

UNIVERSIDAD DEL AZUAY, ECUADOR – UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA



## MAESTRIA EN ASESORIA JURÍDICA DE EMPRESAS

**Título:** La Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Legislación Ecuatoriana.

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Magister en Asesoría  
Jurídica de Empresas.**

**Director:** Doctor Remigio Auquilla Lucero. *MSc*,

**Maestrante:** Abogado Guillermo Ochoa Rodríguez.

Cuenca – Ecuador

-2011-

## **DEDICATORIA**

A mi Padre, Guillermo Fernando; a mi madre Ruth María; y,  
a mi hermano Fernando Esteban.

### **AGRADECIMIENTO**

Con especial afecto y la más alta consideración al Doctor Remigio Auquilla, por constituir un pilar fundamental en la elaboración del presente trabajo y por invertir su tiempo y conocimiento en este proceso investigativo.

## ÍNDICE

<b>CAPÍTULO I</b>	<b>2</b>
1. Generalidades. Noción y evolución de la responsabilidad estatal	2
1.1. Evolución de la responsabilidad estatal	5
1.2. Irresponsabilidad absoluta del Estado	6
1.3. Aplicación de los principios del Derecho Civil a la responsabilidad estatal	7
1.3.1. El Fallo Blanco y la autonomía de la responsabilidad estatal	7
1.4. Fundamento de la responsabilidad. Teorías que la sustentan	8
1.4.1. Fundamento de la responsabilidad	8
1.4.2. Fuente real de la responsabilidad del Estado	9
1.4.3. Teoría de la tutela jurídica	10
1.4.4. Teoría del intervencionismo	11
1.4.5. Teoría teleológica	11
1.5. Teorías que explican la responsabilidad del Estado	12
1.5.1. Teoría de la representación	12
1.5.2. Teoría organicista	13
1.5.3. Teoría de la proporcionalidad de las cargas	13
1.5.4. Teoría de la responsabilidad por riesgo	14
1.5.5. Teoría de la equidad	15
1.5.6. Teoría de la estricta justicia	15
1.5.7. Teoría de la solidaridad humana	16
1.6. Principios jurídicos que sustentan la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado	18
1.6.1. Igualdad de los ciudadanos ante la Ley	18
1.6.2. Igualdad jurídica de los administrados ante las cargas públicas	18
1.6.3. Sacrificio especial al administrado	19
1.6.4. Observancia de los Derechos Humanos	20
1.6.5. Garantía del derecho de propiedad	20

<b>CAPÍTULO II</b>	22
2. Servicios públicos. Generalidades	22
2.1. Criterios para establecer la noción de servicios públicos	23
2.1.1. La concepción orgánica	24
2.1.2. La concepción material	24
2.3. Creación de los servicios públicos	25
2.7.1 Continuidad	27
2.7.2. Regularidad	28
2.7.3. Uniformidad	28
2.7.4. Generalidad	29
2.7.5. Obligatoriedad	29
2.7.6. Calidad	30
2.7.7. Eficiencia	30
2.7.8. Responsabilidad	31
2.7.9. Accesibilidad y universalidad	31
2.8.1. Concepto de la falta o deficiente prestación de servicios públicos	32
2.12.1. El hecho	39
2.12.2. El Acto	41
2.12.3. El perjuicio	43
<b>CAPÍTULO III</b>	44
3. Responsabilidad extracontractual del Estado	44
3.1. Concepto y elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado	45
3.2. Elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado. Culpa y daño	49
3.2.1. Elemento subjetivo (animus)	50
3.2.2. Elemento material (corpus)	50
3.3.1. Daño personal	52
3.3.2. Daño material y daño moral	53
3.3.3. Daño positivo y daño negativo	53
3.3.4. Daño directo y daño indirecto	54
3.3.5. Daño actual. Futuro y cierto	54

3.6.1. Responsabilidad objetiva_____	55
3.6.2. Responsabilidad subjetiva _____	57
3.8.1. Responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación colombiana ____	62
3.8.2. Responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación chilena_____	69
3.8.3. Responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación mexicana_____	73
3.8.4. Responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación española _____	75
3.8.5. Responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación francesa_____	79
3.8.6. Experiencia nacional respecto la responsabilidad extracontractual del Estado_	81
<b>CAPÍTULO IV _____</b>	<b>84</b>
4. Proceso administrativo en sede administrativa, judicial y constitucional _____	84
4.1. El particular agotando la sede administrativa _____	84
4.2. El particular y la vía contencioso administrativa_____	86
4.3. El particular y la vía constitucional _____	87
<b>Conclusiones _____</b>	<b>91</b>
<b>Bibliografía _____</b>	<b>XI</b>

## **RESUMEN**

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

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

## **ABSTRACT**

Miguel S. Marienhoff, quoting Leon Duguit on the responsibility of the State, agrees that recently entered the legal conscience of civilized man, and also said that many of the positive laws, including advanced, are still very limited in their application . We agree with the opinion of Professor Marienhoff, as we see in the Ecuadorian legal system has not been addressed this figure with the importance it deserves, perhaps because of the lack of culture of complaint for an alleged breach of duty or due to occasional legal debate that has prevailed in our system.

Within this context we present an investigation of the State Tort Liability as a tool that tries to find a legal concept which for many means the institution that originated the modern administrative law ruling from the famous White 1873. Throughout this paper we shall see how this institution is to be understood and how to implement it through a process of awareness where the party to go to the public entity and claim an alleged right violated by this.

## INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

*Ángel Osorio.*

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

*Rousseau*

## CAPÍTULO I

### 1. Generalidades. Noción y evolución de la responsabilidad estatal

Dentro de la contextualización que planteamos debemos remitirnos, en una primera instancia, al origen mismo de la entelequia que llamamos Estado. Platón<sup>1</sup> consideró que, partiendo de la asociación humana, es posible identificar diferentes necesidades individuales que se transforman en recíprocas para el conglomerado, generando que los hombres formen colectividades organizadas y haciendo más fácil la satisfacción de sus necesidades mediante el intercambio de objetos y servicios. De esta manera, la sociedad se constituye en una entidad cooperativa en la cual cada uno de sus integrantes deberá cumplir un determinado rol. Por ello, Platón, en su obra *La República*<sup>2</sup>, hace el análisis descriptivo del Estado, expresando que la sociedad es el fruto de las necesidades humanas y menciona que cada individuo tiene las suyas; sin embargo, ninguno es enteramente suficiente para bastarse a sí mismo, por lo que todos deben ayudarse haciendo intercambio entre sí. Entonces, para que esta agitada actividad sea perfecta y justa, es el Estado el que debe regular la convivencia así como la adecuada satisfacción de las necesidades de las personas. Como producto de este orden social, surge el virtuoso gobernante, quien debe ser educado para gobernar.

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

---

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

<sup>2</sup> Platón, *La República*, página 599-618.

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

e iguales entre sí, para lograr la mejor convivencia posible. Sin embargo, el mejor Estado no es aquel que está regido por el más virtuoso o el más sabio de los hombres, sino el que está sujeto a las mejores leyes; es decir, al Derecho más perfecto. Por ello Aristóteles, al conceptualizar al Estado como la comunidad de hombres iguales y libres que tratan de lograr una vida dichosa, considera que el ciudadano recibe en el Estado todo cuanto necesita para una vida perfecta, debiendo existir una finalidad ética que mire por el perfeccionamiento moral de los ciudadanos. Concluyendo con esta digresión necesaria, Rousseau<sup>4</sup>, otro pensador que de cierta manera trata de explicar este fenómeno socio-político al que llamamos Estado introduce la noción del “pacto social”, en donde cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y recibimos a cada miembro como parte indivisible del todo. Luego, esta persona pública que se forma de la unión de todas las otras toma el nombre de Estado.

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

Esta distribución de funciones permite que cada órgano pueda ejercer en su ámbito una determinada actividad, por ello los constitucionalistas hablan de división de poderes, donde denotan su clara influencia de Montesquieu<sup>5</sup>; Además de que consideran este asunto un criterio eminentemente político. Por otro lado, encontramos el criterio de los administrativistas que hablan de distribución de funciones aplicando un enfoque jurídico.

---

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

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

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

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

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

## 1.1. Evolución de la responsabilidad estatal

Remontarnos a la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado implica que nos remitamos a la historia misma del Derecho, de tal suerte que si retrocedemos al estudio del Derecho Romano vemos que no existió una teoría de la responsabilidad extracontractual. Con muy buen criterio, los hermanos Mazeaud<sup>6</sup>, plantean que los romanos no tuvieron un principio general que se aplicara a la figura de la responsabilidad extracontractual, de tal suerte que los jurisconsultos de la época se limitaron exclusivamente a conceder indemnizaciones respecto a casos específicos. Vemos, entonces, una incipiente figura, pero que podemos tomarla como un antecedente remoto de la figura que nos interesa y es la llamada *Lex Aquilia*<sup>7</sup>, la cual, en breves rasgos, fue una fórmula que sirvió de sustento para proteger la vida y la propiedad por medio de la concesión de una indemnización en caso que estos derechos fueran vulnerados. Esta norma era aplicable para casos específicos; sin embargo, nunca se institucionalizó esta figura. Los hermanos Mazeaud<sup>8</sup> sostienen que esta norma no exigía la culpa como una condición para su aplicación, sino que se trataba de una responsabilidad más bien objetiva; es decir, no era necesario probar la negligencia del autor del daño sino solo el daño.

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

---

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

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

<sup>8</sup> Mazeaud Hermanos, *Lecciones de Derecho Civil*, páginas 35-36.

## 1.2. Irresponsabilidad absoluta del Estado

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

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

---

<sup>9</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789.

<sup>10</sup> Declaración de los Derechos del Hombre 1793.

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

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

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

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

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

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

#### **1.4. Fundamento de la responsabilidad. Teorías que la sustentan**

##### **1.4.1. Fundamento de la responsabilidad**

Acogiendo el criterio de Miguel S. Marienhoff<sup>12</sup> respecto al fundamento de la responsabilidad, es posible encontrar cuatro criterios para esclarecer cuál es el verdadero fundamento de la figura materia de esta tesis. El primero de ellos plantea que la responsabilidad del Estado, por los daños que éste irroque a los ciudadanos, encuentra su fundamento en los “*riesgos sociales*”, dejando de lado la culpa estatal como sustento al deber de resarcir los daños que se causen por el accionar de la Administración Pública. Sin embargo, Marienhoff, considera a este criterio como una idea caduca, ya que actualmente, con la concepción que se ha impuesto sobre el Estado, ha dejado de lado la concepción liberal, en donde la intervención estatal era casi nula dejando el camino libre a los administrados, de ahí la existencia de la irresponsabilidad del Estado.

Sin embargo, los riesgos sociales a los que hace alusión este criterio no podrían configurarse como fundamento de la responsabilidad estatal, quedando subsumida la teoría del riesgo por las consecuencias del Estado de Derecho, en donde podemos encontrar principios que sí fundamentarían la responsabilidad estatal. Como segundo criterio para fundamentar esta figura se ha esgrimido la necesidad imperiosa de una ley o normativa que

---

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

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

la reconozca expresamente. Marienhoff<sup>13</sup> sostiene que este criterio es el seguido por Rafael Bielsa, conocido estudioso del Derecho Administrativo, es así que la responsabilidad estatal carecería de un fundamento jurídico propio. Este criterio estaría errado, ya que si acudimos a los principios que consagra el ordenamiento constitucional vigente, encontraremos un sinnúmero de postulados que la actual Carta Fundamental recoge. Como tercer criterio, la responsabilidad estatal es aceptada cuando el resarcimiento de los hechos lesivos constituye una regla eminentemente de aplicación de lógica jurídica. Para explicar este aspecto Marienhoff cita el criterio de García De Enterría, el cual considera que:

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

El cuarto criterio, planteado por Marienhoff<sup>15</sup> y acogido como el mejor concebido debido a su exactitud y coherencia con en el modelo jurídico que vive nuestro país, sostiene que el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado no es otro que el Estado de Derecho y sus postulados, en donde su fin último es proteger el derecho del conglomerado social contra las extralimitaciones de la Administración Pública. Estos principios los encontramos claramente detallados tanto en la Constitución de la República como en la normativa que la viabiliza.

#### **1.4.2. Fuente real de la responsabilidad del Estado**

Para determinar el fundamento de la figura de la responsabilidad, es necesario tomar en cuenta ciertos estudios doctrinarios, para ello se han formulado tres grupos

---

<sup>13</sup> Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV*, páginas 696.

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

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

representativos en donde se contemplan las teorías que fundamentan la responsabilidad del Estado: teorías de la tutela jurídica, teoría del intervencionismo y teorías teleológicas.

### **1.4.3. Teoría de la tutela jurídica**

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

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

En base a este criterio podemos colegir que una vez cometido el perjuicio o daño y una vez imputado al Estado, se produce un traspaso patrimonial hacia la víctima, lo cual ha

---

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

generado cierta polémica al respecto por ser considerado este criterio demasiado individualista.

#### **1.4.4. Teoría del intervencionismo**

Esta tendencia considera que la responsabilidad que posee el Estado radica en los principios jurídicos constitucionales que otorgan una potestad especial dentro de la realidad de una nación. El intervencionismo acoge que el Estado como ente supremo dentro de una nación ostente poderes o facultades supremas, las cuales se traducen en diferentes ámbitos del quehacer interno nacional; por ello existe la capacidad para imponer a los individuos que componen su conglomerado social, todo esto en base a su facultad interventora. Dentro de este contexto vemos que, por este actuar, es posible que se causen daños a los ciudadanos, lo cual generaría la inmediata indemnización a quienes se comprobare que fueron perjudicados por actos ilegítimos, todo esto sustentado en la búsqueda de la justicia social y bienestar colectivo como fines esenciales del Estado. Es interesante anotar que uno de los aspectos esenciales que se pretende buscar en esta teoría implica que los poderes discrecionales que los funcionarios públicos ostentan sean utilizados conforme al respeto irrestricto a los Derechos Humanos. Es reprochable la posibilidad de que el Estado cause un perjuicio, lo cual no estaría encasillado en el esquema de lo que es legítimo, que es un requisito para que opere la responsabilidad estatal.

La capacidad interventora que el Estado ostenta es sumamente amplia y cabe en el momento en el cual el individuo es afectado por esa potestad; sin embargo, se ha discutido sobre si oficiosamente el Estado debe intervenir en las acciones indemnizatorias que involucren a individuos particulares, lo cual en materia ambiental está justificado tomando en cuenta la doctrina: la razón de ello es precautelar el bien jurídico (*medio ambiente*).

#### **1.4.5. Teoría teleológica**

La tendencia teleológica considera que el Estado tiene un deber esencial que debe cumplirlo de manera inexorable, y es el de reparar los daños que se produzcan como consecuencia de su actividad pública. Esta reparación encuentra su *telos* en una de las

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

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

## **1.5. Teorías que explican la responsabilidad del Estado**

### **1.5.1. Teoría de la representación**

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

---

<sup>17</sup> Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013; página 26

seguidora de nuevas tendencias y en especial de aquellas que se encuentran en el derecho público, contradicen esta propuesta, sosteniendo que son las normas del derecho público las que deben encargarse de esta misión.

### **1.5.2. Teoría organicista**

Julio Altamira Gigena<sup>18</sup> considera que el creador de esta corriente es Gierke, el cual ve en las personas jurídicas un conjunto de órganos, llegando al extremo de advertir que si desaparecen los órganos igualmente ocurriría con las personas jurídicas. Continuando con el análisis de esta corriente, el punto clave de su pensamiento consiste en plantear al funcionario público como un órgano de ese gran organismo al cual llamamos Administración Pública; por consiguiente, todo acto que realice dicho agente se reputa realizado por la administración y, por lo mismo, es responsable por ello; es decir que, cuando los funcionarios públicos cometen una falta, es el Estado quien la comete, siéndole imputable a éste de forma directa y personal. Si la administración es eficiente, activa, rápida es porque sus funcionarios lo son también; todo lo contrario sucede cuando los mismos funcionarios son negligentes, ineficientes, etc, haciendo que la administración lo sea de igual forma.

### **1.5.3. Teoría de la proporcionalidad de las cargas**

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

Los ciudadanos no deben sufrir unos más que otros las cargas impuestas en el interés de todos, de donde resulta que los daños excepcionales, los accidentes que el Poder Público causa a los particulares, deben ser indemnizados por el presupuesto que está formado por las contribuciones de toda la colectividad. Además, las necesidades de la vida en común exigen que cada uno soporte sin indemnización los daños resultantes del ejercicio legal y regular del

---

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

poder público, a menos que el legislador haya dispuesto lo contrario. Cuando el Estado ejecuta un acto que perjudica a un habitante haciéndole sufrir un daño injusto, con respecto a los demás ciudadanos, está obligado a indemnizar ese daño para no romper el principio de equidad, de igualdad, que ampara por igual a todos los habitantes[...].<sup>19</sup>

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

#### **1.5.4. Teoría de la responsabilidad por riesgo**

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

---

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

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

ocasionando un perjuicio, es por ello que consideran que existe una responsabilidad por riesgo.

Lo esencial de esta tesis radica en el nacimiento de la reparación; entonces es necesaria una situación excepcional de peligro. Para Marienhoff<sup>21</sup>, opositor a esta teoría, los riesgos podrán ser la causa de los daños y perjuicios, pero no el fundamento de la responsabilidad estatal; y esa teoría queda subsumida por las consecuencias del Estado de Derecho, cuyos principios fundamentan la responsabilidad de Estado en el derecho público; ya que esos principios o postulados forman un complejo y tienden a lograr la seguridad y el respeto del derecho de los administrados.

#### **1.5.5. Teoría de la equidad**

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

#### **1.5.6. Teoría de la estricta justicia**

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

La responsabilidad del Estado surge por el hecho mismo de las personas o de las cosas que tiene a su servicio. No es menester recurrir a la teoría de la falta para encontrar el fundamento jurídico de la responsabilidad directa del Estado, que lleva su aplicación aun a

---

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

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

las cosas inanimadas y a los casos en que aquél ejercita un derecho, v. gr.: La ejecución de una obra pública que daña a terceros. Varios elementos surgen en apoyo del sistema. La equidad juega, entre ellos, un rol primordial; también la justicia se hace presente, como es lógico, en toda índole de relaciones generadoras de derecho. Si según hemos dicho, el Estado es o debe ser justicia, si ésta, en su esencia, no puede quedar excluida cuando se trata de distribuir entre los ciudadanos esa especie de carga pública del daño, previsible o no, causado por los individuos físicos o por las cosas del servicio público [...].<sup>23</sup>

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

### **1.5.7. Teoría de la solidaridad humana**

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

---

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

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

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

Una vez que hemos conocido las diferentes teorías que han tratado de justificar el fundamento de la responsabilidad estatal, como aporte personal podemos decir que el fundamento esencial de dicha noción radica en el bien común. En nuestra Constitución, a pesar que no habla expresamente sobre el bien común, es fácil colegir del contexto de su artículo 3, el cual constituye un precepto en el cual podemos encontrar los deberes del Estado, estableciendo con muy buen criterio una serie de deberes que tratan de llevar al conglomerado social al Buen Vivir. Lo que nos hace entender que dicho ente mantiene una doble obligación: la primera, atender las necesidades de los particulares; y la segunda, delimitada al bienestar colectivo o Buen Vivir (*sumak kawsay*). Para nosotros es importante decir que el fundamento de la responsabilidad del Estado es el bienestar colectivo, enfocado en el Buen Vivir. Este bien no puede encontrarse plenamente satisfecho si un miembro o uno de sus miembros sufren algún tipo de detrimento provocado por la administración; por lo mismo, su deber es indemnizar por los perjuicios que ocasione.

