



FACULTAD DE DERECHO

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO
ECUATORIANO POR LA ACCIÓN U OMISIÓN DE SUS FUNCIONARIOS**

**Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos
establecidos para optar por el Título de Abogado de los Tribunales y
Juzgados de la República**

**Profesor Guía
Dr. Gonzalo Muñoz**

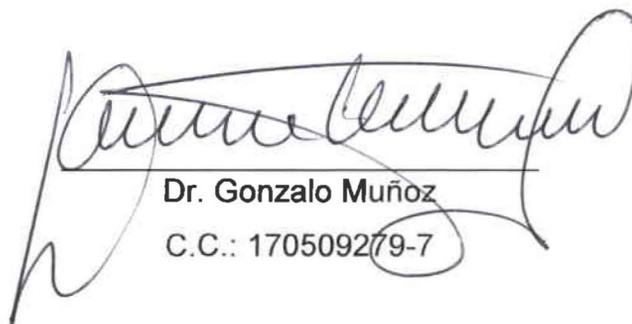
**Autor
Luciano Andrade Marín Iza**

**Año
2010**

BIBLIOTECA

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

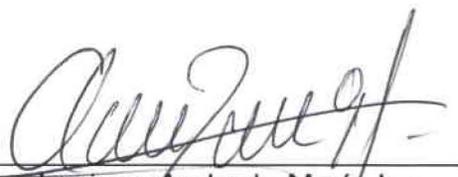
Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente.



Dr. Gonzalo Muñoz
C.C.: 170509279-7

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.



Luciano Andrade Marín Iza
C.C.: 171373750-8

AGRADECIMIENTO

Agradezco profundamente a mis padres, por su apoyo, comprensión y guía, que me han permitido poder desarrollar y culminar mis estudios.

Luciano

RESUMEN

Desde la antigüedad la relación entre gobernantes y gobernados ha causado un gran problema para alcanzar unos de los fines del ser humano, que es lograr la armonía de la vida en sociedad, ya que los primeros en abuso de su posición dominante ocasionaban una serie de daños a los administrados sin importarles sus consecuencias.

El Derecho como ciencia que busca postulados y principios que den como resultado justicia y equidad en la vida del ser humano, se ha ocupado que la relación descrita se efectúe de la forma más respetuosa y justa posible haciendo referencia a los fines que son el objeto de esta Ciencia.

Le compete a la esfera del Derecho Administrativo, rama del derecho que busca enmarcar la actividad del Estado dentro de un orden jurídico, el estudio de una primordial institución en la vida de los estados, que es la responsabilidad extracontractual que se deriva de la actividad de este.

Es así que esta Institución del Derecho ha evolucionado y ha generado principios que garanticen el cumplimiento de los derechos inherentes a los seres humanos, habitantes de determinado Estado.

Es por esto que después de un largo camino transcurrido por la materia objeto de este estudio, se puede hablar en la actualidad del derecho efectivo a reclamar el cumplimiento de la obligación estatal de hacerse responsable, tanto de lo que se genera del ejercicio de su actividad, como de las acciones u omisiones de sus funcionarios que son consideradas del Estado mismo.

El Ecuador no ha sido excepción del problema descrito, por lo que también se han generado normas y principios que regulan el funcionamiento estatal y que permitan a los administrados hacer efectivos sus derechos que han sido consagrados tanto en la Constitución como en otros cuerpos normativos.

En la realidad ecuatoriana, el efectivo derecho de los administrados de reclamar al Estado por los efectos dañosos de sus actividad es muy incipiente, dado por diversos factores de índole jurídica, cultural, económica, y dado también en algunas ocasiones por la falta de voluntad del Estado de hacerse responsable de su actividad.

ABSTRACT

Since old times, the relation between the people who has been in the charge of the government and the people who has been ruled by them, has created the big problem to achieve one of the mankind's goals, that is to accomplish harmony in society's life, all of this because the people in charge of the power has abused of the people who doesn't have it.

The science of law, that search postulates and principles that give as a result justice and equity in the human bean's life, ha occupied that the described relation carry out in the most respectful and fair way, achieving the goals of this science.

It concerns to the field of the administrative law, part o f the law that search to frame the state's activity in the legal order, to study one of the primordial institutions of law, that is the extracontractual responsibility of the state, that drifts of state's activity.

So, this institution of law has evolved and generated principles that guarantee the fulfillment of the inherent rights of the human bean's that live in a determinate state.

It's because of this that after a long way elapsed by the matter object of this research, in the present we can talk about the effective right to demand the fulfillment of the state's obligation of be responsible for the consequences of its activity and for the actions and omissions of the state officials that are considered of the state itself.

Ecuador has not been the exception of the problem in discussion, that's why it has generated principles and laws that regulates the state's behavior, and allow the administered to make effective their rights that have been enshrined in the Constitution and other regulatory bodies.

In the Ecuadorian reality, the effective right of the administered to demand the state for the harmful effects of its activity is really incipient, that arises from several factors of legal, cultural and economic nature and sometimes also because of the lack of state's will to take responsibility from its activity.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I EL DERECHO ADMINISTRATIVO	3
1.1 Introducción	3
1.2 El Estado	3
1.3 La Administración Pública	10
1.4 El Derecho Administrativo	22
1.4.1 Sistematización de Criterios	26
1.5 Derecho Administrativo en el Ecuador	36
1.5.1 Organización Administrativa y Territorial en el Ecuador	38
2. CAPÍTULO II LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	41
2.1 Introducción	41
2.2 Fundamentos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado	48
2.2.1 Teoría de la Expropiación por Causa de Utilidad Pública	48
2.2.2 Teoría del Sacrificio Especial	49
2.2.3 Teoría de la Igualdad o Proporcionalidad de las Cargas Públicas	50
2.2.4 Teoría del Enriquecimiento Sin Causa	50
2.2.5 Teoría Objetiva del Riesgo o del Seguro Contra el Riesgo Social	52
2.2.6 Teoría de la Vigencia del Estado de Derecho y Sus Postulados	53
2.2.7 Teoría de la Falta de Servicio	54
2.3 Los Presupuestos de la Responsabilidad del Estado	55

2.3.1 La Lesión Resarcible	56
2.3.1.1Requerimientos de la Lesión Resarcible.....	56
2.3.1.2La Extensión de la Indemnización	58
2.3.2 La Imputación del Daño a la Administración.....	59
2.3.2.1Causas de Imputación de la Responsabilidad a la Administración Pública.....	61
2.3.3 La Relación de Causalidad	72
2.3.3.1Nociones Generales	72
2.3.3.2Concurso de Causas. Culpa de la Víctima y del Tercero como Causa con Aptitud Para Fracturar el Nexo Causal	75
2.3.3.3La Culpa del Lesionado	76
2.3.3.4La Culpa de un Tercero	77
2.3.3.5Caso Fortuito y Fuerza Mayor.....	78
2.4 La Responsabilidad de los Funcionarios y Servidores Públicos.....	80
2.4.1 Fundamento y Tipos de Responsabilidad.....	81
2.4.2 Clases de Culpa.....	84

3. CAPÍTULO III La Responsabilidad en el Ecuador ... 86

3.1 Constitución Política de la República.....	86
3.2 Código Orgánico de la Función Judicial.....	100
3.3 Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional.....	102
3.4 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.....	103
3.5 Ley de la Contraloría General del Estado	104

4. CAPÍTULO IV ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN EL ECUADOR 114

4.1 Caso Número 1	114
-------------------------	-----

4.1.1 Hechos.....	114
4.1.2 Análisis	115
4.2 Caso Número 2	122
4.2.1 Hechos.....	122
4.2.2 Análisis	123
4.3 Caso Número 3	128
4.3.1 Hechos.....	128
4.3.2 Análisis	128

5. CAPÍTULO V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

.....	135
5.1 Conclusiones.....	135
5.2 Recomendaciones.....	140

BIBLIOGRAFÍA	142
---------------------------	------------

ANEXOS	144
---------------------	------------

INTRODUCCIÓN

La interacción entre el Estado y los particulares, por su dificultad e importancia en la vida en sociedad, son materia de un elaborado y complejo estudio, en el que se deben analizar varias aristas que pueden variar su análisis, es así que esta relación puede ser analizada desde diversos puntos de vista como el político, económico, filosófico, y el que es objeto de este estudio el punto de vista jurídico.

Es interesante analizar los hechos históricos que han resultado de las relaciones de los gobernantes con los gobernados, y como han ido evolucionando estas relaciones para buscar el fin de la convivencia del ser humano en sociedad que es la armonía y la justicia.

En este trato entre los gobernantes y sus súbditos surge una obligación para los primeros que es la de hacerse responsables de sus actos, mediante los cuales gobiernan y rigen la vida de los administrados, proviniendo evidentemente del más elemental principio de equidad y justicia.

El proceso de aceptación de esta figura ha sido muy largo y tortuoso, pero de este se han ido depurando formas y medios más eficaces que dan oportunidad a los gobernados de hacer respetar sus derechos.

Este proceso manifestado incluso en la actualidad sigue en constante cambio y evolución, por el dinamismo de las cambiantes formas de Estado y gobierno que se presentan, y la responsabilidad estatal especialmente la extracontractual, debe seguir este constante avance encuadrado dentro de la esfera del Derecho Administrativo.

Es así que este estudio propone analizar este tema de la forma más objetiva posible, partiendo desde un breve análisis de los antecedentes históricos que han dado origen a esta materia, hasta los principios y normas existentes que permiten regularlo y controlarlo en la actualidad y en el Estado en que vivimos.

Como todos los Estados, más aún, el Ecuador siendo un país en vías de desarrollo posee también problemas en este ámbito, por lo que este estudio busca ocuparse del problema para poder coadyuvar a la seguridad jurídica y el correcto funcionamiento de las instituciones estatales, tratando así de lograr un Estado de Derecho más justo y evolucionado.

1. CAPÍTULO I

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Introducción

A lo largo de la historia de la humanidad, ha existido una constante y sinuosa dificultad que es la de regular y controlar la relación que se produce entre gobernantes y gobernados, debido a que los primeros en numerosas ocasiones, cualquiera que haya sido su estructura y por cualquiera de sus entes de interacción con el pueblo, ha abusado de su posición dominante ocasionando diferentes perjuicios a los gobernados.

Para definir al Derecho administrativo como tal, debemos hacer una introducción del concepto de Estado, ya que es en este, que el Derecho Administrativo tiene un origen y una función definida.

El Estado

Puede decirse que el Estado tiene un origen insipiente en la antigua Grecia, cuando nació en esta, una unidad económica, social y política denominada "*Polis*" y a los ciudadanos se los denominaba "*koinonia*" o comunidad, aunque era muy arcaica comparada con lo que es hoy el Estado, las *Polis* sirvieron de inicio para llegar a la estructura que conocemos en el presente como Estado.

Los romanos a su vez basando sus ideas en la *Polis* griega materializaron su concepto de organización política, económica y social en lo que denominaron "*Civitas*", y después "*Respublica*" la que al igual que la *Polis* griega, era muy primitiva y distaba mucho de la concepción actual del Estado, pero constituyó también un paso relevante en la evolución de este.

En la baja latinidad ya empezó a utilizarse el término *status*, como referencia a una comunidad política, fue Ulpiano, gran jurisconsulto romano, quien puso en circulación el término al hablar del derecho público refiriéndose a él como "*Status Romanus*".¹

Con el acaecimiento del feudalismo se ve interrumpido el avance de lo que en un futuro se denominaría Estado, sin embargo una vez finalizado este período, en la edad media continua este proceso de institucionalización en las principales ciudades europeas de la época.

Es así que el término italiano "*Stato*", que como se manifestó anteriormente procede del latino "*status*", se asoció inicialmente al nombre de ciertas ciudades como *Stato de Firenze*, *Stato di Napole*, etc.

Se atribuye fundamentalmente a Maquiavelo el uso por primera vez del vocablo "*Stato*", refiriéndose a las "repúblicas" y los "principados", aunque al principio se refería solamente al "gobierno y su corte". Después fue cuando el término comenzó a aplicarse a la comunidad política en general y se incorporó a otros idiomas, tales como el francés (*Estat*), inglés (*State*), alemán (*Staat*) y español (Estado).²

Es entonces alrededor del siglo XVI cuando, Jean Bodin uno de los primeros escritores franceses, habla en una de sus obras de "*Estat*" tanto en el sentido de república como en el de forma de gobierno, llegando así a una acepción que ha permanecido desde ese entonces, y ha venido creciendo hasta nuestros días.³

Conocida brevemente la historia de los inicios del Estado, se puede entrar a estudiar con mayor exactitud y oportunidad los diversos conceptos de este, y las distintas perspectivas desde las cuales puede ser observado, ya que en su

¹ GARCÍA, Aurelio, *Ciencia del Estado*, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1978, Quito, p. 44.

² *Ibidem*, p. 45.

³ DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Editorial Omeba, 1963, Buenos Aires, p. 8.

crecimiento y de acuerdo a la etapa histórica que transcurría se dieron numerosas aristas por ser analizadas, como dice Jellinek "... el término ha perdido fatalmente en precisión lo que gana en extensión."⁴

"Se considerará, en primer lugar, una definición jurídico-sociológica del Estado diciendo que es la unidad política y jurídica permanente constituida por un conglomerado humano que forma, sobre un territorio común, un grupo independiente y sujeto a una autoridad suprema."⁵

Para Manuel María Díez el Estado:

*... es un substrato social estructurado en forma de corporación, cuya actividad se realiza en interés de la colectividad que lo integra. ... como fenómeno social debe considerar la asociación de individuos que ocupa el territorio, y que en forma organizada y estable, tiende a un fin común.*⁶

Por su parte Juan Carlos Cassagne manifiesta que el Estado puede ser analizado en las tres dimensiones que integran el mundo jurídico: conducta, normatividad y valor.

Así en el orden de la realidad, aparece como un régimen en cuyo marco un conjunto de agentes realiza repartos de ventajas y desventajas a los ciudadanos.

A su vez, en la dimensión normativa, el Estado se concibe como una persona jurídica que reviste de juridicidad positiva a la realidad que exhibe el orden existencial y que se traduce su reconocimiento como sujeto de derecho, o sea, como un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, actuar en juicio como actor y demandado, etc.

*Por su parte en el orden de la axiología jurídica, el Estado puede ser concebido como un Estado de Derecho, cuando impera el sistema de división de funciones e independencia de poderes, garantizando así los derechos fundamentales de libertad y propiedad de los ciudadanos o bien, como un Estado de Justicia, en el que, además de la defensa de estos derechos, ejerce funciones tendientes a realizar los criterios de justicia, en las distintas especies, incluso la llamada justicia del bien común o justicia social.*⁷

⁴ *Ibidem*, p. 6.

⁵ *Ibidem*, p. 8.

⁶ *Ibidem*, p. 9.

⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 2002, Buenos Aires, p. 7.

Para Jellinek con un enfoque más amplio de todo lo que significa Estado, manifiesta que: El Estado es una nación o sujeto jurídico territorial dotado originalmente de un poder dominador.⁸

Si se analiza esta definición a pesar de ser muy amplia, Jellinek no deja de lado ninguno de los elementos esenciales que configuran el Estado.

Al decirnos que es un sujeto jurídico, nos dice que tiene autonomía y personería jurídica.

Territorial, que implica que está circunscrito a determinado espacio geográfico.

Que está dotado de un poder dominador, lo que involucra que esta corporación o sujeto jurídico tiene la facultad de someter a las personas que no quieran acatar o respetar el fin que persigue el Estado, en beneficio del bien común.

Estudiado el origen del Estado y citados algunos de los conceptos del mismo, por varios de los más trascendentes autores en esta materia se puede establecer en conclusión una definición propia.

El Estado es una forma jurídico-política, que tiene como elementos esenciales la comunidad que lo integra, el territorio en el que se establece, el fin que persigue y la facultad coercitiva y coactiva que posee para normar y regular la interacción que se da entre los ciudadanos, y de estos con la administración.

Una vez establecido un concepto claro de Estado, analicemos ciertos comentarios y ciertos puntos de vista desde los cuales es visto.

“El Estado más que la organización pública o la constitución existente es el ser moral que sobrevive a una transformación completa de gobierno.”⁹

⁸ JELLINEK, George, *Teoría del Estado*, Albatros, 1930, Buenos Aires, p. 37.

⁹ GARCÍA, Aurelio, *Op. Cit.*, 1978, p. 46.

Para Hans Kelsen, fundador de la doctrina del derecho puro, resume su pensamiento en una frase "El Estado es un sistema ideal de normas jurídicas". Considera al Estado como si fuera el mismo derecho, manifiesta que el Estado como orden no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad, y que por su parte las actividades de la administración escapan a la ordenación jurídica, ya que no siempre están ajustadas a la normativa positiva, sino que son la libre expresión de la voluntad de autoridades y funcionarios, dentro de un campo discrecional de acción y decisión.

El pensamiento de Kelsen constituye el extremo de la corriente idealista, mientras que a su vez la doctrina realista cree que el Estado es simplemente una diferenciación entre gobernantes y gobernados y su fundamento no es ni debe ser otro que el servicio público.

Hegel uno de los principales representantes de esta corriente realista manifiesta que, el Estado es la síntesis del individuo (tesis) y la sociedad (antítesis), en la cual estos pierden sus particulares atributos y calidades de individuo y sociedad, dialécticamente pierden su esencia para convertirse en la esencia del Estado.

En virtud de lo expuesto se comprende que el Estado lleva implícito el derecho, ya que este es la manifestación especial de la eticidad.

Dentro de este análisis de los diversos puntos de vista y comentarios acerca del Estado es importante mencionar el de un autor, que se ha destacado por tener percepciones diferentes a las preestablecidas, es así que Lenin concibe al Estado simplemente como la muestra de que los antagonismos de clase son irreconciliables, lo que quiere decir que es simplemente una estructura superior a la comunidad para que pueda mediar y establecer un punto medio entre las diversas clases.

Esta concepción coincide con la de Engels, cuando dice que el Estado equivale al reconocimiento de contradicciones internas irreconciliables.

Existe también una corriente de pensamiento llamada Organicista la cual considera al Estado como un organismo biológico que está sujeto a las leyes esenciales de la vida, según la cual por estas leyes está condenado a la muerte, para el posterior surgimiento de otro Estado sin los errores y fallas del anterior.

Según esta corriente el Estado es la preocupación de todo incluso de la personalidad espiritual u "honra" y estimación propia, es la reacción a los ataques, la previsión de los peligros, y sobre todo la agresión interna que es natural en toda unidad vital.

Volviendo al tema que nos concierne, que es el punto de vista jurídico y todo lo que haga referencia a este, es pertinente citar a Duguit, quien enuncia que "el verdadero fundamento del Estado y el Derecho Público no reside en el principio de soberanía, sino en el de servicio",¹⁰ principio que es materia del presente análisis y el cual se verá ampliado más adelante.

En cuanto al estudio del Estado existen diversos tipos de métodos que siguen las ciencias para llegar a su objetivo, el método es el camino que sigue la mente en sus investigaciones para el descubrimiento de la verdad de un objeto o de un orden de conocimientos determinado.

Jellinek expresa que al igual que en los fenómenos naturales se puede obtener ciertas notas de semejanza y desemejanza con el fin de obtener tipicidades que pueden presentarse en dichos fenómenos, en los fenómenos sociales, si bien no hay tales identidades en sentido absoluto, se pueden dar ciertos parecidos, que pueden dar lugar a consideraciones relativamente similares o típicas, es de aquí de donde surge el método de los tipos formulado por Jellinek.

¹⁰ *Ibidem*, p. 60.

Para Jellinek existen dos clases de "tipos" en los estados, el ideal y el empírico, entendiendo al "tipo" como la expresión de la más perfecta esencia del género.

El tipo ideal ha sido en centro del pensamiento filosófico desde Grecia hasta la modernidad, donde la concepción del Estado se halla muy por encima de la realidad de las cosas.

Esta posición confirma la "Utopía". Platón y Tomas Moro son buenos ejemplos de seguidores de este pensamiento utópico, vale la redundancia, con sus obras que conciben el Estado Superidealista.

Por su parte el tipo empírico es resultante del análisis comparativo de distintas estructuras estatales para conseguir por vía de síntesis y superación un Estado que sin salirse de la realidad de las cosas se proyecte al futuro con fundamentos claros.

Manifiesta Jellinek que los tipos según los cuales se investiga la doctrina del Estado coinciden con dos posturas científicas para considerar al Estado. La histórico-social y la jurídica, los métodos histórico-social y el jurídico respectivamente.

El método jurídico, consiste en determinar claramente los principios que integran la doctrina jurídica estatal, a la vez a la vez que la evolución del contenido mismo de tales principios de derecho, sin embargo el Estado en su totalidad, no puede ser concebido, sino a través de sus elementos sociales y jurídicos.

Definido el concepto de Estado, observados diversos puntos de vista de importantes pensadores respecto al tema, y entendido también el método de la ciencia por medio de la cual se efectuará el estudio del tema propuesto, el Derecho Administrativo, podemos seguir adelante con su definición y antecedentes principales.

La Administración Pública

A partir de la Revolución francesa, momento en el que nace el Derecho Administrativo, la Administración Pública se identifica con el poder ejecutivo en la distribución de funciones, el Derecho Administrativo venía a ser entonces el régimen jurídico especial para el órgano ejecutivo, sin embargo como se verá más adelante esto no es del todo cierto y el Derecho Administrativo no solo aplica para el órgano ejecutivo, sino para todos los campos en los que se desempeña la Administración Pública.

Miguel S. Marienhoff, uno de los principales tratadistas de Derecho Administrativo, coincide con los preceptos expuestos por la mayoría de autores y pensadores del Derecho Administrativo, al considerar que es la Administración Pública el objeto de este Derecho, en todas sus manifestaciones, sean estas: externas o internas; jurídicas o no jurídicas. Es por esto que, antes de definir lo que es Derecho Administrativo resulta necesario inicialmente saber que ha de entenderse por Administración Pública, y así lógico conocido el objeto del Derecho Administrativo, se analizará luego en qué consiste este.

Antes de entrar a definir específicamente que es la Administración Pública, cabe hacer un exordio respecto de las funciones estatales en general.

Como se manifestó anteriormente cuando se analizó el surgimiento del Estado y las distintas perspectivas desde las cuales puede ser analizado, se mencionó que la existencia del Estado obedece a la necesidad de satisfacer las necesidades del capital humano que lo integra, para lo cual la historia de la humanidad en su evolución demuestra que esta estructura superior llamada Estado, que se encuentra por encima del bien individual procurando el bien del grupo social, este dotada de un "poder" de coacción, que se hace efectivo en cualquiera de los órdenes y campos donde este ejerce su actividad.

En términos generales, la actividad estatal se concreta en tres funciones: legislación, justicia y administración. La primera caracterizada por su producción normativa genérica y obligatoria; la segunda, aplicadora de la ley a los casos concretos en conflicto; y la tercera, originalmente concebida como una simple ejecutora de los preceptos legales. Es en estas tres funciones donde sus respectivos entes ejercitan y desenvuelven parte del “poder” del Estado.

Esta muchas veces mal entendida “división de poderes”, no es más que la distribución de funciones de un único e indivisible poder, que en esta constante búsqueda de la justicia entre gobernantes y gobernados, fue una medida para lidiar con el absolutismo, evitando que el ejercicio de todas las funciones estatales se concentre en una sola persona o en un solo ente, con lo que se buscó y en cierta medida encontró, garantizar los beneficios y libertades tanto del grupo social como del individuo.

No hay que confundir “poder” que es un atributo estatal, con “potestades”, que, en lo que respecta a su ejercicio, pueden ser prerrogativas inherentes a una función, verbigracia de la función correspondiente a la Administración Pública, pues esta ciertamente tiene diversas potestades: la reglamentaria, la imperativa, la sancionadora, etc. Dichas “potestades” constituyen un reflejo cualificado del “poder” general del Estado, pero no pueden confundirse con este poder.¹¹

Cabe resaltar que el “poder” es un atributo del Estado, mas no de la Administración, esta lo que hace es actualizar o manifestar la parte concerniente del poder estatal.

Cada una de las funciones principales del Estado, ejecutiva, legislativa y judicial a la vez que realizan sus propias funciones características, ejercen o desempeñan otras con las mismas características que los demás órganos. El ejecutivo administra y ejecuta, pero a su modo puede también juzgar y legislar. El Congreso legisla pero a la vez juzga, ejecuta o administra. La función judicial juzga, sin embargo desempeña actos donde actúa ejecutivamente o

¹¹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, 1964, Tomo 1, Buenos Aires, p. 11.

como administrador y actos legislativos. Esto denota que la función administrativa no se ciñe únicamente a una de las principales funciones estatales, es si por naturaleza la función principal del órgano ejecutivo, sin embargo la comparten los demás órganos sin que esto modifique el carácter distintivo de la actividad realizada, por lo cual en el estudio del Derecho Administrativo como ciencia prevalece el pensamiento objetivo de la Administración Pública, es por eso que atañe al espectro del Derecho Administrativo, la regulación y control de cualquier acto de carácter administrativo aunque no sea dimanado por la función ejecutiva.

El contenido de cada una de esas funciones esenciales (legislación, ejecución y justicia) varía con relación a la ley y con relación al tiempo.

El órgano Legislativo dicta o crea la ley, la altera y la suspende según su voluntad y conforme con la Constitución; el Ejecutivo cuida que la ley se cumpla y se observe; el órgano Judicial la interpreta y aplica, cuando se suscitan controversias o conflictos respecto a lo que se ha hecho u omitido bajo su imperio. De manera que el Legislativo se ocupa principalmente del futuro, el Ejecutivo del presente, en tanto que el Judicial es retrospectivo, obra sobre el pasado. Dedúcese de esto que la actividad de la Administración es continua, permanente, mientras que la actividad legislativa y la judicial no revisten ese carácter, ya que aparecen como intermitentes o discontinuas.¹²

El concepto de Administración, doctrinariamente es muy controvertido, los pensadores y tratadistas han emitido opiniones variadas y diversas, respecto del tema.

Aparte de ser esencial la distinción de la administración respecto de las otras funciones estatales, es además indispensable seleccionar desde cual perspectiva será analizada: la objetiva o sustancial o la subjetiva u orgánica.

Para lograr un método sistematizado y científico con resultados positivos que aporten al presente estudio, a la par de hacer una revisión concepto por concepto de los principales autores y pensamientos respecto del tema,

¹² *Ibidem*, p. 38.

corresponde también hacer una generalización de los respectivos conceptos, una síntesis de aquellos para llegar luego al concepto o definición más claro y resumido.

El Diccionario de la Real Academia Española, dice que la raíz etimológica de “administrar” proviene del vocablo latino “*administrare*”, de “*ad*” a y “*ministrare*” servir, de tal modo que etimológicamente su significado es el de “servir a”, lo que denota la idea de una acción tendiente a un objetivo, sin embargo este origen etimológico no es la definición jurídica.

Como vimos anteriormente en el estudio del Derecho Administrativo predomina la concepción objetiva de la administración pública. Cabe decir que la Administración resulta caracterizada en base a la naturaleza jurídica interna del acto administrativo, con total desapego de cual haya sido la entidad productora del acto. Con este criterio objetivo dice Marienhoff:

Lo que ha de definir una institución es la “substancia” de la misma, no la “forma” ni el “autor” de los actos respectivos: la “forma” y el “autor” solo constituyen elementos contingentes. Puede entonces haber “administración” no solo en la actividad del ejecutivo, sino también en parte de la actividad del órgano legislativo o de la del órgano judicial.¹³

Como se mencionó en los párrafos precedentes son variados y diversos los conceptos de Administración Pública, generalizándolas de acuerdo a la identidad de sus pensamientos, estas son las principales:

A) Administración como actividad equivalente a la de gobierno.

Esta concepción tiene un nacimiento arcaico, debido a que en la antigüedad el “gobierno” abarcaba todas las actividades del Estado (Administración, Legislación y Justicia), que posteriormente en el desarrollo de este fueron distribuidas en tres distintas funciones.

¹³ *Ibidem*, p. 41.

Actualmente se entiende por gobierno a la alta dirección política de interés general y que no es exclusivo de ninguna de las tres funciones, sino que se desempeña en ellas simultáneamente.

B) Administración como actividad subordinada a la de gobierno.

Si gobierno es "dirección", administración es "acción complementaria". Serrigny expresó que se trata de una misma escala ocupada por un solo Poder, bajo nombres distintos. Se llama Gobierno en grados superiores, y Administración en los inferiores.¹⁴

En esta corriente se considera que el gobierno es como el motor del Estado y que la Administración son los engranajes e instrumentos que permiten la ejecución de la dirección a la que está subordinada.

C) Administración como actividad total del Estado.

Stein, fue el propugnador de esta concepción, en la cual Administración engloba a todo el Estado y a todas las acciones para lograr sus objetivos. Para él la Constitución es la estructura y la Administración es la actividad teleológica.

"La Constitución es voluntad la Administración es acción."¹⁵

Esta doctrina ha sido objetada en vista que no es verdad que toda la actividad del Estado es administrativa, los actos de las entidades estatales no son siempre administrativos.

D) Administración como actividad del poder ejecutivo.

Algunos tratadistas en España y en Francia, han considerado a la Administración simplemente como la actividad que realiza el poder ejecutivo.

¹⁴ *Ibíd*em, p. 43.

¹⁵ *Ibíd*em, p. 43.

Esta doctrina es poco aceptable, ya que como se estudio anteriormente, tanto la función Judicial como la Legislativa, realizan actos de carácter administrativo, debido a que estos actos no son de exclusividad del órgano ejecutivo.

E) Administración como función estatal que tiene en mira el funcionamiento de los servicios públicos.

Definición impulsada principalmente por Duguit.

“Lo juzgo carente de base, por cuanto los servicios públicos, stricto sensu, no constituyen la única actividad de la Administración. Fuera del servicio público aún existe un amplio margen para el ejercicio de la función administrativa.”¹⁶

F) Administración como actividad del Estado que no es legislación ni justicia.

Conocida también como la teoría residual, manifiesta que Administración es todo acto estatal que no está encuadrado dentro de la función legislativa ni de la función judicial.

Si bien es cierto esta corriente es acertada desde el punto de vista que se estudió anteriormente, de cómo las funciones operan de acuerdo a la ley y al tiempo, se manifestó así, que, la función Legislativa rige para el futuro, la función Judicial es retrospectiva, y que la administración rige en el presente, es decir continuamente y sin intermitencias. Coincidiría esto con esta doctrina, sin embargo esta doctrina no distingue claramente el campo de acción de las funciones estatales, es muy indefinida, dejando así una gran interrogante de cual sería en efecto el residuo de los órganos de justicia y legislación.

¹⁶ *Ibidem*, p. 45.

G) Administración de acuerdo con el contenido de los actos de la actividad del Estado.

Tesis propugnada por León Duguit, expresa que la distinción de las funciones del Estado debe ser regida por el contenido de los actos que estos realizan, mas no por el sujeto estatal que dimana el acto, así Duguit asigna a cada función estatal un tipo de acto, si bien tiene la razón en parte, no obstante al asignar los actos exclusivamente a una función, cae analógicamente en el error de distinguir las funciones de acuerdo al órgano que lo realiza.¹⁷

H) Administración como actividad de órganos ejecutivos dependientes.

Adolfo Merkl, creador de esta teoría, considera Administración a las funciones de aquel complejo orgánico regido por lazos de dependencia que se revelan en el derecho a dar órdenes del ente superior y en el deber de seguirlas por el órgano inferior.¹⁸

El mismo Merkl advierte el error de su teoría al apuntar que los entes superiores al no tener órganos superiores a ellos no estarían en relación de dependencia con nadie por lo que al no encontrarse en relación de subordinación con nadie no podrían seguir órdenes por lo que sus actos ya no sería parte de la Administración.

Por ejemplo un Decreto dictado por la función ejecutiva no sería un acto de Administración al no ser cumplimiento de órdenes de un órgano superior.

I) La Administración como actividad del Estado que debe ejercerse dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de ley.

Esta corriente es indeterminada. Expresa que al estar el Estado enmarcado en un marco jurídico normativo, la Administración solo debe ceñirse a obrar en este campo sin sobrepasar sus límites.

¹⁷ *Ibidem*, p. 46.

¹⁸ *Ibidem*, p. 46.

Si bien es cierto es verdad y debe la Administración estar enmarcada en el campo del derecho, sin embargo, esta concepción no presenta características esenciales de la actividad administrativa, ya que esta al igual que las otras dos funciones estatales deben estar enmarcados en el campo del derecho, por que al igual que la función administrativa la de justicia y de legislación deben también respetar y atenerse al orden jurídico del Estado.

Mencionadas resumidamente la principales corrientes para definir a la Administración, se encuentra que en estas no existe un concepto claro que revele las notas esenciales de la Administración en sí, para poder diferenciarla de las otras funciones principales del Estado.

Se puede destacar para diferenciar a la Administración de las otras funciones que, la función Legislativa dimana una norma en virtud de solucionar y atender dificultades que afronta el grupo social, no obstante no las atiende directamente, mientras tanto que es la función Judicial la que vela por que la actividad legislativa sea cumplida, a posteriori, su fin es que la comunidad se someta al Derecho, mientras que para la Administración, esto es solamente el camino a un fin.

Antes de llegar a una definición que es muy clara y completa, que brinda Marienhoff es pertinente dar algunas de las acepciones, las cuales él considera base para efectuar la suya.

“Administración es la actividad con la que el Estado y sus entes auxiliares cumplen la función de satisfacer los particulares intereses públicos”.¹⁹

“Administración es la actividad concreta del Estado dirigida a satisfacer las necesidades colectivas en forma directa e inmediata.”²⁰

¹⁹ *Ibidem*, p. 59.

