

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

La aplicabilidad de la responsabilidad objetiva en la prestación de servicios
públicos.

JOSÉ ESTEBAN ÁLVAREZ ÑAUTA

Javier Robalino, L.I.M. Director de tesis.

Tesina de grado presentada como requisito para la obtención de título de
abogado

Quito, mayo de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“La Aplicabilidad de la responsabilidad objetiva a la prestación de servicios públicos”

José Esteban Álvarez Nauta

Dr. Luis Parraguez
Presidente del tribunal y
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Dr. Juan Pablo Albán
Informante

Dr. Marco Morales
Informante



Quito, 20 de Mayo de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACIÓN DE DIRECTOR/TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TÍTULO: *"La aplicabilidad de la responsabilidad jurídica en la prestación de servicios públicos"*

ALUMNO: José Esteban Álvarez Nauta

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

La responsabilidad objetiva (RO) es un tema de capital de importancia en la población de servicios públicos.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

El Ecuador se encuentra retrasado en el desarrollo legislativo de esta institución, siendo la falta de legislación una causa de incertidumbre en las relaciones jurídicas entre usuarios, concesionarios, jueces y órganos del Estado, cuando se evalúan los efectos de los daños relacionados a la prestación de los servicios públicos.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

Los documentos, fuentes, doctrinas y otros recursos usados por el ponente son suficientes y pertinentes al análisis de la RO.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

La hipótesis planteada se desarrolla organizadamente en aquello que se refiere a la RO. Nótese que la tesis no abarca la responsabilidad objetiva en materia ambiental, lo cual es un tema distinto, de aquella tradicional RO en materia de servicios públicos.

FIRMA DIRECTOR



Dr. Javier Robalino Orellana.

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma: -----

Nombre: José Esteban Alvarez Ñauta

C. I.: 0103833935

Fecha: Quito, mayo del 2015

AGRADECIMIENTOS

A Dios por su constante guía, a mi padre por todo el sacrificio y esfuerzo realizado a lo largo de su vida, a mi madre por el cariño y apoyo, y a mi hermano por su compañía incondicional.

RESUMEN

La responsabilidad objetiva del Estado ha sido un tema de gran trascendencia, tanto para la doctrina del derecho como para los sujetos involucrados dentro de un ordenamiento jurídico. Esto puede verse plasmado en diferentes legislaciones, las cuáles han tratado el tema de una manera muy minuciosa, desarrollando su contenido y alcance a través de disposiciones legales que garanticen su debida aplicación. Sin embargo, en el Ecuador ha existido un trato y reconocimiento incompleto de la responsabilidad objetiva del Estado en la prestación de servicios públicos, debido, principalmente, a la ausencia de una normativa específica que establezca los parámetros y lineamientos en función de los cuales deberá aplicarse dicha institución. En la presente tesina, se pondrá de manifiesto aquella necesidad urgente de la existencia de un ley, que recoja todas disposiciones relativas a este tipo de responsabilidad, más aún cuando se ha dejado atrás aquel Estado de derecho para dar paso a aquel Estado de derechos y justicia.

ABSTRACT

The strict liability of the State has been a topic of great importance, both for the doctrine of law as to the subjects involved in a legal system. This is reflected in different legislations, which have addressed the issue in a very thorough way, developing its content and scope through legislation to ensure its proper application. However, in Ecuador has been an incomplete treatment and recognition of the strict liability of the State in providing public services, mainly due to the absence of specific rules and guidelines that set parameters in terms of which must be applied that institution. In this thesis, will be apparent the urgent need for the existence of a law that containing all provisions relating to this kind of responsibility, especially when it has left behind that State of rights to give way to that State of rights and justice.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	11
1. CAPÍTULO PRIMERO: DE LA RESPONSABILIDAD. NOCIONES GENERALES	14
1.1. De la responsabilidad patrimonial	14
1.2. Elementos de la responsabilidad.....	17
1.2.1. El hecho ilícito civil	17
1.2.2. La culpa.....	21
1.2.3. El daño	23
1.2.4. Nexo Causal.....	28
1.3. Clases de Responsabilidad	29
1.3.1. Responsabilidad Contractual	29
1.3.2. Responsabilidad Extracontractual	31
1.4. Responsabilidad Patrimonial en la legislación ecuatoriana	33
2. CAPÍTULO SEGUNDO.- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....	36
2.1. Origen del Estado	36
2.2. Concepto de Estado	39
2.3. Personalidad Jurídica del Estado	42
2.4. Evolución cronológica de la responsabilidad del Estado: del Estado irresponsable a la Responsabilidad por lesión antijurídica.....	45
2.4.1. Irresponsabilidad del Estado.....	45
2.4.2. Responsabilidad de los funcionarios	47
2.4.3. Responsabilidad Indirecta del Estado	47
2.4.4. Responsabilidad Directa del Estado.....	49
2.4.5. Responsabilidad del Estado por lesión antijurídica	51
2.5. Evolución legislativa de la responsabilidad del Estado	52
2.6. Evolución jurisprudencial de la responsabilidad del Estado.....	53
2.7. Clasificación de la Responsabilidad Patrimonial del Estado	58
2.8. Responsabilidad Contractual del Estado	60
2.9. Responsabilidad Extracontractual del Estado.....	62
2.9.1. Clases de Responsabilidad Extracontractual del Estado.....	63
2.10. Servicios Públicos	66
2.10.1. Evolución del Servicio Público	66
2.10.2. Vertientes teóricas acerca de la noción de servicio público	68
2.10.2.1. La vertiente de León Duguit	68
2.10.2.2. La vertiente de Gastón Jèze	68
2.10.2.3. La vertiente de Maurice Hauriou	69
2.10.2.4. La vertiente de Henri Berthélemy	70

	10
2.10.3. Concepto de Servicio Público	70
2.10.4. Caracteres esenciales de los Servicios Públicos	72
3. CAPÍTULO TERCERO.- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	75
3.1. Evolución histórica de la responsabilidad del Estado en la legislación ecuatoriana.....	75
3.2. Análisis comparativo entre la Constitución Política de 1998 y la Constitución de la República del 2008.	80
3.3. Análisis jurisprudencial de la responsabilidad del Estado en la prestación de servicios públicos en la legislación ecuatoriana.	82
3.3.1. Resolución No. 187-2000 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia	83
3.3.2. Resolución No. 63-2001 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia	84
3.3.3. Resolución No. 229-2002 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.	85
3.3.4. Resolución No. 20-2004 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia	90
3.3.5. Resolución No. 18-2007 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.	92
3.4. Modelo Propuesto	94
4. CAPÍTULO CUARTO.- CONCLUSIONES.....	99
5. BIBLIOGRAFIA	102

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad del Estado ha sido un tema ampliamente discutido por la doctrina del derecho, la misma que ha formulado una serie muy extensa de postulados a su alrededor, los cuales permiten que dicho tema se mantenga hasta el día de hoy en vigencia. La responsabilidad del Estado es a su vez un tema que abarca una gran cantidad de contenido y subtemas, por lo cual es necesario mencionar en este punto que nuestro trabajo se enfocará de manera principal en el análisis de la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado en la prestación de servicios públicos, dejando de un lado aquella responsabilidad objetiva derivada de un daño ambiental.

Este tipo de responsabilidad a la que hacemos alusión, a diferencia de otros sistemas como el español o el francés, ha sido desarrollada en nuestro ordenamiento de manera muy tardía. Pese a la gran cantidad de constituciones que ha caracterizado la historia del país, fue recién con la Constitución de 1998 que se estableció, de manera innovadora, la responsabilidad objetiva del Estado, separando por un lado la responsabilidad del funcionario de la responsabilidad de la propia Administración. Esta innovación en la Constitución de 1998, permitió avanzar un paso más allá en la responsabilidad de la Administración Pública, superando el concepto clásico de responsabilidad extracontractual subjetiva, para construir un nuevo sistema en función de un nuevo tipo de responsabilidad que favorezca de mejor manera a la víctima: la responsabilidad extracontractual objetiva de la Administración.

A priori, este nuevo sistema parecería la solución a varias de las dificultades que afrontaba la víctima al momento de entablar un proceso en contra de la Administración Pública -como era la obligación del afectado de probar el dolo o culpa del funcionario que ocasionó el daño-, debido a varias de las facilidades que otorgaba, en teoría, este tipo de responsabilidad, como la reversión de la carga de la prueba, con lo cual se obliga a la administración que pruebe que actuó de manera diligente, prudente y cuidadosa en la prestación de sus servicios. Sin embargo, debido a la negativa de los jueces por aplicar este nuevo tipo de institución, sumado a la inseguridad jurídica de nuestro país y a una ausencia de una normativa que exija su expresa aplicación, el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado en la prestación de servicios públicos se encuentra aun incompleta.