Este fundamento se encuentra vigente en nuestra legislación, un sistema en el cual el Estado es el encargado de proteger los bienes y servicios que provee a los particulares, y, como claramente prevé la Constitución estableciendo estándares y mediciones de calidad, existiendo una protección efectiva sobre los daños que pueda sufrir el conglomerado social.

---

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

De esta forma, la teoría de la irresponsabilidad del Estado es ampliamente superada en nuestra legislación actual, y más aún con la vigencia de nuestra nueva Constitución, en la cual, de su contexto es posible vislumbrar que toda la actividad que desempeña el Estado, se encuentra sujeta a una responsabilidad. Esta premisa la podemos identificar en el artículo 233 de la Carta Fundamental.

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

### **1.6.1. Igualdad de los ciudadanos ante la Ley**

Este principio es recogido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo primero: “*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común*”.<sup>25</sup> Hablar de igualdad de los ciudadanos ante ley es sin lugar a dudas uno de los logros más trascendentes del liberalismo; desde este momento histórico la norma jurídica no realizará más distinciones. Nuestra Constitución recoge este principio en su artículo 66, N° 4.

### **1.6.2. Igualdad jurídica de los administrados ante las cargas públicas**

Nuestra legislación, como muy buena seguidora de la escuela francesa, tomó el criterio del Consejo de Estado francés el cual considera que, cuando el Estado presta un determinado servicio público con el objeto de cumplir los fines constitucionales y legales, también al mismo tiempo genera un peligro o un eventual riesgo, que va en contra de la integridad física o en contra de la vida misma del conglomerado social. Este ente se encuentra llamado a responder por el detrimento causado cuando el peligro sea materializado; no hacerlo acarrea inexorablemente la violación del principio constitucional de igualdad respecto a las cargas públicas que todos los ciudadanos y ciudadanas están

---

<sup>25</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789.

llamados a soportar por el hecho de vivir en una sociedad jurídicamente organizada, como una contraprestación por los servicios públicos proveídos por Estado. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en el fallo de casación del 11 de abril de 2007, publicado en la Gaceta Judicial serie XVIII, No. 4, página 1618 a la 1626., sostuvo que:

“[...] El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente.... De tal forma que en la búsqueda de atender a los intereses colectivos, aunque se entienda que el interés individual deba ceder a ellos, la distribución de las cargas públicas individuales está sometida a un criterio general de igualdad material o sustancial, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto... Por ello cuando el Estado y sus instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados, a restablecer el balance afectado. Por esta razón, el artículo 20 de la Constitución Política no hace referencia al obrar ilícito o lícito de los funcionarios o empleados públicos, cuando asigna la responsabilidad del Estado en el evento de que cause un perjuicio a los administrados, originada en su comportamiento...]”<sup>26</sup>

Bajo este razonamiento la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas mantenidas por los ciudadanos que a pesar de encontrarse obligados a brindar cumplimiento de los deberes constitucionales, y que por una razón este equilibrio es resquebrajado constituyen cargas públicas injustas que ninguna persona se encuentra obligada a soportar, por consiguiente este desequilibrio de las cargas públicas puede conceptualizarse como el fundamento jurídico de una imputación objetiva de la responsabilidad estatal en donde el afectado se encuentra en una situación inesperada y desigual frente al resto del conglomerado.

### **1.6.3. Sacrificio especial al administrado**

---

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

Este sacrificio sin lugar a dudas constituye fuente de la responsabilidad extracontractual del Estado, pero únicamente en aquellos casos en los cuales individualmente se obligue al administrado, con obligaciones mayores que para el común del conglomerado; por consiguiente es el Estado quien exigirá a sus miembros diferentes obligaciones, que van desde los impuestos, tasas, contribuciones, etc. Sin embargo, desde el momento en el cual dicho ente exige un cumplimiento mayor de exigencias, incurre en un sacrificio especial hacia el administrado, que por lo mismo deviene en fuente de responsabilidad. De tal suerte que la doctrina en este aspecto ha logrado consensuar que en el caso de las contribuciones éstas deben guardar la debida equidad y proporción. Si existe un sacrificio especial por algún acto de cualquier órgano, debe establecerse la igualdad de todos los habitantes mediante una indemnización a cargo del Estado, por el sacrificio especial exigido al perjudicado.

#### **1.6.4. Observancia de los Derechos Humanos**

La noción de los Derechos Humanos que actualmente se encuentran en boga constituye fuente de la responsabilidad extracontractual del Estado. Su fundamento descansa en el valor ético, garantizando la estructura normativa de un Estado. En la actualidad, el ciudadano cuenta con garantías legales y éticas, de las que antes carecía. Además de ello, su vigencia va más allá de cualquier discusión política. Es necesario recordar que el Estado tiene la obligación de respetar, hacer respetar y promover los Derechos Humanos, ante el concierto internacional; por lo misma razón, éstos han sido plasmados en tratados y convenios internacionales.

#### **1.6.5. Garantía del derecho de propiedad**

Roberto Dromi<sup>27</sup>, en su obra *Derecho Administrativo*, plantea como uno de los principios de la responsabilidad estatal a la garantía del derecho de propiedad, tomando en

---

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

cuenta que nadie puede ser privado de su propiedad sin que sea indemnizado; por ello, si el Estado lesiona este derecho, debe existir el correspondiente resarcimiento.

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

*Sócrates*

## **CAPÍTULO II**

### **2. Servicios públicos. Generalidades**

Dentro de la antigua concepción del Derecho Administrativo su esencia radicaba en encontrar el fin que perseguía el Estado y encontrar la estructura jurídica adecuada que norme este accionar. Durante el siglo XIX, el criterio que predominó fue el de la existencia de la soberanía o poder público, bajo el sustento de que es necesario un derecho especial para regular las relaciones entre el Estado y los particulares. La aplicación del Derecho Privado que solo regula relaciones entre personas resultaba insuficiente frente al advenimiento de nuevas circunstancias dignas de ser normadas. Esta postura generó la separación en dos categorías; por un lado los "actos de autoridad" y por otro los "actos de gestión"; por consiguiente, el Estado en unos casos actuará emitiendo ordenes, prohibiciones, reglamentaciones, mientras que en otros fungirá como lo hace un particular al momento de administrar su patrimonio. La forma de ver a la Administración Pública, tal y como se lo plasmaba, no tomaba en cuenta que el Estado, aun en su gestión patrimonial, nunca llega a colocarse en igualdad de condiciones con los particulares, ya que por su naturaleza siempre estará cumpliendo o ejecutando leyes y reglamentos administrativos y gozando de privilegios que no disfruta el conglomerado social. Modernamente, en el año 1873 se empieza con la adopción de un criterio según el cual genera expectativa en la cultura jurídica occidental, el cual se lo resumía en la noción de servicio público. La doctrina francesa, seguidora de esta tendencia, justificó su accionar en la necesidad imperiosa de contar con reglas especiales, las cuales se traducían en el nacimiento de una

nueva rama: el Derecho Administrativo, el cual encuentra su esencia en la necesidad de fijar los límites de aplicación de éste llegando a colocar la noción de *servicio público* en la base de todas las instituciones administrativas y como explicación, justificación y límite de la existencia del Derecho Administrativo.

La noción actual de la figura del servicio público ha sido producto de una evolución y un proceso histórico el cual en su primera fase no surgió como un concepto jurídico formal; aunque sí por constituir como idea de servicio prestado al público. En tiempos más recientes, los estudiosos han utilizado con una amplia diversidad este criterio, pues para unos es toda actividad administrativa cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, postura defendida por León Duguit<sup>28</sup>; es decir, es toda actividad administrativa que procura la satisfacción concreta de una necesidad colectiva; mientras que, para otros, además de ese requisito se precisan otros aspectos jurídicos esenciales, que hacen del servicio público una de las instituciones jurídicas más relevantes de la disciplina jurídico administrativa.

## 2.1. Criterios para establecer la noción de servicios públicos

El Estado como ente generador y titular de los servicios públicos puede trasladar su gestión y prestación a individuos de la sociedad. Para que éstos brinden el servicio al conglomerado, este planteamiento constituye una tendencia la cual, en otro momento histórico anterior al que vivimos, hubiese sido materia para fuertes críticas. De este planteamiento se desprende la pregunta: ¿Qué tipo de actividades pueden ser consideradas servicios públicos? En principio, para dar contestación a esta noción debemos tener presente las actividades que podrían satisfacer necesidades colectivas; por ello, la doctrina se ha planteado dos conceptualizaciones para llegar a determinar su esencia: estamos ante la concepción orgánica y la material.

---

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

### **2.1.1. La concepción orgánica**

Son servicios públicos aquellas prestaciones que el Estado o el sector público en general brinda al conglomerado social con el objetivo de satisfacer necesidades colectivas o de interés general. En este orden de ideas, la noción de servicio público es configurada cuando se toma en cuenta el órgano del cual deriva, siendo éste el Estado o en su defecto de concesionarios.

### **2.1.2. La concepción material**

Sostiene que no importa el órgano que esté prestando el servicio público, lo esencial es la naturaleza misma de la actividad o función; estaríamos ante la presencia de un servicio público cuando éste tenga por fin la satisfacción de necesidades colectivas o de interés general. De estos dos enfoques es importante tomar en cuenta un aspecto en común, y es la “satisfacción de necesidades colectivas”. Sin embargo, cuando nos referimos a una colectividad no estamos hablando de todo el conglomerado social que da vida a la sociedad, sino que nos referimos a aquel grupo humano que siente necesidades por el hecho de vivir en una comunidad, las que deben ser satisfechas por parte del sector público.

## **2.2. Definición de servicio público**

Para llegar a una comprensión adecuada sobre este tópico es importante tomar en cuenta algunas definiciones que se han podido esbozar sobre esta figura por parte de ciertos doctrinarios. Al respecto, Miguel Marienoff considera que servicio público es: *“Toda actividad de la Administración Pública o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general, cuya índole de gravitación en el supuesto de actividades de los particulares o administrados requieran el control de la actividad estatal”*.<sup>29</sup> Roberto Dromi, exponente de la tendencia privatizadora en la Argentina, considera que: *“Cuando hablamos de servicios públicos nos referimos a las*

---

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

*prestaciones que cubren necesidades públicas o de interés comunitario, que explican las funciones-fines del Estado, de ejecución per se o por terceros, mediando concesión, licencia, permiso, autorización o habitación, pero siempre bajo fiscalización estatal. Es decir, puede tratarse de la provisión de agua, luz, gas, teléfonos, como de la prestación de servicios de educación, salud, transporte, seguridad”.*<sup>30</sup> Desde el punto de vista continental europeo, la figura de servicios públicos es abordada con mucha claridad por Fernando Garrido Falla, definiéndolo de la siguiente manera: “*Servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración Pública y bajo un régimen jurídico especial*”.<sup>31</sup> En todo caso consideramos que un Servicio Público constituye una actividad que el Estado tiene la obligatoriedad de brindar y que sin lugar a dudas está encaminado a cumplir una de las obligaciones que la Constitución impone a este ente que es la satisfacción de necesidades colectivas con miras al pleno desenvolvimiento del colectivo, obviamente esta actividad debe cumplir con ciertos principios los cuales se los desarrollará posteriormente su omisión ocasionarían un posible daño al particular.

### **2.3. Creación de los servicios públicos**

Para lograr un entendimiento cabal sobre la manera en la cual los servicios públicos son creados, debemos considerar que, en el mundo del Derecho Administrativo, se han esbozado dos maneras de comprender esta figura desde el punto de vista de su creación; así podemos encontrar servicios públicos propios e impropios. Los propios o aquellos prestados directamente por el Estado o en su defecto por intermedio de concesionarios, responden a una decisión expresa o acto jurídico, por ello se considera un servicio público formal; por consiguiente, estaremos ante un servicio público cuando éste es creado mediante un acto expreso de autoridad pública competente. Los servicios públicos impropios, por su lado, son prestados por los administrados sujetos a la figura de una autorización de la Administración Pública, la cual permite esta situación.

---

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

<sup>31</sup> Fernando Garrido Falla, *Revista de Administración Pública*, 1994, en [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1994\\_135\\_007.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1994_135_007.PDF).

Doctrinariamente es aceptada la idea según la cual le corresponde a la Función Legislativa crear un servicio público mediante una norma jurídica. Esta tendencia se originó en Francia, corriente que encontró asidero en la tesis que manifiesta que si dicha creación incide directamente en la acción de los particulares afectando diferentes derechos de las personas, un servicio público creado por la Función Legislativa se encuentra dotado de una facultad monopolizadora. Si no existe esta facultad, ciertamente la Función Ejecutiva tiene competencia para crear un determinado servicio público. De todo lo mencionado sobre la creación de un servicio público se puede resumir que cuando éstos no conllevan privilegios o cuando su creación no esté expresamente atribuida al órgano Legislativo, llámeselo como se lo llame por la Constitución, su creación es facultad de la Función Ejecutiva.

#### **2.4. La Organización de los servicios públicos**

Al hablar de organización nos referimos a la adecuación de los medios necesarios para un funcionamiento efectivo y esos medios son de índole material y normativa, ya que comprenden los elementos físicos como reglas para el correcto funcionamiento. Al hablar de organización de los servicios públicos, nos referiremos a los servicios públicos propios, ya que la organización de los impropios no depende de la competencia del Estado, sino de los particulares.

#### **2.5. Modificación de los servicios públicos**

Para referirnos a la modificación de los servicios públicos, debemos enfocarnos a la manera en la cual éstos deberán ejecutarse. La decisión de modificar le corresponderá, en última instancia, al órgano que lo creó u organizó. Un cambio esencial en la estructura del órgano deviene en la vinculación necesaria con el acto de creación, y en la forma de funcionar del servicio, que ha de ir por principio al acto de organización, lo cual se llevará a cabo a través de las llamadas organizaciones o reestructuraciones administrativas.

#### **2.6. La supresión de los servicios públicos**

Para Marienhoff<sup>32</sup>, la supresión de un servicio público significa que, en lo sucesivo, la respectiva necesidad o el respectivo interés general no será satisfecho por la figura del servicio público, y la decisión de suprimirlo le corresponderá a la misma autoridad que dispuso su creación, para lo cual tendría que adoptarse una vez que la necesidad que motivó su creación ha sido satisfecha; por lo que, si fue creado por una ley formal, debe ser suprimido por el órgano legislativo mediante otra norma jurídica; y si fue creado por un acto administrativo, su supresión requerirá de otro acto administrativo de la Función Ejecutiva.

## **2.7. Características de los servicios públicos**

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

### **2.7.1 Continuidad**

Referirnos a la continuidad del servicio público implica que nos adentremos en uno de los fines del Estado moderno, el cual es la satisfacción de las necesidades colectivas. Para lograr este objetivo se prestan servicios públicos, muchos de los cuales no pueden ser suspendidos ya que su interrupción ocasionaría daños y perjuicios a la colectividad. Por ello, compartiendo el criterio de Cassagne<sup>33</sup> sobre este aspecto, la causa que legitima la existencia de un servicio público es una necesidad colectiva, la cual no puede satisfacerse de otra manera que mediante la técnica de esta institución, asegurando que esta prestación se la desarrolle por medio de la regla de la continuidad.

Normalmente, el criterio aceptado en la doctrina del Derecho Administrativo y en nuestra legislación sostiene que la huelga y el paro que suspendan la normal prestación de los servicios públicos atentan contra el estatus jurídico, por ello su regulación,

---

<sup>32</sup> Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II*, página 101.

<sup>33</sup> Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Séptima Edición Actualizada, Editorial Abeledo Perrot, 2002, página 303.

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

### **2.7.2. Regularidad**

Respecto de la regularidad, normalmente esta característica es asimilada como sinónimo de la continuidad; sin embargo, es preciso tomar en cuenta que si bien para una parte de la doctrina constituye un elemento accesorio en la continuidad, este principio conlleva que el servicio público debe prestarse de acuerdo a la normativa preestablecida, mientras que la continuidad hace alusión a la prestación ininterrumpida. Dromi<sup>34</sup> considera que cuando hablamos de regularidad estamos hablando del ritmo y del equilibrio con el cual se presta un servicio; bajo este razonamiento, el mismo autor considera que es el Estado el ente encargado de establecer los marcos regulatorios de éstos, para lograr la excelencia en la calidad de prestación.

### **2.7.3. Uniformidad**

Por uniformidad debemos entender que la prestación de los servicios públicos se lleva a cabo tomando en cuenta la igualdad; es decir, el derecho que tiene el conglomerado social a recibir un servicio público sin condicionamientos, sin discriminación y sin privilegios;

---

<sup>34</sup>Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2001, página 536.

esta característica puede ser asimilada al principio de igualdad ante la ley. El principio de igualdad ante la ley se encuentra reconocido en nuestra Constitución en su artículo 66 numeral 6, el cual, como dijimos, es posible vincularlo con la característica de uniformidad, por consiguiente los usuarios ven cómo el servicio público ostenta el mismo tratamiento, técnico, jurídico y económico sin que exista discriminaciones.

#### **2.7.4. Generalidad**

Al hablar de generalidad como característica del servicio público, implica que éste puede ser exigido y usado por todo el conglomerado social; por ello se dice que todo servicio público nace a partir de la existencia de una necesidad que el colectivo ha considerado que amerita ser cubierta. La generalidad, en pocas palabras, hace referencia a que el servicio público debe cubrir a toda la población sin discriminación alguna, lo cual conlleva que en ciertos casos exista una mejora en su expansión generando la universalidad de éste.

#### **2.7.5. Obligatoriedad**

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

Como lo menciona Cassagne<sup>35</sup>, la configuración del régimen jurídico del servicio público quedaría desprovista de sentido si no se asegurara la prestación efectiva del mismo y la consecuente satisfacción de las necesidades colectivas; de ahí la razón de ser del principio de obligatoriedad que predica no sólo una vinculación entre el Estado y el

---

<sup>35</sup> Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Séptima Edición Actualizada, Editorial Abeledo Perrot, 2002, página 308.

prestatario, sino el derecho de los usuarios que utilizan el servicio para reclamar ante quienes lo prestan su realización efectiva.

### **2.7.6. Calidad**

Dentro del estudio de la noción de servicios público surge el principio de *calidad* cuya acepción semántica implica diversas visiones desde el punto de vista de los servicios públicos. La Constitución en su artículo 52 establece que: “*Las empresas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características [...]*”<sup>36</sup>. Lo cual se complementa con el artículo 32 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, el cual prescribe: “*Las empresas encargadas de la provisión de servicios públicos domiciliarios, sea directamente o en virtud de contratos de concesión, están obligadas a prestar servicios eficientes, de calidad, oportunos, continuos y permanentes a precios justos [...]*”.<sup>37</sup>

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

### **2.7.7. Eficiencia**

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

---

<sup>36</sup> Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 20 octubre del 2008.