²⁰ *Ibidem*, p. 59.

“Administración es la actividad práctica que el Estado desarrolla para atender, en modo inmediato los intereses públicos que entran en sus propios fines.”²¹

“La Administración pública es una de las funciones del Estado que tiene por objeto la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas por actos concretos dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley.”²²

*La “administración” es una actividad “concreta” y “práctica”. ¿En qué consiste esa actividad? Consiste en actos jurídicos y en operaciones materiales. Es además una actividad inmediata, pues la realizan y llevan a cabo los propios órganos administrativos con el objeto de lograr los fines que la motivan.*²³

Por otra parte, con relación al tiempo la Administración es una actividad “permanente” o “continua” del Estado (actúa para el presente), en tanto que la Legislación y la Justicia son actividades intermitentes o discontinuas, que obran con relación al futuro o al pasado respectivamente.

De estos pensamientos concluye Marienhoff que:

*La Administración es la actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata, de las necesidades del grupos social y de los individuos que lo integran, si dejar de lado también las necesidades del “individuo”, por ejemplo la entrega de una concesión sobre un bien de dominio público.*²⁴

Manuel María Díez por su parte al dar una noción conceptual de la Administración Pública desde el punto de vista objetivo, manifiesta también que es una actividad no exclusiva de la función ejecutiva, por lo tanto, perteneciente a las tres funciones del Estado, y realiza una caracterización de las funciones del Estado similar a la de Marienhoff.

²¹ *Ibidem*, p. 59.

²² *Ibidem*, p. 59.

²³ *Ibidem*, p. 57.

²⁴ *Ibidem*, p. 58.

Manifiesta, que el órgano legislativo no atiende de manera inmediata los intereses del grupo social, sino que limita, condiciona y dirige la conducta de los individuos en la sociedad.

Dice también que el órgano judicial, trata que la manifestación legislativa sea acatada, pero no lo hace de forma inmediata, sino mediata e instrumental, en cambio la actividad el órgano de administración desarrolla una actividad propia, semejante a los otras funciones que posee el Estado pero lo hace de manera inmediata.

Concluye así Manuel María Diez: "La actividad administrativa, entonces, desde el punto de vista objetivo, podríamos decir que es concreta, que satisface inmediata y continuamente las necesidades colectivas con sujeción al ordenamiento jurídico vigente."²⁵

Para José Canasi, prestigioso tratadista argentino de Derecho Administrativo y Derecho Público, la Administración en sentido objetivo es una de las funciones del Estado para proveer sus fines, además de la función Legislativa y Judicial o Jurisdiccional como él la llama.

Esta en sentido objetivo, constituye la actividad inmediata, desarrollada por los órganos administrativos para desempeñar los fines del Estado, de manera que atender la realización o cumplimiento de dichos fines, de manera concreta y materializada e inmediata es función de los organismos administrativos. "Es la función objetiva, propia y específica de la Administración, como la de la legislación sancionar leyes, y la jurisdiccional decir el derecho, en el caso concreto."²⁶

Es necesario mencionar la concepción subjetiva, que aunque como se manifestó anteriormente no es el mejor punto de vista desde un criterio

²⁵ DIEZ, Manuel María, *Op. Cit.*, 1963, p. 99.

²⁶ CANASI, José, *Derecho Administrativo*, Ediciones Depalma, 1972, Vol. 1, Buenos Aires, p. 42.

científico-metodológico para este estudio es necesario tenerlo en cuenta para el desarrollo de este tema.

La Administración en sentido subjetivo es el conjunto de actividades realizadas por todas las personas que ejercen la competencia y exteriorizan la voluntad del Estado, como funcionarios, autoridades, etc.

Hacia mediados del siglo XIX el afán de garantizar la autonomía del Derecho Público, con la necesidad de sustituir las explicaciones personalistas y místicas del feudalismo y el absolutismo, surge en Alemania un aporte fundamental: El reconocimiento del Estado como persona jurídica. El Estado sería entonces, una persona jurídica, y esta idea elemental sirve de base para comenzar, justificar, defender y respaldar, la construcción de su posición frente al derecho.

La Administración Pública, antiguamente identificada, con uno de los “poderes” orgánicos e individualizados del Estado, pasa a ser considerado entonces como una función del Estado-Persona, manifiesta Eduardo García de Enterría.²⁷

El intento de aislar una abstracta función estatal de administrar, para edificar sobre la misma el objeto del Derecho Administrativo como disciplina, ha sido uno de los esfuerzos más prolongados y sutiles en la historia de nuestra ciencia, y también uno de los más baldíos. Administrar sería acción (frente a declaración como propia de las funciones Legislativa y Judicial), o acción singular y concreta, o acción organizada, o acción de conformación social, o gestión de servicios públicos (esta tesis dominó la mitad del siglo pasado en Francia) o actuación bajo formas jurídicas peculiares.²⁸

Como se destacó precedentemente, en la concepción original, la función administrativa se identificaba con el poder ejecutivo, distinguido como simple órgano ejecutor de la ley, sin embargo, la función administrativa en su concepción moderna y mas evolucionada, no posee este encuadramiento teórico, lo que admite la discrecionalidad al interpretar las funciones y el

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, Thomson Civitas, 2004, Duodécima Edición, Madrid, p. 30.

²⁸ *Ibidem*, p. 30.

ejercicio del poder estatal, al igual que simplifica el ejercicio administrativo de los órganos Legislativo y Judicial, así como el control jurisdiccional y administrativo a que están sujetas en un principio las actuaciones y decisiones de naturaleza administrativa.

Expone Jaime Santofimio Gamboa que la Administración Pública constituye un conjunto de órganos y funciones activos en la consecución de los fines estatales. "En la actualidad la Administración también es discrecionalidad, oportunidad y fundamentalmente decisión, aspecto este que le otorga una connotación política en su desarrollo cotidiano."²⁹

Actualmente la Administración deja de ser simplemente la ejecutora de la ley, para convertirse en acción, discrecionalidad para efectuar decisiones permanentemente, para la mejor atención a las condiciones vitales y continuas de la población.

Aunque esta discrecionalidad puede ser tomada como generadora de inestabilidad y que presenta un problema difícil de controlar para el Estado, no obstante, si bien es cierto darle un campo flexible de acción a las personas puede presentar un problema, resulta inevitable hacerlo debido a este rol moderno de la Administración de no solo tener una función estrictamente estática, sino también de poseer el dinamismo de la actuación en el ejercicio de su actividad y la materialización de la Administración a través de los entes y personas que lo desempeñan.

Cabe denotar también que debido a todas las dinámicas y cambiantes actividades que puede realizar la Administración de un modo material, dependiendo del Estado y órbita social en que ejerza, no es necesario ni fructífero aislar alguna actividad como prototípica o definitoria, pero es si pertinente destacar que, en nuestros días, la Administración es, y como único factor permanente e invariable, para el Derecho Administrativo una persona

²⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, D'Vinni Editores, 1996, Bogotá, p. 126.

jurídica, la cual: expresa su voluntad, suscribe contratos, es titular de bienes, es responsable, es justiciable, etc.

Anteriormente se manifestó, de acuerdo a la teoría alemana, que solo el Estado podía estar dotado de personería jurídica y que la Administración era solo parte de él, sin embargo la afirmación hecha en el párrafo precedente, es realizada para lo pertinente al ordenamiento jurídico interno, mientras que la personalidad jurídica del Estado rige para el conjunto de estado dentro de la comunidad internacional.

Se puede concluir entonces de manera propia que la Administración es la actividad principal pero no exclusiva de la función ejecutiva, dotada de personería jurídica dentro del derecho interno, que se da en forma espontánea, permanente, continua, inmediata, teleológicamente destinada a cumplir y satisfacer las necesidades de la comunidad y del individuo, dentro del marco normativo del Derecho Público.

El Derecho Administrativo

Abordar la definición y concepto de Derecho Administrativo ha sido uno de los más complejos problemas de la doctrina en todos los tiempos. Las grandes divergencias teóricas en las concepciones de esta materia se centran no solo en la delimitación y definición de su objeto que es la Administración Pública, sino también en la definición que adopta la misma disciplina.

Esta problemática obedece principalmente al carácter dialéctico y cambiante que tiene el contenido y materia tanto de la Administración Pública como del Derecho Administrativo, situación que hace imposible dar una concepción única que encierre todos los pensamientos respecto de este.

El Derecho Administrativo no ha sido el mismo, ha evolucionado de acuerdo al tiempo y lugar en el que se ejercía, de acuerdo a esto su objeto y parámetros

variaban y adquiriría connotaciones diferentes. Es por eso que este estudio trata de sistematizar los criterios tenidos en cuenta y de analizar las más importantes conceptualizaciones del Derecho Administrativo, para lograr en lo posible, dar una noción lo más universal y acertada posible.

Lafetierre tratadista francés, fue el primero que trató de poner un método y orden para dar soluciones al problema de la Administración y su relación con los administrados, comenzando así la construcción del Derecho Administrativo, y en el año de 1886 escribió su obra "Los Principios Generales del Derecho Administrativo", en la cual estableció tres principios generales que él consideró fundamentales y que dominaron el Derecho Administrativo francés por algún tiempo.

Los principios eran los siguientes:

- a) La distinción de los actos administrativos en actos de potencia pública y actos de gestión.
- b) El principio de la irresponsabilidad del Estado cuando actuaba como soberano realizando actos de potencia pública.
- c) El principio de la independencia de la administración activa respecto de los tribunales judiciales y administrativos.

Posteriormente con la evolución del Derecho Administrativo estos tres principios fueron cambiados por un concepto básico, el del servicio público, que se tomó como cimiento fundamental del Derecho Administrativo.

Al continuar la marcha del Derecho Administrativo esta idea de servicio público fue sumamente criticada y posteriormente fue sustituida por la idea de poder público, razón por la cual el estudio del Derecho Administrativo hace referencia necesariamente a principios generales del Derecho Interno.

El Derecho Administrativo pertenece también al Derecho Público, esto fundamentado en los sujetos que hacen parte en la relación jurídica, estos son el Estado y los particulares, estos encuadrados dentro de una relación de subordinación, lo cual supone obligatoriedad que es el rasgo característico del Derecho Público, diferente así al Derecho Privado, en el que sus sujetos se encuentran regidos bajo normas de coordinación. Vale aclarar también, que está dentro del Derecho Público Interno, debido a que las relaciones administrativas entre estados están regidas por el Derecho Internacional Público.

Al ser el Derecho Administrativo una rama del Derecho Interno y a su vez del Derecho Público, se entiende que es una actividad del Estado, que en ejercicio de su poder público, por medio de la Administración con normas y principios, satisface el interés del grupo social.

El Derecho Administrativo abarca el estudio de la actividad de la Administración. La Administración, como se definió anteriormente es una actividad estatal, la cual aseguran todos los órganos que la constituyen, y es el Derecho Administrativo quien estudia la actividad o parte jurídica de esta.

El concepto de administrar se refiere a la totalidad del Estado; y si existe un Derecho Administrativo, no puede circunscribirse a la actividad de una de sus funciones, sino que engloba la actuación de todos aquellos que se propongan satisfacer las necesidades públicas por medios administrativos.

Por ser el Derecho Administrativo el encargado de la parte jurídica de la actividad administrativa, debe ocuparse de los actos administrativos; del régimen que se aplica a las relaciones más diversas que ocurren entre la Administración y los administrados, de la Administración con sus entes autónomos, y de estos entre sí.

Dice Manuel María Díez "El Derecho Administrativo es una consecuencia del tipo histórico conocido con el nombre de Estado de Derecho".³⁰

Si desapareciera el Estado de Derecho existirían normas y preceptos respecto a la materia y organización administrativa, sin embargo no pudiera hablarse de un Derecho Administrativo.

Hecho un breve resumen del nacimiento y la base lógica del Derecho Administrativo, es adecuado recalcar el enfoque del Derecho Administrativo precedentemente de entrar a la definición en sí de Derecho Administrativo.

Como se manifestó anteriormente el Derecho Administrativo se encarga de la parte jurídica de la Administración, situación que amplía en su análisis Erricco Presutti tratadista italiano, el cual ha observado que la actividad de la Administración Pública para la satisfacción de los intereses a su cargo, hállese regulado por una triple categoría de normas que se presentan en tres planos: el de la ciencia jurídica, el de la ciencia de la administración y el de las ciencias técnicas.

La ciencia jurídica que es la que interesa y desde la cual se realiza este estudio, radica en el uso por parte de la Administración, de instituciones y medios de derecho como: contratos, concesiones, licitaciones, etc.

No es posible, por su enorme complejidad y su constante evolución, dar una fórmula o definición unitaria de lo que es Derecho Administrativo, existe una diversidad bastante amplia de criterios, por lo que, sistematizados, se los analizará brevemente uno por uno, y se citará también definiciones de los principales autores para lograr encontrar elementos y puntos coincidentes, y de ahí alcanzar una noción conceptual lo más acertada y completa posible.

³⁰ DIEZ, Manuel María, *Op. Cit.*, 1963, p. 270.

1.1.1 Sistematización de Criterios

a) Criterio legalista.

Este criterio comprende la exposición, análisis y observaciones de las leyes administrativas, sin embargo este reduce al Derecho Administrativo solo al marco del derecho positivo, olvidándose así de los principios y la doctrina. Solo se ciñe a las leyes de carácter administrativo, mas no al Derecho Administrativo.

b) Criterio del Poder ejecutivo.

Considera al Derecho Administrativo como regulador de la función ejecutiva.

Este criterio ha sido objetado ya que como se estudio anteriormente la función ejecutiva no es la única que administra, también lo hacen las funciones Legislativa y Judicial, y también porque la función ejecutiva tiene otras funciones que no son solo las administrativas.

c) Criterio de las relaciones jurídicas.

Manifiesta este que el Derecho Administrativo es el derecho regulador de las relaciones entre el Estado y los particulares.

Este criterio presenta una noción acertada, no obstante es una noción incompleta, porque el Derecho Administrativo si regula las relaciones entre el Estado y los particulares, adempere esta relación no está exclusivamente regulado por el Derecho Administrativo.

Como segundo punto de crítica a este criterio se presenta el expresado en los párrafos precedentes, de que el Derecho Administrativo no solo regula las relaciones entre el Estado y los particulares, sino también las relaciones

y funcionamiento entre el Estado y sus órganos autónomos y de estos entre sí.

d) Criterio de los servicios públicos.

Este criterio es el que sirvió de base en los inicios del Derecho Administrativo, expresa este que el Derecho Administrativo es el conjunto de normas reguladoras de los servicios públicos.

Este criterio ha sido rechazado en base a dos argumentos.

El primero consiste en que la noción de servicio público es imprecisa, por lo cual es imprecisa la definición.

El segundo como dice Marienhoff es:

“El servicio público si bien constituye una parte importante del derecho administrativo, no agota el objeto del mismo.”³¹

e) Criterio de la actividad total del Estado.

Dice esta corriente que el Derecho Administrativo es la rama del derecho reguladora de la actividad total del Estado, partiendo de la afirmación que la Administración es una actividad total del Estado.

Este criterio ha sido objetado debido a que la Administración no constituye la actividad total del Estado, este aparte de la Administración desempeña otras actividades que no están encerradas dentro de la actividad administrativa.

³¹ MARIENHOFF, Miguel S., *Op. Cit.*, 1964, p. 139.

- f) Criterio de los servicios públicos y de la protección jurisdiccional de los administrados.

Esta es la orientación seguida por Rafael Bielsa, para quien el Derecho Administrativo es el "conjunto de normas positivas y de principios de Derecho Público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la Administración Pública."³²

Esta tesis a pesar de ser muy completa, cae en el error anteriormente referido de considerar al Derecho Administrativo simplemente como el regulador de los servicios públicos.

Critica también esta definición Villegas Basavilbaso, debido a que considera que no debe estar introducido en ella el concepto de contralor jurisdiccional, ya que este es ejercido por una función que no hace parte en las relaciones que a ella conciernen.

- g) Criterio de los órganos de aplicación.

Defendida por Adolfo Merkl, dice que el Derecho Administrativo es la sección del orden jurídico que se refiere a la Administración, regulándola.³³

Este concepto a pesar de ser muy acertado, es indeterminado y encuentra inconvenientes al vincular de manera muy directa a la Administración con el Derecho Administrativo, si bien es cierto la Administración es el objeto del Derecho Administrativo, al vincularlos de manera muy directa al momento de prestar una definición puede encontrar dificultades en la demarcación del concepto de Administración que le sirva de base.

³² *Ibidem*, p. 141.

³³ *Ibidem*, p. 142.

Se ha estudiado los principales criterios o puntos de vista, los cuales han servido de base para otros autores dar su definición, de lo expresado anteriormente se sabe que la Administración Pública es el objeto del Derecho Administrativo, veamos ahora el contenido que al Derecho Administrativo le ocupa.

El Derecho Administrativo rige todo lo atinente a la organización y funcionamiento de la Administración Pública, regla también la forma de la actividad administrativa mediante la cual desempeña las diversas relaciones que tienen como origen esta actividad.

Este es el contenido principal que le asigna la doctrina al Derecho Administrativo, sin embargo hay autores que solo le asignan parte del contenido observado en el párrafo precedente, mientras hay otros que le asignan otras materias a este contenido, por ejemplo el contencioso administrativo llamado también el contralor jurisdiccional de la Administración Pública, pero esta parte genera controversia ya que es considerada por muchos como parte del Derecho Procesal, mas no del Derecho Administrativo.

Zanobini incluye en su definición la "organización", los "medios", la "actividad" de la Administración y las consiguientes "relaciones" jurídicas entre la misma y los otros "sujetos". Dice así: "Derecho Administrativo es la parte del Derecho Público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de actividad de la Administración Pública y los consiguiente vínculos jurídicos entre ella y los otros sujetos."³⁴

En esta definición dada por Zanobini, a pesar de ser muy completa le falta mencionar las relaciones interorgánicas que se dan dentro del aparato estatal.

³⁴ *Ibidem*, p. 145.

Errico Presutti dice que el Derecho Administrativo "Es el conjunto de normas jurídicas que regula la actividad de la Administración Pública y exclusivamente tal actividad."³⁵

Esta definición es indeterminada, ya que omite todo lo concerniente a las relaciones jurídicas, a la organización y al funcionamiento.

"Cuando se define una institución debe procederse con precisión y claridad, sin dar lugar a que la definición sea completada con conocimientos obvios o implícitos a cargo del intérprete."³⁶

Enrique Sayagués Laso dice "Derecho Administrativo es la parte del Derecho Público que regula la estructura y funcionamiento de la Administración y el ejercicio de la función administrativa."³⁷

Sayagués omite todo al respecto de las relaciones jurídicas.

Garrido Falla dice que Derecho Administrativo es "Aquella parte del Derecho Público que determina la organización y comportamiento de la Administración directa e indirecta del Estado, disciplinando sus relaciones jurídicas con el administrado."³⁸

Esta definición al igual que una que fue analizada anteriormente, al hablar de las relaciones jurídicas deja de lado las relaciones que se dan entre los órganos internos de la Administración.

Manuel María Díez expresa lo siguiente "Derecho Administrativo es el complejo de normas y principios del Derecho Público Interno que regula la organización y la actividad de la Administración Pública."³⁹

³⁵ Ibidem, p. 145.

³⁶ Ibidem, p. 146.

³⁷ Ibidem, p. 146.

³⁸ Ibidem, p. 146.

³⁹ Ibidem, p. 146.

Al igual que la crítica que se realizó a una definición anteriormente analizada, es incompleta y excluye todo lo referente a las relaciones jurídicas.

Analizados los criterios fundamentales de la noción conceptual de Derecho Administrativo, puntualizados sus errores y observadas algunas definiciones de importantes tratadistas de Derecho Administrativo, veamos la noción conceptual que nos presenta Marienhoff acerca del Derecho Administrativo:

Por tal ha de entenderse el conjunto de normas y de principios de Derecho Público Interno, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de la Administración Pública, como así la regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las de las entidades administrativas con los administrados.⁴⁰

Esta definición expresada por Marienhoff es muy completa, contiene todos los elementos esenciales del contenido del Derecho Administrativo, y presenta una idea clara sin dejar lugar a interpretaciones personales que puedan resultar confusas para los lectores.

José Canasi dice:

Es el conjunto de normas jurídicas que rigen a los organismos de conducción y dirección dentro del Derecho Público, enmarcando el funcionamiento administrativo de todos los servicios y cometidos estatales dentro del ordenamiento constitucional y legal, con fines permanentes de interés público y sin obstaculizar en manera alguna la iniciativa y producción individual con análogos propósitos de bien común.⁴¹

Analicemos esta definición. Al decir normas jurídicas, abarca tanto leyes, como jurisprudencia y doctrina, es decir todo lo que puede considerarse como fuente del Derecho Administrativo.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 151.

⁴¹ CANASI, José, *Op. Cit.*, 1972, p. 59.

Cuando habla de la conducción y dirección de los organismos de Derecho Público dentro de los constitucional y legal, considera a todos los entes estatales, tanto nacionales, como seccionales, que se encuentren dentro de las formas constitucionales y legales.

Al hablar de fines permanentes de interés público, lo hace porque todo precepto o función del Derecho Administrativo, en cualquiera de sus formas o denominaciones tienen directa o indirectamente un interés de la comunidad.

Para concluir la definición dice que no obstaculiza la iniciativa y producción individual, con propósitos de bien común, esto es porque pareciera que el interés particular de los administrados se encontrara en oposición con el interés general de la Administración Pública, situación que no es así, por cuanto el ejercicio legítimo de los interés particulares coincide perfectamente, en sus objetivos mediatos, con el interés público de la Administración y el Estado, ya que una cosa son los intereses privados que van en contra de los intereses públicos y otra muy distinta cuando van de la mano.

“...El fin público puede lograrse o bien por la actividad directa del Estado, o bien por la suma de las actividades particulares, que en su conjunto, que en su conjunto suelen dejar una resultante superior a la primera...”⁴² Lo que no se puede soslayar es que la actividad particular o privada, dentro del marco legal y constitucional, goza da protección y garantía por parte de la Administración y por las Autoridades legalmente constituidas.

La evolución de los pueblos y la grandeza de las naciones tiene su mayor fuente en la actividad particular y no en la actividad pública de los gobiernos y funcionarios temporales que solo se encuentran adheridos al Estado por elecciones políticas y de representación, en la cual son simples intermediarios del manejo de los bienes públicos, totalmente ajenos a ellos porque son cosa pública de la cual son simples administradores.

⁴² *Ibidem*, p. 62.

El Derecho Administrativo no debe invadir, en la satisfacción de las necesidades colectivas que se encuentran fuera de lo que específicamente le corresponde prestar a la Administración Pública, porque un campo muy amplio de la actividad administrativa complica innecesariamente el mecanismo administrativo.

Cabe destacar lo previamente manifestado, ya que, el Estado actual está invadiendo cada vez más el terreno de la actividad privada, sobre todo en el orden social, económico, político, cultural, etc., ocasionando perjuicios para todos.

En ese sentido la actividad administrativa privada de interés común, puede ser considerada en su substancia y materialización con la misma naturaleza jurídica, económica, financiera y social que la actividad Estatal, con las evidentes reservas de todo aquello que sea de exclusiva acción o prestación del Estado, verbigracia todo lo atinente a la legislación, jurisdicción, seguridad nacional, fuerza pública, entes tributarios, etc., y de aquellos servicios público que por una particularidad substancial deben ser prestados por el Estado y que no pueden delegarse a los entes privados, por medio de concesiones, licitaciones, o cualquier otro tipo de contratación administrativa.

No es pertinente incluir los servicios privados de interés público dentro de los servicios público para no dañar este concepto, pero es importante tener presente su gravitación, para que al momento de entender el campo del Derecho Administrativo y la no intromisión de este ante ese tipo actividad privada, la que debe, si, estar bajo la regulación y control del Estado.

Manifiesta Juan Carlos Cassagne que se ha dado una ruptura en la clásica ecuación entre Administración Pública y Derecho Administrativo, debido a que este último interviene también en el control y regulación de la función de las personas públicas no estatales, por ejemplo colegios profesionales, etc., fiscalizando las decisiones de este tipo de entidades, señala también que

desde las privatizaciones, este derecho norma también la actividad de los entes reguladores de los servicios públicos, es decir tal ruptura responde a la ampliación del Contenido del Derecho Administrativo conforme lo ameritan las circunstancias.

Se ha querido relevar lo expuesto para entender que el Derecho Administrativo debe extenderse también, en la medida que le compete, a la actividad administrativa privada de interés general.

Para Santofimio Gamboa, el Derecho Administrativo es:

*El subsistema normativo o rama del derecho positivo que tiene por objeto el conocimiento y regulación jurídica de los órganos, sujetos, funciones y finalidades de la Administración Pública y de sus relaciones con los asociados y la comunidad.*⁴³

Se refiere el autor al Derecho Administrativo como un subsistemas normativo, al considerarlo en la medida que constituye un conjunto normativo sectorial dentro del universo del derecho positivo, con características propias para diferenciarlo de otros sectores normativos, deducir reglas y formular principios peculiares a su contenido.

Se refiere al Derecho Administrativo como rama del derecho positivo, para dar a la disciplina una ubicación más amplia que la que se le daría al ubicarlo como rama del Derecho Público. Considera importante esta categorización porque al momento de establecer los límites del Derecho Administrativo es necesario distinguir donde empiezan los otros subsistemas jurídicos como el Derecho Privado.

Es importante dejar esta puerta abierta porque en la dinámica del Derecho Administrativo interactúan el Derecho Público y el Derecho Privado, y en las diversas formas de relaciones jurídicas el Derecho Administrativo puede tener un alcance en el Derecho Privado.

⁴³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Op. Cit.*, 1996, p. 170.

Cuando habla el autor en su definición que es un derecho de la Administración Pública lo hace para referirse a que el Derecho Administrativo, no es exclusivo del poder ejecutivo, como lo conciben algunos pensadores, y que tampoco es un derecho formal dirigido exclusivamente al estudio de la Administración Pública entendida como un simple fenómeno orgánico, sino como la conjugación de elementos funcionales y finalísticos, que permiten notoriamente ampliar su alcance.

Desde este punto de vista, el Derecho Administrativo, no solo estudia los órganos típicamente administrativos, sino todas las funciones administrativas ejercidas por cualquier función u órgano del Estado, o por los administrados como forma de participación de la gestión administrativa.

Como se ha visto anteriormente resulta prácticamente irrealizable definir al Derecho Administrativo de manera única y con la evolución de esta disciplina se presenta la imposibilidad de ligarlo exclusivamente a la Administración Pública.

Lo que ocurre es que la realidad del Derecho Administrativo preexiste a la de la Administración, aparte de que esta no actúa siempre en el ámbito del Derecho Público. El Derecho Administrativo es un derecho Común y debe ser definido como una rama sustantiva del derecho, rationae materia.⁴⁴

Un estudio acerca del Derecho Administrativo debe contener un criterio actual, sin desconocer la relatividad que existe al momento de elegirlo, como se manifestó anteriormente.

El Derecho Administrativo puede explicarse diciendo que:

Es aquella parte del Derecho Público Interno que regula la organización y las funciones, de sustancia administrativa, legislativa y jurisdiccional del Órgano Ejecutor y de las entidades jurídicamente descentralizadas, las funciones administrativa de los restantes órganos que ejercen el poder del Estado (Legislativo y Judicial) y, en general, todas aquellas actividades realizadas por personas públicas o privadas a quienes el ordenamiento les atribuye potestades

⁴⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, *Op. Cit.*, 2002, p. 114.

*de poder público derogatorias o exorbitantes del Derecho Privado. Aún cuando no sean personas administrativas.*⁴⁵

Para finalizar el tema de la definición del Derecho Administrativo, después de lo estudiado con el afán de resumir y cristalizar los conceptos, es pertinente expresar una definición propia que resuma y universalice en lo posible todo lo expresado.

Es una Rama joven del derecho, aún en formación, dinámica y en constante evolución, es un conjunto de normas y principios enmarcados dentro del funcionamiento administrativo del Derecho Interno, que tiene por objeto el conocimiento, organización y funcionamiento de todo lo atinente a los órganos, funciones, sujetos y finalidades de la Administración Pública, así como las delegaciones de esta a entes privados que cumplan una función de interés general, y las diversas relaciones administrativas, interadministrativas e interorgánicas.

Derecho Administrativo en el Ecuador

Sin duda en los últimos años el Derecho Administrativo en el Ecuador ha evolucionado y ha experimentado profundas transformaciones, que a su vez son la consecuencia lógica de otra transformación que consiste en el cambio del marco constitucional del Estado y el nuevo entendimiento de lo que esto significa, no solamente el acuerdo nacional que aspira el desarrollo del pueblo ecuatoriano y la satisfacción de los intereses de los individuos que lo integran, sino también la aceptación definitiva de que al mismo tiempo la Constitución es norma jurídica de aplicación directa para los dignatarios, servidores públicos y jueces del Estado ecuatoriano.

El influjo de esta concepción ha traído como consecuencia una evolución en el sistema de interpretación del derecho, y por tanto del Derecho Administrativo.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 115.

A la vez que sucedía lo anteriormente mencionado, se daba la expedición de pocas pero primordiales normas, que han logrado como resultado el progreso del Derecho Administrativo en el Ecuador, Derecho que se vio estancado por algunos años.

Hasta hace no muchos años, dos cuerpos normativos habían tutelado la organización y funcionamiento de la Administración Pública en el Ecuador: la Ley de Régimen Administrativo, dictada en 1960 y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dictada en el año de 1968. Estos cuerpos normativos, basados en el Derecho francés, dejaron de ser el marco jurídico principal de la actividad pública, el primero por su derogatoria y el segundo debido a que ha sufrido una serie de reformas que han cambiado trascendentalmente sus preceptos, además a este marco jurídico se alimentó y reforzó con nuevos cuerpos legales.

En 1993 se elaboró la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por Parte de la Iniciativa Privada; en 1994 se expidió el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; y en el 2002 las Normas de Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva y el reglamento para el Control de la Discrecionalidad de la Administración Pública.

Posteriormente en el 2009, debido a los cambios que se introdujeron con la elaboración de la Constitución del 2008, se sumaron dos nuevos cuerpos normativos que vinieron a aportar para la organización y funcionamiento de la actividad de la Administración Pública, el primero el Código Orgánico de la Función Judicial y después la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Estas son las principales normas que junto con la ascendencia del nuevo entendimiento de la Constitución, que se presentó tanto en la Constitución de 1998 como en la que rige actualmente, han marcado esta profunda

transformación que se sustenta en que la función pública dejó de ser el elemento central del ejercicio del poder, para situarse en la protección de las garantías constitucionales.

1.1.2 Organización Administrativa y Territorial en el Ecuador

De acuerdo al Artículo 1 de la Constitución, el Ecuador es un estado unitario, que se organiza en forma de República y se gobierna de forma descentralizada.

En esta República coexisten coordinadamente varios niveles de gobierno.

La Administración Pública Central de carácter nacional, que está integrada por la Función Ejecutiva, formada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República, Ministerios, Gobernaciones y Órganos afectos a ella.

La Administración Pública Institucional, con dependencia de la Función Ejecutiva, formada por las personas jurídicas del sector público afectos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República o a los Ministerios de Estado; y las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados de organismos, autoridades, funcionarios, o servidores que forman parte de la Administración Pública.

En años recientes se ha dado la creación de numerosas entidades con personería jurídica que se han convertido en auténticos órganos de regulación y control, que en algunos casos han sido delegado al sector privado cuyas actividades no son simples de encasillar o excluir de lo que es la Administración Pública, como por ejemplo la Corporación Aduanera o el Consejo Nacional de Electricidad, los cuales tienen facultad de regulación en los sectores en los que estos intervienen, pero en algunos casos como el de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, por su conformación se discute si forma parte de la Administración Pública Institucional.

Existe también la Administración Pública seccional en el régimen de gobiernos autónomos descentralizados.

Art. 238.- *Los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana. En ningún caso, el ejercicio de la autonomía permitirá la secesión del territorio nacional.*

Constituyen gobiernos autónomos descentralizados las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales.⁴⁶

Los gobiernos autónomos descentralizados de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones tendrán facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales. Las juntas parroquiales rurales tendrán facultades reglamentarias.

Todos los gobiernos autónomos descentralizados ejercerán facultades ejecutivas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales.

El Artículo 242 de la Constitución expresa que el Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales; a su vez la Carta magna en su artículo 248 reconoce las comunidades, comunas, recintos, barrios y parroquias urbanas como unidades básicas de participación en los gobiernos autónomos.

Cada provincia tendrá un Consejo Provincial con sede en su capital, que estará integrado por un prefecto elegido por votación popular, el que será la máxima autoridad administrativa, por concejales representantes de los cantones y por representantes de las juntas parroquiales rurales.

La provincia de Galápagos tendrá un gobierno de régimen especial. Su administración estará a cargo de un Consejo de Gobierno presidido por el representante de la Presidencia de la República e integrado por los alcaldes de

⁴⁶ ECUADOR, *Constitución Política de la República*, Ediciones Legales, 2010.

los municipios del Archipiélago, representante de las Juntas parroquiales y los representantes de los organismos que determine la ley.

Cada cantón tendrá un concejo cantonal, integrado por el alcalde, quien será su máxima autoridad administrativa, y los concejales elegidos por votación popular.

Cada parroquia rural tendrá una junta parroquial conformada por vocales de elección popular, y será presidida por su vocal más votado.

Se podrá también formar mancomunidades, regiones y distritos metropolitanos cumpliendo con los requisitos establecidos en la ley.