Con la Constitución de Montecristi de 2008, se dieron nuevamente cambios importantes en nuestro país, y de manera más concreta en lo referente a la responsabilidad del Estado ecuatoriano. A través de una lectura rápida del artículo 1 de la Constitución de 2008 a diferencia de lo que ocurre con la de 1998, puede percatarse de la ausencia de un término que representa real trascendencia al momento de definir un Estado: *responsable*. De alguna u otra manera, este carácter se ve reducido en la Constitución del 2008, más aún cuando el Estado ecuatoriano deja de ser un Estado de Derecho y pasa a ser un Estado de derechos y justicia

Ante esta realidad, surge un problema que se resume en las siguientes interrogantes: ¿Es aplicable, en nuestro ordenamiento, la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado en la prestación de servicios públicos? ¿Debería existir una ley que regule los parámetros y lineamientos en función de los cuales debería aplicarse dicha institución?

Conscientes de la gran cantidad de normativa en nuestro ordenamiento jurídico, la misma que contribuye a agigantar uno de los males más perjudiciales para el administrado como lo es la inseguridad jurídica, creemos que un tema de real trascendencia como la responsabilidad del Estado en la prestación de servicios públicos, debe encontrarse plasmado en una Ley, la misma que servirá para establecer cuáles son los parámetros y lineamientos en función de los cuales se deberá aplicar esta institución. Esto servirá para dejar atrás, entre otras cosas, discusiones improductivas -como aquella presentada en el caso “Delfina Torres viuda de Concha” en relación al órgano competente para conocer el caso, discusión generada debido a las múltiples resoluciones aclaratorias del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado-, que, todo lo contrario a su objetivo, han ocasionado una serie de confusiones tanto a los jueces como al administrado, afectando de manera directa el derecho de acceso a la justicia.

Con el fin de corroborar esta tesis, en el primer capítulo de esta tesina, se empezará por analizar los conceptos generales de la responsabilidad patrimonial, así como sus elementos y clases. Posteriormente, se procederá a estudiar la responsabilidad patrimonial en la legislación ecuatoriana, basado principalmente en las disposiciones concernientes del Código Civil.

En el segundo capítulo, se analizará la responsabilidad enfocándonos de manera más concreta en el Estado. Para esto, estudiaremos las diferentes teorías que fundamentan su origen, así como varios conceptos del término, los cuáles nos servirán para dar uno propio. Posteriormente, para entender de mejor manera el origen de la responsabilidad del Estado, abarcaremos un tema de real importancia para el objetivo de este trabajo, referente a la personalidad jurídica del Estado y sus teorías, característica sobre la cual se construye toda esta institución. Continuaremos con la evolución cronológica de la responsabilidad del Estado, tanto legislativa como jurisprudencial, empezando por la etapa de irresponsabilidad para luego llegar a la responsabilidad por lesión antijurídica. Por último, en este capítulo se analizará lo relativo a los servicios públicos, empezando por la evolución del concepto como tal, sus diferentes teorías y sus principales características.

En el apartado tercero de esta tesina, se estudiará de manera profunda la evolución histórica de la responsabilidad del Estado en la legislación ecuatoriana, haciendo un recorrido muy breve por todas las constituciones de nuestro país. Continuando con este estudio, se realizará un análisis comparativo entre la Constitución Política de 1998 y la Constitución del 2008, lo cual servirá para estudiar las afectaciones que sufre o no la responsabilidad del Estado ecuatoriano. Posteriormente se analizará jurisprudencia relativa a la responsabilidad objetiva del Estado en la prestación de servicios públicos, para percatarnos de los criterios que tienen los jueces al momento de aplicar dicha institución al caso concreto.

Una vez que se haya abarcado todos estos capítulos se establecerán parámetros y lineamientos en función de los cuales creemos deberá aplicarse la responsabilidad extracontractual objetiva en la prestación de servicios públicos, dando solución a varios de los problemas que enfrenta el administrado al momento de entablar un proceso en contra de la Administración.

1. CAPÍTULO PRIMERO: DE LA RESPONSABILIDAD. NOCIONES GENERALES

En el presente capítulo se realizará un análisis de la responsabilidad patrimonial en general, para lo cual se acudirá a la definición de varios autores especialistas en el tema. De igual forma, trataremos de sintetizar de la mejor manera los elementos que forman parte de este tipo de responsabilidad, así como sus clases y las referencias que existen dentro de nuestro ordenamiento, principalmente en el Código Civil. Esto nos permitirá ubicar a la responsabilidad extracontractual objetiva en función de la doctrina, para luego entender su aplicación a la persona jurídica Administración Pública.

1.1. De la responsabilidad patrimonial

Para empezar este análisis, es pertinente citar a algunos profesores destacados en la materia, a través de los cuales entenderemos de manera más concreta el alcance de responsabilidad, así como su fundamento y sus elementos. Entre estos autores encontramos a Alessandri, para quien

En derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra¹.

De esta definición, podemos inferir que la noción de *responsabilidad* está vinculada directamente con aquella que define a la *obligación*,² la cual como bien lo menciona Alessandri no se encuentra definida por la intención o el propósito del autor al momento de realizar un hecho, sino por el resultado o consecuencias que esta acción en concreto genera para otra persona. Por lo tanto, una persona *responsable* estará a su vez *obligada* a asumir las consecuencias jurídicas del hecho que generó, independientemente de la voluntad con la que haya obrado.

¹ Arturo ALESSANDRI. *De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. 2da edición. Santiago de Chile: Imprenta Universitaria, 1943. Pág., 12.

² De manera similar, el profesor Louis Josserand al hablar de obligación lo hace como un derecho personal, el cual ha de asignar, a una o varias personas, el carácter de deudores frente a otras, que se consideran acreedores, frente a los cuales deberán otorgar un tipo de prestación, sea de dar, hacer o no hacer. Louis JOSSERAND. *Teoría general de las obligaciones*. Primera edición. Santiago de Chile: Editorial Parlamento LTDA., 2008. Pág., 7.

El diccionario de la Real Academia Española, en una de sus definiciones de responsabilidad hace alusión a aquella “deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”.³ Si bien es cierto, esta definición de responsabilidad es muy sistematizada y concreta, contiene a su vez elementos que nos serán muy útiles al momento explicar sus diferentes tipos y características, por lo cual nos parece adecuada para empezar. Sin embargo mientras sigamos con nuestro estudio procederemos a utilizar diferentes definiciones un tanto más amplias y específicas, las cuales servirán para distinguir otros tipos de responsabilidad.

De igual manera, el profesor Arturo Acuña nos menciona que la idea de responsabilidad civil ha sido modelada durante miles de años en base a la *culpa*, que constituye la teoría clásica, la cual sirve como fundamento para sostener que no hay responsabilidad sin falta. Por lo tanto, “[...] no puede condenarse a una persona a reparar un daño, si a la misma no le es imputable el acto ilícito que lo produjo”.⁴ Siguiendo esta misma línea, Philippe le Tourneau nos explica que los autores del Código Civil francés fundaron la responsabilidad civil en la culpa, la misma que se encuentra relacionada de forma directa con el actuar libre del ser humano, por lo cual este tipo de responsabilidad se la denomina subjetiva: “La responsabilidad supone conciencia y libertad; ahora, solo se concibe al hombre consciente y libre en la medida en que sea responsable”.⁵ Si tenemos que dar una definición, diríamos que la responsabilidad patrimonial es aquella obligación que recae sobre todo autor de un hecho ilícito, de resarcir el daño o perjuicio causado a otra persona.

Sin embargo, la obligación de reparar los daños o perjuicios que recae sobre una persona no es el único tipo de responsabilidad que genera un acto (responsabilidad civil), la cual si bien abarca las conductas *culposas*, no da solución aquellas que han sido cometidas con *dolo* (responsabilidad penal). En la primera categoría de responsabilidad –responsabilidad civil- encontramos a los cuasidelitos, los cuales han

³ Diccionario de la Real Academia de Lengua Española.

⁴ Arturo ACUÑA. *Estudios sobre responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Platense, 1963. Pág., 3.

⁵ Philippe le TOURNEAU. *La responsabilité civile*. París: Editorial Presses Universitaires de France, 2003. Pág., 29

sido definidos por la doctrina⁶ como aquellos actos que se producen sin la intención de perjudicar a otra persona, sin embargo lo hacen. Estos actos u omisiones se producen por negligencia, incuria, impericia o imprudencia⁷. Mientras que en la segunda categoría de responsabilidad -responsabilidad penal- encontramos a los delitos, los cuales generan una responsabilidad punitiva, es decir que al autor de la conducta se le impondrá una pena a través del Estado, independientemente de que exista o no a su vez una obligación indemnizatoria.

Para la profesora Marcela Castro, estos diferentes tipos de responsabilidad responden al tipo de normas que resulten vulneradas. Por un lado, la responsabilidad penal se configura cuando la conducta ilícita se encuentra tipificada de manera específica en una norma penal y su cometimiento dará como resultado la imposición de una pena la cual de igual manera se encuentra en la norma, siempre en función del principio de legalidad. Por otro, la responsabilidad civil surgirá cuando una persona a través de una conducta, sea dolosa o culposa causa daño al patrimonio de otra.

