



**Universidad del Azuay**

**Departamento de Postgrados**

**Especialización en Derecho Constitucional**

***Responsabilidad Extracontractual del Estado***

**Tesis para la obtención del título de Especialista en Derecho  
Constitucional**

**Autora:** Gabriela Reyes Cordero

**Director:** Dr. Geovanni Sacasari

**Cuenca, Ecuador**

**2011**

## DEDICATORIA

A mi abuelo Patricio Cordero Ordoñez, por haberme apoyado desde el primero momento de mi carrera profesional, por ser el pilar, el apoyo, la fuente de conocimiento que me inspira a seguir adelante a lo largo de mi vida.

A mi hermano Andrés por ser mi inspiración, el hombre que llena mi vida de emociones, quien hace que valga la pena todos los esfuerzos realizados a lo largo de mi vida.

A mis padres, Eduardo y Patricia por brindarme apoyo incondicional, por confiar en mí, por enseñarme que puedo lograr todos los objetivos que me proponga.

A mi abuelita Rosita por darme todo el amor del mundo

A mis amigos Juan Francisco, Marcelo y Pablito, quienes han compartido conmigo mis logros a lo largo de mi vida universitaria y profesional.

A una amiga incondicional que llego a mi vida en el momento indicado, por ser esa persona llena de alegría que siempre está conmigo, Alexandra Barrera.

## **AGRADECIMIENTO**

A mi familia, por el apoyo brindado a lo largo de mi vida.

Al Dr. Geovanni Sacasari, por ser un profesor inigualable, un amigo, excelente profesional, por brindarme su amistad y compartir momentos inolvidables a lo largo de mi vida universitaria y profesional.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>DEDICATORIA</b>	<b><i>i</i></b>
<b>AGRADECIMIENTO</b>	<b><i>ii</i></b>
<b>ÍNDICE DE CONTENIDOS</b>	<b><i>iii</i></b>
<b>RESUMEN</b>	<b><i>v</i></b>
<b>ABSTRACT</b>	<b><i>vi</i></b>
<b>RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I CRITERIOS CONSIDERADOS PARA CALIFICAR LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO</b>	<b>1</b>
1.1 Criterio de los riesgos sociales	3
1.2 Existencia de una ley formal	4
1.3 Actos lesivos de la esfera jurídica	4
<b>CAPITULO II DAÑO</b>	<b>5</b>
<b>EL DAÑO</b>	<b>5</b>
2.1 El daño debe ser cierto	8
2.2 El daño actual	8
2.3 El daño futuro	9
2.4 Daño eventual	10

2.5	Daño indirecto _____	10
2.6	Daño continuado _____	11
<b><i>CAPÍTULO III FUENTES DE LA RESPONSABILIDAD</i></b>		
<b><i>EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO</i></b> _____		<b>12</b>
3.1	Teoría de la tutela jurídica _____	12
3.2	Teoría del intervencionismo _____	13
3.3	Teoría finalística o teleológicas _____	13
3.4	Teoría clásica o de la responsabilidad subjetiva _____	14
3.5	Teoría de la responsabilidad por riesgo _____	14
3.6	Teoría de la responsabilidad in eligendo e in vigilando _____	15
3.7	Teoría organicista _____	15
3.8	Teoría de la proporcionalidad de las cargas _____	15
3.9	Teoría de la falla de servicio _____	16
<b><i>CAPÍTULO IV CASO PRÁCTICO</i></b> _____		<b>17</b>
4.1	Análisis _____	17
<b>FUNDAMENTOS DE DERECHO Y ANÁLISIS</b> _____		<b>22</b>
<b>PRETENSIÓN</b> _____		<b>28</b>
<b>Conclusión</b> _____		<b>29</b>
<b><i>CONCLUSIONES</i></b> _____		<b>31</b>
<b><i>BIBLIOGRAFÍA</i></b> _____		<b>34</b>

## **RESUMEN**

La responsabilidad extracontractual del estado, es uno de los temas más trascendentales dentro de una sociedad actual, ya que al referirnos a la misma podemos comprender que dentro de una sociedad jurídica y políticamente estructurada es necesario que frente a las actuaciones y omisiones del estado que causen un daño, el mismo sea resarcido, es decir que el administrado perjudicado tiene derecho a ser indemnizado, sin importar que el daño producido sea patrimonial o moral.

---

ABSTRACT

The State's extra-contractual liability is one of the most transcendent issues within the present society, given the fact that it helps us understand that in a judicial and politically structured society, when harm is caused by the State's actions or omissions, compensation is indispensable, that is to say that the aggrieved person has the right to receive payment for the damages caused, whether the harm is patrimonial or moral.



  
Translated by,  
Diana Lee Rodas

## INTRODUCCION

La presente tesina se la elabora luego de haber culminado la asistencia a un postgrado dictado por la Universidad del Azuay con el nivel de Especialización sobre “Derecho Constitucional”; la selección del tema debo reconocer no fue fácil dadas las múltiples posibilidades que se presentaron frente a temas de extraordinaria importancia vinculadas a las materias q fueron dictadas dentro del evento académico antes mencionados.

A la postre me incliné por profundizar el tema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado.