El artículo 257 de la Constitución que en el marco de la organización político administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas, afroecuatorianas, ancestrales o pluriculturales, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente.

udb
BIBLIOTECA

2. CAPÍTULO II

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Introducción

Son responsables -de acuerdo al sentido verdadero de la palabra, que deriva de la lengua romana (donde *responsor* era la garantía y *respondere* significaba la idea de convertirse en garante en el curso de acontecimientos por venir)- “todos aquellos que pueden ser convocados ante un tribunal, porque pesa sobre ellos cierta obligación, proceda o no su deuda de un acto derivado de su voluntad libre”.⁴⁷

Antiguamente en los pueblos primitivos no se conocía la figura de responsabilidad, la venganza personal o privada era la reacción natural ante un daño sufrido, no había en ese entonces una forma social diferente para la compensación de la víctima por un daño causado. La regla en estos pueblos primitivos era la compensación, desde la cual el mal se paga con mal.

Después de este período arcaico continuó el de la composición voluntaria, en el que el agraviado aceptaba una cantidad pecuniaria como compensación por el agravio o perjuicio sufrido, evitando así la represalia personal.

El Estado fue anotando los agravios o hechos lesivos que ocurrían con mayor frecuencia y determinando figuras para los más comunes, es así que la composición voluntaria derivó posteriormente en una composición obligatoria o legal, en la que el agraviado debía aceptar una suma de dinero fijada anteriormente, para cada delito.

⁴⁷ VILLEY, Michel, *Entorno al Contrato, la Propiedad y la Obligación*, Abeledo Perrot, 1981, Buenos Aires, p. 26.

Es así que la figura de responsabilidad tiene su origen en el Derecho Civil, sin embargo el contenido de la responsabilidad del Estado establece una situación que compete al Derecho Administrativo, por su vínculo con la idea de la personería jurídica del Estado y por la consecuente conexión existente entre los principios y preceptos que tutelan las formas de la actividad de la Administración, y las reacciones que se generan en base a estos, en el campo de la responsabilidad, en las distintas relaciones que tiene la Administración Pública, tanto con los administrados, como en sus relaciones interorgánicas e interadministrativas.

Los problemas que surgen en cuanto al tema de la responsabilidad estatal y sus funcionarios, son de muy variadas características, en concordancia con la diversidad de las relaciones estatales.

En nuestro Código Civil si bien existen preceptos para la responsabilidad de las personas jurídicas, el tema de la responsabilidad del Estado, por encontrarse enmarcado dentro de la actividad de la Administración Pública y por ende del Derecho Público, concierne al Derecho Administrativo, circunstancia que sin embargo no excluye la técnica de poder utilizarlos analógicamente, como principios fundamentales del Derecho, por ende válidos también en el Derecho Público, ni excluye tampoco la posible aplicación de algunos de los principios insertos en el Código Civil de forma subsidiaria para la resolución de estos problemas, lo que se pretende es encuadrar al Derecho Civil dentro de su marco natural, dejando a cada rama del Derecho la ordenación de su propio ámbito.

Hubieron muchas ideas en el ámbito del Derecho Público que promulgaron la necesidad de positivizar una ley que responsabilice las actuaciones del Estado, sin embargo, existen en la actualidad diversos sistemas de responsabilidad estatal que fundamentados en los principios generales de Derecho Administrativo, han robustecido las concepciones tradicionales tratando así de encontrarse con la idea imperecedera de justicia.

Para analizar el tema de la responsabilidad del Estado es necesario entender cómo nació, y esto es a raíz de su antítesis directa la irresponsabilidad del Estado.

La irresponsabilidad del Estado surge indudablemente de la concepción de soberanía que se manejó en el pasado durante varios siglos, hasta que alrededor del siglo XIX se llegó recién a conocer la responsabilidad del Estado, aunque sea en una forma poco desarrollada.

Aunque en la edad Media, período de intensa religiosidad en la historia de la humanidad, las ideas cristianas proclamaban la idea de que los encargados del gobierno que regían los destinos del pueblo debían respetar las leyes de Dios, y dar a cada cual lo que le corresponde, se operaba políticamente de acuerdo al pensamiento griego, el cual concebía a la unidad social, política, económica (ciudad) como entidad suprema con una soberanía sin restricciones, idea poco ética que iba en desmedro del pueblo, aun cuando la soberanía en esa época no era absoluta ni excluyente.

Tampoco se aceptó imputar responsabilidad a los funcionarios, puesto que eran nombrados por príncipes, que, investidos de poder divino, escogía colaboradores; era un sacrilegio imaginar si quiera que sus elegidos pudieran causar algún daño que se debiera reparar.⁴⁸

Alrededor del siglo XVI el régimen absolutista imperante empeoró la situación manifestada anteriormente, volviendo a las formas dominantes de la antigüedad, basados en el principio anglosajón “*The King can do no wrong*”⁴⁹, y propugnando un modelo de Estado que es poseedor del poder absoluto cuya razón y finalidad, la omnipotencia, se encuentra en él mismo, marcando así una de las épocas más oscuras del Derecho Público.

⁴⁸ FERNÁNDEZ MEJÍA, Luis, *La Responsabilidad Contractual del Estado*, Jurídica Radar Ltda. 1987, Bogotá, p. 6.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 7.

Con esta descripción de la ideología de la época se puede comprender, sin que sea de manera alguna justificable, la desvergonzada irresponsabilidad estatal consolidada durante el absolutismo, al preconizar la idea de que el monarca no podía irradiar perjuicios al pueblo, basado en el fundamento de la soberanía.

Esa situación no varió del todo con la Revolución Francesa ya que la soberanía, paso de ser la soberanía del monarca, a ser la soberanía del pueblo, fundamentada en la ideología de la preponderancia de la voluntad general, considerada infalible, y esta soberanía del pueblo como resultado de un contrato social en el que los hombres ceden sus derechos a cambio de ciertas garantías, no registra limitaciones, ni fallas, por lo que se mantuvo la arbitrariedad e irresponsabilidad del Estado.

La equidad, justicia y evolución del Derecho no podían permitir la prolongación de un principio tan lesivo a los derechos del ser humano, ya que sin el reconocimiento de que el Estado puede equivocarse y causar perjuicios a los particulares, y en consecuencia hacerse responsable de aquellos, carecían de congruencia principios supremos o constitucionales que cada Estado establecía, para la protección de los derechos de sus habitantes.

En Francia a principios de los años 1800's este precepto de irresponsabilidad del Estado fue cambiando, ya que conforme a las normas estipuladas en el Código Civil, se admitía la responsabilidad del Estado, visto este como una persona jurídica cualquiera. Los particulares dejaron de aceptar ese precepto de irresponsabilidad y empezaron a reclamar una indemnización pecuniaria por los daños irrogados por la Administración, lo hacían ante el mando administrativo, y luego si este se negaba, acudían ante las autoridades judiciales invocando normas del Código Civil francés.

Era una responsabilidad asimilada de las personas jurídicas, derivada de la culpa. Además, el Estado respondía en forma subsidiaria por el funcionario.⁵⁰

⁵⁰ *Ibidem*, p. 7.

Cabe resaltar que aunque ya existía el principio de separación de funciones del Estado las autoridades judiciales declaraban su competencia para conocer los casos de responsabilidad de la Administración, aunque hayan sido en ejercicio de su actividad dentro del poder público.

Esta tendencia produjo como resultado la manifestación del Consejo de Estado francés que determinaba la inaplicabilidad de las normas civiles para tutelar lo referente al tema de la responsabilidad del Estado, debido a que esta materia era distinta a la de la responsabilidad establecida en el Código Civil que era para las relaciones de particular a particular.

Este proceso origina que en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, se consagre la responsabilidad del Estado por fallas objetivas en la prestación de servicios públicos y posteriormente reconociendo la responsabilidad estatal por faltas en la actividad legislativa y judicial.

Esta jurisprudencia fue esencialmente la de dos casos suscitados en el año de 1873, los casos Blanco y Arret Pelletier, con los cuales se determinó una concepción publicista acerca de la responsabilidad del Estado, al distinguir entre falta de servicio y falta personal, dejando así de lado la culpa como requisito indispensable de la responsabilidad del Estado, para ser susceptible de responsabilidad por el ejercicio imperfecto o irregular de la función administrativa, que vayan en detrimento de los particulares.

Dice Cassagne: “La idea de “falta de servicio” es radicalmente extraña al Derecho Civil, donde la noción de responsabilidad extracontractual por daños aparece configurada por la noción de culpa”.⁵¹ Cabe decir también que la noción de culpa en el Derecho Civil actualmente se encuentra cambiando como consecuencia de una notable ampliación de su contenido.

⁵¹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Op. Cit.*, 2002, p. 482.

El Derecho Administrativo por su parte, deja de lado la idea de la culpa como presupuesto inexcusable de responsabilidad, poniendo especial énfasis, más que en el autor de la infracción, en el servicio público y en el desequilibrio que produce el agravio.

El enunciado falla o falta de servicio (*faute de service*) tiene un significado más extenso y objetivo que la palabra culpa, ciñéndose básicamente al punto de vista para determinar los daños y perjuicios imputables, distinguiendo la responsabilidad de los agentes, de la responsabilidad de la Administración, sin perjuicio de que se puedan englobar ambas responsabilidades, siempre que la falla del funcionario no esté desprovista de toda conexión con el servicio.

La responsabilidad del Estado fundamentada en la falta de servicio, se cimienta en la idea de servicio público, ante la imperancia de responder con una reparación patrimonial por los perjuicios irrogados a los particulares por la prestación imperfecta o irregular del servicio público, servicio no entendido en un concepto estrictamente técnico como una clasificación de las formas de la actividad administrativa, sino entendido como un concepto más amplio que abarca toda la actividad material o jurídica dimanada por la Administración en ejercicio del poder público, de esta manera la falla de servicio es una idea independiente de la actividad lesiva irrogada.

Paralelamente la jurisprudencia francesa ha creado la idea de falla personal para responsabilizar a los funcionarios frente a los particulares y poder así determinar la responsabilidad estatal. La falla o falta personal es la que esta fuera del defectuoso o irregular funcionamiento del servicio público y para el establecimiento de esta se debe tener en cuenta la culpa o el dolo del funcionario, pudiéndose presentar tanto conjunta como separadamente de la falta o falla de servicio.

En resumen la responsabilidad del Estado está apuntalada por la idea de una falta o falla, entendida esta como el funcionamiento malo o irregular de la

Administración, debiendo tener en cuenta el perjuicio causado a los particulares, como por ejemplo: ilegalidades, omisiones injustificadas, retrasos, funcionamiento defectuoso, etc.

Este daño o perjuicio que se le ocasiona al administrado debe reunir ciertos caracteres. El daño no solo debe ser susceptible de ser atribuido al mal funcionamiento del servicio, sino que debe además poseer características de certeza, especialidad, y anormalidad, concebido esto en el campo de la responsabilidad extracontractual.

Todo este proceso descrito nació derivado de la responsabilidad del Derecho Civil, y como se mencionó anteriormente se inició con la responsabilidad por actuaciones administrativas y alcanzó finalmente el reconocimiento de responsabilidad por actos judiciales y legislativos.

De nada sirve el argumento según el cual si "la voluntad general es justa y tiende a la utilidad pública" (Rousseau) no podría aceptarse nunca la responsabilidad del estado por acto legislativo dado que la ley (formal) es expresión de la voluntad general. Esa concepción rousseauiana sobre la voluntad general fue felizmente atemperada por obra del llamado Estado de Derecho, que no reconoce poderes jurídicos absolutos e ilimitados a favor del Estado, aún cuando esta teoría no abandonó totalmente la raíz filosófica nominalista y positivista que ha animado a sus principales teorías.⁵²

Nacieron así en el Derecho Público corolario de esta concepción diversas teorías sobre los fundamentos jurídicos de la responsabilidad extracontractual del Estado, en las que se analizan las razones que justificarían una regulación distinta para los supuestos en que los daños hayan sido causados por actos, hechos u omisiones del poder público, teorías que extendieron el campo de la responsabilidad estatal, como por ejemplo: la expropiación por causa de la utilidad pública, el sacrificio especial, la igualdad ante las cargas públicas, el enriquecimiento sin causa, el riesgo, los principios del Estado de Derecho.

⁵² *Ibidem*, p. 480.

Estas concepciones usadas actualmente buscan concordar los derechos de los particulares con el interés común del pueblo, de manera que cuando a un particular le corresponda ceder un derecho individual en beneficio del bien común, o tenga que afrontar con un peso mayor que los demás, este particular tenga acceso a una justa indemnización o reparación, en virtud del derecho sacrificado.

Fundamentos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado

1.1.3 Teoría de la Expropiación por Causa de Utilidad Pública

Para esta corriente, el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado es el mismo que justifica la indemnización por una expropiación, es decir la garantía de la inviolabilidad del derecho de propiedad privada.

Sostiene esta teoría que, si es un principio general que la lesión de un derecho debe ser reparada, no hay razón justificable para reconocer una posición privilegiada para la Administración, y este principio se encuentra en completa y clara aplicación en la expropiación por causa de utilidad pública.

Si se infringieran las normas o el procedimiento que se prescriben para llevar a cabo esta actividad estatal, se denotaría claramente que el Estado ha irrogado un daño al administrado, por el que debe hacerse responsable.

Si el Estado no se hiciere responsable con la indemnización correspondiente ante la expropiación, constituiría la más clara muestra de la violación del derecho de un ser humano, y de este principio deriva que el patrimonio de un ser humano no puede sufrir agravio o disminución alguna por la realización de la actividad del Estado.

Estas dos figuras jurídicas de expropiación y responsabilidad permiten hablar de la existencia entre ellas de un paralelismo mas no de una identidad, la

expropiación no es un supuesto de responsabilidad, sino simplemente constituye la aplicación de un derecho estatal consagrado constitucionalmente, en cambio cuando el Estado causa un agravio, por ejemplo por un acto u omisión de un funcionario, existe responsabilidad y no expropiación ya que no ha habido previamente una determinación de utilidad pública del acto que causo el perjuicio.

Señalado la salvedad del párrafo precedente, este principio de protección de la propiedad privada, determina un precepto perfectamente aplicable a las circunstancias de compensación por agravios o perjuicios causados por actos y hechos del Estado, como también por actos legislativos y judiciales.

1.1.4 Teoría del Sacrificio Especial

Según esta teoría concebida por Mayer el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra en la idea del sacrificio especial. Esta teoría enuncia la obligación de resarcir un daño aunque la actividad de la Administración que lo ha ocasionado sea legal, siempre que esta actividad estatal hubiere agraviado a un individuo de forma desigual y desproporcionada con relación al resto de los individuos.

Los presupuestos para la procedencia de la responsabilidad estatal según esta teoría son los siguientes:

a) Que la Administración irroge un agravio a un particular; b) Que ese agravio inflija un castigo al individuo de manera desproporcionada e injusta con relación a los demás; c) Que el agravio cause un perjuicio patrimonial o empobrecimiento del individuo.

Lo que busca esta teoría es que aunque no pueda realizarse la actividad estatal sin que los particulares sufran ciertos perjuicios, no exista un individuo que sufra de estos perjuicios en desproporción y desigualdad, es ahí cuando la

equidad comienza a actuar indemnizando al individuo por su sacrificio especial, equiparando así las cargas por los perjuicios sufridos.

Dice María del Pilar Amenábar "La indemnización no reposa sobre u hecho ilícito, sino sobre u hecho contrario a la equidad: sobre un hecho injusto".⁵³

1.1.5 Teoría de la Igualdad o Proporcionalidad de las Cargas Públicas

Teoría concebida por Tessier, funda la responsabilidad extracontractual del Estado en el principio de la igualdad ante las cargas públicas. Encuentra su base en el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que manifestaba que los ciudadanos no debían sufrir más los unos que los otros las cargas impuestas en interés de todos.

Como resultado, los daños excepcionales, los perjuicios que el poder público en ejercicio de su actividad cause a los administrados, deben considerarse como imputables a la Administración, a la cuenta de gastos de los servicios públicos, pagados y soportados por los impuestos de todos aquellos individuos que constituyen la colectividad que se beneficia de esos servicios.

1.1.6 Teoría del Enriquecimiento Sin Causa

Esta teoría formulada por Hauriou encuentra el fundamento de la responsabilidad del Estado en el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa.

Propugna que se deben dictar leyes que determinen la responsabilidad estatal, para la posterior aplicación de los jueces.

Debido a la falta de un texto positivo Hauriou analiza la jurisprudencia francesa para encontrar soluciones a esta problemática, y distingue los daños y

⁵³ AMENÁBAR, María Del Pilar, *Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, Rubinzal Culzoni, 2008, Buenos Aires, p. 98.

perjuicios causados por la Administración en dos: los producidos sin culpa que no lo favorecen y los producidos sin culpa pero que lo enriquecen, y es respecto de esta que dice este autor que se necesita una nueva teoría debido a que la noción del daño especial y el principio de la igualdad ante las cargas públicas resultan insuficientes.

Hauriou no le quita validez al principio de la igualdad de las cargas públicas y manifiesta que este le debe servir al legislador de inspiración para dictar leyes, sin embargo advierte que este principio no puede ser invocado por un juez al momento de administrar justicia en el caso de condenar al Estado al pago de una indemnización.

Ante este vacío Hauriou patrocina la teoría del enriquecimiento sin causa como principio sobre el cual se funde el derecho a la indemnización. Esta teoría requiere de dos condiciones para que un daño califique para una indemnización: que el daño sufrido por el administrado derive en un enriquecimiento de la Administración y que este enriquecimiento sea sin causa alguna.

La noción de este enriquecimiento sin causa debe ser de un derecho exorbitante del derecho común, es decir que el daño sufrido por el administrado sea especial, por ejemplo: trabajos públicos, expropiación, etc., daños que no deben ser soportados sin indemnización.

Este principio serviría de base para declarar la responsabilidad estatal por ejemplo si el Estado expropia una propiedad sin pagar indemnización o si ocupa la misma sin pagar alquiler, pero esto hace que su campo de aplicación sea muy reducido, debido a las condiciones que requiere como la de enriquecimiento del patrimonio del Estado o la de la existencia de un agravio especial, excluyendo situaciones que puedan presentarse en las cuales puedan no cumplirse todos los requisitos pero que sin embargo acarrearían responsabilidad para la Administración.

1.1.7 Teoría Objetiva del Riesgo o del Seguro Contra el Riesgo Social

Teoría propuesta por León Duguit fundamenta la responsabilidad extracontractual del Estado tomando como punto de partida un criterio objetivo de riesgo extraño a toda ilegalidad o culpa, sobre el cual se edifica un sistema jurídico que consiste en un seguro contra el riesgo social resultante del funcionamiento de los servicios públicos.

Para entender esta teoría hay que tener en cuenta que Duguit negaba la idea de la existencia de la personalidad del Estado, por lo cual si este carecía de individualidad no podría ser sujeto de responsabilidad.

La problemática en la que se desenvuelve esta teoría no es la imputabilidad, sino la de saber cuál es el patrimonio que debe soportar el riesgo que conlleva la actividad estatal.

Desde su punto de vista, la responsabilidad estatal no siempre se ciñe al mismo principio, en situaciones tiene por necesidad resarcir con los fondos colectivos el perjuicio sufrido por un individuo en provecho del interés común, en ese supuesto la responsabilidad estatal se funda únicamente en el riesgo.

El fondo de las cajas colectivas, es un fondo de seguro mutuo de las personas contra los posibles daños que se les irroguen a favor del interés común.

Así ocurre siempre que el Estado es responsable sin que exista violación alguna del Derecho, sin que exista alguna irregularidad como por ejemplo una expropiación o daños provenientes del funcionamiento de los servicios públicos.

En otros casos por el contrario, cuando el servicio público ha funcionado mal o ha existido violación del Derecho, se ha establecido una falta y por ello el Estado es responsable, pero esta falta ha sido cometida por el funcionario, no por el Estado, si se habla de falta del Estado se trata simplemente de una

metáfora, es en realidad una falta cometida por un hombre, funcionario del servicio público.

Es aquí donde surge la interrogante de saber cuál es el patrimonio que debe soportar efectivamente las consecuencias de esta falta. Si la falta ha sido cometida por el funcionario con un objeto ajeno al funcionamiento del servicio público, el daño deberá repararse con el patrimonio del funcionario. Si existe una falta de servicio cuando el funcionario obraba dentro con el objetivo de asegurar el buen funcionamiento del servicio público, el daño deberá repararse con los fondos de las cajas colectivas.

En el último supuesto, al no ser el Estado una persona no podría cometer esa falta, pero el fondo colectivo asegura al administrado contra el daño resultante del mal funcionamiento del servicio público, este es un seguro de Derecho, porque el servicio público se ha configurado en vista del interés común.

En esta concepción de Duguit el riesgo es asumido por el fondo o caja colectiva que representa la colectividad favorecida de los servicios, por lo que son los particulares los que asumen el riesgo y la indemnización de los daños provenientes, ya que lo indemnizado por el Estado recaerá sobre ellos mediante las cargas impositivas.

1.1.8 Teoría de la Vigencia del Estado de Derecho y Sus Postulados

El fundamento de esta teoría es según Marienhoff, que la responsabilidad del Estado se basa en el conjunto de principios que tratan de encontrar la seguridad jurídica y la garantía a los derechos de los administrados.

Los principios apuntados son principios primordiales del Derecho, por ejemplo el de no dañar a otro, dar a cada cual lo que le corresponde, el respeto a la vida, el respeto a los derechos adquiridos, principios que forman parte de todos los ordenamientos jurídicos de sociedades civilizadas.

Si estos derechos reconocidos constitucionalmente son lesionados por el Estado, deben restaurarse completamente mediante una indemnización que equivalga al daño soportado.

1.1.9 Teoría de la Falta de Servicio

Como se manifestó anteriormente en este estudio, la jurisprudencia francesa encuentra el fundamento de la responsabilidad estatal en la falta de servicio.

La falta de servicio se define como un funcionamiento irregular o defectuoso del servicio público. Decir que el administrado tiene derecho a indemnización si el daño resulta de una falta de servicio, es reconocer el derecho del administrado al funcionamiento correcto del servicio público y cuya sanción está garantizada por la responsabilidad de la Administración por los agravios causados por un funcionamiento irregular o incorrecto.

La concepción de falta de servicio, sobre la que se apoya el Estado francés, constituye el fundamento general de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Se trata de una falta objetiva que es ajena a la concepción tradicional de culpa, ya que se refiere a la falta o fala del servicio mismo, que no hace necesaria la individualización del funcionario que causo el daño.

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.⁵⁴

Son características de esta responsabilidad las siguientes:

⁵⁴ HOYOS DUQUE, Ricardo, *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Temis, 1984, Bogota, p. 14.

- a) Es directa. El agente es solo una pieza más dentro del engranaje de la maquinaria administrativa.
- b) No depende de la falta del agente.
- c) Se requiere una falta de servicio, esto es un hecho antijurídico, que causa agravio a los administrados.

En los regímenes particulares, el fundamento no solo es, la falta de servicio, sino la existencia de un daño cierto e imputable a la Administración, sea fundamentado en el riesgo creado, en el provecho obtenido, en la aplicación del principio de igualdad de las cargas, así como una serie de supuestos en los que la responsabilidad se asienta conforme se van resolviendo los casos jurisprudenciales.

Cualquiera sea el motivo o causa elegido por la jurisprudencia para fundamentar la responsabilidad del Estado, establece el derecho del particular a ser indemnizado por una lesión injusta, es decir toma a la responsabilidad estatal como la sanción por el incumplimiento de una obligación preexistente de la Administración.

Los Presupuestos de la Responsabilidad del Estado

Son condiciones o presupuestos de procedencia de la responsabilidad extracontractual del Estado: la existencia de un daño actual y cierto; la imputabilidad material de los daños a la Administración; la relación de causalidad entre la actividad de la Administración y el daño; un factor de atribución o causa de imputación jurídica de los daños a la Administración; y en los supuestos de responsabilidad extracontractual lícita la existencia de un sacrificio especial del administrado.

1.1.10 La Lesión Resarcible

La existencia de un agravio o perjuicio susceptible de indemnización es el presupuesto inicial de procedencia de la responsabilidad, si no se encuentra un agravio o perjuicio injusto, no nace la obligación de la administración de repararlo.

El daño como suceso fáctico es diferente del daño resarcible. Daño resarcible es la lesión antijurídica a los intereses tanto patrimoniales como extramatrimoniales del administrado, tiene que configurarse un agravio patrimonial o moral, para ser susceptible de indemnización.

La noción jurídica de lesión es más precisa y rigurosa que la común de esta, como simple mengua o pérdida patrimonial, la lesión resarcible se refiere a un agravio material, que debe ser cierto, económicamente evaluable y vinculado causalmente al ejercicio de la actividad de la Administración que se estima lesiva, y que además debe imponer un sacrificio especial al administrado cuando ha sido causado por una actuación lícita de la Administración.

1.1.10.1 Requerimientos de la Lesión Resarcible

Para que el daño sea indemnizable debe juntar determinados requisitos:

- 1) Daño cierto.- El daño debe ser objetivamente probable, es decir que sea cierto respecto a su existencia. El precepto de daño cierto se opone lógicamente con el incierto, hipotético, o sea que puede o no producirse, si se resarciera un daño incierto y el perjuicio no se consumase, existiría enriquecimiento sin causa.

La pérdida de una oportunidad o posibilidad si es un daño cierto, mientras que no constituye daño cierto el azar o amenaza de sufrir un perjuicio.

2) Daño actual y futuro.- El daño actual es el que ya ha acaecido para el momento de dictar sentencia. El daño futuro es aquel que todavía no ha acontecido, pero su causa generadora ya existe.

3) Daño evaluable económicamente, subsistente y propio.- Aparte de ser medible en peculio, el agravio debe ser subsistente es decir que no haya sido reparado por el responsable, cabe denotar que el daño es subsistente si fue reparado por el agraviado o por un tercero. El daño debe también ser propio de la persona que reclama sea resarcido, pues se carece de derecho y por ende de acción para reclamar la indemnización por un daño ajeno.

La fijación de los recaudos mencionados en este numeral excluye del campo de la responsabilidad de la Administración a simples molestias o perjuicios meramente subjetivos.

4) En los supuestos de responsabilidad por actuación lícita debe haber un sacrificio especial por parte del administrado.- Esto quiere decir que en la responsabilidad por actuación lícita debe existir un daño anormal, que es el que excede los inconvenientes ordinarios de la vida diaria, y que lesiona una situación protegida jurídicamente.

Este daño especial debe ser tomado en cuenta en relación con las demás personas afectadas, es decir que no sea un daño común a los miembros de una colectividad.

En estos casos de daños causados a pesar de la actuación lícita de la Administración, la antijuricidad, no está enlazada a la conducta del autor del perjuicio, ni tampoco al funcionamiento o actividad del servicio público, la antijuricidad se halla en la existencia *per se* del daño, que el administrado no se encuentra jurídicamente obligado a soportar, lo antijurídico es el daño mismo.

Se ha hecho referencia a los requisitos que se debe reunir para ser sujeto de una indemnización por causa de un daño irrogado por la Administración, pero cabe también dar unos ejemplos en los cuales existe el deber jurídico para los administrados de soportar esos daños, por ejemplo, los originados en una obligación legal como el pago de un impuesto, los originados en un acto administrativo como la demolición de una construcción ilegal, o los originados en las cargas generales de la vida diaria tanto individual como colectiva de las cuales nadie se encuentra librado.

Las dificultades devienen con relación a aquellas actividades de la Administración que causan daños y perjuicios a los administrados, que la normativa legal no ha establecido el deber de soportar, por ejemplo la prohibición de circulación a los carros en una calle en la cual se encuentran diversos comercios que pueden sufrir daños.

Para determinar la existencia de un sacrificio especial, constituye un criterio valorativo el concepto de confianza legítima que protege a los particulares que han adecuado su actuar al modo como legítimamente se podría suponer que iba a actuar el Estado, frente a los cambios sin advertencia previa de la normativa existente.

1.1.10.2 La Extensión de la Indemnización

La dimensión de la indemnización o resarcimiento cambia de acuerdo a si los daños provienen de actividad lícita o ilícita de la Administración.

Cuando el daño ha sido ocasionado por actividad ilícita de la Administración, se aplican los principios generales que aplican para la responsabilidad civil. El resarcimiento debe ser pleno o integral, abarcando el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral y alcanza a las consecuencias mediatas e inmediatas del hecho ilícito.

Son consecuencias mediatas las que provienen del vínculo del hecho con un suceso distinto, y son también atribuibles al autor del hecho, cuando con diligencia hubiera podido preverlo. Son consecuencias inmediatas las que devienen del incumplimiento en sí mismo, es decir que guardan con el hecho generador un vínculo de primer grado.

Cuando el daño ha sido ocasionado por actividad lícita de la Administración la doctrina propone dos corrientes: la primera, la inicial o tradicional, que consiste en limitar la indemnización al daño emergente, y la segunda, admite también el resarcimiento del lucro cesante con el argumento de que cada caso debe ser atendido de acuerdo a sus particularidades, así, no debe excluirse el lucro cesante cuando esto lesiona la garantía constitucional de la propiedad.

1.1.11 La Imputación del Daño a la Administración

La Integración de la Organización Administrativa

Para la existencia de la responsabilidad es preciso que el daño pueda ser imputable, es decir, jurídicamente atribuible, al sujeto que cometió la lesión.

La teoría del órgano, expresa que todo funcionario o empleado estatal, entendido a este en sentido lato, que tenga asignada competencia y dentro del ejercicio de sus funciones, es en su actuación la del Estado mismo.

El Estado es el responsable aunque no pudiera individualizarse al responsable, siempre y cuando pueda atribuirse materialmente el hecho o acto a la actividad de un ente de la Administración en ejercicio de sus funciones.

El elemento de imputabilidad de la acción u omisión a un órgano de la Administración, asumiendo la existencia de los demás requisitos para el nacimiento de la obligación de indemnizar, traduce la responsabilidad objetiva de la responsabilidad administrativa, y aplica para el funcionamiento normal y

anormal o irregular de los servicios públicos, entendiendo siempre este como total la actividad de la Administración en ejercicio del poder público.

La configuración del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, establece que la titularidad administrativa de la actividad dentro de la cual se ha producido el daño, resulte suficiente para justificar su imputación a la Administración, esto es así ya sea que el daño tenga origen en la actuación lícita o ilícita, de una persona física o de la Administración, es decir de una persona dentro del marco de la actuación administrativa, y cuando se trata de un daño anónimo o un suceso fortuito, la imputación del daño a título de la integración de la organización administrativa hace innecesario encontrar al agente concreto que causo el daño.

Para que quede fuera de la responsabilidad de la Administración, es necesario que el daño causado por el funcionario haya sido realizado absolutamente al margen del marco de sus actuaciones, sin relación alguna con el servicio, esto es porque la atribución al Estado de la conducta lesiva de sus funcionarios, se encuentra dentro de los límites del servicio cuya irregular o defectuosa prestación origina el daño, no resulta atribuible a la Administración la actividad dañosa del funcionario realizada al margen de las funciones de su cargo.

La integración en la organización administrativa como título de imputación de responsabilidad, admite extender la definición de funcionario, incluyendo a todo tipo de autoridades, empleados o contratados e inclusive a agentes que desempeñen de modo ocasional esas funciones.

A la vez, la falta de integración en la organización administrativa, podría determinar en principio que la Administración no sea imputable por la actividad dañosa de terceros, como contratistas y concesionarios, sin embargo estas premisas no son siempre uniformes.

Acreditada la integración del autor material de la actividad dañosa a la organización administrativa, las consecuencias de sus actos u omisiones se atribuyen a la Administración, supuesto claro que reúna los demás requisitos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado.

1.1.11.1 Causas de Imputación de la Responsabilidad a la Administración Pública

La Falta de Servicio

En el campo de la responsabilidad extracontractual ilícita del Estado, la concepción objetiva de falta de servicio actúa como causa de imputación de responsabilidad por los hechos y omisiones de los funcionarios públicos en el desenvolvimiento de sus funciones, ya sea por realizarlo de manera defectuosa o no cumplir con las obligaciones legales que les han sido impuestas, y por sobre todo el efecto dañoso que puede producir sobre el particular.

Es un principio doctrinal en Derecho que quien contrae la obligación de prestar un servicio, lo debe hacer con los requerimientos apropiados para cumplir el objetivo que ha sido establecido, y es responsable de los daños y perjuicios que causare su falta o ejecución irregular.

La falta de servicio como causa de imputación o factor de atribución de responsabilidad hace referencia a una actividad que ha funcionado o se ha ejecutado de modo irregular, defectuoso, anormal, con omisión de la diligencia debida, o que no ha funcionado.

La Noción de Falta de Servicio en el Ámbito de la Responsabilidad de la Administración

Poder de Policía y Servicio Público

Como se dijo anteriormente, desde la óptica de la responsabilidad extracontractual del Estado, la concepción de falta de servicio, no corresponde al concepto estrictamente técnico como clasificación de los modos de actuación administrativa, no sería coherente que el Estado solo respondiera por su actividad prestacional, y no por sus restantes modalidades de intervención. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, la concepción de falta de servicio se refiere a una idea que comprende toda la actividad jurídica o material dimanada de la Administración.

El concepto de servicio público en relación con la responsabilidad de la Administración, es lo mismo que actividad administrativa. Comprende la actividad de servicio público en sentido estricto, la de policía, la sancionadora y arbitral. Refiere a toda la actividad de la Administración que se desarrolle por los cauces del Derecho Administrativo.⁵⁵

La actividad administrativa como factor de atribución de responsabilidad estatal puede radicar en una actividad material como acción u omisión, o puede consistir en una actividad jurídica como un acto administrativo o un reglamento, siempre que dé lugar a un agravio susceptible de ser resarcido.