Las normas de responsabilidad civil tienen, por consiguiente, una función reparadora antes que propiamente sancionatoria [como la responsabilidad penal], es decir, buscan poner al perjudicado en la posición más parecida posible a la que tendría si no hubiese sufrido el daño, pero su objetivo no es castigar al autor del perjuicio, sino resarcir a la víctima.⁸

Dicho esto, y siguiendo la clásica definición de delito,⁹ podríamos decir que para la responsabilidad penal es completamente necesario que dicha acción se encuentre perfectamente tipificada en la ley, lo cual a su vez restringe completamente cualquier tipo de analogía o interpretación extensiva. Mientras que dentro de la responsabilidad civil, lo que tiene real relevancia es el resultado ocasionado más que la acción o conducta por sí misma, por lo cual dentro de este tipo de responsabilidad “se trata de valorar el daño, y que esa valoración conformará la indemnización que habrá que

⁶ Louis JOSSERAND. *Teoría general de las obligaciones*. Óp. cit. Pág., 228.

⁷ Cabe mencionar que esta figura, ajena a la del delito ya existía en el derecho romano, y no se encontraba dentro de la categoría del delito mismo, debido a que su conducta no tiene como fundamento el ánimo nocivo de ocasionar algún daño, sino que era producto de una falta de diligencia o por el hecho de no comportarse como un buen *pater de familia*. Marcela CASTRO. *Derecho de las obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis, 2011. Pág., 209.

⁸ Marcela CASTRO. *Derecho de las obligaciones*. 1era edición. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2011. Pág., 20.

⁹ Según la teoría clásica del delito, es considerado una acción típica, antijurídica, culpable y penada por la ley. Íñigo NAVARRO. *Derecho de daños*. 1era edición. Pamplona: Editorial Aranzadi, S.A., 2013. Pág., 23.

entregar a la víctima, mientras que en la RCrim [responsabilidad penal] la sanción está previamente tasada en función de la infracción que se ha cometido”.¹⁰ Por lo tanto, podríamos concluir en lo que respecta a estos dos tipos de responsabilidades que por un lado la responsabilidad civil busca el resarcimiento de daños a través de una indemnización, mientras que la responsabilidad penal lo que busca es una sanción.

De igual manera, esta explicación nos permite afirmar que, si bien es cierto es irrelevante la *voluntad* con la que se haya obrado al momento de realizar un hecho para que surja la figura de responsabilidad, también es cierto que el tipo de responsabilidad (sea civil o penal) dependerá directamente de aquella, lo que a su vez llevará a la configuración del delito o cuasidelito como veremos a continuación.

1.2. Elementos de la responsabilidad

1.2.1. El hecho ilícito civil

Una vez que se ha investigado el concepto de responsabilidad, vamos a analizar cada uno de los elementos o componentes de este, para luego determinar su alcance. Pues bien, esta obligación de asumir las consecuencias jurídicas que recae sobre aquella persona responsable, al igual que todas las obligaciones tiene una fuente generadora, a la cual la doctrina la ha denominado como el *hecho ilícito*. Este *hecho ilícito* constituye una situación concreta a través de la cual una persona ocasiona un daño a otra, sea este un daño patrimonial o no. A su vez, este *hecho ilícito* según Alessandri, Somarriva y Vodanovic¹¹ puede clasificarse en civiles o penales, en función siempre de la consecuencia jurídica que acarree uno y otro. Serán civiles cuando, como consecuencia del hecho surge la obligación únicamente de reparar el daño causado a una persona; mientras que un hecho ilícito será penal, cuando recaiga sobre el autor una sanción penal.

El hecho ilícito penal, lo podemos encontrar generalmente en los delitos de peligro, en donde se pone en riesgo al bien jurídico protegido, sin necesidad de que este haya sufrido algún menoscabo. Un ejemplo de esto lo podemos encontrar en el artículo

¹⁰ *Id.*, Pág., 24.

¹¹ Arturo ALESSANDRI, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC. *Tratado de las obligaciones*. 2da edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004. Pág., 33.

360 del Código Integral Penal del Ecuador, el cual en lo referente a la tenencia y porte de armas, manifiesta que “La persona que tenga armas de fuego sin autorización, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”.

Sin embargo, podríamos decir que existe una tercera categoría o clasificación de los hechos ilícitos a los cuales denominaré mixtos, ya que si bien una de sus consecuencias es la obligación de reparar el daño causado, recae sobre el actor a su vez una sanción penal. Un ejemplo más claro de esta clasificación lo podemos encontrar en el Código Integral Penal del Ecuador, el cual en su artículo 152 (delito de lesiones) numeral segundo establece una pena privativa de libertad de dos meses a un año, cuando una persona haya producido a la víctima un daño, incapacidad o enfermedad de nueve a treinta días, así como la obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados por este hecho, lo cual abarca tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Ahora bien, una vez que hemos analizado las diferentes clasificaciones del hecho ilícito, como la fuente generadora de la obligación de una persona para resarcir los daños causados, nos enfocaremos en el hecho ilícito civil, el cual por motivos de este trabajo representa mayor relevancia. Para esto, utilizaremos la definición dada por Alessandri, Somarriva y Vodanovic,¹² para quienes el hecho ilícito civil es aquel hecho provocado por una persona que ocasione un daño injusto a otra, independientemente que este tenga como fundamento la culpa o dolo de aquella.

Los hechos ilícitos civiles no traen, como los penales, una sanción punitiva, de castigo, sino la obligación de reparar el daño causado. Esta obligación tiene por objeto una prestación destinada a enmendar, compensar o, en ciertos casos, neutralizar o mitigar, en la medida de lo posible, el daño causado.¹³

A su vez estos autores realizan un análisis de cada uno de los elementos de esta definición, en donde el hecho ilícito civil será *doloso* cuando ha sido cometido u omitido con una intención de causar daño; mientras que un hecho será *culposo* cuando dicha acción u omisión se produzca por negligencia o imprudencia. De igual manera,

¹² *Id.*, Pág., 34

¹³ *Ibíd.*

daño será todo detrimento o menoscabo que una persona sufra tanto ya sea a sus derechos patrimoniales o extrapatrimoniales.

La profesora Marcela Castro de igual manera realiza un análisis extensivo del hecho ilícito civil, y al abordar el tema nos explica que al igual que la ley, este hecho ilícito es una fuente de obligaciones, el cual abarca toda conducta humana que causa un perjuicio injustificado a otro, ya sea que dicho perjuicio afecte directamente a la persona en sí misma o a su patrimonio. De esta manera, lo que surge como producto del hecho ilícito es una relación jurídica entre el causante del daño y el que sufrió dicho perjuicio, donde el primero toma el papel de deudor, ya que debe reparar el daño causado; y el segundo el de acreedor, el cual será el beneficiario de la indemnización.

La indemnización de perjuicio es la prestación como objeto de la obligación. Una vez establecida de manera cierta la existencia de la obligación de resarcir, el perjudicado tiene en su patrimonio un derecho subjetivo patrimonial (derecho personal o crediticio) y el autor del daño tendrá, correlativamente, una deuda consistente en el pago de la indemnización propiamente dicha.¹⁴

Por su parte, el profesor Arturo Acuña¹⁵ al hablar de los actos ilícitos dentro del derecho civil, manifiesta que estos son actos realizados con voluntad del agente, a través de los cuales se viola una regla de derecho, ya sea deliberadamente, por culpa o negligencia, los cuales al ocasionar un daño a otra persona obligan a su autor a su reparación integral. De esta definición, a diferencia de las anteriores el autor destaca dos elementos que son determinantes a la hora de configurar el hecho ilícito: en primer lugar el autor menciona como un *elemento objetivo* a la violación de una norma jurídica; mientras que como *elemento subjetivo* sitúa a la voluntad con la que se realiza dicho acto, es decir, debe ser un acto ejecutado con discernimiento, intención y libertad.

Algo similar ocurre con la definición que nos otorga el profesor Jaime Santos, en donde al hablar de los elementos comunes a toda responsabilidad civil no habla de un hecho ilícito propiamente, sino de una *acción* como primer elemento, y de la *antijuridicidad* como segundo, los cuales al configurarse nos darán como resultado el hecho ilícito al cual hacen referencia los anteriores autores. Este autor entiende por acción “todo obrar humano voluntario y por ello objetivamente imputable; es decir,

¹⁴ Marcela CASTRO. *Derecho de las obligaciones*. Óp. cit. Pág., 21.

¹⁵ Arturo ACUÑA. *Estudios sobre responsabilidad civil*. . Óp. cit. Pág., 4.

concebido como controlable por la voluntad a la cual se imputa el hecho”.¹⁶ Sin embargo este concepto de *acción* va más allá, ya que dicho resultado acarrea una consecuencia para el agente, el cual tiene la obligación de responder jurídicamente incluso por las actuaciones que no ha previsto y aun las que no ha querido, pero que sin embargo, tomando en cuenta la condición humana debió haberlas podido prever.

