión Núcleo de Morona Santiago, alega en la contestación de la demanda que el incidente no se originó en una actividad pública destinada a satisfacer necesidades colectivas o hacer efectivos derechos. Por lo tanto, sostiene que no se puede atribuir a la administración pública un evento que resultó de una actividad privada, totalmente evitable, escogida voluntariamente por la víctima. Se argumenta que la actividad fue llevada a cabo por la libre voluntad de los participantes y que el daño no fue consecuencia inevitable o determinante de la administración, por lo tanto, no puede ser imputado a esta última.

Analizando este punto, parece que el representante legal de la Casa de la Cultura no comprende completamente las necesidades colectivas al hacer estas declaraciones. Los servicios públicos no pueden satisfacer las mismas necesidades colectivas de todos los ciudadanos, ya que cada persona tiene necesidades distintas. El representante legal parece limitar las necesidades a aspectos clásicos como educación, vivienda y salud, sin considerar que actividades como las que realizaban satisfacen una necesidad social importante. Estas actividades artísticas permiten que las personas ejerzan sus derechos culturales, que también son fundamentales en una sociedad diversa.

La entidad demandada argumenta que este tipo de responsabilidad ocurre cuando el Estado actúa en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio desarrollados en beneficio de la comunidad, presupuesto que no se adscribe al caso. La argumentación incluye la afirmación de que no existía ni la obligación jurídica ni moral de participar en estos eventos. Se compara esta situación con otros casos en los que los ciudadanos no tienen la obligación jurídica ni moral de acudir a ciertos espacios, como los niños que no tienen la obligación jurídica ni moral de ir a la escuela. Se destaca que la ausencia de obligación no implica que el Estado deba prestar un servicio público deficiente. Se hace hincapié en que las personas acuden a ciertos lugares, como centros de salud, no por obligación jurídica o moral,

sino para satisfacer una necesidad que debe ser cubierta por el Estado. La argumentación se basa en la idea de que el Estado es un medio para que los ciudadanos alcancen sus objetivos, y en este caso, al participar en la Casa de la Cultura y conformar un grupo de danza, se está satisfaciendo una necesidad. La pirámide de Maslow establece las diversas necesidades humanas, desde las más básicas, como las fisiológicas, hasta las más complejas relacionadas con el entorno social. En la cúspide de esta pirámide se encuentran las necesidades de reconocimiento y autorrealización. Es responsabilidad del Estado propiciar y fomentar un entorno que sirva como medio para que las personas alcancen sus objetivos y satisfagan estas necesidades. Se argumenta que la actividad realizada en las instalaciones de la Casa de la Cultura, respaldada por la misma entidad con un instructor pagado y contratado por los participantes, no puede eximirse de ser considerada un servicio público. Aunque no se clasifique como un servicio tradicional de salud, sigue siendo un servicio al satisfacer necesidades sociales y culturales, y, por ende, contribuye a garantizar los derechos de los ciudadanos, como se explicó anteriormente.

La parte demandada alega también que la actuación de la administración pública fue incidental, de apoyo y colaboración con una actividad privada de la víctima y otros participantes. Mencionan que la Casa de la Cultura no presta ningún servicio público de transporte, sin embargo se brindaron las facilidades para transportar al grupo de danza. Examinando este argumento presentado por la parte demandada, es posible realizar las siguientes consideraciones. Alegan que la actividad era privada y que, de manera generosa, simplemente estaban proporcionando facilidades para el traslado, ofreciendo una buseta sin tener la obligación de hacerlo. Sin embargo, al aceptar en la contestación a la demanda que efectivamente facilitaron este servicio sin tener la obligación de hacerlo (cuando en realidad sí la tenían) se genera por una parte responsabilidad al no haber seguido la normativa

correspondiente para coordinar el transporte del grupo de baile. Este fue un error en el planteamiento lógico de la contestación.

5. Cuantificación de daños morales y patrimoniales.- La parte demandada impugna la cuantificación de los daños presentada por los demandantes, arguyendo que estos se fundamentan en criterios de lucro cesante, los cuales consideran inaplicables dado que los daños reclamados son predominantemente morales y emocionales. En la contestación, afirman que la reparación debe tener en cuenta la naturaleza del daño, diferenciando entre daño patrimonial y moral. Sostienen que, mientras la indemnización por daño patrimonial se rige por criterios de daño emergente o lucro cesante, los daños meramente morales no pueden regirse por esos mismos criterios debido a la naturaleza particular del daño. Por ende, indican que la ley delega al criterio del juez la determinación del resarcimiento por daño moral. Argumentan que los criterios empleados por los demandantes, como el pago de un salario básico por mes hasta la esperanza de vida al nacer, corresponden al lucro cesante, criterio inaplicable en este caso dada la índole netamente moral de los daños alegados.