Atendiendo a la naturaleza material de la actividad, el "servicio público" es una parte de la actividad administrativa, que tiende al cumplimiento de los cometidos estatales en el ámbito del bienestar general; y cuya realización puede ser encomendada, concedida o atribuida por el Estado a los particulares, sea a través de la figura jurídica de la concesión o por otros medios jurídicos.⁵⁶

El servicio público involucra el ejercicio por parte de la Administración de prerrogativas inherentes al Derecho Público, y entre estas está la de ejercer el poder de policía sobre el mismo.

⁵⁵ AMENÁBAR, María Del Pilar, *Op. Cit.*, 2008, p. 270.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 271.

El poder de policía evolucionó de ser, en un concepto restringido, simplemente las limitaciones impuestas para asegurar la seguridad, salubridad y moralidad públicas, a ser en un concepto más amplio, que es, la facultad de hacer prevalecer el poder público por sobre las personas y bienes, es un instrumento que tiene por objeto garantizar el orden en la comunidad y asegurar la integridad física de las personas, mediante restricciones impuestas a la actuación tanto individual como colectiva de los administrados.

Quiere decir todo esto que los derechos son limitados por las leyes que los norman, en la extensión y forma que la ley lo estime conveniente con el objeto de asegurar el bienestar del Estado.

Cabe destacar, sin embargo, que debido a la aplicación o indiferenciación de esta facultad con los restantes modos de intervención estatal, la limitación a los derechos debe fundamentarse en preceptos constitucionales y legales, y no en una noción de poder de policía.

El poder de policía jurídicamente constituye una potestad pública, ya que este se desenvuelve en la relación de subordinación del Estado y los particulares, respecto de la cual puede emanar normas limitativas de los derechos de los particulares.

En principio el desempeño normal del poder de policía, no acarrea responsabilidad estatal, esto es así porque el poder de policía que le corresponde al Estado, no resulta suficiente para imputarle responsabilidad en un evento en el cual ninguna de sus entidades o dependencias tuvo parte, ya que no resulta coherente pretender que sus responsabilidad general en el orden de prevención de delitos pueda llegar a implicarla al extremo de las consecuencias dañosa producidas de hechos extraños a su intervención directa, pero esto no cabe de excusa cuando la Administración en el ejercicio de sus funciones lesiona el derecho de los administrados. Aunque el desempeño normal del poder de policía no genera responsabilidad, si lo hará en el caso que la Administración la ejerza de modo anormal.

La Noción de Falta de Servicio como Factor de Atribución de Responsabilidad a la Administración

En las circunstancias de agravios irrogados por el ejercicio irregular, imperfecto, anormal, defectuoso u omisivo de la actividad del Estado, la ilegalidad del comportamiento administrativo, ya sea por acción u omisión se relaciona a la existencia de una falta de servicio.

El establecimiento de la presencia de una falta de servicio demanda la valoración de la actividad realizada, tomando en cuenta las normas administrativas que prescriban su modo de funcionamiento. Esta valoración del funcionamiento, no se la realiza apreciando la aparente negligencia o culpa del funcionario, por tanto que la falta de servicio se determina al margen de la antijuridicidad subjetiva del funcionario que causo el daño, derivando, en que el administrado que ha sido perjudicado no tenga que probar la actividad dañosa del funcionario para que nazca la obligación de resarcir el daño.

Desde esta perspectiva la falta de servicio como factor de imputación de responsabilidad, es independiente de la acción u omisión del funcionario, cuya individualización no resulta indispensable para el nacimiento de la obligación estatal de indemnización.

Esta noción de ilicitud, que presupone cualquiera de las características expresadas anteriormente en el desempeño de la actividad de la Administración, se vincula a la concepción de falta de servicio del derecho francés expresada anteriormente, donde se sustituye la culpa por el funcionamiento defectuoso, o anormal.

En síntesis para determinar la falta de servicio como causa de imputación de responsabilidad a la Administración, debe realizarse una valoración objetiva atendiendo a la naturaleza de la actividad, a los medios con los que cuenta la actividad, el grado de previsibilidad de la causa que genera los daños.

La Prueba de la Falta de Servicio

La concepción de falta de servicio es muy relativa desde que surge de una idea abstracta que es el funcionamiento normal y regular del servicio. Esa idea abstracta supone el cumplimiento de la normativa administrativa que determina el funcionamiento del servicio, es decir los parámetros que deben ser cumplidos para que el funcionamiento del servicio sea considerado normal y regular.

No resulta difícil concluir que el Estado, en la gran extensión de su aparato administrativo se encuentra en mejores condiciones para demostrar que ha observado las reglas y parámetros para el regular y normal funcionamiento del servicio, y que por el contrario para el agraviado demostrar el funcionamiento irregular, anormal, defectuoso u omisivo del servicio, resulta más complejo, debido a que deberá acreditar que el servicio no se encontró en el marco admisible de su funcionamiento.

En principio la carga procesal de la prueba corresponde al actor, es él quien debe probar del modo más claro y específico, cual ha sido la actividad que acusa como irregular o defectuosa, es decir referir de modo objetivo en qué ha radicado la actividad en que fundamenta su reclamo, no siendo suficiente dar una descripción general de los actos y hechos, sin calificarlos particularmente desde la perspectiva de su legitimidad, y de su idoneidad como factor causante de daños y perjuicios.

Como se manifiesta en el párrafo anterior, es solo en principio que la carga procesal de la prueba corresponde al actor, ya que este no es aplicable en todos los casos, sino que el asunto deberá resolverse teniendo en cuenta los eventos específicos que presente cada uno.

En ciertos casos la ejecución misma del daño puede demostrar el anormal o irregular funcionamiento del servicio, por ejemplo la expropiación de una

propiedad, la demora de no justificada de un trámite administrativo, la defectuosa realización de una obra pública, etc.

En otros casos, sin embargo la situación es más dificultosa, esto sucede cuando se busca hacer efectiva la responsabilidad de la Administración por omisiones en el ejercicio de las funciones esenciales, verbigracia la conservación y vigilancia de bienes públicos destinados al uso general del pueblo o el servicio de seguridad interesado en impedir la comisión de delitos, donde la Administración tiene mayor relación con el uso de facultades discrecionales en cuanto a la forma de desempeñarla, y no posee una obligación de resultado que demande evitar todo agravio a las personas o a los bienes. En esos supuestos, si bien es cierto que es el agraviado el que deberá demostrar que el daño es materialmente atribuible a la Administración, porque proviene de un funcionario u órgano de la Administración, aunque no sea forzoso que lo localice o lo individualice, y que existe un vínculo de causalidad, entre la actividad administrativa y el daño, la carga de probar que el funcionamiento se ha desempeñado de manera regular y normal dentro de los parámetros admisibles que norman el servicio, atañe en principio a la Administración.

Colocar sobre el agraviado la obligación de demostrar que la Administración ha cumplido con las obligaciones a ella impuestas resulta asignarle una tarea extremadamente difícil. La carga de la prueba de dicha obligación debe corresponderle a la Administración, que se encuentra en mejores condiciones de demostrar un hecho positivo que se desarrolla en el campo de su actividad, de otro modo se deterioraría la naturaleza objetiva de la responsabilidad, ya que se estaría imponiendo al agraviado a probar que la Administración actuó con negligencia, cuando es esta la que se encuentra en mejor posición para demostrar que su actividad fue ejecutada con la diligencia debida dentro del marco normativo que determina la admisibilidad del funcionamiento del servicio.

La Falta Personal

La imputación a la Administración de los actos u omisiones de sus funcionarios, depende de su relación con el objeto de la actividad administrativa que le concierna y que sean ejecutados en el ejercicio de sus funciones.

En tanto que la falta de servicio es realizada por el funcionario como órgano de la Administración, la falta personal se da cuando el funcionario la ha realizado fundado en un deseo distinto al de la Administración.

La falta de servicio relaciona la responsabilidad estatal con la concepción de servicio público, por cuanto se refiere a la anomalía o irregularidad de su prestación, mientras que la falta personal se refiere a las acciones u omisiones de los funcionarios de la Administración realizados fuera de los parámetros de sus funciones.

La falta personal atañe a los hechos de los funcionarios que no se piensan ejecutados en el desempeño de sus funciones, ni en el marco del servicio, ni siquiera derivados del funcionamiento anormal del mismo, y respecto de las cuales el funcionario responde de manera directa.

Son elementos de una falta personal los hechos de la vida privada del funcionario, realizados sin vínculo con el desempeño de la actividad propia de sus funciones, ósea cuando actúa completamente al margen del cargo que le ha sido impuesto.

En ciertos casos puede darse la coexistencia de la falta personal con la falta de servicio, por la delgada línea que las separa, en esos supuestos se compromete la responsabilidad de la Administración, ante quien podría encaminarse la acción de resarcimiento pertinente, sin perjuicio del derecho pertinente que le asiste de repetir luego contra el funcionario causante del daño con el objeto de que se le restituya el valor pagado.

Se considera también responsabilidad de la Administración cuando el daño ha resultado posible en cuanto derivó de las exigencias y aptitudes de la función. Es deber de la Administración cuidar apropiadamente tanto de la integridad de los individuos que componen la sociedad como de la conservación de sus bienes, por lo que es responsable por la elección de sus funcionarios o empleados, y de la preparación oportuna y adecuada para el desempeño de sus funciones, cabe decir también que la responsabilidad del Estado no se termina en la elección y preparación de sus funcionarios, sino que también le corresponde el estricto control de su desempeño y comportamiento.

La responsabilidad estatal por la actividad de sus entidades u órgano con competencia para ejecutar los actos pertinentes, que en su irregular o anormal realización ocasionan daños, es fundada en la idea objetiva de falta de servicio, aunque no exceptúa la posibilidad de que se configure también una falta personal del funcionario.

El Riesgo Creado

Nociones Generales

Esta teoría surge en Europa a raíz de la revolución industrial a fines del siglo XIX. En el código napoleónico existía el precepto de la responsabilidad por el hecho de las cosas, esto quiere decir que no solo se debía responder por el hecho de las consecuencias el hecho propio, sino también por el daño causado por el hecho de las personas o bienes que estén bajo su guarda o custodia. La doctrina basó en el precepto manifestado una responsabilidad objetiva, asignando al dueño de una máquina o cosa la obligación de responsabilizarse por los daños que esta cause, ya que la culpa no es un requisito de existencia para que la responsabilidad se configure.

Saleilles y Josserand apoyaron la teoría y enunciaron la existencia de un nuevo fundamento de responsabilidad distinto al de la culpa, de carácter objetivo, que

consistía en sostener que quien creaba una fuente posible de daño estaba obligado a repararlo, con prescindencia de que hubiera habido culpa en el agente. Así nació lo que hoy se conoce en el derecho contemporáneo como la teoría del riesgo creado.⁵⁷

El nuevo precepto de responsabilidad lo que en verdad buscaba era determinar salvaguardas a la serie de problemas que derivaron de la revolución industrial.

La teoría del riesgo creado sitúa a la indemnización a cargo de quien usa una cosa o desempeña una actividad con capacidad para causar daños.

La asignación del riesgo como modo de imputación de responsabilidad tiene dos puntos de vista: El primero es el del riesgo, provecho que responsabiliza de los daños a quien obtiene beneficios de la realización de determinada actividad.

El segundo es el riesgo creado, que se aparta de la idea de aprovechamiento económico y considera suficiente la introducción de una característica con capacidad para dañar a los fines de atribuir responsabilidad a quien creó el riesgo.

La noción fundamental sobre la que se edifica esta teoría es que quien introduce en la colectividad algo que puede provocar un daño o perjuicio, debe asumir el riesgo, y cuando este llega a convertirse en efecto en un daño este debe resarcirlo.

El centro del problema se traslada de la culpabilidad del autor a la causalidad, es decir, a la determinación de cuál fue el hecho materialmente causa del daño, cuando no se puede determinar el autor del daño, la obligación de repararlo recae sobre el dueño de la cosa.

⁵⁷ Ibidem, p. 298.

La Actividad Riesgosa como Factor de Atribución de Responsabilidad

La responsabilidad que encuentra su causal de imputación en la actividad riesgosa, es atribuida al titular de la actividad que genera en la sociedad un riesgo causante de la imputación de responsabilidad.

Usualmente el peligro no deviene de una acción específica, sino de una serie de componentes que se vinculan entre si y se juntan alrededor de la actividad que se trata.

Existiendo la concurrencia de una actividad peligrosa o riesgosa *per se* o por los medios o instrumentos que esta emplea, un daño resarcible y un vínculo de causalidad apropiado entre la actividad riesgosa y daño, nace la deber de resarcir el agravio a cargo de la persona natural o jurídica que produce o explota la actividad, sin importar que haya habido o no culpa del sujeto apuntado como responsable, ya que se trata de una responsabilidad objetiva con soporte en la doctrina del riesgo creado.

En el supuesto de que la titularidad de la actividad recaiga en una entidad administrativa, evidencia también la imputación a la Administración Pública de los daños y perjuicios derivados del riesgo creado en el desenvolvimiento de su actividad, con inconexión de toda culpa objetiva o subjetiva.

El riesgo creado como fundamento de imputación, admite atribuir a la Administración la obligación de resarcir los agravios que hayan sido causados por o dentro de su organización, que no sean consecuencia de una causa extraña a la misma, que vale decir le corresponde probar a la Administración.

La causa de responsabilidad en estos casos se halla en el hecho de que si el ejercicio de la actividad estatal genera riesgo, el Estado debe responsabilizarse en el supuesto de que se materialice el peligro generado, es decir que ocurra el daño.

El Sacrificio Especial

En los casos de responsabilidad extracontractual basada en actos lícitos, la procedencia de imputación de responsabilidad responde a un criterio objetivo, y se apoya en la idea de sacrificio especial y la inexistencia de la obligación jurídica de soportar el daño, que radica en el principio de igualdad de los seres humanos.

La noción de sacrificio especial hace referencia a un daño o perjuicio diferenciado irrogado a un particular, que no tiene el deber de soportarlo. Los derechos de los ciudadanos de igualdad y de propiedad no permiten que se imponga a un particular un sacrificio especial que rebase la medida de lo que normalmente le corresponde soportar, lo que deriva en que ante la existencia de un sacrificio especial que cause desigualdad debe consecuentemente ser resarcido a través de una indemnización.

El daño diferenciado o singularizado, puede serlo en comparación a una persona o una colectividad, ya que doctrinariamente se considera que la singularización del daño permanezca aunque englobe a algunos individuos y le asista un grado de generalidad.

Lo difícil en este caso es determinar cuando existe la obligación jurídica de soportar un sacrificio especial, que puede ser traducido este como daño. Los supuestos que no presentan dificultad son los derivados de una ley, de un acto administrativo dimanado en concordancia con una ley, de un contrato o de las cargas generales que presenta la vida diaria en sociedad.

El inconveniente surge con relación al ejercicio de la actividad administrativa que irroga daños a los particulares, y que son desempeñadas en base a potestades asignadas por la normativa jurídica, sin que esta haya expresado claramente la obligación de soportar el daño. Existen a priori ciertos supuestos que deben tolerarse sin resarcimiento como: El ejercicio del poder de policía, la pérdida de un beneficio del que se venía gozando, las vicisitudes corrientes

como consecuencia de la vida en sociedad, etc., sin embargo aunque estos casos en principio no merecen indemnización, debe atenderse cada uno analizando sus propias circunstancias.

1.1.12 La Relación de Causalidad

1.1.12.1 Nociones Generales

Todo régimen de responsabilidad presume la acción u omisión de una persona, una consecuencia dañosa y un vínculo o nexo causal entre y uno y otra. Precedente a la existencia de responsabilidad estatal debe existir un vínculo de causa y efecto entre el hecho o acto que se le atribuye y el daño o perjuicio cuyo arreglo se reclama, consecuentemente esta relación causa-efecto es un requisito indispensable para que pueda imputarse la obligación de resarcir el daño.

La dificultad del nexo de causalidad se halla de similar manera en las diferentes ramificaciones del Derecho. El Derecho Administrativo, rama en la cual la responsabilidad es una institución joven, es generadora de los mayores progresos dogmáticos que sobre esta relación de causalidad se han efectuado en la doctrina penal y civil.

El nexo causal es un punto clave en la determinación de la responsabilidad del Estado, como en todo sistema de responsabilidad objetiva los juicios para atribuir a un órgano público los efectos dañosos de hechos determinados son categóricos, al punto de que la relación de causalidad se erige como el punto principal de equilibrio del sistema.

El problema en cuanto al nexo causal se origina en la noción misma de causa. El hecho dañoso por lo general se presenta como consecuencia no de una causa, sino de un complejo conjunto de varios hechos y condiciones, que a su vez pueden ser independientes o vinculados, a las mencionadas complejidades

se debe añadir también las que devienen de la coautoría, la afluencia de la culpa del agraviado o de una tercera persona, situación que dificulta más aun la distinción de el grado de influencia de la causa como originaria de un daño.

Alrededor del nexo causal se han construido diferentes teorías entre las cuales María del Pilar Amenábar destaca dos: la teoría de la equivalencia de condiciones, y la teoría de la causa adecuada.

La "teoría de la equivalencia de condiciones", considera causa del daño a todos los hechos o acontecimientos de los que se pueda decir que sin ellos, es decir, sin su concurso, el daño no se habría producido; apareciendo todos ellos, por tanto, como condición necesaria para la producción de aquel. Causa de un resultado es toda condición que no puede ser suprimida mentalmente, sin que desaparezca el resultado concreto. Por consiguiente no se realiza ninguna selección entre las innumerables condiciones de cualquier resultado, sino que, por el contrario, se consideran equivalentes todas las condiciones. Cualquiera de estos hechos o condiciones, en la medida en que todos ellos contribuyen a producir el resultado final, deben ser calificados como causas. Por consecuencia, la obligación de indemnizar el daño ocasionado puede imponerse al autor de cualquiera de ella, incluida la Administración.⁵⁸

Sobre esta teoría se ha opinado que conduce a soluciones poco aceptables, cuyo rigor lógico conduce no concuerda con la aplicación de la justicia, ya que por mínima que haya sido la condición que ha puesto un individuo debe responder por todo el resultado, lo que en consecuencia hace que la participación de la condición en el conjunto de acontecimientos sea de eficacia total, ya que sin esa condición el hecho no se hubiera producido.

Por el contrario, la teoría de la causa adecuada postula que no todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes. Causa es aquella condición que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para

⁵⁸ *Ibidem*, p. 324.

producir el resultado; en tanto que las que no producen normal y regularmente ese efecto son solamente condiciones, antecedentes o factores concurrentes.⁵⁹

Esta teoría surge de la idea que si bien, se considera al caso dándole relevancia a cada acontecimiento, sería ineludible aceptar que todos los hechos del caso son equivalentes, ya que si faltaba una condición el resultado no hubiera sido el mismo, sin embargo se debe tomar analizar con buen criterio la probabilidad y previsibilidad del caso, de acuerdo a la experiencia y el camino normal de las cosas, lo que permite determinar la causa adecuada, que es la verdaderamente relevante para producir ese resultado.

Causa será solo la condición que según el camino normal y ordinario de las cosas es de por si apta para originar el daño, mientras que los demás acontecimientos son meras condiciones que carecen de relevancia en el origen del daño.

No se debe olvidar tampoco que desde el punto de vista jurídico solo interesa la intervención humana en la producción de los daños, ya que de acuerdo a esta intervención puede decirse que el resultado en el cual participaron otros factores es su resultado.

Orgaz indica que para poder establecer la causa del daño se debe hacer un *ex post facto* un juicio o cálculo de probabilidades. Prescindiendo de la realidad del suceso ya acontecido, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente era por si misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas. Si se contesta afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión era efectivamente adecuada para provocar el perjuicio, el que será objetivamente atribuible al agente; en tanto que si se contesta de manera negativa, no habrá relación de causalidad entre el hecho y el daño.⁶⁰

⁵⁹ *Ibidem*, p. 324.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 326.

Por medio de la relación de causalidad además de determinar la autoría material de la persona por acción u omisión, se establecerá también la medida de la responsabilidad a su cargo, es decir se puede precisar también el alcance del resarcimiento, toda vez que el daño es resarcible en medida proporcional al hecho generador imputable.

En cuanto a la culpa propia del funcionario, considera Héctor Darío Arévalo Reyes que:

Hay unos elementos que nos permiten por lo menos orientarnos, para determinar si la culpa personal del agente tiene o no, nexo con el servicio, son de dos clases: Unos nexos perceptibles, es decir, que los podemos captar con los sentidos, los podemos ver, casi los podemos tocar, simplemente los apreciamos sensorialmente, y otros que son los nexos imperceptibles o intangibles, resultados de injerencias, deducciones, de ejercicios lógicos de las persona.⁶¹

1.1.12.2 Concurso de Causas. Culpa de la Víctima y del Tercero como Causa con Aptitud Para Fracturar el Nexo Causal

Como se vio anteriormente en este estudio el daño usualmente es producido por más de un hecho o condición dañosa, en estos acontecimientos el problema ya no hace referencia a la correspondencia de la relación de causalidad entre la actividad administrativa y la consecuencia lesiva, sino radica en determinar cuál de las condiciones que han intervenido en el proceso que dio como resultado el daño puede ser considerada como causa, y una vez precisado esto determinar quién será el obligado a resarcir los daños.

El nexo causal entre la causa y el daño no es necesariamente particular, en tanto que la causa del daño tenga varios focos de imputación coexistentes, por ejemplo la intervención del lesionado o de un tercero, condiciones que pueden producir una rotura en el vínculo de causalidad que exima de responsabilidad al presunto autor del daño.

⁶¹ ARÉVALO REYES, Héctor Darío, *Responsabilidad del Estado y de Sus Funcionarios*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, Segunda edición, Medellín, p. 40.

Debido a que el nexo causal puede no ser unívoco, el Estado no se exime de responsabilidad porque el agravio no haya sido causado solo por su actividad, sino también que haya coadyuvado la intervención de un tercero, del mismo lesionado o inclusive un caso fortuito, en estas circunstancias el Estado debe responder en la medida de su intervención, es decir podrá exonerarse parcialmente, pero no de manera total.

1.1.12.3 La Culpa del Lesionado

La culpa del lesionado exime de responsabilidad, de manera total o parcial según su intervención en el caso, al imputado del daño.

En cuanto a la incidencia del agraviado como componente idóneo para romper el vínculo de causalidad existen distintas posiciones.

Una parte considera que se trata de una relevación de responsabilidad relacionada con la autoría, supuesto por el cual no se requiere la concurrencia de la culpa en la conducta del lesionado.

Para otro sector, si es necesaria existencia de la culpa en el obrar del lesionado, aunque no rechaza la posibilidad de que la actividad de un persona no susceptible de imputación, pueda tener incidencia al punto de incluso eximir al presunto responsable, cuando por las circunstancias del caso adquiera la calidad de fortuito, en tal circunstancia la exoneración de responsabilidad se daría, no por la existencia de la culpa del lesionado, sino por el mencionado caso fortuito.

La carga de la prueba de que el actuar del lesionado fue la causa del daño, corresponde al imputado.

Cuando la culpa del lesionado es la única causante de la lesión el dueño o guarda de la cosa queda exonerado de responsabilidad, pero cuando solo logra demostrar que la culpa del lesionado tuvo una parcial incidencia causal en el daño, la exoneración del dueño o guarda es también solo parcial, cabe

enfatar que para que el hecho del lesionado pueda ser un elemento eximente de responsabilidad, no debe ser imputable a la acción u omisión del demandado.

El daño se entenderá como culpa exclusiva de la víctima, cuando esta haya provocado el daño, su hecho origine el perjuicio, actúe con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonera de responsabilidad al Estado.⁶²

En el Derecho Administrativo en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado, en relación a la culpa del lesionado como elemento de fractura del vínculo de causalidad se ha sostenido que se debe graduar el factor de imputación en función de la posible eficacia de la culpa del lesionado con relación al riesgo creado, es decir que podrá exonerarse de responsabilidad a la administración total o parcialmente, si demuestra la culpa del lesionado o de un tercero por el cual no debe responder.

1.1.12.4 La Culpa de un Tercero

La intervención de un tercero es otra teoría en la que el nexo causal puede verse interferido por una cusa ajena. El presunto responsable puede exonerarse de responsabilidad, acreditando que el daño fue causado debido al hecho culpable de un tercero por quien no debe hacerse responsable.

Se ha manifestado también con relación a este tema que el caso fortuito es una causa ajena, pero lo son también la culpa de la víctima y la de un tercero, aunque no constituyan caso fortuito en sí, es decir operan como causa ajena aun cuando no hayan sido inevitables o imprevisibles para el dueño o guarda. Respecto al hecho de un tercero, una corriente doctrinaria demanda la existencia de culpa en el obrar de ese tercero para que sea considerado como elemento idóneo de la ruptura del nexo causal. Otro sector manifiesta que el

⁶² *Ibidem*, p. 226.

simple hecho del tercero es apto para romper el vínculo causal, toda vez que no sea imputable a la acción u omisión del demandado.

"El hecho de un tercero debe ser exclusivo y determinante, de lo contrario solo se respondería de manera solidaria."⁶³

Cabe decir también que la no identificación del tercero, no debe tornarse en contra del lesionado, y ese hecho no reviste las características de fuerza mayor.

1.1.12.5 Caso Fortuito y Fuerza Mayor

El caso fortuito y la fuerza mayor son condiciones que producen la ruptura del vínculo de causalidad entre la actividad dañosa y el daño o perjuicio.

El caso fortuito es el que no se ha logrado prever, o previsto resultado inevitable.

La fuerza mayor, son hechos del hombre que exceden a la voluntad, como una guerra, una ley o la fuerza de un gobernante.

El caso fortuito es un hecho de la naturaleza, la fuerza mayor es un hecho del hombre, el caso fortuito es imprevisible, la fuerza mayor es irresistible.

El caso fortuito reviste dos características esenciales: la indeterminación y la interioridad. La indeterminación quiere decir que la actividad dañosa causa del daño es desconocida, la interioridad supone que la actividad dañosa está directamente ligada al daño, a su naturaleza íntima.

La fuerza mayor tiene igual dos notas características que son la irresistibilidad y la exterioridad. Es exterior con relación al objeto dañoso y a sus propios riesgos y es irresistible debido a que aun cuando pueda ser prevista no puede

⁶³ Ibidem, p. 228.

hacerse nada por resistirla, esto se refiere a acontecimientos verdaderamente insólitos y extraordinarios.

Mientras que el caso fortuito en estricto sentido es imprevisible en concreto y de inevitabilidad relativa, la fuerza mayor es abstractamente imprevisible y de inevitabilidad absoluta.

El caso fortuito es el resultado que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, pero que aún así no ha podido preverse o evitarse al ejecutarse el hecho. La fuerza mayor es el resultado que no acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas y que no ha sido tenido en miras al ejecutarse el hecho.

Las ideas de caso fortuito y fuerza mayor en estricto sentido cumplen funciones diferentes: el caso fortuito exime la culpa, mientras que la fuerza mayor descarta la relación de causalidad, esta es la razón por la cual en los casos de responsabilidad objetiva solo la fuerza mayor actúa como supuesto de exoneración de responsabilidad.

En la esfera de la responsabilidad estatal, la característica de interioridad del caso fortuito hace referencia a que el suceso se produzca en el ámbito de la actividad administrativa. En el supuesto de la fuerza mayor, el suceso deviene de una condición totalmente ajena a la actividad administrativa, y se presenta de un modo inesperado. "La fuerza mayor obedece a causas externas y el caso fortuito a una causa desconocida..."⁶⁴

Es en realidad la nota de exterioridad la que distingue el caso fortuito de la fuerza mayor, aunque los dos constituyen o pueden constituir hechos imprevisibles o inevitables, es la exterioridad la que hace referencia a la inexistencia del vínculo de causalidad.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 229.

La Responsabilidad de los Funcionarios y Servidores Públicos

Fue el primer tipo de responsabilidad que se conoció, cuando en ese entonces la admisión de la responsabilidad estatal era inexistente, por lo que constituye el cimiento sobre el que se edificó esta materia, y a la vez es el objeto de su análisis, ya que con esta se quiere lograr la moralidad en la Administración Pública, se debe tratar de conseguir que la responsabilidad se vea enlazada de alguna forma con el funcionario que con su conducta causo o contribuyó a la realización del daño, no solo para buscar la indemnización debida, sino para perfeccionar el funcionamiento de cada pieza en el ejercicio de la actividad de la Administración.

No plantear la responsabilidad del funcionario a lado de la administrativa es otorgar impunidad para que se siga cometiendo daños a los particulares. Hay que Castigar al verdadero responsable, que la más de las veces lo será el funcionario.⁶⁵

El procedimiento que ha logrado alcanzar esto de la manera más justa para los administrados, Administración y el mismo funcionario es el proceso de subrogación. Si la Administración paga la indemnización al administrado, se subroga en los derechos del reclamante, con el fin de requerir la repetición de lo resarcido por la falla del funcionario.

Antes se había negado el derecho de repetición por parte del Estado con un argumento que no deja de tener lógica: si se admite la posibilidad de accionar en contra del funcionario con el objeto de recuperar lo que ha pagado la Administración, ello significa que la falla no fue del servicio.⁶⁶

Se debe tener en cuenta los intereses del lesionado, y sabiendo que no siempre el funcionario está en posibilidad de indemnizar los efectos dañosos de su actuar, es el Estado quien debe asumir la obligación de resarcir lo dañado, dejando si, una puerta abierta para que el estado pueda obtener la restitución de lo que se vio obligado a pagar por la falla del funcionario.

⁶⁵ HOYOS DUQUE, Ricardo, *Op. Cit.*, 1984, p. 56.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 57.

Los agentes del Estado fácilmente cometen arbitrariedades, pero si saben que las consecuencias pecuniarias de sus yerros afectaran su patrimonio, se cuidaran de no cometerlos. Con este procedimiento se pone freno a los abusos cometidos en el servicio.⁶⁷

Encaminar el reclamo a la Administración es el camino más factible para obtener una efectiva indemnización, ya que como se vio anteriormente no se debe demostrar la culpa, son basta con las demostración del hecho dañoso producido por el ejercicio de la actividad de la Administración.

“En este sentido se pronuncia la autorizada opinión de de los hermanos MAZEAUD, al considerar que los actos de los órganos de la persona jurídica son sus propios actos, aun en caso de culpa personal o del servicio”.⁶⁸

1.1.13 Fundamento y Tipos de Responsabilidad

Dentro de la relación jurídica que liga al funcionario con la Administración, existen varias relaciones que suponen derechos, deberes y responsabilidades de muy diversa naturaleza.

En cuanto a la responsabilidad, se encuentra que esta puede ser: administrativa o disciplinaria, civil o patrimonial, penal y política.

El fundamento de estas responsabilidades lo encontramos en el propio contenido de la función pública, como ocurre con la responsabilidad disciplinaria, que es típicamente administrativa, y que insita o implícita allí donde existe donde existe una escala jerárquica que respetar, fundamento mismo de la disciplina. Si no hubiera un régimen disciplinario no existiera administración jerárquica y, por lo tanto, organización administrativa, que en el estad moderno e manifiesta con un dinamismo cada vez más notable. En cuanto a las demás responsabilidades enumeradas, encuentran su fundamento en la Constitución nacional y en las leyes que reglamentan su ejercicio.⁶⁹

⁶⁷ Ibidem, p. 59.

⁶⁸ Ibidem, p. 59.

⁶⁹ CANASI, José, *Op. Cit.*, 1972, p. 695.

En estos casos a diferencia de la responsabilidad administrativa, las responsabilidades existen aunque no exista un régimen disciplinario, ya que son parte de la Administración per se.

La responsabilidad civil se encuentra soportada en la comisión de actos ilícitos, ya sean estos: acciones, cuando se ejerce una actividad prohibida por una norma, u omisiones, cuando no se cumple con lo establecido por una norma.

La autonomía del funcionario tiene un campo de acción hasta donde exista un límite que se lo prohíba, de ahí que ningún acto voluntario será ilícito, si no se hallara manifiestamente prohibido por una norma.

Cabe recalcar que en principio los actos ilícitos son todos aquellos que lesionan derechos de terceros o se encuentran prohibidos por la Ley, y su graduación depende del propósito del agente y de la autoridad que los prohíbe, de modo que el carácter de ilícito a un acto se lo da la prohibición de una ley. A diferencia de esta responsabilidad, la responsabilidad administrativa o disciplinaria, que es la base de las relaciones jerárquicas de subordinación, y que constituye el principio de autoridad y el sistema oficial de comunicación, puede ser esencialmente informal, porque nace de la misma esencia de las cosas, debe haber disciplina donde hay subordinación, donde el superior da órdenes y el inferior las debe cumplir, que configura la estructura misma de toda organización social.

Ahora, si bien la responsabilidad administrativa es informal en su esencia, en el Estado moderno es necesario que exista una organización formal, para lograr una mejor manera de llevar las cosas, encuadrado esto en una buena organización jerárquica, para que el campo discrecional se vea reducido en función de lo normado, y que solo se puedan aplicar las sanciones que se encuentran prescritas, que deben actuar en concordancia con la Constitución.

Como se veía en párrafos anteriores, la responsabilidad civil encuentra su fundamento en los actos ilícitos, que pueden estar dados por acciones u omisiones, pues bien estos deben estar acompañados a su vez por la culpa, el dolo o el fraude, y también por su parte el daño, que son los elementos que configuran la responsabilidad civil.