Por otro lado, al hablar de antijuridicidad el autor anteriormente mencionado nos indica que este constituye un elemento autónomo, y que es común a todo tipo de responsabilidad causada por daños. Este elemento debe ser considerado como “la lesión de intereses jurídicamente reconocidos (bienes jurídicos) por medio de acciones contrarias a los mandatos o prohibiciones del ordenamiento”.¹⁷ Por lo tanto, el concepto de acción y antijuridicidad al complementarse podrá considerarse un hecho ilícito como los anteriores autores lo llaman, esto debido a que dicha acción o hecho es “contraria a determinada norma de conducta o porque afecta directamente a bienes absolutos protegidos, o a derechos ajenos, o porque representa una infracción contra el mandato general de diligencia, presupuesto expresamente en algunas normas”.¹⁸

Sin embargo, podemos encontrar ciertas circunstancias o causas que eliminan la ilicitud o antijuridicidad del hecho o acción, las cuales serán mencionadas de manera muy breve en base a lo mencionado por el profesor Jaime Santos:¹⁹

1.- Cuando una persona actúa en ejercicio legítimo de su derecho subjetivo. En este supuesto el agente que actúa ocasionará sin lugar a duda un daño a otra persona, sin embargo dicho accionar no estará compuesto por el elemento de la antijuridicidad, ya que fue cometido en función de un derecho personal, sin llegar a caer en lo que la doctrina denomina *abuso de derecho*²⁰. Por lo tanto, al ejercer un derecho propio dentro de los límites establecidos por cada ordenamiento jurídico, será irrelevante el perjuicio causado a otra persona a través de este ejercicio, siempre y cuando no se produzca con

¹⁶ Jaime SANTOS. *La responsabilidad civil. Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*. Primera edición. Madrid: Editorial Montecorvo, 1970. Pág., 22.

¹⁷ *Id.*, Pág., 24.

¹⁸ *Id.*, Pág., 25.

¹⁹ *Id.*, Pág., 29-32.

²⁰ De una manera muy resumida el profesor Arturo Acuña, en relación a la teoría del abuso del derecho nos explica que “La mera circunstancia de que el acto abusivo sea objetivamente lícito, vale decir, suponga el ejercicio de un derecho, no basta para eximir a su autor de la obligación de reparar el daño que ocasione, si por el móvil con que se le ejercita o la moralidad puesta en su actuación, no se persigue un fin legítimo, y sí, únicamente, el de inferir un quebranto sin beneficio propio”. Arturo ACUÑA. *Estudios sobre responsabilidad civil. Óp. cit.* Pág., 15.

la intención de ocasionar un daño a un tercero sobre la producción de un beneficio propio.

2.- Otro de los supuestos a través de los cuales una conducta deja de ser antijurídica o ilícita es aquel en donde el ofendido ha consentido a soportar el daño causado, sea de una manera expresa o tácita. Cabe mencionar que esto únicamente es aplicable sobre aquellos derechos o bienes sobre los cuales la persona ofendida tiene total disposición, ya sea por cualidades personales del sujeto afectado o por la naturaleza propia del derecho o bien jurídico atacado.

3.- Por último, encontramos a los pactos excluyentes de responsabilidad, los cuales guardan una relación estrecha con el anterior supuesto, pero que si bien no eliminan el carácter antijurídico o ilícito del hecho, deslindan de responsabilidad al que lo comete. Estos pactos consisten en renunciaciones por parte del ofendido, con respecto a exigir algún tipo de responsabilidad al que cometió el hecho. Este tipo de pactos son anteriores a la producción del daño ocasionado, y únicamente tendrán validez cuando la autonomía de la voluntad no transgreda el marco legal establecido en un ordenamiento jurídico, contraviniendo las buenas costumbres y el orden público. Un ejemplo de este tipo de circunstancias que excluyen la responsabilidad mencionado por el autor es aquel que se da a través del uso de carteles o anuncios, los cuales deberán ser informados al perjudicado y se pueda considerar que aceptó su contenido al no haber manifestado su desacuerdo con los mismos.

1.2.2. La culpa

Como mencionamos líneas arriba, muchos autores incluidos los autores del Código Civil Francés han colocado a la culpa como la base sobre la cual se fundamenta la responsabilidad civil. Este es un concepto muy complejo de análisis debido a su amplitud en su significado, el cual muchas veces se lo estudia no solo desde el punto de vista jurídico sino también ético. El concepto de culpa, como bien lo señala el profesor Jaime Santos,²¹ se encuentra íntimamente relacionado con el de negligencia, sin embargo al momento de determinar su origen este se torna incierto. Al hablar de culpa dentro del Derecho Romano, el profesor José Iglesias nos manifiesta que:

²¹ Jaime SANTOS. *La responsabilidad civil. Derecho Sustantivo y Derecho Procesal. Óp. cit.* Pág., 39.

[...] la culpa entraña una conducta deshonesta, una inobservancia de un deber de prudencia que pesa sobre cada miembro de la comunidad ciudadana en la vida de relación. La culpa es desviación de un modelo ideal de conducta: modelo representado unas veces por la fides o bona fides y otras por la diligencia de un pater familias cuidadoso.²²

Desde esta perspectiva clásica de la culpa se pueden distinguir dos elementos: por un lado se encuentra la previsibilidad, es decir la posibilidad de prever; y por otro una conducta negligente, a través de la cual si bien no se querido obtener el resultado causado, exigió del agente una mayor diligencia. “En definitiva, es la conducta voluntaria contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles del hecho propio. No prestar la diligencia que se debe prestar, ocasionando con ello el incumplimiento de una obligación”.²³

Al hablar de la previsibilidad como el primer elemento de la culpa, debemos considerarlo como aquel antecedente lógico y psicológico de la posibilidad de evitar un resultado que será contrario a derecho y a su vez no fue querido. Por lo tanto, esta previsibilidad consistirá “en la posibilidad genérica que un hombre de inteligencia y cultura medias, en un país y en un momento dado, tiene de prever el evento como consecuencia de su conducta”.²⁴ El segundo elemento, hace referencia a la conducta o hecho físico como tal, el cual al igual que la previsibilidad fue cometido sin la intención de obtener el resultado alcanzado, mas no se actuó con la diligencia exigida para cada caso concreto. No obstante, surge un problema, el cual es analizado por el profesor Arturo Acuña, quien lo plantea de la siguiente manera: “Si concretamente la culpa es la omisión de aquella diligencia necesaria para prever y evitar la ejecución de un acto injurioso, ¿con qué criterio apreciar esa falta de diligencia?”.²⁵

Para responder a esta pregunta existen dos teorías, las cuales expondremos a continuación. Por un lado se encuentra la teoría clásica, la cual al momento de realizar un análisis de la conducta del sujeto lo hace con respecto de otro, el cual es un tipo ideal o abstracto, prescindiendo por completo de las condiciones personales del sujeto. Por lo tanto, analizará y juzgará todo el conjunto de posibilidades de previsión que tuvo el

²² José IGLESIAS. *Derecho Romano*. 1958. Pág., 437. Citado en Jaime SANTOS. *La responsabilidad civil. Derecho Sustantivo y Derecho Procesal. Óp. cit.* Pág., 39.

²³ Federico PUIG PEÑA. *Culpa Civil*, 1954. Pág., 102 Citado en Jaime SANTOS. *La responsabilidad civil. Derecho Sustantivo y Derecho Procesal. Óp. cit.* Pág., 39.

²⁴ Jaime SANTOS. *La responsabilidad civil. Derecho Sustantivo y Derecho Procesal Óp. cit.* Pág., 41.

²⁵ Arturo ACUÑA. *Estudios sobre responsabilidad civil. Óp. cit.* Pág., 10.

agente al momento de cometer el acto, con relación aquel hombre ideal, o como lo llamaría el derecho romano el *bonus paterfamilias*.²⁶ Por otro lado, se encuentra aquella teoría que no toma en cuenta ningún modelo de hombre ideal, sino que lo juzga y analiza de manera aislada, tomando en cuenta tanto sus cualidades personales así como las circunstancias de tiempo y de lugar.

1.2.3. El daño

Otro de los elementos que se desprende de la responsabilidad y se encuentra entrelazado con el hecho ilícito es el daño. Hay autores como Arturo Acuña, Alessandri, Somarriva o Vodanovic que al hablar de daño lo hacen sin hacer alguna distinción con el perjuicio, lo cual no sucede con otros autores como Marcela Castro o Philippe le Tourneau,²⁷ los cuales si bien es cierto reconocen la existencia de diferencias entre uno y otro, también saben que la misma es muy sutil de percibir. Pues bien, al empezar a realizar un análisis del concepto de daño, es importante mencionar ciertas características del este elemento, las cuales nos ayudarán a determinar su alcance. La profesora Marcela Castro considera al daño en primera instancia como un hecho físico (como se vio anteriormente en el hecho o acción ilícita) o en su defecto una omisión, que tiene como primera condición para producir consecuencias jurídicas, ser el resultado de un hecho humano. Por lo cual, serán “irrelevantes para el derecho aquellos daños que no son producto de acciones u omisiones constitutivas de la violación del *neminem laedere*, o del incumplimiento de una obligación contractual”.²⁸ En segundo lugar, el daño deberá ser considerado un hecho jurídico, el cual acarreará un conjunto de consecuencias jurídicas, en la medida que se afecte al patrimonio del ofendido.

