



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LOS CASOS DE CONCESIÓN DE
SERVICIOS PÚBLICOS

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República.

Profesor Guía

Juan Carlos Benalcázar Guerrón

Autor

Stalin Santiago Sánchez Sarmiento

Año

2015

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

Juan Carlos Benalcázar Guerrón

Doctor en Leyes

C.C. 1707774970

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Stalin Santiago Sánchez Sarmiento
C.C. 1718332487

DEDICATORIA

A mis padres, por su inefable amor
e invaluable enseñanza de vida

RESUMEN

El presente trabajo de titulación se ha centrado en analizar y estudiar la responsabilidad que atañe al Estado en aquellos casos de concesión de servicios públicos, su determinación y alcance, a partir del análisis de la normativa constitucional y legal vigente, evidenciando ciertos vacíos que han sido abarcados a lo largo del presente trabajo, cuyos resultados han sido plasmados en los distintos postulados que se han consagrado en el capítulo de conclusiones.

ABSTRACT

This graduation work has focused on analyzing and studying the responsibility that concerns to the Estate in those concession cases of public services, its determination and scope, from the analysis of the constitutional law and legal in force, showing some empties which have been covered along the presente work, whose results have been embodied on the different postulates that have been consecrated in the conclusion's chapter.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. RÉGIMEN JURÍDICO CONSTITUCIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL ECUADOR.....	3
1.1. Noción de servicio público a partir de las disposiciones constitucionales.....	4
1.2. Principios que rigen la prestación de los servicios públicos.....	9
1.3. Derechos del usuario en relación con los servicios públicos.....	14
CAPÍTULO II. LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO Y DEL CONCESIONARIO POR LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.....	19
2.1. Características de la responsabilidad pública.	22
2.2. Carácter objetivo.	23
2.3. Carácter directo	28
2.4. Régimen jurídico de la responsabilidad del concesionario frente al usuario del servicio público	30
2.4.1. Empresas públicas	31
2.4.2. Compañías de economía mixta	32
2.4.3. Régimen jurídico aplicable en la concesión de servicios públicos	34

2.4.4. Régimen jurídico de la responsabilidad del concesionario frente al usuario del servicio público	39
--	----

CAPÍTULO III. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE AL USUARIO EN CASO DE SERVICIOS PÚBLICOS CONCESIONADOS	45
---	-----------

3.1. Fundamentos de la responsabilidad del estado frente al usuario en caso de servicios públicos concesionados	46
---	----

3.1.1 Teoría de la igual repartición de las cargas públicas	46
---	----

3.1.2. Teoría objetiva o del riesgo	47
---	----

3.1.3. Teoría de la falta o falla del servicio	49
--	----

3.1.4. Teoría de la obediencia	51
--------------------------------------	----

3.1.5. Teoría de la responsabilidad contractual	52
---	----

3.1.6. Teoría del enriquecimiento sin causa	53
---	----

3.1.7. Teoría de la vigencia del estado de derecho y sus postulados	54
---	----

3.2. Alcance	54
--------------------	----

CAPITULO IV. CONCLUSIONES	61
--	-----------

REFERENCIAS	64
--------------------------	-----------

ANEXOS	66
---------------------	-----------

INTRODUCCIÓN

La prestación de servicios públicos en el Ecuador, ha adquirido gran trascendencia, ya que los mismos se centran en cubrir aquellas necesidades básicas de la colectividad, necesidades que impactan directamente en el nivel y estilo de vida de las personas que conforman una sociedad.

Es por ello que la doctrina y la legislación ha hecho especial énfasis en determinar reglas y parámetros claros bajo los cuales se pueda encaminar la prestación de los servicios públicos, tales reglas se han prefijado sobre aspectos básicos y trascendentes de los servicios públicos, tales como, principios que rigen su prestación; derechos que tiene el usuario de servicios públicos; responsabilidad que adquiere el Estado, sus funcionarios, concesionarios y delegatarios por la deficiente prestación de los servicios, cuando esta genere daños y perjuicios en los administrados.

Para el presente estudio se analizarán las diversas doctrinas alusivas al tema del régimen de responsabilidad del Estado en el caso de prestación de servicios públicos, así como aquellas teorías que se acerquen al régimen de concesión de dichos servicios.

Será pertinente hacer una aproximación histórica, para evidenciar el desarrollo de la figura de la responsabilidad estatal frente al usuario del servicio público, será interesante evidencia como se pasó de un régimen de irresponsabilidad estatal, a otra en la cual el Estado es plenamente responsable frente a sus administrados.

La figura de la responsabilidad estatal, se ha enmarcado en el derecho público como una figura joven, que ha estado a la intemperie de la dinámica social, a lo cual se ha tenido un especial apoyo de la doctrina que ha nutrido aquellas falencias y espacios que la legislación ha evidenciado.

En nuestra legislación se ha evidenciado un vacío interpretativo, respecto de la responsabilidad que adquiere el Estado, frente al usuario del servicio

público, en aquellos caso que los servicios públicos han sido concesionados a empresas públicas y a la iniciativa privada.

Precisamente el presente trabajo de investigación versa sobre el alcance de las disposiciones constitucionales referentes a la responsabilidad del Estado y de sus concesionarios para poder determinar la existencia o no, de una responsabilidad subsidiaria o solidaria, frente a los daños que sufran los usuarios de servicios públicos a causa de incorrectas prestaciones de dichos servicios, por parte de sus concesionarios.

CAPÍTULO I. RÉGIMEN JURÍDICO CONSTITUCIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL ECUADOR

El marco normativo que rige al desarrollo de los servicios públicos en el Ecuador, se encuentra concentrado principalmente en nuestra Constitución, se han desarrollado cuerpos normativos que normen la prestación de dichos servicios así como la actuación de sus prestatarios, tenemos por ejemplo a la Ley de Empresas Públicas que regula, la creación de las empresas regidas bajo el derecho público, así como el desarrollo sustentable del Estado a través del uso de las figuras contenidas en dicha ley para la satisfacción de las necesidades básicas de sus habitantes, a través de la prestación de servicios públicos.

En esta lid encontramos al Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y al Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, estos cuerpos normativos son importantes para el presente estudio, ya que en ellos se contienen el proceso de contratación conocido como la Concesión, que en términos generales es un proceso bajo el cual el Estado encarga a un tercero, la prestación de determinado servicio de carácter público.

Mas, al encontrarnos en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, el principal cuerpo normativo que se analizará y citará es la propia Constitución ecuatoriana, ya que representa el texto normativo de mayor jerarquía en el país, y en esta se han dictado las directrices así como se han plasmado los conceptos básicos y fundamentales que rigen la prestación de servicios públicos, conceptos que van desde la definición de servidor público hasta la determinación de una responsabilidad al Estado, sus delegatarios y funcionarios, por los daños y perjuicio que ocasionen la mala prestación de servicios a su cargo.

1.1. Noción de servicio público a partir de las disposiciones constitucionales

Para arrancar con el tratamiento del tema objeto de estudio, es menester puntualizar la definición de servicio público, definición que no se halla determinada en el texto constitucional vigente en el Ecuador. Razón por la cual recurrimos a la definición doctrinal propuesta por varios tratadistas, como aquella que imparte Guillermo Cabanellas (2006, p. 346) "...Concepto capital del Derecho Político y del Administrativo es éste del servicio público, que ha de satisfacer una necesidad colectiva por medio de una organización administrativa o regida por la administración pública".

La definición propuesta por el autor Cabanellas se enmarca en el aspecto social que cumple el servicio público, al encajar dentro de este concepto a todo servicio que satisface una necesidad colectiva, adicionando el hecho que dicho servicio se encuentre regido por la administración pública.

De igual manera el autor ecuatoriano Miguel Hernández Terán propone la siguiente definición de servicio público, "Entiendo por servicio público a aquella actividad estatal normada por el Derecho Positivo, que persigue satisfacer las necesidades de un conglomerado social." (Hernández Terán, 1992, p. 82).

El autor en referencia prevé una estrecha relación entre el servicio público y la normativa, argumentando que se puede aplicar un régimen especial bajo el cual se adecue y regule la prestación del servicio público, esta regulación especial puede estar contenida en una norma de cualquier jerarquía.

Otra definición que se adecua en gran parte a la realidad jurídica del Ecuador, es aquella que propone Miguel Acosta Romero:

"Es una actividad técnica encaminada a satisfacer necesidades colectivas básicas o fundamentales, mediante prestaciones individualizadas, sujetas a un régimen de Derecho Público, que determina los principios de regularidad, uniformidad, adecuación e

igualdad. Esta actividad puede ser prestada por el Estado o por los particulares (mediante concesión).” (Acosta, 1997, p. 961).

Sobre la base de lo manifestado, se puede evidenciar que la definición del concepto “servicio público” es una de las más imprecisas y volátiles del Derecho Público, autores como José Cassini ha compartido esta premisa, “La noción de servicio público... es una de las más imprecisas aun cuando es una de las instituciones más fundamentales...” (Cassini, 1974, p. 5).

De todo lo previamente citado, se colige que existen varios presupuestos, que se deben configurar, para que un servicio se pueda considerar de orden público, entre los cuales podemos mencionar a los siguientes:

- Que el servicio considerado de orden público responda a un interés y necesidad general, tal como se evidencia en el texto constante en el numeral 1 del artículo 85 de nuestro texto constitucional “...la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos...”.

Del texto propuesto se puede contraer que la prestación del servicio público busca efectivizar la consecución del buen vivir, el cual dentro de nuestro marco normativo vigente constituye un principio constitucional así como en un interés de índole colectivo.

- Que el servicio sea prestado por la administración pública, de manera directa o indirecta, como en los casos de concesiones.
- Que el servicio prestado por la administración pública se encuentre regulado por un régimen jurídico especial, sea este a través de un conjunto de principios y normas de diversa jerarquía.

Finalmente, ergo de lo ya manifestado y citado se puede definir al servicio público como aquella actividad destinada a satisfacer necesidades de interés general o colectivo, cuya prestación se encuentra regulada por un régimen jurídico especial, sin importar que dicha prestación se encuentre a cargo del Estado o de un tercero. (En el caso de concesión).

1.1.1. El servicio público desde la óptica constitucional ecuatoriana

Al respecto de la participación del Estado en la prestación de servicios públicos, el artículo 314 de la Constitución del Ecuador manifiesta:

“El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación”.(El subrayado me pertenece).

La disposición constitucional antes referida, claramente limita el emprendimiento privado sobre dichas actividades o servicios considerados de carácter público, por lo que se entendería que el derecho constitucional a la libre empresa se encontraría coartada,

Más la misma Constitución establece una excepción a ello, esta excepción se encuentra contenida en el artículo 316:

“El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas

actividades, en los casos que establezca la ley.”(El subrayado me pertenece).

Esta excepción para dar paso a la iniciativa privada en actividades relacionadas con la prestación de servicios públicos se instrumentalizó a nivel de jerarquía legal en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, ambos cuerpos legales serán analizados en el siguiente capítulo del presente estudio.

El artículo 314 de nuestra constitución anteriormente citado, permite establece una diferenciación de servicios públicos, de dos clases:

- Servicio público propio: es aquel servicio de carácter público que por disposición normativa debe ser prestado directamente por la administración pública, en nuestro caso en atención a lo dispuesto en el artículo 314 es responsabilidad única del Estado la prestación de los servicios ahí descritos.

Dentro de la categoría del servicio público propio existe una subdivisión, en virtud de la posibilidad de inducción de la iniciativa privada en dicha actividad de índole pública:

* Servicio público propio directo: En esta clasificación de servicios públicos, se encuentran aquellos servicios prestados directamente por el Estado, de manera exclusiva y excluyente; la prestación de esta clase de servicios supone una limitación a la libertad de empresa, ya que limita el emprendimiento privado sobre las actividades encajadas en esta esfera.

La exclusividad conferida al Estado y sus instituciones de derecho público, para el desarrollo de la prestación del servicio público propio indirecto, se halla contenido en una disposición normativa, que puede venir del plexo constitucional o legal vigente.

* Servicio público propio indirecto: Dentro de esta subcategorización se encuentran aquellos servicios públicos que pueden ser prestados por el Estado o en su defecto se abre la posibilidad a que la iniciativa privada

incurra en la prestación de dichas actividades, esta delegación de facultades que realiza el Estado se da en virtud de una excepcionalidad –tal como lo dispone el artículo 316 de la constitución ecuatoriana- esta excepcionalidad versa sobre la imposibilidad técnica, logística y operacional del Estado para brindar el servicio público que le correspondería.

Esta delegación se instrumentaliza a través de una figura legal denominada concesión, sin que esto implique privatización alguna del servicio público, ya que en virtud de la actividad que presta el concesionario del servicio, este rige su conducta bajo las normas del derecho público.

En estos casos el concesionario del servicio público se halla regulado y controlado por el Estado, tal es el caso que dicho prestador del servicio no puede fijar por sí mismo la tarifa que cobrará al usuario por el desarrollo de la actividad que le ha sido encomendada, ya que corresponde al Estado fijar la tarifa que aplicará su concesionario; a cambio de la contraprestación económica que este último reciba del Estado, por la actividad desarrollada. Lo manifestado guarda asidero con lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 314 del cuerpo constitucional ecuatoriano:

“El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.” (El subrayado me pertenece).

- Servicio público impropio: Al igual que el servicio público propio indirecto, esta clase de servicios pueden ser prestados por el Estado o por la iniciativa privada, la diferencia radica en que sobre dicha actividad se puede entablar una competencia entre el sector público y privado, ya que el servicio puede ser prestado simultáneamente por el Estado y por el sujeto de derecho privado, inherentemente esta actividad estará sujeta a un régimen de derecho público.

Para que el servicio público impropio pueda ser prestado por la iniciativa privada, basta que medie una autorización por parte del Estado o su determinado órgano especializado, sin que esto implique privatización del servicio público en referencia. Dentro de esta categoría de servicios, podemos citar a los servicios de salud, educación, transporte, entre otros.

1.2. Principios que rigen la prestación de los servicios públicos

Debido a la naturaleza e importancia que adquieren los servicios públicos en el nivel de vida de los usuarios, estos se deben guiar por principios plenamente determinados, que permitan una óptima y adecuada prestación de los servicios. En nuestro caso estos principios se hallan claramente establecidos en nuestro marco Constitucional, concretamente en el segundo inciso del artículo 314 del texto prenombrado, lo cual cito de la siguiente manera:

“El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación”.

Es claro el marco legal y los principios que regulan la prestación de los servicios públicos, a continuación se procederá a especificar cada uno de ellos:

OBLIGATORIEDAD: Este principio se enmarca dentro del imperativo que constriñe al Estado para que éste preste el servicio público, ya que dada la importancia del mismo, dicha prestación no se puede supeditar al arbitrio y voluntad de un tercero privado o del mismo Estado.

GENERALIDAD: Este principio prevé que la prestación del servicio público se oriente de forma colectiva, es decir que el acceso al prenombrado

servicio sea de manera universal lo cual implica que exista un acceso al mismo para toda la colectividad que conforma la sociedad ecuatoriana; en igual sentido desde la óptica del prestatario del servicio, es decir el Estado, obliga a este a que diriga su servicio hacia la generalidad del ciudadano.

UNIFORMIDAD: Se estableció que el servicio público en general, esto implica que no habrá distinción de calidad y prestación del mismo para con los usuarios, ya que el principio de uniformidad determina que el servicio público debe ser prestado a la colectividad en igualdad de condiciones y bajo los mismos parámetros.

Roberto Dromi define al principio invocado de la siguiente manera “Implica igualdad de trato en la prestación. La igualdad en la prestación de los servicios públicos es el derecho de exigir y recibir el servicio en igualdad o uniformidad de condiciones, sin discriminación, ni privilegios.”(Dromi, 2006, p. 704).

EFICIENCIA: Este principio implica que el prestatario del servicio público debe guiar su actividad para lograr una óptima prestación del servicio en mención, lo cual conmina a que se busque que el servicio prestado cubra las necesidades de la colectividad así como este se adapte y adecue a los constantes cambios propios de la dinámica social a la cual se encuentra sujeta toda sociedad..

RESPONSABILIDAD: Principio indispensable para la prestación de los servicios públicos, ya que en el evento de una mala prestación del mismo, el titular del servicio debe responder por los daños y perjuicios que pueda generar en el consumidor del servicio por él brindado.

UNIVERSALIDAD: La universalidad guarda estrecha conexión con la generalidad, ya que ambos principios establecen que los servicios públicos, son de acceso para toda la colectividad de la sociedad ecuatoriana, entre

los cuales podemos mencionar a la educación así como a la salud, agua, alcantarillado, entre otros.

ACCESIBILIDAD: A criterio propio este es el principio y a la vez elemento configurador del servicio público, constituye la accesibilidad pública e indistinta, dada la trascendencia y carácter del servicio en mención el acceso a los servicios públicos no debe adolecer de condicionamiento o restricción alguna, para que de tal manera la colectividad en general pueda acceder al servicio público.

REGULARIDAD: Este principio trata que el servicio público debe ser prestado en total armonía y cumplimiento con las normas vigentes y atinentes al mismo, es decir, que el prestador del servicio y su actividad se someten a las regulaciones y controles que disponga para el efecto la administración pública y sus entidades adscritas.

En términos básicos implica que el servicio público debe ser prestado de manera ininterrumpida y bajo las mismas condiciones de calidad y eficiencia, conforme a las normas vigentes.

Tal como lo define Roberto Dromi “**2. Regularidad.** Significa que el servicio debe prestarse conforme a reglas preestablecidas o a determinadas normas.” (Dromi, 2006, p. 704).

CONTINUIDAD: En aras de proteger el interés general y el orden público, la prestación del servicio público es continua, bajo ningún concepto puede ser interrumpido o mucho peor ser negado el acceso al mismo. Entre los ejemplos más notables tenemos a los servicios de salud, educación, luz eléctrica, entre otros.

La doctrina ecuatoriana se ha pronunciado sobre este principio, por lo cual es pertinente citar a Miguel Hernández Terán,

“3- Continuidad: es de la esencia de este tipo de servicios. Un servicio público que opere con interrupciones dejaría de ser tal.

La continuidad evidencia equilibrio, estabilidad, no interrupción en su accionar. Esto no significa que su operación no se pueda someter a horarios preestablecidos.” (Hernández Terán, 1992. p. 84).

El concepto de la continuidad, en la prestación de servicios públicos, se ha impregnado de tal manera en la retina del legislador, que hoy en día tenemos un tipo penal plenamente identificado y aplicable para toda aquella violación a este principio.

De tal manera que el artículo 346 del Código Integral Penal ecuatoriano estableció un tipo penal específico para el presente caso, de la siguiente manera:

“Paralización de un servicio público.- Las persona que impida, entorpezca o paralice la normal prestación de un servicio público o se resista violentamente al restablecimiento del mismo; o, se tome por fuerza un edificio o instalación pública, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.”

El principio de continuidad desde la perspectiva de Roberto Dromi es la siguiente:

“La continuidad del servicio indica que éste debe prestarse toda vez que la necesidad que cubre se haga presente, es decir, que se debe efectuar oportunamente, y de manera ininterrumpida, sin paralizaciones ni suspensiones, que cercenen los derechos de los usuarios.”(Dromi, 2006, p. 703).

El principio de continuidad aplicado a la prestación de servicios públicos, desarrolla una controversia, ya que en la constitución se reconoce y garantiza el derecho a la huelga por parte del trabajador, sin embargo este derecho se vulnera y coarta al momento de hablar de servicios públicos, ya que bajo dicho régimen se limita aquel derecho laboral.

Para complementar el análisis del caso se procede a citar los numerales 14 y 15 del artículo 326 de la Constitución ecuatoriana:

“14. Se reconocerá el derecho de las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias en estos casos. Las personas empleadoras tendrán derecho al paro de acuerdo con la ley.

15. Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios.”

CALIDAD: Quizá este constituya el principal principio que guía la prestación de los servicios públicos, ya que, tomando en cuenta la importancia de los mismos, estos deben responder óptimamente a las necesidades de los usuarios, respuesta que se debe enfocar en una calidad del servicio en sí mismo así como en una calidad dentro de todo el proceso de prestación del servicio.

Todos los principios citados y detallados previamente guían la prestación de los servicios públicos en el Ecuador, y estos representan su vez los principales elementos constitutivos y característicos de los servicios en referencia; los cuales son exigibles a todo tipo de servicio que sea considerado de orden público, sin importar que el prestatario del mismo sea el Estado de manera directa o lo haga a través de un tercero concesionario; todo servicio público y su prestación debe adecuarse a los parámetros previamente analizados, que un servicio público no se adecúe a dichos parámetros generaría una indebida prestación y de generarse daños y

perjuicios a los usuarios, sus prestadores deben responder conforme la normativa legal lo exige.

1.3. Derechos del usuario en relación con los servicios públicos

En el marco de derechos del usuario de servicios públicos, nuestra legislación es bastante clara y explícita respecto de aquellos derechos y garantías que le asiste al usuario del servicio público, tal es así que nuestra Constitución se manifiesta al respecto en varios de sus artículos, conforme se procede a detallar:

En primer lugar la Constitución reconoce como un derecho de libertad, el que toda persona acceda a un servicio público de calidad, esto lo hace en su artículo 66 numeral 25, de la siguiente manera: “El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir adecuada y veraz información sobre su contenido y características”

De lo acotado en el texto previamente citado, se colige que el acceso a todo servicio público se encuentra garantizado por el texto normativo de más alta jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico, esto implica que ninguna persona –natural o jurídica- sea esta de derecho público o privado, que brinde un servicio público, podrá negar el acceso del usuario, a este servicio bajo ningún fundamento; así como se reconoce plenamente el derecho de toda persona para poder ser usuario de los servicios públicos prestados por la administración pública o por una tercera persona, haciendo especial énfasis en que dicho servicio debe ser eficiente, eficaz y en términos generales, de calidad.

Como un complemento y garantía al derecho reconocido en el artículo previamente citado, la Constitución determina responsabilidad directa al prestatario del servicio público por las vulneraciones y daños que éste pueda ocasionar a sus usuarios en los casos de una mala prestación del

servicio a su cargo; en reciprocidad lógica reconoce al usuario el derecho de reparación, lo manifestado se irradia de la siguiente manera en el artículo 52 de la Constitución:

“ Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneraciones de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor”

El artículo citado, no solo que garantiza el derecho de libre acceso a los servicios públicos, además –para fines del presente estudio- contribuye al afianzamiento de los principios que guían y bajo los cuales se deben enmarcar la prestación del servicio público, principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad recogidos en el artículo 314 de nuestro cuerpo constitucional, que previamente ya fue citado. En este sentido es claro que el legislador constituyente buscó plasmar en la Constitución normas, derechos, garantías y parámetros bajo los cuales se debe desarrollar la prestación de servicios públicos en el Ecuador, que buscan una óptima prestación de dichos servicios.

El derecho al acceso a servicios públicos de calidad, se garantiza en varias disposiciones legales y constitucionales, a más de las ya citadas, es menester traer a colación aquella contenida en el numeral 1 del artículo 215 de nuestra Constitución, disposición en la cual determina como función de la Defensoría del Pueblo la siguiente:

“El patrocinio de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública hábeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados.”(El subrayado me pertenece).

La norma previamente citada, ofrece una garantía al usuario del servicio público, en primer lugar al efectivo acceso al servicio y en segundo lugar garantiza que en el evento que dicho usuario se vea afectado por una mala prestación del mismo, su reclamo pueda ser patrocinado por una misma institución de derecho público como lo es la Defensoría del Pueblo, esto conmina a que el prestatario del servicio público guíe sus esfuerzos a desarrollar y brindar un servicio público de calidad.

LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Como un desarrollo de los principios constitucionales previamente enunciados, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor recoge y enlista los derechos del consumidor; cabe recalcar que para los fines de dicha ley consumidor equivale a usuario, lo cual está dado en el tercer inciso del artículo 2 del texto legal prenombrado, al definir el término consumidor de la siguiente manera: “**Consumidor.-** Toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute de bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente Ley mencione al consumidor, dicha denominación incluirá al usuario.”

Aclarado que el concepto consumidor engloba dentro de su definición, a aquel de usuario de servicios, es irrefutable que la prenombrada ley reconoce y tutela los derechos que asisten al usuario de todo bien y servicio, como aquel de carácter público, estos derechos los recoge y enlista en su artículo 4:

“Son derechos fundamentales del consumidor, a más de los establecidos en la Constitución Política de la República, tratados o

convenios internacionales, legislación interna, principios generales del derecho y costumbre mercantil, los siguientes:

1. Derecho a la protección de la vida, salud y seguridad en el consumo de bienes y servicios, así como a la satisfacción de las necesidades fundamentales y el acceso a los servicios básicos;
2. Derecho a que proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad;
3. Derecho a recibir servicios básicos de óptima calidad;
4. Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren prestar;
5. Derecho a un trato transparente, equitativo y no discriminatorio o abusivo por parte de los proveedores de bienes o servicios, especialmente en lo referido a las condiciones óptimas de calidad, cantidad, precio, peso y medida;
6. Derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales;
7. Derecho a la educación del consumidor, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada de sus derechos;
8. Derecho a la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios;
9. Derecho a recibir el auspicio del Estado para la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, cuyo criterio será consultado al momento de elaborar o reformar una norma jurídica o disposición que afecte al consumidor;

10. Derecho a acceder a mecanismos efectivos para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a la adecuada prevención, sanción y oportuna reparación de los mismos:

11. Derecho a seguir las acciones administrativas y /o judiciales que correspondan; y,

12. Derecho a que en las empresas o establecimientos se mantenga un libro de reclamos que estará a disposición del consumidor, en el que se podrá anotar el reclamo correspondiente, lo cual será debidamente reglamentado.”

El listado de derechos que reconoce la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, generan un claro ambiente de seguridad y certidumbre respecto de las garantías y derechos que asisten al usuario del servicio público, en su calidad antes invocada.

En igual sentido todo esto permite direccionar por esta vía los reclamos de los usuarios, por una mala prestación de servicios públicos, sin perjuicio de las acciones legales que puedan emprender por los perjuicios que se les haya generado.

CAPÍTULO II. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO Y DEL CONCESIONARIO POR LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

La determinación de una responsabilidad pública halla su génesis en el principio de subordinación del Estado al derecho, así como constituye el reconocimiento máximo del derecho de reparación a los administrados.

Este criterio es impartido por el tratadista Juan Carlos Benalcázar Guerrón, quien se pronuncia sobre la responsabilidad del Estado, de la siguiente forma

“La responsabilidad del Estado es consecuencia necesaria de su subordinación al Derecho y del deber de respetar los derechos de los administrados. Esta responsabilidad se manifiesta en la posibilidad de una valoración jurídica de los resultados de la acción estatal, y toda vez que una persona sufra un daño o perjuicio en cualquiera de sus derechos, causado por dicha acción...” (Benalcázar, 2007, p. 35).

La subordinación del Estado al derecho es un desarrollo del principio de legalidad y del sometimiento del Estado al mismo, lo cual se encuentra vigente en nuestra Constitución, esto lo comparte el tratadista Claudio Cavallo, en los siguientes términos:

“El sometimiento de la Administración al principio de legalidad opera de manera tal que debe actuar dentro del marco normativo previamente establecido por el mismo Estado al cual la Administración pertenece. En este sentido, el ejercicio del poder público no puede separarse del orden jurídico en que el propio Estado se encuentra inmerso. Pues le ley *stricto sensu*, más que un límite del obrar administrativo constituye hoy el presupuesto mismo de su actividad, resumido esto en el principio de la

vinculación positiva de la Administración a la ley.”(Cavallo, 2007, p. 344).

Al respecto de la responsabilidad pública es menester establecer una diferenciación sobre la naturaleza de dicha responsabilidad, esta diferenciación da en virtud de la calidad del actor o prestador del servicio público, teniendo en cuenta que este prestador puede ser el Estado en forma directa o en su defecto en forma indirecta a través de un tercero –en los casos de concesión del servicio-. La determinación de la calidad del prestador del servicio público, repercute en el tipo de responsabilidad que este último adquirirá frente al usuario de su servicio.

El tratadista Guillermo Cabanellas quien se pronuncia acerca de la responsabilidad del Estado, de la siguiente manera “Responsabilidad del estado. Como persona de Derecho Público, sólo es posible hablar de responsabilidad civil; y ello corresponde a concepto relativamente moderno, ya que en tiempos antiguos el Estado, como soberano, o el soberano, como Estado, eran irresponsables” (Cabanellas, 2006, pp. 333-334).

Tomando en consideración al texto extraído se colige que el profesor Guillermo Cabanellas parte de un principio claro, al hablar de un Estado “responsable”, si bien dicha definición no es completa ya que la responsabilidad civil no es el único tipo de responsabilidad atribuible a la administración pública, se evidencia un avance de conceptos al aterrizar en aquel que trata al Estado como un sujeto responsable por sus actos y omisiones.

Para complementar lo acotado por Cabanellas es menester citar a Juan Larrea Holguín quien trata el tema de la responsabilidad estatal de la siguiente manera:

“Responsable es el que tiene (...) dar cuenta de su comportamiento: de sus acciones y omisiones.-

Se responde, en Derecho, cuando un sujeto es imputable y existe alguna causa de imputabilidad. Ser imputable, a su vez, significa

ser sujeto al cual se puede atribuir las consecuencias jurídicas de su acción u omisión.” (Larrea, 1985, p. 298).

Con el preámbulo precedente es menester traer a colación la existencia de dos tipos de responsabilidad que le son imputables al Estado como al prestador de servicios públicos, se trata de la responsabilidad de carácter civil y aquella de carácter penal; el parámetro de determinación de tal o cual tipo de responsabilidad se da tomando en cuenta la calidad del prestador del servicio público –es decir si se trata de un sujeto de derecho público o privado-.

De tal forma que al hablar del Estado y sus diversas instituciones regidas bajo el derecho público, en calidad de prestadores directos del servicio público a éste únicamente se le podrá establecer una responsabilidad de carácter civil, de conformidad a lo recogido de la doctrina así como del marco legal vigente.

La responsabilidad civil versa sobre la reparación a la que tiene derecho el usuario del servicio público respecto de los daños y perjuicios que este pueda sufrir por una mala o inadecuada prestación de los servicios públicos. Como se evidencia este tipo de responsabilidad exclusiva es imputable únicamente al Estado, en concordancia a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución:

“Art. 53.- Las personas, instituciones y organismos que presten servicios públicos deberán incorporar sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias y consumidoras, y poner en práctica sistemas de atención y reparación.

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.”

A diferencia de lo ya manifestado, en el supuesto que el prestador del servicio público es una tercera persona, ajena al Estado, esta adquiere una

responsabilidad tanto en el ámbito civil así como en el penal, de conformidad a lo establecido en el artículo 54 de nuestra Constitución.

“Art. 54.- Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore...”

Como se ha podido evidenciar, el marco constitucional vigente en nuestro país establece una diferenciación en la determinación de una responsabilidad meramente civil de una civil y penal, en virtud de la calidad que tenga el prestador del servicio público, ya que al tratarse del Estado –regido bajo el derecho público- se le puede determinar a este la obligación meramente civil; si por el contrario se trata de un prestador –regido bajo el derecho privado- a este se le puede determinar una responsabilidad tanto civil como penal.

2.1. Características de la responsabilidad pública.

Para que se pueda hablar de responsabilidad extracontractual del Estado se deben configurar varios presupuestos y elementos constitutivos del concepto sometido a estudio, estos elementos se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

- Que exista un daño actual y que este sea comprobable, al hablar de servicios públicos, este daño debe ser ocasionado al usuario de aquel servicio, debido a una mala prestación del servicio. La existencia de un perjuicio a un sujeto privado es el elemento que invoca el nacimiento de la obligación Estatal de reparar el daño.

En este punto es pertinente hacer mención a un precepto de carácter civil, aquel relativo a la fuente de las obligaciones, entre las cuales menciona al daño, esto lo encontramos en el artículo 1453 del Código Civil ecuatoriano;

del cual me permito citar la parte pertinente, “Las obligaciones nacen, (...); ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona...”

- Que la materialidad del daño sea imputable a la actividad del Estado, ya que la responsabilidad pública del Estado tiene carácter directo, por lo cual se puede exigir la reparación del daño causado, directamente al Estado, reservándose este último el derecho de repetición contra su funcionario causante del daño resarcido.
- Que exista una relación de causalidad entre el daño y la actuación del Estado, es decir, se debe establecer una correlación entre la actuación del funcionario público y la materialización del daño al administrado.
- Que exista el factor atributivo de daños al Estado, esto implica la causa de imputación jurídica bajo la cual el Estado deberá reparar el daño ocasionado al administrado, debido a la actuación de sus funcionarios; ya que estos últimos son quienes están dotados de la potestad pública y como tales expresan la voluntad del Estado a través de sus actos y omisiones.

En este punto del estudio se debe enunciar las principales características de la responsabilidad del Estado, estas se centran en dos caracteres puntuales, el objetivo y el directo, caracteres que a continuación se analizarán.

2.2. Carácter objetivo.

El tratadista Arturo Alessandri propone una definición de responsabilidad objetiva, en la cual engloba los principales caracteres de este concepto, esto lo hace de la siguiente manera:

“La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad, en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta éste para que su autor sea responsable cualquiera que haya sido su conducta, haya

habido o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad.”(Alessandri, 1981, p. 92).

Del texto citado se puede extraer el que el principal carácter configurador de la responsabilidad objetiva es aquel en virtud del cual es irrelevante determinar si el actor del daño procedió en su actuar con dolo o culpa, basta que exista el daño para que se configure el hecho generador que determine la responsabilidad objetiva.

La responsabilidad del Estado es de carácter objetivo reparador, tal como lo prescribe el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución del Estado:

“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 subrayado me pertenece).

Esta responsabilidad objetiva reparadora, dista mucho de aquella responsabilidad indemnizatoria que se planteaba en la Constitución ecuatoriana de 1998, ya que en su artículo 20 establecía que:

“las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos”. (El subrayado me pertenece).

En base a los textos previamente citados, se evidencia una evolución en la determinación de la responsabilidad del Estado, ya que se ha hecho paso de

una responsabilidad meramente indemnizatoria a una responsabilidad objetiva de carácter reparador.

La evolución evidenciada en nuestro texto constitucional, se adecua a los preceptos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, concretamente en base a lo estipulado en el artículo 63 numeral 1 del cuerpo normativo previamente mencionado:

“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.” (El subrayado me pertenece).

Una consecuencia que deviene de la responsabilidad objetiva es aquella que atañe a la inversión en la carga de la prueba, esto se evidencia en lo dispuesto en el artículo 86 numeral 3 del texto Constitucional ecuatoriano vigente:

“...se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse...” (El subrayado me pertenece).

Este artículo constitucional que guarda estrecha concordancia con el numeral 8 del artículo 4 de la Ley de Defensa del Consumidor, articulado que en su texto reconoce como un derecho del usuario el siguiente: “8.

Derecho a la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios”

En virtud del artículo citado se desprende que el marco constitucional y legal ecuatoriano determina una responsabilidad objetiva al Estado, ya que una de las principales características del régimen de responsabilidad objetiva es aquella en virtud de la cual se establece la inversión de la carga de la prueba. Sobre lo manifestado en el artículo citado se evidencia que se establece la inversión de la carga de la prueba al Estado en aquellos caso en los que es accionado ante reclamos por daños ocasionados debido a deficientes prestaciones de servicios públicos, ya que a éste le corresponde desvirtuar y probar lo contrario sobre las alegaciones que plantee el actor – que para fines del presente estudio es el administrado-.

Sobre la responsabilidad del Estado y su carácter objetivo es pertinente citar al Doctor Juan Carlos Benalcázar Guerrón, quien se manifiesta al respecto en los siguientes términos

“La responsabilidad pública tiene un carácter objetivo y directo, lo cual implica una sólida garantía para los derecho. El primer carácter significa que se atiende únicamente al resultado dañoso del acto del funcionario o al perjuicio ocasionado con ocasión del servicio público, sin considerar el elemento subjetivo de la culpa o del dolo del servidor, ni la ilegitimidad o legitimidad del obrar administrativo...”(Benalcázar, 2007, p. 36).

De todo lo manifestado se colige que el carácter objetivo de la responsabilidad pública se encuentra plenamente desarrollado en la legislación constitucional ecuatoriana, ya que se ha atribuido este tipo de responsabilidad al Estado así como se ha extendido a sus funcionarios y prestatarios de servicios públicos –ya que son quienes expresan a través de sus actos, la voluntad del Estado-.

En base a lo expresado previamente se busca generar un ambiente de certidumbre jurídica en el usuario del servicio público, ya que al existir este

tipo de responsabilidad el administrado puede exigir una reparación integral por los daños generados en el consumo de servicios públicos; una de las principales garantías con las que cuenta el administrado se centra en que le corresponderá al Estado probar que no existió el daño o en su defecto proporcionar la debida información del caso.

Con esta inversión en la carga de la prueba el legislador trata de equiparar los pesos y las calidades para que el usuario del servicio público se encuentre en igualdad de condiciones y con las garantías del caso frente al Estado, para efectivizar su reparación integral de daños.

El régimen de la responsabilidad objetiva se extiende a todas las personas naturales y jurídicas que de forma directa o indirecta –como en el caso de concesionarios- pueden formar parte de la Administración Pública, encajados todos aquellos en el denominado “sector público”, por ello es pertinente citar el artículo 225 de la Constitución, artículo que dilucida la composición del prenombrado sector.

“El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.”

2.3. Carácter directo

El carácter directo de la responsabilidad pública implica que toda consecuencia negativa de un acto u omisión del funcionario público es imputable a este.

Tal como lo expresa el tratadista Juan Carlos Benalcázar:

“El carácter directo de la responsabilidad del Estado, expresa que el hecho administrativo y el acto del funcionario son directamente imputables y atribuibles a éste (...). La persona estatal debe responder por todas las consecuencias de su actividad; tanto de la derivada de actos jurídicos como de la aplicación y ejecución de aquellos, pues son manifestaciones de la permanente labor del Estado.”(Benalcázar, 2007, pp. 36-37).

El carácter directo propone una interconexión directa entre el funcionario público y sus actos u omisiones, lo cual se prevé en nuestro ordenamiento jurídico bajo la premisa constitucional expresada en el segundo inciso del artículo 9 numeral 11 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.”

Es claro que el texto constitucional extraído previamente ha acogido y plasmado expresamente el carácter directo de la responsabilidad objetiva pública, ya que expresamente responsabiliza al Estado y a los funcionarios públicos en general por sus actos u omisiones, en el ejercicio de la potestad pública que por su calidad les ha sido conferida.

Sin que aquello implique que el Estado y sus funcionarios adquieren el mismo tipo de responsabilidad, ya que la responsabilidad penal, civil y

administrativa del funcionario público nada tiene que ver con el tipo de responsabilidad que le es atribuible al Estado.

Afirmación que guarda estrecha concatenación a lo previsto en el artículo 233 del mismo cuerpo constitucional ya invocado:

“Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.”

En base a lo expuesto, es totalmente claro que nuestra constitución y el ordenamiento jurídico en sí, se han adecuado en base a la determinación de una responsabilidad objetiva directa del Estado, sus delegatarios, concesionarios, prestadores de servicios públicos y funcionarios públicos en general; ya que en base a lo evidenciado éstos últimos representan y expresan la voluntad del Estado a través de sus actos y omisiones.