En el presente caso, sí se observa un equívoco por parte del demandante al mezclar los conceptos de reparación por daño material e inmaterial. El daño moral es susceptible de ser reparado mediante una compensación económica pero no se utilizan los mismos criterios de reparación material en la que se tiene en cuenta el daño emergente y el lucro cesante. En el momento de la presentación de la demanda, debería haberse solicitado la reparación tanto del daño material como del inmaterial. En específico, se debieron pedir los \$598,087.00 USD por daño emergente y lucro cesante, respaldando de manera adecuada la fundamentación de la solicitud de reparación por daño inmaterial, lo cual no se llevó a cabo. Además, se debería haber presentado una solicitud adicional para la reparación por daño inmaterial de carácter moral.

Consideraciones del tribunal

El tribunal, al realizar sus consideraciones, destaca que la responsabilidad extracontractual del Estado se configura cuando el daño no proviene de una relación contractual sino de otra actividad. Aunque el transporte de personas no sea inherente a la finalidad de la Casa de la Cultura, en este caso, el Núcleo de Morona Santiago asumió dicha actividad al aceptar la invitación oficial para participar en el III Festival Regional de Danza Sucumbíos 2019.

El Dr. Juan Merino, Director de la Casa de la Cultura Núcleo de Morona Santiago, aceptó y aprobó el viaje del grupo de danza en el vehículo institucional, delegando responsabilidades y conformando la lista de personas autorizadas para el viaje. Sin embargo, se incluyeron dos personas adicionales, superando la capacidad del vehículo. Además, se destaca que el cambio de conductor se realizó sin verificar su capacidad y sin tener relación laboral con la institución, resultando en una omisión grave con consecuencias fatales.

En cuanto al daño calificado, se señala que la inclusión de dos personas adicionales evidencia una responsabilidad de quien presidía la delegación y del conductor. El nexo causal entre la omisión de la administración pública y el accidente es claro, causando la muerte de seis personas.

Se concluye que, dado que no es posible restituir las cosas a su estado original, procede una reparación pecuniaria por daños morales. Se reconoce un perjuicio ilegítimo causado por agentes del Estado, y se establece una reparación de 20 mil dólares a favor del demandante, considerando el impacto emocional y psicológico, especialmente en un adulto mayor que perdió a su hijo en el accidente. La separación entre la reparación material e inmaterial se realiza correctamente, destacando que el actor no dependía económicamente del fallecido, lo cual descarta la solicitud de 598.087 dólares en concepto de reparación material.

3.4.3. Elementos fundamentales del recurso de casación.

En este recurso de casación, se observa un análisis centrado en aspectos procedimentales en lugar de cuestiones de fondo. A diferencia de la primera sentencia revisada, no se aborda la aplicación adecuada de la responsabilidad extracontractual, sino que se enfoca en aspectos procesales relacionados con la valoración de la prueba y la notificación, los cuales inciden directamente en la sentencia emitida por el tribunal de instancia.

La sentencia fue casada en primer lugar por la causal primera del artículo 268 del COGEP, la cual se aplica cuando se incurre en la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales que hayan viciado el proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión, y hayan influido gravemente en la decisión de la causa, siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada legalmente. La parte demandada argumenta la falta de notificación al correo proporcionado por el demandado, lo que generó indefensión al no contar con tiempo suficiente para sustentar este recurso. Frente a esta alegación, la Corte sostiene que la notificación al correo establecido se realizó efectivamente y que el casacionista no presenta ninguna prueba que respalde la afirmación de que la notificación no se llevó a cabo.

El recurso de casación interpuesto por la Casa de la Cultura Ecuatoriana se basa en el caso cuarto del artículo 268 del COGEP. Se argumenta que la versión libre y sin juramento de Luis Alberto Pilco Zumba, utilizada por los jueces para fundamentar su sentencia, carece de conducencia al no ser un medio de prueba admitido por la ley. Se sostiene que los jueces erraron al considerarlo como prueba, violando normas jurídicas sobre la valoración probatoria. Esta falta de diligencia, según el recurrente, evidencia la falla en el servicio, como establece el Artículo 331 del Código Orgánico Administrativo.