En este punto es preciso aclarar que esta concepción de daño, tanto como un hecho físico como un hecho jurídico, para la autora representa principalmente dos utilidades. En primer lugar, a través de esta distinción se puede percatar de un vínculo de causalidad existente entre daño y perjuicio, ya que a través de un hecho físico como lo es el daño se crea un perjuicio a la víctima. Y en segundo lugar, “No todo daño genera necesariamente un perjuicio individualizado, y en consecuencia no siempre

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Marcela CASTRO. *Derecho de las obligaciones. Óp. cit.*; Arturo ACUÑA. *Estudios sobre responsabilidad civil. Óp. cit.*; Arturo ALESSANDRI, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC. *Tratado de las obligaciones. Óp. cit.*; Marcela CASTRO. *Derecho de las obligaciones. Óp. cit.*; y, Philippe le TOURNEAU. *La responsabilité civile. Óp. cit.*

²⁸ Marcela CASTRO. *Derecho de las obligaciones. Óp. cit.* Pág., 48.

quien solicita la reparación ha sufrido un daño en su patrimonio”.²⁹ Por lo tanto, es evidente que para la autora ambos conceptos si bien es cierto guardan una estrecha relación son distintos, ya que al referirse al daño lo hace como aquel hecho que atenta contra los derechos personales o patrimoniales de una persona; mientras que al referirse al concepto de perjuicio, lo hace en relación al conjunto de consecuencias negativas que genera el daño sobre el patrimonio del afectado.

Este perjuicio tendrá dos elementos indispensables para su existencia. Por un lado se encuentra la certeza, la cual hace referencia a la convicción razonable que debe tener el juez u órgano competente sobre la existencia real o específica del perjuicio. Por otro, encontramos al carácter personal del perjuicio, sobre el cual el profesor Juan Carlos Henao nos indica que “[...] el daño es personal cuando quien demanda reparación es la persona que lo sufrió, con independencia de que se encuentre o no de manera abstracta en una situación jurídicamente protegida, que se presume, salvo prueba de que el título que sustenta el derecho de obtener la indemnización del daño es ilegal”.³⁰

Algo similar ocurre al abordar los dos conceptos por parte del profesor Philippe le Tourneau, que analiza de forma independiente cada uno de ellos. El profesor al hablar del concepto de daño, sea material, corporal o moral nos indica que este es un

[...] hecho bruto que se aprecia en el sustrato u objeto sobre el cual recae esta lesión [...] Se distingue del perjuicio cuyo concepto jurídico es el efecto o la continuación del daño: un atentado a la integridad física, es decir un daño corporal, puede así engendrar un perjuicio patrimonial (por ejemplo la pérdida de salario, gastos médicos) y un perjuicio extrapatrimonial (sufrimiento moral entre otras)³¹.

De este modo, se puede advertir que, el autor sigue la misma línea de la profesora Castro, ya que si bien no lo dice de manera expresa, el perjuicio aparece como una consecuencia del daño, el mismo que se presenta de manera posterior y continua a este. Por lo tanto, para el autor, la responsabilidad civil gira entorno al perjuicio y no del daño, ya que para éste el fundamento de toda responsabilidad se encuentra en el perjuicio, caso contrario no existirá acción a seguir sin este último. Sin embargo, para que este perjuicio pueda ser indemnizable, desde el punto de vista de Tourneau, debe

²⁹ *Id.*, Pág., 49.

³⁰ Juan HENAO. *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. Pág., 104.

³¹ Philippe le TOURNEAU. *La responsabilité civile*. *Óp. cit.* Pág., 58.

cumplir ciertas características como el carácter directo, actual, legítimo y cierto que este debería poseer, caso contrario no existirá derecho de la víctima para el resarcimiento de los daños.

Un análisis distinto a los anteriores es el que nos presenta el profesor Louis Josserand, el cual al analizar el daño como elemento fundamental para que se genere responsabilidad no lo diferencia del perjuicio como los anteriores autores lo han hecho. Para el profesor el daño es el punto de partida de toda responsabilidad, ya que sin él ni si quiera existirá otro de los elementos como lo es el hecho ilícito. Sin este elemento, podrá existir incluso culpa o dolo, sin embargo no habrá lugar al delito o cuasidelito, ya que en sus palabras *sin interés no hay acción*, y este interés de la víctima, de que exista un resarcimiento de los perjuicios causados, únicamente tendrá cabida cuando se configure un daño, caso contrario únicamente se estará en el supuesto de la tentativa lo cual no se asimila a la ejecución. “Si el daño no se produce sino con posterioridad a la culpa, el derecho a la reparación no nace hasta el día de la realización del perjuicio”.³²

De igual manera, este daño debe gozar de certidumbre, ya que la existencia de un perjuicio puramente eventual o hipotético no puede ser considerado para la configuración de responsabilidad. Sin embargo, el autor de una manera acertada nos indica que no es necesario que el perjuicio sea actual, ya que al momento de evaluar el juez o el órgano competente la situación del afectado, lo puede hacer tomando en cuenta un daño futuro, siempre y cuando el desarrollo de la situación en el tiempo goce de la característica anteriormente mencionada: la certeza.

1.2.3.1. Clases de daño

Al momento de abordar el daño, varios autores realizan una clasificación que en muchos casos responden a la cosa, objeto o derechos sobre los cuales el perjuicio recae, mas no del tipo de conducta o hecho físico empleado por el agente la cual desencadenará en un daño. Por motivos de practicidad, vamos a presentar un clasificación la cual si bien obedece al criterio de uno y otro autor trataremos de sistematizar en una sola, identificando a su vez las diferencias y semejanzas, ventajas y desventajas entre una y otra. Una de las clasificaciones más amplias, y que representa mayor facilidad al momento de abarcar todos los diferentes tipos de daño es la

³² Louis JOSSERAND. *Teoría general de las obligaciones. Óp. cit.* Pág., 254.

presentada por la profesora Marcela Castro,³³ la cual engloba todos estos en dos grandes categorías: por un lado se encuentran los tipos comunes, los cuales a su vez encierran los perjuicios directos o indirectos, previsibles o imprevisibles; y por otro los especiales, dentro de los cuales se encuentran los daños patrimoniales o extrapatrimoniales, ya que esta última clasificación responde al resarcimiento que persigue la víctima.

1. Daños comunes

- a) Directos o indirectos.- para la autora, esta clasificación está dada en función del vínculo de causalidad que existe entre el perjuicio y el hecho que lo causó. Por lo tanto, el daño será directo siempre y cuando provenga de la acción u omisión culposa del agente que realizó el hecho; mientras que el daño o perjuicio será indirecto cuando este no aparezca como consecuencia de una conducta determinada del agente. Por su parte, Alessandri, Vodanovic y Somarriva, manifiestan que el daño directo es aquel “[...] que se origina como una consecuencia cierta y necesaria, inmediata o mediata del hecho ilícito imputado a su autor”.³⁴ Para los autores este daño representa al resarcimiento, debido a la fuerte vinculación que tiene con el hecho ilícito. Algo distinto ocurre con el daño indirecto, el cual siguiendo la misma línea de pensamiento no será indemnizable, debido a “[...] que no nace como una consecuencia necesaria y cierta del hecho ilícito imputado a su autor”,³⁵ por lo cual no existe una vinculación entre el daño generado y su supuesto agente.
- b) Previsibles o imprevisibles.- esta clasificación responde a una sola función, que es la de determinar el daño indemnizable en todo lo referente a materia de responsabilidad civil contractual, ya que en materia extracontractual es irrelevante la previsibilidad o no del daño para la determinación de

³³ En este punto es preciso recordar el análisis realizado líneas arriba sobre la distinción entre daño y perjuicio mencionado por la autora, la cual al realizar la clasificación lo hace basándose no en el hecho físico o material generador, sino que en el conjunto de consecuencias que se generan con posterioridad a este, a lo cual la autora denomina perjuicio. Sin embargo, se podrá observar que la clasificación goza de características similares a la de otros autores que al momento de realizarla lo hacen tomando como punto de partida el daño y no el concepto de perjuicio. Marcela CASTRO. *Derecho de las obligaciones. Óp. cit.* Pág., 118.

³⁴ Arturo ALESSANDRI, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC. *Tratado de las obligaciones. Óp. cit.* Pág., 43.