El concepto de un Estado Constitucional de derechos y de justicia social conforme así se lo define al Ecuador en el art. 1 de la Constitución, resultaría trunco e incompleto si no se lo vincula directa y profundamente a la figura del estado responsable, misma que se opone, desde luego, a un estado irresponsable, bien podríamos afirmar que esta nueva a irrefutable teoría es consecuencia de un largo proceso de desarrollo a través del tiempo, podríamos afirmar que de un Estado irresponsable se ha dado paso a un estado que debe responder por la indebida prestación de los servicios públicos, por la indebida administración de justicia, así como por los actos u omisiones de sus funcionarios que lesionan derechos de los administrados.

Como veremos en el desarrollo del tema uno de los aspectos trascendentales radica en la aplicación de la teoría de la culpa, sustituida por la teoría del daño.

Este trabajo se reduce al estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado por la deficiente prestación de los servicios públicos, así como por los actos u omisiones de sus funcionarias y funcionarios que lesionan derechos de los administrados, sabiendo que esta responsabilidad se extiende también a los delegatarios y concesionarios de los servicios públicos, extensión que se produce como consecuencia de un nuevo concepto de los mismos, en virtud del cual se considera servicio público no solo a aquellos prestados directamente por el Estado sino a aquellos prestados por éste indirectamente a través de sus delegatarios y concesionarios, y, si se quiere si seguimos y aceptamos el criterio de Marienhoff a toda actividad prestada por el Estado, sus delegatarios y concesionarios, así como por simples personas particulares encaminadas a la satisfacción de necesidades colectivas, en este último caso supeditadas al control por parte del Estado.

*En nuestra Constitución la figura de la responsabilidad extracontractual del estado se encuentra consagrada en el art. 11 numeral 9 en los siguientes términos:*

*“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios,*

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

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

## **RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO**

### **CAPÍTULO I CRITERIOS CONSIDERADOS PARA CALIFICAR LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO**

Para tratar el tema que nos ocupa, considero necesario hacer un pequeño resumen sobre la historia de la responsabilidad del estado, expresión que empieza a utilizarse en Francia por filósofos y juristas en el siglo XVIII.

El primer reconocimiento del tema de la responsabilidad data de la Lex Aquilia, que no es más que el pilar fundamental de protección de la vida y de la propiedad a través de una indemnización para casos en los que se vea vulnerado un derecho, esta ley tenía 3 capítulos, el primero hacía referencia a la muerte de esclavos y animales, el segundo trataba de daños específicos y el último comprendía las lesiones a esclavos, animales o deterioro y destrucción de las cosas corporales.

Sin embargo, esta ley no exigía como requisito indispensable que exista culpa, pues consideraban que se trataba de una responsabilidad objetiva, ya que no se debía probar la negligencia del autor del daño causado.

Con relación al tema, los doctrinarios, sostienen que la evolución del

reconocimiento de la responsabilidad, se ve delimitado en 4 etapas:

- 1) La persona que sufre el daño como resultado de una actuación del Estado no posee recurso jurídico alguno para presentarlo en contra del mismo, o de sus funcionarios, agentes y como consecuencia, se entiende que se la víctima debe soportar el daño.
- 2) El perjudicado puede accionar en contra de los funcionarios como si los actos dañosos del poder se les atribuyera personalmente.
- 3) Aparecen casos específicos en los que se puede comprometer al Estado de manera indirecta.
- 4) La persona que sufrió el daño puede ejercer acciones legales en contra del estado, con la finalidad de reclamar el daño causado.

Son estos los antecedentes que marcan las bases de la responsabilidad del estado, misma que puede ser de dos tipos, contractual y extracontractual, esta clasificación se basa en el cumplimiento o no de las obligaciones, mismas que pueden regirse tanto por el derecho público como por el derecho privado.

La responsabilidad extracontractual, tema que nos ocupa dentro del presente trabajo, se origina de un comportamiento emanado por los poderes ejecutivo, legislativo o judicial, actuaciones que son imputables al estado.

Misma que se establece en lo principal en el art. 11 numeral 9 de nuestra Constitución, que dispone *“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarías y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.*

*El Estado ejercerá de forma Inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas...”<sup>1</sup>*

### **1.1 Criterio de los riesgos sociales**

Considera que la responsabilidad del estado se origina por los daños que éste causa, fundamentándose en los riesgos sociales, lo que excluye a la culpa como base de resarcir los daños que se producen.

La teoría del riesgo queda absorbida por el estado de derecho, cuyos principios se fundamentan en la responsabilidad del estado en el ámbito del derecho

---

<sup>1</sup> Constitución de la República 2008

público.

## **1.2 Existencia de una ley formal**

Criterio acogido por Bielsa, quien sostenía que la responsabilidad del estado debía surgir de una ley formal, entendida a la misma como el mandato de carácter general proveniente del órgano del Estado, mediante el proceso señalado en la Constitución

## **1.3 Actos lesivos de la esfera jurídica**

Frente a esta teoría es necesario transcribir el pensamiento citado en la obra de Miguel Marienhoff quien en su parte pertinente señala “la razón que justifica una responsabilidad de la Administración no es, ni tendría 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” (Enterría)

## CAPITULO II DAÑO

### EL DAÑO

Existen un sin número de definiciones con relación al daño, la más utilizada es aquella que hace alusión al “detrimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza (terremoto, inundación, etc)”<sup>2</sup>