En cuanto a la responsabilidad penal, su fundamento está también en la Constitución nacional y en la ley expresa, en la ley formal, y específicamente en el Código Penal y demás leyes penales, y que responde al principio de "nulla poena nullum crimen sine lege".⁷⁰

Acorde a lo manifestado se destaca que la responsabilidad tiene un fundamento jurídico formal, incluso la responsabilidad administrativa, que en principio no lo tenía, debido a que en el fondo esta especie de responsabilidades de los funcionarios o servidores públicos, tienen en común las acciones u omisiones ilícitos, en virtud de que la conducta de los funcionarios no tiene más límites que lo expresamente prohibió por la Ley.

Este asunto de la responsabilidad de los funcionarios, se encuentra estrechamente vinculado con la responsabilidad del Estado, en cuanto a la responsabilidad directa, tanto la responsabilidad administrativa como la civil y penal.

La responsabilidad política sería el resultado de todo aquello, aplicado a determinados funcionarios, y encuentra su fundamento en la Constitución, los otros tipos de responsabilidad se aplican a todos los funcionarios públicos a lo largo de toda la organización administrativa.

Corolario de lo expresado anteriormente, cabe denotar que los distintos tipos de responsabilidades actúan en conjunto, se armonizan no se excluyen, ya que la responsabilidad administrativa, que se halla fundamentada en el interés de la Administración, y que tiene naturaleza sancionadora, puede derivar en la

⁷⁰ Ibidem, p. 697.

responsabilidad punitiva común del Código Penal, "... no rige el principio *non bis in idem* típico del derecho penal, en la aplicación de ambas penalidades,..." aunque el referido principio puede actuar si dentro de las mismas sanciones administrativas, por no poderse aplicar dos sanciones administrativas por el mismo hecho.

En cuanto a la responsabilidad civil, cabe decir que esta tampoco se excluye de la responsabilidad administrativa o penal, ya que esta actúa en virtud de un acto ilícito que surge de estas responsabilidades. La responsabilidad civil es atribuible directamente al Estado, el cual podrá según el caso repetir contra el funcionario el valor de lo indemnizado civilmente, como causante de dicha sentencia judicial.

1.1.14 Clases de Culpa

Es importante tener presente las clases de culpa existentes para cuando se proceda a dar tratamiento al derecho de repetición del Estado.

De acuerdo al artículo 29 Código Civil se pueden distinguir tres especies de culpa: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo; Culpa leve, descuido leve, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa; Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes; El dolo consiste en la intención positiva de irrogar a la persona o propiedad de otro.

1. Cuando la culpa es leve o levísima, afecta el servicio y por ello es condenado el Estado, no hay lugar a la acción de repetición.

2. Cuando la culpa es grave afecta el servicio y por ello es condenado el Estado hay lugar a la acción de repetición del agente o servidor que incurrió en la falta.⁷¹

Cualquiera de las circunstancias anteriormente descritas son, como se dijo en párrafos anteriores, independientes a las responsabilidades, penal y administrativa que podrían acarrear.

⁷¹ ARÉVALO REYES, Héctor Darío, *Op. Cit.*, 2002, p. 126.

3. CAPÍTULO III

La Responsabilidad en el Ecuador

En el Ecuador la responsabilidad estatal se encuentra normada desde su instrumento jurídico principal que es la Constitución Política de la República, a partir de esta se desprenden varias leyes que han ido evolucionando en el ámbito de la responsabilidad del Estado.

Es importante analizar las principales normas en las que se fundamenta y se regula el procedimiento de la responsabilidad estatal.

Constitución Política de la República

El primer enunciado se lo encuentra expresado en el Artículo 11, numeral 2 inciso primero, donde literalmente dice: "Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades."⁷² Este precepto constitucional es importantísimo al momento de analizar la responsabilidad estatal, ya que al romperse este, se caería en una de las teorías y fundamentos para el surgimiento de la responsabilidad del Estado, que es la teoría del sacrificio especial:

*...expuesta por Mayer, postula la obligación de indemnizar del Estado, se genera al afectarse la igualdad: cuando un individuo soporta un sacrificio que es injusto y superior a las cargas generales que pesan sobre el resto de la comunidad, esta debe compensarlo...*⁷³

Esta idea ha tenido gran acogida en nuestro país y ha servido de fundamento indispensable en materia de responsabilidad del Estado.

⁷² ECUADOR, *Constitución Política de la República*, Ediciones Legales, 2010.

⁷³ SÁENZ, Juan Ignacio, *Responsabilidad del Estado*, Abeledo Perrot, 2007, Buenos Aires, p. 67.

Dice en el mismo artículo, en su numeral 3 inciso segundo:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.⁷⁴

Como postula Manuel María Díez, la Constitución, es la primera fuente en el orden jerárquico, y acerca de los instrumentos internacionales manifiesta que son contratos en el derecho de gentes, es decir, un acuerdo de voluntades, a ambos los considera como fuentes del Derecho Administrativo, rama que regula la institución de la responsabilidad estatal, por lo que este precepto establecido en la Constitución, hace posible la reclamación de cualquier derecho por y ante cualquier funcionario público.

Finalmente este artículo dice en su numeral 9 lo siguiente:

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

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

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, si es el caso, se repetirá en contra de las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales responsables.⁷⁵

⁷⁴ ECUADOR, *Constitución Política de la República*, Ediciones Legales, 2010.

⁷⁵ *Ibidem*.

Al analizar este numeral cabe destacar:

Al romper el precepto manifestado en su inciso segundo se cae principalmente en la teoría y fundamento de responsabilidad del Estado, de la falta de servicio, que como comenta el profesor Ricardo Hoyos Duque:

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 en la actividad del servicio.

Se requiere de una falta de servicio, esto es un hecho antijurídico que causa agravio a los administrados.⁷⁶

En la parte final del segundo inciso del numeral nueve se hace referencia a la acción u omisión de los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus servicios, lo cual se identifica con la obra de Duguit, que manifiesta:

Los organismos administrativos han sido dispuestos con el único fin de servir a la comunidad. Los daños que en el cumplimiento de esa misión sobrevengan, no son imputables personalmente al funcionario, ya que no pueden separarse de la labor a él encomendada, constituyen una falta del servicio. Si lo que pretende el funcionario no es servir a la finalidad pública, sino utilizar los medios administrativos puestos a sus alcances para satisfacer una necesidad privada, como sería la venganza estamos en presencia de una falta personal.⁷⁷

En el inciso tercero del mismo numeral habla sobre el derecho de repetición, sobre el cual, manifiesta Héctor Darío Arévalo Reyes:

La administración obra a través de personas físicas, por tanto la acción u omisión que genere responsabilidad estatal, puede conducir a una repetición de parte del Estado contra su agente por imprudencia, impericia o negligencia.

La acción de repetición es posterior al proceso contencioso administrativo en el que el Estado fue condenado...⁷⁸

⁷⁶ HOYOS DUQUE, Ricardo, *Op. Cit.*, 1984, p. 15.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 53.

⁷⁸ ARÉVALO REYES, Héctor Darío, *Op. Cit.*, 2002, p. 179.

El numeral analizado constituye el principal enunciado de responsabilidad que se encuentra en la Constitución, y constituye la base principal sobre la cual se pueden fundamentar los particulares para ejercer su derecho a reclamar cuando el Estado les irroge daños o perjuicios, por la prestación de un servicio público irregular o defectuoso.

Dice también la Carta Magna en su sección novena:

Art. 52.- *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 del consumidor; 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.⁷⁹

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

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.⁸⁰

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. Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquellos que pongan en riesgo la integridad o la vida de las personas.⁸¹*

Los tres artículos mencionados anteriormente hacen referencia una vez más al fundamento y teoría de responsabilidad del Estado de la falta de servicio, ya que manifiestan que las personas o entidades que presten servicios públicos,

⁷⁹ ECUADOR, *Constitución Política de la República*, Ediciones Legales, 2010.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

tienen la obligación de hacerlo con la mayor eficiencia y calidad, sin defectos, ni irregularidad. Manifiesta el doctor Luis Fernández Mejía que la teoría de la falta de servicio afirma que la Administración no responde por su culpa, tomada en sentido subjetivo, sino por las faltas o fallas cometidas en el ejercicio de sus funciones, siempre que provengan de una actuación tardía, irregular o defectuosa, ó, de hechos u omisiones que generen un daño en los individuos. El romper estas características obligatorias conlleva a la posterior responsabilidad de resarcir el daño sufrido por el particular.

Acompañando a los artículos mencionados anteriormente se encuentra también en el Capítulo 6, que habla sobre los derechos de libertad, lo siguiente:

Art. 66.- *Se reconoce y garantizará a las personas:*

25. El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.⁸²

Este numeral estipula el derecho a un servicio público de calidad, lo que hace que al prestar un servicio defectuoso o irregular, nazca la obligación del Estado de hacerse responsable y resarcir el daño por un servicio público carente de eficiencia y calidad.

Se encuentra también en la Constitución en los dos primeros numerales del artículo 85 lo siguiente:

La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

- 1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.*
- 2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos violen o amenacen con violar los derechos humanos*

⁸² *Ibidem.*

*en casos particulares, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.*⁸³

Este artículo hace referencia a la responsabilidad del Estado, en el eventual caso de que una política pública o la prestación de un servicio público, afecte el interés de un particular, una de las medidas alternativas que pueden tomarse para conciliar los derechos en conflicto es, que el Estado asuma su responsabilidad e indemnice al particular por el agravio causado. Este precepto tiene principio en la teoría de las cargas públicas, comenta Juan Ignacio Sáenz:

*Cuando la actividad lícita de la actividad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general-, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito.*⁸⁴

En el Capítulo Tercero la Constitución manifiesta en el numeral cuarto del artículo 86, literalmente lo siguiente:

*Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de una servidora o servidor, la jueza o juez ordenará la destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.*⁸⁵

Este acápite es muy importante al momento de analizar la responsabilidad de los funcionarios, ya que la norma es el fundamento mismo de su responsabilidad, lo que deriva en la imputabilidad que tendrían los servidores públicos ante el incumplimiento de aquella.

Sea cual fuere el tipo de responsabilidad que le fuera imputable a un funcionario de que se trate, se sustentará inevitablemente en una violación del orden jurídico, es decir, en la no observancia de normas legales o reglamentarias, sean de carácter general o aquellas específicamente recaídas en él.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ SÁENZ, Juan Ignacio, *Op. Cit.*, 2007, p. 104.

⁸⁵ ECUADOR, *Constitución Política de la República*, Ediciones Legales, 2010.

Tal circunstancia diferencia claramente la responsabilidad que es susceptible de ser imputada a los agentes públicos, de aquella que puede ser atribuida al Estado, el cual podría responsabilizarse, en circunstancias particulares, incluso por las consecuencias de su actividad lícita.⁸⁶

Otro artículo en la Constitución Política de la República, que puede ser utilizado respecto de la regulación de la responsabilidad estatal es el siguiente, dice la Constitución en su artículo 98:

Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos.⁸⁷

Este artículo sirve de fundamento para que el administrado cuando considere que sus derechos hayan sido vulnerados, se resista, y posteriormente pueda demandar el resarcimiento de un daño ante la posible acción u omisión de la Administración que vulnere su derecho, lo que cae en la esfera de la responsabilidad estatal.

La Constitución también habla de la responsabilidad política y reza lo siguiente:

Art. 127.- *Las asambleístas y los asambleístas ejercerán una función pública al servicio del país, actuarán con sentido nacional, serán responsables políticamente ante la sociedad de sus acciones u omisiones en el cumplimiento de sus deberes y atribuciones, y estarán obligados a rendir cuentas a sus mandantes.⁸⁸*

“... es básicamente de aquellos que ocupan la más alta jerarquía gubernamental, y el juzgamiento de las conductas generadoras de ella. Este mecanismo es el juicio político.”⁸⁹

Manifiesta la Constitución en el primer inciso del artículo 153:

⁸⁶ CAVALLO, Claudio, *Responsabilidad del Estado*, Abeledo Perrot, 2007, Buenos Aires, p. 344.

⁸⁷ ECUADOR, *Constitución Política de la República*, Ediciones Legales, 2010.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ CAVALLO, Claudio, *Op. Cit.*, 2007, p. 370.

Las ministras y los ministros de Estado serán de libre nombramiento y remoción por la Presidenta o Presidente de la República, y lo representarán en los asuntos propios del ministerio a su cargo. Serán responsables política, civil y penalmente por los actos y contratos que realicen en el ejercicio de sus funciones, con independencia de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.⁹⁰

Este artículo manifiesta las clases de responsabilidades a las que están sometidos los ministros de Estado, importante tener esto en cuenta en este estudio, ya que son estos considerados también funcionarios públicos.

Se determinarán los tipos de responsabilidad según las consecuencias jurídicas que deba afrontar el funcionario responsable, es decir, sanción disciplinaria, sanción penal, obligación de resarcir un perjuicio económico o la destitución en el cargo. Así, hablaremos de responsabilidades administrativa, penal, patrimonial y política.⁹¹

El artículo 166 en su inciso cuarto dice literalmente “Las servidoras y servidores públicos serán responsables por cualquier abuso que hubieran cometido en el ejercicio de sus facultades durante la vigencia del estado de excepción.”⁹²

Es importante mencionar este artículo ya que aunque exista estado de excepción los servidores públicos no pueden tener carta abierta para cometer abusos y atropellos, siguen sometidos a las leyes que son el fundamento de sus obligaciones.

Respecto a la responsabilidad en la administración de justicia la Constitución dice lo siguiente:

Art. 168.- *La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:*

1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.⁹³

⁹⁰ ECUADOR, *Constitución Política de la República*, Ediciones Legales, 2010.

⁹¹ CAVALLO, Claudio, *Op. Cit.*, 2007, p. 346.

⁹² ECUADOR, *Constitución Política de la República*, Ediciones Legales, 2010.

⁹³ *Ibidem*.

Es importante destacar este artículo ya que expresa la importantísima característica de independencia que debe tener la función judicial, sin la cual se haría imposible alcanzar objetivamente la idea de justicia ante un eventual daño causado por el Estado que le genere responsabilidad, y habla también de la respectiva sanción a esta violación.

Comenta al respecto Andrés Uslenghi:

Dentro del amplio espectro que abarca la temática relativa a la responsabilidad del Estado, la cuestión acerca de la prestación irregular del servicio de justicia, presenta diversas particularidades, que la posicionan dentro de un campo de estudio con cierta autonomía del régimen general. Esto se debe no solo a los caracteres específicos de la actividad jurisdiccional, sino a la posición del poder judicial, como poder constitucional, donde se cuestiona su propia conducta, y el modo en el que es llevada a cabo.

Podríamos afirmar que la clásica tensión que se presenta en todo conflicto relativo a la responsabilidad pública, en tanto el propio Estado -entendido como una persona única- debe proveer los medios para el juzgamiento de su actividad, la identificación de los agentes responsables y, eventualmente, el pago de una indemnización, adquiere un punto crítico cuando todo ellos acontece en el seno de uno de sus poderes establecidos.⁹⁴

En la sección cuarta de la Constitución que habla respecto de la Contraloría General del Estado, dice lo siguiente:

Art. 211.- *La Contraloría General del Estado será la entidad técnica encargada del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.⁹⁵*

Dice en el artículo siguiente en sus dos primeros numerales:

Art. 212.- *Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley:*

1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.

⁹⁴ USLENGHI, Andrés, **Responsabilidad del Estado**, Abeledo Perrot, 2007, Buenos Aires, p. 177.

⁹⁵ ECUADOR, **Constitución Política de la República**, Ediciones Legales, 2010.

2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía.⁹⁶

En estos dos artículos la Constitución otorga a la Contraloría como deber determinar las responsabilidades de las que han de ser sujetos los funcionarios o servidores públicos, en el ámbito de la utilización de recursos estatales y el de la consecución de objetivos de las instituciones del Estado, cabe decir si que las responsabilidades que determina la Contraloría General del Estado son frente al Estado, no frente a los administrados.

Para determinar estas responsabilidades, debe haber dolo, culpa o negligencia.

En tal sentido, para determinar el “dolo, culpa o negligencia” es necesario realizar una investigación de la eventual responsabilidad disciplinaria del agente, la cual solo puede abarcar a empleados del Estado sujetos a los estatutos de empleo específicos, dejando afuera aquellos que pudieran desempeñarse en el ámbito de una jurisdicción o ente, pero en virtud de otro tipo de relación jurídica.⁹⁷

Otro medio establecido en la Constitución para la tutela de los intereses de los particulares es la Defensoría del Pueblo respecto de la cual dice en el artículo 215 numeral 1, que habla sobre sus atribuciones, lo siguiente:

1. 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.⁹⁸

Esta es una vía efectiva para canalizar los reclamos ante la defectuosa o irregular prestación de los servicios públicos.

Dice también en otro numeral del mismo artículo:

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ CAVALLLO, Claudio, *Op. Cit.*, 2007, p. 360.

⁹⁸ ECUADOR, *Constitución Política de la República*, Ediciones Legales, 2010.

“3. Investigar y emitir disposiciones sobre las acciones u omisiones de las personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos.”⁹⁹

Este numeral le permite investigar y emitir disposiciones al respecto de si es o no atribuible la responsabilidad a personas naturales o jurídicas que desempeñen la actividad estatal en los servicios públicos.

Cabe mencionar también lo que dice la Constitución en el Capítulo Séptimo sobre la Administración Pública.

Art. 225.- *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.*

Art. 226.- *Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.*¹⁰⁰

Es importante tener en cuenta estos dos artículos, ya que se establece lo que comprende la Administración Pública, así como determina sus obligaciones y el límite de su actividad, como ya se observó en el primer capítulo, es la Administración Pública el objeto del Estudio del Derecho Administrativo rama que estudia la institución de la responsabilidad del Estado.

A continuación dice:

⁹⁹ *Ibidem.*

¹⁰⁰ *Ibidem.*

Art. 227.- *La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de: eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.*

Desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual de la Administración, la noción de servicio a que refiere la de falta de servicio, no se corresponde con el concepto estrictamente técnico de servicio público, como una de las formas o modos de actuación administrativa, no tendría justificación que la Administración solo respondiera en las actividades públicas prestacionales y no en las restantes modalidades de intervención... ..El concepto de servicio público puesto en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración, es sinónimo de actuación administrativa.¹⁰¹

“En el ámbito de la responsabilidad extracontractual de la Administración, la noción de falta de servicio alude a una idea más amplia, comprensiva de toda la actividad jurídica o material emanada de la Administración.”¹⁰²

Es importante denotar lo referido en los párrafos anteriores, ya que la características mencionadas en el artículo 227 de la Constitución, en al ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, se aplican al concepto mencionado por los autores citados de servicio público.

Respecto a los servidores o funcionarios públicos la Constitución manifiesta lo siguiente en el primer inciso del artículo 229.

“Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.”¹⁰³

La legislación ecuatoriana no distingue diferencia entre agentes, empleados y funcionarios públicos, por lo que para efectos de este estudio agentes, empleados y funcionarios públicos son lo mismo.

Los agentes de la Administración Pública son las personas físicas o de existencia visible, que de manera especial o general son reclutadas, por elección o nombramiento de autoridad competente, para realizar concretamente la

¹⁰¹ AMENÁBAR, María Del Pilar, *Op. Cit.*, 2008, p. 270.

¹⁰² *Ibidem*, p. 271.

¹⁰³ ECUADOR, *Constitución Política de la República*, Ediciones Legales, 2010.

actividad total del Estado, que por ser persona jurídica o moral, necesita apodóticamente de su intervención para la realización de sus fines.¹⁰⁴

Determina así el artículo 229 de la Constitución todas las personas que son consideradas servidores públicos.

Un artículo de suma relevancia al momento de tratar la responsabilidad de los funcionarios públicos es el siguiente:

Art. 234.- *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.*

El Estado se reserva el derecho de repetición en contra de servidoras o servidores públicos que por dolo o culpa grave hayan causado perjuicio económico al Estado.

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. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aún cuando no tengan las calidades antes señaladas.¹⁰⁵

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.¹⁰⁶

Se determina así en este artículo las responsabilidades a las que están sujetos los servidores públicos por las acciones u omisiones realizadas en el ejercicio de sus funciones. Da también la facultad al Estado de repetir contra los funcionarios, de los cuales sus acciones u omisiones hubieren irrogado daños a los particulares, daños que el Estado hubiera tenido que indemnizar en cumplimiento de las garantías y principios constitucionales y legales.

¹⁰⁴ CANASI, José, *Op. Cit.*, 1972, p. 531.

¹⁰⁵ ECUADOR, *Constitución Política de la República*, Ediciones Legales, 2010.

¹⁰⁶ FERNÁNDEZ MEJÍA, Luis, *Op. Cit.*, p. 49.

Art. 234.- El Estado garantizará la formación y capacitación continua de las servidoras y servidores públicos a través de las escuelas, institutos, academias y programas de formación o capacitación del sector público; y la coordinación con instituciones nacionales e internacionales que operen bajo acuerdos con el Estado.

De este artículo se destaca, como se mencionó anteriormente en este estudio, que el Estado es responsable por la actividad de sus funcionarios, ya que se considera que el Estado deberá escoger para desempeñar los cargos públicos a personas capacitadas y formadas, y debe mantenerlas en un proceso ininterrumpido de capacitación, por lo tanto los daños que puedan causar estas son de responsabilidad estatal.

A este respecto comenta María del Pilar Amenábar que la responsabilidad exigible al Estado no se agota en la elección de los agentes que componen sus cuadros, sino que también le incumbe el estricto control de su desempeño y conducta. El Estado debe velar por sus dependientes, para que se comporten de acuerdo con los reglamentos, ya que resulta inadmisibles que un agente del Estado cometa un hecho dañoso.

Más adelante dice la Constitución:

Art. 314.- 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.¹⁰⁷

¹⁰⁷ ECUADOR, *Constitución Política de la República*, Ediciones Legales, 2010.

Una vez más la Constitución en este artículo expresa presupuestos que deben ser cumplidos en el ejercicio de su actividad y ante la inexistencia o mal funcionamiento de estos, surge su responsabilidad de resarcir el daño.

Cabe citar respecto a esto lo siguiente:

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.¹⁰⁸

Este es el último acápite de la Constitución acerca de la responsabilidad de la Administración frente a los administrados por el ejercicio de su actividad.

Los principios constitucionales mencionados son los principales Instrumentos para determinar la responsabilidad del Estado y poder posteriormente reclamar el resarcimiento por el daño sufrido por el administrado.

Cabe destacar que además de estos principios constitucionales, cada ley propia de las diferentes instituciones del Estado tiene sus propios preceptos de responsabilidad, que nacen de esta Constitución y que por lo tanto para su legítima ejecución deben hallarse en concordancia con ella.

Código Orgánico de la Función Judicial

Para continuar el análisis de la responsabilidad estatal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es importante observar los preceptos del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual fue expedido en virtud de la Constitución aprobada en el 2008, y en el cual nacen varias normas imprescindibles para el trato de la responsabilidad estatal.

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ MEJÍA, Luis, *Op. Cit.*, p. 14.

Se encuentra prescrito en este Código en el Parágrafo Segundo los preceptos relativos a la competencia, atribuciones, y deberes de las juezas y jueces de lo Contencioso Administrativo, que son los indicados para conocer los casos referentes a la responsabilidad de la Administración Pública, y en virtud de esto dice lo siguiente:

Art. 217.- Corresponde a las juezas o 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;

Este artículo faculta a las Salas de lo Contencioso Administrativo en las Cortes Provinciales, a conocer los casos producidos por la actividad administrativa del Estado, en el caso que se hubieren roto los preceptos constitucionales analizados anteriormente.

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

Este artículo le otorga a las Salas de lo Contencioso Administrativo, la competencia para conocer los procesos referentes a la actividad judicial del

Estado, cuando se hubieren soslayado los principios constitucionales analizados anteriormente referentes a la materia.

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,

Como se observó anteriormente cuando se le ha irrogado un daño a un particular es el Estado quien responde directa y objetivamente por el daño ocasionado, pero posteriormente el Estado puede repetir contra el funcionario, cuya negligencia, dolo o culpa hubiere generado el daño, es así que este artículo les da competencia a las Salas de lo Contencioso Administrativo para conocer los procesos de repetición.

Los numerales citados otorgan a las salas de lo Contencioso Administrativo la competencia y deber de conocer los casos atinentes a la responsabilidad estatal, en sus diversas manifestaciones y formas.

Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional

En esta Ley se encuentra normada la repetición del Estado contra funcionarios públicos por violación de derechos y dice lo siguiente:

Art. 67.- 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.¹⁰⁹

La acción de repetición es el reembolso de lo pagado como consecuencia de un reconocimiento indemnizatorio previamente decretado por la jurisdicción y que como tal la reclamación debe ceñirse al procedimiento señalado para el ejercicio de la acción de reparación directa, de la cual, en la práctica, la reparación viene a ser una secuela o prolongación.¹¹⁰

Este artículo expresa el objeto y el ámbito del derecho de repetición, así como la definición de lo que se ha de entender como servidor público y el plazo de prescripción para interponer la acción.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Es la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la que norma el procedimiento para hacer efectivo cualquier reclamo dentro de la esfera administrativa, así expresa literalmente:

***Art.1.-** El recurso contencioso administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante.¹¹¹*

Es así que de acuerdo a lo dispuesto en este artículo los particulares pueden comparecer ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, para hacer efectivos los derechos e intereses, que se le otorgan y se encuentran prescritos en la Constitución, y en lo atiente al tema de este estudio, la responsabilidad extracontractual del Estado por la acción u omisión de sus funcionarios, los particulares pueden interponer su acción ante estos tribunales, cuando hayan sufrido los efectos lesivos de la actuación estatal, que de acuerdo a lo

¹⁰⁹ ECUADOR, *Ley Orgánica de Garantías y Control Jurisdiccional*. El Forum Editores, 2010

¹¹⁰ ARÉVALO REYES, Héctor Darío, *Op. Cit.*, 2002, p. 177.

¹¹¹ ECUADOR, *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Ediciones Legales, 2010.

expresado puede ser por la actuación de sus funcionarios, que es la actuación del estado mismo.

Ley de la Contraloría General del Estado

Una vez mencionados y analizados los artículos referentes a la responsabilidad estatal frente a los Administrados en el Ecuador, es conveniente analizar brevemente, la responsabilidad que surge de las acciones u omisiones de los funcionarios pero con respecto al Estado. Este supuesto de responsabilidad se efectúa por el vínculo entre el funcionario y el Estado y se halla principalmente regulado en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

En esta ley se encuentran los siguientes artículos referentes a la responsabilidad de los funcionarios:

***Art. 1.-** La presente Ley tiene por objeto establecer y mantener, bajo la dirección de la Contraloría General del Estado, el sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, y regular su funcionamiento, con la finalidad de examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos.¹¹²*

Desde este artículo en que se presenta el objeto de la Ley, se establece que la Contraloría, deberá regular el funcionamiento y velar por el cumplimiento efectivo de los objetivos de las instituciones del Estado. Es así que determina las obligaciones del Estado para que, posteriormente, en su eventual incumplimiento, establecer responsabilidades.

En el siguiente artículo esta Ley determina el Sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, así como los fines que propenderá la actividad de la Contraloría General del Estado, y dice así:

***Art. 5.-** Las Instituciones del Estado, sus dignatarios, autoridades, funcionarios y demás servidores, actuarán dentro del Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado, cuya aplicación propenderá a que:*

¹¹² ECUADOR, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Ediciones Legales, 2010

1.- Los dignatarios, autoridades, funcionarios y servidores públicos, sin excepción, se responsabilicen y rindan cuenta pública sobre el ejercicio de sus atribuciones, la utilización de los recursos públicos puestos a su disposición así como de los resultados obtenidos de su empleo;

2.- Las atribuciones y objetivos de las instituciones del Estado y los respectivos deberes y obligaciones de sus servidores, sean cumplidos a cabalidad;

3.- Cada institución del Estado asuma la responsabilidad por la existencia y mantenimiento de su propio sistema de control interno;

4.- Se coordine y complemente con la acción que otros órganos de control externo ejerzan sobre las operaciones y actividades del sector público y sus servidores.¹¹³

Este artículo, da en sus numerales principios que deben ser cumplidos por los servidores públicos, basados en los principios de responsabilidad de los funcionarios expresados anteriormente.

En lo atinente a la responsabilidad de los funcionarios, se halla en el artículo 7 de esta Ley prescrito el marco normativo que efectivizará y permitirá que el sistema del control, fiscalización y auditoría se aplique en el ámbito que abarca esta Ley, y dice literalmente:

Art. 7.- *Para regular el funcionamiento del sistema, la Contraloría General del Estado adaptará, expedirá, aprobará y actualizará, según corresponda:*

1. *Normas de control interno que sirvan de marco básico para que las instituciones del Estado y sus servidores establezcan y pongan en funcionamiento su propio control interno;*

En el marco de las normas, políticas, regulaciones, reglamentos, disposiciones y más instrumentos indicados, cada institución del Estado, cuando considere necesario, dictará las normas, las políticas y los manuales específicos para el control de las operaciones a su cargo. La Contraloría General del Estado verificará la pertinencia y la correcta aplicación de las mismas.¹¹⁴

Es así que la Contraloría tiene la facultad de expedir, aprobar y actualizar normas destinadas a establecer los parámetros dentro de los cuales, se encontrarán los funcionarios públicos y que deben ser cumplidos, para posteriormente evitar caer por sus fallas, en la institución de la responsabilidad.

¹¹³ *Ibidem.*

¹¹⁴ *Ibidem.*

Es importante poseer las normas necesarias, ya que en el rompimiento de estas se encuentra el fundamento mismo de la responsabilidad.

Sea cual fuere el tipo de responsabilidad que le fuera imputable a un funcionario de que se trate, se sustentará inevitablemente en una violación del orden jurídico, en la no observancia de normas legales o reglamentarias, sean de carácter general o aquellas específicamente referidas al actuar de él.¹¹⁵

En el artículo referente a las funciones y atribuciones, respecto a la esfera de la responsabilidad, dice lo siguiente:

Art. 31.- *La Contraloría General del Estado, además de las atribuciones y funciones establecidas en la Constitución Política de la República, tendrá las siguientes:*

34. Establecer responsabilidades individuales administrativas, por quebrantamiento de las disposiciones legales, reglamentarias y de las normas de que trata esta Ley; responsabilidades civiles culposas, por el perjuicio económico sufrido por la entidad u organismo respectivo, a causa de la acción u omisión de sus servidores, e indicios de responsabilidad penal, mediante la determinación de hechos incriminados por la ley;¹¹⁶

En el artículo mencionado se faculta a la Contraloría a establecer responsabilidad de los funcionarios públicos por sus quebrantamientos legales, y establece los tipos de responsabilidad existentes que pueden acarrear los funcionarios.

Este concepto se ve ampliado en la misma ley en el Capítulo 5: Determinación de Responsabilidades, donde dice:

Art. 38.- *Se presume legalmente que las operaciones y actividades realizadas por las instituciones del Estado y sus servidores, sujetos a esta Ley, son legítimas, a menos que la Contraloría General del Estado, como consecuencia de la auditoría gubernamental, declare en contrario.¹¹⁷*

Este artículo le otorga presunción de legitimidad a todos los actos de las instituciones y los servidores públicos sujetos a esta ley hasta que la

¹¹⁵ CAVALLO, Claudio, *Op. Cit.*, 2007, p. 345.

¹¹⁶ ECUADOR, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*.

¹¹⁷ *Ibidem*.

Contraloría diga lo contrario, pudiendo derivar así, en responsabilidad de los funcionarios.

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 ese sentido, el ejercicio del poder público no puede separarse del orden jurídico en que el propio Estado se encuentra inmerso. Pues la 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.¹¹⁸

Para la determinación en sí de las responsabilidades esta ley expresa en su artículo 39 lo siguiente:

A base de los resultados de la auditoría gubernamental, contenidos en actas o informes, la Contraloría General del Estado, tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal.

Previamente a la determinación de responsabilidades administrativas y civiles culposas que se desprendan de los informes elaborados por las auditorías internas, la Contraloría General del Estado examinará el cumplimiento de los preceptos legales y de las normas de auditoría y procederá a determinarlas con la debida motivación, sustentándose en los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes. De existir indicios de responsabilidad penal, se procederá de acuerdo a lo previsto en los artículos 65, 66 y 67 de esta ley. En todos los casos, la evidencia que sustente la determinación de responsabilidades, a más de suficiente, competente y pertinente, reunirá los requisitos formales para fundamentar la defensa en juicio. La Contraloría General del Estado efectuará el seguimiento de la emisión y cobro de los títulos de crédito originados en resoluciones ejecutoriadas.¹¹⁹

Este artículo expresa que la Contraloría General del Estado, deberá examinar, antes de establecer los distintos tipos de responsabilidad, los preceptos legales existentes y los informes presentados, para poder tomar una resolución motivada que justifique la atribución de responsabilidad.

Art. 40.- Las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, actuarán con la diligencia y empeño que emplean

¹¹⁸ CAVALLO, Claudio, *Op. Cit.*, 2007, p. 344.

¹¹⁹ ECUADOR, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*.

generalmente en la administración de sus propios negocios y actividades, caso contrario responderán, por sus acciones u omisiones, de conformidad con lo previsto en esta ley.

Este artículo expresa el parámetro de acuerdo al que se ha de medir la incidencia de la conducta del funcionario, en la acción u omisión que produjo el hecho del cual posteriormente podría surgir la obligación de hacerse responsable.