³⁵ *Ibíd.*

responsabilidad. Por lo tanto, un daño será previsible cuando una persona podía anticipar o prever la ocurrencia de este, debido a que ostenta una calidad de ser consecuencia normal de una acción que es cometida por el agente.

2. Daños especiales

a) Daño patrimonial.- Para Philippe le Tourneau el perjuicio o daño patrimonial es aquella lesión que sufre uno de sus atributos de la personalidad, como lo es el patrimonio, sea que se produzca por un daño moral o por un daño material. A su vez reconoce que este tipo de daño se presenta de dos maneras: el daño emergente, que es la afectación misma que sufre el patrimonio de una persona; y, el lucro cesante “[...] que es la desaparición, por el hecho del acto del responsable, de una esperanza legítima de beneficio”.³⁶ Para la profesora Castro, este tipo de daños es aquel que afecta u ocasiona un menoscabo en un interés o un bien susceptible de valoración económica, el cual forma parte del patrimonio de una persona. A diferencia de le Tourneau, las profesora Castro nos indica que este tipo de daños esta compuesto por dos elementos, que si bien son el daño emergente y el lucro cesante, estos no son una representación del daño patrimonial como lo asegura el anterior autor. A estos dos conceptos la profesora nos da una definición muy simple que a su vez nos permite entender de una mejor manera su alcance.

“El daño emergente consiste en todo bien o activo que sale o saldrá del patrimonio de la víctima como consecuencia del hecho ilícito; en cambio, el lucro cesante es todo activo o bien que debía ingresar al patrimonio de la víctima, pero que no ingresó o no ingresará como consecuencia del hecho ilícito”.³⁷

Por su parte, Alessandri, Vodanovic y Somarriva,³⁸ al momento de definir este tipo de daño une los conceptos de daño emergente y lucro cesante, y manifiesta que este consiste en una disminución que sufre el patrimonio o la frustración de un incremento del mismo. Por lo tanto, la

³⁶ Philippe le TOURNEAU. *La responsabilité civile. Op. cit.* Pág., 70.

³⁷ Marcela CASTRO. *Derecho de las obligaciones. Op. cit.* Pág., 120.

³⁸ Arturo ALESSANDRI, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC. *Tratado de las obligaciones. Op. cit.* Pág., 35.

víctima tendrá derecho a dos tipos de resarcimientos: por un lado deberá serle restaurado todo lo que sea económicamente valuable y le haya sido destruido; y por otro, todo lo que habría podido percibir mas no lo hizo debido al perjuicio que recibió.

- b) Daño no patrimonial o extrapatrimonial.- de manera muy sistematizada el profesor le Tourneau se refiere a este daño como aquella “lesión al bienestar de la víctima originado por un daño corporal (lesión a la integridad física) o un daño moral (lesión a los derechos de la personalidad de los cuales una aplicación importante es el atentado a la vida privada).”³⁹ Por su parte, los profesores Alessandri, Vodanovic y Somarriva⁴⁰ hacen énfasis en el carácter o naturaleza no económica del bien jurídico afectado sobre el cual recae el daño, por lo cual no será en sí mismo valuable en dinero. A diferencia de le Tourneau estos autores reconocen dos tipos de daño extrapatrimonial: por un lado, el daño biológico, el cual hace referencia a la afectación física, corporal o mental de la víctima; y por otro, el daño moral el cual es ajeno a toda afectación física de la persona y únicamente responde por aquellas aflicciones, sufrimientos, dolores psíquicos que de una u otra manera afectan a la víctima. Sin embargo, otros autores como Louis Josserand al hablar de daño moral, se refieren a aquella afectación que una persona sufre en su honor y honra, y no solamente aquella afectación psicológica que este daño pueda acarrear.

1.2.4. Nexo Causal

Como hemos visto hasta este punto, para que se configure la responsabilidad civil es sumamente importante la presencia de varios elementos, entre los cuales se encuentran un *hecho ilícito* cometido por una persona que, por falta de previsión (*culpa*), ha generado un resultado no buscado por este, el cual a su vez ha ocasionado un *daño* a otra, generando la obligación de resarcir los perjuicios causados. Sin embargo, esta definición parece pasar por alto un elemento clave al momento de establecer la

³⁹ Philippe le TOURNEAU. *La responsabilité civile. Op. cit.* Pág., 72.

⁴⁰ Arturo ALESSANDRI, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC. *Tratado de las obligaciones. Op. cit.* Pág., 35.

responsabilidad civil de una persona, el cual hace referencia a aquel nexo de causa y efecto que debe existir entre la culpa (hecho ilícito) y el daño, siendo este último resultado del primero. Por lo tanto, este hecho ilícito no será más que un hecho generador, que además de ocasionar un daño a la víctima, produce un conjunto de consecuencias jurídicas frente a las cuales el sujeto que las ocasionó será responsable, siempre y cuando se verifique que dicho daño es producto del hecho ilícito cometido con culpa.

1.3. Clases de Responsabilidad

Hasta el momento ha podido reconocerse que la responsabilidad civil es aquella obligación que recae sobre todo autor de un hecho ilícito, de resarcir el daño o perjuicios causados, los cuales fueron causados por una falta de previsión del que los ocasionó. De igual manera, hemos analizado cada uno de sus elementos así como las variantes o tipología que pueden presentar estos, como el hecho ilícito, la culpa, el daño y el nexo causal que debe existir entre el hecho ilícito y el daño causado. Sin embargo, nos queda por analizar los diferentes tipos de responsabilidad que existen, dependiendo de la existencia o no de un vínculo contractual. Por lo tanto, la responsabilidad civil se clasifica en contractual y extracontractual, las cuales analizaremos a continuación.

1.3.1. Responsabilidad Contractual

Alessandri, Vodanovic y Somarriva al hablar de este tipo de responsabilidad nos dicen que es aquella que se da como resultado de una sanción por el cometimiento de un ilícito contractual, entendiendo por ilícito el “daño causado a otro por la infracción de una obligación o relación jurídica específica preestablecida, sea que derive ella de un contrato, un cuasicontrato o de una disposición de la ley [...]”.⁴¹ Por su parte, el profesor Luis Parraguez,⁴² nos menciona que este tipo de responsabilidad presupone la existencia de una contrato anterior a esta, el cual crea un vínculo entre dos o mas personas imponiéndoles obligaciones determinadas. Sin embargo, este contrato si bien es el presupuesto para la existencia de este tipo de responsabilidad, no constituye su fuente en sí, ya que esta se genera inmediatamente después del incumplimiento, el cual se considera un hecho ilícito por vulnerar el ordenamiento jurídico.

⁴¹ *Id.* Pág., 251.

⁴² Luis PARRAGUEZ. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Personas y Familia.* Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2004. Pág., 160.

Por lo tanto, para que surja este tipo de responsabilidad deben concurrir los siguientes requisitos:⁴³

a) Un contrato válidamente celebrado. El contrato es un tema de amplio estudio, que para abarcarlo sería necesario todo un capítulo completo, por lo cual creemos que es conveniente, de manera muy sistematizada, dar una adecuada definición, así como mencionar los requisitos para su validez y existencia, lo cual es indispensable al momento de probar la responsabilidad civil. Pues bien, como es de conocimiento general, el contrato es una especie de convención, es decir un acuerdo de voluntades a través del cual se crea obligaciones entre las partes que lo suscriben.⁴⁴ Para su existencia es necesario: un acuerdo de voluntades que nace del consentimiento de las partes; el concurso de solemnidades exigidas por la ley; y, por último deben constar los elementos esenciales de cada contrato dependiendo de su tipología.⁴⁵ En cuanto a los requisitos para su validez nuestro ordenamiento jurídico ha dispuesto a través del artículo 1461 del Código Civil que debe celebrarse todo contrato tomando en cuenta: la capacidad legal; el consentimiento libre de vicios; objeto lícito; y por último, causa lícita.

b) Incumplimiento de una o más obligaciones contractuales, las cuales son imputables al deudor, ya sea por culpa o dolo. Dentro de nuestra legislación el contrato tiene carácter de ley para las partes, por lo cual al incumplir una de sus cláusulas u obligaciones que suscriben entre ellas, están contraviniendo no solo un acuerdo entre voluntades sino el ordenamiento jurídico en sí mismo. Sin embargo, este incumplimiento a través del cual se ocasiona un daño a una de las partes contratantes no es suficiente para la existencia de la obligación de indemnizar, ya que además este incumplimiento debe ser producto del dolo o culpa por parte de quien lo ocasionó. Como bien lo menciona la profesora Marcela Castro,⁴⁶ el dolo es aquella actuación de una persona acompañada de la intención de causar daño a otra o a su propiedad. Por lo cual, dentro de este tipo

⁴³ Marcela CASTRO. *Derecho de las obligaciones. Óp. cit.* Pág., 22.

⁴⁴ Nuestra legislación al definir el *contrato* en el artículo 1454 del Código Civil lo hace de una manera errónea, ya que lo considera sinónimo de *convención* frente a lo cual conocemos que existe una relación de género-especie.