En el texto de Mercedes Manzanares Campos, en su obra Criterios para valuar el quantum indemnizatorio en la Responsabilidad Civil Extracontractual, en donde cita a Larenz, sostiene que “el daño es el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio” así como también Sconagmiglio, que señala que “el daño coincide con la lesión de un interés o con la reformatio in peius del bien idóneo para satisfacer aquel, o con la pérdida o disponibilidad del goce de un bien que por lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”

---

<sup>2</sup> Responsabilidad Contractual de la Administración Pública, Rodrigo A. Escobar Gil, Editorial TEMIS, Bogotá Colombia, 1989

Es decir que, el detrimento o daño al que se hace alusión se deriva de una conducta humana, y que en caso de que la misma se perjudicial, quien considere que ha sido afectado, puede ejercer las acciones que crea pertinentes para resarcir el daño causado.

Siguiendo al autor Ramiro Saavedra Becerra, señala que para que exista responsabilidad se requiere la ocurrencia del daño que afecte a la integridad física, moral o patrimonial de una persona, la actuación de un sujeto, y la existencia de un nexo causal que permita imputar, es decir atribuir el daño a la conducta del sujeto, en el caso la Administración...”<sup>3</sup>

Con estos antecedentes y de acuerdo a la doctrina, el daño puede ser de dos clases: moral y patrimonial, el primero es el que más controversias ha causado, ya que no es susceptible de una valoración pecuniaria, el interés que se ve afectado no es de carácter económico inmediato, aquellos que se ven violentados son los derechos a la vida, integridad física, honor, entre otros, podríamos definir a esta clase de daño como una perturbación grave a las condiciones de existencia, es decir perjuicio en el estado de ánimo, aspectos físicos de una persona, preocupaciones, etc.

Al referirnos a este tipo de daño, la doctrina colombiana, considera que dentro

---

<sup>3</sup> Ramiro Saavedra Becerra, La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, Editorial Ibañez, Colombia

del mismo también se encuentra el dolor físico que experimenta la víctima como consecuencia de la lesión, así como también el perjuicio que se refleja en los allegados de la persona que sufre el daño.

Esto se ve respaldado en el art. 2232 del Código Civil Ecuatoriano que claramente dispone *“Demanda de indemnización.- En cualquier caso ni previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido de la falta*

*Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.*

*La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo”*

La segunda clase, es susceptible de valoración pecuniaria, puede ser determinado por el dinero, pues recae sobre el patrimonio, en forma directa sobre las cosas que lo componen o indirecta como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades: así, es daño material o patrimonial directo el que sufren bienes económicos destruidos o deteriorados; y daño patrimonial indirecto, como en el caso de ,los gastos realizados (daño emergente) para la curación de las lesiones corporales, o las ganancias que se frustran (lucro cesante) por la incapacidad para el trabajo sobrevinida a la víctima, así será daño patrimonial y no moral, el perjuicio económico por las lesiones deformantes sufridas en el rostro por una modelo, o las lesiones en la capacidad física de un deportista profesional.

## **2.1 El daño debe ser cierto**

Esta característica se atribuye en el caso de que se aspire a obtener una reparación presente o futura, para muchos autores no puede ser el daño eventual o hipotético, ya que en este caso el simple daño no tiene como consecuencia la recepción de una indemnización.

El instante en que existe la certeza del daño, podemos afirmar sin lugar a dudas que la persona a quien se le causo el perjuicio tiene derecho de ejercer cuantas acciones legales considere necesario para que el mismo sea reparado.

## **2.2 El daño actual**

Como su nombre lo indica es el ya producido, que tiene como consecuencia

una reparación, pues en razón del mismo se inicia una demanda, se abre el término de prueba, y se dicta sentencia.

### **2.3 El daño futuro**

Es concebido como una consecuencia con impacto negativo, producida con posterioridad al proceso judicial; sin embargo con respecto al concepto del mismo han existido muchas discusiones, así como lo señala Mercedes Manzanares Campos el daño futuro “es el que desde tiempo inmemorial se reconocía con el nombre de lucro cesante” (Campos) sin embargo se lo critica si es que se lo quiere definir de esta manera, ya que éste es la privación de ganancias, se refiere al daño ocasionado con posterioridad es decir al hecho ilícito.

De acuerdo a estudiosos del tema, sostienen que al hablar de daño futuro no nos encontramos frente a un perjuicio efectivo, pero es el juez quien tiene la potestad de analizar si es que hay posibilidad de que se produzca; por ello podemos decir que la capacidad de lograr obtener una indemnización por el daño que puede llegar a darse está en la capacidad de convicción de las partes con el juez, aseveración que es corroborada por De Cupis quien sostiene que “La posibilidad de lograr una indemnización por este daño potencial y no actual radica en la capacidad de crear una convicción en el juez de que el daño se producirá” (Cupis)

Conforme señala la jurisprudencia y la doctrina la forma de reparación del daño

se la fija de diferentes formas, entre ellas el monto de los ingresos dejados de percibir, en base a una renta periódica que puede ser vitalicia o temporal lo que genera que la víctima pueda subsistir de igual forma que lo hacía antes de producirse el daño.

#### **2.4 Daño eventual**

Es aquel basado en suposiciones o conjeturas, sin embargo por estas características, la jurisprudencia sostiene que el mismo no tiene derecho a ser reparado.