En cuanto a los grados de responsabilidad la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado reconoce tres tipos que son los siguientes:

Art. 42.-Responsabilidad directa.- *Los servidores de las instituciones del Estado, encargados de la gestión financiera, administrativa, operativa o ambiental, serán responsables, hasta por culpa leve, cuando incurrieren en acciones u omisiones relativas al incumplimiento de normas, falta de veracidad, de oportunidad, pertinencia o conformidad con los planes, programas y presupuestos y por los perjuicios que se originaren de tales acciones u omisiones.*¹²⁰

El Código civil define a la culpa leve como “la falta de aquella diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.”¹²¹ Ante este tipo de culpa los funcionarios serán responsables por sus acciones u omisiones.

Art. 43.- Responsabilidad principal y subsidiaria por pago indebido.- *La responsabilidad principal, en los casos de pago indebido, recaerá sobre la persona natural o jurídica de derecho público o privado, beneficiaria de tal pago. La responsabilidad subsidiaria recaerá sobre los servidores, cuya acción culposa u omisión hubiere posibilitado el pago indebido. En este caso, el responsable subsidiario gozará de los beneficios de orden y excusión previstos en la ley.*¹²²

En lo atinente a este estudio, este artículo establece la responsabilidad subsidiaria en la que incurre el funcionario cuya acción u omisión culposa

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ ECUADOR, *Código Civil*, Artículo 29.

¹²² ECUADOR, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Ediciones Legales, 2010

hubiere derivado en pago indebido, causando un detrimento patrimonial para el Estado.

Art. 44.- Responsabilidad solidaria.- Habrá lugar para establecer responsabilidad solidaria cuando dos o más personas aparecieren como coautoras de la acción, inacción u omisión administrativa que la origine.¹²³

Este artículo hace referencia a la responsabilidad conjunta que asumirían los funcionarios ante la posible coautoría en el hecho infractor que pueda generar responsabilidad.

Para la determinación de los tipos de responsabilidad esta ley manifiesta lo siguiente:

Responsabilidad administrativa culposa

*Art. 45.- La responsabilidad administrativa culposa de las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores de las instituciones del Estado, se establecerá a base del análisis documentado del grado de inobservancia de las disposiciones legales relativas al asunto de que se trate, y sobre el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones que les competen por razón de su cargo o de las estipulaciones contractuales...*¹²⁴

Dice acerca de este tipo de responsabilidad Claudio Cavallo:

*Referiremos en primer término al tipo de responsabilidad cuyo nombre pautaremos como administrativa en virtud del tipo de sanción disciplinaria que es susceptible de producir sobre el agente público como consecuencia de su comportamiento irregular... ...consideramos que la responsabilidad administrativa tiene su fundamento en las potestades que le corresponden al Estado en su carácter de empleador y en las particulares características que tiene esta relación laboral, fundamentalmente en lo respectivo a la garantía de estabilidad en empleo público y a las características del régimen que regula la competencia correctiva en cuanto a su obrar.*¹²⁵

En cuanto a la responsabilidad Civil culposa la Ley dice lo siguiente:

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ CAVALLLO, Claudio, *Op. Cit.*, 2007, p. 347.

Responsabilidad Civil Culposa

Art. 52.- *La responsabilidad civil culposa nace de una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, precauteladas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos.*

La responsabilidad civil culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado, calculado a la fecha en que éste se produjo, que nace sin convención, proveniente de un acto o hecho culpable del servidor público, o de un tercero, cometido sin intención de dañar, que se regula por las normas del cuasidelito del Código Civil. Procesalmente, en la instancia administrativa o judicial, debe probarse por quien afirma la culpa en la emisión o perfeccionamiento del acto o hecho administrativo, que los mismos fueron producto de acciones que denoten impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, impreparación o negligencia.¹²⁶

Es también llamada responsabilidad patrimonial, porque el funcionario se vería en la obligación de resarcir un perjuicio o daño económico en virtud de su obrar antijurídico relacionado con su función.

El fundamento de este tipo de responsabilidad no reside en la potestad del Estado de mantener en orden a su personal, como en el caso de la responsabilidad administrativa, sino que la directriz que guía la existencia de la responsabilidad patrimonial es la tutela de la integridad del patrimonio estatal.¹²⁷

En cuanto a los indicios de responsabilidad penal se encuentra prescrito lo siguiente:

Indicios de Responsabilidad Penal

Art. 65.- *Cuando por actas o informes y, en general, por los resultados de la auditoría o de exámenes especiales practicados por servidores de la Contraloría General del Estado, se establezcan indicios de responsabilidad penal, por los hechos a los que se refieren el artículo 257 del Código Penal, los artículos agregados a continuación de éste, y el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 296, que trata del enriquecimiento ilícito y otros delitos, se procederá de la siguiente manera:*

¹²⁶ ECUADOR, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*.

¹²⁷ CAVALLO, Claudio, *Op. Cit.*, 2007, p. 358.

1.- El auditor Jefe de Equipo que interviniere en el examen de auditoría, previo visto bueno del supervisor, hará conocer el informe respectivo al Contralor General o a sus delegados, quienes luego de aprobarlo lo remitirán al Ministerio Público, con la evidencia acumulada, el cual ejercerá la acción penal correspondiente de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Penal. Dichos informes también serán remitidos a las máximas autoridades de las instituciones auditadas;

2.- El Fiscal de ser procedente resolverá el inicio de la instrucción en los términos señalados en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal y solicitará al juez las medidas cautelares que considere pertinentes, en defensa de los intereses del Estado; y,

3.- Copia certificada de la sentencia ejecutoriada, será remitida al órgano competente en materia de administración de personal, para la in-habilitación permanente en el desempeño de cargos y funciones públicas.¹²⁸

Respecto de los artículos a los que hace referencia el artículo anterior, dice el Código Penal en su parte pertinente del artículo 257:

...Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.¹²⁹

Artículo Innumerado.- *Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos.¹³⁰*

Este artículo señala los artículos penales que han de ser tomados en cuenta para llegar a establecer indicios de responsabilidad penal, y prescribe también el proceso que se ha de seguir.

Comenta a este respecto Claudio Cavallo:

¹²⁸ ECUADOR, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Ediciones Legales, 2010

¹²⁹ ECUADOR, *Código Penal*, Artículo 257.

¹³⁰ *Ibidem*.

La responsabilidad de los empleados públicos proviene de su actuar antijurídico y culpable, que en ejercicio de la función pública encuentra tipificación en la ley penal.... La culpabilidad puede presentarse configurada como dolo o culpa. En el primer caso, existe deseo de un resultado, se comprende la criminalidad de la acción y de todas maneras se ha obrado. En el segundo, no existe una definición expresa, sino que se encuentra tratada como una forma de culpabilidad que genera imputación a tal título, en delitos que también lo son a título de dolo.¹³¹

Estos son los artículos que la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece para la determinación de responsabilidades que los funcionarios públicos deben afrontar frente a la Administración.

Analizando lo mencionado respecto a las facultades de la Contraloría General del Estado cabe hacer una diferenciación entre la responsabilidad de los funcionarios frente a los particulares y la responsabilidad que surge de los funcionarios pero respecto al Estado.

La diferencia principal es que en la responsabilidad de los funcionarios frente a los administrados el agraviado es el particular, mientras que en la responsabilidad de los funcionarios frente al Estado, el sujeto agraviado es el Estado mismo, a partir de este punto de inicio cabe determinar ciertos aspectos que varían de acuerdo al tipo de responsabilidad que es.

La responsabilidad de los funcionarios que determina la Contraloría General del Estado, como se manifestó anteriormente, es la de los funcionarios frente al Estado, se encuentra enmarcado en el efectivo cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado, así como la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos, esto hecho posible en virtud del vínculo de dependencia existente entre el Estado y sus funcionarios, mientras tanto que la responsabilidad de los funcionarios frente a los administrados se encuentra fundamentada en el efecto dañoso que sufre el particular por la actividad lícita o no del Estado.

¹³¹ CAVALLO, Claudio, *Op. Cit.*, 2007, p. 367.

En lo que atañe a la responsabilidad de los funcionarios frente al Estado, sea cual fuere la responsabilidad imputable al funcionario, se fundamentará en una violación al orden jurídico, es por esto la facultad de la Contraloría de adaptar, expedir, aprobar y actualizar, normas que sirvan de marco básico para que las instituciones y funcionarios del Estado tengan un control definido y positivizado, mientras que en las responsabilidades de los funcionarios frente a los particulares, a pesar de la importancia si de una norma que otorgue la facultad de reclamo al particular, el fundamento de la responsabilidad es el efecto lesivo que recae sobre una persona que no tiene la obligación de soportarlo, derive este de un acto legal o ilegal.

En la responsabilidad de los funcionarios frente al Estado, la calificación subjetiva de la conducta del funcionario es primordial, mientras que en la responsabilidad del funcionario frente al particular la responsabilidad es objetiva, solo se toma en cuenta el resultado, dejando de lado la evaluación de la conducta del funcionario, la evaluación de esta conducta será si importante para hacer efectivo el respectivo derecho de repetición al que tiene lugar el Estado.

La responsabilidad de los funcionarios frente al Estado es directa, a diferencia de la responsabilidad de los funcionarios frente a los particulares, en el cual la responsabilidad directa la asume el Estado frente al particular, y solo después el Estado podrá repetir contra el funcionario por su culpa, negligencia o dolo en la generación del perjuicio.

4. CAPÍTULO IV

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL EN EL ECUADOR

Caso Número 1

Recurso de Casación interpuesto por EMELMANABI, CONELEC y 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, dentro del proceso promovido por el señor Florencio Antonio Andrade Mejía, por sus propios y personales derechos y por los que representa del menor de edad Juan Pablo Andrade Bailón.

1.1.15 Hechos

El sábado 11 de mayo del 2002 aproximadamente a las 8 de la noche el niño Juan Pablo Andrade Bailón, de ocho años de edad, recibió una fuerte descarga eléctrica por un cable de alta tensión que se encontraba ubicado frente al balcón del tercer piso de la vivienda de la familia Andrade Bailón, en la ciudad de Bahía de Caráquez. El referido cable se localiza horizontalmente frente al balcón a menos de metro y medio de distancia y sin ninguna protección aislante.

Las descargas se produjeron de manera sucesiva, siendo el primer afectado el niño Fernando Quishpe Cedeño, quien jugando con una varilla metálica tomó contacto con el cable de alta tensión, generando una fuerte descarga eléctrica sobre su cuerpo, por lo que el menor Juan Pablo Andrade Bailón, al percatarse que su amigo se estaba electrocutando, corrió a socorrerlo, extendiendo la mano tratando de separarlo de la varilla, siendo también víctima de una descarga por conducción.

Consecuencia de esto el niño Quishpe Cedeño falleció, mientras que Juan Pablo Andrade Bailón fue trasladado a Guayaquil para ser internado en el Hospital de Niños Doctor Roberto Gilbert Elizalde, determinándose que el menor fue lesionado por quemaduras de tercer grado de un 16.5% SCQ.

1.1.16 Análisis

Respecto de este proceso cabe hacer un análisis referente al tema que atañe a este estudio, la responsabilidad extracontractual del Estado, sobre el cual cabe destacar lo siguiente:

- 1) La demanda presentada al Tribunal a quo se realiza impugnando el acto administrativo de negación de la indemnización, mas no pidiendo la indemnización directa por los daños y perjuicios producidos.
- 2) La sentencia del tribunal a quo le otorga 1'000.000,00 de dólares de los Estados Unidos de América, fundamentados en el principio establecido en el artículo 20 de la Constitución de ese entonces, el numeral nueve del artículo 11 de la Constitución aprobada en el 2008.¹³²
- 3) En el numeral tercero de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, se hace un análisis de la sentencia expedida por Tribunal a quo del que cabe destacar lo siguiente.

¹³² 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 servidoras y servidores 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.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, si es el caso, se repetirá en contra de las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales responsables.

Se hace referencia a que el objeto materia de la demanda es contradictorio, ya que se impugna tanto el acto administrativo de la negación de la indemnización, como el hecho administrativo que produjo los efectos dañosos, y en la sentencia se declara ilegal y atentatorio el acto impugnado, situación que no es coherente con los considerandos expuestos en dicha sentencia.

El Tribunal a quo declaró su competencia en virtud de un argumento condicional y subsidiario, lo hizo tomándolo como el reclamo de un hecho administrativo, invocando el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado.¹³³

A pesar de que el emisor del acto fue el CONELEC, los condenados en sentencia son CONELEC y EMELMANBI, situación que no guarda coherencia alguna.

Finalmente sustentó que la naturaleza de la acción se fundamenta en el artículo 20 de la Constitución (actual artículo 11, numeral 9), es así que hace referencia al deber del Estado de reparar los daños ocasionados a los administrados, nótese que el reclamo inicial versaba sobre la impugnación del acto administrativo que niega la indemnización, he ahí el argumento condicional o subsidiario que usó el tribunal a quo.

Todos estos vicios afectaron la motivación de la sentencia, en especial la contradicción de la materia de la demanda, que consecuentemente genera la sentencia, lo que no cumple con lo dispuesto en el artículo 24 numeral 13 de

¹³³ Art. 38.- 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 y producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.

la Constitución de ese entonces, (actual artículo 76 numeral 7 literal I de la Constitución actual).¹³⁴

En vista de que el Tribunal a quo no logró determinar la naturaleza de la demanda, lo que hizo fue atender cada planteamiento independientemente como si no fueran parte del mismo caso.

Como el fallo no es debidamente motivado, y por la incongruencia entre la demanda y las razones de la sentencia, se aceptó el recurso de casación sobre lo que corresponda.

- 4) Los demandantes pretenden un resarcimiento compensatorio por daños y perjuicios morales y materiales ocasionados por las descargas eléctricas que tuvieron su causa en la deficiencia del servicio público de distribución de electricidad.¹³⁵
- 5) El CONELEC alegó la improcedencia de la acción porque el daño fue causado por el mismo administrado, ya que si no hubiera existido el accionar de los menores no hubiera existido daño alguno, por lo que no constituye una deficiente prestación del servicio público.¹³⁶ Este argumento trata de romper el nexo causal, sin embargo el accionar de los menores no es un hecho exclusivo en la generación de los efectos dañosos, por lo que la responsabilidad persiste.
- 6) La materia de la litis quedó referida a la responsabilidad extracontractual del Estado, preceptuada en la Constitución, mas no a la impugnación del acto administrativo que negó la indemnización.

¹³⁴ Art. 76.- 7. Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

¹³⁵ Fundamento y Teoría de responsabilidad estatal, de la falta de servicio.

¹³⁶ Cuando la culpa de la víctima es la única causa del daño, el demandado queda liberado de responsabilidad. Cabe destacar que para que el hecho de la víctima tenga virtualidad como eximente de responsabilidad, no debe ser imputable a la acción u omisión del demandado.

- 7) Cabe señalar que la Sala de la Corte Suprema de Justicia se apoya supletoriamente en los preceptos de la responsabilidad civil, como se mencionó anteriormente en este estudio.
- 8) La referida sala hace un análisis respecto de la responsabilidad extracontractual del Estado del que cabe decir:
- a) La sala entiende la responsabilidad extracontractual del Estado, como se manifestó en el capítulo 2 de este estudio, en sentido objetivo, es decir, atiende a la injusticia o ilicitud de los efectos del hecho en los administrados, mas no la ilicitud del hecho o acto en sí, deja de lado el criterio subjetivo de culpa.¹³⁷
 - b) Se fundamenta también en la teoría de las cargas públicas,¹³⁸ según la cual las cargas impuestas a los administrados deben ser equitativas y por sobre todo justas.
 - c) Aplica también la teoría del sacrificio especial.¹³⁹ El administrado no debe ser obligado a soportar un agravio que no conste en la Ley.
 - d) Manifiesta la sala la irrelevancia, en la prestación de un servicio público, de los actos y omisiones de los funcionarios y empleados públicos, ya que el Estado de cualquier forma debe asumir la obligación de reparar el daño. Esto no quiere decir que la intencionalidad en las acciones y

¹³⁷ La responsabilidad de la Administración Pública es de naturaleza objetiva, puesto que se configura al margen de la ilicitud subjetiva del agente público que causo el daño. El factor de atribución de responsabilidad se constituye con prescindencia de la existencia de dolo o culpa en la conducta del autor del daño.

¹³⁸ Se basa en el Artículo 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que establecía que los ciudadanos no debían sufrir más los unos que los otros la cargas impuestas en interés de todos, en consecuencia los perjuicios que el poder público en ejercicio de su función administrativa cause a ciertos particulares deben considerarse como imputables a la cuenta de gastos de los servicios públicos.

¹³⁹ Si los agravios producidos por el Estado afectan a un administrado de una manera desigual y fuera de toda proporción, se configura el sacrificio especial, basado en el principio de equidad.

omisiones de los funcionarios no sea importante, ya que esta le da derecho al Estado de ejercer el derecho de repetición.¹⁴⁰

- e) La responsabilidad del Estado tampoco se basa en la teoría de la culpa presunta, según la cual, bastaría probar que los agentes estatales se han ceñido a las normas jurídica y técnicas que prevén el ejercicio de esta actividad pública. Esta posición derivaría en que actos injustos e intolerables que irrogan daños a los particulares sean irrelevantes, porque los funcionarios y agentes públicos estaban ceñidos a ciertas estipulaciones que posiblemente son generados por entidades del Estado con facultades normativas.¹⁴¹
- f) La sala habla de la responsabilidad directa del Estado. El Estado no responde por los perjuicios que ocasione su actividad, como lo hace cualquier persona, por los que estuvieren bajo su dependencia o cuidado. La responsabilidad de los funcionarios públicos es distinta e independiente de la responsabilidad estatal, el comportamiento de los funcionarios varía en la determinación de su responsabilidad frente al Estado. La conducta de los funcionarios es imputable al Estado mismo.¹⁴²
- g) Analizados los principios que la sala tiene en cuenta para determinar si existe responsabilidad estatal, resta únicamente determinar el nexo causal entre la actividad pública con el daño.
- 8) En lo atinente al nexo causal se señala que uno de los actores, Florencio Antonio Andrade, tiene incidencia en el origen del daño al haber construido

¹⁴⁰ La responsabilidad de la Administración es objetiva, sin embargo para ejercer el derecho de repetición se hace necesario que haya existido dolo o culpa grave en la conducta del funcionario, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 67 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

¹⁴¹ La teoría de la culpa presunta se aplica al campo civilista, al ser la responsabilidad estatal objetiva, esta teoría queda desechada.

¹⁴² El Estado no se concibe aislado de sus funcionarios porque son quienes lo hacen tangible frente a los administrados. Figuradamente se decía, que de la misma manera en que la persona física responde por los daños que ocasiona su mano por ser órgano suyo, así también las personas jurídicas responden por el daño que llegare a causar alguno de sus agentes.

su casa, cuando ya la red de servicio eléctrico estaba instalada, y haberla construido sin los permisos necesarios, por lo que él no puede beneficiarse de su propia culpa, situación que determina que las pretensiones realizadas por sus propios derechos quedan anuladas, sin embargo la responsabilidad de CONELEC y EMELMANABI respecto del niño si persiste, debido al hecho objetivo de la deficiente prestación del servicio público, aceptado por estas entidades.

Los daños indemnizables, que se originan de una actividad que es peligrosa,¹⁴³ y que se presta asumiendo sus deficiencias propias, deben ser reparadas salvo que exista un elemento eximente como el caso fortuito, la fuerza mayor o la exclusiva culpa de un tercero o la propia víctima.

- 9) En los considerandos sexto y octavo se evalúan los criterios de competencia y oportunidad para conocer el caso.

En cuanto a la competencia, es declarada en virtud del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado el cual manifiesta que los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo son competentes para conocer las demandas y recursos derivados de actos, contratos y hechos administrativos, esta competencia actualmente está dada por el artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial.¹⁴⁴

Cabe señalar respecto a esto, que la actividad pública presupone una serie de actos, hechos y contratos de los cuales resulta la prestación de un servicio público.

¹⁴³ La teoría del riesgo creado pone el resarcimiento a cargo de quien emplea una cosa o desarrolla una actividad con aptitud para causar daños. Quien introduce en la sociedad algo que tiene aptitud para provocar un perjuicio, debe asumir ese riesgo, y cuando este se actualiza, es un daño, debe indemnizarlo.

¹⁴⁴ 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.

En cuanto a la oportunidad, se rige al último inciso del artículo 65 de la Ley de Modernización del Estado en el que se manifiesta que los casos que sean materia contractual y otros de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrán demandar en el plazo de cinco años.

- 10) Los daños indemnizables son ciertos, es decir, probados y son tanto actuales como futuros, características esenciales para que el daño sea indemnizable.¹⁴⁵
- 11) Después de todo lo analizando la sala dictaminó que EMELMANABI y CONELEC son responsables solidarios de conformidad con lo previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República (actual artículo 11, numeral 9) y los condenó al pago de \$ 315.312,32, a favor del menor Juan Pablo Andrade Bailón por los daños materiales y morales ocasionados en la deficiente prestación del servicio público de distribución eléctrica, daños y responsabilidad extracontractual.
- 12) En conclusión cabe decir que la Sala basó y fundamentó su sentencia en las Teorías y principios doctrinarios manifestados en el capítulo segundo de este estudio, así utilizó: 1) La teoría de la igualdad o proporcionalidad de las cargas públicas, según la cual se establece que los ciudadanos no deben sufrir más los unos que los otros, por lo cual en menor, no debió sufrir un efecto tan lesivo en su persona; 2) La teoría del sacrificio especial, esta teoría está muy ligada a la teoría de la proporcionalidad de las cargas ya que las dos se basan en la equidad, manifiesta que el menor debe ser indemnizado por la actividad estatal que lo perjudicó de una manera desigual y desproporcionado con relación a los demás; 3) La teoría del servicio público, según esta teoría el menor tiene derecho a una indemnización, debido a que el daño fue ocasionado por el funcionamiento defectuoso e irregular del servicio.

¹⁴⁵ Daño cierto: Debe resultar objetivamente comprobable. Daño actual y futuro: daño actual es el ya ocurrido en el tiempo en el que se dicta la sentencia; en tanto que daño futuro es el que no ha sucedido aunque su causa generadora ya exista y se presente como indudable.

Caso Número 2

Recurso de casación interpuesto por la señora Guadalupe Esperanza Ordóñez Jara, por sus propios y personales derechos, y recurso de casación interpuesto por el Dr. Jaime Hidrovo Uriguen, Director Nacional del Instituto de Patrimonio Cultural, respecto de la sentencia expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No 3., dentro del proceso propuesto por la Señora Guadalupe Esperanza Ordóñez Jara contra el Director Nacional del Instituto de Patrimonio Cultural.

1.1.17 Hechos

La Srta. Guadalupe Esperanza Ordóñez Jara, desde el 24 de septiembre de 1997 ha desempeñado las funciones de Auxiliar de Contabilidad en la Subdirección Regional de Austro, del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural. El día jueves 7 de noviembre del 2002 la Srta. Guadalupe Ordóñez salió del lugar de trabajo con permiso ocasional, al siguiente día llamó su padre y habló con la jefa de la oficina Srta. Mónica Zavala Dávila para informarle que el mal estado de salud persistía, el día 11 de noviembre Guadalupe Ordóñez acudió a un médico particular quien le diagnosticó faringo-traqueítis y le ordenó dos días de reposo, el día 13 de noviembre la Srta. Guadalupe Ordóñez se presentó al médico del seguro, quien con su firma avaló el diagnóstico dado por el médico particular.

El hecho es que el martes 12 de noviembre la Subdirectora, Mónica Zavala Dávila, había informado a la oficina de recursos humanos con sede en Quito, que la Srta. Guadalupe Ordóñez Jara había salido el jueves 7 de noviembre con permiso ocasional y que hasta el día 12 no había presentado certificación médica alguna.

Por decisión del Director Nacional del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, el Arq. Juan Fernando Pérez, se llamó a Guadalupe Ordóñez Jara a una

audiencia administrativa con el cargo de abandono injustificado del trabajo, la cual dio como resultado la acción de personal con la que se destituyó del cargo a Guadalupe Ordóñez Jara.

1.1.18 Análisis

Respecto de este caso en lo atinente a la responsabilidad extracontractual del Estado se colige lo siguiente:

- 1) La demanda interpuesta al tribunal a quo se realiza pretendiendo: se declare la ilegalidad de la resolución administrativa, que destituye del cargo a Guadalupe Ordóñez Jara; se la restituya al cargo; y, se le pague una indemnización de acuerdo al artículo 20 de la Constitución de la republica (actualmente artículo 11, numeral 9).¹⁴⁶
- 2) La sentencia del tribunal a quo declara ilegal el acto administrativo, le restituye el cargo a Guadalupe Ordóñez Jara, sin embargo no le otorga el pago de la indemnización, ya que no encuentra culpa o dolo, situación que como se verá más adelante es errónea, debido a que fundamenta la negación de la indemnización en la subjetividad del accionar los agentes.
- 3) En el considerando tercero el demandado alega una serie de normas procesales que han sido soslayadas y alega principalmente que no se ha

¹⁴⁶ 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 servidoras y servidores 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.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, si es el caso, se repetirá en contra de las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales responsables.

observado el artículo 31, literal c, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, norma que señala que deben acreditarse los documentos de haber agotado la vía administrativa, sin embargo esta disposición quedó anulada con la expedición del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado.¹⁴⁷ En todo caso la Corte manifiesta que ninguna de las nulidades es insubsanable de acuerdo a nuestra legislación, por lo que rechazó esta alegación.

- 4) En el considerando cuarto se analiza una serie de normas procesales que pudieron afectar la sentencia del Tribunal de instancia, y aunque en efecto hay un error de hecho en esa sentencia, esto no varía la declaratoria de ilegal del acto objeto de la controversia.
- 5) En el considerando sexto, se hace el análisis de la pretensión de Guadalupe Ordóñez Jara, por la infracción del artículo 20 de la Constitución (actualmente artículo 11, numeral 9). Respecto a esto la Sala manifiesta que no se puede alegar en un recurso de casación a la vez errónea interpretación y falta de aplicación de la norma, ya que son dos procedimientos intelectuales incompatibles, sin embargo la sala por la importancia del asunto planteado realiza algunas aclaraciones en lo que respecta a la responsabilidad extracontractual del Estado y de los efectos de la ilegalidad del acto administrativo, de los que vale destacar los siguientes:
 - a) Al igual que en el caso anterior, la Sala sostiene que no es relevante el grado de culpa en la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado, es aquí, donde se da el error del tribunal a quo ya que

¹⁴⁷ Art. 38.- 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 y producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.

erróneamente interpreta a la responsabilidad del Estado en sentido subjetivo, basándose en la idea clásica de culpa.¹⁴⁸

- b) La Sala usa un principio que ya ha sido resaltado varias veces en este estudio, que la responsabilidad extracontractual del Estado está dada no por la ilicitud de sus actos o hechos, sino por la ilicitud o injusticia de sus efectos en los administrados.¹⁴⁹
- c) Se hace una vez más referencia a la teoría de las cargas públicas que ha sido ya ampliada en el desarrollo de este estudio.
- d) Se aclara que en el artículo 20 de la Constitución (actualmente artículo 11, numeral 9), no se hace referencia al obrar lícito o ilícito de los funcionarios cuando se atribuye responsabilidad al Estado, y de la misma manera al referirse a la prestación deficiente de servicios públicos, no hace referencia a la ilicitud de los actos o hechos conducentes, sino al defecto funcional del servicio. Consecuencia de estos enunciados es que el régimen de responsabilidad en el Ecuador es considerado objetivo.¹⁵⁰
- e) Ratifica también que la responsabilidad estatal no está adecuada a la idea de culpa presunta.

¹⁴⁸ La responsabilidad objetiva preceptúa el derecho de los particulares de ser indemnizados por la lesión que sufran en sus bienes y derechos, por el normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos. Así los autores diferencian la responsabilidad por actuación culpable o negligente de la responsabilidad objetiva sin falta, que comprende la responsabilidad por actos administrativos válidos y por actos administrativos no anulables en la vía contencioso administrativa, como principios que rigen la responsabilidad patrimonial del Estado. La noción de falta de servicio evolucionó en el Derecho Administrativo, pues no se requiere la demostración de un actuar doloso o culpable, sino que directamente, imputa el daño a la organización por el solo hecho de la existencia de la falta de servicio o, dicho de otra manera, en la medida en que es la organización, con prescindencia del sujeto que actuó la que responde por haber cumplido deficientemente el servicio al cual se había comprometido.

¹⁴⁹ En esta responsabilidad se trata de constatar que, de resultado de una actividad proveniente de la Administración, al administrado se le ocasiona un perjuicio, por actos o hechos administrativos, legítimos o ilegítimos. En estos supuestos, si el resultado de la actividad es dañoso, no es necesaria demostrar la conducta legítima o ilegítima de la actividad.

¹⁵⁰ En la falta de servicio, es decir, en el irregular cumplimiento del servicio, el fundamento o la atribución del deber de indemnizar recae sobre la Administración por esa falta, donde no es necesario individualizar la persona física que lo produjo.

- f) Fortalece también el criterio al que se atiene este estudio, el de la responsabilidad directa del Estado, por cuanto las acciones u omisiones de sus funcionarios son imputables directamente al Estado, siendo si la intencionalidad importante después para ejercer el respectivo derecho de repetición.¹⁵¹
- g) Corrobora la idea de daño indemnizable y sus características.¹⁵²
- h) En cuanto a la calificación de un hecho como “afectación injusta” deja las respectivas ponderaciones al criterio judicial, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, pero cabe señalar, que la injusticia en la afectación deriva de la vulneración del referido principio de igualdad material en la distribución de las cargas públicas, lo cual está ligado a los deberes constitucionales de los administrados, ya que nadie está obligado a un sacrificio individual si no hay una norma constitucional que lo imponga.
- i) Establecido el perfil de la responsabilidad pública en el Ecuador, a la Sala solo le correspondía determinar el nexo causal, entre la actividad pública y el daño, en este sentido se manifiesta que el Estado únicamente podrá oponerse a las pretensiones resarcitorias del particular, si se demuestra la existencia de un elemento eximente de responsabilidad.¹⁵³
- 6) En virtud de lo expuesto la Sala considera necesario puntualizar que un acto administrativo no necesariamente provoca responsabilidad extracontractual del Estado, ya que como se manifestó anteriormente, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado no se califica la ilicitud del acto, sino la injusticia d los efectos en el administrado.

¹⁵¹ Cuando se emplea la fórmula de la responsabilidad directa, se está haciendo referencia a asignarle la conducta que genera un efecto disvalioso a la Administración, con independencia a la actuación del agente que pudo haber intervenido.

¹⁵² Debe ser: cierto, actual y/o futuro.

¹⁵³ Caso fortuito, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o de un tercero.

Respecto a esto la Sala distingue a los actos meramente ilegales de los ilegales y nulos. Cuando el acto es declarado ilegal los efectos de dicha declaratoria se producen desde que se la efectúa, mientras que cuando el acto es declarado nulo se entiende que el acto administrativo nunca produjo efectos, es una especie de ilegalidad tasada por su gravedad.

Infiere la Sala de lo expresado que en este caso no hay un efecto ilícito que amerite indemnización, pues es un efecto jurídico admisible. Por otra parte si el acto fuera declarado nulo el efecto se consideraría injusto e ilícito y si habría lugar a indemnización.¹⁵⁴

A pesar de esta consideración de la sala de evaluar los actos administrativos por su gravedad y clasificarlos como nulos e ilegales o simplemente ilegales, una clasificación por su gravedad, después de lo expresado en este estudio, cabe decirse que el daño ocasionado a Guadalupe Ordoñez Jara si amerita una indemnización, ya que no puede ser un efecto jurídico admisible el detrimento en el patrimonio de la señora que obviamente le ocasiona la acción de personal del 12 de diciembre del 2002 que le destituye del cargo, hasta la sentencia del tribunal de instancia del 17 de noviembre del 2003 que le restituye el cargo.

- 8) En sentencia se rechazan los recursos interpuestos por ambas partes.
- 9) Se colige de este caso que la sala rechazó la indemnización al particular por responsabilidad extracontractual del Estado, ya que, al ser la responsabilidad estatal objetiva, la sala manifestó que no existían efectos dañosos de la actividad estatal, a pesar de la ilicitud del acto mediante el cual se destituía del cargo al particular, por lo que al considerar un efecto dañoso admisible no se configuró ninguna de las teorías que sirven como

¹⁵⁴ La sala considera que aunque el acto es ilegítimo el efecto dañoso es admisible, por lo que no se configura la responsabilidad del Estado, en este caso el precepto, de que la responsabilidad se da por el efecto dañoso, mas no por la actuación legítima o ilegítima funciona a la inversa.

fundamento para el establecimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Caso Número 3

Recurso de casación interpuesto por el Arq. Fernando Cordero, Alcalde de Cuenca, y el Dr. Tarquino Orellana Serrano, Procurador Síndico Municipal, respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, dentro del proceso propuesto por el señor Miguel Fernando Hermida Moreira y otros contra la municipalidad de Cuenca.

1.1.19 Hechos

Por medio de un acto administrativo se aprobó la lotización presentada por la cooperativa de vivienda "Acción Comunitaria Casa Para Todos", resuelta en la sesión del Ilustre Concejo Cantonal de Cuenca, el 26 de marzo de 1992, que derivó en una apropiación indebida de un área de 15.224,71 m², de propiedad de la familia Moreira.