⁴⁵ Marcela CASTRO. *Derecho de las obligaciones. Óp. cit.* Pág., 22.

⁴⁶ *Id.*, Pág., 26.

de responsabilidad el dolo se presenta cuando una de las partes contratantes, sabiendo del perjuicio que puede causar a la otra, no cumple con una de las obligaciones o prestaciones establecidas en el contrato. Por otro lado, como vimos líneas anteriores, la noción de culpa esta relacionada con una actuación imprudente, negligente o incluso por impericia por parte de uno de los contratantes. Esto generalmente ocurre cuando uno de los contratantes ocasiona un daño a otro, por no prever de manera diligente las consecuencias que puede acarrear un tipo de conducta.

c) Daño Indemnizable.- de igual manera cuando hablamos de daño, mencionamos que este constituía en aquel hecho ilícito que provoca una afectación o menoscabo, ya sea en los derecho personales de la víctima o en su patrimonio. En este tipo de responsabilidad el daño se provoca por aquel hecho ilícito que consiste en el incumplimiento de las obligaciones o prestaciones determinadas en el contrato, lo cual evidentemente creará un perjuicio a la otra parte, afectando de manera general su patrimonio o incluso a derechos personalísimos de este.

d) Vínculo causal.- al igual que lo mencionamos cuando hablamos de los elementos del daño, en la responsabilidad contractual es necesario la existencia de un vinculo causa-efecto, en donde por un lado se encuentra el perjuicio sufrido por uno de los contratantes, y por otro el hecho que lo genera, que consiste en el incumplimiento doloso o culposo por parte del deudor. Este vínculo causal es lo que determinará el carácter indemnizable del daño, ya que como vimos líneas arriba únicamente serán indemnizables los daños directos, debido a que no se puede exigir ningún tipo de resarcimiento a aquella persona a la cual no le son imputables dichos daños.

1.3.2. Responsabilidad Extracontractual

El profesor Luis Parraguez al hablar de este tipo de responsabilidad nos indica que si bien esta nace de un hecho ilícito como la responsabilidad contractual, en esta no existe un contrato de por medio, sino que vulnera directamente el principio *neminem laedere*, el cual determina, “[...] que el hombre, debe actuar de tal forma que sus actos

no ocasionen daño a los demás”.⁴⁷ Algo similar es lo que manifiestan Alessandri, Vodanovic y Somarriva al hablar de la responsabilidad contractual, para quienes el hecho ilícito mencionado anteriormente no supone la existencia de una obligación o relación jurídica establecida anteriormente, sino únicamente el presupuesto, o como ellos lo llaman, *deber genérico* “[...] de no infligir un daño injusto a alguien y su sanción es la obligación de indemnizarlo”.⁴⁸ Como podemos percatarnos, este tipo de responsabilidad no supone vínculo jurídico alguno entre las partes involucradas, sino que se genera por la afectación o menoscabo que se ocasiona a otra persona, la cual no se encontraba relacionada por ninguna clase de vínculo, o menos aún tenía la obligación de soportarlo.

En cuanto a los requisitos o condiciones para el surgimiento de la responsabilidad extracontractual, son los mismos que se mencionó referentes a la responsabilidad contractual, con excepción evidentemente del primero, que hace referencia a la existencia de un contrato válidamente celebrado. Sin embargo, este tipo de responsabilidad a diferencia de la anterior presenta variantes en cuanto a su tipología, ya que pueden clasificarse en: delictual y cuasidelictual, las cuales se generan de los delitos y cuasidelitos.

- a) Responsabilidad delictual.- este tipo de responsabilidad es aquella que se genera como producto del cometimiento de un delito, a los cuales nuestra legislación a través del artículo 2184 del Código Civil, los define como aquel hecho ilícito cometido con la intención de dañar.
- b) Responsabilidad cuasidelictual.- a diferencia de la anterior esta responsabilidad se genera por un hecho, que producido por culpa, se produce sin intención de dañar, conforme lo establece el artículo 2184 del mismo cuerpo legal.

Si bien estos dos tipos de responsabilidad son los más comunes, existen otras dos modalidades, las cuales se clasifican en función del fundamento que una y otra tienen. Por un lado se encuentra la responsabilidad subjetiva, la cual tiene como

⁴⁷ Luis PARRAGUEZ. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Personas y Familia Óp. cit.* Pág., 160.

⁴⁸ Arturo ALESSANDRI, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC. *Tratado de las obligaciones. Óp. cit.* Pág., 252.

fundamento la voluntad de la persona que comete el hecho, para lo cual se deberá verificar el dolo o culpa de este. Por otro lado, encontramos a la responsabilidad objetiva, la cual, por motivos de este trabajo, representa mayor relevancia para nosotros. Esta responsabilidad es aquella que tiene como fundamento el riesgo de la actividad que se realiza, independientemente del dolo o culpa, incurriéndose en ella únicamente por el solo ministerio de la ley. Este tipo de responsabilidad objetiva, a diferencia de los otros tipos, no se basa como las demás en la ilicitud de un hecho, ya que son actividades que no van en contra del ordenamiento jurídico de un Estado, e incluso muchas de estas constituyen una prestación de un servicio para el beneficiario, sin embargo representan mayor potencial de daño para terceras personas.⁴⁹

Por lo tanto, este tipo de actividades requieren el mayor cuidado posible para su ejecución, pues el beneficio será siempre para el titular del servicio, poniendo en peligro la seguridad de terceras personas ajenas a la prestación, por lo cual se ha establecido que debe existir una presunción de culpa para aquellas personas que realizando dichas actividades han ocasionado un daño a otras.

De acuerdo con esta postura, la responsabilidad se basa en la culpa conservando su carácter subjetivo, pero la víctima no tiene la carga de probar el elemento “culpa”; solo debe acreditar la existencia del hecho, del daño y del nexo causal entre el primero y el segundo. El demandado solo podrá exonerarse de responsabilidad probando que el daño fue producto de una causa extraña, pero no puede alegar su propia diligencia y prudencia.⁵⁰

Como podemos ver a breves rasgos, este tipo de responsabilidad presenta características peculiares, que requieren de un análisis más profundo para su mejor entendimiento. De igual manera, requiere de ciertos elementos esenciales para su existencia, los cuales deberán presentarse de manera conjunta para su plena aplicación. Todo este análisis se lo hará de manera más detallada en el siguiente capítulo, para poder posteriormente determinar su alcance y aplicabilidad dentro de la legislación ecuatoriana.

1.4. Responsabilidad Patrimonial en la legislación ecuatoriana

La responsabilidad patrimonial, dentro de la legislación ecuatoriana, gira alrededor de la culpa, la cual requiere de la intervención de dos elementos psicológicos mencionados anteriormente: el dolo o la culpa. Esto lo podemos inferir de acuerdo a lo

⁴⁹ Marcela CASTRO. *Derecho de las obligaciones. Óp. cit.* Pág., 36.

⁵⁰ *Id.*, Pág., 26.

establecido en el Título XXXIII del Libro IV del Código Civil que, al hablar de los Delitos y Cuasidelitos, manifiesta en su artículo 2229 que “[p]or regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”.

Como se mencionó anteriormente, este concepto de responsabilidad se encuentra vinculado directamente con el de obligación, ya que el fundamento de dicha responsabilidad, se concreta en la obligación de reparar el daño causado. Nuestro Código Civil, al hablar de las fuentes de obligaciones sigue esta misma línea de pensamiento, y establece en su artículo 1453, al hablar de las fuentes de obligaciones, que “Las obligaciones nacen [...] ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos [...]”. Disposiciones similares, que recogen esta misma teoría, las podemos encontrar en los artículos 2184 y 2214 del mismo cuerpo legal, que de manera general disponen que aquel que haya inferido daño a otro se encuentra en la obligación de indemnizar.

Esta responsabilidad patrimonial, hasta ahora mencionada en los anteriores artículos del Código Civil, corresponde a la responsabilidad extracontractual, sin embargo, encontramos también que otra de las fuentes de las obligaciones es el contrato. Así lo dispone el mismo artículo 1453 del cuerpo legal mencionado anteriormente, que manifiesta “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones [...]”. Por lo tanto, si una de las partes incumple con alguna de las disposiciones establecidas en dicho instrumento legal, nos encontraremos en el campo de la responsabilidad contractual, en donde la parte que no ha cumplido con lo estipulado, se verá en la obligación de resarcir los daños. Con respecto a este tipo de responsabilidad, el Código Civil, en artículo 1505 manifiesta lo siguiente:

En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

Por lo tanto, la parte que ha sufrido un daño por el incumplimiento del contrato, tendrá dos alternativas, la resolución o el cumplimiento del contrato, ambas sujetas a una indemnización de perjuicios, lo cual corresponde a un valor equivalente al daño sufrido,

que representa en sí el fin último de la responsabilidad patrimonial: la reparación del daño.