Lo que ocasionaría que no existan disposiciones con respecto a dicho daño; frente a este problema la doctrina chilena tiene ciertos parámetros para regular este daño, y lo denomina daño contingente, en donde la ley autoriza a quien teme sufrir el perjuicio que acuda al juez para que tome las medidas necesarias, frente a quien que por su imprudencia o negligencia pueda causar el daño

#### **2.5 Daño indirecto**

Esta clase de daño tiene distintas denominaciones, entre ellas tenemos las siguientes:

- Es un equivalente del daño extrapatrimonial, que se produce frente a la directa materialidad de un perjuicio, para algunos esto se equipara al daño moral.
- También se lo considera como la falta de ganancia causada por el

perjuicio como un complemento del daño en la integridad corporal o patrimonial.

- Aquellos perjuicios que no son sufridos por la víctima del accidente sino por otras personas, a través de una secuencia de daños.

## **2.6 Daño continuado**

Es una proyección temporal, es decir que se puede imaginar el carácter instantáneo del hecho generador, que puede provocar efectos que perduren con una proyección que deba ser considerada con respecto al monto indemnizatorio al momento de emitir una sentencia, o que tengan continuidad o proyección en el tiempo que les dé una permanencia con relevancia jurídica.

## **CAPÍTULO III FUENTES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO**

### **3.1 Teoría de la tutela jurídica**

Para Granja Galindo esta teoría consiste en la protección que brinda la administración pública a las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos, a través de la cual se obtiene el control de la legitimidad de los actos ocasionados por la misma; y que en caso de producirse un daño que perjudique a la colectividad, será la administración quien responda por los mismos.

En consecuencia, el Estado tiene la obligación de responder por los perjuicios que causen a sus administrados, en el desarrollo de sus actividades, ya que es quien actúa a nombre de la sociedad, realizando actos destinados a conseguir el bien general, o a reparar los daños que se han generado.

Con estos antecedentes, algunos estudiosos de la materia, consideran que la responsabilidad del estado puede ser de dos clases, **directa** por cuanto es el propio estado quien tiene la obligación de responder por los actos independientemente de que existan personas que actúen para este, y **objetiva** cuando se genere daño, que puede ser material o moral, lo que obliga al estado a reparar el mismo.

### **3.2 Teoría del intervencionismo**

El pilar de esta teoría son los principios formales y constitucionales que otorgan ciertas atribuciones y facultades al estado para actuar dentro de una nación, pues tiene plenas prerrogativas de intervención en el quehacer social y por lo tanto puede imponerse a los ciudadanos en base a su poder, así como también como consecuencia de muchos de sus actos pueden causar daños a los ciudadanos, daño que tiene que ser resarcido mediante una indemnización a quienes se ha perjudicado.

La crítica de esta teoría se basa en que el estado puede ocasionar daños y no responder por ellos, por lo problemático de fundamentar la obligación del estado de reparar sus perjuicios se han creado algunas teorías que intentan explicar dicha obligación.

### **3.3 Teoría finalística o teleológicas**

La finalidad de esta teoría es conseguir el bienestar general, en caso de que el estado mediante sus actos perjudique de una manera injusta a los individuos, la reparación de los daños tiene doble propósito: **jurídica**, ya que es en el mismo ordenamiento en donde consta tal gravamen contra el estado y como consecuencia, se ha establecido una obligación en contra de la administración y **moral** por cuanto el actuar de la administración es contraria con los principios de la filosofía moral que considera a la responsabilidad como uno de los valores

sobre los cuales se fundamenta el orden social.

### **3.4 Teoría clásica o de la responsabilidad subjetiva**

Las personas son responsables de los daños que ocasionen mediante sus actos, pero es necesario demostrar que este daño fue causado con culpa por parte del agente comisor, caso contrario de no constatar tal actuación no podría hacerse efectiva la demanda de reparación y el perjudicado deberá soportar el daño.

### **3.5 Teoría de la responsabilidad por riesgo**

Esta clase de responsabilidad nace en el campo laboral, ya que existían muchas personas a quienes se les privaba su derecho de reparación frente a ciertas actuaciones que generaban daño, realidad que a todas luces era completamente injusta, lo que ocasionó la creación de otra forma de responsabilidad.

Según esta teoría, quien realiza una actividad que conlleve un riesgo, deberá responder por el daño que ocasione el mismo, en tal sentido, el estado tiene la obligación de responder en todas las actividades que desempeñe y que tenga como consecuencia un riesgo; es decir, el estado es quien se encarga de asegurar que frente a los riesgos sociales, los mismos sean reparados en base a el principio de igualdad ante las cargas públicas todos estén al mismo nivel

frente a la administración.

### **3.6 Teoría de la responsabilidad in eligendo e in vigilando**

El pilar de la misma es la responsabilidad creada por la culpa, desde el momento de elegir a los funcionarios quienes actúan a nombre del estado, así como la falta de vigilancia o control de dichas autoridades.

Esta teoría considera que todas las personas bajo cuya dependencia están quienes cometieron el daño, tienen la obligación de responder de manera indirecta por ello, lo que ocasiona el deber de reparación, como se dejó sentado en líneas anteriores es la falta de cuidado al momento de la elección de los empleados así como también la falta de control de sus actos, esta presunción es legal, es decir basta con demostrar que el responsable del daño no pudo evitar el hecho, que sus actos fueron correctos, para desvincularse de tal imputación.