La defensa técnica de la entidad pública, al referirse al mismo caso, alega de manera general la vulneración del principio de conducencia establecido en los artículos 160 y 161 del

COGEP. Se señala que la versión libre y voluntaria de Luis Pilco Zumba en la etapa de investigación penal es el medio de prueba afectado. Sin embargo, no se explica claramente cómo se produjo la violación indirecta de las normas de derecho sustantivo, faltando especificidad en las disposiciones vulneradas y su trascendencia. En la audiencia oral, el casacionista no logra fundamentar adecuadamente sus alegaciones, lo que impide la configuración de la proposición jurídica completa relacionada con el caso cuarto del artículo 268 del COGEP.

En el escrito de casación, se hace referencia de manera general a los artículos 330 y 331 del Código Orgánico Administrativo, que conceptualizan la responsabilidad objetiva del estado. No obstante, a partir de la acusación de violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, no se explica claramente y con precisión las transgresiones a las disposiciones mencionadas. Existe una falta de pertinencia y exactitud entre el precepto de valoración probatoria y la norma de derecho sustantivo presuntamente transgredida.

El Director Regional de la Procuraduría General del Estado, basándose en el caso cuarto del artículo 268 del COGEP, argumenta que la versión libre de Luis Pilco Zumba fue tomada ilegalmente del proceso penal y utilizada como prueba central en la sentencia. La Corte reconoce que esta versión no constituye un medio probatorio válido en el proceso contencioso administrativo ni en el proceso penal hasta su formalización en la etapa de juicio. Además, la práctica de este medio de prueba de manera indebida impide el ejercicio de contradicción y compromete el derecho a la defensa. Al considerarse este elemento como uno de los que demostró la responsabilidad estatal, se comprometió la certeza procesal respecto a la relación de causalidad entre la actuación u omisión de la administración pública y el daño causado, lo cual lleva a la aceptación del recurso de casación.

En el presente recurso, se sostiene la objeción de incluir como prueba el testimonio, argumentando que aún no se había practicado en el otro juicio y, por lo tanto, no constituía

una verdad dentro del proceso en curso. A pesar de esta objeción, en la contestación de la demanda por parte de la Casa de la Cultura, se aceptan los hechos relacionados con el accidente, la dirección hacia una presentación de danza, y otros aspectos, lo cual elimina la controversia sobre estos puntos.

La Corte, al prescindir de la prueba objetada, enfatiza que los hechos ciertos, objetivos e incontrovertibles han sido debidamente probados y admitidos por ambas partes. Entre estos hechos se destacan: la invitación al III Festival Regional de Danza Sucumbíos 2019, el traslado planificado desde la ciudad de origen hasta Lago Agrio, la aprobación y autorización de la participación en el festival, la emisión de una orden de movilización autorizando el traslado del grupo de danza, y la identificación del conductor del vehículo. La Corte también subraya que, a pesar de que el vehículo estaba autorizado para transportar a 12 personas, viajaron 14, lo que indica un incumplimiento de las normas establecidas. El fatal accidente ocurrió el 27 de abril de 2019, en la carretera E20, Troncal Amazónica, puente Pinguillo, resultando en la pérdida de seis vidas. Este análisis se centra en establecer la certeza de los hechos probados sin la inclusión del testimonio objetado, resaltando la claridad y consenso en torno a la serie de eventos conducentes al trágico accidente de tránsito.

La Corte destaca como hechos innegables y objetivos aquellos que han sido robustamente probados y admitidos por ambas partes durante el juicio. Se resalta la coordinación y autorización del Director de la Casa de la Cultura Núcleo Morona Santiago, quien emite la Orden de Movilización con especificaciones que incluyen la limitación de 12 personas como ocupantes autorizados del vehículo. Sin embargo, tanto la Coordinadora del grupo, miembro del Directorio de la Casa de la Cultura Núcleo Morona Santiago, como el conductor del vehículo permitieron que el número de ocupantes excediera la autorización, pasando de 12 a 14 personas.