<sup>37</sup> Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Suplemento Registro Oficial No. 116 del 10-07-2000

El proceso de eficiencia administrativa se traduce en la capacidad para optimizar la utilización de recursos humanos, financieros, materiales y tecnológicos, mediante el uso racional de los sistemas administrativos en los que se dé una acertada correlación entre los objetivos, funciones, instancias y decisiones, para mejorar el nivel de gestión de la Administración Pública, a fin de responder a los requerimientos y demandas nacionales [...].<sup>38</sup>

#### 2.7.8. Responsabilidad

Implica un principio en virtud del cual la Administración Pública se encuentra obligada, en primera instancia, a brindar un adecuado servicio, el cual cubra las necesidades colectivas; y, en segundo lugar, que tomando en cuenta estas necesidades la actividad implique el cumplimiento irrestricto de la estructura normativa, de tal suerte que no exista el menoscabo de derechos; de ocurrir esta situación,, el Estado, por su especial posición en el universo jurídico, se ve obligado a resarcir el detrimento ocasionado.

#### 2.7.9. Accesibilidad y universalidad

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

#### 2.8. Falla o deficiente prestación, alcances y efectos

Dentro de un contexto en el cual existen corrientes que plantean la explicación de la naturaleza jurídica de la responsabilidad del Estado, se ha hecho eco el régimen de

---

<sup>38</sup> Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, Suplemento Registro Oficial No.581 del 2-12-1994.

responsabilidad por la falta de servicio, posibilidad que se encuentra en una transición hacia una liberación del resto de posibilidades de responsabilidad estatal.

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

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

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

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

[...] la falta de servicio [...] se produce si sus órganos no actúan, debiendo hacerlo, si su actuación es tardía o si ellos funcionan defectuosamente causando perjuicio a los usuarios o destinatarios del servicio y si bien no se requiere individualizar ni perseguir al funcionario

cuya acción u omisión origina la falta, se debe invocar y acreditar la existencia de esa falta. [...].<sup>39</sup>

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

El Consejo de Estado Colombiano sostiene al respecto el criterio según el cual la falta o deficiente prestación del servicio público se produce cuando éste funciona mal, no funciona o lo hace tardíamente. Sin embargo, este criterio es complementado sosteniendo que la condición para alegar falta o deficiente prestación corresponde al perjudicado; es decir, debe aportar toda la prueba que nos dirija sobre la existencia de dicha transgresión, pues en caso de que no se realice este paso, sus pretensiones son desechadas impidiendo lograr la consiguiente indemnización. Esta situación actualmente ha tomado fuerza al momento de pretender una indemnización. La misma jurisprudencia considera que el actor debe suministrar la prueba plena de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que se suponen fueron la causa del perjuicio.

En nuestro ordenamiento jurídico la falla del servicio es conceptualizado por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, dentro del fallo de casación del 11 de abril del 2007<sup>40</sup>, en donde esta figura es analizada bajo la denominación de defecto sistémico del servicio público, la mencionada sala considera que “ [...] la falla del servicio se puede conceptualizar como el título jurídico de imputación objetiva de la responsabilidad estatal, fundamentada en el funcionamiento anormal de un

---

<sup>39</sup> Corte Suprema Chile, Casación N° 3.427, "*Figuroa Gallardo Rosalía y otra con Fisco de Chile*", Sentencia de 8 de mayo de 2002. en:

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

<sup>40</sup> Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo, fallo de casación del 11 de abril de 2007, publicado en la Gaceta Judicial serie XVIII, No. 4, página 1618 a la 1626.

servicio público (falta o deficiencia del servicio) que provoca un daño antijurídico al particular, quien no debe probar la culpabilidad del agente público (que puede ser anónimo) sino únicamente el nexo causal entre la falta o deficiencia del servicio y el daño ocasionado.

## **2.9. Falta de servicio y falta personal**

Como ya se mencionó anteriormente, la responsabilidad extracontractual del Estado ve su punto de partida con el célebre Fallo Blanco del Tribunal de Conflicto de 8 de febrero de 1873 en el cual se estableció: "*[...] que la responsabilidad que puede incurrir el Estado por los daños causados a los particulares por personas empleadas en el servicio público no puede regirse por los mismos principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares [...]*"<sup>41</sup>. Este fallo, según los estudiosos de la rama materia de nuestro estudio, es considerado la piedra angular del Derecho Administrativo francés. Dentro de su contexto podemos encontrar que la responsabilidad no es ni general ni absoluta, sino que, por el contrario, tiene sus reglas especiales las cuales varían de acuerdo a las necesidades del servicio como a la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos del conglomerado social. Este fallo permitió al Consejo de Estado que la figura de la responsabilidad del Estado sea regulada de manera independiente a la contemplada en la legislación civil, lo cual conllevó la distinción entre falta de servicio y falta personal, siendo posible responsabilizar a la Administración Pública sin necesidad de recurrir a las nociones de culpa y dolo con las cuales un funcionario público actúa en una determinada situación. En este sentido, la falta de servicio público puede ser considerada como una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración Pública.

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

---

<sup>41</sup> Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, „Séptima Edición Actualizada, Editorial Abeledo Perrot, 2002, página 481.

La doctrina francesa respecto a la noción de mal funcionamiento del servicio público ha variado mucho tomando en cuenta las características del servicio que se trate así como la gravedad de la falta. Por ello la jurisprudencia en un primer momento excluyó a ciertos servicios de toda responsabilidad por su actividad; mientras que para otros exigió un grado de gravedad mayor. En el primer caso se ha sostenido que la aplicación indiscriminada de esta figura cada vez que se ocasione un daño a un particular por el mal funcionamiento de un servicio podría resultar un tanto utópica, tomando en cuenta las condiciones y los medios con que deben funcionar muchos servicios públicos en países donde no se cuenta con los recursos económicos adecuados.

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

La jurisprudencia francesa, tomando en cuenta su análisis permanente en torno a esta noción, aceptó la posibilidad que coexista tanto la falta de servicio con la falta personal del funcionario, lo cual se pudo vislumbrar en el Fallo Anguet<sup>42</sup>, del 3 de febrero de 1915, pronunciamiento en donde encontramos la noción de “cúmulo de responsabilidades”, tesis que encuentra asidero en dos hechos: uno constitutivo de falta de servicio y otro de falta personal, los cuales coexisten dando como resultado un accidente. Es así como se origina este cúmulo de faltas, por cuanto convergen los dos tipos mencionados. Posteriormente se admitió la responsabilidad del Estado en todos aquellos casos en que la falta personal del funcionario se hubiera cometido con los medios o instrumentos puestos a su disposición por la Administración Pública.

---

<sup>42</sup> Clara Leonora Szczaranski Cerda, Revista de Derecho Administrativo, Responsabilidad Extracontractual del Estado, página 7, en: <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/cce339004fbf78d4bc66bf46ce4e7365/2.pdf?MOD=AJPERES>

En 1918, el Consejo de Estado Francés expidió el Fallo Lemonnier<sup>43</sup>, en donde se puede observar el criterio según el cual la falta se separa quizás del servicio, pero el servicio no se separa de la falta, depositando la responsabilidad en el Estado, desde el momento mismo en el cual la falta personal no se encuentra desprovista de todo lazo con el servicio.

De este modo, el Estado figura como el responsable de indemnizar a los particulares por el riesgo ocasionado al proporcionar a sus agentes los medios para cometer una falta personal. No estamos frente al cúmulo de faltas sino ante un cúmulo de responsabilidades; por consiguiente, el perjudicado puede encausar indistintamente a la Administración Pública como al servidor público, sea en la vía administrativa como en la vía ordinaria dependiendo del caso. Si optamos por la primera posibilidad, cabe la acción de repetición en contra del funcionario público por el monto que debió indemnizar a la víctima.

---

<sup>43</sup> Fallo Lemonnier. Consejo de Estado 26 de julio de 1918. Conforme a esta providencia, el fallo del juez ordinario no es obstáculo para que el administrativo declare por los mismos hechos la responsabilidad de la administración. El Consejo de Estado, por iniciativa del Comisario de Gobierno León Blum, construyó en el caso Lemonnier la teoría del cúmulo de responsabilidades (la del agente y la del servicio) a partir de una sola culpa personal cometida en el servicio pero hecha posible gracias a los medios de acción que el servicio pone a disposición del agente. La señora Lemonnier, con ocasión de las fiestas de Roquecourve, paseaba a lo largo del río Agouth cuando fue herida por una bala proveniente de una atracción instalada al otro lado del río para disparar sobre ollas flotantes. Ocurrió el accidente a pesar de la prevención del peligro, por lo cual el Alcalde había instalado el juego al otro lado del río, no obstante lo cual resultó insuficiente. Los esposos Lemonnier instauraron acción en la Corte de Toulouse, justicia ordinaria, donde se reconoció la responsabilidad personal del Alcalde y paralelamente demandaron a la comuna ante el juez administrativo, juicio con ocasión del cual se pronunció el Consejo de Estado, a Instancias del Comisario de Gobierno Leon Blum. Su razonamiento, que fue acogido, se sintetiza en la fórmula: *“La culpa se desprende del servicio, pero el servicio no se desvincula de la culpa”* y en que *“La declaración y la reparación por la autoridad jurisdiccional de la culpa personal endilgada en un individuo que es a la vez, empleado de un servicio público, de ninguna manera constituye un obstáculo, en nuestro concepto, para que la autoridad administrativa, basada en los mismos hechos, busque y declare la falla y responsabilidad de la entidad pública”*. (puf. *Themis les grandes decisions de la jurisprudence droit administratif-jean-francois lachaume, págins 475. Paris 1993*).

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

Haoriou<sup>44</sup> fue quien estudió esta posibilidad, proponiendo que la falla del servicio debía considerarse como una falta contra los derechos de los administrados, lo cual podía manifestarse de tres formas: 1) falla de servicio como un atentado contra la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, en la cual se concibe que es el Estado quien es una carga para los administrados; por lo tanto, un desequilibrio en el sistema administrativo afecta las obligaciones que éste ostenta frente al conglomerado social afectando su bienestar. Para sustentar esta tesis podemos citar el fallo No. 92004 del 9 de marzo de 1951, respecto a la *Société de Concerts du Conservatoire* del Consejo de Estado Francés<sup>45</sup>, en donde se obliga a la Administración Pública a indemnizar a los ciudadanos por quebrantar este principio de las cargas públicas; 2) falla del servicio como un atentado contra la igualdad de los ciudadanos ante los servicios públicos. En este sentido consiste en una ruptura del principio de igualdad de los ciudadanos ante los servicios públicos; sin embargo, esta tesis no aborda efectivamente el tema de la falla del servicio, ya que el funcionamiento incorrecto del mismo puede también afectar a personas de fuera de él, dejando de lado esta corriente; y, 3) falla del servicio como atentado al derecho de funcionamiento correcto del servicio público. Esta propuesta se la puede desarrollar de mejor manera tomando en cuenta el actual ordenamiento jurídico constitucional, ya que consideramos uno de los fines que persigue el Estado moderno, el cual es prestar servicios públicos, bajo esta premisa debe existir un cumplimiento irrestricto de los principios esenciales que enmarcan esta figura como son: obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad, los cuales los encontramos en el artículo 314 de la Constitución de la República del Ecuador. Frente a este enunciado vemos que el usuario ostenta un derecho subjetivo frente a la Administración Pública, el cual se ve afectado cuando uno de estos principios no es acatado a plenitud; por lo tanto, deriva en un perjuicio.

---

<sup>44</sup> Maurice Hauriou, *Jurisprudencia Administrativa de 1892 a 1929 Tomo I*, París, 1919, página 649.

<sup>45</sup> Fallo del Consejo de Estado Francés en: <http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?pageid=162>.

## **2.11. Falla del servicio como comportamiento ilegal de la administración**

Referirnos a la responsabilidad por falla implica remitirnos a la fuente misma de esta figura, la cual la encontramos en el Derecho francés como aquella actuación de carácter irregular de la Administración Pública, generadora de daños hacia sus administrados. Cuando el Estado incurre en esta situación, se produce la violación de normas jurídicas que se encuentran regulando el correcto funcionamiento de los servicios públicos, originando la anormalidad y la consiguiente violación de una norma de carácter administrativo, dando inicio a varias situaciones: 1) violación de normas que regulan el servicio público; 2) comportamiento anormal de la administración y 3) contravención a las obligaciones administrativas.

Sobre la primera posibilidad, existe falla de servicio cuando existe la transgresión expresa de normas jurídicas que tutelan la correcta administración y funcionamiento de los servicios públicos. En este sentido, son los servidores públicos los que aplican incorrectamente la estructura legal o simplemente la norma jurídica no regula adecuadamente esta actividad siendo demasiado general; por lo tanto, no abarca aspectos específicos, por ello la responsabilidad estatal ha evolucionado pero no desde el punto de producción legislativa sino por medio de la jurisprudencia. En el caso ecuatoriano esta figura no ha evolucionado ni de manera legislativa ni de forma jurisprudencial.

Respecto a la segunda situación, la premisa radica en la posibilidad de que existiría falla de servicio por un comportamiento anormal de la Administración Pública; es decir, circunstancias por las cuales el Estado no puede desempeñar adecuadamente sus fines como es la provisión de servicios públicos. Es necesario abordar, además, la verdadera connotación de lo que debemos entender por *anormalidad*, concepto jurídico que podría ser catalogado como indeterminado, ya que corresponde al juez delimitar su alcance y dicha valoración podría crear dificultades en cuestiones indemnizatorias y, sobre todo, para determinar la consiguiente responsabilidad. Por último, para concluir este acápite nos referimos a la falla del servicio producto de una contravención a las obligaciones administrativas. Esta tesis plantea que existe un conglomerado de obligaciones para la Administración Pública y, por obvias razones, ésta se extiende adicionalmente a sus funcionarios. Estas se encuentran claramente detalladas en documentos normativos donde

se especifican de manera detallada los roles estatales y los responsables por cada actividad encomendada, si la transgresión conlleva que la entidad pública incurra en el ámbito de la responsabilidad.

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

## **2.12. Elementos de la falla del servicio público**

Para que la falla del servicio público se configure es preciso que encontremos tres elementos necesarios, los cuales son: el hecho, el acto y el perjuicio, figuras jurídicas que son analizadas por el juez verificando la existencia o su presencia al momento de configurar su pronunciamiento.

### **2.12.1. El hecho**

En este sentido nos referimos a la acción u omisión del ente estatal; sin embargo, vale la pena realizar un análisis de este elemento constitutivo. Manuel Ossorio, en su Diccionario Jurídico, considera el hecho desde un concepto amplio que está representado por toda acción material de las personas, y por sucesos independientes de ellas, generalmente los fenómenos de la naturaleza<sup>46</sup>. Dentro del universo jurídico, el criterio comúnmente aceptado plantea que los hechos son todos aquellos acontecimientos que ocurren en nuestro mundo y como consecuencia de los mismos. Sin embargo, este concepto evoluciona y nace el criterio del *hecho jurídico*, entendido como aquellos acontecimientos

---

<sup>46</sup> Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Editorial Heliasta 2001, página 448.

que ocurren en nuestro mundo y como consecuencia de los mismos éstos pueden o no tener incidencia en el mundo del Derecho, así nos encontramos con los hechos jurídicos y los hechos no jurídicos. Sobre el segundo supuesto no encontramos inconvenientes, ya que estos son acontecimientos que de llegar a producirse no tienen relevancia jurídica, por consiguiente, el derecho se mantiene alejado de su regulación. Ocurre todo lo contrario cuando nos referimos a los hechos jurídicos, ya que éstos sí tienen una especial relevancia en el derecho y su consumación acarrea diversas situaciones en donde la estructura jurídica regula de diferentes maneras.

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

En conclusión, los hechos jurídicos son aquellos que pueden ser producto de la naturaleza o del hombre, pero que sus efectos van a tener trascendencia en el campo del Derecho. De esta acepción es posible encontrar otra clase de hechos y son precisamente los que provienen de la Administración Pública. Esta forma de actuación es debido a su manera de desenvolverse dentro de aquella estructura normativa pública, por ello el hecho administrativo no necesita, para configurarse, una decisión o pronunciamiento de la expresión de la Administración Pública, que a la larga pueda materializarse; ergo, el hecho administrativo lícito o ilícito genera derechos y obligaciones; por consiguiente, nace el acto administrativo. En este sentido ha existido consenso en admitir que el hecho está siempre

en el acto, el cual le brinda el necesario sustento para que pueda generar todos sus efectos en el universo. Roberto Dromi por su lado considera al hecho administrativo de la siguiente manera, a fin que sea considerado como un elemento indispensable para que pueda producirse la figura de la falla del servicio público y por ende una posible responsabilidad extracontractual del Estado:

Es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos. Objetivamente, el hecho administrativo exterioriza función administrativa, con prescindencia de que sea el efecto ejecutorio de un acto administrativo que le sirva de antecedente, o que se trate simplemente del desarrollo de la actividad que dicha función requiere en el cumplimiento de sus cometidos propios, en cuyo caso la ejecutoriedad viene dada por una norma de alcance general. De cualquier modo, se trata de un hecho jurídico, en tanto y en cuanto tiene la virtualidad de producir consecuencias jurídicas, que proviene de la Administración Pública (estatal o no estatal) e incide en la relación jurídico-administrativa, de lo que resulta su adjetivación [...].<sup>47</sup>

### **2.12.2. El Acto**

La Administración Pública puede manifestar su voluntad a través de diferentes medios o instrumentos, pudiendo observar como por medio de actos administrativos, actos políticos, contratos administrativos y reglamentos. En cuanto al acto administrativo podemos decir que esta idea nace a partir del estudio de la ciencia política lo que derivaría en el constitucionalismo moderno (lo que trajo consigo la división de poderes, o sea competencias exclusivas para cada una de las funciones del estado: ejecutiva, legislativa y judicial). A raíz de la separación de funciones, cada una de ellas tiene competencias claras impidiendo inmiscuirse en las competencias de otras funciones. La idea de acto administrativo ha tenido varias facetas, las cuales son recogidas en tres escuelas representativas: la primera que trató esta figura es la escuela alemana, la cual en su estudio confunde el acto administrativo con la actividad administrativa; luego encontramos la

---

<sup>47</sup> Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, página 195

escuela francesa, en donde su postulado radica que el acto administrativo es un sinónimo de acto jurídico, sujeto al principio del derecho privado y, por último, la escuela italiana, la cual manifiesta que el acto administrativo implica una manifestación de la voluntad cuyo contenido es amplio y variable. Nuestro Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva en su artículo 65, plantea respecto al acto administrativo que: “*Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa*”<sup>48</sup>. En este sentido es interesante el criterio expuesto por el profesor Brewer-Carías, citado por Jaime Orlando Santofimio en su obra *Acto Administrativo*, quien considera:

Es toda manifestación de voluntad de carácter sub-legal realizada por los órganos del poder ejecutivo, actuando en ejercicio de la función administrativa, de la función legislativa y de la función jurisdiccional; por los órganos del poder legislativo, actuando en ejercicio de la función administrativa y de carácter sub-legal; por los órganos del poder judicial actuando en ejercicio de la función administrativa y de la función legislativa, con el objeto de producir efectos jurídicos determinados que pueden ser o la creación de una situación jurídica individual o general o la aplicación a un sujeto de Derecho en una situación jurídica general”<sup>49</sup>.

Bajo esta premisa es importante destacar que el acto administrativo es una de las formas por medio de las cuales la Administración Pública manifiesta su voluntad, el cual puede generar un perjuicio determinado hacia un particular; por consiguiente, constituye un elemento indispensable para que la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado sea configurada.

---

<sup>48</sup> Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial 536 del 18 de marzo 2002.