### **3.7 Teoría organicista**

Concibe a la administración como un conjunto de órganos, es un vínculo entre las partes, esta tesis tiene como finalidad explicar la naturaleza de la relación entre el estado y sus funcionarios, explica la responsabilidad del estado frente a los ciudadanos.

### **3.8 Teoría de la proporcionalidad de las cargas**

Su fundamento se encuentra plasmado en la disposición No. 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre, que señala “Para el mantenimiento de la fuerza pública y los gastos de la administración; es indispensable una contribución de la comunidad. Ésta contribución debe ser repartida equitativamente entre los ciudadanos”; disposición concordante con el art. 6 del mismo cuerpo legal que establece la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

Es decir, que lo que se pretende con esta teoría es implantar esa obligación de la administración de distribuir equitativamente las cargas del mantenimiento de la fuerza seguridad y del estado entre los ciudadanos, frente al abuso de los poderes y las cargas que se le atribuyan a los ciudadanos.

### **3.9 Teoría de la falla de servicio**

El estado tiene la obligación de reparar los daños que cause la indebida prestación del servicio público, estos daños pueden ser consecuencia de mal funcionamiento, de un funcionamiento tardío o falta de funcionamiento.

Se ha determinado la obligación del estado en la prestación del servicio cuando la administración falte a sus deberes de brindar el mismo de manera correcta y eficiente.

## **CAPÍTULO IV CASO PRÁCTICO**

### **4.1 Análisis**

Actor: Gladys Nicolalde Creamer

Demandado: Estado Ecuatoriano

#### **PRECEDENTES:**

La señora Nicolalde fue atendida por el médico clínico del Dispensario Central del IESS, quien manifestó que la señora tiene un abultamiento que se debe a un lipoma o ganglio axilar derecho, y que el mismo no necesitaba tratamiento alguno, sin embargo se le aconsejó que se haga una interconsulta con la ginecóloga del Dispensario.

Consecuentemente, la Dra. Judith Cárdenas, Ginecóloga del Dispensario Central del IESS, realizó un examen mamario, solicitando además varios exámenes, además ejecutó un Papanicolao, también conocida como la prueba Pap o examen de citología, que consiste en examinar células recolectadas del cuello uterino y la vagina, se lo realiza tomando una muestra de células del exterior y del canal del cuello uterino raspando suavemente su exterior con una espátula de madera o plástica, las cuales se colocan sobre una laminilla de vidrio y luego se obtiene células del canal del cuello uterino mediante un cepillo, y se extienden también en la laminilla de vidrio, se rocían con un fijador o se

colocan en un frasco que contiene un conservante para enviarlas luego al laboratorio para su análisis.

Una vez realizada la toma del Papanicolaou, la Ginecóloga comunico que tenía que hacerse una biopsia del cuello uterino- procedimiento que se realiza para extraer tejido del cuello uterino con el fin de detectar condiciones anormales, precancerosas, o cáncer de cuello uterino- en razón de que a su criterio, este examen se volvía necesario al encontrarse dicho órgano (*cuello uterino*) “delicado e inflamado”.

Los exámenes antes mencionados, fueron entregados de forma inmediata para que sean estudiados y analizados en el Laboratorio de Patología del Hospital del IESS, mismos que en su parte pertinente dentro del título “ANTECEDENTES CLÍNICOS”, que no es más que la descripción de enfermedades de importancia que una persona ha padecido y que orientan en la interpretación de cualquier estudio de diagnóstico, se recoge “DISPLASIA-CA DE CERVIX”, lo cual quiere decir –conforme la interpretación médica del diagnóstico- que había padecido una enfermedad de cuello uterino tipo displasia, que hace referencia a la presencia y desarrollo de anomalías o atipias localizadas a nivel de las células que cubre el cuello uterino y son consideradas como lesiones precancerosas o precursoras de un cáncer de cuello uterino; o, CANCER DE CERVIX (CUELLO UTERINO), enfermedad maligna y mortal.

Sin embargo, tales datos fueron falsos toda vez que nunca padeció de alguna de las anomalías señaladas, por lo cual, las mismas no constan contenidas en ninguna historia clínica u otro documento que pueda justificarlo, pues, insisto, jamás me fueron diagnosticadas.

Con los resultados de las biopsias y el Papanicolaou la Dra. Cárdenas informó que el resultado es tengo cáncer de cuello uterino y que debía someterme a una cirugía complicada, por lo que me recomendó que acuda al Dr. William Ortiz Sánchez, cirujano oncólogo del Hospital del IESS, quien al revisar los exámenes sin confirmar o descartar el diagnóstico anterior me solicita que me realice un examen de sangre y un ECG (Electrocardiograma, procedimiento que registra la actividad eléctrica del corazón), luego de lo cual, el 14 de Junio del 2010 se realizó una cirugía con la que se extirpó útero, ovarios, trompas, ligamentos, parametrio, tejido ganglionar y parte de la vagina.