Además, la Corte señala un hecho que llama la atención respecto a la planificación del traslado. Aunque el III Festival Regional de Danza Sucumbíos 2019 estaba programado para la ciudad de Nueva Loja el 27 de abril de 2019, el Director de la Casa de la Cultura Núcleo Morona Santiago dispuso el traslado mediante la Orden de Movilización No. 221 del 26 de abril de 2019, con salida programada a la 01:00 del mismo día de la presentación. Este traslado temprano en la madrugada del evento evidencia una falta notable de diligencia y previsión en términos de la seguridad de los ocupantes del vehículo, especialmente considerando que el viaje superaba los 400 kilómetros, equivalente a más de siete horas de conducción por carretera.

La Corte establece que el accidente de tránsito, que resultó en la muerte de seis personas, incluyendo el hijo del demandante, se debió a la falta de coordinación, debida diligencia y planificación por parte de los servidores públicos responsables del traslado al III Festival Regional de Danza Sucumbíos 2019, así como del conductor del vehículo. Se destaca que esta responsabilidad es independiente de las acciones penales o administrativas que puedan derivarse de la conducta de los servidores públicos, y se considera irrelevante para la responsabilidad objetiva del estado. Se enfatiza que el accidente no fue causado por la impericia de otro conductor ni por factores externos eximentes de responsabilidad.

La Corte, al revisar el recurso de casación y prescindir de la versión libre y sin juramento, concluye nuevamente que la Casa de la Cultura Ecuatoriana – Núcleo Morona Santiago es responsable por permitir que una persona no apta conduzca y por exceder la capacidad del vehículo al permitir el ingreso de 14 personas en lugar de 12.

En cuanto a la indemnización, se sostiene que no hay sustento fáctico que respalde el daño emergente y lucro cesante debidamente probado, por lo que se declara improcedente la reparación material. Sin embargo, se reconoce la pérdida sufrida por el demandante en términos de daño moral, considerando las graves secuelas emocionales y psicológicas

derivadas de la pérdida de su hijo. La Corte acepta parcialmente la demanda, declarando la responsabilidad objetiva de la Casa de la Cultura Benjamín Carrión y condenando a la entidad pública al pago de una reparación por daño inmaterial de USD \$20.000.

3.5. Aportes de los casos y elementos orientadores.

A manera de conclusión podemos hacer el siguiente contraste entre ambas sentencias.

En la primera sentencia de casación analizada, se enmienda el error del tribunal de primera instancia argumentando bajo el argumento de que se aplicó incorrectamente la norma, ya que al basarse únicamente en una presunción de responsabilidad penal, no se logró determinar la responsabilidad objetiva del Estado. Los jueces de la Corte Nacional de Justicia rectificaron acertadamente esta situación al sostener que para establecer la responsabilidad extracontractual se requiere verificar la existencia de un daño, un nexo causal y un título de imputación, sin necesidad de una prejudicialización. En este contexto, expresaron claramente la base de la responsabilidad objetiva del Estado.

Aunque la sentencia reconoció la responsabilidad del Estado, no profundizó exhaustivamente para describir con precisión el vínculo entre el hecho dañoso y el daño sufrido. El análisis presentado en la sentencia se limita a identificar las condiciones que propiciaron la ocurrencia del daño, es decir, la causa. Estas condiciones incluyen el funcionamiento de la termocuna, la extracción inmediata del cuerpo del vientre y el traslado inmediato a cuidados intensivos. Sin embargo, la sentencia no lleva a cabo un análisis exhaustivo que establezca de manera integral la deficiente prestación del servicio, el daño y, crucialmente, el nexo causal entre el daño y la prestación del servicio. Se menciona la existencia del daño, pero falta un análisis lógico que respalde de manera adecuada la fundamentación de la sentencia. En contraste, la segunda sentencia de la Corte volvió a analizar cada punto de la sentencia de primera instancia antes de ratificarla. Aunque podrían

haber declarado que, incluso sin considerar el medio de prueba de la declaración libre y voluntaria, esto no afecta el resultado del daño causado, la Corte optó por revisar cada punto, volver a hacer un análisis entre los elementos de la responsabilidad extracontractual y llegó a la misma conclusión.

En la primera sentencia, se logra un avance significativo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual al cuestionar directamente la aplicación de la responsabilidad objetiva directa. La casación de la sentencia se basa en la causal primera de la derogada Ley de Casación, la cual permite casar una sentencia por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho.