Razón por la cual se puede concluir que el concesionario, al encontrarse regido bajo el derecho público, adquiere la misma responsabilidad objetiva directa que le merece al Estado.

2.4. Régimen jurídico de la responsabilidad del concesionario frente al usuario del servicio público

Para poder analizar la responsabilidad del concesionario de servicios públicos, es menester partir del análisis de la figura contractual bajo la cual el Estado delega a un tercero la prestación de un servicio público, figura especial ya que no se encuentra contemplada en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Como ya se determinó con anterioridad el Estado puede delegar a un tercero la prestación de aquellos servicios públicos previamente definidos como propios indirectos y los que determine la ley, esta prestación se puede efectuar a través de un sujeto de derecho privado, así como a través de una empresa pública o a su vez por medio de una compañía de economía mixta.

Sobre las dos últimas debemos analizar su legislación aplicable para determinar la naturaleza y las implicaciones que devienen de la aplicación de estas instituciones en la prestación de servicios públicos.

Corresponde previamente identificar la definición doctrinal que ha recibido la institución de la “concesión”, sobre esto, se debe manifestar que existe una discusión en torno a determinar la naturaleza jurídica de la concesión de servicios públicos, ya que existe una corriente doctrinal que define a la concesión como un acto administrativo y a su vez existe otra corriente que propone a la concesión como una figura contractual.

Para fines del presente estudio es irrelevante analizar la discusión doctrinal existente sobre la naturaleza jurídica de la concesión, ya que sobre lo analizado al respecto se evidencia la cercanía de la concesión a una figura meramente contractual, razón por la cual se procede a citar la definición propuesta por Jorge Sarmiento, (Sarmiento, 1999, p. 104) “la concesión de servicios públicos es un contrato de la función administrativa, que se regula fundamentalmente, por el derecho público, aunque admita en algunos aspectos de aplicación –sobre todo analógica y supletoria- de principios y normas de derecho privado”. (El subrayado me pertenece).

2.4.1. Empresas públicas

El marco normativo aplicable a las empresas públicas es la Ley de Empresas Públicas, publicada en el Registro Oficial 48 del 16 de octubre de 2009. Esta ley define al concepto empresa pública, lo hace en su artículo 4:

“Definiciones.- Las empresas públicas son entidades públicas que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.”(El subrayado me pertenece).

Además, la Constitución determina que el Estado podrá constituir empresas públicas cuyo objeto único podrá ser aquel encaminado a prestar servicios públicos a la colectividad, lo manifestado se encuentra expresado en el artículo 316 del cuerpo normativo previamente referido:

“El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales...”

El inciso final del artículo 316 de la Constitución, plantea la posibilidad para que las empresas públicas a su vez puedan constituir sociedades de

economía mixta que se destinen a la prestación de servicios públicos, siempre y cuando sea el Estado quien posea la mayoría accionarial en dicha sociedad, conforme se evidencia a lo dispuesto en el texto del artículo constitucional en mención: “La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.”

En base a lo citado, es claro que las empresas públicas forman parte del aparataje del Estado, así como los funcionarios de dichas empresas son entidades públicas, este razonamiento permite establecer que tanto la empresa pública como sus funcionarios forman parte del Estado y como tal, se encuentran regidos por el derecho público, de tal manera que a estos últimos le son atribuibles la misma responsabilidad por daños –en todas sus aristas- que, como ya se analizó, le son atribuibles al propio Estado.

2.4.2. Compañías de economía mixta

Sobre este tipo de sociedades existe un marco normativo variado ya que, tanto la Ley de Compañías así como la Ley de Empresas de Públicas, definen a dicha sociedad.

Así lo hace la Ley de Compañías en su sección VII “De la Compañía de Economía Mixta”, así por ejemplo el artículo 308 manifiesta la facultad que tienen las entidades del Estado para constituir dicha clase de compañía: “El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales y las entidades u organismos del sector público, podrán participar, conjuntamente con el capital privado, en el capital y en la gestión social de esta compañía.”

El artículo 9 del mismo cuerpo legal es importante para el presente estudio, ya que en el mismo se determina que la creación de esta clase de compañías responderá a cubrir necesidades como la prestación de servicios públicos:

“La facultad a la que se refiere el artículo anterior corresponde a las empresas dedicadas al desarrollo y fomento de la agricultura y de las industrias convenientes a la economía nacional y a la satisfacción de necesidades de orden colectivo; a la prestación de nuevos servicios públicos o al mejoramiento de los ya establecidos.” (El subrayado me pertenece).

Es importante citar el artículo 310 de la misma Ley de Compañías, ya que dicho articulado detalla cuales son las formas de participación del sector público en el monto del capital constitutivo de las compañías de economía mixta, una de las forma de participación es a través de la concesión de prestación de un servicio público:

“Las entidades enumeradas en el Art. 308 podrán participar en el capital de esta compañía suscribiendo su aporte en dinero o entregando equipos, instrumentos agrícolas o industriales, bienes muebles e inmuebles, efectos públicos y negociables, así como también mediante la concesión de prestación de un servicio público por un período determinado.” (El subrayado me pertenece).

La Ley de Empresas Públicas plantea que para cumplir con el objetivo planteado a una empresa pública, a la par de esta sociedad, se pueden crear otras sociedades conceptualizadas con el término “empresas subsidiarias”, estas sociedades se entendería que son creadas para brindar apoyo y servicios auxiliares a las empresas públicas, la particularidad de estas sociedades es que solo pueden ser de economía mixta bajo el condicionamiento que su accionista mayoritario debe ser el Estado o cualquier entidad del sector público.

Este precepto se encuentra contenido en el segundo inciso del artículo 4 de la prenombrada ley:

“Las empresas subsidiarias son sociedades mercantiles de economía mixta creada por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria.”

El artículo previamente descrito constituye el desarrollo e instrumentación a nivel legal, del precepto constitucional, contenido en el primer inciso del artículo 316 de nuestro Texto Constitucional:

“El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.”

Sobre la base de lo manifestado es claro el régimen jurídico aplicable a las empresas de economía mixta, así como la posibilidad que empresas públicas y el Estado deleguen la prestación de servicios públicos a las sociedades de economía mixta, salvaguardando un requisito, que el Estado posea la mayoría accionaria en la sociedad que prestará determinado servicio público.

2.4.3. Régimen jurídico aplicable en la concesión de servicios públicos

En el capítulo anterior del presente estudio, se citó al artículo 316 de la Constitución, esta cita fue pertinente ya que dicho articulado prevé que el Estado excepcionalmente pueda delegar a la iniciativa privada la prestación de servicios públicos. Esta excepción se ha instrumentalizado a nivel legal, en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, concretamente en su artículo 100, lo cual se expone de la siguiente manera:

“Excepcionalidad.- En forma excepcional debidamente decretada por el Presidente de la República cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas

públicas o mixtas, el Estado o sus instituciones podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros.

Se garantizará lo dispuesto en la Constitución y se precautelarán que los precios y tarifas por los servicios sean equitativos y que su control y regulación sean establecidos por la Institucionalidad estatal.

La modalidad de delegación podrá ser la de concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas contractuales de acuerdo a la ley, observando, para la selección del delegatario, los procedimientos de concurso público que determine el reglamento, salvo cuando se trate de empresas de propiedad estatal de los países que formen parte de la comunidad internacional, en cuyo caso la delegación podrá hacerse de forma directa.”(El subrayado me pertenece).

En igual sentido el artículo 283 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización ha plasmado el precepto de la delegación, para la prestación de servicios públicos, a la iniciativa privada; en los siguientes términos:

“Delegación a la economía social y solidaria y a la iniciativa privada.- La delegación a la economía social y solidaria se realizará para promover la naturaleza social y solidaria del sistema económico nacional. Se requerirá que se justifique que la organización o el emprendimiento económico corresponden a este sector de la economía y que se establezcan con claridad los mecanismos de solidaridad o redistribución correspondientes.

Sólo de manera excepcional los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, metropolitanos y

municipales, podrán delegar la prestación de servicios públicos de su competencia a la iniciativa privada. Esta delegación se realizará mediante acto normativo del órgano competente, cuando el gobierno autónomo descentralizado respectivo no se encuentre en capacidad técnica y económica de gestionar directamente un servicio público o en caso de calamidad pública o desastre natural.

La falta de capacidad técnica o económica para la gestión directa de un servicio público será debidamente justificada por la autoridad ejecutiva, ante el respectivo órgano legislativo local y la ciudadanía, en las condiciones establecidas en la Constitución, la Ley y de acuerdo con las regulaciones del órgano competente de la administración pública o Gobierno Central que tenga atribución legal en materia de competencias. La selección correspondiente deberá realizarse mediante concurso público con excepción de la delegación de las competencias de riego, agua potable y alcantarillado a organizaciones comunitarias.”(El subrayado me pertenece).

Sobre la base de lo manifestado se puede evidenciar claramente la legislación aplicable para el caso de las concesiones de servicios públicos a la iniciativa privada.

Ya sea que esta delegación la realice el Estado Central –a este caso le es aplicable lo expresado en el artículo 100 y siguientes del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones- o en su defecto que dicha delegación la realicen los Gobiernos Autónomos Descentralizados –a estos le son aplicables las disposiciones del artículo 283 y siguientes del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización-.

En virtud de lo expuesto previamente se puede concluir que bajo el régimen jurídico vigente en el Ecuador la delegación de la prestación de servicios públicos a la iniciativa privada se prevé como un hecho meramente

excepcional, reduciéndose las posibilidades a aquellos caso que el Estado no se encuentre en la capacidad técnica de brindar directamente el servicio.

En este punto es importante, citar la sentencia No. 001-12-SIC-CC emitida por la Corte Constitucional ecuatoriana, publicada con fecha 30 de enero de 2012, en el Registro Oficial – Suplemento No. 629; a través de la cual dicho organismo jurisdiccional interpretó los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República, -relativos a la concesión de servicios públicos-, en la siguiente forma:

"1. De conformidad con lo manifestado en los considerandos que anteceden, el Pleno de la Corte Constitucional interpreta los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República, en los siguientes términos: Debe entenderse que las empresas públicas únicamente gozan de la facultad de gestionar los sectores estratégicos y/o prestar los servicios públicos, para los que hubieren sido autorizadas, sin que les esté permitido a su vez, a dichas empresas públicas, delegar a la iniciativa privada la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, lo cual es competencia de los organismos pertinentes conforme lo establecido en la ley.

2. Por lo tanto, solo el Estado Central puede autorizar a las empresas públicas la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos. Dicha autorización se realizará a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal. Interpretese la gestión del sector estratégico como la prestación del servicio público relacionado con el respectivo sector estratégico.

3. Por otra parte, debe interpretarse que el Estado Central, a través de las autoridades de control y regulación competentes de

la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal, podrá delegar a empresas mixtas, o excepcionalmente a la iniciativa privada o economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, en los casos contemplados en la ley de la materia o sector pertinente.

4. También debe interpretarse que cuando las instituciones del Estado requieran gestionar algún sector estratégico como medio para poder prestar los servicios públicos que les son inherentes, como en el ejemplo que expone el señor presidente de la república en la solicitud de interpretación constitucional, respecto al Ministerio de Defensa, aquellas no necesitan constituir empresas públicas ni compañías de economía mixta para poder acceder a los títulos habilitantes respectivos, a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal. Así, para concederle frecuencias dentro del espacio radioeléctrico al Ministerio de Defensa para la gestión de sus comunicaciones, dicha entidad podría ser directamente beneficiaria de un título habilitante, sin necesidad de tener que constituir una empresa pública.

5. Asimismo, se interpretará en lo atinente a casos de excepción indicados en el punto 3 de esta sentencia esto es, para que la iniciativa privada y la economía popular y solidaria puedan gestionar sectores estratégicos y/o prestar servicios públicos en el ámbito de las disposiciones constitucionales consultadas, deberán ceñirse a lo establecido en la ley correspondiente y a lo regulado por las autoridades competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal.

6. De Conformidad con lo establecido en el artículo 52 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, aplicables a la presente causa, esta sentencia interpretativa tiene carácter normativo y rige hacia el futuro, así como el carácter vinculante general, de conformidad con lo señalado en el artículo 159 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 del 22 de octubre del 2009."

El pronunciamiento expedido por la Corte Constitucional establece la base sobre la cual se instrumentalizará la concesión de servicios públicos por parte de la Administración Pública Central.

2.4.4. Régimen jurídico de la responsabilidad del concesionario frente al usuario del servicio público

Una vez que se ha dilucidado el espectro legal que aplica a la concesión de servicios públicos, se puede analizar la responsabilidad de dicho concesionario del servicio público.

La responsabilidad que adquiere el concesionario de servicios, nace en virtud de la disposición contenida en el segundo inciso del numeral 9 contenido en el artículo 11 de la Constitución, disposición que se manifiesta en los siguientes términos:

“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.”

En virtud de la disposición citada es claro que el concesionario está obligado a responder por los daños que este pueda causar a los administrados, ya

que el mismo actúa en virtud de una potestad pública que le ha permitido brindar determinado servicio público, por lo cual se somete al régimen jurídico de Derecho Público; esto tomando en cuenta la naturaleza de la actividad que presta.

Debido a que al Estado le es imputable la responsabilidad de carácter objetivo, esta responsabilidad también la es atribuible al concesionario de servicios públicos en general, añadiendo que estos últimos deberán responder por sus acciones y omisiones en la forma prevista en el artículo citado.

CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESO

Para conocer el proceso que debe seguir el administrado dentro de los reclamos que este tenga por daños sufridos a causa de concesionarios de servicios públicos, en el ejercicio de la prestación de los mismos.

Al respecto cito el artículo 300 de la referida ley, manifiesta:

“Art. 300.- Objeto. Las jurisdicciones contencioso tributaria y contencioso administrativa previstas en la Constitución y en la ley, tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídico administrativa, incluso la desviación de poder.

Cualquier reclamo administrativo se extinguirá, en sede administrativa, con la presentación de la acción contencioso tributaria o contencioso administrativa. No serán admisibles los reclamos administrativos una vez ejercidas las acciones contencioso tributarias o contencioso administrativas.”

En virtud del artículo citado el usuario de servicios públicos puede accionar la vía Contencioso-Administrativa contra aquellos concesionarios de los servicios públicos aludidos, tomando en cuenta que todo acto y omisión de

los concesionarios, en el ejercicio de la actividad pública encomendada, se encuentra regido bajo el derecho público y por lo tanto son susceptibles de reclamo a través del recurso administrativo. Ya que el régimen de derecho público es atribuido por la actividad que es de índole pública, mas no por la naturaleza de la persona que la realiza.

Lo previamente manifestada se concatena con lo dispuesto en el artículo 301 del cuerpo legal ya referido, que me permito citar textualmente:

“Están sujetos a la jurisdicción contencioso administrativa también las personas de derecho privado que ejerzan potestad pública en virtud de concesión o delegación a la iniciativa privada, por las acciones u omisiones que ocasionen daños en virtud del servicio concesionado o delegado.”

El texto citado, es claro y determina la responsabilidad que acarrea las acciones y omisiones de los concesionarios de servicios públicos, todo lo cual deberá ser ventilado a través de la jurisdicción contencioso administrativa.

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Tomando en cuenta que los concesionarios de servicios públicos y sus acciones se encuentran regidos bajo el derecho público, todos aquellos reclamos—como se manifestó previamente dichos reclamos se instrumentalizan a través de recursos contencioso-administrativo- que se encaminen contra concesionarios de servicios públicos, se las resolverá y propondrá ante las Salas de lo Contencioso Administrativo.

De conformidad a lo prescrito en el numeral 8 del artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial:

“Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo:

8. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en

ejercicio de una potestad pública, en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de 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 subrayado me pertenece).”

Con lo antes manifestado, se clarifica el panorama del usuario del servicio público afectado por una mala prestación del mismo, para que este pueda dirigir su queja a través del órgano jurisdiccional previsto en el artículo legal antes referido.

Durante el desarrollo del presente estudio, se ha evidenciado que la Constitución reconoce y garantiza el “derecho de repetición” al Estado, en los casos que este ha debido reparar e indemnizar al administrado a causa de un daño irrogado por algún funcionario, delegatario o concesionario.

El desarrollo de este derecho se ve reflejado en el Código Orgánico de la Función Judicial, ya que en este cuerpo legal se faculta a los Jueces de las Salas de lo Contencioso Administrativo a conocer y resolver la instrumentalización del derecho de repetición por parte del Estado.

Todo lo cual se encuentra reflejado en el numeral 14 del artículo 207 del cuerpo legal mencionado:

“14. Conocer y resolver las causas que instaure la Administración para repetir las indemnizaciones que hubiere tenido que pagar por sentencias firmes dentro de juicios contencioso administrativos, por la responsabilidad declarada de sus servidores o de las personas que por delegación, concesión o privatización, se les haya entregado servicios públicos; y,”

LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL

Al respecto del derecho de repetición del Estado y su ejercicio, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional publicada en el Registro Oficial No. 52 de fecha 22 de Octubre de 2009, aclara el objeto, naturaleza y alcance de la acción a través de la cual la Administración Pública y sus entidades adscritas hacen ejercicio del derecho constitucional antes referido, esto se irradia en el articulado 67 de su Capítulo X “REPETICIÓN CONTRA SERVIDORAS Y SERVIDORES PÚBLICOS POR VIOLACIÓN DE DERECHOS”.

“Art. 67.- **Objeto y ámbito.**- La repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos.

Se considera como servidoras y servidores públicos a las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Este artículo también se aplica para las servidoras y servidores judiciales.

La acción prescribirá en el plazo de tres años, contados a partir de la realización del pago hecho por el Estado.”

El artículo además de determinar el objeto y alcance de la acción de repetición del Estado, establece una definición de servidor público, esta definición es puntual para que a través de ella se determine los funcionarios que podrán ser accionados por el Estado.

En base a ello se puede establecer que los concesionarios de servicios públicos pueden ser repetidos por el Estado, por los daños que este último ha debido resarcir debido a los actos lesivos inferidos por su concesionario; esta acción se la puede presentar dentro del plazo de 3 años, conforme lo establece el artículo legal citado previamente.

Sobre la base de lo manifestado, es claro el régimen jurídico, bajo el cual se encuentran reguladas las actuaciones y omisiones de los concesionarios de servicios públicos, de lo cual es claro las consecuencias y responsabilidades que devienen a dicho actor, por los daños y perjuicios que, sus actos lesivos, puedan generar en los administrados.

CAPÍTULO III. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE AL USUARIO EN CASO DE SERVICIOS PÚBLICOS CONCESIONADOS

Para analizar la responsabilidad del Estado frente al usuario de servicios públicos, se debe partir de una premisa “el Estado es el obligado a brindar servicios públicos de calidad y como tal, responder por los daños que reciban los usuarios de dichos servicios”.

Esta premisa tiene asidero en diversas disposiciones contenidas en el marco constitucional vigente en el Ecuador.

Durante el presente estudio se ha analizado al marco normativo y la figura contractual bajo la cual el Estado se encuentra provisto de la facultad de delegar a la iniciativa privada, la prestación de servicios públicos que le correspondería brindar, figura contractual conceptualizada en el término “concesión”.

Se ha evidenciado también, que el usuario del servicio público está revestido de derechos reconocidos a nivel constitucional e instrumentalizado a nivel de normativa legal –como en la Ley de Defensa del Consumidor-.

Esta protección integral incluye reconocimiento de garantías como aquella relativa a la reparación integral del daño sufrido, la cual constituye el punto central del andamiaje garantista, del cual se encuentra provisto el usuario de servicios públicos.