1.1.20 Análisis

Respecto de este caso en lo atinente a la responsabilidad extracontractual del Estado se colige lo siguiente:

- 1) Los actores interponen la demanda al tribunal a quo, para que se dé la ejecución del silencio administrativo positivo, siendo un juicio de ejecución, mas no como un juicio de conocimiento.
- 2) En la sentencia el Tribunal a quo acepta la demanda y dispone la ejecución del silencio administrativo positivo, concediendo las indemnizaciones a los actores por los daños ocasionados por el I. Concejo Cantonal de Cuenca, como consecuencia, de la aprobación de la lotización presentada por la

Cooperativa de Vivienda “Acción Comunitaria Casa para Todos” y de las ocupaciones arbitrarias del inmueble de su propiedad.

- 3) La materia del recurso de casación interpuesto es: el silencio administrativo positivo y sus efectos; y, la responsabilidad extracontractual del Estado y sus entidades.
- 4) En el considerando quinto, se habla sobre los efectos colaterales que se generan junto con el silencio administrativo, que son las sanciones y responsabilidades que se atribuye, a través de los medios de control y los procesos judiciales correspondientes, a los funcionarios públicos por los eventuales perjuicios económicos que se ocasionen al Estado.¹⁵⁵

Hace referencia también este considerando al artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado,¹⁵⁶ competencia otorgada actualmente también por el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 217. De lo prescrito en ese artículo, se infiere que estos tribunales, en razón de la materia, conocen los procesos de ejecución, esto es, los dirigidos a conseguir la realización material de los actos administrativos presuntos regulares.

- 5) En el considerando sexto la Sala considera conveniente hacer un análisis sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, y reseña una vez más el principal precepto de esta en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el

¹⁵⁵ A través de los medios de control como la Contraloría General del Estado, cuyas atribuciones fueron ya analizadas en este estudio, y a través de procesos judiciales como el del derecho de repetición que ejerce el Estado.

¹⁵⁶ Art. 38.- 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 y producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.

artículo 20 de la Constitución (actualmente artículo 11 numeral 9).¹⁵⁷ Referente a esto señala que 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 la teoría general de la responsabilidad.¹⁵⁸

Es así que son los preceptos civiles de los que se desprende la responsabilidad extracontractual pública, como fue manifestado anteriormente en este estudio, y que en alguna circunstancia sirven de referencia para el tratamiento de un caso.

Menciona algunos preceptos que cabe recalcar:

- a) Las obligaciones civiles nacen, entre otras fuentes, a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona.
- b) La responsabilidad civil extracontractual es directa cuando se deriva de acciones u omisiones dolosas o culposas, propias del sujeto.
- c) La responsabilidad civil extracontractual es indirecta, cuando los daños son causados por personas que están a cargo, cuidado o dependencia

¹⁵⁷ 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 servidoras y servidores 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.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, si es el caso, se repetirá en contra de las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales responsables.

¹⁵⁸ Es decir encuentra coincidencias, y un apoyo complementario y subsidiario en la responsabilidad civil.

del obligado o se derivan de bienes que son de su propiedad o de los que 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 la relación entre el hecho y el daño. Presupuestos que como se ha visto a lo largo de este estudio son diferentes al momento de analizar la responsabilidad estatal.

e) El daño debe ser cierto, actual o futuro.

g) La responsabilidad es subjetiva cuando depende de la culpabilidad del sujeto. En el caso de las llamadas actividades riesgosas existe la culpa presunta.

La responsabilidad es objetiva si ella depende exclusivamente de la justicia o licitud del resultado, no importa si hay dolo o culpa en la actividad que la genera.

h) Desde la perspectiva del Derecho Público existen ciertos aspectos, así lo considera la sala, que deben ser adecuados al ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado. Principios que coinciden con los manifestados anteriormente en los dos casos analizados, por lo que vale añadir solo lo siguiente:

Señala que lo más deseable es que los daños sean reparados sin intervención de la administración de justicia, esto se puede dar empleando para el efecto los seguros de responsabilidad contratados, o atendiendo el requerimiento en sede administrativa. De este último canal de reclamos cabe decir.

- El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva establece un procedimiento específico para que la Administración atienda los reclamos de indemnización de los perjuicios que se deriven de la actividad de la Administración Central o Institucional.
- Las normas del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, no pueden variar las prescripciones constitucionales sobre el tema.
- El artículo 209¹⁵⁹ del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, no modifica en nada el derecho de los administrados de acudir directamente a la Sede Judicial, sin agotar la vía administrativa, de acuerdo al artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado.¹⁶⁰
- Vale decir que existe un error en el literal d del considerando sexto del proceso, ya que, confunde el plazo de prescripción de 3 años establecido en el artículo 211 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva¹⁶¹ que es para sede administrativa, con el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo¹⁶² que es para sede judicial.

¹⁵⁹ Para hacer efectiva la responsabilidad a la que se refiere el Artículo 20 de la Constitución de la República, los particulares exigirán directamente a las Instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios de los que provinere el presunto perjuicio, las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio o por el funcionamiento de los servicios públicos. La reclamación será inmediatamente puesta en conocimiento de la Procuraduría General del Estado para la coordinación de la defensa estatal.

¹⁶⁰ Art. 38.- (parte pertinente) 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.

¹⁶¹ Serán indemnizables los daños causados a las personas cuando estas no tengan la obligación jurídica de soportarlos y la acción de cobro prescribirá en el plazo de tres años desde que el acto lesivo se produjo.

¹⁶² Art. 65.- (Parte pertinente) 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 5 años.

- El artículo 212 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva¹⁶³ es incompatible con los artículos 28¹⁶⁴ y 38 de la Ley de Modernización del Estado, en el sentido que el administrado no está obligado a esperar la negativa de la Administración para proponer su acción judicial, 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 de 15 días, de tal forma que si la Administración no ha contestado en ese tiempo el reclamo, se ha de aplicar el régimen jurídico de los actos administrativos presuntos.

6) Como resultado de todo lo expuesto la Sala desecha el recurso interpuesto.

7) Es importante relevar en este caso, que el proceso que estaba en litigio era un juicio de ejecución, mas no de conocimiento, por lo que el tribunal solo debía hacer efectivo el acto administrativo presunto, derivado del silencio administrativo positivo, sin embargo la sala hace un análisis de la responsabilidad extracontractual del Estado, del que es substancial decir que el Estado debe indemnizar al particular por fundamento de la teoría de la expropiación, según la cual, se justifica la indemnización por la garantía existente en la inviolabilidad del derecho de propiedad, así, el Estado solo puede avanzar sobre el derecho de propiedad de los particulares mediante el procedimiento expropiatorio, de manera similar cualquier otro ataque a la propiedad, debe ser indemnizado.

Como se ha podido observar en los tres casos analizados, el perfil de la responsabilidad extracontractual en el Ecuador, es el de una responsabilidad directa y objetiva, con teorías y fundamentos complementarios los cuales, han sido analizados a lo largo del desarrollo de este estudio, y que se han visto

¹⁶³ Si las Instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios niegan la indemnización reclamada de forma total o parcial o se abstiene de pronunciar la resolución en el plazo de tres meses, el interesado tendrá derecho a la acción contenciosa contra ellos, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente.

¹⁶⁴ Art. 28.- (Parte pertinente) Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto.

aplicados y materializados por las Salas de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

5. CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

Como resultado del estudio realizado cabe destacar las siguientes conclusiones:

- 1) El Estado es una forma jurídico-política, que tiene como elementos esenciales la comunidad que lo integra, el territorio en el que se establece, el fin que persigue y el poder que posee para normar y regular la interacción que se da entre los administrados, y de estos con la Administración.

Esta estructura creada por los seres humanos para proteger los derechos de toda la colectividad, busca la armonía de la vida en sociedad, y evitar abusos de las personas que se encuentran en superioridad de condiciones. El poder del que está dotado el Estado se explica únicamente por servir a la gente, tanto en conjunto como individualizada, que es el destinatario de todos los actos de la autoridad de este poder.

- 2) Existen muchos puntos de vista desde los cuales puede ser visto el Estado, sin embargo desde el punto de vista jurídico que es el que compete a este estudio, es importante decir, que es el Derecho el instrumento principal que tiene el Estado para alcanzar sus fines. El Estado lleva implícito el Derecho ya que este es la manifestación especial de eticidad.
- 3) Por la inmensidad en el campo de acción que tiene que cubrir el Estado, se ha repartido en diferentes áreas y a lo largo de su evolución, ha encontrado la idea más saludable hasta el momento, la distribución de su poder en tres funciones, que son independientes pero que funcionan conjuntamente y de las cuales se origina el sistema de frenos y contrapesos que busca alcanzar

que este referido poder del Estado no se encuentre en una sola persona o en un solo ente, situación muy perniciosa y peligrosa para los habitantes del Estado, que como ya se ha visto a lo largo de su historia, podría atentar contra uno de sus fines principales que es el evitar el abuso de poder, que deriva en injusticia misma.

- 4) Una de las funciones en las que se ha distribuido el poder estatal es la de administración, que como ya se analizó en este estudio, su determinación es muy variable, pero de la que si se puede concluir por los pensamientos de importantes tratadistas de esta materia, que es la que rige continuamente el ejercicio de la actividad estatal, y es objeto del Derecho Administrativo, rama del Derecho que proporciona los principios y normas dentro de los cuales se enmarca la materia objeto del presente estudio, la responsabilidad extracontractual del Estado por la acción u omisión de sus funcionarios.
- 6) Esta tan importante institución del Derecho, nació, como se demuestra claramente por los hechos históricos, de la lesión que han sufrido a lo largo de la historia de los pueblos los seres humanos por el accionar absolutamente irresponsable de los que los gobernaban, basados en diferentes principios que iban en desmedro de los administrados y de los más elementales postulados de justicia, equidad e igualdad.
- 7) El Derecho y el más básico de los principios de justicia no podía permitir que la situación descrita en el párrafo precedente continúe, y en virtud de esto se empezaron a ejercer derechos primordiales e inherentes a la naturaleza del hombre y a crear teorías y en menor medida normas que responsabilizaban a los gobernantes por el ejercicio de su actividad, logrando así un Estado más justo que genera mejores condiciones de vida para todos sus habitantes.
- 8) Existe en las teorías que fueron analizadas en el trabajo, que han evolucionado hasta formas muy justas y factibles de aplicación en el Estado

moderno, elementos comunes que se los puede agrupar, buscando se refleje el espíritu en virtud del cual fueron creadas.

- 9) Se concluye de estas teorías, la equidad que debe existir en el trato a los administrados, la igualdad o proporcionalidad que debe recibir cada uno de los habitantes de un Estado en sus obligaciones y deberes, por lo cual nadie está obligado a hacer un sacrificio que no es justo y en el caso de que lo hiciera, el Estado de Derecho, en cumplimiento de sus principios y postulados, debe hacerse responsable por esta situación, en la que un particular ha sufrido los efectos dañosos de la actividad estatal.
- 10) En su evolución la institución de la responsabilidad estatal ha determinado dos postulados primordiales para su aplicación, el uno es el de la responsabilidad objetiva y el otro el de la responsabilidad directa.

La responsabilidad objetiva, fundamenta la responsabilidad estatal, no en la culpa o si quiera en actuaciones ilícitas o injustas del Estado, sino simplemente en el daño o agravio que sufre el particular por el funcionamiento de la actividad estatal, no hay calificación subjetiva de la conducta del funcionario.

La responsabilidad directa hace referencia a la obligación del Estado de hacerse responsable, por si mismo, de cualquier daño que le hubiere irrogado a un particular, sin importar si hubo injerencia de acciones u omisiones de los funcionarios que trabajan bajo su dependencia, ya que la actuación de los funcionarios es la materialización de la actividad estatal, es actuación del Estado mismo.

- 11) Existen si presupuestos o elementos que son indispensables para que se configure la lesión resarcible de la que debe hacerse responsable el Estado y son:

Que exista un daño material o moral, que el daño sea cierto y que sea actual o futuro; que sea imputable, es decir jurídicamente atribuible al Estado por su actuación; que exista un nexo causal; y, que no exista un elemento eximente como la exclusiva culpa de la víctima o de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.

- 12) En cuanto a la responsabilidad de los servidores o funcionarios públicos, cabe recalcar, como se dijo anteriormente, que la acción u omisión de estos que genere un daño a los administrados es atribuible al Estado mismo, por lo que el agravio irrogado por estos a los administrados es un agravio irrogado por el Estado.
- 13) Es si importante decir que el Estado tiene después el derecho a repetir contra el funcionario, cuya negligencia, culpa o dolo, irrogo un daño al administrado, del cual el Estado debió hacerse responsable indemnizando al particular, y dicho funcionario podrá acarrear los distintos tipos de responsabilidad, estudiados en el desarrollo de este trabajo, de acuerdo a la injerencia de la acción u omisión cometida, en el daño que dio como resultado.
- 14) La institución de la responsabilidad del Estado, está regida, más por principios doctrinarios, que por normas positivas. En el Ecuador la responsabilidad extracontractual del Estado está fundamentada en la Constitución Política, y es por esta que es factible el reclamo con la pretensión de ser indemnizado por un perjuicio irrogado por el Estado.
- 15) La Ley de la Contraloría General del Estado regula la responsabilidad que tiene los funcionarios frente al Estado, cabe decir que esta responsabilidad está dada por la relación del Estado con el funcionario, en esta situación no interviene el particular como sujeto del agravio, sino el mismo Estado.

- 16) La competencia o el canal para hacer viables los reclamos por responsabilidad pública esta atribuida a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo por el Código Orgánico de la Función Judicial.
- 17) El procedimiento para hacer válido los principios, normas, el régimen de responsabilidad estatal en sí, está contemplado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- 18) En la realidad ecuatoriana son muy incipientes los casos en los que efectivamente el Estado se ha hecho responsable por los daños derivados del ejercicio de su actividad, dado por la falta de cultura de ejercer los derechos del ecuatoriano, así como, por las trabas que se dan en la realidad, tanto en lo procesal, como en la falta de normas positivas que faciliten el poder hacer efectivo el reclamo de indemnización ante el Estado, situación que muchas veces es tomada como excusa por las autoridades judiciales para permitir el ejercicio de los derechos de los administrados. De las sentencias analizadas en este estudio, se destaca la aplicación de la mayoría de los principios observados en este trabajo al momento de dictar sentencia en los Tribunales ecuatorianos, sin embargo son muy pocos los casos que se pueden encontrar en los que se hace efectiva la institución de la responsabilidad estatal.
- 19) La Constitución le otorga una enorme carga de responsabilidad el Estado, sin embargo en contraste de esto, existe una dramática situación de incumplimiento estatal de sus deberes, ya que por el contrario de lo manifestado en la Constitución, sus servicios públicos son ineficaces, ineficientes, no de muy buena calidad y muchas veces de poca transparencia, mientras que en la administración de justicia los índices de concentración de causas, la tardanza en el despacho, la desesperación de los particulares, son evidencias de un régimen de responsabilidad poco efectivo.

Recomendaciones

Como recomendaciones para el efectivo funcionamiento de la figura de responsabilidad extracontractual se puede manifestar:

- 1) Hacer efectivos los principios de responsabilidad manifestados en la Constitución, que las autoridades competentes velen por el cumplimiento práctico y cierto de los principios de eficacia, eficiencia, calidad y transparencia prescritos en la Constitución para la actividad estatal.
- 2) Informar a la colectividad acerca de sus derechos, creando una cultura respecto de este tema, del derecho que tiene a recibir por parte del Estado un servicio público de óptima calidad sin defectos, y en el supuesto de que no recibiera un servicio con estas características, la facultad que posee de acercarse a los tribunales judiciales previstos, para interponer su reclamo y esperar la compensación de la Administración por el daño que se les hubiere irrogado.
- 3) Que se expida un cuerpo normativo especial para el régimen de responsabilidad estatal extracontractual en el que consten principios básicos, que garanticen los derechos de los particulares y que proponga alternativas de compensación en el supuesto de que el Estado hubiere irrogado daños a los administrados. Con la expedición de este cuerpo legal podrían tanto la Administración como los administrados, atenerse a normas de tipo positivo, y no tanto a principios generales del Derecho en esta materia.
- 4) Cumplir con el principio de celeridad en la Función Judicial, permitiendo la prontitud en el despacho de las causas, bajando los índices de concentración de los procesos judiciales, y así lograr un sistema de justicia más eficaz.

- 5) Implementar en el sistema procesal vías o canales de acceso más simples para los administrados, en los que no se encuentren tantas trabas para ejercer su facultad al reclamo de sus derechos, de los cuales el Estado es responsable.

- 6) Que se aplique el principio de independencia en las instituciones del Estado, para impedir que el abuso y la intromisión de los entes estatales, entorpezca el proceso legítimo que poseen los administrados para hacer efectivos sus derechos frente al Estado.

BIBLIOGRAFÍA

AMENÁBAR, María Del Pilar, ***Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública***, Rubinzal Culzoni, 2008, Buenos Aires.

ARÉVALO REYES, Héctor Darío, ***Responsabilidad del Estado y de Sus Funcionarios***, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, Segunda edición, Medellín.

CANASI, José, ***Derecho Administrativo***, Ediciones Depalma, 1972, Vol. 1, Buenos Aires.

CASSAGNE, Juan Carlos, ***Derecho Administrativo***, 2002, Buenos Aires.

CAVALLO, Claudio, ***Responsabilidad del Estado***, Abeledo Perrot, 2007, Buenos Aires.

DIEZ, Manuel María, ***Derecho Administrativo***, Editorial Omeba, 1963, Buenos Aires.

ECUADOR, ***Código Civil***, Ediciones Legales, 2010.

ECUADOR, ***Código Penal***.

ECUADOR, ***Constitución Política de la República***, Ediciones Legales, 2010.

ECUADOR, ***Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa***, Ediciones Legales, 2010.

ECUADOR, ***Ley Orgánica de Garantías y Control Jurisdiccional***, El Forum Editores, 2010

ECUADOR, ***Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado***, Ediciones Legales, 2010.

FERNÁNDEZ MEJÍA, Luis, ***La Responsabilidad Contractual del Estado***, Jurídica Radar Ltda., 1987, Bogotá.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, Thomson Civitas, 2004, Duodécima Edición, Madrid.

GARCÍA, Aurelio, *Ciencia del Estado*, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1978, Quito.

HOYOS DUQUE, Ricardo, *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, Editorial Temis, 1984, Bogota.

JELLINEK, George, *Teoría del Estado*, Albatros, 1930, Buenos Aires.

MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, 1964, Tomo 1, Buenos Aires.

SÁENZ, Juan Ignacio, *Responsabilidad del Estado*, Abeledo Perrot, 2007, Buenos Aires.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, D'Vinni Editores, 1996, Bogotá.

USLENGHI, Andrés, *Responsabilidad del Estado*, Abeledo Perrot, 2007, Buenos Aires.

VILLEY, Michel, *Entorno al Contrato, la Propiedad y la Obligación*, Abeledo Perrot, 1981, Buenos Aires.

ANEXOS

ANEXO 1

CASO NÚMERO 1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 11 de Abril de 2007

PROCESO.-

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 CONELEC Y EMELMANABI de manera conjunta y en porcentajes iguales en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política del Estado, paguen 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 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.

Al haberse concedido el recurso y sometido el caso a resolución de la sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 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 (artículo 184 de la Constitución actual correspondiente a la Corte Nacional de Justicia) 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, la sala se pronuncia en primer lugar sobre las alegaciones referidas en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. En relación con la causal quinta el CONELEC afirma en su recurso: “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 del acto administrativo de denegación de la reclamación administrativa, tanto que en el considerando séptimo se expresa 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 de la prueba actuada.

En la sentencia objeto del recurso la sala aprecia entre otras cuestiones 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 del Estado, 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 negó su reclamo administrativo (considerando noveno y décimo cuarto). Nótese que los condenados en la sentencia son 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). Actual artículo 11 numeral nueve de la Constitución. 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 este 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 que corresponde a la indemnización por daños materiales, que 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, en la parte dispositiva de la sentencia 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.

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 estos y la resolución adoptada respecto a la materia de la litis y la naturaleza de la acción propuesta; esto es, un vicio de motivación. 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 (actual artículo 76, numeral 7 literal I), 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 si 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 pueda determinar 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 debidamente 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 Mejía, por sus propios y personales derechos y por los que representa de su hijo, presentó el 30 de abril del 2003 una demanda 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 del fluido eléctrico, indemnización que solicitó con la legitimación suficiente por ser el padre del menor incapacitado. Fundamenta su demanda en los artículos 1, 18, 20 y 249, inciso segundo de la Constitución Política de la República (actual artículo 312 de la Constitución; 12, 13, 14 de la Ley de Régimen de Sector Eléctrico; 2, letra Ch, 209 y 212 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; y 38 de la Ley de Modernización del Estado.

De otra parte EMELMANABI propuso las siguientes excepciones y defensas: 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 negó los fundamentos de hecho y de derecho en la demanda, argumentó ilegitimidad de personería, y en general, planteó la nulidad procesal, sin que conste en su escrito de contestación fundamentación alguna 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 de una contestación a la

demanda, en las 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 pretendida que no consta en la contestación de la demanda, pues, en este caso y en virtud del principio de lealtad procesal y el debido proceso, las partes solo 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 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 público; 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 sus actividad, en su calidad de concesionario, por lo que no puede 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, suscrito por el Director Ejecutivo del CONELEC, con el que se niega la reclamación administrativa que, por la misma causa que originó este proceso, cursó Florencio Antonio Andrade, el 9 de enero del 2003.

QUINTO: El tema 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 (actual artículo 11 numeral 9), 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". Evidentemente, la responsabilidad extracontractual del Estado hace parte, pese a la especial derivada del desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal en el Derecho Administrativo, de la construcción de una teoría general de 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 cuasidelitos. 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 lo 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 actual o futuro: se entiende por daño cierto, la afectación probada de un interés jurídicamente protegido; es actual, el daño que ya se ha producido, el daño emergente; y, es futuro el daño que objetivamente se espera, 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 puede ser grave, leve o levisima según lo dispuesto en el 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; la sala entiende que las distintas teorías sobre la calificación del nexo causal, que han sido provistas 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 la 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 encuentren sujetos a una serie de deberes y responsabilidades generales 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 del 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” (estos principios se encuentran mencionados en la actual Constitución, en especial el de solidaridad en cuanto a los servicios públicos en el artículo 85 de la Constitución). La aplicación del principio de solidaridad, sin embargo, no significa que los restantes principios previstos 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 sometido 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 restablecer el balance afectado. Por esta razón el artículo 20 de la Constitución Política de la República (el artículo 11 en la nueva Constitución) 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 desempeños de sus cargos”. De la misma manera, cuando el referido artículo 20 *ibidem*, hace referencia a la “prestación deficiente de los servicios públicos” no califica la licitud de los actos o hechos conducentes a la prestación correspondiente, sino al efecto 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 del artículo 20 de la Constitución, la calificación de la culpabilidad de los funcionarios y empleados públicos determina la posibilidad del 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 de los actos de terceros. Esto se debe a que, según la tesis de la culpa presunta, bastaría probar –presuponiendo la reversión de la causa 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. 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 de las atribuciones y del cumplimiento de sus deberes como sujetos de la actividad pública. El comportamiento de un funcionario 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 en la afectación de las personas, bienes o el ambiente, originada en la actividad pública; por ello es necesario clarificar el sentido que se adopta al referimos 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 lícita", 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 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.

SIXTO: 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 cuales 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 administrativos, 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,

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, el 30 de abril del 2003, 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, 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 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 entidad del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto en vía administrativa. De tal forma que, de conformidad con el artículo 38 de la Ley de Modernización, cuando el administrado acude a la Función Judicial para hacer valer su derecho de ser indemnizado por la responsabilidad extracontractual del Estado prevista en el artículo 20 de la Constitución, 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 la prestación de un servicio público como actividad pública, cuya deficiencia funcional se sostiene cuando se ha causado un daño indemnizable. La sala de otra parte funda su competencia en el artículo 200 de la Constitución (actual artículo 184 competencia de la Corte Nacional de Justicia) y el artículo 16 de la Ley de Casación, en lo que respecta a la competencia para dictar la sentencia correspondiente en el caso, luego de haber sido casada aquella que

fue materia del 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 ELEMNABI.

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, no estaría legitimado para comparecer en el proceso a nombre de su hijo, 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 a la madre. Se hace notar, a este respecto, que el régimen jurídico invocado se encontraba ya derogado por el Código de la Niñez y Adolescencia, el cual establece que respecto a la patria potestad, se estará a lo dispuesto en el Código Civil, el cual en su artículo 28 establece que: "Son representantes legales de una persona, el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador,..." El 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". En tal virtud, la alegación de que la defensa de los intereses del menor en juicio requiere intervención conjunta de los padres, no tiene sustento, por lo que se niega la excepción.

OCTAVO: En lo que respecta a la oportunidad con la que se ha presentado la demanda (30 de abril del 2003) en relación con el tiempo de caducidad del derecho de acción en la vía contencioso administrativa, se hace notar que el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que: "El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa, será de 90 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 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 en concreto está sujeto al último supuesto por lo que no ha transcurrido el plazo previsto en el artículo 65 en 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, mas allá de que aquella 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, y su hijo, se encuentran probado en el proceso: a) Consta de la historia clínica, suscrita por la Dra. Margot Orellana de la unidad de quemados del Hospital de Niños Doctor Roberto Gilbert Elizalde, 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) Consta del informe pericial que Juan Pablo Andrade Bailón, luego del suceso, tiene un porcentaje de incapacidad del 80%. c) De los mismos informes y certificados, se deriva que el menor estuvo sometido a tratamiento médico en la ciudad de Guayaquil del 12 de mayo al 28 de junio del 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 si mismo, como cualquier otro trabajador. e) De los efectos del suceso en el cuerpo del menor, se puede inferir razonablemente que Florencio Antonio Andrade 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 en práctica probatoria alguna, 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 posibilidad que el menor tiene para proveerse de los medios para sus 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 y Juan Pablo Andrade Bailón el 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 existido un sujeto externo provocador; en suma, los menores provocaron el siniestro”. 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. c) En el escrito de interposición del recurso del recurso de Casación, el CONELEC manifiesta “... 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 si quiera ustedes que aceptan incondicionalmente un dato informativo de manera peyorativa podrían indicar en que 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...". Esta afirmación respecto del hecho de que los tendidos eléctricos a través de los cuales se distribuye la energía eléctrica no tiene aislantes, confirma lo que el actor ha señalado en su demanda y que, tampoco, ha sido puesto en discusión en el proceso. De cuanto se ha señalado la 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 Quishpe 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, no se le puede exigir una conducta distinta a la que es propia de su edad, como la 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 esta sujeta al control y regulación del segundo, en virtud de los artículos 12 y 13 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, que los 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 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 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, 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 su puesto, 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 le Administración atienda los reclamos de indemnización de los perjuicios materiales o morales que se deriven de la actividad de la Administración Central o Institucional. b) Las normas del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo deben ser interpretadas de conformidad con el artículo 272 de la Constitución (actual artículo 424), en el sentido de que no pueden modificar las mismas prescripciones constitucionales en la materia, como aquellas 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 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 del Estado, 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 15 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 la sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse repetidamente, y constituyen un precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento. e) Del mismo modo, la acción de repetición prevista en el segundo inciso del artículo 20 de la Constitución (actual artículo 11) depende únicamente de que la conducta del funcionario o empleado sea dolosa o culpable, de tal forma que las condiciones previstas en el artículo 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 culpa grave, en la responsabilidad prevista en el segundo inciso del artículo 20 de la Constitución, y deberá asumir los perjuicios económicos ocasionado 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 causas 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 causa fue construida cuando la red de distribución de la energía eléctrica ya existía, y que aún hoy la casa no esta 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"; "...habiendo un imprevisto imposible de precaver, no hay culpa o negligencia de la cual derive indemnización". En esta línea, los demandados han podido probar exclusivamente la culpa de Florencio Antonio Andrade, como corresponsable de los efectos dañosos provocados al menor y a si mismo. En efecto, de la confesión judicial que ha rendido Florencio Antonio Andrade se desprende, específicamente de la respuesta a la pregunta 4, 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 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 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.

DÉCIMO TERCERO: De cuanto se ha señalado, la Sala encuentra que EMELMANABI y CONELEC son responsables solidarios de los daños materiales y morales producidos al menor, según el régimen previsto en el artículo 20 de la Constitución Política. Al entrar en materia de indemnizaciones, la 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”. La 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 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 la 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 la Sala no podría concebir al menor de edad afectado fuera de un núcleo familiar, que el Estado protege y garantiza. De conformidad con el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, a marzo del año 2007, el valor de la canasta familiar es de Trescientos dieciséis dólares con veinte y ocho centavos 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 70 años de edad. En tal virtud, dado que el hecho acaeció cuando Juan Pablo Andrade Bailón tenía ocho años de edad, el valor que percibirá por

concepto de indemnización por daños materiales asciende a la suma de Doscientos treinta y cinco mil trescientos doce dólares con 32 centavos 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”; y, como se ha dicho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que las indemnizaciones no tiene como propósito enriquecer a la víctima. La 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 CONELEC al pago de Ochenta mil dólares de los Estados Unidos de América, por este concepto. En total, la indemnización compensatoria suma el valor de TRESCIENTOS QUINCE MIL TRESCIENTOS DOCE DÓLARES CON TREINTA Y DOS CENTAVOS de los Estados Unidos de América.

DÉCIMO CUARTO: Finalmente, establece un mecanismo adecuado a la ejecución de la sentencia, que asegura el criterio de de justicia empleado en el presente caso se haga realidad, donde 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 15 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 de las instituciones del Ecuador habilitadas 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, sean las siguientes: 1. Desembolsar

mensualmente, desde la fecha de constitución la suma de trescientos dieciséis dólares con veinte y ocho centavos de los Estado Unidos de América, a favor de quienes ejerzan la patria potestad del menor para su cuidado, hasta que cumpla la mayoría de edad; 2. Juan Pablo Andrade Bailón, una vez cumplida 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 la sentencia, hasta que el menor cumpla la mayoría de edad.

El Tribunal de Instancia en 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.

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 EMELMANABI Y 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 del señor Florencio Antonio Andrade Medina ha efectuado por sus propios y personales derechos.

f) Dres. Marco Antonio Guzmán Carrasco, Hernán Salgado Pesantez, Jorge Endara Moncayo. MAGISTRADOS

uolb.
UNIVERSIDAD DE
BOLIVIA
BIBLIOTECA

ANEXO 2

CASO NÚMERO 2

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 24 de Mayo de 2007

PROCESO.-

En la sentencia objeto del presente recurso el tribunal a quo declarase "se acepta la demanda y declara ilegal el acto administrativo constante en la acción de personal No. 680-DRH-INPIC, dictada por el Lcdo. Carlos Guerrero Bermúdez, Director Nacional del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural del Ecuador, de fecha 12 de noviembre del 2002, mediante el cual se destituye del puesto de Auxiliar de Contabilidad a Guadalupe Esperanza Ordóñez Jara, disponiendo el reintegro a su cargo en el término de cinco días de ejecutoriada la sentencia. No ha lugar el pago de indemnizaciones en consideración a que no se ha probado que el acto administrativo impugnado haya sido dictado con dolo o culpa grave. Sin costas.

Al haberse concedido el recurso y sometido el caso a resolución de la sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 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 (actualmente artículo 184 competencia de la Corte nacional) y la Ley de Casación.

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

TERCERO: Por los efectos que se desprenderían de ser admitida la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, la Sala ha de iniciar su análisis por los fundamentos de las alegaciones referidas a dicha causal. En casación, la nulidad prevista en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, es únicamente declarable si concurren los siguientes requisitos, que, además, deben ser debidamente expuestos y sustentados por el recurrente: a) La falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión; y, b) Esta nulidad hubiere influido en la decisión de la causa.

En el caso puesto a consideración de la Sala, el Director Nacional del Instituto de Patrimonio Cultural, para fundamentar la nulidad, al tiempo de alegarla por una supuesta infracción del artículo 30 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, en lo que respecta a los requisitos de la demanda, invoca también la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. En otro pasaje de su recurso, cita el artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil (artículo 1014 en su numeración actual), sin explicar su pertinencia para el caso. Finalmente, las únicas normas de carácter procesal que, adicionalmente a las señaladas, enuncia el Director Nacional del Instituto de Patrimonio Cultural han sido los artículos 118, 119, 126, y 135 (actualmente 114, 115, 122, y 131) del Código de Procedimiento Civil, y, 31 literal c de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. De la infracción de estas normas no deviene, conforme a nuestra legislación “nulidad insubsanable”, excepto en el caso de la violación de trámite (artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil) aspecto éste que no ha sido fundamentado por dicho recurrente. En tal virtud, se rechaza la alegación basada en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación.