En este contexto, se cuestiona de manera directa la incorrecta aplicación o interpretación de una norma, argumentando que se estaría aplicando erróneamente la responsabilidad extracontractual al exigir requisitos innecesarios para su aplicación, como la pre judicialización. La Corte Nacional de Justicia enmienda este error y citando tanto la Constitución de 1998 en relación con la Constitución del 2008 hace el siguiente análisis: La norma constitucional citada de la Constitución vigente regula la responsabilidad extracontractual del Estado, un régimen de reparación de daños materiales e inmateriales. Este régimen ha evolucionado en el derecho administrativo, superando etapas que iban desde declarar al Estado totalmente irresponsable hasta esperar culpa grave o dolo en los agentes estatales para reconocer su responsabilidad. Actualmente, se sigue un régimen directo basado en el principio de que si el Estado causa un daño y es imputable, surge el deber de reparar los perjuicios causados. Este enfoque refleja la evolución del Derecho para prevenir daños y, en caso de que ocurran, compensar a quienes no están obligados a soportarlos, especialmente cuando el daño proviene del ámbito público.

La Corte realiza adecuadamente la aplicación del régimen de responsabilidad directa del Estado al caso en cuestión. Destaca por presentar de manera sobresaliente los requisitos

esenciales para el surgimiento de la responsabilidad extracontractual, requisitos que han sido delineados por la doctrina y posteriormente incorporados en el Código Orgánico Administrativo. En este contexto, establece que el deber de reparar surge al cumplirse tres elementos fundamentales: en primer lugar, la existencia del daño, ya sea material o inmaterial, con sus diversas manifestaciones; en segundo lugar, la identificación del nexo causal entre el hecho dañino, es decir, la causa y su consecuencia; y finalmente, el título de imputación o imputabilidad del daño, que consiste en determinar legalmente quién es responsable del daño. Los daños susceptibles de reparación pueden ser de índole material (daño emergente y lucro cesante) o inmaterial (daño moral y daño a la vida en relación). Sea cual fuere el caso, la Corte Nacional de Justicia parece tener una comprensión clara del alcance y la aplicabilidad de la responsabilidad extracontractual del Estado. La Corte se dedica a corregir errores de los tribunales de instancia, mostrando una visión más amplia y actualizada sobre la responsabilidad extracontractual. Como el máximo órgano de administración de justicia, la Corte está obligada a contar con jueces especializados que posean un amplio conocimiento en la materia y que puedan emitir resoluciones debidamente fundamentadas de acuerdo con el derecho, la doctrina y los principios fundamentales del mismo.

En la segunda sentencia, se aborda un caso distinto, ya que para sustentar la casación de la sentencia, se recurre a un fundamento diferente. En este caso, no se utiliza el primer numeral del artículo, que se basa en la indebida aplicación o errónea interpretación de un artículo, sino el cuarto numeral 4 del artículo 268 del COGEP, que establece que se admitirá el recurso extraordinario de casación cuando se haya incurrido en la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto.

En este contexto, al casar la sentencia, los casacionistas no pueden objetar la indebida aplicación de la responsabilidad extracontractual, ya que la sentencia de primera instancia deja claro que existe responsabilidad extracontractual y que la norma fue aplicada correctamente. Además, la sentencia detalla el daño, el nexo causal y la falta o deficiencia en la prestación del servicio. Por estos motivos, no se puede recurrir al primer numeral como en el caso anterior. Lo que se busca es determinar una errónea aplicación de los preceptos jurídicos para la valoración de la prueba. No se podría seguir el mismo camino que en el primer caso, dado que la responsabilidad del Estado ya fue declarada. Sin embargo, incluso sin considerar la valoración de la prueba pertinente, se logró determinar la existencia de responsabilidad.

Por otro lado, es pertinente analizar el requisito de un proceso penal previo y las pruebas contenidas en este proceso. Estas pruebas pueden fortalecer los argumentos presentados en la demanda, y aunque hay situaciones en las cuales la determinación de responsabilidad en un proceso penal es crucial para una demanda por responsabilidad extracontractual, esto no se aplica en todos los casos.

En algunos casos, la responsabilidad penal puede coincidir con la responsabilidad administrativa debido a similitudes en las circunstancias. Por ejemplo, si un policía incumple su deber, generando tanto responsabilidad penal por acción por comisión como responsabilidad administrativa por la deficiente prestación del servicio, sería pertinente determinar primero la responsabilidad penal como sustento para una posterior demanda por responsabilidad administrativa.