Establecer responsabilidad del Estado, por sus actos y omisiones, constituye un reconocimiento y apego expreso de su actividad al principio de legalidad vigente en nuestro marco constitucional, criterio compartido por el autor Ricardo Hoyos, en los siguientes términos: “La responsabilidad de la administración es la contrapartida a sus poderes de ejecutabilidad, por sí y ante sí, de los actos que considera necesarios a cumplimiento de sus fines. Lo contrario sería imposición arbitraria, ruptura de la legalidad”. (Hoyos Duque, 1984, p.8)

Sobre el fundamento de la responsabilidad del Estado frente al usuario de servicios públicos, se debe citar al tratadista Luis Fernández Mejía quien se circunscribe en los siguientes términos,

“La Administración no responde por su culpa, tomado en sentido privatista, sino por las faltas o fallas cometidas en ejercicio de sus funciones, siempre que provengan de una actuación tardía o defectuosa, de hechos u omisiones que generen un daño” (Fernández, 1987, p. 14).

Criterio que se complementa con aquel propuesto por la tratadista Margarita Beladiez, quien habla del régimen de responsabilidad estatal en el caso concesiones de servicios públicos, en el siguiente sentido:

“El objeto de toda delegación es atribuir los actos del delegado al delegante, por lo que si se considerase que el contratista o concesionario actúa como delegado de la administración, al imputársele a ella la actividad realizada por aquél, se le imputarían también los daños que éste causara.”

Sobre la base de lo manifestado, se ha podido evidenciar que la responsabilidad atribuible al Estado, dentro del régimen de la prestación de servicios públicos concesionados, es de carácter solidario, objetivo y directo, por lo cual se puede manifestar que el Estado responde por la consecuencia de los actos y omisiones de sus concesionarios de servicios públicos.

3.1. Fundamentos de la responsabilidad del estado frente al usuario en caso de servicios públicos concesionados

Previo a determinar la responsabilidad del Estado frente al usuario de servicios públicos, se deben analizar las distintas teorías que abarcan el tema de la responsabilidad estatal.

3.1.1 Teoría de la igual repartición de las cargas públicas

Para el mentor de esta teoría, Jorge Teissier, basta con la existencia de una relación de causalidad entre el acto del poder público y el daño irrogado al administrado, para que se configure la responsabilidad del Estado.

Esta teoría parte del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, razón por la cual ninguno de ellos debe sufrir, más que otros; si por el contrario, excepcionalmente, alguno sufre más que otro a causa de actos u omisiones proveniente del poder público, éste debe ser indemnizado del mismo presupuesto con el que cuenta el Estado, que a su vez se encuentra conformado por las contribuciones de la colectividad.

En nuestro marco constitucional la igualdad entre ciudadanos se encuentra plenamente garantizado, conforme se irradia en el numeral 4 del artículo 66, al reconocer como derecho de libertad el siguiente: “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.

3.1.2. Teoría objetiva o del riesgo

El fundamento de la responsabilidad objetiva del Estado en casos de prestación de servicios públicos, se encuentra en las disposiciones de la Constitución ecuatoriana vigente, pero además guarda fundamento en la teoría del riesgo creado, de la forma que lo prevé Margarita Beladiez, quien acertadamente manifiesta:

“...El hecho de que la responsabilidad tenga carácter objetivo no significa que tengan que ser indemnizados todos los daños que cause un servicio público. Como se estudiará más adelante, para que surja este tipo de responsabilidad no basta con que exista una relación de causalidad –como suele entender, tanto la doctrina como la jurisprudencia-, sino que, además, es preciso un requisito adicional: que *el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público*, o, lo que es lo mismo, que ese daño pueda ser *objetivamente imputable* al sujeto que lo ha causado.” (Beladiez Rojo, 1997, p. 50).

Conforme a lo citado se sigue que, para la determinación de la responsabilidad objetiva, se parte del hecho que la prestación de servicios públicos suponen la creación de riesgos, razón por la cual el Estado y sus prestatarios de servicios responderán objetivamente por los daños que ocasionen en los usuarios de los mismos.

Como ya se manifestó, en nuestro país, al regir un Estado de Derechos y Justicia, el fundamento para la determinación de la responsabilidad objetiva se encuentra en la Constitución, ya que sobre la base de ella y sus principios se ha configurado la estructura normativa del país.

Encontramos así que el Estado se convierte en responsable por la provisión de servicios públicos, conforme lo determina el art- 11 numeral 9 de la constitución:

“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.”

Cabe mencionar que el ejercicio de dicha responsabilidad según propias disposiciones de la Constitución esta es una responsabilidad de carácter objetivo, ya que en el artículo 86 numeral 3, se propone la inversión en la carga de la prueba, en aquellos casos en los que el Estado y sus funcionarios son accionados por un administrado; de conformidad a lo evidenciado en el texto del artículo citado:

“Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no

demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse...”

La misma autora, Margarita Beladiez, previamente aludida establece que, para que el riesgo sea jurídicamente relevante al régimen de servicios públicos, éste debe ser inherente al servicio en cuestión, esto lo manifiesta de la siguiente manera:

“Para que pueda considerar que el riesgo es creado por el servicio es preciso que, además de tratarse de un riesgo general, dicho riesgo sea inherente al servicio o actividad de que se trate. De esta forma pretende delimitarse el riesgo creado por el servicio, de aquellos otros que se manifiestan con ocasión de su funcionamiento, pero que tienen su origen al margen del mismo.”
(Beladiez Rojo, 1997, p. 105).

Autores como Miguel Hernández Terán, encuentran en esta teoría ventajas de orden práctico, conforme el referido autor lo manifiesta: “Presenta la teoría que estudio, y que apoyo, ventajas de orden práctico muy significativas:

- 1) Siendo objetiva no requiere demostración de culpa alguna.
- 2) Mantiene su vigencia no obstante ser la causa del perjuicio desconocida.”
(Hernández, 1992, p. 41).

3.1.3. Teoría de la falta o falla del servicio

Esta teoría supone que el nacimiento de la responsabilidad del Estado surge a partir de una incorrecta o indebida prestación del servicio público, que haya causado efectos lesivos al administrado. Esta responsabilidad puede

surgir a partir de dos supuestos, que el servicio no ha funcionado; que el servicio ha funcionado mal.

Esta teoría es compartida por Ricardo Hoyos, quien se manifiesta de la siguiente manera:

“Es la irregularidad del servicio mismo, independientemente de la individualización en un agente administrativo, la que compromete el patrimonio público. La mala organización, el funcionamiento defectuoso de origen anónimo en la actividad del servicio, es suficiente. No es la falta identificable en un funcionamiento determinado, la que implica responsabilidad. Aun la mala gestión, general, la deficiente conducción del servicio, involucra al Estado como responsable de los daños ocasionados”. (Hoyos Duque, 1984, p. 15).

Para el autor en mención, la responsabilidad del Estado se extiende hacia todos los eventos posibles, sin mediar eximente de responsabilidad alguno, este criterio es pertinente para el presente estudio ya que el mismo se enmarca plenamente en los parámetros prefijados para el régimen de responsabilidad objetiva estatal, vigente en nuestro país.

Ya que en esta teoría se habla de una culpa de carácter objetivo, cito una vez más al autor Ricardo Hoyos, quien analiza la particularidad de esta teoría, en los siguientes términos:

“La peculiaridad de esta teoría se halla justificada por la propia naturaleza del Estado y la misión de carácter social que cumple. La complejidad que reviste la Administración Pública, en relación con la privada, exige un tratamiento distinto, que debe encararse a partir de parámetros propios”. (Hoyos Duque, 1984, p. 14).

La Constitución ecuatoriana se ha hecho eco acerca del postulado impartido por esta teoría, lo cual se puede corroborar en base a lo manifestado en el texto de su artículo 54:

“Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore.”

Artículo que se complementa con lo dispuesto en el articulado 52 de la misma carta Constitucional ecuatoriana, al reconocer el derecho de los administrados a, acceder a servicios públicos de calidad y ser reparados por daños irrogados a ellos, debido a deficientes prestaciones de servicios; todo esto se lo establece de la siguiente forma:

“Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.”

3.1.4. Teoría de la obediencia

Teoría propugnada por el alemán Zacharie, cuya base doctrinal se centra en el principio de obediencia, que deben los administrados respecto de los actos y disposiciones que emanen del Estado, los mismos que son instrumentalizados a través de sus funcionarios y representantes.

Tal como lo explica Miguel Hernández Terán, “Su teoría es muy sencilla: el Estado exige a los administrados obedecer las disposiciones emanadas de los funcionarios estatales; esto determina que a su vez el Estado garantice la

reparación de los daños que esos funcionarios pudieran causar.” (Hernández Terán, 1992, p. 44).

El mayor avance doctrinal que se encuentra en esta teoría es la forma de determinación de la responsabilidad estatal, ya que plantea que el autor de la disposición que lesiona al administrado es el funcionario público.

Razón por la cual dicho sujeto es el responsable directo de resarcir el daño a través de la indemnización respectiva.

En el evento que dicho funcionario se encuentre imposibilitado de honrar la indemnización establecida, será el Estado quien subsidiariamente responderá por el daño irrogado al administrado, quedando a salvo el derecho de repetición que le asiste al Estado, para poder exigir el pago de la indemnización que debió honrar, a causa de la actuación de su funcionario, delegatario o concesionario.

3.1.5. Teoría de la responsabilidad contractual

Esta teoría centra su atención en la existencia de un vínculo contractual entre, el Estado y sus funcionarios, vínculo bajo el cual el Estado se responsabiliza por los actos u omisiones de sus dependientes así como por las consecuencias de los mismos.

En el caso de concesión de servicios públicos, se puede establecer que el vínculo contractual existente entre el concesionario y el Estado, es aquel bajo el cual el Estado delegó la prestación del servicio público a la iniciativa privada, por lo cual esta teoría aplica claramente al régimen de servicios públicos concesionados.

El razonamiento utilizado en la presente teoría es muy sencillo, que se puede resumir en tres puntos:

- Los funcionarios y concesionarios de servicios públicos, actúan como tales, revestidos de una potestad pública la cual se ha sintetizado previamente en una relación contractual con el Estado.

- En virtud del vínculo contractual existente, todos aquellos actos de funcionarios y concesionarios de servicios públicos, se reputan actos del Estado mismo, ya que dichos funcionarios externalizan la voluntad del Estado.
- Por dicha razón el Estado es responsable de las consecuencias jurídicas que se disipen a partir de los actos y omisiones, efectuados por sus funcionarios y concesionarios, dentro del ejercicio de la potestad pública concedida a ellos.

En virtud del vínculo contractual en alusión el Estado adquiere responsabilidad directa sobre las consecuencias que generen los actos lesivos y omisiones de sus funcionarios y concesionarios dentro del desarrollo de la actividad pública encargada.

3.1.6. Teoría del enriquecimiento sin causa

Esta teoría propugnada por Hauriou, parte de la premisa que, nadie –ni aun el Estado mismo- puede incrementar su patrimonio causando el decrecimiento del patrimonio ajeno.

Esta teoría reprocha aquel enriquecimiento efectuado por el Estado, a costas del daño sufrido por uno de sus administrados, sin que haya mediado causa legítima para ello.

Sobre dicho razonamiento nacen los elementos que configuran la responsabilidad del Estado:

- Que el daño sufrido por el administrado permita el enriquecimiento del Estado.
- Siempre y cuando este enriquecimiento adolezca de causa legítima alguna.

Sobre la coyuntura actual, es claro que ningún Estado busca enriquecerse a costa del daño irrogado a sus administrados, por lo que esta teoría carecería de mayor relevancia práctica.

3.1.7. Teoría de la vigencia del estado de derecho y sus postulados

Según el mentor de esta teoría, Miguel Marienhoff, postula que el génesis de la responsabilidad estatal se halla en las disposiciones contenidas en el marco jurídico, que reconoce y garantiza los derechos de los administrados y que estos a la vez constituyen los presupuestos necesarios para brindar seguridad jurídica.

Esta teoría hace énfasis en el principio de subordinación del Estado al Derecho, lo cual constituye una garantía básica al Estado de derecho así como al principio de seguridad jurídica.

La premisa fundamental, impartida por esta teoría es que, si el Estado y sus funcionarios lesionan algún derecho reconocido y garantizado constitucionalmente, será el mismo Estado que deba reparar dicho daño irrogado, a través del pago de una indemnización.

3.2. Alcance

Sobre las teorías analizadas se puede extraer que las mismas aportan al régimen de responsabilidad pública, por prestación de servicios públicos concesionados, estableciendo elementos configuradores de la misma, los cuales se sintetizan en los siguientes puntos:

- La existencia de un daño actual y comprobable.
- La relación causal entre la prestación del servicio público -a cargo del concesionario- y la materialización del daño causado.
- La imputabilidad del daño al prestador del servicio público y al titular del mismo.
- La configuración de un factor de atribución al prestador del servicio y al Estado, en calidad de titular del servicio.
- La inexistencia de la responsabilidad jurídica, por parte del usuario de servicios públicos, en soportar el daño irrogado por el concesionario del servicio, tal como lo dispone el artículo 211 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE):

“Indemnización.- Serán indemnizados los daños causados a las personas cuando éstas no tengan la obligación jurídica de soportarlos.”

La existencia de un daño actual

Corresponde el factor inicial de atribución de responsabilidad objetiva del Estado, ya que sin mediar la existencia de un daño, no cabría la imputación de responsabilidad al Estado.

Así mismo se debe considerar que el daño sufrido, debió ser causado dentro del ejercicio de prestación de servicios públicos.

Tomando en cuenta que el régimen de responsabilidad objetiva, prevé la inversión de la carga de la prueba, bastará que el administrado alegue la existencia del daño, para que sea el Estado, quien deba demostrar lo contrario, ya sea la inexistencia del daño o que este daño fuera atribuido a cuestiones de caso fortuito o fuerza mayor.

Relación de causalidad entre el daño y la prestación del servicio público

El punto primordial, bajo el cual se determinará la responsabilidad del Estado por daños irrogados a los usuarios de servicios públicos, constituye el establecimiento de un nexo causal entre el daño y el ejercicio de la prestación de determinado servicio público. De tal manera se configurará el requisito de relevancia jurídica del daño.

Partiendo como punto de referencia que el Estado es el responsable por la provisión de servicios públicos, aun cuando estos no sean prestados directamente por éste último, según lo determina el artículo 314 de la Constitución:

“El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.”

En virtud de lo expuesto se infiere que, bastaría con establecer el nexo de causalidad antedicho, para determinar la responsabilidad del Estado por el daño irrogado al usuario, sin perjuicio del derecho de repetición al que tiene derecho el Estado contra su concesionario.

La imputabilidad del daño al prestador del servicio público y al titular del mismo.

La imputabilidad del daño al Estado, puede tener su origen en, falta o en su defecto en falla del servicio, ocasionado por una indebida prestación del servicio determinado.

Esto tiene asidero en el carácter directo de la responsabilidad pública, ya que para que el Estado y sus concesionarios sean jurídicamente responsables, se deberá imputar la materialidad del daño a determinado acto u omisión, incurrido por el prestador del servicio público.

Al ser el Estado el obligado a prestar y vigilar que los servicios públicos sean de calidad, sin tomar en cuenta que los preste él directa o indirectamente, la imputación directa del daño al Estado guarda asidero en la normativa legal vigente en el Ecuador.

La configuración de un factor de atribución al prestador del servicio y al Estado, en calidad de titular del servicio.

El factor atributivo de responsabilidad aplicable al régimen de prestación de servicios públicos es aquel de carácter objetivo, tomando en consideración que la normativa constitucional vigente, esta ha determinado dicho factor atributivo de responsabilidad, tanto para el Estado como para sus funcionarios, delegatarios y concesionarios de servicios públicos.

Este factor de atribución objetivo es propio e inherente para aquellas actividades así como para los sujetos regidos bajo las disposiciones del derecho público; todo esto se manifiesta tomando en consideración teorías previamente citadas, tales como, teoría del riesgo creado; falta o falla de servicios, vigencia del estado de derecho y sus postulados; igual repartición de cargas públicas.

Responsabilidad solidaria del Estado, respecto de sus funcionarios, concesionarios y delegatarios.

Como ya se ha manifestado el Estado, sus funcionarios, concesionarios y delegatarios adquieren responsabilidad objetiva por aquellos actos y omisiones que vulneren derechos de los administrados, dentro de la prestación de servicios públicos.

De conformidad a los postulados planteados por las teorías analizadas anteriormente como aquellas de, la responsabilidad objetiva; de la vigencia del estado de derecho y sus postulados; de la falta o falla de servicio; de la obediencia.

Teorías que guardan estrecha concatenación a lo previsto en el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución ecuatoriana:

“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. “

Esta norma, establece la responsabilidad del concesionario frente al usuario por los daños y perjuicios derivados de la mala calidad del servicio público concesionado.

No obstante, el inciso segundo del artículo 314, permite también afirmar que el Estado no deja de ser responsable por la buena prestación de los servicios públicos, pues es el garante de la calidad de los mismos:

“El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación”.

Esta responsabilidad se extiende y se convierte en solidaria al determinar que el Estado tiene el deber constitucional de prestar servicios públicos adecuados a los principios previamente enunciados, con el único objetivo de lograr su último fin, el cual es el bien común.

Esta responsabilidad solidaria que adquiere el Estado, frente al usuario del servicio público, se determina que es una de carácter civil, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 92 del mismo texto constitucional.

“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.”

Sobre la base de lo manifestado, queda claro que la Administración Pública responderá civilmente de manera directa por todos aquellos daños producidos a los usuarios de servicios públicos, ya que los mismos se encuentran a cargo de dicha Administración Pública, razón por la cual no

constituye un imperativo determinar si esta presta última los servicios públicos en forma directa o a través de un tercero.

De tal manera que, el usuario del servicio público que se ha visto afectado por un concesionario de dichos servicios, puede exigir inmediatamente la reparación integral del daño al Estado, en su calidad de titular del servicio catalogado bajo el carácter público.

Lo manifestado se ha desarrollado e instrumentalizado plenamente en el ámbito legal, de manera concreta y expresa en la ley de Defensa del Consumidor, concretamente en el numeral 8 de su artículo 4: “8. Derecho a la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios;”

Como una consecuencia y ramificación de la determinación de responsabilidad solidaria del Estado, en los casos de concesiones de servicios públicos, la misma constitución ha garantizado el derecho de repetición del Estado contra sus funcionarios, concesionarios y delegatarios. Para que éste pueda exigir la devolución de lo pagado, por causa de actos lesivos y omisiones de los funcionarios previamente enunciados.

Este derecho se encuentra garantizado en el inciso final del numeral 9, contenido en el artículo 11 de la Constitución: “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. “

Doctrinarios como Luis Fernández Mejía, comparte el criterio previamente irradiado, referente a la responsabilidad objetiva y solidaria del Estado; en los siguientes términos:

“En la actualidad debido a la integración que hay entre funcionario y Estado, este último responde directa y solidariamente por las faltas o fallas en la administración, y si paga tiene derecho a repetir contra el verdadero causante del daño. La Administración deberá responder objetivamente por el daño causado.”

Es menester puntualizar que la solidaridad del Estado, redunda únicamente en la responsabilidad civil, ya que la doctrina y la base constitucional analizada, deja en clara salvedad la responsabilidad administrativa y penal que adquiere el causante del daño, -hábese de funcionarios, concesionarios y delegatarios de la administración pública-.

CAPITULO IV. CONCLUSIONES

En base al presente estudio realizado, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- 1) El Estado se encuentra obligado constitucionalmente a proveer servicios públicos que determine la constitución y la ley, adecuados a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad.

La prestación de servicios públicos que se alejen de dichos principios se entenderá que corresponde a una forma indebida de prestación del referido servicio, por lo cual los usuarios podrían exigir las reclamaciones

- 2) El Estado, en forma excepcional podrá delegar a la iniciativa privada, empresas públicas y entidades del sector popular y solidario, la prestación de determinado servicio público.