El día 17 de Junio del 2010 se entregan los resultados de los estudios anatómopatológicos e histológicos de la pieza quirúrgica y tejido adiposo y ganglionar, realizados en el Hospital del IESS, quien en su informe claramente establece que “NO SE APRECIA TUMOR DE NINGUNA NATURALEZA. EL BORDE DE RESECCIÓN QUIRÚRGICO CIRCULAR VAGINAL ES NORMAL... DIAGNOSTICO: Utero con Anexos: Cervicitis crónica quística, Tejido ganglionar normal. Es decir AUSENCIA DE TUMOR MALIGNO...”

Con posterioridad a la cirugía empezaron las complicaciones y encontraron que se presentó una lesión consecuencia de la operación señalada en líneas anteriores, por lo que nuevamente se necesitó otra cirugía

Frente a esta situación, los exámenes antes mencionados se remitieron a otros médicos, quienes indicaban claramente en su diagnóstico “Negativo para neoplasia.” (...)\_“endocervix normal. Negativo para displasia.” Informes que descartaron totalmente la presencia de cualquier atipía o displasia del cuello uterino o peor aún, la presencia de lesión maligna.

Es decir que como conclusiones de los hechos se colige lo siguiente:

- Las dos biopsias realizadas por la Dra. Cárdenas no presentan ninguna atipia, ni lesión premaligna peor aun cáncer, sino únicamente tenía un proceso *INFLAMATORIO* leve y crónico del cuello uterino. Que la anormalidad que observó la ginecóloga *a nivel del cuello uterino* pudo haber sido por el intento brusco y fallido de introducir y abrir con violencia las *va/vas* del especulo grande.
- Que existió negligencia al realizar la interpretación de las laminillas de las biopsias del cuello uterino en el Laboratorio de Patología del Hospital del IESS, misma que condujo a un errado diagnóstico en relación con mi condición.
- Que no se cumplió con el protocolo de confirmación del diagnóstico de adenocarcinoma del cuello uterino por parte de la Dra. Cárdenas y del

Dr. Ortiz, médico Ginecólogo y Cirujano Oncólogo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social respectivamente.

- Que, producto de la negligente actitud de los profesionales antes referidos en el desempeño de sus respectivas actividades, se realizó una mutilación de órganos internos (útero, ovarios, trompas, parametrios , ligamentos, ganglios linfáticos) en razón de la innecesaria cirugía oncológica que se me practicó;
- Como secuela de la operación, presenté una complicación de obstrucción del uréter izquierdo y fistulización hacia la vagina, fruto de la cual tuve que ser intervenida dos veces con posterioridad y que luego empiezo a presentar nueva complicación de estenosis o estrechez a nivel del sitio de implantación del uréter izquierdo en la vejiga, producto del cual nuevamente me han realizado un nuevo procedimiento quirúrgico para tratar de dilatar el uréter y poder salvar mi riñón izquierdo, sin tener ninguna garantía que me asegure la conservación de mi riñón en el futuro.

En resumen, de los hechos narrados se desprende que debido a la negligencia actitud de los profesionales del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a través de sus funcionarios, los cuales en ejercicio de sus cargos han incurrido en una deficiente prestación del servicio público de salud en las circunstancias antes señaladas, producto de lo cual, me he visto perjudicada en mis derechos, y originando a su vez la obligación del Estado de reparar los daños ocasionados.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO Y ANÁLISIS

- El Ecuador, a partir del Art. 1 de la Constitución de la República de 2008, se bautiza a sí mismo como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, noción que introduce sustanciales cambios en la esencia y fundamento filosófico que guían el quehacer público. Resultado de ello, se impone la necesidad de un cambio que invierte la relación Ciudadano-Estado, transformándola de ser un nexo de sujeción y sumisión al poder, a una conexión determinada por la primacía de los derechos como vínculos y límites que determinan el ejercicio de la potestad pública y la condicionan al pleno respeto hacia los derechos y garantías fundamentales, previstos no solamente a nivel constitucional, sino -y en virtud de la textura abierta de la norma constitucional- de los tratados internacionales de derechos humanos, y aquellos que deriven de la dignidad de la persona.

Conforme así se deja sentado, el Estado adopta un compromiso de mayor respeto, y aún más lejos, vincula la legitimación del ejercicio de su poder de *imperium* al respeto y garantía de la eficacia de los derechos constitucionales, fórmula que es recogida por la Ley Fundamental a partir

de su Art. 3<sup>4</sup>, cuyo texto sitúa a dicho cometido como el más alto deber del Estado.

Bajo estos lineamientos, el Art. 85 de la Constitución de la República diseña y articula un conjunto sistemático de principios por los cuales habrán de regirse las políticas públicas y la prestación de servicios públicos, señalando al respecto, en su inciso primero, lo siguiente: “Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.”; previsión que refuerza la noción del servicio público como mecanismo que permita a las personas acceder al fin máximo que nuestra Ley Fundamental ha previsto para el ser humano, la materialización del *sumak kawsay* o buen vivir, y que con mayor énfasis vincula a todas las y los servidores públicos a la necesidad de ajustar los actos en que realicen en ejercicio de sus funciones, a la plena satisfacción de los derechos constitucionales.