<sup>49</sup> Jaime Orlando Santofimio, *Acto Administrativo, procedimiento, eficacia y validez*, Bogotá,, Universidad Externado de Colombia, 1994, página 68.

### 2.12.3. El perjuicio

Para muchos, la denominación de *perjuicio* hace alusión al daño moral o el daño fisiológico que sufre una persona sea éste en su patrimonio o en su cuerpo. La doctrina en este campo ha considerado que a nuestro alrededor y concretamente en la vida del hombre, encontramos situaciones que merecen el calificativo de perjuicio; sin embargo, en el argot común es posible conceptualizarlo como aquella alteración de una situación favorable. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, al referirse al perjuicio, lo hace de la siguiente manera: “*Detrimento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa*”<sup>50</sup>. Sin embargo, esta institución que es parte fundamental de la responsabilidad será abordada en páginas siguientes.

---

<sup>50</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, Madrid, año 2001, página 1734.

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

*Hauriou*

## CAPÍTULO III

### 3. Responsabilidad extracontractual del Estado

El problema de responsabilidad extracontractual del Estado durante los últimos años adquirió importancia en muchas legislaciones extranjeras, quizá esta situación es fruto del desarrollo de tecnologías en donde es posible ver diversos medios de transporte como ferrocarriles, tranvías, automóviles, aviones; adicional a ello, el aprovechamiento de energías antes desconocidas para la sociedad como la electricidad, el espectro radioeléctrico, etc; sin embargo, así como la sociedad evoluciona, de la misma manera ha existido un considerable aumento del número de accidentes derivados de este desarrollo, el cual degenera en un perjuicio al particular, lo cual acarrea de manera inexorable una justa indemnización. Alvaro Bustamante Ledesma, al hablar de la responsabilidad extracontractual del Estado, lo hace en los siguientes términos:

Toda actividad que desarrolle el Estado puede ser fuente de responsabilidad extracontractual, por lo menos desde el punto de vista teórico, pues en cada una de sus gestiones es posible causar perjuicios a los asociados. No obstante cuando se habla de esta clase de responsabilidad, la tendencia tradicional ha sido asociada con la función administrativa porque en comparación con la legislativa y judicial, es la principal fuente de la obligación indemnizatoria [...].<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Álvaro Bustamante Ledesma, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Bogotá, Editorial Leyer, 1999, página 29.

Agustín Gordillo<sup>52</sup> expresa que la responsabilidad extracontractual es aquella que surge no de la violación de una obligación contractualmente contraída, la que corresponde estudiar al referirse a los contratos administrativos, sino de una conducta cualquiera de los órganos del Estado no referida a un acuerdo previo de voluntades con el sujeto damnificado. Esa responsabilidad extracontractual puede originarse en un acto, hecho u omisión del concesionario o licenciatario; en el caso del Estado, sea del órgano administrativo, legislativo o judicial, en tanto ejerza función administrativa. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez consideraron que el principio de legalidad y el de responsabilidad del Estado constituyen el soporte estructural del derecho administrativo; es decir, son las bases por sobre las cuales esta rama del derecho ha evolucionado hasta nuestros días<sup>53</sup>.

### **3.1. Concepto y elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado**

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

Para los hermanos Mazeaud<sup>54</sup> no existe ningún vínculo de derecho entre el autor del daño y su víctima antes de que hayan entrado en juego los principios de la responsabilidad; mientras que para los autores Alessandri y Somarriva<sup>55</sup> este tipo de responsabilidad emana de un hecho ilícito intencional o no, que ha inferido injuria o daño a la persona o patrimonio de un individuo. No existe relación entre el autor y la víctima; sin embargo, de

---

<sup>52</sup> Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II*, Octava Edición, libro digital; Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, página 667.

<sup>53</sup> Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Civitas, Octava Edición, , 1998, páginas 431-432.

<sup>54</sup> Mazeaud Hermanos, *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1976, página 114.

<sup>55</sup> Arturo Alessandri Rodríguez, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1943, página 13.

haberla el daño, en este sentido no existe relación entre el autor del daño y la víctima y si la hay, el daño se produjo al margen de ella. En este sentido se supone que existe una ausencia de obligación, generándose entre personas jurídicamente extrañas, por lo menos en cuanto al hecho de que deriva y es ella la que crea la obligación de reparar el daño.

El autor colombiano Gilberto Martínez Rave define la responsabilidad extracontractual como “*la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso*”<sup>56</sup>. En esta conceptualización el autor no hace referencia alguna al hecho de que las partes de la relación dañosa tengan un jurídico anterior, inclusive considera que este tipo de responsabilidad “*nace para la persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y con la cual no la liga ningún nexo contractual*”<sup>57</sup>. Es decir, que nace para quien simple y llanamente ocasiona un daño a otra persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica anterior. Roberto Dromi, en su obra *Derecho Administrativo*, plantea que la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado implica una especial forma de tratamiento la cual:

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

---

<sup>56</sup> Gilberto. Martínez Rave, *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, 4ª ed. Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, año 1988, página 39.

<sup>57</sup> Gilberto Martínez Rave, *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, página 39.

provoque en cumplimiento de funciones de tipo administrativo, darán lugar a la responsabilidad administrativa, no judicial.<sup>58</sup>

Guillermo Cabanellas sostiene el criterio de que esta clase de responsabilidad es exigible por culpa de tercero, cuando medie dolo o culpa, y aún por declaración legal sin acto lícito ni negligencia del declarado responsable. Fundándose en un criterio de relación de causalidad, la responsabilidad extracontractual va evolucionando del criterio antiguo subjetivo (*de auténtica responsabilidad por culpa*) al moderno sistema objetivo, aun sin culpa, sin más que el hecho de ser autor del daño o perjuicio.<sup>59</sup>

Miguel S. Marienhoff<sup>60</sup> al tratar el tema de la responsabilidad extracontractual nos dice que ésta puede originarse de un comportamiento determinado del órgano Ejecutivo de gobierno, como del órgano Legislativo o del órgano Judicial. La actuación de cualquiera de estos órganos –comúnmente llamados “*Poderes*” – debe siempre imputársele al Estado, pues en cada caso concreto debe verse a éste actuando específicamente a través de uno de sus órganos o departamentos de gobierno. Continúa el autor manifestando que las normas que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho público no son las normas contenidas en la legislación civil, mismas que miran a las relaciones privadas. Mientras que la actuación del Estado se rige por el derecho público ya que su noción nace de la Carta Política; por lo mismo, la responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho público se rige por los principios del derecho público que se encuentran contenidos en la norma suprema, siendo jerárquicamente superiores a los que encontramos en el Código Civil. Nuestra Constitución incorpora en su artículo 11, numeral 9, segundo inciso, la noción que nos servirá como punto de partida para poder establecer que en la legislación ecuatoriana sí existe la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado, precepto que nos manifiesta que:

---

<sup>58</sup> Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial de Ciencia y Cultura, 9na edición actualizada, año 2001, página 707.

<sup>59</sup> Guillermo Cabanellas, *Diccionario de Derecho Usual Tomo III*, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L Viamonte, 1730, página 578.

<sup>60</sup> Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV*, Buenos Aires Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, páginas 690-697.

[...] El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos [...].<sup>61</sup>

Siguiendo la postura propuesta por Agustín Gordillo en torno a la noción de responsabilidad extracontractual del Estado, vemos que el Estado, como ente encargado de satisfacer todas las necesidades del conglomerado social, se encuentra en aquella posición en donde el no cumplimiento de ciertos derechos garantizados a los particulares ocasionen un daño y, por consiguiente, sea conminado a un resarcimiento determinado. Verbigracia de ésta situación es interesante traer a colación el caso Pedro Miguel Vera Vera vs Estado ecuatoriano, en el cual el mencionado particular fue detenido por la Policía Nacional presentando una herida de arma de fuego y siendo trasladado a un hospital público en donde fue dado de alta al día siguiente y se lo trasladó a un centro de detención en donde permaneció cuatro días en este sitio con una herida de bala sin el debido tratamiento. Luego, se solicitó el traslado inmediato a un centro de salud sin; embargo, esta orden fue emitida seis días posteriores al requerimiento, tiempo en el cual el particular, sin el debido tratamiento médico, murió. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) solicita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecer la consiguiente responsabilidad al Estado ecuatoriano, mediante pronunciamiento emitido el 11 de mayo de 2011. Es importante considerar que en este caso, y con muy buen criterio, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que el derecho a la vida como no solamente requiere que los Estados adopten medidas para proteger y preservar esta garantía fundamental, sino que además deberá extender la mencionada protección al ámbito de la salud pública; por consiguiente, todos los actos u omisiones en los que incurra el personal que labora en establecimientos que presten este servicio al particular pueden conllevar la correspondiente responsabilidad del Estado. En éste especial caso la CIDH

---

<sup>61</sup> Constitución de la República del Ecuador; Registro Oficial 449 publicado el 20 de octubre 2008.

consideró que el Estado incumplió el deber de garantizar el derecho a la vida por existir una serie de omisiones de agentes estatales.<sup>62</sup>

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

La institución de la responsabilidad extracontractual del Estado es abordada en el Código Civil dentro de la *Teoría General de las Fuentes de las Obligaciones*. La referencia extracontractual implica la diferenciación de aquella que deriva del incumplimiento de una obligación; es decir, de aquella que nace de la celebración legal y convencional, siendo este tipo de responsabilidad aquella que nace al margen de la voluntad del deudor. En este contexto vemos como Alessandri<sup>63</sup>, en su obra *De la Responsabilidad Extracontractual*, realiza una interesante contextualización histórica en el aspecto civil en donde este autor sostiene que existen tres tipos de responsabilidad: 1) contractual; 2) delictual o cuasidelictual; y 3) legal o sin culpa. En este sentido, a la responsabilidad delictual y cuasidelictual en el argot jurídico tradicional se la ha denominado responsabilidad *aquiliana*, figura jurídica romana según la cual sancionaba aquellos que incurrieran en actos negligentes o culposos y que degeneren en el consiguiente detrimento hacia un particular. Con este antecedente, la noción de culpa o negligencia jugó un rol trascendente al momento de configurar la responsabilidad extracontractual, constituyéndose uno de los elementos de ésta. Por otro lado, encontramos el segundo elemento que forma esta institución: estamos frente al daño, la doctrina jurídica civilista en este sentido nos dice que el elemento subjetivo constituye el *animus* del sujeto activo, y el elemento material o *corpus* es la materialización del daño.

---

<sup>62</sup> Tomado de la página WEB de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; en <http://www.cidh.org/demandas/11.535%20Pedro%20Miguel%20Vera%20y%20otros%20Ecuador%2024%20febrero10%20ESP.pdf>

<sup>63</sup> Arturo Alessandri Rodríguez, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Imprenta Universitaria, 1943, página 26.

### **3.2.1. Elemento subjetivo (animus)**

Nuestra legislación en cuanto a la subjetividad con la cual opera el sujeto activo, identifica tres clases de modus operandi que los encontramos en el artículo 29 del Título Preliminar del Código Civil<sup>64</sup> ecuatoriano, en donde éste cuerpo normativo distingue tres clases de culpa o descuido (culpa grave, culpa leve y culpa levísima). La definición propuesta por el Código Civil no aborda el concepto de culpa que se pueda acoplar a la institución de la responsabilidad extracontractual del Estado, razón por la cual dentro del Derecho Administrativo, al momento de determinar si existe la presencia o no de culpa, debemos tomar muy en cuenta esta especial circunstancia y analizar sucintamente el artículo 53, segundo inciso, de la Constitución de la República: *“El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo y por la carencia de servicios que hayan sido pagados”*.<sup>65</sup>

Es interesante mencionar que el reconocimiento de la culpa como elemento de la responsabilidad extracontractual conllevaría que en último momento el juzgador analice el comportamiento del agente público. Para llegar a determinar una posible responsabilidad debe existir el suficiente análisis para conocer cabalmente el comportamiento del funcionario público que tenía a su cargo la actividad que originó el detrimento; dejar de lado este análisis pormenorizado implicaría que esta figura no pueda practicarse diluyéndose su importancia.

### **3.2.2. Elemento material (corpus)**

En el universo y específicamente en la vida del hombre, día a día encontramos situaciones que merecen el calificativo de daño; sin embargo, en el argot común es posible conceptualizar al daño como aquella alteración de una situación favorable. Para comprender cabalmente esta figura es necesario un breve análisis. El Diccionario de la Real

---

<sup>64</sup> Título Preliminar del Código Civil Ecuatoriano, Suplemento del Registro Oficial No. 46 del 24-6-2005.

<sup>65</sup> Constitución de la República del Ecuador; Registro Oficial No. 449, lunes 20 de octubre del 2008.

Academia de la Lengua Española, al referirse al daño lo hace de la siguiente manera: “*Del latín damnum. Delito consistente en causar daños de manera deliberada en la propiedad ajena. Valor de la pérdida sufrida o de los bienes destruidos o perjudicados*”<sup>66</sup>. Sin embargo, esta definición es insuficiente desde el punto de vista jurídico; por lo mismo, tomando en consideración el criterio propuesto por Ennecerus Kipp y Wolf: “*Daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de admisión, etc.)*”<sup>67</sup>. Mientras que nuestra Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 9, segundo inciso, considera por daño “la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce”<sup>68</sup>, definición lógica ya que todo acto que viola derechos es un acto reñido con la norma jurídica.

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

### **3.3. El perjuicio o daño material**

---

<sup>66</sup>Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, 2001.

<sup>67</sup>Ennecerus Kipp y Wolf, *Derecho de las obligaciones*, Barcelona, Editorial Bosch, 1933, página 256.

<sup>68</sup>Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial No. 52 del jueves 22 de octubre del 2009.

Para que la víctima pueda solicitar una reparación, es necesario que el daño que haya sufrido reúna los requisitos que la legislación civil requiere para que se configure la responsabilidad; es decir, debemos tener presente cuando el autor del daño ha incurrido en culpa y la existencia de un vínculo de causa efecto entre esa culpa y el perjuicio. Los estudiosos del Derecho Civil fueron sumamente meticulosos en conceder una indemnización a todas aquellas personas que hayan sufrido un perjuicio, sin que exista una distinción entre daño corporal y el daño patrimonial; es decir, que la integridad física así como los bienes de las personas se encuentran protegidos contra cualquier desmedro que pudiesen sufrir.

### **3.3.1. Daño personal**

Cuando nos referimos al daño personal, hacemos referencia al detrimento que sufre un individuo, como consecuencia de una actividad dañosa, por consiguiente existe una afectación que involucra el aspecto de sus derechos, sentimientos y, claro está, lo referente a su patrimonio. Esta figura se plasma cuando la persona afectada directamente solicita la reparación del perjuicio, por diferentes vías. Nuestra legislación manifiesta al respecto que las personas que pueden pedir la indemnización por el daño sufrido son el dueño o poseedor de la cosa que sufrió el daño, su heredero, el usufructuario, el habitador o según sea el caso el usuario, si el daño está dirigido a ocasionar perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o uso. En otras circunstancias, este derecho que ostenta el afectado también puede ser llevado a la práctica cuando el individuo ostenta la cosa con la obligación de responder por ella (artículo 2215 del Código Civil). Es interesante acotar que nuestra legislación también se preocupa del responsable y considera que es titular de la obligación de indemnización el que cometió el acto, sus herederos, e inclusive esta responsabilidad se extiende desde el ebrio que comete el acto hasta el daño causado por el delito o cuasidelitito (artículos 2216 y siguientes del Código Civil).

### **3.3.2. Daño material y daño moral**

Como ya se dijo anteriormente, el daño es todo menoscabo o detrimento que un individuo sufre en sus bienes o en su persona, ocasionado externamente por un agente público. Dicha conducta que ocasiona aquel detrimento debe ser necesariamente antijurídica (contraria a derecho), para que el ordenamiento jurídico lo sancione. Los estudiosos de la materia civil han consensuado al determinar que el daño tiene dos elementos muy bien marcados, el uno material que consiste en el hecho físico, y otro formal, que deriva de la norma jurídica. De la misma manera han logrado consensuar que existen dos tipos de daños; por un lado el patrimonial o material, y el daño no patrimonial o moral.

Una vez que hemos estudiado ciertos aspectos sobre el daño, debemos tomar en cuenta que el hombre no solo sufre cuando es lesionado en su patrimonio o sobre sus objetos materiales, ya que atentar contra los intereses morales le puede resultar mucho más gravoso; por lo mismo llegamos a la conclusión que al igual que la víctima de los daños materiales, el afectado por los daños morales también puede solicitar la reparación correspondiente. Guillermo Cabanellas considera sobre el daño moral que es la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos por acción culpable o dolosa de otro.<sup>69</sup>

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

### **3.3.3. Daño positivo y daño negativo**

La doctrina en este aspecto ha consensuado con muy buen criterio la existencia de dos clases de daños; por un lado el positivo, el cual hace referencia la noción de daño emergente, es decir, aquella disminución patrimonial que sufre el afectado de una acción

---

<sup>69</sup>Guillermo Cabanellas, *Diccionario de Derecho Usual Tomo I*, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L Viamonte, 1730, página 576.

dañosa. Por otro lado vemos al daño negativo denominado comúnmente como *lucro cesante*, entendida esta noción como la falta o la imposibilidad para percibir una utilidad, situación originada por una acción dañosa.

#### **3.3.4. Daño directo y daño indirecto**

Henoch D. Agiar<sup>70</sup> considera que los calificativos de directo e indirecto, aplicados al sustantivo “*daño*”, se refieren, respectivamente, al que se ocasiona a las cosas o a las personas por el hecho mismo, actuando sobre ellas sin detenimiento; o al que así realizado repercute después en lo no herido del bien afectado, patrimonial o moral, o en otro u otros bienes de ese mismo o de otro patrimonio. De tal suerte que con esta explicación podemos colegir que el daño directo produce un resultado inmediato, el mismo que puede ser cuantificado inmediatamente; mientras que cuando hablamos de daño indirecto, éste, a diferencia del anterior, acaece luego de que el acto dañoso haya sido llevado a cabo, por lo mismo su cuantificación no es inmediata.

#### **3.3.5. Daño actual. Futuro y cierto**

La actualidad del daño se refiere al momento de producirse o materializarse el hecho dañoso. Se puede decir que a partir de este momento nace la obligación de resarcir el perjuicio ocasionado. La denominación futuro conlleva inexorablemente que el daño no se ha producido; sin embargo, el suceso no querido inevitablemente se materializará. Finalmente, decimos que el daño es cierto cuando afirmamos que existe duda sobre su realidad. Manuel Osorio define al daño cierto como “*Aquel cuya producción presente o futura ofrece certidumbre, sin que el perjuicio efectivo que ocasione dependa de que se den, o no, en el futuro, otros hechos. El daño es cierto aunque su monto no pueda ser previamente determinado*”<sup>71</sup>. De lo expuesto vemos que en la práctica se ha llegado a desestimar que el perjuicio eventual o hipotético sea susceptible de reparación, dando la primacía al daño cierto y actual. Henoch D. Aguiar considera que la clasificación del daño

---

<sup>70</sup>Henoch D. Aguiar, *Hechos y Actos Jurídicos Tomo. IV*, página 76.