La delegación de la prestación del servicio público a la iniciativa privada, se prevé únicamente en aquellos casos en que el Estado no disponga de la capacidad e infraestructura técnica que requiera determinado servicio público.

- 3) La figura legal aplicable a la delegación de servicios públicos se encuentra conceptualizada en el término “concesión”, existe una discusión doctrinal respecto de la naturaleza jurídica de la institución en referencia, esta discusión versa sobre la determinación de la concesión como una figura contractual o establecerla como un acto.

De la base doctrinal analizada se comparte el criterio que redundo en que la concesión es una figura contractual, lo cual presupone que nos encontramos frente a una institución especial, ya que la misma no se encuentra contenida ni, en la Ley Orgánica de Contratación Pública,

mucho menos en su reglamento; como en primera instancia se lo apreciaría.

La figura como tal se prevé en la Constitución, mas su instrumentalización legal se ha desarrollado en cuerpos normativos como el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y el Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización.

- 4) Que el Estado, sus funcionarios, concesionarios y delegatarios, se encuentran inmersos en el régimen de responsabilidad objetiva y directa, respecto de sus actos y omisiones, dentro del ejercicio de la potestad pública que les ha sido encomendada en razón de su cargo.
- 5) Que el usuario de servicios públicos tiene derecho al acceso a servicios públicos de calidad, bajo los parámetros de eficiencia y eficacia, derechos reconocidos constitucional y legalmente.
- 6) Que el usuario, que ha sufrido daños y perjuicios por una incorrecta prestación de servicios públicos, tiene derecho a la reparación integral del daño, así como a exigir la indemnización de índole civil al titular del servicio; y las sanciones administrativas y penales, al causante del daño irrogado.
- 7) Que el Estado, al ser titular de los servicios públicos y al estar obligado constitucionalmente a prestarlos, se encuentra obligado a responder civilmente por los daños y perjuicios generados a los usuarios de dichos servicios.
- 8) Esta responsabilidad civil del Estado, es de carácter solidaria, ya que los servicios públicos se encuentran a su cargo y tomando en cuenta la íntima conexión existente entre el Estado y sus funcionarios,

concesionarios y delegatarios; sus actos y omisiones que generen daño en los administrados, le son imputables al Estado.

- 9) En virtud del postulado sintetizado en el numeral precedente, se colige que el usuario de servicios públicos, lesionado a causa del concesionario del servicio, puede exigir su reparación civil integral directamente al Estado, sin necesidad de agotar previamente la exigibilidad al causante del daño.

- 10) Que el Estado se encuentra asistido del derecho de repetición, para que lo pueda ejercitar en aquellos casos que este ha debido indemnizar a los administrados por daños sufridos a causa de omisiones y actos lesivos originados en sus, funcionarios; delegatarios y concesionarios de servicios públicos.

REFERENCIAS

- Acosta, M. (1997). *Teoría General del Derecho Administrativo*. México. Editorial Porrúa.
- Beladiez, M. (1997). *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*. Madrid, España: Editorial Tecnos S.A.
- Benalcázar, J. (2007). *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*. Quito, Ecuador: Editorial
- Cabanellas G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Cassinni, J. (1974). *Derecho Administrativo Volumen II*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.
- Cavallo, C. (2007). *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires, Argentina: AbeledoPerrot.
- Código Civil*. (2014). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*. (2014). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico de la Función Judicial*. (2014). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. (2014). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico General de Procesos*, (2014). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de junio de 2011.
- Dromi, R. (2006). *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Argentina, Ciudad Argentina..
- Fernández, L. (1987). *La Responsabilidad Contractual del Estado*, Bogotá, Colombia: Jurídica Radar Ltda.

- Hernández, Miguel. (1992). *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Guayaquil-Ecuador: Edino.
- Hoyos, R.(1984). *La responsabilidad Patrimonial de la Administración pública*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis Librería.
- Ley de Compañías*, (2012). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley de Defensa del Consumidor*. (2014). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley de Empresas Públicas*, (2014). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial Suplemento 52, de 22 de octubre de 2009.
- Sarmiento, J. (1999). *Concesión de Servicios Públicos*. Buenos Aires, Argentina: Ciudad Argentina.

ANEXOS

ANEXO 1
CASO NÚMERO 1

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia interpretativa No. 001-12-SIC-CC

Registro Oficial: 629, Suplemento, 30 de enero de 2012.

- *AUTORIZACIÓN A LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE GESTIONAR LOS SECTORES ESTRATÉGICOS Y/O PRESTAR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: Delegación A Empresas Mixtas, o a la Iniciativa Privada o Economía Popular y Solidaria, de la Gestión de los Sectores Estratégicos y/o la Prestación de Servicios Públicos*

PROCESO.-

“**ANTECEDENTES:** El señor economista Rafael Correa Delgado, presidente constitucional de la república, al amparo de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 155 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, solicita la interpretación del contenido de los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República.

Resumen de admisibilidad

La presente solicitud de interpretación constitucional fue planteada ante esta Corte Constitucional el 12 de agosto del 2010 a las 11h55.

De conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 127 del 10 de febrero del 2010, el secretario general del Organismo certifica que no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, conformada por los doctores Patricio Pazmiño Freire, Alfonso Luz

Yunes y Patricio Herrera Betancourt, mediante auto del 01 de diciembre del 2010 a las 18h14, califica la admisibilidad de la solicitud de interpretación constitucional, indicando que la misma, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80, literal e de la Ley de la materia, norma jurídica aplicable al caso, se dispone remitir a la Secretaría General el extracto de la solicitud de interpretación presentada, con el fin de que se publique en el Registro Oficial y en el portal electrónico de la Corte Constitucional, y que se proceda al sorteo correspondiente para la sustanciación de la presente causa, misma que es publicada en el Registro Oficial No. 360 del 11 de enero del 2011.

De conformidad con el sorteo efectuado por el Pleno del Organismo, en sesión ordinaria del 16 de diciembre del 2010, le correspondió al Dr. Manuel Viteri Olvera actuar como juez sustanciador de la causa, quien mediante providencia del 08 de febrero del 2011 a las 08h30, avoca conocimiento de la presente acción de interpretación constitucional, y se dispone notificar con el contenido de la misma al economista Rafael Correa Delgado, presidente constitucional de la república.

Norma constitucional objeto de interpretación

Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008)

Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia (...).

Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. (...).

Art. 316.- El estado podrá delegar la participación en los sectores

estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley’.

Razones por las cuales se solicita la interpretación constitucional

El señor economista Rafael Correa Delgado expone las razones por las cuales requiere la interpretación:

Indica que durante la década de los noventa en que se inició la tendencia privatizadora del Estado, los servicios públicos cuya prestación era responsabilidad estatal (agua potable, riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, etc.) podían ser prestados directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, sin dar prioridad a ninguno de estos actores. Es decir, daba exactamente igual si los servicios públicos eran prestados por el Estado o por el sector privado; por lo tanto, no existía preferencia alguna a favor de ninguno de ellos.

Que esta tendencia fue recogida en el artículo 249 de la Constitución Política de 1998, y fue radicalmente revertida por nuestra actual Constitución, que establece que la administración y gestión tanto de los sectores estratégicos como de los servicios públicos, corresponden prioritariamente al Estado.

Así, el artículo 313 de la Constitución señala que corresponde al Estado ‘el derecho de **administrar**, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos’, y el artículo 314 ibídem señala que ‘el Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley...’.

Que para la **gestión** de los sectores estratégicos y prestación de los servicios públicos, la Constitución establece en su artículo 315 que el Estado debe constituir empresas públicas, con lo cual queda claro que la gestión de estos sectores corresponde, en primer lugar, a las empresas públicas.

Que de manera secundaria, el Estado puede delegar la participación en los sectores estratégicos y en los servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria, y solo de manera excepcional se puede **delegar** a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria el ejercicio de estas actividades (artículo 316 Constitución).

Que está claro entonces, que la **administración**, regulación y control de los sectores estratégicos y de los servicios públicos, corresponde exclusivamente al Estado, mientras que la **gestión** de estos corresponde prioritariamente a las empresas públicas, secundariamente a las compañías de economía mixta en las que el Estado tenga mayoría accionaria, y excepcionalmente a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria.

Que en virtud de la facultad administradora que la Constitución de la República le confiere al Estado sobre los sectores estratégicos y los servicios públicos, es a este a quien le corresponde **autorizar** las empresas públicas para la gestión de los mismos. En otras palabras, el Estado autoriza y las empresas públicas gestionan.

No obstante el esquema anteriormente planteado, podría eventualmente interpretarse que las empresas públicas, al ser parte del Estado, tendrían también facultades administrativas y de regulación y control sobre los servicios públicos y sectores estratégicos, cosa que es contraria a la esencia misma de las empresas públicas, cuya misión consiste exclusivamente en la gestión de aquellos.

Que, asimismo, pueden presentarse situaciones en las que entidades del Estado distintas a las empresas públicas, necesiten, con motivo de la prestación de los servicios públicos que les son inherentes, la gestión de

algún sector estratégico. Por citar un ejemplo, el ministro de Defensa necesita gestionar parte del espectro radioeléctrico (sector estratégico) para las comunicaciones requeridas en la coordinación de las actividades de defensa entre las diferentes fuerzas. Sin embargo, el Ministerio de Defensa no es una empresa pública ni una compañía de economía mixta, y por lo tanto una interpretación restrictiva de la norma constitucional podría generar que se le niegue el título habilitante para el uso del espectro radioeléctrico, ocasionando así graves perjuicios al funcionamiento normal de la Administración Pública.

Petición concreta

En virtud de lo expuesto, considera que es necesario que se interpreten los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República, en el sentido de que la administración, regulación y control de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos corresponde, exclusivamente, al Estado, lo cual incluye la potestad de éste para autorizar a las empresas públicas o delegar a la iniciativa privada la gestión de los sectores estratégicos y de los servicios públicos.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

La Corte Constitucional, para el período de transición, es competente para conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición, publicado con la Constitución de la República de del Ecuador, en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008 y la Resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451 del 22 de octubre del 2008.

Asimismo, mediante sentencia interpretativa No. 001-08-SI-CC del 28 de noviembre del 2008, los integrantes del ex Tribunal Constitucional asumieron

el ejercicio provisional de las atribuciones constitucionales referentes al control, interpretación constitucional y administración de justicia constitucional.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 436 de la Constitución de la República, a la Corte Constitucional le Compete '1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante'.

El numeral 1 del artículo 3 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, aplicable a la presente causa, establece la competencia de la Corte Constitucional cuando dice: Efectuar la interpretación de la Constitución, tal como lo dispone el numeral 1 del artículo 436 antes referido.

La presente acción ha sido tramitada de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional y legal aplicable al caso.

Característica de la interpretación constitucional

La importancia de la interpretación constitucional se fundamenta, según Luis Prieto Sanchís: '... la Constitución como verdadera norma jurídica, como fuente de derechos y obligaciones susceptible de generar controversias que han de ser dirimidas por un órgano jurisdiccional. Como es obvio, si la Constitución siguiera siendo un documento político en manos del legislador y carente de garantía jurisdiccional difícilmente podría hablarse de problemas hermenéuticos, pues solo en un sentido muy lato cabe decir que el desarrollo legislativo constituya un acto de interpretación constitucional'.

Este mismo autor dice que si bien la interpretación constitucional es una modalidad de la interpretación jurídica, ofrece características especiales, como que:

a) Las normas constitucionales son 'en general esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas' y se adecúan más a los principios que a las reglas.

b) La misión de la jurisdicción constitucional no es tanto buscar la respuesta correcta en un caso determinado 'sino más bien la de indicar qué interpretaciones resultan intolerables. En otras palabras, el intérprete constitucional ha de asumir que se halla en presencia de un sujeto –libre– el legislador, y, por tanto que su tarea ha de ser más bien delimitar el camino dentro del cual la – interpretación política– resulta admisible o no arbitraria'.¹

1.- Luis Prieto Sanchís, artículo citado, p. 177.

La esencia de la interpretación constitucional no es buscar la decisión de un caso, sino, como dice el autor citado, la delimitación de un campo de licitud dentro del cual otros operadores jurídicos adoptarán la solución con arreglo a criterios políticos (legislador) o jurídicos (juez); por eso, su modo de argumentar no puede ajustarse a los cánones de subsunción, sino a los de la razonabilidad, que implican necesariamente un juicio valorativo y prudencial del que solo puede ser responsable el propio intérprete.

Alguna parte de la doctrina considera a la interpretación constitucional 'como actividad identificable en relación al sujeto que la practica: el Tribunal Constitucional'².

2.-Francisco J. Ezquiaga Ganuzas, La argumentación en la justicia constitucional española, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, p. 30.

Alonso García³ considera que la esencia de la interpretación es la elaboración de normas subconstitucionales en tanto resultado de la aplicación judicial de la Constitución.

3.-Enrique Alonso García, La interpretación de la Constitución, p. 5.

Rodolfo Luis Vigo⁴ dice que la interpretación constitucional 'tiene, en principio, un doble objeto posible: o bien se procura con ella fijar el sentido de una norma constitucional; o bien interesa para fijar el sentido de una norma o de un comportamiento en relación a la Constitución'.

4.-Rodolfo Luis Vigo, Interpretación constitucional, Abeledo-Perrot, p. 83,

Expresa Hesse⁵ que solo puede hablarse de interpretación constitucional 'cuando debe darse contestación a una pregunta de Derecho Constitucional que, a la luz de la Constitución, no ofrece una solución clara'.

5.-Hesse, Grundzuge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, (11 ed.,1978), pp. 20-2 1. Cita de Enrique Alonso García, La Interpretación de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 1.

Gadamer⁶ dice que 'la interpretación no es un acto complementario a la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar y, en consecuencia, la interpretación es la forma explícita de la comprensión'.

6.- Gadamer FI. G, Verdad y Método, Ed. Sígueme, Salamanca, 1984, p. 383.

Expresa Lief H. Carter⁷ que 'La Corte no descubre el derecho constitucional, lo hace. El problema surge porque interpretación implica descubrir algo preexistente y explicarla sin cambiarlo (Dworkin, 1982)'.

7.- Lief H. Carter, Derecho constitucional contemporáneo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 38-39.

Antonio López Pina⁸ dice que el problema de la interpretación constitucional es esencial para la Ciencia del Derecho y del Estado. Expresa que los

aspectos fundamentales de la interpretación constitucional son los siguientes:

8.- Antonio López Pina, *División de poderes e interpretación*. Tecnos, Madrid, 1987, pp. 132 y ss..

a) Se parte del reconocimiento que la Constitución como norma directamente aplicable, a pesar de que no todos los principios o preceptos de la Constitución tienen el mismo alcance desde el punto de vista de su eficacia;

b) Todos los órganos quedan vinculados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico;

c) Los órganos judiciales deben hacer una interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución;

d) El dogma de la ley inatacable y poderosa quedó en entredicho por el control de constitucionalidad, la excepción de inconstitucionalidad, y la cuestión de constitucionalidad en los Estados que la consagran como España en el artículo 163 de la Constitución;

e) Todos los preceptos de la Constitución, programáticos o no, tienen idéntico valor;

f) No se acepta la tesis de la Constitución entendida como una serie de mandatos dirigidos al Legislador, pero incapaces de ser invocados directamente por los ciudadanos; y,

g) Los derechos fundamentales no están al arbitrio del legislador, sino que se encuentran consagrados en la Constitución.

Es así que el método de interpretación constitucional participa de los métodos de interpretación del derecho en general⁹.

9.- Marco Gerardo Monroy Cabra, Duodécima ed., Edit. Temis 2001, pp 285 yss

De la interpretación de la Corte Constitucional

Análisis

En primer lugar, el presente análisis se desarrolla alrededor de la creación de las empresas públicas, y cómo el Estado Central, de manera exclusiva, ejerce su derecho prioritario; así cómo de manera excepcional, el Estado Central puede delegar la gestión de sectores estratégicos y/o prestación de servicios públicos a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria.

A partir de la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador, el régimen de la prestación de servicios públicos y sectores estratégicos, como por ejemplo, las telecomunicaciones, se modifica, puesto que conforme el artículo 313, el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos. Este derecho prioritario del Estado comprende la gestión de los sectores estratégicos, que evidentemente implica la operación de los mismos, lo cual concuerda con el artículo 315 de la Norma Fundamental, que delimita la creación de empresas públicas tanto para la gestión de sectores estratégicos como para la prestación de servicios públicos, entre otros aspectos, tales como el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas estando las telecomunicaciones, comprendidas en estos dos ámbitos, es decir, son un sector estratégico y constituyen un servicio público. En consecuencia, las empresas públicas prestarán servicios públicos, en uso del derecho prioritario señalado en la Constitución de la República, pero siempre bajo los términos y condiciones que los órganos competentes del Estado determinen; pudiendo aquellas, a su vez, constituir empresas de economía mixta en las cuales tengan mayoría accionaria. No obstante, el artículo 316 de la Constitución establece los

casos de delegación para la gestión de los sectores estratégicos y/o para la prestación de los servicios públicos. El primer caso es para las empresas mixtas en las cuales el Estado tenga mayoría accionaria. Estas empresas mixtas podrían ser constituidas por empresas públicas, conforme lo prevé el inciso final del artículo 315 de la Constitución, o por otras entidades del Estado. El segundo caso es para la iniciativa privada –no se incluyen las empresas mixtas antes detalladas–, o para la economía popular y solidaria; pero este proceso de delegación es de carácter excepcional y siempre en los casos que establezca la ley, con los requisitos que ahí se determinen.

Es preciso entender que los casos de excepcionalidad se deberían establecer para cada sector estratégico y/o para cada servicio público, pues son ámbitos conceptuales muy amplios que podrían ameritar distinciones o particularidades específicas para cada sector, y si algunas leyes especiales de un sector no establecieran estos casos de excepcionalidad, en la actualidad, por ser cuerpos normativos anteriores a la Constitución de la República del 2008, podría ser viable una reforma legal, o, en todo caso, se estará a las leyes que regulen y manden en cada sector, en donde se determinen los casos de excepción y los requisitos correspondientes. No obstante, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en su Libro V, Título I, regula el fomento y promoción de los sectores estratégicos, y en cuyo artículo 96 dice: 'El Estado podrá delegar excepcionalmente, a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, las inversiones en los sectores estratégicos en los casos que se establezcan en las leyes de cada sector y, subsidiariamente, en el presente Código'; y la delegación de la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria se la hace de forma excepcional, en los casos previstos en el artículo 100 de este cuerpo normativo, el mismo que, en lo pertinente, dispone: 'Art. 100.- Excepcionalidad.- En forma excepcional, debidamente decretada por el Presidente de la República cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la

capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas, el Estado o sus instituciones podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros...'; bien podría entonces aplicarse esta disposición legal, hasta que la ley de la materia o del sector correspondiente determine los casos de excepcionalidad de delegación a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria en cada materia o sector.

En conclusión, respecto a este primer punto, se considera necesaria la interpretación constitucional en el sentido de que la administración, regulación, control y gestión de los sectores estratégicos y servicios públicos corresponde prioritariamente al Estado; dicha prioridad incluye la potestad o prerrogativa que tiene el Estado para: a) 'autorizar' a las empresas públicas la gestión de dichos sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos –se habla de 'autorización' para los casos de empresas públicas cuyo objeto o fin, de acuerdo al instrumento legal de su constitución (estatuto, ordenanza, decreto, resolución, etc.) sea la gestión o actividades relacionadas a la gestión del respectivo sector estratégico, puesto que el derecho preexistente que nace de la Constitución de la República lo podrán ejercer únicamente para dicho sector estratégico específico y/o la prestación del servicio público correspondiente, y no para otros o no para todos aquellos sectores y servicios que no se hallen catalogados en su objeto; caso este último que los organismos competentes regularán a través de los títulos habilitantes respectivos), b) o para 'delegar' a otras empresas que no fueren las empresas públicas, la participación en dichos sectores estratégicos y/o en la prestación de los servicios públicos. Por ejemplo, al hablar del espectro radioeléctrico, corresponderían al Estado Central las competencias exclusivas sobre el mismo, de conformidad con lo preceptuado por el numeral 10 del artículo 261 de la misma Constitución; por lo que solo dicho Estado -entiéndase a través de los organismos pertinentes

de regulación y control creados legalmente para el efecto- autorizaría el uso de frecuencias a las empresas públicas que las requieran, y solo delegaría a otras empresas como las mixtas, y excepcionalmente a la iniciativa privada (siguiendo el ejemplo: a través de una concesión) o a la economía popular y solidaria, en los casos señalados en la ley. Por ende, el Estado autoriza en unos casos, o delega en otros.