En la segunda sentencia de casación, se establece que el accidente de tránsito resultó de una falta de coordinación, debida diligencia y planificación por parte de los servidores públicos encargados del traslado de las personas que asistían al III Festival Regional de Danza Sucumbíos 2019, así como del conductor del vehículo que perdió pista y se precipitó

al río. Es crucial destacar que esta determinación es independiente de las responsabilidades penales y administrativas que pudieran surgir respecto a la conducta específica de los servidores públicos, así como a la posible negligencia o culpa en su accionar. Estos aspectos no deben ser determinados en esta instancia y resultan irrelevantes para efectos de la responsabilidad objetiva del estado. En este extracto la Corte de forma acertada menciona que los hechos son independientes y no pertenecen de forma exclusiva a un proceso penal o administrativo, por lo que no sería necesario un proceso penal previo. Sin embargo, aunque no es indispensable un proceso penal previo para establecer responsabilidad administrativa, en ciertas circunstancias se presentan pruebas fundamentales como la declaración libre y voluntaria que son relevantes tanto en procesos penales como administrativos, y que no pueden incorporarse a otro proceso hasta que sean practicadas en juicio y formen parte del proceso. Por lo tanto, aunque no sea necesario un proceso penal previo, ciertos medios de prueba de gran relevancia podrían requerir la espera de un proceso penal antes de interponer una demanda por responsabilidad extracontractual.

Otro aspecto relevante a considerar es la naturaleza de la reparación buscada en ambas sentencias, que se centra exclusivamente en una compensación económica. No se plantea la búsqueda de otras formas de reparación, como garantías de no repetición, restitución, indemnización, satisfacción, rehabilitación, investigación y sanción. Es necesario abordar críticamente este enfoque y reconocer que las demandas presentadas tienen como objetivo principal una compensación económica, es decir, una reparación de carácter patrimonial. La ausencia de otras formas de reparación refuerza la hipótesis de que las acciones por responsabilidad extracontractual están orientadas principalmente a obtener indemnizaciones monetarias.

REFERENCIAS

- Aguirre Castro, P., Alarcón Peña, P. (2021). El estándar de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Universidad Andina Simón Bolívar: Revista de Derecho
- Altamira Gigena, J. (2011). La responsabilidad estatal por daño. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Asamblea Constituyente. Constitución de la República. (2008).
- Baños Rocha, L. (2021). El concepto de daño en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia a partir de la Constitución Política de 1991: La noción de daño antijurídico y su comparación frente al concepto de daño indemnizable. Universidad EAFIT: Medellín.
- Beltrán Pacheco, J. (2004). Estudios de la Relación Causal en la Responsabilidad Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Barona Martínez, N., Terán Arellano, M., Tescaroli Espinosa, A. (2020). La no consideración del elemento daño dentro de la responsabilidad estatal en materia de derechos humanos. *USFQ Law Review*.
- Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, Serie C No. 144, (Corte Interamericana de Derechos Humanos 7 de Febrero de 2006).
- Castillo Iglesias, S. (2010). Responsabilidad del Estado por Error Judicial. Cuenca, Azuay, Ecuador.
- Código Orgánico Administrativo. (2017). Asamblea del Ecuador.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Asamblea Constituyente.
- Constitución de 1946. (1946). Congreso Constituyente.
- Constitución de 1967. (1967). Congreso Constituyente.
- Constitución Política de la República de Ecuador. (1998). Congreso del Ecuador.