<sup>71</sup>Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, página 254.

en actual, futuro y cierto puede referirse al momento en que se realiza el hecho que lo produce o a aquel en que se reclama su reparación obligado a ella; y en futuro, con relación a esos mismos momentos, el cual puede subdividirse, a su vez, en daño futuro necesario y en daño futuro contingente, eventual o simplemente temido.<sup>72</sup>

### **3.6. Tipos de responsabilidad extracontractual: objetiva y subjetiva**

#### **3.6.1. Responsabilidad objetiva**

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

Hablar de responsabilidad objetiva implica que encontremos su fundamento en el desequilibrio de las cargas públicas, es decir, cuando el individuo asume una carga mayor que lo coloca en una posición inferior respecto del conglomerado social que lo rodea; por consiguiente, les corresponde a estos últimos dotar del equilibrio necesario. Bajo este razonamiento únicamente estamos ante responsabilidad objetiva cuando el daño es causado

---

<sup>72</sup> Henocho D. Aguiar, *Hechos y Actos Jurídicos Tomo. IV*, página 77.

a una persona o a un grupo determinado, es por ello que se ha sostenido que si es un daño general, este no puede ser indemnizable ya que es una carga que todos debemos asumir por el hecho de vivir en una sociedad.

Encontrarnos que en este régimen de objetividad implica que el particular que aduce ser víctima de daño lo pruebe; es decir, la carga de la prueba es trasladada al accionante. Esta tendencia ya la veíamos presente en nuestra legislación con la Constitución de 1998 y actualmente con nuestro nuevo ordenamiento jurídico constitucional esta conceptualización se ha mantenido; como ejemplo de ello vale la pena citar la Resolución Número 253-03 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador<sup>73</sup>, en donde un funcionario de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social fue separado de su cargo mediante un acto administrativo el cual fue considerado ilegal siendo restituido a su cargo; sin embargo, el ente de Administración de Justicia no consideró pertinente el pago de la indemnización por daños y perjuicios solicitado así como la determinación de responsabilidad civil a los funcionarios públicos que ocasionaron el daño indemnizable. El funcionario presentó recurso de casación alegando lucro cesante por haber dejado de percibir las remuneraciones correspondientes al ser destituido ilegalmente de su cargo; sin embargo, fue rechazado el recurso interpuesto por no haber probado su calidad de servidor de carrera y por ello no procedió la indemnización por perjuicios, tal es así que el criterio de la Sala de la Corte Suprema cita el criterio del tratadista Juan Carlos Henao<sup>74</sup>, el cual respecto a la carga de la prueba considera que: “[...] *el daño o lesión es un requisito indispensable para la existencia de responsabilidad, pero cuya sola presencia no convierte de suyo a quien lo sufre en acreedor de una indemnización. El daño debe ser probado por quien lo sufre, so pena de que no proceda su indemnización*”.

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

---

<sup>73</sup> Resolución, No. 252-03; Corte Suprema de Justicia; Sala de lo Contencioso Administrativo; Quito 09 de octubre 2003.

<sup>74</sup> Juan Carlos Henao, *Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*, Bogotá, 1998, Universidad Externado de Colombia, páginas 38 y 39

objetiva, manifestando que no es necesario tener en cuenta “elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores [...]”<sup>75</sup>.

### **3.6.2. Responsabilidad subjetiva**

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

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

La figura de la responsabilidad extracontractual del Estado constituye una noción relativamente nueva en nuestro ordenamiento jurídico. La primera referencia sobre este tema se encuentra en la Constitución de 1946, en la cual encontramos únicamente elementos de responsabilidad por parte de los funcionarios; de esta manera vemos que el

---

<sup>75</sup> Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana, Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*, Universidad de Chile, 2003, página 29 en <http://issuu.com/oscuvilca/docs/la-convencion-americana-vida-integridad-personal-l>

artículo 160 sostenía que: “no habrá en el Ecuador autoridad alguna exenta de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones.”<sup>76</sup> De la misma manera, si acudimos al artículo 178 del cuerpo normativo se prescribía que: “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...”<sup>77</sup>

En la Constitución de 1967 la responsabilidad extracontractual presenta una ligera evolución incorporando la posibilidad de indemnizar a los particulares por sus daños; encontrando esta mención en el artículo 27 de esta Carta Política: “El Estado y más entidades de derecho público y las entidades semipúblicas están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo”<sup>78</sup>. Es importante mencionar que del contexto de este precepto se acogió la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado. Siguiendo este planteamiento la tendencia constitucional ecuatoriana no varió mucho en torno a este tópico, por ello el artículo 20 de la Constitución de 1979 planteó la responsabilidad extracontractual del Estado, precepto que es similar al propuesto por el consignado en 1967 y que dice: “El Estado y más entidades del sector público estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos”.

Con la Asamblea Constituyente del año 1998 el planteamiento de la figura de la responsabilidad extracontractual se refirió únicamente a la responsabilidad objetiva respecto a “...los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos...”<sup>79</sup>. Este precepto, además, brindó una visión diferente a la noción de servicios públicos, a pesar de que el concepto de responsabilidad extracontractual es esencialmente igual, el precepto constitucional de 1998 incorporó el concepto de la “deficiencia de

---

<sup>76</sup> Constitución Política de la República del Ecuador 1946; Registro Oficial 773 de 31-dic-1946.

<sup>77</sup> Constitución Política de la República del Ecuador 1946.

<sup>78</sup> Constitución Política de la República del Ecuador 1967; Registro Oficial 133 de 25-may-1967

<sup>79</sup> Constitución Política de la República del Ecuador 1998. Registro Oficial Nro. 01 del 11 de agosto de 1998.

servicio”, lo cual conllevó a que se dieran ciertos debates jurídicos en torno a este tema, ya que esto significó eliminar la objetividad inequívoca de la responsabilidad extracontractual del Estado de indemnizar por daños causados a particulares por los servicios públicos. Este razonamiento es puesto en debate tomando en cuenta que tal y como quedó el texto existe la presencia subjetiva, ya que es necesario comprobar la deficiencia del servicio lo cual recae en el administrado; cuando antes, de manera contraria, únicamente debía comprobar el perjuicio y la causa del mismo en el servicio son otra calificación o sin otra prueba. En el año 2008 se conformó la Asamblea Constituyente que dio origen a la nueva Carta Fundamental Nacional en cuya estructura incorporó nuevas figuras socio políticas, económicas y por supuesto una nueva tendencia constitucional en donde los principios y garantías fundamentales tienen una especial articulación con el ordenamiento jurídico. La figura de la responsabilidad extracontractual del Estado es abordada en varios pasajes de esta estructura legal; en un primer momento debemos acudir al artículo 11, numeral 9, segundo inciso, el cual claramente menciona que:

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.<sup>80</sup>

Del análisis de este precepto se desprenden varias consideraciones. La primera de ellas debemos sostener que, en cuanto a estructura, es similar al texto contemplado en la Constitución Política de 1998; sin embargo, la nueva Carta Fundamental incorpora dos nociones que se las abordó anteriormente, estamos hablando de la falta en la prestación de los servicios públicos y adicionalmente se incorpora que por “omisiones” de sus funcionarios. Vale la pena mencionar que este precepto continúa manteniendo en su esencia aquella posibilidad de debate que se presentó en la Constitución de 1998, según la cual la posibilidad de objetividad absoluta es disminuida, ya que el administrado, para que pueda

---

<sup>80</sup> Constitución de la República del Ecuador; Registro Oficial Nro.449 publicada el 20 de octubre del 2008.

acceder a una posible indemnización por el presunto daño causado por el Estado, debe probar legítimamente que existió “falta o deficiente” prestación en los servicios públicos.

Esta cuestión de una posible responsabilidad objetiva limitada en donde existe un cierto grado de subjetivismo se ve aminorada con la noción que consta en el artículo 53, segundo inciso del cuerpo legal aludido, el cual contempla: “*El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados*”<sup>81</sup>. La naturaleza jurídica de esta acción civil para reclamar y aspirar a una eventual indemnización es eminentemente declarativa, llegamos a esta conclusión tomando en cuenta que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no se ha establecido un trámite especial que determine su correspondiente sustanciación; por consiguiente, el procedimiento que el administrado debe acogerse es el previsto en el Código de Procedimiento Civil (juicio ordinario); entonces para su aceptación el accionante deberá, entre otros aspectos, probar la negligencia, el descuido, la deficiencia o la falta de servicio público, así como los daños y perjuicios sufridos para luego articular la relación de causalidad entre estas circunstancias.

Es importante acotar que cuando existe deficiente o falta en la prestación del servicio público y la conducta es indeterminada, deberá establecerse la causa material objetiva de estas circunstancias, cualesquiera que esta sea; verbigracia: medicamentos, materiales, entre otros, en donde estos hechos unidos acarrearón y desembocaron en el daño al accionante; por el contrario, cuando existe falta o deficiencia en la prestación del servicio público determinada, deberemos identificar al funcionario o funcionarios públicos responsables, sea que por dolo o culpa cometieron una acción u omisión que generó esta falta o deficiencia. En cuanto a la relación de causalidad que debe existir entre la falta o deficiencia, en la prestación de servicios públicos y el perjuicio, debe ser directa y no concomitante<sup>82</sup>, es decir, que únicamente el perjudicado debe realizar el correspondiente reclamo.

---

<sup>81</sup> Constitución de la República del Ecuador; 2008.

<sup>82</sup> “*Que aparece o actúa conjuntamente con otra cosa*”. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición, 2001.

La legislación ecuatoriana aún inmadura en torno a esta temática, quizá por la poca o nula actividad investigativa que el Derecho Administrativo ha recibido y en especial la figura de la responsabilidad extracontractual, ha conllevado que los postulados legales contenidos en la Constitución sean de escasa aplicación práctica; es así que vemos que existe una diferencia sustancial entre lo teórico y lo práctico. Vemos que en un primer momento aquellas indemnizaciones que la Carta Fundamental plantea casi nunca son aplicadas.

La estructura sociopolítica que el Estado ecuatoriano actualmente plantea en su ordenamiento jurídico lo caracteriza como un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario... Esta noción conceptual engloba a todos los organismos y dependencias de las funciones del poder público (ejecutiva legislativa, judicial, electoral y transparencia y control social), gobiernos autónomos descentralizados, etc. En este orden de ideas vemos como el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador enumera cuáles son las instituciones que integran este entramado sistema llamado “sector público”; estas entidades detalladas en el mencionado precepto son susceptibles de incurrir en determinadas responsabilidades, lo cual se encuentra recogido en el artículo 11, numeral 9, segundo inciso de la Constitución: “El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos...”<sup>83</sup>. Esta posibilidad que nos trae la Carta Fundamental no significa que existe una exclusión respecto las instituciones que no pueden delegar el ejercicio de sus funciones, porque el verdadero alcance de esta norma es determinar la responsabilidad civil que se genere por o como consecuencia de la deficiencia en la prestación de los servicios públicos, dando como resultado un eventual daño al individuo o al conglomerado social.

---

<sup>83</sup> Constitución de la República del Ecuador; 2008.

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

#### **3.8.1. Responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación colombiana**

La evolución que la responsabilidad extracontractual del Estado ha sufrido en la legislación colombiana es el fruto de una transformación jurídica que ha experimentado dos etapas: la primera de ellas antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991; y la segunda posterior a la vigencia de este documento normativo. En este contexto, la primera etapa se caracterizó por la declaración de responsabilidad efectuada por la Corte Constitucional Colombiana y aceptada por el Consejo de Estado; mientras que en la segunda, adicionalmente a lo anterior, existió el estudio de la responsabilidad del Estado colombiano tomando como punto de partida el artículo 90 de la Constitución de 1991.

Con este preámbulo, es interesante anotar que en la primera etapa la legislación colombiana, es decir, desde el siglo XIX, la Corte Suprema de Justicia mantuvo la competencia en materia de responsabilidad del Estado, lo cual era posible con el precepto que brindaba esta oportunidad y que se encontraba contenido en el artículo 151, numeral tres, de la Constitución colombiana de 1886, el cual determinaba que las atribuciones del máximo órgano de administración de justicia eran, entre otras, “*los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación [...]*”<sup>84</sup>. Para complementar esta etapa en 1913 se expidió la Ley 130, la cual facultaba al Consejo de Estado a conocer los temas que implicaran responsabilidad del Estado que fueran consecuencia de declaratoria de nulidad. En 1918, con la vigencia de la Ley 38, la competencia de este órgano de justicia administrativa fue ampliada para conocer reclamaciones realizadas por los administrados contra el Estado colombiano, las cuales versaban sobre expropiaciones o daños en la propiedad ajena derivadas de disposiciones administrativas; y, por último, en 1941, respecto a la responsabilidad por trabajos públicos siempre y cuando no se produjera ocupación permanente.

A partir de 1964 se expidió el decreto 528 en donde la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en materia de responsabilidad estatal fue trasladada al Consejo

---

<sup>84</sup> Constitución Colombiana de 1886.

de Estado, excepto aquellas situaciones correspondientes al derecho privado. Esta situación dual en donde dos órganos de administración de justicia mantenían la competencia para resolver situaciones que tenían que ver sobre responsabilidad conllevó a que existieran dos puntos de vista respecto la responsabilidad que ameritaban ser tomados en cuenta. Por un lado tenemos el expresado por la Corte Suprema de Justicia, la cual encontró fundamento para resolver la cuestión de la responsabilidad extracontractual del Estado en la falla del servicio, en donde el aspecto fundamental se encontraba en la falla de la administración y no en la culpa personal que lo generaba el agente, pasando esta circunstancia a un plano secundario; esta tesis encontraba asidero tomando en cuenta que el Estado era el ente llamado a resarcir el daño ocasionado al conglomerado social producto de un mal funcionamiento en los servicios públicos. Sobre este tópico vemos como Ricardo Hoyos nos explica acerca de esta postura:

Es deber del Estado procurar la realización de; bien común, principio consagrado en el artículo 16 de la Constitución; para ello dispone y organiza los llamados servicios públicos, y si como consecuencia bien de un mal funcionamiento del servicio o de su no funcionamiento, o del tardío funcionamiento se causa una lesión o un daño, el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados.<sup>85</sup>

En tal sentido, lo relevante de esta consideración es la falla de la administración, ya que es esta la que deberá responder por el detrimento ocasionado, por una falta o indebida prestación de sus obligaciones. Asimismo, encontramos la postura respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado que proviene del Consejo de Estado de Colombia, organismo que, mediante decreto 528 de 1964, le otorgaba la jurisdicción contencioso administrativa para conocer aquellas controversias relativas a la responsabilidad de la Administración Pública. De esta forma, para este órgano su fundamento para determinar responsabilidades radicaba en normas de derecho público. La posición que adoptó, y en base a la competencia otorgada que se hizo mención, generó que la noción de la falla del servicio, así como el deber de reparación de daños por parte del

---

<sup>85</sup> Ricardo Hoyos Duque, *La responsabilidad de la Administración Pública*, Bogotá, Editorial Temis, 1984, página 6.

Estado, fuera consolidada y fortalecida; siendo como fuere, la falla de servicio adquirió importancia en la legislación colombiana, ya que trataba de justificar y delimitar la responsabilidad del Estado. Adicionalmente, los fallos jurisprudenciales de este tribunal permitieron que esta figura fuera complementada con la presunción de falla en el servicio. De la misma manera, muchos de los casos resueltos tuvieron como sustento la teoría del riesgo, demostrando que la falla del servicio no es el único fundamento de la responsabilidad del Estado.

El Consejo de Estado Colombiano en 1964, una vez que en varias oportunidades abordó este tema, consolidó el estudio de la responsabilidad estatal por medio de la noción de falla del servicio, adquiriendo así un papel relevante para delimitar la figura que es materia de nuestro estudio. Es interesante anotar que uno de los criterios más relevantes que brindó éste órgano sobre falla de servicio es plasmado a través de la siguiente jurisprudencia:

Es primer deber del Estado procurar la realización del bien común, principio consagrado en el artículo 16 de la Constitución; para ello dispone y organiza los llamados ‘servicios públicos’. Ahora bien, si como consecuencia, bien de un mal funcionamiento del servicio o de su “no funcionamiento” o del tardío funcionamiento del mismo, se causa una lesión o un daño el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados. Y esto con prescindencia de la culpa personal del agente o agentes encargados de la prestación del servicio, pues bien sea que aquel o aquellos aparezcan o no como responsables del hecho dañoso, la administración debe responder cuando el daño se ha causado como consecuencia de una falla en el servicio que estaba obligado a prestar por cuanto, se repite, esa responsabilidad se origina en el último término, en el deber primario del Estado de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus servicios, a la consecución de sus fines; en otras palabras, a la realización del bien común. Pero para que pueda condenarse al Estado por culpa aquiliana se requiere que aparezcan demostrados en el expediente los siguientes presupuestos: 1) existencia del

hecho –falla en el servicio-; 2) daño o perjuicio sufrido por el actor y, 3) relación de causalidad entre el primero y el segundo.<sup>86</sup>

Es importante destacar que, dentro de la legislación colombiana, el Consejo de Estado logró consolidar y extender la noción de falla de servicio a todos y cada uno de los servicios públicos administrativos; a pesar de que la cobertura en materia de responsabilidad es extendida, el principal fundamento de esta continúa siendo la falla de servicio. Con la vigencia de la Constitución Política de 1991 se incorporó un nuevo fundamento para determinar la existencia de responsabilidad y es por intermedio del artículo 90 que se logró este objetivo. Este precepto incorporado encuentra su fundamento en el concepto de lesión que en su momento lo planteó García De Enterría<sup>87</sup>, en donde encontramos la noción de daño antijurídico. La corriente que este autor plantea respecto a lesión implica que es un detrimento personal que sufre un individuo y que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

La Constitución colombiana, así como su legislación, no define lo que debemos entender por daño antijurídico; sin embargo, ello no ha impedido el que los máximos tribunales de justicia de esta nación abordaran esta temática con absoluta responsabilidad, llegando a delimitar esta noción, logrando un aporte importante en el campo doctrinario y jurisprudencial. En este sentido se ha expresado que este concepto jurídico es: “[...]un detrimento patrimonial que carece de título jurídico válido y que excede el conjunto de cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social[...]”.<sup>88</sup>

En concordancia con el pensamiento de varios estudiosos del Derecho Administrativo colombiano, el constituyente, al momento de redactar este precepto jurídico, en el cual no delimita la noción jurídica de *daño antijurídico*, adopta una visión en la cual la actividad que lleva a cabo el agente no es tomada en cuenta, enfocándose

---

<sup>86</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, Ponente: Antonio José de Irisarri Restrepo, colaboró: Juan Carlos Pérez, actor: Luís Alberto Cifuentes Lindarte, Tomo 114 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 114.

<sup>87</sup> Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo Tomo II, Madrid, Editorial Civitas, 1998, página 372-373.