Se deja en claro que las empresas públicas gestionan los sectores estratégicos y servicios públicos -entiéndase por gestión del sector estratégico la prestación del servicio público relacionado con el respectivo sector estratégico-, y el Estado delimitará a través de una autorización dicha gestión, bajo los lineamientos señalados en el párrafo precedente, lo cual halla también consistencia en los objetivos plasmados en la Ley Orgánica de Empresas Públicas (artículo 4). No debe entenderse entonces que las empresas públicas, siendo públicas, son el Estado en sí mismo y no requerirían de autorización alguna -según título habilitante que corresponda-, puesto que no les compete a aquellas, la regulación y control de los sectores estratégicos y servicios públicos, siendo contrario a la naturaleza de las normas constitucionales consultadas, puesto que a ellas les corresponde la gestión, cosa distinta a las competencias propias del Estado en general.

Para el caso específico de la delegación por excepción (segundo caso de delegación aquí analizado), es importante determinar que los casos de excepcionalidad estarán regulados por la ley de la materia o del sector estratégico pertinente.

Del análisis realizado se concluye:

- Las empresas públicas tienen competencia de gestión de aquellos sectores estratégicos y servicios públicos para los cuales hayan sido autorizadas, -por parte de los organismos competentes-.

- La gestión implica necesariamente operación de los sectores estratégicos, y se entenderá como la prestación del servicio público relacionado con el respectivo sector estratégico.
- Las empresas públicas no regulan ni controlan los sectores estratégicos y/o la prestación de servicios públicos para los cuales se les ha autorizado o se les autoriza gestionar.
- El Estado Central, mas no las empresas públicas, podrá delegar a empresas mixtas -en las cuales tenga mayoría accionaria- la participación en aquellos sectores estratégicos y servicios públicos que considere pertinente, por razones de interés nacional, dentro de plazos y límites fijados en la ley. Bien podrán las empresas públicas constituir empresas de economía mixta.
- Entonces, el primer caso de delegación es a las empresas mixtas en las que el Estado tenga mayoría accionaria; dichas empresas mixtas pueden estar constituidas por empresas públicas, que al amparo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas serán denominadas 'subsidiarias', o constituidas por otras entidades del Estado.
- El Estado, excepcionalmente, mas no las empresas públicas, podrá delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades (las de participación en sectores estratégicos y/o prestación de servicios públicos).
- Consecuentemente, el segundo caso de delegación es para la iniciativa privada y para la economía popular y solidaria, teniendo en cuenta que deben confluir 2 aspectos sustanciales: 1) que esta delegación es de carácter excepcional; y, 2) que dicha excepcionalidad debe estar regulada mediante la ley de la materia o de cada sector.
- Las Empresas Públicas dentro del ámbito y/o sector que les corresponda,

conforme el objeto por el cual se constituyen, son entidades que forman parte del Estado; en tal sentido, respecto de los títulos habilitantes de los servicios de telecomunicaciones, por ejemplo, y de uso o asignación del espectro radioeléctrico no cabe la suscripción de contratos de concesión con las autoridades públicas competentes, puesto que la figura jurídica de concesión implica delegación por parte del Estado, siendo además que los contratos de concesión se celebran entre el Estado o una entidad de derecho público y los particulares o personas sujetas al derecho privado.

- Si bien las Empresas Públicas, dentro del ámbito y/o sector que les corresponda, tienen un derecho prioritario que nace de la Constitución -de gestionar los sectores estratégicos y prestar servicios públicos-, es necesario que el Estado, como responsable de los mismos y siendo competente para su administración, regulación y control, autorice el ejercicio de dicho derecho, estableciendo los parámetros, condiciones y requisitos necesarios para que la gestión obre correctamente.

En segundo lugar, el presente análisis se centra en la potestad del Estado Central, de que a través de sus instituciones públicas pueda gestionar cada sector estratégico para poder prestar servicios públicos, acogiendo el ejemplo determinado en la consulta realizada. Esto nos lleva a una conclusión simple, ya que dichas instituciones, como puede ser cualquier Ministerio o Cartera de Estado, no necesitan constituir empresas públicas ni mixtas, entendiéndose, en este caso, que el derecho del Estado Central al que se refieren los numerales 10 y 11 del artículo 261 de la Norma Fundamental, por ejemplo, lo ejercería de manera directa, siempre bajo los parámetros y condiciones señalados en los respectivos títulos habilitantes que el Estado confiera, a través de los organismos pertinentes de regulación y control creados legalmente para el efecto.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, emite la siguiente:

SENTENCIA INTERPRETATIVA

1. De conformidad con lo manifestado en los considerandos que anteceden, el Pleno de la Corte Constitucional interpreta los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República, en los siguientes términos: Debe entenderse que las empresas públicas únicamente gozan de la facultad de gestionar los sectores estratégicos y/o prestar los servicios públicos, para los que hubieren sido autorizadas, sin que les esté permitido a su vez, a dichas empresas públicas, delegar a la iniciativa privada la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, lo cual es competencia de los organismos pertinentes conforme lo establecido en la ley.

2. Por lo tanto, solo el Estado Central puede autorizar a las empresas públicas la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos. Dicha autorización se realizará a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal. Interpretese la gestión del sector estratégico como la prestación del servicio público relacionado con el respectivo sector estratégico.

3. Por otra parte, debe interpretarse que el Estado Central, a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal, podrá delegar a empresas mixtas, o excepcionalmente a la iniciativa privada o economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, en los casos contemplados en la ley de la materia

o

sector

pertinente.

4. También debe interpretarse que cuando las instituciones del Estado requieran gestionar algún sector estratégico como medio para poder prestar los servicios públicos que les son inherentes, como en el ejemplo que expone el señor presidente de la república en la solicitud de interpretación constitucional, respecto al Ministerio de Defensa, aquellas no necesitan constituir empresas públicas ni compañías de economía mixta para poder acceder a los títulos habilitantes respectivos, a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal. Así, para concederle frecuencias dentro del espacio radioeléctrico al Ministerio de Defensa para la gestión de sus comunicaciones, dicha entidad podría ser directamente beneficiaria de un título habilitante, sin necesidad de tener que constituir una empresa pública.

5. Asimismo, se interpretará en lo atinente a casos de excepción indicados en el punto 3 de esta sentencia esto es, para que la iniciativa privada y la economía popular y solidaria puedan gestionar sectores estratégicos y/o prestar servicios públicos en el ámbito de las disposiciones constitucionales consultadas, deberán ceñirse a lo establecido en la ley correspondiente y a lo regulado por las autoridades competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal.

6. De Conformidad con lo establecido en el artículo 52 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, aplicables a la presente causa, esta sentencia interpretativa tiene carácter normativo y rige hacia el futuro, así como el carácter vinculante general, de conformidad con lo señalado en el artículo 159 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 del 22 de octubre del 2009.

7. Notifíquese, publíquese y cúmplase.”

ANEXO 2

CASO NÚMERO 2

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTECIOSO ADMINISTRATIVO

Resolución No. 168-07

Quito, a 11 de Abril de 2007

Registro Oficial: 339, Suplemento, 17 de mayo de 2008.

- PRESTACIÓN DEFICIENTE DE SERVICIOS PÚBLICOS.
- INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

PROCESO.-

“**VISTOS:** (62-2005): Los recursos de casación que constan: el primero, a fojas 279 a 281 del proceso, interpuesto por el ingeniero Jorge Daniel Arteaga Santana, en su calidad de Presidente Ejecutivo y representante legal de la Empresa Eléctrica Manabí S.A., EMELMANABI (en adelante simplemente ‘EMELMANABI’); el segundo, a fojas 283 a 286 del proceso, planteado por Javier Astudillo Farah, en su calidad de Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Electricidad (en adelante simplemente ‘CONELEC’); y, el tercero, a fojas 290 a 292 del proceso, interpuesto por el doctor Demetrio Intriago Vélez, Director Distrital de la Procuraduría General del Estado en Manabí; recursos todos ellos propuestos respecto de la sentencia de mayoría expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 4, de 20 de septiembre de 2004, a las 11h50, dentro del proceso signado con el número 40-2003, promovido por el señor Florencio Antonio Andrade Medina, por sus propios y personales derechos y por los que representa del menor de edad Juan Pablo Andrade Bailón.- En la sentencia objeto del presente recurso, el Tribunal *a quo* resolvió: *‘Declarar con lugar la demanda e ilegal y atentatorio a la Constitución el acto administrativo impugnado, disponiéndose que los demandados CONSEJO NACIONAL DE ELECTRIFICACIÓN (CONELEC) Y EMPRESA ELÉCTRICA DE MANABÍ*

(EMELMANABI) de manera conjunta y en porcentajes iguales, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política del Estado, paguen al actor la suma de un millón de dólares americanos, por concepto de indemnización por los daños físicos, morales y síquicos sufridos por el menor Juan Pablo Andrade Bailón como consecuencia de haber recibido descarga eléctrica a la que no estaba obligado jurídicamente a recibir, que le ha ocasionado quemaduras, amputación de miembros superior e inferior e incapacidad de 80%, considerándose como factor para determinar el monto de indemnización la edad del niño, el tiempo transcurrido desde la fecha en que se produjo el hecho lesivo, los gastos realizados en el tratamiento inmediato de las lesiones, los gastos para toda la vida, incluyéndose también en este monto indemnizatorio las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil relacionadas al daño emergente, lucro cesante e intereses a percibirse desde el inicio de la obligación indemnizatoria'.- EMELMANABI fundamentó su recurso en las causales primera y tercera de la Ley de Casación, y considera infringidos en la sentencia objeto de este recurso los artículos: 1 y 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (indebida aplicación); 38 de la Ley de Modernización (indebida aplicación); y, 119, 121 y 278 del Código de Procedimiento Civil (falta de aplicación). CONELEC fundamentó su recurso en las causales primera, tercera, cuarta y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, por considerar erróneamente interpretados los artículos 38 de la Ley de Modernización y 133 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; indebidamente aplicados, los artículos 130, 131 y 132 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, 47 y 48 del Código de Menores; así también considera infringidos los artículos 121, 273 y 277 del Código de Procedimiento Civil. Finalmente, la Procuraduría General del Estado, por medio de su Director Distrital, alegó las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, y señaló como normas infringidas, por aplicación indebida, los artículos 38 de la Ley de Modernización, 42 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y, 355, numeral 2, y 277 del Código de

Procedimiento Civil. Todas las normas del Código de Procedimiento Civil se han invocado según su numeración anterior a la codificación vigente a la fecha de expedición de este fallo.- Al haberse concedido el recurso y sometido el caso a resolución de la Sala, ésta, con su actual conformación, para resolver considera:

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer y resolver los recursos de casación que se interponen contra las sentencias o autos de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con el artículo 200 de la Constitución Política de la República y la Ley de Casación en vigencia.

SEGUNDO.- Se ha agotado el trámite establecido por la ley para esta clase de recursos, sin que exista nulidad alguna que declarar.

TERCERO.- En función de los efectos que podrían derivarse de los diversos vicios que los recurrentes acusan se habrían registrado en la sentencia objeto del recurso, esta Sala ha de pronunciarse, en primer lugar, sobre las alegaciones referidas a la causal quinta, para luego, de ser necesario, continuar con las causales cuarta, tercera y primera, siguiendo el orden de enunciación. En relación con la causal quinta, el CONELEC afirma, en su recurso (fs. 784): *'En el considerando noveno la sentencia mantiene contradictoriamente lo siguiente: dice que el actor ?impugna en sede jurisdiccional el acto administrativo que se circunscribe en la negativa de CONELEC a aceptar el reclamo administrativo indemnizatorio?, lo cual no es verdad ya que la demanda no se dirigió en contra el acto administrativo de denegación de la reclamación administrativa, tanto que en el considerando séptimo ustedes expresan que el accionante había propuesto su demanda en contra de un hecho administrativo. La sentencia declara en la parte resolutive ?con lugar la demanda e ilegal y atentatorio a la Constitución el acto administrativo impugnado?...'*- La causal quinta está referida a vicios intrínsecos del fallo materia del recurso que, por tanto, deben desprenderse del análisis del mismo y de ningún otro elemento externo. No se trata de

reproches de congruencia del fallo en relación con la materia de la litis (que corresponde a la causal cuarta); mucho menos, con la valoración que hace el Tribunal Distrital de la prueba actuada.- En la sentencia objeto del recurso, esta Sala aprecia, entre otras cuestiones (que serán objeto de examen subsiguiente) lo que se menciona enseguida: a) El Tribunal *a quo* justificó el rechazo de la excepción de incompetencia planteada por los demandados, por medio de una oscura calificación de la materia de la litis, y un argumento condicional y subsidiario. Así, señala que, por efecto del artículo 38 de la Ley de Modernización, en caso de falta del acto administrativo impugnado en el caso, la competencia del Tribunal *a quo* se aseguraría por tratarse de un hecho administrativo (considerando séptimo). b) Al mismo tiempo, el Tribunal de instancia entiende que la demanda se dirige a impugnar el acto administrativo con el que CONELEC (fs. 3 y 4) negó su reclamo administrativo (considerando noveno y décimo cuarto). Nótese que los condenados en la sentencia son el CONELEC y EMELMANABI. c) Por otro lado, definió la naturaleza de la acción efectivamente propuesta por el actor, según el régimen de responsabilidad patrimonial pública prevista en los artículos 20 y siguientes de la Constitución Política (considerando octavo). d) La falta de claridad conceptual sobre la materia respecto de la cual el Tribunal *a quo* debía pronunciarse ha tenido efecto, también, en la parte resolutive de la sentencia, en la que se adopta el referido régimen de responsabilidad patrimonial pública, bajo la tesis del deber del Estado de reparar los daños ocasionados en los derechos de los administrados, cuando éste no tiene el deber jurídico de soportar consecuencias de la actividad pública, sin siquiera explicar su pertinencia en la parte considerativa. e) Tampoco se puede apreciar en la resolución los argumentos fácticos o jurídicos para determinar qué corresponde a la indemnización por daños materiales, qué corresponde a la compensación por los perjuicios morales y cuál es la importancia de cada uno de los criterios de cuantificación enunciados en el valor de la condena. f) Pese a que la demanda se presentó por los propios derechos del compareciente y por los que representa de su hijo menor de edad -lo que presupone dos

partes actoras-, según consta en las primeras líneas de la sentencia analizada, en la parte dispositiva no se define si la condena beneficia al compareciente por una afectación a sus derechos o beneficia al menor a quien representa el compareciente. g) No se establece de modo alguno la base jurídica para la distribución de las cargas económicas que supone la condena, de la manera en que se ha fijado en la sentencia: *'de manera conjunta y en partes iguales'*.- Todos estos vicios afectan la motivación de la sentencia materia del presente recurso y, por tanto, son objeto de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación en lo que respecta al cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para una sentencia.- El CONELEC, sin embargo, en un recurso técnicamente defectuoso, confundió la calificación de los casos de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación al invocarla; pero, de las afirmaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso, se desprende que lo que esta Entidad acusó, en la sentencia materia del presente recurso, se constriñe a la contradicción señalada entre los distintos considerandos, y entre éstos y la resolución adoptada respecto a la materia de la litis y la naturaleza de la acción propuesta; esto es, un vicio de motivación.- En alguna otra ocasión esta Sala ha manifestado (Resolución No. 90-2007 de 27 de febrero de 2007 en el caso 125-2004 Procurador General del Estado c. Germán Venegas) *'A este respecto, esta Sala estima que no es posible en una sentencia, adecuadamente motivada, de conformidad con el artículo 24, numeral 13 de la Constitución Política, que se empleen argumentos condicionales y subsidiarios; es decir, ningún Tribunal podrá considerar que su tarea de hacer efectiva la tutela judicial se ha cumplido, con las exigencias de seguridad jurídica en su vertiente de la predecibilidad en la aplicación del ordenamiento jurídico, si para resolver emplea una fórmula similar a: ¿Si este argumento no es válido y verdadero (condición), entonces este otro sí lo será (en subsidio del primero)?'. Este tipo de vicio deberá ser acusado invocando la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación'*.- Cuando el Tribunal *a quo* no pudo precisar la naturaleza jurídica de la acción propuesta y el contenido de la materia de la litis en la fundamentación de su sentencia,

prefirió acudir al mecanismo de emplear respuestas contradictorias entre sí, para atender cada planteamiento de las partes, como si cada respuesta fuese independiente en el caso: se trata de una exposición de argumentos condicionales y subsidiarios. Como se desprende de lo dicho, el fallo materia del recurso no está adecuadamente motivado, y la resolución no guarda coherencia con las razones de derecho y de hecho que se exponen en los considerandos del fallo, por lo que cabe admitir la acusación formulada sobre la base de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación y, en tal virtud, casar la sentencia y dictar, de conformidad con el artículo 16 ibídem, la que corresponda.

CUARTO.- El señor Florencio Antonio Andrade Medina, por sus propios derechos y por los que representa de su hijo, Juan Pablo Andrade Bailón, presentó el 30 de abril del 2003, una demanda (fs. 35 a 44) por la que pretende *'un resarcimiento compensatorio por los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados por las fatales descargas eléctricas que tuvieron su causa directa en la patente deficiencia prestacional del servicio de fluido eléctrico, indemnización que solicito con la legitimación suficiente por ser el padre del menor incapacitado permanentemente'* (el subrayado es de la Sala).- Fundamenta su demanda, principalmente, en los artículos: 1, 18, 20 y 249, inciso segundo, de la Constitución Política del Estado; 12, 13 y 14 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico; 2, letra ch, 209 y 212 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (según su reforma publicada en el Registro Oficial 7333, de 27 de diciembre de 2002); y, 38 de la Ley de Modernización del Estado. El compareciente señala, en su demanda, los siguientes hechos relevantes: a) El día 11 de mayo de 2002, el menor de edad Juan Pablo Andrade Bailón recibió una fuerte descarga eléctrica, proveniente de un cable de alta tensión, localizado frente al balcón del tercer piso de la vivienda de su familia, ubicada en Bahía de Caráquez; b) El menor de edad recibió la descarga en razón del auxilio prestado a otro menor de edad, ahora fallecido, Fernando Quispe Cedeño. Este menor alcanzó el cable con una varilla metálica; c) El cable del que

provino la descarga se encuentra a menos de metro y medio y no tiene protección alguna; d) El menor *'fue lesionado con quemaduras de tercer grado en un 16.5% SQC'* (fs. 36), y ha sido *'incapacitado permanentemente'* (fs. 43); e) La peligrosidad de los cables eléctricos que se hallan tendidos en las proximidades del lugar del suceso ha sido de conocimiento del personal de EMELMANABI.- De otra parte, EMELMANABI propuso las siguientes defensas y excepciones (fs. 65 a 67): a) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. b) Falta de derecho del demandante. c) Incompetencia del Tribunal *'por falta de acto administrativo'*, *'por falta de jurisdicción'* y *'por no ser el juez del domicilio del demandado principal'*.- La Procuraduría General del Estado (fs. 84 y 85) negó los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, argumentó ilegitimidad de personería y, en general, planteó la nulidad procesal, sin que conste en su escrito de contestación fundamentación alguna (causa petendi) sobre sus defensas y excepciones. En esta materia, se insiste en que, de conformidad con el artículo 102 del Código de Procedimiento Civil, el demandado no podrá cumplir su propósito de oponerse de manera específica a las pretensiones del actor, con una contestación a la demanda en la que no determine lo que admite o niega de la demanda, o sin que establezca con precisión las razones jurídicas y fácticas por las que propone una determinada defensa o excepción. Las deficiencias en una contestación a la demanda, en la que simplemente se enlistan defensas y excepciones sin fundamentación de ningún tipo, no pueden ser subsanadas por el Juez, a través de la presunción de una causa petendi que no consta en la contestación a la demanda, pues, en este caso y en virtud del principio de lealtad procesal y el debido proceso, las partes sólo podrán ejercer su derecho de contradicción durante el proceso, si conocen con claridad lo que alega cada una de ellas en defensa de sus intereses.- Finalmente, el CONELEC interpuso las siguientes defensas y excepciones: a) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; b) Incompetencia del Tribunal; c) Improcedencia de la acción, porque *'los perjuicios sufridos por el administrado fueron causados por su propia*

negligencia, impericia, culpa... no hubo una deficiente prestación del servicio; hubo una descarga debida al accionar de dos menores, cuya culpa en la generación del siniestro no puede originar indemnización'; '...porque si se supusiese que no hubo ese agente externo catalizador de todos estos eventos, la descarga se debió producir por caso fortuito o fuerza mayor'; 'la demanda no reúne los requisitos previstos en el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, en lo que respecta a la cosa, cantidad o hecho que se exige; y, que EMELMANABI es la única responsable por los efectos dañosos de su actividad, en su calidad de concesionario, por lo que no procede demandar a CONELEC'.- En estos términos, ha quedado fijada la materia de la litis. Se aclara, por lo tanto, que la acción propuesta no se endereza a impugnar la legalidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. DE-03 0154 de 4 de febrero de 2003, suscrito por el Director Ejecutivo del CONELEC (fs. 3), con el que se niega la reclamación administrativa que, por la misma causa que originó este proceso, cursó Florencio Antonio Andrade Medina, el 9 de enero de 2003 (fs. 98 a 103).