- Cornell Law School. (2022). “Rex Non Potest Peccare”. Wex Definitions Team.
https://www.law.cornell.edu/wex/rex_non_potest_peccare#:~:text=Rex%20non%20potest%20peccare%20originated,being%20sued%20without%20their%20consent.
- Crespo Correa, Juan. (2010). La Responsabilidad Extracontractual del Estado Ecuatoriano Derivada de la Expedición del Mandato Constituyente No. 1 que Viola el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. Universidad San Francisco de Quito.
- Cuch-Aguilera. (2016). Relación de causalidad y concurrencia de causas en la responsabilidad patrimonial de la Administración: Teoría y práctica. España: Barcelona.
- Declaración de los Derechos del Hombre. (1793).
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (1789).
- Fabra Zamora, J. (2015). Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, Tomo III. Universidad Nacional Autónoma de México.
- García Polchlopek, S. (2021). La Certeza Como Elemento del Daño Resarcible en la Responsabilidad Civil: Análisis Crítico del Concepto. Pontificia Universidad Javeriana.
- González Noriega, O. (2009). Responsabilidad del Estado en Colombia: Responsabilidad por el Hecho de las Leyes, Revista UIS Humanidades: Vol. 37 Núm. 1 : Revista UIS Humanidades.
- González Noriega, O. (2013). Responsabilidad Extracontractual del Estado. Una Aproximación Desde la Teoría de la Responsabilidad de los Clásicos a su Carácter de Disciplina Autónoma del Derecho. Revista UIS Humanidades.
- Gordillo, A. (2013). Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas: teoría general del derecho administrativo. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Hinestroza, F. (1967). Derecho de obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Jiménez, W. (2013). Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal. Universidad Libre y ESAP. Bogotá, Colombia.
- Juanes Rodriguez, S. (2017). La Concurrencia de Causas en la Responsabilidad Civil Extracontractual por Accidentes de Circulación. Universidad de Salamanca.
- Juicio propuesto por Luis Eduardo Cárdenas en contra de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, 2019. Juicio No. 01803-2019-00325.
- Juicio propuesto por Zoila Enriqueta Marín Chacón contra el Estado Ecuatoriano, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2014, Recurso nro. 369-2014, Gaceta Judicial Serie XVIII, https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/Gaceta/Gaceta-Judicial-14-serie-XVIII.pdf.
- Ley de Casación. (2004). Congreso Nacional del Ecuador.
- Lucero, Paúl. (2016). La Responsabilidad Objetiva Del Estado y La Reparación Integral; Eficacia En Juicios, Planteados En Contra Del Estado. Universidad del Azuay.
- Marienhoff, M.S. (1970). Tratado de Derecho Administrativo. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina.
- Martínez, G. (1988). La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Martinez López, E., Rojas Arenas, E. (2008). El Hecho de un Tercero Como Causal Exonerativa de Responsabilidad del Estado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.
- Martínez, María. (2022). La Responsabilidad Extracontractual del Estado en el Caso de la Ex-Ministra Guadalupe Larriva. Universidad Nacional de Chimborazo.
- Monterroso Casado, E. (2001). Responsabilidad por Accidentes de Circulación. La Concurrencia de Causas.

- Mosset Iturraspe, J. (2004). La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual. *Revista Latinoamericana de Derecho*.
- Ochoa, Guillermo. (2012). La responsabilidad extracontractual del Estado por deficiente prestación de servicios públicos, alcances y efectos en nuestra legislación. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Ochoa, Guillermo. (2020). *Gobernanza, Servicios Hídricos y Responsabilidad Estatal: Una nueva perspectiva de estudio interdisciplinar*. Universitat de València.
- Palacios, Cristian. (2015). La responsabilidad extracontractual del Estado por la incorrecta prestación de servicios públicos. Universidad de Cuenca.
- Parra Laborda, V. (2019). *Visión Crítica de la Responsabilidad Extracontractual en el COA*. Universidad Católica Santiago de Guayaquil.
- Rodríguez Piñero, M., Casas Baamonde, M., Arnaldo Alcubilla, E., Remón Peñalver, J., Pérez Manzano, M., Borrajo Inieta, I., (2018). *Comentarios a la CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA*. Fundación Walters Kluwer. Madrid, España.
- Ron Erreaz, X. (2021). *La Reparación Integral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Universidad Espíritu Santo.
- Santiago, C. Z. (2015). *La responsabilidad civil extracontractual de los empresarios. Estudio comparado entre España y Puerto Rico (1st ed.)*. Dykinson, S.L.
<http://www.jstor.org/stable/j.ctt1k231wt>.
- Sarmiento Cristancho, D., Medina Velandía, Sindy., Plazas Estepa, Rodrigo. (2017). Sobre la responsabilidad y su relación con el daño y los perjuicios. *Revista virtual Universidad Santo Tomás*.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil. Tomos I y II. 2a Ed.* Bogotá, Colombia: Legis.
- Terán Ortega, W. (2009). *El Daño Extracontractual*. Universidad Andina Simón Bolívar.