<sup>88</sup> Juan Carlos Henao, “*El Daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, página 30.

exclusivamente en el concepto objetivo de antijuridicidad; por lo tanto, haciendo una comparación con el anterior sistema jurídico presentado por Colombia, vemos como existe un claro desplazamiento de la teoría subjetiva del daño, la cual se encontraba sustentada en un detrimento causado, hacia la teoría objetiva en donde su principal característica es la existencia de un daño antijurídico que es soportado por el individuo. Esta nueva visión que es adoptada por el ordenamiento jurídico del vecino país, tiene un origen y para ello debemos remitirnos a la doctrina española, la cual a lo largo de los años, en la materia que nos encontramos estudiando, ha presentado avances interesantes dignos de ser tomado en cuenta, sobre todo por su versatilidad al momento de adaptarla a la realidad jurídica nacional. Bajo esta premisa esta influencia doctrinaria, es importante tomar en cuenta que el Consejo de Estado plantea lo siguiente:

[...] es característica contemporánea que se prescinda de los conceptos de licitud e ilicitud, culpa o dolo, y, en fin de cualquiera elementos subjetivo de los que sirvieron de fundamento pretérito al concepto de responsabilidad administrativa, actualmente ésta tiene su razón de ser en la lesión que los particulares sufran en sus derechos, aún con prescindencia de que la acción originaria del daño se hubiere ejercido legamente por el ente público [...].<sup>89</sup>

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

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

---

<sup>89</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 5 de julio de 1991, Consejero Ponente: Dr. Daniel Suarez Hernández, expediente N°6014, actor: Aníbal Orozco Cifuentes, Tomo 134 de los copiadore de la Sección Tercera, página 248.

daño sufrido por el particular. No hay duda de que a partir del texto constitucional citado la responsabilidad se ha tornado en grado sumo objetiva, pues que la culpa ha dejado de ser el fundamento único del sistema indemnizatorio, convirtiéndose simplemente en uno de los criterios de imputación de daños a la administración. Por ello es posible, en muchos casos, que se tenga derecho a la indemnización de los daños patrimoniales ocasionados con una actuación administrativa lícita. La filosofía que informa todo este universo jurídico se apoya en el principio de solidaridad, que se recoge también en el artículo primero de la Constitución Nacional cuando se afirma que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad de la persona humano y la solidaridad de las personas que la integran.<sup>90</sup>

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

Actualmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano se ha distanciado de aquel razonamiento radical sobre responsabilidad objetiva, acogiendo la tesis según la cual el artículo 90 de la Constitución colombiana no eliminó por completo la responsabilidad por falla del servicio, sosteniendo que más bien su ámbito de aplicación es ampliado de tal suerte que existirá responsabilidad sea que exista un funcionamiento anormal de los servicios o falla, tanto por el funcionamiento normal de los servicios, quebrantando la igualdad de los ciudadanos frente a la ley y a las cargas públicas. Este criterio se fue materializando con varios criterios judiciales, como la Sentencia del 25 de

---

<sup>90</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de noviembre de 1991, Consejero Ponente; Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, expediente N° 6784, actor: Emilia Guido de Mazonett, Tomo 147 de los copiadore de la Sección Tercera, página 64.

Febrero de 1993, en donde claramente se señala en uno de sus pasajes que: “[...] decir *daño antijurídico* no quiere significar que la noción de falta o falla del servicio desapareció de la responsabilidad estatal y menos que el acreedor de la indemnización ya no tenga que probar la falla si la hubo o la conducta irregular que lo lesionó [...]”.<sup>91</sup> Por ello concluye que “[...] la nueva Constitución, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borró del ordenamiento la responsabilidad por falla del servicio. Las nociones de imputabilidad y de *daño antijurídico* así lo dan a entender”.<sup>92</sup> Por su lado, el Consejo de Estado, acogiendo este criterio, mediante sentencia del 2 de marzo de 1993 expone lo siguiente:

[...] la consagración misma del *daño antijurídico* como supuesto de la responsabilidad estatal no está ni objetivizándola ni descartando de dicha responsabilidad la noción de falla del servicio, sino sólo ampliando su ámbito de aplicación, porque así esta puede darse no sólo cuando el *daño* provenga de la conducta irregular o ilegal de la administración (en sentido lato, cuando el servicio funcionó irregularmente o no funcionó), sino también cuando, prescindiendo de que la actuación haya sido regular o no, quien lo sufre no tenía la carga de soportarlo. No es del todo exacto que luego de la expedición de la Carta de 1991 la responsabilidad estatal se volvió objetiva y en ningún evento se pueda probar la conducta irregular de la administración que produjo el *daño*, aunque sí puede estimarse que la jurisprudencia deberá tener también en cuenta ese criterio objetivista para su interpretación.”<sup>93</sup>

Actualmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano ha mantenido un criterio interesante al plantear un fundamento único de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública reflejado en el *daño antijurídico*, lo cual conlleva que la responsabilidad del ente estatal sea porque incurre en un funcionamiento anormal o *contrario sensu* por su funcionamiento que, aunque normal, produce un detrimento al

---

<sup>91</sup> Revista Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXII, número 257, pág. 440.

<sup>92</sup> Revista Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXII, número 257, pág. 440.

<sup>93</sup> Revista Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXII, número 257, pág. 443

ciudadano, quien no tiene la obligación de soportarlo. Por ello vale la pena mencionar que en sentencia del 21 de octubre de 1999 plantea que:

No hay duda de que el fundamento de la responsabilidad del Estado se desplazó de la ilicitud de la conducta causante del daño (falla del servicio o culpa del Estado) al daño mismo, siempre y cuando este fuese antijurídico. Esa sola circunstancia cambia, de modo fundamental, la naturaleza y la finalidad de la institución que, de simplemente sancionatoria pasa a ser típicamente reparatoria, tomando en cuenta para su operatividad no tanto al agente del daño (merecedor de la sanción), sino a su víctima (merecedora de la reparación). Una visión de esa naturaleza ha permitido que la responsabilidad del Estado se comprometa frente a los daños que origina tanto su acción injurídica (como ha sido la tesis tradicional) como su conducta lícita que es donde se nota, con mayor énfasis, el carácter netamente reparatorio que ha ido adquiriendo la teoría”.<sup>94</sup>

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

### **3.8.2. Responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación chilena**

La experiencia chilena en el caso de la responsabilidad extracontractual del Estado se la puede hallar, en su largo devenir, en los tribunales ordinarios, los mismos que son los entes que por primera vez brindan una respuesta al enfrentar esta noción. Así, sus fallos jurisprudenciales constituyen el punto de partida para iniciar su estudio, aunque lamentablemente esta óptica restringida devino en lo que Pedro Perry sostiene que: *[...]la jurisprudencia de los tribunales ordinarios se vieron considerablemente limitados en cuanto al campo de aplicación, debido al criterio tradicional de incompetencia del Poder Judicial para conocer de asuntos administrativos, lo que se tradujo en que esa doctrina*

---

<sup>94</sup> Revista Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXIX, número 338, página 241.

*jurisprudencial recayera solamente sobre aquella parte de la actividad administrativa que se exceptuó de la regla general de incompetencia*<sup>95</sup>.

Así como en la experiencia colombiana analizada en páginas anteriores, es importante analizar la legislación chilena desde varios escenarios respecto a materia de responsabilidad, y observar su especial forma de normatividad. Para ello debemos subsumirnos en una primera etapa donde en donde existen varios fallos jurisprudenciales que tratan de establecer una correcta regulación sobre la materia, aplicando sea el derecho privado (Código Civil) o el público, sin una claridad doctrinaria al respecto; y una segunda etapa en donde los criterios de falta de servicio y falta personal son introducidos en la legislación interna como herramientas para guiar a los jueces al momento de configurar la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado.

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

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

---

<sup>95</sup> Pedro Pierry Arrau. "*La responsabilidad extracontractual del Estado*". Publicado en su versión original en Revista de Ciencias Jurídicas. Valparaíso y Anuario de Derecho Administrativo N° 1 Universidad de Chile, Santiago.

una ciudad y que era absolutamente necesario para la debida atención de la salubridad pública.<sup>96</sup>

Bajo este concepto, la sentencia consideró que la prohibición impuesta al propietario tiene una razón de ser y se debió a que la orden de una autoridad competente es requisito *sine qua non* para viabilizar un servicio público y que "*se irrogó un daño al demandante en beneficio de la comunidad protegida por ese servicio fiscal*" y que era "*de todo punto evidente*" que el Fisco debía proceder con la correspondiente indemnización de los perjuicios ocasionados a éste. Los estudiosos chilenos consideran que este fallo sin lugar a dudas se encuentra apegado a la equidad, ya que si nos circunscribimos estricta y ortodoxamente a la aplicación de la legislación civil, este pronunciamiento no podría haber tomado esta dirección doctrinal, ya que no encontramos culpa o dolo de ninguna persona. Tampoco podríamos considerar que el fisco es responsable, si aplicamos las nociones de falta personal y falta de servicio, que fueron abordadas en páginas anteriores; por lo tanto, este caso constituye un caso de responsabilidad objetiva generada por el Estado durante su permanente actividad. Con estas consideraciones podemos destacar que el fundamento principal del fallo radica en un daño sufrido por el accionante en beneficio del conglomerado, lo cual es interesante desde el punto de vista conceptual, ya que podemos colegir que el principio de igualdad de las y los ciudadanos a las cargas públicas constituye la base para llegar a establecer la responsabilidad estatal, sin que éste haya incurrido en una acción que sea considerada reñida con el ordenamiento jurídico.

Actualmente, la legislación chilena ha incorporado en su ordenamiento jurídico los criterios de *falta de servicio* y *falta personal*; sin embargo, este proceso transitó un proceso largo pasando por normas escasamente trascendentes para aspirar a una aplicación normativa efectiva. En un primer momento se expidió el Decreto Ley N° 1289 en 1976, luego la Ley Orgánica de Municipalidades, para que finalmente mediante Ley N° 18.575 de 1986, sobre las Bases Generales de la Administración del Estado, exista una transformación en el Derecho Público chileno en donde se compendian instituciones tales como la *falta de*

---

<sup>96</sup> Tomado de:  
<http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/cce339004fbf78d4bc66bf46ce4e7365/2.pdf?MOD=AJPERES>

*servicio y falta personal, responsabilidad por riesgo y la juridización*; esta última constituye una figura interesante según la cual se reemplaza la justicia por mano propia, la cual busca o encuentra su trasfondo en llegar a un estado en donde exista una clara vida social pacífica. Sin embargo, vale la pena hacer especial mención al Decreto Ley N° 1289 del año 1976, sobre Municipalidades, cuerpo normativo en el cual por primera vez la legislación chilena acogía expresamente la doctrina francesa al normar la responsabilidad extracontractual del Estado, en cuyo artículo 62 manifestaba que: *"La responsabilidad extracontractual procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando estos no funcionan debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente"*.<sup>97</sup>

Por su lado, el precepto 61 del mencionado cuerpo normativo incorporó la responsabilidad de los funcionarios cuando estos ocasionen perjuicios a terceros, cuando de su obrar se desprenda que existe dolo o culpa en la ejecución de la actividad dañosa. Ahora bien, la responsabilidad extracontractual del Estado chileno no se encasilló únicamente en esta estructura jurídica, ya que se pudo recoger adicionalmente en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado abordando esta figura desde dos preceptos: el primero de ellos, el artículo 4, sostiene que: *"El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiera ocasionado"*.<sup>98</sup> Por su lado, el artículo 14 plantea que la Administración Pública es responsable por falta de servicio, sin perjuicio de *"repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal"*.<sup>99</sup>

Actualmente la figura de la responsabilidad en el ordenamiento jurídico chileno es abordada de manera concienzuda y responsable, ya que a lo largo de los años ha sido materia tanto de análisis como de un estudio comparativo con las diferentes legislaciones y en especial con la francesa, de tal suerte que para finalizar este acápite encontramos la

---

<sup>97</sup> Decreto Ley N° 1289 del año 1976, Chile. Tomado de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6554&buscar=Decreto+Ley+N%C2%BA+1289>

<sup>98</sup> Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, Biblioteca Nacional de Chile en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=191865>.

<sup>99</sup> Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

jurisprudencia de la Corte Suprema respecto los casos *Aedo vs Fisco*, *Domic vs Fisco* y *Pizani Fisco*<sup>100</sup>, dictados con fechas 27 de noviembre de 2000, 15 de mayo de 2002 y 15 de abril de 2003, respectivamente; los cuales, de manera compendiada, plantean que la responsabilidad del Estado es relativa a su función; por consiguiente, esta no puede ser más o menos grave que la cometida por los administrados en su diario vivir, dado lo cual no es objetiva y prescribe con el tiempo, por ello los aspectos medulares que se toman en cuenta al momento de dictar sentencia implican que la responsabilidad estatal corresponde a la naturaleza del Estado. El Estado es una organización jurídica y política de la comunidad y no un interés opuesto; éste desarrolla funciones enmarcadas en el Derecho Público, y quizá el más importante de todos y que constituye pieza fundamental para esclarecer que modelo plantea la legislación chilena, es el dejar de lado y no considerar la aplicación de responsabilidad objetiva, ni para los administrados ni para el Estado.

### **3.8.3. Responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación mexicana**

Siguiendo la metodología en la cual abordamos brevemente el antecedente histórico de la nación que hemos tomado como relevante para estudiar la figura de la responsabilidad, en este contexto analizamos cómo la legislación mexicana regula esta institución. El ordenamiento jurídico mexicano, quizá por la gran influencia del Derecho Occidental, reconoció la responsabilidad estatal en varios casos desde principios del siglo XIX. Entre los antecedentes más antiguos se puede citar el Decreto de 28 de junio de 1824 en el cual el Estado mexicano se declaró responsable y resolvió pagar las deudas contraídas por el gobierno de los virreyes. Varias leyes con distinto fundamento y objetivos a lo largo de la rica historia jurídica mexicana plantearon varios supuestos de responsabilidad administrativa; si bien ninguna de ellas reconoció una responsabilidad general ni con los caracteres que hoy reconoce la Ley Federal de Responsabilidad de 2004.

Merece especial atención la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y su reforma de 1994, así como la responsabilidad subsidiaria del Estado en el Código Civil y la introducción en 1994 de un supuesto de responsabilidad solidaria. Esta

---

<sup>100</sup>Tomado de:  
<http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/cce339004fbf78d4bc66bf46ce4e7365/2.pdf?MOD=AJPERES>

norma constituye el antecedente más importante en México de la responsabilidad patrimonial del Estado, principal y concretamente a partir de su reforma de 1994 en donde, en su artículo 77, reconoce la responsabilidad indirecta del Estado: “*cuando en el procedimiento administrativo disciplinario se haya determinado la responsabilidad del servidor público y que la falta administrativa haya causado daños y perjuicios a particulares*”.<sup>101</sup> Esta responsabilidad que consagra este cuerpo legal nace frente a la actuación anormal o ilícita de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, por lo que los particulares no tendrán derecho a indemnización ante daños causados por actuaciones normales o lícitas, una limitación importante que encontramos en este sistema se encuentra en el requisito obligatorio en el procedimiento administrativo disciplinario en donde se deberá determinar la responsabilidad del servidor público, lo que implica que no habrá derecho a indemnización ante los daños anónimos o que no se puedan atribuir a un servidor público concreto, lo que en nuestros días es muy frecuente ante la multiplicidad y variedad de la actividad administrativa.

Dentro de la legislación civil mexicana la responsabilidad de los servidores públicos, se trata en el artículo 1928 del Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, del año 1928, contempla una responsabilidad subsidiaria del Estado, ya que establece la responsabilidad del servidor ante un ilícito civil y sólo en el caso de que éste no tenga bienes el Estado hará frente a la obligación de indemnización ante el particular demandante, este tratamiento es elocuente ya que permite una debida proporcionalidad dentro del proceso de repetición que se podría originar. Como quiera que esto sea vale especial referencia al artículo 113 de la Constitución mexicana y a la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado de 2004.

El sistema de responsabilidad extracontractual del Estado hoy vigente en México está regulado al máximo nivel constitucional en el artículo 113 de la Constitución zanja el problema de la dualidad de sistemas vigente, superando la etapa de responsabilidad basada en la teoría de la culpa civil y los principios de responsabilidad subsidiaria a través de la responsabilidad patrimonial del Estado, reconociéndose una responsabilidad directa y

---

<sup>101</sup> Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en [http://www.funcionpublica.gob.mx/leyes/leyresp/tit3\\_II.html](http://www.funcionpublica.gob.mx/leyes/leyresp/tit3_II.html).

objetiva, esto claramente lo determina en el segundo inciso del mencionado precepto “[...]la responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes [...]”.<sup>102</sup>

Por su lado, el artículo 1 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado complementa la noción constitucional y sostiene que la responsabilidad: “*tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado. La responsabilidad extracontractual a cargo del Estado es objetiva y directa, y la indemnización deberá ajustarse a los términos y condiciones señalados en esta Ley y en las demás disposiciones legales a que la misma hace referencia*”.<sup>103</sup> Esta normativa es de interesante articulación ya que define inclusive que se entiende por actividad administrativa irregular, “*aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate*”.<sup>104</sup>

### **3.8.4. Responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación española**

La legislación española, fiel seguidora de la tradición occidental en la cual el Estado de Derecho constituye aquella idea en donde la centralidad de los derechos del hombre o derechos fundamentales están dirigidos sea al origen o al fin de la sociedad política organizada. Con esta premisa, el Estado democrático, según la doctrina española, es aquella sociedad en la cual tanto gobernantes como gobernados se sujetan en sus acciones y omisiones, de esta manera el Estado Democrático encuentra su *telos* en la protección de los derechos del conglomerado social y de ahí de la denominación “fundamentales”. Para

---

<sup>102</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/>

<sup>103</sup> Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRPE.pdf>

<sup>104</sup> Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial.

que el Estado no pueda transgredir estos derechos fundamentales, se ha creado un entramado control de constitucionalidad y legalidad; por ello, cuando el ordenamiento jurídico español aborda el tema de la responsabilidad patrimonial, los estudiosos españoles consideran que los dos pilares sobre los cuales se asienta el derecho administrativo es, en primer lugar, la sujeción de la Administración Pública a la ley, pudiendo el administrado hacer valer esta posibilidad a través del proceso contencioso administrativo; y, en segundo lugar, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado por medio de la cual el administrado exige el la indemnización al estado por daños que este le haya provocado.

Como quiera que esto sea, los estudiosos del Derecho Administrativo español han considerado que la responsabilidad estatal como tal ha presentado un atraso evolutivo frente a otras legislaciones como la francesa. Entre los motivos que encontramos para llegar a esta primera consideración es la tendencia jurisprudencial de elaborar los fallos jurisprudenciales en estricto apego al tenor literal de la ley. Es interesante observar que en el siglo XIX la legislación española contaba con textos legales, en los cuales reconocían la responsabilidad estatal; sin embargo, estos textos fueron absolutamente aislados coligiendo la existencia de la responsabilidad únicamente porque así lo expresaba expresamente la norma jurídica.

En España, a pesar de contar con preceptos que permitían en cierta medida regular la noción de sobre responsabilidad y se encontraba contenida en el Código Civil de 1889, el principio y el fundamento mismo de esta figura significó un fracaso con la implementación de la noción de responsabilidad de la Administración Pública partiendo del artículo 1903 del Código Civil, el cual prescribía que: *“El Estado es responsable por este concepto –por el hecho de un tercero– cuando obra por mediación de un agente especial: pero no cuando el daño hubiere sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior –referido a la responsabilidad directa-”*<sup>105</sup>.