QUINTO.- El thema decidendum, en el caso puesto a la consideración de la Sala, se refiere a la responsabilidad extracontractual del Estado, prevista en el artículo 20 de la Constitución Política, norma que establece lo siguiente: *'Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos'* (el subrayado es de la Sala). Evidentemente, la responsabilidad extracontractual del Estado hace parte, pese a la especialidad derivada del desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal en el Derecho Administrativo, de la construcción de una teoría general de la responsabilidad. Los elementos fundamentales de esta teoría, trazados desde la perspectiva del Derecho Privado, han sido ya definidos por la Corte Suprema de Justicia, en múltiples ocasiones.- De manera sintética, esta concepción puede ser expuesta en los siguientes términos: a) Las obligaciones civiles nacen, entre otras fuentes, *'a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a*

otra persona, como en los delitos y cuasidelito' (artículo 1453 Código Civil); b) La responsabilidad civil extracontractual es directa cuando se deriva de acciones u omisiones, dolosas o culposas, propias del sujeto obligado; c) La responsabilidad civil extracontractual es indirecta cuando los daños son causados por personas que están a cargo, cuidado o dependencia del obligado, o, se derivan de los bienes que son de su propiedad o de los que se sirve; d) Son presupuestos materiales para la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual, la existencia de un daño material o moral, la culpabilidad del sujeto y una relación de causa-efecto entre el hecho ilícito y el daño producido. e) Es jurídicamente relevante el daño cierto, sea este actual o futuro: se entiende por daño cierto, la afectación probada a un interés jurídicamente protegido; es actual, el daño que ya se ha producido, v. gr., el daño emergente; y, es futuro, el daño que objetivamente se espera, v. gr., el lucro cesante; f) Si se afecta el patrimonio de las personas, se considera que el daño es material; en tanto que si la afectación se refiere a cualquier aspecto extrapatrimonial de la persona, el daño es moral; g) El grado de culpabilidad define la intencionalidad con la que el sujeto actúa en relación con los efectos dañosos que se desprenden de su conducta: se dice que existe dolo cuando el sujeto busca, a través de su conducta, producir la afectación; hay culpa, cuando el sujeto, sin intención de provocar un daño, lo produce en razón de su imprudencia, negligencia o impericia al obrar; la culpa es grave, leve o levísima, según lo previsto en el 29 del Código Civil; h) La responsabilidad es subjetiva, cuando se la hace depender de la culpabilidad del sujeto de cuya conducta se deriva el daño. En el caso de las denominadas actividades riesgosas, la culpa se presume, de tal forma, que le corresponde al sujeto demostrar que su conducta se ha ajustado al nivel de diligencia que la ley le exige en su actividad. De otra parte, la responsabilidad es objetiva, si ella depende exclusivamente de la justicia o licitud del resultado de la conducta del sujeto, por lo que, poco importa si el sujeto ha actuado con dolo o culpa; i) La relación causal entre el hecho ilícito y el daño considerados, se ha de calificar con criterios de razonabilidad por parte de los juzgadores, en cada caso concreto; esta Sala

entiende que las distintas teorías sobre la calificación del nexo causal, que han sido proveídas por la doctrina, son para el juzgador una guía importante, pero no limitan su facultad de calificar los hechos relevantes sobre las circunstancias específicas de los asuntos puestos a su consideración.- Ahora bien, desde la perspectiva del Derecho Público, la doctrina más calificada recomienda, 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. Se examinará con detalle el tema en los literales que se enuncian luego, en párrafos específicos: a) 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 los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente. Así, es principio fundamental en la organización del Estado, la solidaridad y, en virtud de ella, los administrados se encuentran sujetos a una serie de deberes y responsabilidades generales (entre otros, ver el artículo 97 de la Constitución Política) que permiten hacer efectivo el conjunto de los correlativos derechos de los que somos titulares. En este sentido, el preámbulo de la Constitución Política señala: *'El Pueblo de Ecuador... fiel a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz que han guiado sus pasos desde los albores de la vida republicana... establece en esta Constitución las normas fundamentales que amparan los derechos y libertades, organizan el Estado y las instituciones democráticas e impulsan el desarrollo económico y social'* (El subrayado es de la Sala). La aplicación del principio de solidaridad, sin embargo, no significa que los restantes principios previstos en la misma Constitución Política no deban ser también efectivos, lo que es posible a través de una adecuada ponderación de los bienes jurídicos que, en apariencia, se encuentran en conflicto. De tal forma que, en la búsqueda de atender a los intereses colectivos, aunque se entiende que el interés individual deba ceder ante 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 o ilícito, por

ser contrario a este principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas. Por ello, cuando el Estado y sus instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados, a reestablecer el balance afectado. Por esta razón, el artículo 20 de la Constitución Política no hace referencia al obrar lícito o ilícito de los funcionarios o empleados públicos, cuando asigna la responsabilidad al Estado en el evento de que se cause un perjuicio a los administrados, originada en su comportamiento. En efecto, esta norma, en su parte pertinente, establece: *'Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia... de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos'*. De la misma manera, cuando el referido artículo 20 ibídem hace referencia a la 'prestación deficiente de servicios públicos' no califica la licitud de los actos o hechos conducentes a la prestación correspondiente sino al defecto funcional del servicio.- b) Consecuencia del enunciado precedente es que el régimen de responsabilidad patrimonial pública, establecido en nuestro ordenamiento jurídico, no pueda ser considerado subjetivo, en el sentido de que no se encuentra fundado en el clásico criterio de culpabilidad, cuya asignación implica un reproche a la conducta del sujeto que provoca el daño. En materia de responsabilidad pública por la deficiente prestación de servicios públicos o por los actos de los funcionarios y empleados públicos, de los que se desprende un perjuicio para los administrados, sería irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado de reparar el daño sufrido por el administrado, la intencionalidad con la que los sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones. Ello no significa que esta intencionalidad no sea importante en el sistema de responsabilidad, pues, como lo establece el inciso segundo de la norma analizada (artículo 20 de la Constitución Política) la calificación de la culpabilidad de los funcionarios y empleados públicos determina la posibilidad de que el Estado pueda repetir en su contra los perjuicios económicos que tuvo que asumir frente a los

administrados.- En este punto, es importante aclarar que la responsabilidad del Estado, tal como ha sido perfilada, no se adecua, tampoco, a la idea de la culpa presunta, propia, por ejemplo, de la realización de actividades de riesgo o de la responsabilidad por actos de terceros. Esto se debe a que, según la tesis de la culpa presunta, bastaría probar -presuponiendo la reversión de la carga de la prueba- que el efecto dañoso no se deriva de la negligencia, imprudencia o impericia de los sujetos a cargo de la actividad pública o, con más exactitud, que el comportamiento de estos sujetos se ha ajustado a las reglas jurídicas y técnicas previstas para el ejercicio de la actividad pública de la que se trate. Sostener esta posición significaría considerar que los efectos de la actividad pública, socialmente intolerables por su injusticia o ilicitud, son irrelevantes, porque la conducta de los agentes públicos se ha arreglado a las formas determinadas por otros agentes públicos; y que, las instituciones del Estado, con competencias normativas, son irresponsables frente a la deficiencia de la regulación y sus efectos dañosos. c) La responsabilidad patrimonial del Estado es, en todos los casos, directa. En tal virtud, el Estado no responde por los perjuicios que su actividad pueda provocar en las personas, los bienes o el ambiente, como lo hace toda persona por el hecho de los que estuvieran bajo su cuidado o dependencia, según el régimen previsto en los artículos 2220 y siguientes del Código Civil. Esto se debe a que la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos, en cuanto sujetos de imputación jurídica, es distinta e independiente a la responsabilidad pública que se deriva del ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de sus deberes como sujetos de la actividad pública. El comportamiento de un funcionario o empleado público es, a efectos del régimen de responsabilidad analizado, atribuible al Estado mismo, cuando se analizan sus relaciones con el administrado. Cosa distinta es la revisión de este comportamiento, personal e individual, para determinar la responsabilidad del funcionario o empleado frente al Estado, por el inadecuado ejercicio de sus competencias. d) Se ha insistido que la responsabilidad extracontractual del Estado tiene origen en la injusticia o ilicitud de la afectación en las personas, bienes o el ambiente, originada en

la actividad pública; por ello, es necesario clarificar el sentido que se adopta al referirnos a la injusticia o ilicitud de la afectación, es decir, delimitar lo que ha de entenderse por daño indemnizable. En principio, el daño indemnizable ha de ser cierto, actual o futuro, material o moral, como ha quedado expuesto por la teoría general de la responsabilidad. Ahora bien, la calificación de un hecho como '*afectación injusta*' es una materia sujeta al criterio judicial, según las reglas de la sana crítica, que puede ser objeto de control en base a la razonabilidad de dicho criterio, esto es, su motivación. Sin embargo, parece conveniente señalar que la injusticia en la afectación se desprende ordinariamente de la vulneración del referido principio de igualdad material en la distribución de las cargas públicas. Se trata, entonces, de una afectación anormal, esto es, un efecto dañoso que excede manifiestamente las consecuencias generales que objetivamente se pueden esperar de la actividad pública en relación con el conjunto de los administrados. En lo que se refiere a una '*afectación ilícita*', el criterio de calificación está ligado a los deberes constitucionales de los administrados, en el sentido de que nadie puede ser obligado a asumir un sacrificio individual si no media un deber constitucional que se lo haya impuesto. En este caso, el deber jurídico de soportar la carga pública no podría provenir únicamente de normas de rango inferior, pues, de otro modo, se haría impracticable la responsabilidad del Estado que ejerce potestades normativas. Así, por ejemplo, es evidente que no se puede esperar que el administrado deba soportar la expropiación de sus bienes sin el pago del justo precio, aunque legal o reglamentariamente se hubiese admitido esta posibilidad. En este caso ejemplificativo, la expropiación practicada de la manera en que se ha regulado, supone una afectación ilícita en el patrimonio del administrado que debe ser reparada en razón de la responsabilidad extracontractual del Estado como legislador. e) Definido el carácter de la responsabilidad extracontractual del Estado, como una responsabilidad por la injusticia o ilicitud de los efectos de la actividad pública en las personas, bienes o el ambiente, es evidente que, demostrado el daño indemnizable, resta únicamente determinar la vinculación, en una relación de causa-efecto, de la actividad pública de la que se trate con el

referido daño. Se trata, pues, de atribuir los efectos dañosos a la realización de una actividad pública específica. En este sentido, las instituciones del Estado únicamente podrán oponerse a las pretensiones resarcitorias del administrado que hubiese sufrido un daño demostrado e indemnizable, si prueban que los efectos dañosos se derivan de fuerza mayor o caso fortuito, por el hecho de un tercero o por culpa de la víctima. Se hace notar, sin embargo, que la responsabilidad extracontractual del Estado no se enerva si la afectación a las personas, sus bienes o al ambiente, no son atribuibles de manera exclusiva a las circunstancias eximentes de responsabilidad enunciadas.

SEXTO.- EMELMANABI y CONELEC han planteado como excepción la incompetencia del juzgador para conocer el caso. A este respecto, es necesario señalar que toda actividad pública se verifica a través de actos, hechos y contratos; de tal forma que la prestación de cualquier servicio público, en tanto actividad pública, presupone la existencia de una serie de actos, hechos y contratos de los que resulta la prestación del servicio. Cuando se alega que el Estado ha incurrido en responsabilidad extracontractual por deficiencia en la prestación de servicios públicos, no se está atacando únicamente un específico acto, hecho o contrato administrativo, sino el efecto que, en conjunto, todos ellos, los necesarios para la prestación del servicio, han producido. Se evalúa un defecto sistémico, funcional, de la actividad pública (que, se insiste, se efectúa a través de actos, hechos y contratos), en este caso, para la prestación del servicio público que ha dado origen a un daño indemnizable. Ahora bien, a la fecha de presentación de la demanda, esto es, el 30 de abril de 2003 (fs. 44), se encontraba vigente el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, con la redacción dada por el artículo 1 de la Ley 2001-56, publicada en el Registro Oficial No. 483, de 28 de diciembre de 2001. Esta norma señala que: *'Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia,*

conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos, y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o Código Tributario. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa'. Empero de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa' (el subrayado es de la Sala).- De tal forma que, de conformidad con el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, cuando el administrado acude a la Función Judicial para hacer valer su derecho a ser indemnizado por la responsabilidad extracontractual del Estado prevista en el artículo 20 de la Constitución Política del Estado, debe hacerlo ante el Tribunal Distrital de su domicilio, que es competente para conocer 'toda demanda que se derive' de actos, hechos y contratos administrativos que, como queda indicado, son considerados en conjunto, sin determinación de ninguna clase, porque se los presupone para toda prestación de un servicio público como actividad pública, cuya deficiencia funcional se sostiene ha causado un daño indemnizable. Esta Sala, de otra parte, funda su competencia en el artículo 200 de la Constitución Política y la Ley de Casación vigente, particularmente en el artículo 16, en lo que respecta a la competencia para dictar la sentencia correspondiente en el caso, luego de haber sido casada aquella que fue materia de un recurso de casación.- Por estas consideraciones no son admisibles las excepciones de incompetencia en razón de la materia o el territorio propuestas por CONELEC y EMELMANABI.

SÉPTIMO.- La Procuraduría General del Estado y CONELEC han propuesto como excepción la falta de personería. Únicamente en el caso de CONELEC

se fundamentó la excepción en el sentido de que el señor Florencio Antonio Andrade Medina no estaría legitimado para comparecer en el proceso a nombre de su hijo, menor de edad, Juan Pablo Andrade Bailón, porque, según lo previsto en los artículos 47 y 48 del Código de Menores, el ejercicio de la patria potestad les correspondería de manera conjunta al padre y la madre. Se hace notar, a este respecto, que el régimen jurídico invocado se encontraba ya derogado por el Código de la Niñez y la Adolescencia, publicado en el Registro Oficial 737, de 3 de enero de 2003. El artículo 104 del Código de la Niñez y la Adolescencia, vigente a la fecha de presentación de la demanda (30 de abril de 2003), establece que: *'Respecto a la patria potestad se estará a lo dispuesto en el Código Civil sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes'*.- El artículo 28 del Código Civil establece que: *'Son representantes legales de una persona, el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas, los designados en el Art. 570'* (el subrayado es de la Sala). El inciso primero del artículo 300 del Código Civil señala que: *'El hijo de familia no puede comparecer en juicio, como actor contra un tercero, sino representado por el padre o la madre que ejerza la patria potestad'* (el subrayado es de la Sala). Finalmente, el artículo 34 del Código de Procedimiento Civil prevé: *'Los que se hallen bajo patria potestad serán representados por el padre o la madre que la ejerza; y los demás incapaces que no estuvieren bajo patria potestad, tutela o curaduría, por el curador que se les dé para el pleito'* (el subrayado es de la Sala). En tal virtud, la alegación de que la defensa de los intereses del menor en un juicio (que han de primar en cualquier caso) requiere la intervención del padre y la madre, según el régimen vigente a la fecha de presentación de la demanda, no tiene sustento, por lo que se niega la excepción.

OCTAVO.- En lo que respecta a la oportunidad con la que se ha presentado de la demanda (30 de abril de 2003) en relación con el tiempo de caducidad del derecho de acción en la vía contencioso administrativa, se hace notar que el artículo 2 de la Ley 2001-56, publicada en el Registro Oficial 483, de

28 de diciembre de 2001, con el que se reforma el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, estableció que: *'El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna.- En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fin de garantizar la seguridad jurídica. En los casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años'*. El caso concreto está sujeto al último supuesto. En esta materia, es importante definir el momento desde el que se debe computar el plazo de cinco años para que opere la caducidad del derecho de acción. De manera general, este plazo debe ser contado desde el momento en que es posible el ejercicio de la acción, salvo que el procedimiento administrativo iniciado no haya concluído, o se trate de hechos continuados. En el presente caso, el suceso acaeció 11 de mayo de 2002, el procedimiento administrativo inició el 9 de enero del 2003 (fs. 98) y concluyó el 4 de febrero de 2003 con la resolución del CONELEC No. 0154, que consta a fojas 3. Desde el 4 de febrero del 2003 hasta el 30 de abril del mismo año, fecha en la que se interpuso la demanda, no ha transcurrido el plazo previsto en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

NOVENO.- No existe ninguna otra razón por la que deba ser declarada la nulidad del proceso, por lo que se rechaza la excepción de nulidad planteada por la Procuraduría General del Estado, más allá de que aquélla no se encuentra debidamente fundamentada.