Dentro del amplio catálogo de derechos que nuestro ordenamiento jurídico ha previsto a favor de las y los ciudadanos, y que han sido elevados a rango de derecho constitucional, la Ley Fundamental del

---

<sup>4</sup> Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

Estado, en su Art. 32 recoge el derecho a la salud, respecto de lo cual manifiesta lo siguiente:

*“Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.*

*El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.”*  
*(resaltado me corresponde)*

Precepto que configura a la salud como una condición esencial para el ejercicio de otros derechos que sustentan el buen vivir, y en virtud del cual se establece un sistema que habrá de verse marcado por características tales como la eficiencia, eficacia, y calidad en la prestación de dicho servicio.

En concordancia con la disposición invocada, el Art. 362 de nuestra carta fundamental concibe a la salud como un servicio público, al respecto de lo cual determina lo siguiente:

*“Art. 362.- La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes.*”

*Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios.”*  
*(resaltado es fuera del texto)*

Con nitidez, la disposición transcrita reafirma a la salud como un servicio público, nuevamente remarcando aspectos esenciales que lo caracterizan y que condicionan al Estado en la prestación del mismo, debiendo en todo caso garantizar que el mismo sea prestado de manera eficiente y segura.

En este sentido, el Art. 11 de la carta constitucional, esboza bajo el título de *“Principios de Aplicación de los Derechos”* un conjunto

omnicomprensivo de normas de acción y fin fundamentales que moldean y atemperan el ejercicio de los derechos constitucionales. Consagrando particularmente, en su numeral noveno lo siguiente:

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

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

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

*El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas....” (resaltado es intencional)*

Norma que consagra de forma clara el principio de la “Responsabilidad objetiva del Estado” y lo coloca en la doble obligación de “velar” por la

adecuada prestación de servicios públicos, con particular énfasis en el de salud, y “reparar”, en el caso de deficiencias en la prestación de los mismos por parte de sus servidoras y servidores.

Al respecto la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en resolución No. 228-08 del 21 de julio del 2008 dictada dentro del proceso 553-2006 en relación señala: “...*De otra parte, la responsabilidad es objetiva si ella depende exclusivamente de la justicia o licitud del resultado de la conducta del sujeto, por lo que, poco importa si el sujeto ha actuado con dolo o culpa;... ahora bien, desde la perspectiva del Derecho Público, la doctrina mas calificada resalta, y así lo asume esta Sala, que existen ciertos aspectos de la teoría de la responsabilidad que deben ser adecuados al ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado: a) el origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus hechos o actos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente...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, están llamados a reparar los perjuicios provocados, a restablecer el balance afectado...b) Consecuencia del enjuiciada precedente es que el régimen de responsabilidad patrimonial publica, establecido en nuestro ordenamiento jurídico, no pueda ser considerado subjetivo, en el sentido de que no se encuentra fundado en el clásico criterio de culpabilidad cuya asignación implica un reproche a la*

*conducta del sujeto que provoca el daño. En materia de responsabilidad pública por la deficiente prestación de servicios públicos o por los actos de los funcionarios y empleados públicos, de los que se desprende un perjuicio para los administrados, sería irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado de reparar el daño sufrido por el administrado, la intencionalidad de que los sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones...”(negrita, cursiva y subrayado me pertenece)*

## **PRETENSIÓN**

Se determine y disponga:

- i. La obligación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de reparar el daño causado por los profesionales señalados en el texto anterior, mediante la indemnización de los daños y perjuicios generados por la deficiente prestación del servicio público de salud, en razón de la responsabilidad objetiva del Estado
- ii. Al amparo de lo que dispone el Art. 2232 del Código Civil, se condene a la Institución accionada a resarcir el daño moral causado por la negligente actitud de sus profesionales, toda vez que producto de la innecesaria cirugía a la que fui conducida y sometida de acuerdo a las circunstancias relatadas, ha derivado un evidente detrimento a mi integridad psíquica, tutelada en el Art. 66, numeral 3 literal a) de la Constitución de la República, generando un persistente sentimiento de angustia y ansiedad que no solamente ha perturbado mi

tranquilidad personal, sino que además ha generado un recurrente sentimiento de vacío, insomnio y un persistente miedo y desconfianza ante eventuales intervenciones quirúrgicas por temor a sufrir nuevas mutilaciones tal como lo he dejado señalado, transgresión de la esfera de mis afectos que trasciende del ámbito personal y familiar.

- iii. La indemnización correspondiente al daño moral ocasionado

### **Conclusión del Caso**

Con todos estos antecedentes queda configurada la responsabilidad extracontractual del Estado, como se ha demostrado a lo largo del análisis del caso, pues frente a la mala prestación de un servicio público como es el de salud, la señora ha sufrido y sigue sufriendo graves daños no únicamente físicos sino también emocionales, lo que fue corroborado por el informe emitido por el Psicólogo Clínico de la Dirección de Salud Pública, que se adjunto con posterioridad en el proceso en el que se detallaba que la paciente presenta un Trastorno del estado de ánimo debido a una enfermedad médica (post iatrogenia quirúrgica) con síntomas de depresión moderada.” .

En resumen, de los hechos narrados se desprende que la señora fue víctima de la negligente actitud de los profesionales del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a través de sus funcionarios, los cuales en ejercicio de sus cargos han incurrido en una deficiente prestación del servicio público de salud en las circunstancias antes señaladas, producto de lo cual, se ha visto perjudicada en

sus derechos, y originando a su vez la obligación del Estado de reparar los daños ocasionados.