CUARTO: La Corte ha señalado en múltiples ocasiones que para que prospere un recurso fundado en la causal tercera es imprescindible que el recurrente: identifique la prueba o pruebas respecto de las cuales el Tribunal Distrital ha infringido el ordenamiento jurídico; establezca la norma o normas de tasación o

procesales que estima infringidas; demuestre razonadamente la manera en que el Tribunal ha incurrido en la infracción; señale la norma o normas de derecho sustantivo que, por efecto de la violación, han dejado de ser aplicadas o han sido aplicadas defectuosamente; y, la manera en que esto último se ha producido. En el caso que se discute, el Director Nacional del Instituto de Patrimonio Cultural, en un documento estructurado sin mayor precisión, invoca los artículos 119, 126 y 135 (actualmente 115, 122 y 131) del Código de Procedimiento Civil, esperando que la Sala efectúe una nueva valoración de las diligencias probatorias practicadas en el proceso, lo que la Ley no le autoriza a hacer. En los considerandos sexto y séptimo de la Sentencia del Tribunal a quo, se ha efectuado una determinación de los hechos sobre la base de una valoración adecuada de las pruebas practicadas que ha estimado pertinentes para la resolución de la cuestión litigiosa. De su simple lectura, se desprende con diaphanidad que la autoridad procedió a la destitución de la funcionaria, en lo principal, por abandonar su cargo por más de tres días consecutivos, pese a que la ausencia de la funcionaria se debió a enfermedad, satisfactoriamente demostrada al Tribunal Distrital. Ahora bien, es verdad que el Tribunal a quo incurre en un simple error de hecho (no de derecho) al señalar que la acción de personal fue emitida el 12 de noviembre de 2002, cuando en realidad se produjo el 12 de diciembre del mismo año; sin embargo, este defecto no modifica en nada la conclusión a la que cualquier juez podría arribar con base en la determinación de los hechos y la calificación de la prueba efectuada de la manera en que lo ha hecho el Tribunal Distrital. De todo cuanto se ha señalado no se aprecia ninguna infracción a las normas procesales enunciadas por el recurrente y mucho menos la manera en que una eventual infracción a dichas normas haya podido variar la declaración de ilegalidad de la acción de personal materia de la controversia.

QUINTO: Por la causal primera, el Director Nacional del Instituto de Patrimonio Cultural únicamente fundamenta su recurso invocando los artículos 30 y 31 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el artículo 24, numeral 13 de la Constitución Política (artículo 76, numeral 7, literal I actual). En relación

con las normas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no existe manera en que una supuesta falta de cumplimiento de requisitos formales en la demanda, pieza que oportunamente fue calificada en el proceso, pueda influir de manera determinante en la parte dispositiva de la sentencia. En lo que respecta a la infracción de la norma constitucional referida a la motivación más allá de que esta infracción corresponda a la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, el recurrente quiere justificar la falta de motivación, nuevamente, en una crítica a la manera en que el Tribunal a quo ha apreciado la prueba. La causal quinta y la falta de motivación, están referidas a vicios intrínsecos del fallo materia del recurso que, por tanto, deben desprenderse del análisis de él y no de ningún otro elemento externo. No se trata de reproches a la valoración que hace el Tribunal Distrital de la prueba actuada, como afirma el recurrente.

SEXTO: En lo que respecta a las alegaciones Guadalupe Ordóñez Jara en relación con la infracción de las normas constitucionales referidas a la responsabilidad extracontractual del Estado, particularmente el artículo 20 (actualmente artículo 11) de la Constitución Política, es necesario, en primer lugar, aclarar que no es posible en un recurso de casación alegar, al mismo tiempo, la errónea interpretación y la falta de aplicación de una misma norma de Derecho, por ser, en esencia, incompatibles los dos procedimientos intelectuales. Esto obliga a la Sala, desde ya, a desechar la causal invocada; sin embargo, por la importancia del asunto planteado, es necesario que se realicen algunas aclaraciones en relación con la responsabilidad extracontractual del Estado y los efectos de la declaratoria de ilegalidad de un acto administrativo en materia del personal que presta servicios a las Instituciones del Estado. En primer lugar, la Sala ha señalado la manera en que se han de interpretar los preceptos constitucionales referidos a la responsabilidad extracontractual del Estado, principalmente en la resolución No 167-2007, de 11 de abril de 2007, dictada en el caso signado con el No. 62-2005. La sala sostiene que el grado de culpabilidad no es relevante a efectos de la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado. Así, se

ha dicho en la referida resolución: "Ahora bien, desde la perspectiva del derecho Público, la doctrina más calificada recomienda, y así lo asume la Sala, que existen ciertos aspectos de la teoría de la Responsabilidad que deben ser adecuados al ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado: a) El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus 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 encuentren sujetos a una serie de deberes y responsabilidades generales (artículo 83 de la Constitución Política) que permiten hacer efectivos el conjunto de los correlativos derechos de los que somos titulares. De tal forma que, en la persecución de 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 restablecer el balance afectado. Por esta razón el artículo 20 de la Constitución Política (actual artículo 11) 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 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 aplica 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 las acciones u omisiones de los funcionarios 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 artículo segundo de la norma analizada 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 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 ha sido conforme 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 estuvieren 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, estos 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 reparado 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 el ambiente, no son atribuibles de manera exclusiva a las circunstancias eximentes de responsabilidad enunciadas.

Con estos criterios en mente, es necesario puntualizar que la declaratoria de ilegalidad de un acto administrativo en materia de recursos humanos que prestan servicios a las Instituciones del Estado, no necesariamente provoca responsabilidad extracontractual del Estado, o, dicho de otra forma, el daño objetivo que se desprende del acto ilegal no necesariamente es indemnizable, porque, como se ha señalado, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado no se califica la ilicitud o injusticia de la administración Pública, sino la ilicitud o injusticia de los efectos dañosos provocados por la actividad pública, sea esta ilícita o no, con base en el ordenamiento constitucional y

particularmente, en el principio de igualdad de las cargas públicas. A este respecto, desde antiguo, la sala ha diferenciado los actos meramente ilegales, de aquellos cuya ilegalidad genera nulidad por las causas tasadas en la misma Ley. Cuando un acto administrativo es declarado simplemente ilegal, los efectos de dicha declaratoria se producen desde que se la efectúa, mientras que cuando un acto administrativo es declarado nulo (esto es una especie de ilegalidad tasada por su gravedad) se entiende que el acto administrativo nunca produjo efectos. Este mismo criterio ha sido incorporado en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público en el artículo 47, que la recurrente también alega se ha infringido. De cuanto se ha dicho, se infiere con facilidad que la carga patrimonial que deviene de la separación de un funcionario público originada en acto administrativo posteriormente declarado ilegal no puede ser concebida como un daño ilícito, pues, la misma Ley que regula las relaciones entre la Administración y sus servidores lo prevé como un efecto jurídicamente admisible. Por el contrario, cuando un acto administrativo es declarado nulo (ilegalidad calificada por su gravedad), el daño patrimonial se lo considera como ilícito y, por ello, el legislador ha previsto el pago de las prestaciones que el funcionario dejó de percibir durante el tiempo que duró la separación de su cargo. Nótese que la carga patrimonial que comentamos tiene origen constitucional, en la medida en que el segundo inciso del numeral 9 del artículo 35 de la Constitución Política establece que "Las relaciones de las instituciones comprendidas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del Art. 118 (actualmente artículos 326 y 225) y de las personas jurídicas creadas por la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, son sus servidores, se sujetaran a las leyes que regulan la administración pública, salvo las de los obreros que se regirán por el derecho del Trabajo" Por estas mismas consideraciones no es admisible que el artículo 18 de la Constitución (actualmente numeral 3 del artículo 11) haya sido vulnerado, en el sentido de que se haya empleado una interpretación restrictiva de los derechos de la recurrente en la sentencia. A no dudar, el Tribunal a quo se equivoca en su concepción de la responsabilidad extracontractual del Estado, al fundarla en criterios subjetivos (culpa o dolo), pero tal yerro no

modifica en nada la decisión en la causa, condición prevista para la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. Así también, no es posible acoger la alegación sobre la violación del artículo 47 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, pues, más allá que por la fecha en que entró en vigencia era inaplicable a los hechos ventilados en el proceso o a la demanda, esta norma, precisamente, es la que incorpora en nuestro ordenamiento jurídico, los criterios que han sido resaltados en esta sentencia, diferenciando con claridad los efectos de un acto declarado simplemente “ilegal” de aquellos derivado de un acto declarado “ilegal y nulo” Por las consideraciones vertidas, que se contraen a lo que ha sido materia del presente recurso, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechazan los recursos impuestos. Sin costas.

f.) Dres. Marcos Antonio Guzmán Carrasco, Hernán Salgado Pesantez. Jorge Endara Moncayo.

udla
UNIVERSIDAD DE LA FUERZA
ARMADA
BIBLIOTECA

ANEXO 3

CASO NÚMERO 3

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 02 de octubre de 2007

PROCESO.-

En la sentencia materia del presente recurso se “acepta la demanda y dispone la ejecución del petitorio, presentado ante el señor Alcalde de Cuenca y por su intermedio ante el I. Concejo Cantonal de Cuenca, el mismo que deberá ejecutarse en el término de ciento veinte días de ejecutoriada la resolución”.

Por haberse concedido el recurso y sometido el caso a resolución de la Sala, ésta con su conformación para decidir 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 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: Los temas sobre los que versa el recurso de casación objeto de este análisis conciernen a: el silencio administrativo y sus efectos; la responsabilidad, especialmente, la extracontractual, que tienen el Estado y las entidades públicas; el procedimiento que debe aplicarse en tales casos.

CUARTO: El tema decidendum puesto a consideración del Tribunal a quo está referido a los efectos del silencio administrativo, en relación con una petición cursada por los actores en la causa, ante el señor Alcalde y por su intermedio ante el I. Concejo Cantonal de Cuenca, tendiente a que la Entidad indemnice a los actores por los daños ocasionados “como consecuencia, por un lado, de la aprobación por parte del I. Concejo Cantonal de Cuenca, de la lotización presentada por la Cooperativa de Vivienda “Acción Comunitaria Para Todos, que es resuelta en la sesión de dicho organismo celebrada con fecha 26 de marzo de 1992, que permitiera una aprobación indebida de un área de 15.224,71 m², que fueron de propiedad de los cónyuges Moreira Cedeño, acto administrativo de aprobación, con el que jamás se notificara ni a doña Angélica Cedeño de Moreira cónyuge sobreviviente de Cornelio Moreira Ferrín, a la fecha de su expedición, ni a sus herederos, circunstancia que debe tenerse en cuenta para los fines legales del caso; y de otro, como consecuencia de las ocupaciones arbitrarias de la I. Municipalidad de Cuenca, en el inmueble referido en la solicitud a la que se hace mención, y que se produce sin que haya existido ni trámite previo alguno, ni acto administrativo, ni pago de indemnización alguna, y que han sido ocupadas para ejecutar obras por parte de dicha Entidad Municipal.”

El problema jurídico que se plantea está referido, entonces, a las instituciones del silencio administrativo positivo y a la responsabilidad extracontractual del Estado, por lo que, en primer término conviene que esta Sala inicie por exponer los criterios interpretativos sobre esos temas que, a la fecha, constituyen precedente jurisprudencial obligatorio de conformidad con el segundo inciso del artículo 19 de la Ley de Casación.

QUINTO: En lo que respecta al silencio administrativo previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, esta Sala ha señalado reiteradamente; 1) Efectos principales del silencio administrativo positivo en el Ecuador: De conformidad con el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, el efecto principal, del silencio administrativo consiste en dar origen a un acto

administrativo presunto y autónomo, con el que se atiende positivamente lo solicitado por el administrado. El acto administrativo presunto derivado de la omisión de la Administración Pública se ha de presumir legítimo y ejecutivo, como cualquier otro acto administrativo (expreso), salvo que se trate de un acto administrativo irregular, circunstancia en la que la presunción de legitimidad se desvanece por la existencia de vicios inval道ables. Dicho de otro modo, aunque la regla general consiste en que un acto administrativo presunto, derivado del silencio administrativo es legítimo y ejecutivo, existen actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que por contener vicios inval道ables, no pueden ser ejecutados, por ilegítimos. La consecuencia de que un acto administrativo presunto, derivado del silencio administrativo, se presume legítimo y ejecutivo es que los actos administrativos ulteriores, no pueden modificar o ser útiles para extinguir el acto administrativo presunto, que es regular y del que se han generado derechos, sino han operado el mecanismo de la declaratoria de lesividad y el ejercicio de la acción de lesividad, según el régimen jurídico vigente. La revocatoria del acto administrativo presunto, siguiendo el procedimiento y dentro de los términos previstos en la Ley, sólo será posible si es que la ejecución del acto administrativo no ha sido ya solicitada. Además, otro efecto, derivado de la naturaleza de todo acto administrativo legítimo, es su ejecutividad de tal forma que el administrado podrá, desde el día siguiente a la fecha de vencimiento del término que la autoridad tuvo para resolver la petición. Acudir a los Tribunales Distritales para hacer efectivo (ejecutar) el contenido de acto administrativo presunto a través de pretensiones de orden material, siguiendo para el efecto las reglas sobre la caducidad del derecho para demandar. Finalmente, se generan, junto con el silencio administrativo, otros efectos colaterales de origen legal, sobre los que los Tribunales Distritales deben pronunciarse, pese a que no exista petición alguna al respecto, esto es, sobre las sanciones de orden administrativo que el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada prevé en el caso de infracciones al derecho de petición. Estas sanciones administrativas son independientes de la responsabilidad que

individualmente se atribuye, a través de los medios de control y los procesos judiciales correspondientes, a los funcionarios públicos, por los eventuales perjuicios económicos que se ocasionaren al Estado, por falta de diligencia de aquéllos en el ejercicio de sus funciones. 2) Requisitos materiales del acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo: Se ha señalado que para la intervención de los Tribunales Distritales dirigida a hacer efectivos los actos administrativos presuntos, derivados del silencio administrativo con efectos positivos, se ha de cuidar que se cumplan determinados requisitos formales y sustanciales. En lo que respecta a los requisitos sustanciales, el acto administrativo presunto, que se derive del silencio administrativo, debe ser un acto administrativo regular. Siguiendo la concepción de los actos administrativos regulares, afianzada en la doctrina y la legislación comparada, entendemos por acto administrativo regular aquél merecedor de la protección jurídica que se desprende de la presunción de legitimidad por no contener vicios invalidadables, que ordinariamente se han de presentar de manera manifiesta. Por exclusión, son actos administrativos y regulares aquellos respecto de los cuales no se puede sostener una causa de nulidad prevista en la Ley. En este sentido y a manera de ejemplo, no son regulares, los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que se entenderían expedidos por autoridad incompetente o aquéllos cuyo contenido se encuentra expresamente prohibido en la Ley. El sentido de la revisión de este requisito material se justifica por la aplicación del régimen jurídico de la extinción de los actos administrativos en razón de su legitimidad. En efecto, sin perjuicio de la intervención de los Tribunales Distritales en la materia, la Administración, en ejercicio de su potestad de autotutela, es competente para dejar sin efecto cualquier acto administrativo nulo de pleno derecho (actos irregulares), expreso o presunto, aún cuando de éste se pueda sostener que se han generado derechos para el administrado, pues, es evidente que los actos nulos de pleno derecho no se pueden consentir, porque afectan el orden público, algo que trasciende al mero interés del destinatario del acto administrativo. Así, en lo que respecta a los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo con efectos positivos, no se puede

sostener razonablemente que la omisión de la Administración pueda transformar lo que originalmente es ilícito en lícito. Por el contrario, un acto administrativo regular del que se desprenden derechos, explícito o presunto, aún cuando se pueda sostener que contiene un vicio que no entraña su nulidad de pleno derecho, no puede ser extinguido en la misma sede administrativa y, para ello, el ordenamiento jurídico ha dispuesto el mecanismo de la declaratoria y acción de lesividad. En tal sentido, si un acto administrativo, explícito o presunto, es nulo de pleno derecho, la intervención de los Tribunales Distritales no puede dar valor a lo que nunca lo tuvo. Ahora bien, para que un acto administrativo, explícito o presunto, sea irregular, el vicio que entraña su nulidad de pleno derecho ha de ser manifiesto, evidente, pues no puede exigírsele a los Tribunales Distritales que sustituyan en el ejercicio de sus competencias a la Administración o remedien su torpeza. Tampoco es posible que los Tribunales Distritales, a cuenta de verificar la validez del acto administrativo cuya ejecución se busca, modifiquen la naturaleza del proceso instaurado, convirtiéndolo en uno de conocimiento, cuando la materia es simplemente la ejecución del contenido del acto administrativo presunto. Por ello, en lo que corresponde a la revisión de los requisitos sustanciales del acto administrativo presunto, lo que les correspondería a los Tribunales Distritales es verificar la regularidad del acto en función de las razones de orden jurídico (no las razones fácticas que debieron ser revisadas en sede administrativa) que constan en la petición del administrado, de la que se argumenta se ha desprendido el acto administrativo presunto cuya ejecución se busca. Esto se justifica por el hecho de que el contenido del acto administrativo presunto no es otra cosa que el contenido de la petición del administrado que ha dejado de atenderse oportunamente, de la que se destacan sus fundamentos jurídicos y fácticos. De los primeros, se ha de derivar la cobertura legal para pedir lo que efectivamente se pide. 3) Requisitos formales para la procedencia de la ejecución de un acto administrativo presunto regular: En lo que se dice relación con los requisitos formales para la intervención de los Tribunales Distritales en la ejecución de los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo, ya desde el 18 de agosto del 2000, fecha de publicación, en el

Suplemento del Registro Oficial número 144, del Decreto Ley 2000-1, el instrumento previsto en el ordenamiento jurídico (artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada) para hacer posible el ejercicio de los derechos que se desprenden de los actos administrativos presuntos, consistió en el certificado otorgado por la autoridad omisa acerca de la fecha de vencimiento del término. Como, evidentemente, era poco probable que la autoridad omisa emitiera el certificado referido, pese a la prevención de que sería destituida, esta Corte consideró que bastaba, para acudir a los Tribunales Distritales y hacer efectivo el contenido de los actos administrativos presuntos, la constancia de que este certificado fue solicitado a la autoridad omisa y que, ante un muy posible caso de que este certificado no fuere emitido dentro del término para atender estas peticiones (15 días) o que su contenido no sea el previsto en la norma, se acuda a los jueces para hacer este mismo requerimiento por la vía judicial. De tal forma que quien quiere conseguir, a través de la intervención de los Tribunales Distritales, una actuación material de la Administración fundada en los hechos, derechos o prestaciones declarados; reconocidos o admitidos, según fuere el caso, en un acto administrativo presunto, requiere justificar, en el proceso, que ha efectuado estas diligencias en sede administrativa y judicial, aunque no hayan sido atendidas por la Administración. Se debe hacer notar que es usual que la Administración, en lugar de señalar una fecha en la que venció el término para resolver las peticiones de los Administrados, efectúe alegaciones de variada índole; este hecho es irrelevante a efectos de la constatación del requisito formal, que tiene sentido si se considera que es el medio idóneo para determinar con nitidez la petición respecto de la cual se sostiene, en el proceso, que se ha generado los efectos del silencio administrativo. 4) Competencia, trámite, caducidad del derecho a demandar. En lo que respecta a la competencia de los Tribunales Distritales para conocer de las acciones dirigidas a conseguir la ejecución de los actos administrativos presuntos regulares, derivados del silencio de la Administración Pública, aquélla se desprende de los artículos 28 y 38 de la Ley de Modernización. En efecto, el artículo 38 de la Ley de Modernización el

Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, en la redacción constante en el artículo 1 de la Ley 2001-56, publicada en el Registro Oficial número 483 de 28 de diciembre de 2001, señala: "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, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de 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". La interpretación de esta norma no ofrece mayor dificultad. En efecto, en razón de la materia, los procesos de ejecución, esto es, los dirigidos a conseguir la realización material de los actos administrativos presuntos regulares se ubican en el conjunto de los "actos... producidos por entidades públicas" previstos en la norma. En lo que respecta al sujeto pasivo de la relación jurídica procesal, las acciones de ejecución de actos administrativos presuntos se dirigen contra una institución pública de aquéllas previstas en el artículo 118 de la Constitución Política (actualmente artículo 225), por lo que la aplicación de la norma no ofrece ninguna controversia. En lo que respecta a la competencia en razón del territorio, el artículo 38 ibídem señala que es competente el Tribunal Distrital del domicilio del actor. De manera general, la aplicación de esta norma no tiene por qué suponer dificultades, salvo cuando se trata de una demanda en la que intervienen varios actores, con domicilios distintos. En este caso, el problema, con base en los principios de economía procesal y de concentración, se soluciona con la determinación del domicilio de quien comparece en representación de los actores. No sería lícito, por tanto, entender que la norma

limita la posibilidad de que actúen, por idéntica causa, con idéntico objeto, sujetos diversos, con domicilios distintos. De Tal forma que la competencia del Tribunal Distrital se ha de determinar en función del domicilio del procurador común en caso de un litis consorcio activo, del procurador judicial o, en general, de quien comparece en representación de los derechos de todos los demandantes, debidamente legitimado. Este criterio no sólo en tratándose de acciones de ejecución, en las que se puede considerar equivocadamente, y en aplicación del régimen previsto en el Código de Procedimiento Civil, cierta concurrencia en razón del lugar en que deben ejecutarse los actos administrativos presuntos o cualquier otra, sino en todos los casos en que requiera aplicar el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, norma que define la competencia atendiendo el territorio. En lo que respecta al trámite, el mismo artículo 38 ibídem señala que el trámite que debe darse a cualquier demanda dirigida contra las instituciones públicas, por actos producidos por ellas, es el previsto en la Ley de la Jurisdicción contencioso Administrativo, por lo que, aún cuando se trate de una acción de ejecución, el trámite es el mismo aplicable a los recursos subjetivo y objetivo, previstos en la referida Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Finalmente, el asunto de la caducidad del derecho a demandar, esto es, la extinción del derecho de acción en razón del transcurso de tiempo, esta Sala ha señalado que la fecha de inicio a efectos del cómputo de los términos para determinar la caducidad del derecho de acción, en los casos en que el administrado busca hacer efectivo (ejecutar) el acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo con efectos positivos, sería, por regla general, el día siguiente a la fecha en que se habría producido el acto administrativo presunto cuya ejecución se busca en sede judicial, sin perjuicio de que se hubiese procurado la ejecución del referido acto administrativo presunto en sede administrativa. La única excepción a la regla consistiría en la impugnación de un acto administrativo expreso o un hecho administrativo que afecten el contenido del acto administrativo presunto si éste es meramente declarativo, en cuyo caso se seguirá la regla de caducidad para los actos administrativos notificados o los hechos administrativos, según sea el supuesto, porque la "impugnación" de

estos actos o hechos sería, en estricto sentido, la materia de la litis. Finalmente, los términos para que opere la caducidad, actualmente vigentes, son de 90 días para el caso del recurso de plena jurisdicción referido a un acto administrativo notificado (esto es, un acto administrativo expreso); tres años para las materias propias del recurso objetivo; y, cinco años para el caso de controversias relacionadas con contratos y cualquier otra materia no prevista en los supuestos anteriores, en cuyo conjunto se encuentran los actos administrativos presuntos y los hechos administrativos.- 5) El rol de los sujetos procesales en un proceso de ejecución de los actos administrativos presuntos: Se ha señalado, adicionalmente, que, perfilados los requisitos sustanciales y formales para que el silencio administrativo surta los efectos señalados en la Ley y aquellos colaterales, es conveniente abundar sobre el papel de los sujetos principales en el proceso de ejecución del contenido del acto administrativo presunto. En primer lugar, el actor deberá justificar, en el proceso, una petición debidamente fundamentada en el derecho y los hechos, que hubiere cursado a una determinada autoridad administrativa competente para resolver sobre lo solicitado, y el haber efectuado las diligencias en sede administrativa y judicial para obtener el certificado en el que conste el vencimiento del plazo. Las pretensiones del actor, en su demanda, deben ser de orden material y vinculadas indefectiblemente con el contenido del acto administrativo presunto que se espera ejecutar. El demandado, dentro del proceso de ejecución, podrá proponer como defensas y excepciones aquéllas propias de todo proceso de ejecución, esto es, las de orden procesal, las referidas a los requisitos sustanciales y formales antes señalados, o bien, aquéllas relacionadas con las actuaciones de la Administración con las que ya se ha satisfecho las pretensiones del actor. En este aspecto, es fundamental aclarar que el ejercicio del derecho de contradicción del demandado tiene que estar vinculado con la naturaleza del proceso, que es de ejecución, por lo que no tendría sentido plantear como defensas o excepciones los temas que tuvieron que ser dilucidados a través de un acto administrativo expreso que hubiese dado fin al procedimiento administrativo desencadenado a través de la petición del administrado. La prueba, evidentemente, debe estar ligada a los

hechos que pueden ser materia de la demanda y de la contestación a la demanda, según queda señalado; una prueba de diversa índole es absolutamente impertinente y debe ser rechazada en cuanto se la solicite, con el objeto de no desnaturalizar el proceso de ejecución. Finalmente, el juzgador está en la obligación de: verificar el cumplimiento de los requisitos sustanciales y formales descritos precedentemente, como si se tratase de la calificación de un título y una obligación ejecutiva (que no lo son) en un juicio ejecutivo, analizar las defensas y excepciones propuestas por el demandado en relación con el proceso y con la sustancia del proceso de ejecución; y, finalmente, ha de arribar a su resolución admitiendo las pretensiones de actuación material del actor o rechazándolas si las encuentra insustentadas en el acto administrativo presunto o si encuentra que alguna de las defensas o excepciones del demandado están fundadas en Derecho y en los hechos.

SEXTO: Determinado el esquema básico de interpretación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, conviene efectuar el mismo análisis respecto de la institución de la responsabilidad extracontractual del Estado, prevista, principalmente, en el artículo 20 de la Constitución Política haciendo hincapié en lo que, a esta fecha, es un criterio reiterado de esta Corte en la materia, que constituye un precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento en la interpretación del régimen. A este respecto, se ha señalado que 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 cuasidelitos” (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 deriven 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 producido, por ejemplo, el daño emergente; y, es futuro, el daño que objetivamente se espera, por ejemplo, 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; de tal forma que esta Sala entiende que las distintas teorías sobre la calificación del nexo causal, que han sido enunciadas 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 adecuadas al ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado: a) El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus 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 deberes y responsabilidades generales que permiten hacer efectivos el conjunto de los correlativos derechos de los que somos titulares. La aplicación del principio de solidaridad, sin embargo, no significa que los restantes principios previstos en la misma Constitución Política no deben 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 persecución de 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 restablecer el balance afectado. Por esta razón, el artículo 20 de la Constitución Política (actual artículo 11 numeral 9) 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 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 la norma analizada 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 ha sido conforme 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 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 en 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 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 contractual 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. De otra parte, en el caso signado con el N. 62-2005, Andrade c. CONELEC y otros, Resolución número 168-2207, de 11 e abril de 2007, esta Sala señaló: "los daños pueden 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 el requerimiento 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 (actual artículo 424 de la Constitución), en el sentido de que no pueden modificar las mismas prescripciones constitucionales en la materia, como aquellas 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 vales sus derechos sin agotar la vía administrativa, de conformidad con el artículo 38 de la Ley de Modernización. d) El plazo de prescripción previsto 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 Jurisdicción Contencioso Administrativa, reformado por el artículo 2 de la Ley 2001-56, publicada en el Registro Oficial 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 hubiese previsto uno distinto en una norma de rango legal, es 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 ahora un precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento. f) Del mismo modo, la acción de repetición prevista en 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 conducidos por la actividad pública y la Administración, a través 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 la responsabilidad prevista en el inciso segundo del artículo 20 de la Constitución Política por culpa grave, y deberá asumir los perjuicios económicos ocasionados al Estado, y así deberá ser declarado en el proceso de ejecución del acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo positivo". De tal forma que, aunque para el caso de la Municipalidad de Cuenca no es aplicable el procedimiento previsto en el Estatuto del Régimen jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva para que los daños indemnizables sean reparados en sede administrativa, el criterio señalado, fundado en el régimen constitucional y el previsto en la Ley de Modernización, es plenamente aplicable al caso puesto a nuestra consideración y no existe razón para que esta Sala pueda justificar una modificación al criterio vertido, si no es afectando el principio y el derecho a la seguridad jurídica en su vertiente de predecibilidad en la aplicación del ordenamiento jurídico. Efectuado el análisis precedente, ahora es posible, considerar las alegaciones de la Municipalidad de Cuenca.

SÉPTIMO: La Entidad recurrente argumenta que, en la sentencia materia del presente recurso, se ha interpretado erróneamente el artículo 28 de la Ley de Modernización, porque el Tribunal a quo no habría considerado el hecho de que la Municipalidad no era competente para pronunciarse, ni aún expresamente, sobre la petición de que el daño alegado por el actor sea resarcido, por tratarse de una materia sujeta a la competencia de los jueces. La alegaciones relevantes, en el sentido de que la Entidad recurrente

argumenta que la ejecución ordenada por el Tribunal a quo se refiere a un acto administrativo presunto irregular, esto es, un acto que contiene el vicio de la incompetencia de la autoridad que lo produce –por su omisión– para pronunciarse sobre el derecho del administrado a ser indemnizado. Sin embargo, el argumento es errado, pues, la reparación de los daños indemnizados por la actividad pública forma parte de la competencia general prevista en los artículos 64, numeral 47, y 138 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, aplicables a la fecha en que debía pronunciarse el Concejo Municipal sobre la petición cursada por los actores. En efecto, estas normas establecen que le corresponde al Concejo Municipal conocer y resolver sobre los reclamos que los administrados presenten en relación con las resoluciones municipales. La petición de la que se desprende al acto administrativo presunto, cuya ejecución se solicitó en este proceso, se refiere a la conducta de la Municipalidad en relación con la Lotización de la Cooperativa de Vivienda “acción Comunitaria Casa Para Todos” y la ocupación indebida de un inmueble respecto del que los actores han alegado su derecho. Más allá del hecho de que la competencia del Concejo Municipal se encuentra prevista expresamente en la Ley de Régimen Municipal para conocer de todo tipo de reclamación relacionada con sus actos propios, esta reclamación tiene que ver con el desconocimiento del derecho de propiedad de los actores y el daño patrimonial provocado por la inconducta de la Municipalidad; por ello el argumento planteado por la Entidad recurrente es inadmisibles, incluso desde la perspectiva de su razonabilidad, porque presupone la necesidad de “judicializar” toda reclamación administrativa relacionada con la reparación de daños y perjuicios por actos propios de la misma Administración, lo que es contrario a un principio básico del Estado de Derecho, por el que el ejercicio de la autoridad (poder fundado y limitado en el ordenamiento jurídico) se dirige principalmente a la tutela de los derechos de los individuos y, en tal virtud, no puede “alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos”, derechos que, como el de la propiedad, son directamente aplicables por cualquier autoridad pública. De

otra parte, es necesario aclarar, al dictar esta sentencia de fondo, que el argumento planteado por la Entidad recurrente relacionada con la nulidad del acto administrativo presunto, cuya ejecución ordenó el Tribunal a quo, ha sido el único que ha motivado la admisión a trámite de un recurso de casación dentro de un proceso de ejecución de un acto administrativo presunto, que no fue desnaturalizado (convertido en un proceso de conocimiento) por el Tribunal inferior. En efecto, la alegación planteada por la Entidad recurrente suponía que el Tribunal a quo habría dado valor a lo que nunca lo tuvo; de tal forma que, de haber sido confirmado por esta Sala que el acto administrativo presunto cuya ejecución se solicitó era nulo de pleno derecho, por falta de competencia de la autoridad que lo produjo, la conclusión necesaria no era otra que el Tribunal a quo había errado en darle el trámite de ejecución a un caso que exigía un proceso diverso, pues, como se ha reiterado sólo son ejecutables los actos administrativos presuntos "regulares" derivados del silencio administrativo. En este sentido, se debe subrayar que no es admisible un recurso de casación sobre sentencias dictadas en un proceso de ejecución (artículo 2 de la Ley de Casación), a condición de que efectivamente se haya instaurado legalmente un proceso con esa naturaleza y que el Tribunal a quo efectivamente le haya dado ese tratamiento. Debe notarse, a propósito de este señalamiento, que es usual que los Tribunales Distritales yerren e la calificación de la naturaleza del procedimiento y que, finalmente, tramiten demandas de ejecución como si se tratase de procesos típicos de conocimiento (recursos subjetivo u objetivo), o bien, le otorguen la naturaleza de un proceso de ejecución a lo que debe ser tratado como un proceso de conocimiento, desatendiendo los criterios vertidos por esta Corte, y expuestos en esta sentencia.

OCTAVO: La Entidad recurrente sostiene que se han infringido los artículos 1, 3, 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 38 de la Ley de Modernización, 1, 5, 16, 63 y 843 del Código de Procedimiento Civil, porque considera que, tratándose de una reparación de daños y perjuicios, en razón de la materia que, a juicio de la Entidad, no es administrativa, debía proponerse la

demanda ante los jueces civiles. La alegación de la Entidad recurrente no tiene sustento alguno, porque desatiende el hecho de que el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado resolvió definitivamente el problema de la competencia de los Tribunales Distritales Contencioso Administrativos empleando como punto de conexión principal el sujeto pasivo de la relación jurídica procesal, esto es, cuando una demanda se dirige contra cualquiera de las instituciones públicas, de aquellas previstas en el artículo 118 de la Constitución Política, (actualmente artículo 225) el único juez competente, sin consideración a la materia, pues, en cualquier caso, el Estado y sus instituciones efectúan sus actividades y generan efectos, directos o indirectos, siempre a través de actos, hechos o contratos, en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo. Ahora bien, para determinar, cuál de todos los Tribunales Distritales es competente, se determinó un criterio referido al territorio que debe ser interpretado según lo expuesto en el considerando cuarto de esta sentencia. Finalmente, dado que la causa se refiere a la ejecución de acto administrativo presunto, derivado del silencio administrativo, es indudable que la competencia para conocer sobre las pretensiones de orden material de los actores, centro de un proceso de ejecución, es competencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, atendiendo el domicilio de Miguel Fernando Hermida Moreira, designado procurador común, en el litis consorcio activo. Por las consideraciones vertidas, que se limitan a lo que ha sido materia del presente recurso, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desecha el recurso de casación interpuesto. Sin costas.

f) Dres. Marco Antonio Guzmán Carrasco.- Hernán Salgado Pesantez.- Jorge Endara Moncayo.