DÉCIMO.- En lo que respecta al fondo de la controversia, los daños morales y materiales que han sufrido Florencio Antonio Andrade Medina y su hijo menor de edad Juan Pablo Andrade Bailón, se encuentran probados en el

proceso: a) Consta de: la historia clínica No. 127564 del Hospital de Niños 'Dr. Roberto Gilbert Elizalde', de la ciudad de Guayaquil (fs. 125 a 134); del resumen clínico de la Unidad de Quemados del Hospital de Niños 'Dr. Roberto Gilbert Elizalde', de la ciudad de Guayaquil, suscrito por la Dra. Margot Orellana (fs. 135 a 137); del informe pericial suscrito por los doctores Gabriel Díaz Llor y Walter Roca Baida (fs. 225 y 226), y de los certificados médicos que figuran a fojas 139 y 140, que Juan Pablo Andrade Bailón tuvo que ser sometido al procedimiento de amputación de sus miembros superior izquierdo e inferior derecho, a causa de las quemaduras en su cuerpo, que son de III grado 16.5 SCQ; b) Del informe pericial que consta a fs. 225 y 226, se desprende, también, que Juan Pablo Andrade Bailón, luego del suceso, tiene un porcentaje de incapacidad del 80%. c) De los mismos certificados incluidos a fojas 139 y 140, se deriva que el menor de edad estuvo sometido a tratamiento médico en la ciudad de Guayaquil del 12 de mayo al 28 de junio de 2002, de lo que se infiere un detrimento patrimonial para atender los gastos médicos, manutención y alojamiento. d) De la incapacidad física demostrada, se desprende que el menor de edad no podrá proveerse de los medios necesarios para sustentar su existencia, por sí mismo, como cualquier otro trabajador. e) De los efectos del suceso en el cuerpo del menor de edad, según queda señalado, se puede inferir razonablemente que Florencio Antonio Andrade Medina, como padre, y Juan Pablo Andrade Bailón como el sujeto directamente afectado, han sufrido un daño moral vinculado con el cambio trascendental en su forma de vida. Aunque los efectos psicológicos y anímicos, actuales, que el suceso ha provocado en los actores no constan acreditados a través de la práctica de ninguna diligencia probatoria, son fácilmente deducibles de los hechos probados.- Los daños materiales y morales constatados son indemnizables, según lo señalado en el considerando quinto de esta sentencia, porque son ciertos, esto es, probados; actuales, en lo que respecta a los gastos efectuados para obtener la atención médica del menor y los daños morales, en el caso de cada uno de los actores en la presente causa; objetivamente esperables (futuros) en lo que concierne a la imposibilidad que el menor tiene de proveerse los medios

para su subsistencia por sí mismo como cualquier otro trabajador, una vez que tenga edad suficiente para ello; son injustos e ilícitos, porque se trata de efectos anormales en la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica, y porque no existe norma alguna que obligue a Florencio Antonio Andrade Medina y Juan Pablo Andrade Bailón al sacrificio individual que han debido soportar con ocasión de la prestación del referido servicio de distribución de electricidad.

DÉCIMO PRIMERO.- En lo que respecta al nexo causal entre la actividad pública y los daños indemnizables, de las piezas procesales se desprende: a) El CONELEC ha afirmado en su contestación a la demanda: *'En el presente caso los hechos son los siguientes: un niño de ocho años juega con otro en un balcón; este último toma una varilla metálica con la cual intencionalmente toma contacto con un cable de alta tensión. En estas circunstancias se produce la descarga que mata al menor, y que difícilmente habría habido si no hubiese habido un sujeto externo provocador; en suma, los menores provocaron el siniestro'* (fs. 88, vuelta). b) La confirmación de los hechos relatados consta en los enunciados que el CONELEC realiza en el pliego de preguntas para la confesión judicial del señor Antonio Andrade Medina, particularmente, en las preguntas 3, 5 y 7 (fs. 228). c) En el escrito de interposición del recurso de casación, el CONELEC manifiesta (fs. 286): *'...en el Ecuador y en el mundo, casi el ciento por ciento de la distribución eléctrica se hace a través de cables a la intemperie y sin aislantes; en el Ecuador hay cinco mil kilómetros de cables de esta naturaleza. Ni siquiera ustedes que aceptan incondicionalmente un dato informativo de manera peyorativa podrían indicar en qué sectores de esta ciudad o de esa provincia hay tendido eléctrico con aislantes. Ponerlos significaría un costo tan alto, que la electricidad costaría tanto que las poblaciones carecerían de esa fuente energética...'* (el subrayado es de la Sala). Esta afirmación respecto al hecho de que los tendidos eléctricos a través de los cuales se distribuye la energía eléctrica no tienen aislantes, confirma lo que el actor ha señalado en su demanda y que, tampoco, ha sido puesto en discusión en el proceso.- Es verdad que las diligencias judiciales en las que no participa la parte contraria

para ejercer su derecho de contradicción, por iniciativa del peticionario o defecto procesal, no tienen valor alguno dentro del proceso, por lo que, pese a que el informe pericial que consta a fojas 123 del proceso confirma el hecho de que los cables del tendido eléctrico se encuentran a la intemperie y sin aislante, no tiene valor alguno en el proceso.- Sin embargo, de cuanto se ha señalado, esta Sala ha llegado a la convicción de que los daños probados e indemnizables tienen como causa adecuada los siguientes factores concurrentes: a) La conducta del menor Fernando Quispe Cedeño; b) El hecho de que el titular del tendido eléctrico, por razones de costo-beneficio, mantenga cables sin aislantes; y, c) La tolerancia de la autoridad administrativa a cargo de la regulación y control de la actividad que realiza el titular del tendido eléctrico. En cuanto al primer factor, es evidente que a un menor (Fernando Quispe Cedeño), no se le puede exigir una conducta distinta a la que es propia de su edad, como lo ha afirmado el actor. En lo que respecta a EMELMANABI y el CONELEC, la actividad de distribución de energía eléctrica, a cargo de la primera, y que está sujeta al control y regulación del segundo, en virtud de los artículos 12 y 13, letras: a y e de la Ley del Régimen del Sector Eléctrico, lo que les vuelve solidariamente responsables, es una actividad de riesgo y, como tal, presupone eventuales afectaciones a los administrados, que exceden lo que les es exigible individualmente, por la ventaja colectiva que significa realizar la actividad en tales condiciones. El hecho de que el tendido eléctrico, en el Ecuador y -según lo plantea CONELEC- en la mayor parte del mundo, se encuentre sin aislantes, confirma la apreciación de que la deficiencia en la actividad de distribución y las eventuales afectaciones a las personas, bienes o ambiente es objetiva; es decir, los riesgos de la actividad son asumidos a priori, tanto por el prestador efectivo del servicio como por el órgano de control y regulación que lo tolera, en razón de que el costo de proveer mayores seguridades a los administrados, y, por tanto, precaver los perjuicios eventuales, es superior al beneficio de sostener un sistema que permita un costo del servicio eléctrico menor. Dicho de otra manera, la deficiencia en la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica es, en este caso,

un dato objetivo y plenamente admitido por el titular de la red eléctrica y el órgano de control y regulación, frente a las limitaciones económicas y prácticas que, en el Ecuador, existen para sostener, al mismo tiempo, altos niveles de seguridad para las personas, los bienes y el ambiente, y bajos costos para la provisión del servicio. Este hecho objetivo -la deficiente prestación del servicio de distribución de energía eléctrica- es un dato permanente en la realidad ecuatoriana, según los criterios señalados; por ello, se justifican mecanismos de aseguramiento como el contenido en el Reglamento de concesiones, permisos y licencias para la prestación del servicio de energía eléctrica, publicado en el Registro Oficial No. 290, de 3 de abril de 1998, que tantas veces han invocado los demandados. La existencia del aseguramiento no modifica la responsabilidad de los sujetos que participan en la actividad que genera el daño indemnizable. Cosa distinta es que los daños puedan ser reparados sin la intervención de la Administración de Justicia, que, por supuesto, es lo deseable. Esta reparación puede efectuarse espontáneamente, empleando para el efecto los seguros de responsabilidad contratados, o bien, atendiendo los requerimientos de los administrados efectuados en sede administrativa. Este último aspecto requiere algunas precisiones: a) El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo establece un procedimiento específico para que la administración atienda los reclamos de indemnización de los perjuicios materiales o morales que se deriven de la actividad de la Administración Central o Institucional. A este respecto, véanse los artículos 209 y siguientes del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, actualmente vigente; b) Las normas del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo deben ser interpretadas de conformidad con el segundo inciso del artículo 272 de la Constitución Política, en el sentido de que no pueden modificar las mismas prescripciones constitucionales en la materia, como aquéllas previstas en normas con rango de ley; c) Siguiendo el criterio previamente señalado, el artículo 209 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva no modifica en nada el derecho de los administrados de acudir directamente a la Función Judicial para hacer valer

sus derechos sin agotar la vía administrativa, de conformidad con el artículo 38 de la Ley de Modernización; d) El plazo de prescripción contemplado en el artículo 211 ibídem no tiene aplicación alguna, en la medida en que es incompatible con el plazo de caducidad de cinco años previsto en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, reformado por el artículo 2 de la Ley 2001-56, publicada en el Registro Oficial número 483, de 28 de diciembre de 2001; e) El artículo 212 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva es también incompatible con los artículos 38 y 28 de la Ley de Modernización, en el sentido de que el administrado no está obligado a esperar la negativa de la administración para proponer su acción ante la jurisdicción contencioso administrativa, y el término que tiene la administración para atender todo tipo de reclamación, salvo que se hubiese previsto uno distinto en una norma de rango legal, es el de quince días según lo previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización, de tal forma que, si la administración no hubiese contestado oportunamente al reclamo correspondiente, se ha de aplicar, en todo caso, el régimen jurídico de los actos administrativos regulares presuntos y los procedimientos de ejecución, sobre los que esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse repetidamente, y constituyen un precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento; f) Del mismo modo, la acción de repetición prevista en el segundo inciso del artículo 20 de la Constitución Política depende únicamente de que la conducta del funcionario o empleado sea dolosa o gravemente culpable, de tal forma que las condiciones previstas en el 213 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo son inconciliables con el ordenamiento constitucional. Sobre la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos por los perjuicios que se irroguen al Estado por su conducta, es necesario subrayar que cuando un administrado acude ante la autoridad con un reclamo administrativo tendiente a obtener el resarcimiento de los perjuicios materiales y morales producidos por la actividad pública y la administración, por medio del funcionario competente, no atiende la petición, aceptándola o negándola, en el término previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización, incurre, en

caso de dolo o de culpa grave, en la responsabilidad prevista en el inciso segundo del artículo 20 de la Constitución Política, y deberá asumir los perjuicios económicos ocasionados al Estado, y así tendrá que ser declarado en el proceso de ejecución del acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo positivo.

DÉCIMO SEGUNDO.- Del criterio vertido en el considerando precedente es posible sostener que los daños indemnizables, que se derivan de una actividad que se organiza asumiendo las deficiencias propias del sistema, deben ser reparados, salvo que exista una causa eximente, debidamente probada por los demandados.- Como ha quedado señalado las causa eximentes, que modifican la atribución del efecto dañoso a la actividad pública, en la relación causal anotada, son la fuerza mayor o el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima, siempre que se justifique su exclusividad, como factor generador del daño. El CONELEC ha afirmado que: 'Debe señalarse que la casa fue construida cuando la red de distribución de la energía eléctrica ya existía, y que aún hoy la casa no está terminada ya que no existen los mínimos elementos de seguridad tanto en los balcones como en las ventanas. Además, si a esto se añade que si hubiese habido un peligro evidente por la cercanía de la red eléctrica, ya para los constructores ya para los residentes, la autorización municipal correspondiente habría observado ese peligro para que EMELMANABI hiciese las rectificaciones del caso' (fs. 88, vuelta); '...habiendo un imprevisto imposible de prever, no hay culpa o negligencia de la cual derive indemnización (fs. 89)'. En esta línea, los demandados han podido probar exclusivamente la culpa de Florencio Antonio Andrade Medina, como corresponsable de los efectos dañosos provocados al menor y a sí mismo. En efecto, de la confesión judicial que ha rendido Florencio Antonio Andrade Medina se desprende, específicamente de la respuesta a la pregunta 4 (fs. 228 y 229), que construyó la vivienda en la que se produjo el suceso materia de esta acción sin las autorizaciones administrativas necesarias, a su juicio, de manera emergente por el terremoto de Bahía de Caráquez. Esto tiene un

efecto trascendente en relación con los efectos dañosos que el señor Florencio Antonio Andrade Medina pretendía sean resarcidos por los demandados, por sus propios y personales derechos. De conformidad con el artículo 2217 del Código Civil, cuando dos o más personas intervienen en el hecho que provoca el daño, son solidariamente responsables de todo el perjuicio. Al ser Florencio Antonio Andrade Medina corresponsable de los perjuicios que son materia del presente caso, no puede beneficiarse de su propia falta y, en tal virtud, las pretensiones que ha presentado por sus propios y personales derechos deberán ser desechadas. Esta circunstancia, de otra parte, no modifica en nada la responsabilidad de CONELEC y EMELMANABI respecto de los perjuicios ocasionados al menor Juan Pablo Andrade Bailón, ni la capacidad del padre para reclamar, en nombre de su hijo, estos perjuicios a los corresponsables, por su obligación solidaria.- Es necesario aclarar que tampoco se han considerado como pruebas válidas en este caso, la diligencia de inspección judicial y el informe pericial, así como los documentos agregados a dicho informe, que constan a fojas 171 a 198, porque, aunque la diligencia fue ordenada por el Tribunal *a quo* mediante providencia de 12 de noviembre de 2003 debidamente notificada a las partes, la fecha en que debía practicarse y la designación del perito no fue notificada a la parte actora por el Juez Octavo de lo Civil de Manabí, encargado, según consta a fojas 171, vuelta. En cualquier caso, la diligencia tuvo como propósito definir la situación del inmueble igual que del lugar en el que se produjo el suceso en relación con el tendido eléctrico, así como el cumplimiento de las normas técnicas, exclusivamente en lo que respecta a las distancias, en el referido tendido eléctrico. El resultado no modifica de manera alguna las convicciones a las que ha llegado esta Sala en relación con el daño indemnizable, el nexo causal y los eximentes de responsabilidad.

DÉCIMO TERCERO.- De cuanto se ha señalado, esta Sala encuentra que EMELMANABI y CONELEC son responsables solidarios de los daños materiales y morales producidos al menor Juan Pablo Andrade Bailón, según

el régimen previsto en el artículo 20 de la Constitución Política.- Al entrar en materia de indemnizaciones, esta Sala invoca la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su artículo 63.1, dispone la obligación del Estado, cuya responsabilidad ha sido establecida, de reparar el daño ocasionado y sus consecuencias, y la de determinar el pago de una justa indemnización. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos orienta la forma en la que se debe proceder para reparar e indemnizar tanto el daño material como los daños morales. *‘Su naturaleza y monto, dice la referida Corte, dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores’.* (Caso Cantoral Benavides, Reparaciones, sentencia de 3 de diciembre de 2001, entre otras).- Esta Sala procede, entonces, a cuantificar la indemnización que estarán obligados a pagar los demandados a favor de Juan Pablo Andrade Bailón y, por las circunstancias del caso, la manera en que se deberá cumplir la condena. En efecto, de conformidad con el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil: *‘Si se condenare a una de las partes al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, en la misma sentencia se determinará la cantidad que se ha de pagar, y si esto no fuere posible, se fijarán las bases para la liquidación y el modo de verificarla’* (el subrayado es de la Sala). En lo que respecta a los daños materiales sufridos por Juan Pablo Andrade Bailón se considera exclusivamente el valor que dejará de percibir en razón de su incapacidad para proveerse de los medios de subsistencia, como cualquier otro trabajador: Para tal efecto esta Sala entiende que es razonable fijar como valor de la indemnización por los perjuicios materiales causados, un monto equivalente al valor de la canasta familiar vital, por cada mes y por el tiempo de esperanza de vida de un ecuatoriano varón. Se emplea, en este caso, el valor de la canasta familiar vital, porque esta Sala no podría concebir al menor de edad afectado fuera de un núcleo familiar, que el Estado garantiza y protege según lo previsto en el artículo 37 y 48 de la Constitución Política. De conformidad con el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, a marzo del año 2007, el valor de la

canasta familiar vital es de TRESCIENTOS DIECISÉIS 28/100 dólares de los Estados Unidos de América; en tanto que, la esperanza de vida de un ecuatoriano, varón, según la Organización Mundial de la Salud, es de setenta años de edad. En tal virtud, dado que el hecho acaeció cuando Juan Pablo Andrade Bailón tenía ocho años de edad, (fs. 116) el valor que percibirá por concepto de indemnización por daños materiales asciende a la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS DOCE 32/100 dólares de los Estados Unidos de América. De conformidad con el artículo 2232 del Código Civil, *'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'* (el subrayado es de la Sala); y, como se ha dicho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que las indemnizaciones no tienen como propósito enriquecer a la víctima. Esta Sala entiende que no es posible cuantificar las pérdidas extrapatrimoniales que ha sufrido Juan Pablo Andrade Bailón, por lo que, aclarando que el valor que ahora se fija como reparación de los perjuicios morales sólo busca atenuar el efecto anímico y psicológico, basándose en equidad, condena solidariamente a EMELMANABI y a CONELEC al pago de OCHENTA MIL 00/100 dólares de los Estados Unidos de América, por este concepto. En total, la indemnización compensatoria suma el valor de TRESCIENTOS QUINCE MIL TRESCIENTOS DOCE 32/100 dólares de los Estados Unidos de América.

DÉCIMO CUARTO.- Finalmente, es necesario establecer un mecanismo adecuado de ejecución de la sentencia, que permita asegurar que el criterio de Justicia empleado en el presente caso se haga realidad, asegurando la tutela judicial efectiva garantizada en el artículo 24, numeral 17, de la Constitución Política y procurando precautelarse los intereses de Juan Pablo Andrade Bailón con la aplicación del mismo criterio que ha servido para fijar las indemnizaciones por daños materiales. Con estos fundamentos, EMELMANABI y CONELEC son condenados, adicionalmente, a la siguiente

obligación de hacer, que constituye un modo de ejecución de la condena principal prevista en el considerando precedente: a) En el plazo de quince días desde la fecha de notificación con la presente sentencia, EMELMANABI y CONELEC, a su costa, deberán constituir un fideicomiso mercantil, en cualquiera de las instituciones habilitadas en el Ecuador como fiduciarias; b) El patrimonio autónomo estará conformado por el valor total de las indemnizaciones a las que han sido condenados los demandados; c) El único beneficiario del fideicomiso será Juan Pablo Andrade Bailón; d) EMELMANABI y CONELEC se asegurarán que las únicas instrucciones a la entidad fiduciaria, que contenga el contrato de fideicomiso, sean las siguientes: 1. Desembolsar mensualmente, desde la fecha de constitución del fideicomiso, la suma de TRESCIENTOS DIECISÉIS 28/100 dólares de los Estados Unidos de América (valor de una canasta familiar), a favor de quienes ejerzan la patria potestad del menor de edad para su cuidado, hasta que Juan Pablo Andrade Bailón cumpla la mayoría de edad; 2. Juan Pablo Andrade Bailón, una vez que cumpla la mayoría de edad, podrá disponer libremente del patrimonio autónomo constituido a su favor; 3. Los derechos fiduciarios, cuyos certificados serán emitidos a favor de Juan Pablo Andrade Bailón, no podrán ser transferidos hasta que su titular cumpla la mayoría de edad; e) EMELMANABI y CONELEC y sus sucesores si se produjere cambio de estas entidades o de su nombre, estarán en la obligación de cubrir todos los costos y gastos que supongan el sostenimiento del fideicomiso mercantil, en los términos establecidos en esta sentencia, hasta que Juan Pablo Andrade Bailón cumpla la mayoría de edad.- El Tribunal de instancia, en la etapa de ejecución, verificará el cumplimiento exacto de esta obligación de hacer a la que se condena a EMELMANABI y CONELEC, en el plazo otorgado para el efecto.- Por las consideraciones vertidas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia y, aceptando parcialmente la demanda, se condena solidariamente a la Empresa Eléctrica Manabí S.A., EMELMANABI y al Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC, al pago, a favor de Juan Pablo Andrade Bailón, de las indemnizaciones establecidas en

el considerando décimo tercero de esta sentencia, por los daños materiales y morales que ha sufrido el referido menor, por la deficiente prestación del servicio público de distribución de la energía eléctrica, daños y responsabilidad extracontractual que también se declaran. Se condena, así también, a EMELMANABI y CONELEC al cumplimiento de la obligación de hacer prevista en el considerando décimo cuarto de esta sentencia, como modalidad de cumplimiento de la condena principal. Se desecha la demanda en lo que respecta a las pretensiones que el señor Florencio Antonio Andrade Medina ha efectuado, por sus propios y personales derechos.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.