Siendo como fuere, es interesante acotar que a finales del siglo XIX y, sobre todo, en el siglo XX, da inicio a un reconocimiento de una incipiente responsabilidad de la Administración del Estado en caos específicos, tomando en cuenta la transformación que el

---

<sup>105</sup> Código Civil Español de 1889 en <http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/cc/indexcc.htm>

Estado sufría, que implicaba un cambio conceptual de liberal a social en donde el ente estatal asume cada vez más potestades y obligaciones respecto al conglomerado social. Esta evolución en la estructura normativa española, se inicia con el nacimiento cada vez mayor de situaciones en las cuales se amerita aplicar el derecho de indemnización. En este orden de ideas, vemos como mediante Ley del de 9 de abril de 1842 se estableció la indemnización de los daños materiales sufridos en la primera guerra carlista. Este precedente no fue admitido por el Tribunal Supremo como manifestación de un principio general de responsabilidad de la Administración, lo cual fue intentado para exigir indemnización por daños ocasionados en conflictos posteriores, concretamente en la guerra de Cuba. El primer tratamiento normativo con carácter general se produce en el Código Civil, en los artículos 1902 y 1903. Este cuerpo legal, en buen romance, nos decía que cuando la Administración Pública actúa por intermedio de un funcionario público, responde directamente y en el caso del hecho de otro responde sólo cuando éste tiene un mandato especial. El meollo del asunto y el consiguiente problema de la responsabilidad civil en España fue que la jurisprudencia no fue capaz de comprender esta previsión en toda su amplitud, y entendió que lo contenido en los preceptos mencionados era responsabilidad del funcionario y no del Estado, bloqueando con ello el reconocimiento directo de una responsabilidad generada por parte de la administración, así como también la responsabilidad indirecta por hecho de tercero, ya que la administración no actúa por medio de agentes especiales.

A mediados del siglo XX, la legislación española abordó la regulación de un sistema de responsabilidad patrimonial. Esta normativa se incorporó en la Ley de Régimen Local, en donde en sus artículos 405 y 406 incorporaron una fórmula que regulaba este tema. Dicho planteamiento implicaba que la cobertura de los daños causados por la actuación de los funcionarios públicos respondiera a dos situaciones; la primera de ellas, tomando en cuenta que las entidades locales actuaran como personas jurídicas de derecho privado, en cuyo caso se aplicaban los preceptos del Código Civil sobre responsabilidad; por ende, la Administración Pública local ostentaba una responsabilidad subsidiaria, previa pronunciamiento judicial de la infracción legal cometida y con posibilidad de acción de repetición contra el funcionario público que en el ejercicio de sus actividades haya

incurrido en culpa o negligencia; y, una segunda en donde la actuación la como personas jurídicas públicas, estableciendo para el efecto una diferenciación tomando en cuenta que el daño fuera causado por culpa o negligencia graves imputables personalmente a los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o que no existiera tal culpa, en este supuesto la entidad local respondía directamente siempre y cuando el daño fuera material e individualizado.

La figura de la responsabilidad es abordada en la Constitución española, la cual en su artículo 9.1 prescribe que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, garantizando en su numeral tercero el principio de responsabilidad de los poderes públicos lo cual se encuentra en plena concordancia con el artículo 106.2 que manifiesta: *”[...]los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos[...]”*.<sup>106</sup>

Como vemos, este precepto consagra la responsabilidad de manera general, para que la correspondiente legislación secundaria la complemente, esta estructura normativa secundaria se denomina Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Como nota relevante del sistema español en materia de responsabilidades ha sido considerado como el más avanzado a nivel comparado, por la amplitud con la que se reconoce esta figura. Así, vemos que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública mantiene un carácter unitario con alcance general, naturaleza directa, objetiva y diferente con la institución de la expropiación forzosa. Esta norma, que viene a innovar el sistema jurídico español, unifica la parte sustantiva y adjetiva relativa a la actuación de la Administración Pública que podría derivar en una posible responsabilidad, consagrada en sus artículos 142 numeral 6 y 144, al establecer con claridad que:

---

<sup>106</sup> Constitución Española 1978 en <http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

[...] la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa” y que “cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley”.<sup>107</sup>

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

### **3.8.5. Responsabilidad extracontractual del Estado en la legislación francesa**

Hablar de responsabilidad en la legislación francesa implica subsumirnos en el estudio que sobre esta figura ha realizado el Consejo de Estado francés a lo largo de los años, siendo quizá el primer ente que esbozó una respuesta sobre este tema. Sin embargo, previo a su tratamiento es importante mencionar que, en principio, la legislación francesa consideraba que en base a la noción de soberanía como atributo esencial del Estado implicaba que este sea irresponsable y no sometido a las leyes.

En su primera etapa, en el ordenamiento jurídico francés, aproximadamente entre el año VII hasta mediados del siglo XIX, la irresponsabilidad el Estado era la regla, excluyendo de esta fórmula aquellos casos según los cuales la propia norma reconocía el

---

<sup>107</sup> Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común en <http://www.boe.es/boe/dias/1992/11/27/pdfs/A40300-40319.pdf>

deber de indemnizar los daños ocasionados en el caso de construcciones de obras públicas, daños causados por tumultos, aquello producidos por situaciones de guerra y aquellos reclamos ante la justicia ordinaria por daños causados por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, esta posibilidad en el antiguo ordenamiento jurídico francés era restringido, ya que el artículo 75 de la Constitución del año VIII, prescribía que el Consejo de Estado era el ente encargado para pronunciarse si el administrado podía acceder a la figura del reclamo ante la justicia por daño ocasionado, de lo contrario esta posibilidad era restringida. Con el incremento de las desigualdades sociales producto del modelo capitalista, el Estado replanteó su modelo a uno según el cual se permita el intervencionismo ampliando el espectro de actividades; por lo tanto, existió un aumento en las posibilidades para causar daño a los particulares. Es precisamente en este momento histórico cuando la tesis de que el Estado debe responder por los perjuicios que cause tomó fuerza.

En esta nueva etapa, la responsabilidad estatal ve en las normas del Código de Napoleón su instrumento para fundamentarla; tal es así que vemos como los artículos 1382 y 1384<sup>108</sup> planteaban una fórmula que resolvía el problema de la responsabilidad indirecta; sin embargo, esta aplicación de normas de derecho privado a realidades en las cuales la *litis* radicaba entre el Estado y el administrado generó una serie de controversias, planteándose afirmaciones que iban desde si el deseo de los creadores del Código Civil hubiese consistido en hacer extensivos que dichos preceptos sean aplicables a las personas jurídicas de derecho público. Si hubiese sido así lo hubiese contemplado de manera expresa; además, las diferencias radicales existentes entre las relaciones de los particulares en donde el principio de la autonomía de la voluntad es la regla que impera y las relaciones que existen entre los particulares y el Estado hacen imprescindible diferenciar la existencia de dos normas para fundamentar los dos tipos de responsabilidad.

Una vez que se dio a conocer el célebre Fallo Blanco, del Tribunal de Conflictos Francés (8 de febrero 1873), por primera vez se pudieron sentar los fundamentos para subsumir la figura de la responsabilidad del Estado a un régimen jurídico propio, con reglas y principios diversos a los que se encontraban vigentes para el derecho privado, sino que

---

<sup>108</sup> Código Civil francés, 1804.

también a raíz de este pronunciamiento se pudo consolidar una figura que no encontraba sustento, en donde se estatuye la jurisdicción administrativa como la única competente para su conocimiento. Es por ello que el fallo expresaba que: *“La responsabilidad de la administración no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil, sino que obedece a reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”*.<sup>109</sup> En su parte medular, la sentencia consideró que los daños causados se originaron de la prestación de un servicio público, por ello el competente para dirimir el conflicto era el juez administrativo. Es importante mencionar adicionalmente que esta responsabilidad estaba fundamentada en la falta del servicio, y se hacía referencia a una falla del mismo que no implicaba la individualización hacia un determinado agente.

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

### **3.8.6. Experiencia nacional respecto la responsabilidad extracontractual del Estado**

Nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de las transformaciones que en los últimos años se ha gestado, continúa siendo en materia administrativa una estructura normativa que amerita el fortalecimiento de varias figuras; entre ellas encontramos la de la responsabilidad extracontractual del Estado. Es interesante indicar que esta noción no ha recibido la suficiente importancia que amerita. Dentro de la jurisprudencia ecuatoriana encontramos un caso interesante sobre responsabilidad, nos referimos a aquel en el que el representante legal del Comité Delfina Torres Vda. de Concha<sup>110</sup> interpone recurso de casación de la

---

<sup>109</sup> Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo Tomo I*, Séptima Edición, Buenos Aires, página 481.

<sup>110</sup> Registro Oficial Número 42 del miércoles 19 de marzo del 2003.

sentencia dictada el 22 de octubre del 2001 por la Sala única de la H. Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio ordinario que, por indemnización de daños y perjuicios, propuso contra: el Presidente Ejecutivo y representante legal de Petroecuador.

El caso citado sin lugar a dudas constituye un referente importante para abordar el tema objeto de este estudio, ameritando un análisis al respecto. El caso propuesto surge a raíz del incendio del Comité Pro mejoras del barrio Delfina Torres Viuda de Concha; dicha organización presentó una demanda por daños permanentes y accidentales provocados históricamente por la refinería de Esmeraldas. La pretensión que se persigue es la reparación de los daños ocasionados por la presencia de la refinería, las compensaciones por estos daños y la cancelación de las fuentes de contaminación. El comité argumenta encontrarse en el área de influencia de la refinería en donde se encuentran 250 familias, las cuales resultaron afectadas por los derrames y accidentes de antes y después del 26 de febrero de 1998. Estas familias han visto constantemente como la contaminación permanente de la refinería que descarga sus desechos a los ríos Teaone y Esmeraldas ha afectado sistemáticamente la salud tanto de sus hijos como la flora y fauna silvestre, convirtiendo a éste en un lugar que paulatinamente se ha vuelto inhabitable. Cabe tomar en cuenta también la constante emisión de gases rutinarios y accidentales. La demanda por daños y perjuicios que incluye daños morales asciende a la suma de 35 millones de dólares, monto económico que servirá para realizar obras tales como el alcantarillado, tratamiento de aguas, enrocado y contención de los ríos, y para cubrir aspectos de salud y mejoras del barrio, los accionantes demandan, asimismo, que se verifiquen las medidas necesarias para cancelar las fuentes de contaminación. Durante el proceso que se siguió los afectados comprobaron hasta la saciedad todos y cada uno de los impactos ambientales, sociales y los que derivaron del incendio, basándose en el peritaje de varios profesionales, con documentos publicados, y con testimonios –escritos y gráficos– de la prensa. Petroecuador tomó todas las acciones para minimizar el impacto del incendio. Ya en la parte correspondiente de la sentencia se conmina a Petroecuador, 1) a la ejecución de obras de infraestructura básica en el barrio Delfina Torres viuda de Concha. Propicia N° 1 hasta por el monto total de 11 millones de dólares; y, 2) la adopción de medidas de seguridad en la Refinería Estatal de Esmeraldas y en la infraestructura petrolera de esa provincia, dentro del

plazo de seis meses, contados desde que se ejecutorie esa sentencia para prevenir que no se produzcan daños, particularmente en el medio ambiente, derivados de las actividades hidrocarburíferas.

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

Dentro de este contexto la estructura constitucional vigente en 1998, y que en materia de responsabilidad se encontraba contenida en el artículo 20 de la Carta Fundamental, planteaba la objetividad de la responsabilidad estatal, brindando la posibilidad que sea la propia constitución y las normas del Derecho Administrativo las idóneas para abordar estas especiales situaciones, sobre este aspecto opina Ernesto López Freire criterio que lo compartimos

[...]La responsabilidad entraña la obligación de responder de todo perjuicio que se cause y que sufra una persona sin tener obligación legal para ello, siempre y cuando el daño provenga del ejercicio de la función pública o del concesionario o delegatario de un servicio público (...) todo daño causado por los dignatarios públicos, por sus delegatarios o concesionarios, hiere el deber del Estado de proteger a las personas y a los bienes. Por esa razón no es la causa del daño lo ilícito, sino el perjuicio en sí (...) no siendo menester que se examine si el acto estuvo motivado por el dolo o la culpa de quien actuó (...) La responsabilidad objetiva del Estado no es un asunto sujeto a las reglas del Derecho Privado o del Código Civil, es un asunto constitucional, sujeto al cumplimiento irrestricto de sus más altos valores y principios y, desde esa perspectiva, sujeto al Derecho Administrativo, en cuanto este es el brazo ejecutor de la Constitución [...]<sup>111</sup>

---

<sup>111</sup> Ernesto López Freire, *La Responsabilidad Objetiva en la Constitución Política del Ecuador*, en Temas de Derecho Constitucional, Quito, Publicación de la Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco, Ediciones Legales, 2003, páginas. 373, 374 y 380.

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

*Platón*

## **CAPÍTULO IV**

### **4. Proceso administrativo en sede administrativa, judicial y constitucional**

A pesar que en la Carta Fundamental se encuentran preceptos que hablan de la responsabilidad extracontractual del Estado, no establece un procedimiento específico por medio del cual el particular puede hacer valer su derecho vulnerado; es decir, no existe una norma jurídica expresa que contemple principios generales, definiciones, procedimiento, sanciones. Ahora bien esto no quiere decir que el individuo, en caso de sufrir un daño ocasionado por la Administración Pública, no encuentre una vía jurídica para acudir. Ya en el entramado legal ecuatoriano podemos utilizar tanto el procedimiento administrativo que se encuentra establecido en la Ley de Modernización del Estado y en Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, la jurisdicción contenciosa administrativa, la acción civil y una de las acciones propuestas por la Constitución.

#### **4.1. El particular agotando la sede administrativa**

En este supuesto, el particular, como una forma de conocer la actuación de la Administración Pública y a fin de tener una “instancia adicional”, puede iniciar su reclamación dentro de la misma entidad que causó el daño. El Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, en su artículo 209, claramente manifiesta que los particulares podrán exigir directamente a las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios que hayan ocasionado el presunto perjuicio, debiendo existir la consiguiente indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. El mismo cuerpo legal establece que

en caso de negar el reclamo interpuesto el particular puede acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa.

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

Este procedimiento administrativo dará inicio y cumplirá las etapas procesales que determine la norma jurídica; por ejemplo, si acudimos a la Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad en su artículo 58 establece un procedimiento específico que el particular debe cumplir en sede administrativa, sin embargo como se mencionó anteriormente es necesario una norma jurídica que regule específicamente el amplio espectro de responsabilidades en donde pueda constar un procedimiento especial para ésta figura. Es importante rescatar el criterio planteado por Laureano López, quien considera que:

Las normas del procedimiento administrativo no deben limitarse a garantizar los derechos de los ciudadanos, deben también garantizar el interés público. El interés público exige un procedimiento flexible y rápido que impida la anarquía en el seno de la Administración y asegure la eficacia. El interés de los particulares pide, por el contrario, un procedimiento riguroso para impedir que se vean esclavizados por la Administración, por ello el procedimiento administrativo debe conciliar estos dos intereses”.<sup>112</sup>

La articulación de un correcto procedimiento administrativo en donde se ventilen las reclamaciones de los particulares y en donde el ente estatal pueda ejercer su autoridad, busca lograr una correcta valoración de todas las razones de hecho y de derecho que

---

<sup>112</sup>Laureano López Rodo, *El procedimiento administrativo no contencioso*, Revista Uruguaya de Estudios Administrativos, Año V 1981, página 91.

ameritan ser atendidas para obtener una correcta actuación estatal al momento de emitir su pronunciamiento, lograr una adecuada regulación del procedimiento administrativo supone un límite a la actuación pública, al exigir el cumplimiento de determinadas formas para la validez de su voluntad, y crear específicamente las condiciones para ejercer los márgenes de discrecionalidad que se mantienen en el poder público.

#### **4.2. El particular y la vía contencioso administrativa**

Lo contencioso administrativo es el conjunto de reglas relativas a los litigios organizados que suscita la actividad de la Administración Pública, así lo menciona Hauriou, citado por Juan Carlos Morón Urbina<sup>113</sup>. De lo que podemos inferir es que este proceso es un medio creado para satisfacer, con intervención de un órgano judicial y aplicando principios de Derecho Administrativo, las pretensiones de los particulares afectados en sus derechos o intereses por la actividad del Estado.

El fundamento de esta jurisdicción se trata del aseguramiento del orden público al imponer al Estado circunscribirse dentro del orden jurídico establecido que regula el ejercicio de sus facultades, permitiendo que los afectados por una determinada acción puedan oponerse. Es esta organización la que ha tomado forma y ha conllevado a la creación de la justicia administrativa, en donde se confiere al particular, ante el abuso de poderes de la administración, ante la ilegalidad ejecutada por un funcionario, la posibilidad de recurrir a la vía contencioso administrativa. Loewenstein, citado por Juan Carlos Morón Urbina<sup>114</sup>, manifiesta que éste es un mecanismo de control interorgánico del Poder Judicial sobre la Administración Pública, en donde por medio de su intervención impone al ente estatal el respeto de las reglas reguladoras del ejercicio del poder y contendrá los privilegios dentro de los límites prefijados en la Ley de acuerdo a parámetros de legalidad y razonabilidad; es decir, que en base a este mecanismo el particular queda habilitado para

---

<sup>113</sup> Juan Carlos Morón Urbina, *Derecho Procesal Administrativo*, Lima- Perú, Editorial Rodhas, 1999; página 373.

<sup>114</sup> Juan Carlos Morón Urbina, *Derecho Procesal Administrativo*, Lima- Perú, Editorial Rodhas, 1999, página 375.

buscar una modificación de un suceso administrativo ilegal obteniendo el resarcimiento por los perjuicios ocasionados.

En materia de responsabilidad extracontractual del Estado, la jurisdicción contencioso administrativa constituye la vía idónea para que el particular acuda y exponga su situación a fin que éste órgano resuelva la *litis* suscitada entre el Estado y administrado. Actualmente, la normativa pertinente que regula este aspecto se encuentra contenida en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo; a pesar que es una estructura normativa antigua la que regula el procedimiento en este tipo de situaciones, este recurso puede ser interpuesto cuando causen estado y vulneren un derecho o interés directo del demandante, para nuestro criterio todas aquellas situaciones susceptibles de responsabilidad extracontractual del estado deben ser interpuestas en esta jurisdicción ya que es la competente para ello.

Tal es así que si recurrimos al artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, la norma jurídica expresamente está dotando de competencia a los tribunales de lo contencioso administrativo para conocer las controversias suscitadas entre los particulares y el Estado. El mencionado precepto indica: “*Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. ( ...). El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (...)*”.<sup>115</sup>

### **4.3. El particular y la vía constitucional**

A pesar de que las figuras contempladas en la Constitución de la República son consideradas, en la práctica, acciones y no recursos, la discusión se ha centrado en su procedencia, ya que para muchos funcionarios judiciales la figura de la Acción de Protección debe ser subsidiaria. El artículo 88 de la Carta Fundamental sostiene que: “*La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos*

---

<sup>115</sup> Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.

*reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales”<sup>116</sup>. Para muchos estudiosos del Derecho Constitucional ecuatoriano esta acción debe ser aplicada de manera directa e inmediata. Jorge Zavala Egas, en su obra Teoría y Práctica Constitucional, sostiene respecto a la acción de protección: “no es una acción subsidiaria porque no hay la obligación de ejercerla sólo cuando se ha agotado la vía judicial ordinaria y no se ha logrado la reparación buscada en esta (...) no es excepcional por definitividad, esto es, procede sin que sea requisito previo una sentencia, auto o resolución judicial definitiva (...).<sup>117</sup>*

A pesar del criterio expuesto por este renombrado jurisconsulto, consideramos que si tomamos en cuenta el artículo 40, numeral 3, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sitúa a la prenombrada acción como una figura subsidiaria, tanto es así que a continuación en el artículo 42, numeral 4, plantea una suerte de exigencia de interposición y agotamiento de recursos judiciales ordinarios como momento previo a la presentación de una acción de protección. Esta exigencia que nos franquea estos dos preceptos para no incurrir en una eventual causal de improcedencia puede ser entendida como una obligación para agotar la vía judicial ordinaria, salvo que el accionante pruebe que la vía no fuere adecuada ni eficaz, sin embargo, este análisis de admisión se circunscribe en la discrecionalidad judicial.