Con relación a la prueba practicada dentro de este trámite, se han solicitado confesiones y declaraciones a distintas personas que pueden ayudar a esclarecer los hechos dentro del trámite, así como también la práctica de estudio clínico del ADN de un bloque al que se refiere la entidad demandada, pues existe duda con relación a la documentación adjunta por la entidad, ya que como parte actora nos llama la atención que el IESS al remitir el expediente presentó documentación con la sorpresa de que de manera extraña se incorporará al proceso una hoja del “supuesto historial clínico” en el que se presentan resultados incongruentes con lo alegado por la propia entidad demandada, pues se pretende engañar a los jueces con información falsa.

A la fecha, el término de prueba se encuentra concluido, receptando únicamente testimonios de personas que pueden servir para aclarar los hechos.

## CONCLUSIONES

Podemos afirmar que, sin lugar a dudas, el concepto de Estado en nuestro país Ecuatoriano ha merecido significativas variaciones, desde mi punto de vista avances conceptuales trascendentales, que, han determinado a su vez cambios normativos fundamentalmente, cambios constitucionales que permiten que ese nuevo concepto tenga una realidad, una objetividad.

Es la Constitución de Monte Cristi (2008) la que rompe el modelo dogmático y los derechos dejan de ser simples enunciados, el hombre se convierte en el principio, el centro y el fin del estado, concepción esta que se encuentra plasmada en el contenido del art. 1 de la Carta Magna, que al definir al estado ecuatoriano lo hace diciendo que este es un Estado constitucional de derechos y de justicia social, convirtiéndola en la que se llama Constitución garantista que supera aquellas constituciones que se dedicaban, bellamente a consagrar una serie de derechos para los ciudadanos, que no pasaban de ser un listado lírico de los mismos, pues, no se establecían garantías que hagan posible que esos derechos se objetivizen, lo que Nino llamaría como las Constituciones de Papel, en nuestra Constitución vigente encontramos una serie de garantías, de figuras jurídicas que permiten al administrado recurrir a los órganos jurisdiccionales para reclamar las lesiones a sus derechos por actos u omisiones.

Las reformas a las que nos hemos referido, pretenden poner un freno al ejercicio del poder, vinculándole a las consecuencias del mismo, pues frente a las acciones u omisiones violatorias de los derechos, los administrados tienen distintas figuras jurídicas, una de ellas es “La Responsabilidad Extracontractual”, a través de la cual se establece la obligación del Estado de reparar los daños causados, mediante una indemnización, conforme lo señala nuestra legislación, todo esto como consecuencia del ejercicio regular e irregular de sus potestades.

Un punto de trascendental importancia considero a aquel relacionado con el daño moral, estudiado en uno de los capítulos de este trabajo, pues para muchos autores es un tema que no tiene mayor relevancia ya que se le considera al mismo como un dolor físico, psicológico y sentimental, por lo tanto mal podría hablarse de una indemnización con respecto al mismo, sin embargo en nuestra legislación éste es susceptible de indemnización como el caso analizado dentro de esta tesis.

Como conclusiones, tal vez las más importantes a este trabajo quiero plantear las siguientes:

1. La teoría imperante sobre un Estado Responsable, ha determinado que se norme, en protección de los intereses de los administrados, en todo lo relacionado con la responsabilidad extracontractual del Estado.

2. Esta responsabilidad extracontractual se encuentra vinculada al daño causado por actos u omisiones del estado, que causan un perjuicio, mismo que tiene que ser reparado en base a una indemnización, pues como manda el art. 11 de esta Carta Magna, está obligado en reparar los daños ocasionados
  
3. Esta responsabilidad Extracontractual obliga al Estado, a las entidades del sector público y a aquellas entidades del sector privado que prestan servicios públicos a indemnizar a los particulares por los daños causados por la deficiente prestación de los mismos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarías y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.
  
4. La teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como sustento actual el daño y no la culpa, es decir que la responsabilidad en referencia procede por los actos u omisiones en consideración al daño causado, no necesariamente en consideración de si existió o no culpa.

## BIBLIOGRAFÍA

- Código Civil Tomo I, Corporación de Estudios Publicaciones
- Constitución de la República del Ecuador 2008
- Constitución Política de la República del Ecuador
- David Blanquer, Curso de Derecho Administrativo III. Editora Tirant lo Blanch. Valencia
- Diccionario Jurídico Anbar, Cuenca-Ecuador.
- Dr. Enrique Rojas Franco, La responsabilidad del Estado frente a terceros, Ponencias Continentales del II Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo y Público, Ecuador
- Eduardo García de Enterría-Tomás Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo II, Editorial Civitas S.A.
- Enrique Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo Tomo I, Montevideo
- Fernando Durán Oyervide, La Responsabilidad del Estado, Cuenca 2010
- Juan Carlos Cassagne, Derecho Administrativo I. Editora Abeledo-Perrot S.A. Buenos Aires
- Mercedes Manzanares Campos. Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la Responsabilidad Civil Extracontractual. Editora jurídica Grijley.
- Miguel Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. Editora Abeledo-Perrot S.A. Buenos Aires

- Rafael Entrena Cuesta, Curso de Derecho Administrativo Tomo I. Editorial Tecnos S.A. Madrid.
- Rodrigo A. Escobar Gil, Responsabilidad Contractual de la Administración Pública. Editorial Temis, Bogotá.