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

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar; mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quién actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier

---

<sup>116</sup> Constitución de la República del Ecuador 2008.

<sup>117</sup> Jorge Zavala Egas, *Teoría y Práctica Procesal Constitucional*, Guayaquil Ecuador, Edilex, S.A. 2011, página 163.

autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.<sup>118</sup> (*subrayado del autor*)

De la misma manera, si recurrimos a la Constitución de la República Argentina, en su artículo 43 encontraremos una figura similar a la contemplada por nuestra legislación: “*Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley (...)*”<sup>119</sup> (*subrayado del autor*). Este precepto traído de la legislación argentina es comentado por Néstor Pedro Sagués, el cual sobre la subsidiaridad de ésta sostiene: “*reservado para las delicadas y extremas situaciones en las que, por falta de otros medios legales, peligra la salvaguardia de derechos fundamentales*”<sup>120</sup>.

De todo lo dicho respecto a la posibilidad que el particular acuda a la vía constitucional en caso de haber sufrido un detrimento por parte de la Administración Pública y, por consiguiente, de que exista un daño, es importante considerar que la acción de protección tal y como se encuentra planteada en nuestra legislación constituye una figura subsidiaria; es decir que para presentarla necesito acreditar la inexistencia de otro mecanismo judicial ordinario. Ya en la práctica litigiosa constitucional es posible notar un excesivo uso de esta figura, de hecho, la tendencia constitucional actual genera una cierta motivación para interponer esta medida con el supuesto que ésta es de expedito trámite, sencillo y de respuesta inmediata, situaciones que han desembocado en su mala utilización ya que en materia de responsabilidad extracontractual debemos acudir a la vía

---

<sup>118</sup> <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>

<sup>119</sup> <http://www.senado.gov.ar/web/consnac/consnac.htm>

<sup>120</sup> Néstor Pedro Sagués, *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires Argentina, Editorial Astrea, 2009, página 461.

jurisdiccional competente que es la contenciosa. Es cierto que el trámite es lento, pero es cuestión de lograr una buena articulación mediante una política pública eficiente para lograr el fortalecimiento de estos tribunales que ameritan ser tomados en cuenta por la importancia de sus funciones.

## Conclusiones

En el entorno jurídico social ecuatoriano la conciencia colectiva sobre el cumplimiento normativo se encuentra en desarrollo por medio de esta conciencia es posible el cumplimiento efectivo o la reivindicación de un derecho por medio de la utilización de una institución jurídica. Es importante determinar que la cultura de cumplimiento normativo no está grabada en la conciencia colectiva ecuatoriana, por consiguiente, los derechos consagrados en la Constitución han significado premisas que, por mucho tiempo no han sido susceptibles de exigencia por parte de la sociedad y tampoco de cumplimiento por parte del Estado.

- Es importante determinar que la cultura socio-política ecuatoriana ha desarrollado un esquema en el cual no involucra un nivel en donde exista un respeto y, sobre todo, una conciencia colectiva para asegurar el cumplimiento de los derechos. Luego, la situación jurídica presente permite determinar la existencia de pocos procesos judiciales, así como una nula presión hacia el Estado respecto la responsabilidad extracontractual estatal, a pesar de que normalmente en diversos ámbitos públicos es posible encontrar una amplia gama de irresponsabilidad pública.
- Como opción para viabilizar la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado planteamos que dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano pueda configurarse una estructura normativa secundaria que permita articular todos los principios y conceptos planteados en la Carta *iusfundamental* en torno ésta temática, lo cual conllevaría a que exista un mecanismo eficaz que permita llevar a la práctica la figura que ha sido materia de este trabajo de investigación. La consecuencia lógica al respecto implica que el Estado cumpla fielmente con las obligaciones que nazcan de sus acciones. El nacimiento de una norma de esta índole permitiría, al igual que en la legislación mexicana, identificar cuáles son las circunstancias susceptibles de responsabilidad, las cuales vendrían a ser las obligaciones en el sector público así como sus

responsabilidades, sanciones y las autoridades competentes para conocer estos procesos.

- Si nos enfocamos en la cultura jurídica ecuatoriana, en nuestro sistema se encuentra teóricamente presente la responsabilidad extracontractual del Estado; sin embargo, al momento de acudir a la práctica, su cumplimiento es escaso, a pesar de que esta figura ha sido desarrollada en las diferentes constituciones nacionales citadas. El meollo del asunto radica en crear una estructura jurídica en la cual se incorpore todo el andamiaje necesario para dotar de una verdadera operatividad institucional.
- Respecto a la vía procesal seleccionada por el particular para plantear su derecho presuntamente vulnerado, y abordado en páginas anteriores, debemos tener clara la insuficiencia de funcionarios que conocen estas especiales situaciones, razón por la cual su fortalecimiento es inmediato. Es imperioso duplicar el número de jueces contencioso administrativos, ya que con el número actual el trámite en esta instancia constituye una verdadera letanía para el particular, que busca ayuda expedita. Sin embargo, a pesar de esta falencia, la vía que el particular debe seguir para exponer su situación es el agotamiento de la vía administrativa la cual es facultativa seguirla por el particular o acudir directamente a la jurisdicción contencioso administrativa, dejando la vía constitucional para aquellas situaciones extremas en donde la violación del derecho sea de tal magnitud e inminencia que la injerencia por parte de esta jurisdicción sea la única alternativa procesal.
- Compartimos el criterio de Nava Negrete<sup>121</sup>, quien sostiene que el recurso administrativo es un medio legal que reparte por igual una defensa a quien lo promueve y una oportunidad de rectificación para el que lo resuelve. En este sentido, el agotamiento en sede administrativa constituye una oportunidad legal y práctica en donde la propia administración, a través de su procedimiento, revise, reflexione y

---

<sup>121</sup> Alfonso Nava Negrete, *Recursos Administrativos y Justicia Administrativa*, México D. F., Editorial Trillas, 1988, página 42.

corrija sus decisiones sometiéndolas al derecho y al interés público que las orienta. Adicionalmente, no debemos olvidar que el recurso en sede administrativa es una oportunidad que tienen los particulares de impugnar los actos o resoluciones administrativas contrarias a la estructura jurídica constituyendo un importante mecanismo que permite al administrado exigir de la Administración Pública el respeto a las garantías individuales o derechos fundamentales. Consideramos que este recurso debe llevarse a cabo más seguido por parte de los particulares generando así una verdadera cultura de reclamo al exigir a la Administración Pública el cumplimiento de sus obligaciones.

- Es importante precisar que si acudimos ante la jurisdicción contencioso administrativa, debemos tomar en cuenta que lo podemos hacer de manera directa sin necesidad de agotar la vía administrativa, o una vez agotada recurrir a esta jurisdicción. Pensamos y sostenemos que esta vía es la competente para conocer las controversias suscitadas entre el Estado y los particulares respecto temas de responsabilidad extracontractual del Estado, tomando en cuenta los fundamentos mencionados anteriormente. A pesar de que muchos abogados y abogadas consideran que la vía constitucional por medio de la acción de protección es de aplicación directa e inmediata, nuestro punto de vista considera a esta figura como eminentemente subsidiaria y su aplicación está reservada para casos excepcionales en los cuales la inminencia de violación de un derecho sea de tal magnitud e índole que no exista otra alternativa procedimental. No debemos tomar a estas figuras constitucionales como mecanismos para dejar de utilizar los procedimientos legales que el ordenamiento jurídico contempla, hacerlo significaría que estas sean utilizadas indiscriminadamente so pretexto de la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz<sup>122</sup>. El mecanismo de defensa existe, la vía jurisdiccional con todas sus especiales condiciones se encuentra presente; la normativa guía el camino por el cual los particulares deben transitar de manera correcta activando los engranajes correspondientes; el procedimiento adecuado y eficaz existe; el quid de la cuestión radica en la poca importancia que se ha brindado a los Tribunales

---

<sup>122</sup> Constitución de la República del Ecuador; 2008.

de lo Contencioso Administrativo. Existe poco personal que pueda abordar con eficiencia la incesante carga de trámites evitando el cumplimiento de los plazos que contempla la estructura normativa que regula la materia; es menester que el Estado dote y fortalezca a este órgano con una mayor cantidad de jueces logrando que los Tribunales Contenciosos Administrativos puedan cumplir a cabalidad las funciones encomendadas por la norma jurídica.

- La importancia de la figura que se ha estudiado es de tal trascendencia que dentro del Derecho Administrativo ha significado una institución que ha permitido moldearlo y adaptarlo a los tiempos modernos su estudio no debe perder importancia para lo cual amerita un estudio pormenorizado en los centros académicos, abordándola como una institución propia de esta rama del derecho. Con ello existirán verdaderos profesionales que conozcan y sobre todo investiguen las implicaciones y el desarrollo permanente de esta institución.
  
- Dentro de la estructura normativa constitucional existe la figura de “repetición” que, como una garantía constitucional y legal, implica que cuando el Estado es condenado al pago por concepto de indemnización por ocasionar daño a los particulares, éste debe direccionar su aparataje en contra del servidor público que por dolo o negligencia haya causado un daño determinado hacia un particular o particulares. La legislación secundaria nacional ha desarrollado varios preceptos en torno esta temática, que permitiría su utilización. Si miramos la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 67 y siguientes, podremos vislumbrar como esta figura es regulada desde su objeto, la demanda y su trámite especial, el cual por obvias circunstancias debe ventilarse ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Actualmente, la Asamblea Nacional se encuentra tramitando en segundo debate el proyecto de Ley de Repetición, el cual comprende una normativa secundaria especial en donde expresamente viabilice esta institución por medio de un proceso contencioso ágil, salvaguardando el derecho a la defensa del funcionario público. Es menester

sostener que la acción de repetición también puede considerarse como una herramienta para conseguir una Administración Pública eficiente. En este sentido, lograr una estructura jurídica que regule esta figura implicaría necesariamente el nacimiento de una normativa que viabilice la figura de responsabilidad en sus diversas formas (extracontractual, contractual, legislativa, etc). Ya que por un lado encontraríamos la norma que regula la figura de la responsabilidad entre el Estado versus los particulares y, por otro lado, la norma que regule el procedimiento que determine las reglas acerca de todo aquello inherente a la acción de repetición entre el Estado y el funcionario público, el cual, por acción u omisión, ocasionó el daño o detrimento al particular.

- En cuanto a la jurisprudencia que ha emanado de la Sala de lo Contencioso Administrativo<sup>123</sup> respecto al tema de responsabilidad vemos que la concepción civilista indemnizatoria, sin lugar a dudas constituyó un aporte y un avance en el estudio de nuestra materia, al determinar que el Estado debe reparar de forma directa los perjuicios a los particulares derivado del mal funcionamiento del servicio público o en su caso por existir cargas públicas injustas. Para muchos administrativistas los fallos respecto a este tema y que constituyen jurisprudencia han conformado un avance significativo en materia de responsabilidad estatal, en donde se determina la naturaleza jurídica de esta figura, desligándola de la concepción civilista en donde el criterio indemnizatorio se impone, fundamentada eminentemente en la culpa brindado la oportunidad para que el Estado pruebe que su proceder es correcto para eliminar su responsabilidad.
- Tomando en cuenta el modelo jurídico que sigue nuestra legislación, y una vez que hemos abordado esta temática de estudio, es interesante identificar que la obligación estatal que permite la reparación de los perjuicios hacia los particulares, se encuentra fundamentado en títulos jurídicos de imputación objetiva, en donde la falla del servicio

---

<sup>123</sup> Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo, fallo de casación del 11 de abril de 2007, publicado en la Gaceta Judicial serie XVIII, No. 4, página 1618 a la 1626.

público o como se ha llamado en nuestro medio “*defectos sistémicos de los servicios públicos*” o en aquellos desequilibrios frente a las cargas públicas, el afectado no debe probar la ilicitud o la culpabilidad del funcionario público sino el daño ocasionado el cual se lo determina identificando el vínculo entre la actividad estatal dañosa y el perjuicio, este paso significa un avance en nuestra materia ya que la corriente subjetivista implicaba probar la culpa o negligencia con la que actuó el funcionario público siendo en la práctica difícil de individualizar por el particular.

- Vemos como a partir de la actual Carta Fundamental, en el ordenamiento jurídico constitucional imperó una nueva tendencia jurídica basada en la preeminencia de las garantías fundamentales, en donde la concepción de responsabilidad estatal se encuentra dirigida sustancialmente a reparar los derechos violados mediante medidas de restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición entendidas como una reparación integral objetiva, debiendo el Estado repetir en contra del funcionario responsable lo efectivamente pagado, esta formula la encontramos tanto en el artículo 11 No. 9 y art. 86 No. 3 de la Constitución, así como en los artículos 18 y 67 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Esta visión constituye un avance significativo en nuestra materia ya que se la empieza a tomar con la importancia que se merece al incorporar estas diferentes medidas resarcitorias que pueden ser utilizadas por los jueces, otro motivo para que exista un cuerpo normativo secundario que permita desarrollar cada una de estas.

## Bibliografía

### Libros y Textos Base

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

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

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

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

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

### **Información tomada de páginas web:**

- Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana*, Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial, Universidad de Chile, 2003. En <http://issuu.com/oscuvilca/docs/la-convencion-americana-vida-integridad-personal-1>
- Clara Leonora Szczaranski Cerda, *Revista de Derecho Administrativo*, Responsabilidad Extracontractual del Estado, página 7, en: <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/cce339004fbf78d4bc66bf46ce4e7365/2.pdf?MOD=AJPERES>.
- Código Civil Español de 1889 en <http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/cc/indexcc.htm>
- Constitución Española 1978 en <http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/>
- Decreto Ley N° 1289 del año 1976, Chile. Tomado de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6554&buscar=Decreto+Ley+N%C2%BA+1289>
- Fernando Garrido Falla, *Revista de Administración Pública*, 1994, en [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1994\\_135\\_007.PDF](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1994_135_007.PDF).
- <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>
- <http://www.cidh.org/demandas/11.535%20Pedro%20Miguel%20Vera%20y%20otros%20Ecuador%2024%20febrero10%20ESP.pdf>
- <http://www.senado.gov.ar/web/consnac/consnac.htm>

- Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común en <http://www.boe.es/boe/dias/1992/11/27/pdfs/A40300-40319.pdf>.
- Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, Biblioteca Nacional de Chile en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=191865>.
- Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.
- Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRPE.pdf>.
- Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos en [http://www.funcionpublica.gob.mx/leyes/leyresp/tit3\\_II.html](http://www.funcionpublica.gob.mx/leyes/leyresp/tit3_II.html).
- Tomado de: <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/cce339004fbf78d4bc66bf46ce4e7365/2.pdf?MOD=AJPERES>
- Tomado de: <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/cce339004fbf78d4bc66bf46ce4e7365/2.pdf?MOD=AJPERES>

### **Enciclopedias y Diccionarios**

- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, impreso en España año 2001.
- Enciclopedia Jurídica Omeba; Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L; Buenos Aires-Argentina; 1967.
- Escriche Joaquín; *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*; Editorial Temis; Bogotá-Colombia; 1977.
- Guillermo Cabanellas, *Diccionario de Derecho Usual Tomo III*, Buenos Aires Argentina.
- Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 2001.

- Nueva Enciclopedia Jurídica, publicada bajo la dirección de Carlos-E. Mascareña; Editorial Francisco Seix, S.A.; Barcelona-España; 1975.

## **Jurisprudencia**

- Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de noviembre de 1991, Consejero Ponente; Dr. Julio Cesar Uribe Acosta, expediente N° 6784, actor: Emilia Guido de Mazonett, Tomo 147 de los copiadore de la Sección Tercera, página 64.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, Ponente: Antonio José de Irisarri Restrepo, colaboró: Juan Carlos Pérez, actor: Luís Alberto Cifuentes Lindarte, Tomo 114 de los copiadore de la Sección Tercera, folio 114.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, 5 de julio de 1991, Consejero Ponente: Dr. Daniel Suarez Hernández, expediente N°6014, actor: Aníbal Orozco Cifuentes, Tomo 134 de los copiadore de la Sección Tercera, página 248.
- Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-33 del 01 de Agosto de 1996 Expediente D-1111*, Ponente Alejandro Martínez Caballero, en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=32571>.
- Corte Suprema Chile, Casación N° 3.427, "*Figueroa Gallardo Rosalía y otra con Fisco de Chile*", Sentencia de 8 de mayo de 2002. en: <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/06cf32004fbf790bbc99bf46ce4e7365/12.pdf?MOD=AJPERES>.
- Fallo del Consejo de Estado Francés en: <http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?pageid=162>.
- Gaceta Judicial; Serie XVII, N°12; año CIV; Mayo-Agosto 2003. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, resolución No. 358-2002.
- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sala de lo Contencioso Administrativo, fallo de casación del 11 de abril de 2007, publicado en la Gaceta Judicial serie XVIII, No. 4, página 1618 a la 1626.
- Revista Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXII, número 257, pág. 440.
- Revista Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXII, número 257, pág. 440.
- Revista Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXII, número 257, pág. 443

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

### **Normas Jurídicas**

- Código Civil Francés 1804.
- Constitución Colombiana de 1886.
- Constitución de la República del Ecuador 2008.
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 20 octubre del 2008. Constitución de la República del Ecuador; 2008. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789.
- Constitución de la República del Ecuador; Registro Oficial No. 449, lunes 20 de octubre del 2008.
- Constitución de la República del Ecuador; Registro Oficial Nro.449 publicada el 20 de octubre del 2008.
- Constitución Política de la República del Ecuador 1946; Registro Oficial 773 de 31-dic-1946.
- Constitución Política de la República del Ecuador 1967; Registro Oficial 133 de 25-may-1967
- Constitución Política de la República del Ecuador 1998. Registro Oficial Nro. 01 del 11 de agosto de 1998.
- Declaración de los Derechos del Hombre 1793
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789.
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial 536 del 18 de marzo 2002.
- Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.
- Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Suplemento Registro Oficial No. 116 del 10-07-2000.

- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial No. 52 del jueves 22 de octubre del 2009.
- Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013.
- Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, Suplemento Registro Oficial No.581 del 2-12-1994.
- Título Preliminar del Código Civil Ecuatoriano, Suplemento del Registro Oficial No. 46 del 24-6-2005.

### **Revistas y Artículos**

- Diego Paredes Gonzales; *La Naturaleza Jurídica del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*; Temas Constitucionales Revista del Tribunal Constitucional; Quito-Ecuador; Año 1 No. 4 IV Trimestre Diciembre 2004.
- Ernesto López Freire, *La Responsabilidad Objetiva en la Constitución Política del Ecuador*, en Temas de Derecho Constitucional, Quito, Publicación de la Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco, Ediciones Legales, 2003.
- Marco Morales Tobar, *El Acto Administrativo*, Artículo presentado en el libro “Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia, con el auspicio de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung y el Tribunal Constitucional; Quito-Ecuador; 1999.
- Ramiro Ávila Santamaría, *Las garantías herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución de 2008*, en Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008.

∴