De esta manera, podemos llegar a concluir que, nuestro ordenamiento jurídico, y de manera más concreta, la responsabilidad extracontractual civil, se fundamenta en la Teoría Clásica de la responsabilidad subjetiva, la cual exige la determinación de un factor determinante como la culpa, para que proceda el fin último de dicha responsabilidad: la reparación del daño causado. Para esto, la culpa deberá ser entendida como aquel actuar imprudente del agente, para lo cual se deberá realizar un análisis a través de la comparación de dos supuestos: la conducta o la manera de actuar que tuvo dicho sujeto al ocasionar el daño, y aquella conducta que hubiera debido tener.⁵¹

⁵¹ Para este análisis, se deberá tomar en cuenta de forma imperativa, los diferentes grados de culpa que puede presentarse dentro de nuestro ordenamiento jurídico, los cuales se encuentran contemplados en el artículo 29 del Código Civil: Art. 29.- La ley distingue tres especies de culpa o descuido: 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 materias civiles, equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. 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. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.

2. CAPÍTULO SEGUNDO.- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

39. En este capítulo analizaremos la responsabilidad desde una perspectiva diferente, ya que se lo hará en función ya no de una persona natural, sino de una persona jurídica, a la cual se la conoce como Estado. Esta persona jurídica presenta ciertas peculiaridades o facultades específicas en razón de sus orígenes y sus características esenciales como la potestad de imperio. El estudio del Estado y sus componentes es un tema extenso, y no nos sería suficiente una sección o incluso un capítulo para llegar a abarcar todo lo relacionado a este. Por lo cual, en función de entenderlo se realizará una síntesis de su origen, concepto y evolución, con mayor énfasis en aquellas etapas donde se distinguía o reconocía nuevas obligaciones del Estado respecto de sus ciudadanos. Todo esto nos ayudará a establecer que la responsabilidad del Estado, parte de una teoría que ha sido discutida desde su origen mismo y sobre la cual se construye toda esta institución: la personalidad jurídica del Estado.

2.1. Origen del Estado

Para conocer las diferentes teorías que fundamentan el origen del Estado, debemos acudir principalmente a la *Teoría General del Estado*, en donde encontraremos autores como Reinhold Zippelius, Georg Jellinek, Otto Von Gierke y otros. Estos autores nos aproximan a las diferentes teorías que sustentan el surgimiento del Estado, entre las cuales se encuentran: la teoría patriarcal, la teoría de la génesis contractual, la teoría patrimonial, y la teoría del poder.

La Teoría Patriarcal, impulsada por Jellinek,⁵² gira en torno a la familia, pues sostiene que las asociaciones de dominación surgieron históricamente de las familias o agrupaciones familiares. Esta teoría tiene su modelo en el arcaico Estado romano, el cual se encontraba dividido en gens, curias y tribus.⁵³ De esta manera, los miembros de una gens, que provenían de una familia, desarrollan un cierto sentido de pertenencia. Este sentido de pertenencia empezó a extenderse más allá del círculo familiar, dando lugar a los clanes y tribus. Estos últimos, se unen y empiezan a vivir en comunidades

⁵² George JELLINEK. *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1981. Pág.127

⁵³ “De acuerdo con la tradición, diez gens formaban una curia; diez curias, una tribu, y tres tribus constituían el pueblo romano”. Reinhold ZIPPELIUS. *Teoría general del Estado*. México D.F.: Editorial Porrúa, S.A.,1989. Pág., 102.

sedentarias y nómadas, dentro de las cuales, a través de parentescos y matrimonios, constituyen las tribus. Las tribus, a su vez se unen y forman naciones o pueblos.

De la posibilidad de un desarrollo real como éste, la teoría patriarcal derivó una justificación del poder del Estado, incurriendo en el ya mencionado error de razonamiento. Era natural que, con motivo de aquellos datos históricos, la especulación jurídico-política de una época como la monárquica, atribuyera al jefe de Estado algo así como una *patria potestas* sobre los súbditos⁵⁴.

En segundo lugar, encontramos la Teoría del Génesis Contractual, que tiene como principal exponente a Jean-Jacques Rousseau, a través de su texto *El contrato social*⁵⁵. En este texto, Rousseau hace referencia, en primera instancia, al estado natural en donde todos los hombres se encuentran y son iguales entre sí y son regidos bajo la ley natural, basado en la auto conservación y la piedad. Posteriormente, Rousseau llega a una importante y trascendental conclusión: este estado natural no es lo suficientemente fuerte para que el individuo pueda mantenerse en él, por lo cual el género humano debe cambiar su manera de ser, caso contrario perecería. Sin embargo, el autor reconoce que el ser humano no es capaz de engendrar nuevas fuerzas para crear otro ente, por lo cual no tiene otra opción que utilizar las existentes, uniéndolas y dirigiéndolas, con el propósito de hacerlas obrar en conjunto.⁵⁶

Por lo tanto, lo que se busca a través de este conjunto de fuerzas es “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por lo cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes”.⁵⁷ De esta manera, se forma una asociación, la cual, a través de la convención, logra determinar una autoridad común. Pero este acuerdo, se da de tal manera, que los hombres, no pierdan su libertad ni su igualdad al momento de someterse a dicha autoridad. Esta convención, en la cual el

⁵⁴ George JELLINEK. *Teoría General del Estado. Óp. cit.*, Pág., 130

⁵⁵ Jean ROUSSEAU. *Del Contrato Social*. 1era edición. Madrid: Alianza Editorial S.A, 1980. Pág.85.

⁵⁶ Si bien es cierto, Rousseau nos indica de cierta forma como podemos concebir a la formación de un estado, la introducción de este concepto se le atribuye a otro gran pensador: Maquiavelo, a través de su obra *El Príncipe*. Este autor utiliza el término desde una perspectiva política, manifestando que “Todos los Estados, todas las dominaciones que han ejercido y ejercen soberanía sobre los hombres, han sido y son repúblicas o principados”. En este texto, Maquiavelo analiza las diferentes formas de gobierno, las diferentes causas de la grandeza y decadencia de los Estados, así como propone una serie de medidas para que los gobernantes puedan adquirir, conservar y fomentar su poder.

⁵⁷ Jean ROUSSEAU. *Del Contrato Social. Óp. cit.* Pág., 22.

individuo sujeta su voluntad particular a la voluntad general, cediendo un conjunto de derechos y libertades a favor de la comunidad, es lo que se conoce como *El Contrato Social*.⁵⁸

En tercer lugar, se encuentra la Teoría Patrimonial, la cual tiene como su principal exponente a Karl Ludwig von Haller. Esta teoría encuentra su fundamento en el sistema feudal, en el cual el rey posee la facultad de dominio sobre el suelo, y a través del feudo se vincula a los vasallos y subvasallos, y por último se encuentran los siervos, quienes únicamente se les consideran accesorios a la tierra. Por lo tanto, esta teoría gira alrededor del elemento de la dominación, esto debido a que, “[...] las relaciones de propiedad se constituyen siempre, desde sus inicios, como relaciones de poder entre los hombres; así, por ejemplo, el poder de disposición sobre un territorio existe sólo porque, y en tanto, los hombres lo respetan”.⁵⁹

Por último, se encuentra la Teoría del Poder, en donde se contraponen principalmente dos doctrinas: las teorías iusnaturalistas contra las empírico descriptivas. Por una parte, las iusnaturalistas sostienen que la posición del más fuerte dentro de las relaciones sociales, se convierte en un derecho del mismo; como uno de los principales exponentes de estas teorías iusnaturalistas podemos encontrar a pensadores como Platón, quien en su texto *Georgias* manifiesta que

[...] la misma naturaleza demuestra que es justo que el que vale más, tenga más que su inferior y el más capaz que el incapaz. Y manifiesta que esto es así el hecho de que en un sinnúmero de casos, tanto en los animales como en el conjunto de hombres que integran una ciudad cualquiera y en las razas humanas, haya quedado discernido lo justo como la autoridad del fuerte sobre el débil, la mayor posesión de bienes de aquel frente a la menor de éste.⁶⁰

Por otro lado, se encuentran las teorías empírico descriptivas, las cuales si bien admiten la supremacía del más fuerte dentro de una comunidad, lo hacen como una

⁵⁸ Este acto de asociación convierte al instante la persona particular de cada contratante, en un cuerpo normal y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, la cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. La persona pública que se constituye así, por la unión de todas las demás, tomaba en otro tiempo el nombre de ciudad y hoy el de república o cuerpo político, el cual es denominado Estado cuando es activo, Potencia en comparación con sus semejantes. En cuanto a los asociados, estos toman colectivamente el nombre de pueblo y particularmente el de ciudadanos como partícipes de la autoridad soberana y súbditos por estar sometidos a las leyes del Estado. *Id.*, Pág., 25.

⁵⁹ Reinhold ZIPPELIUS. *Teoría general del Estado*. Óp. cit. Pág., 104.

⁶⁰ Platón. *Obras Completas*. Madrid: Editorial Medina y Navarro, 1872. Pág., 202

mera ley sociológica. Por lo tanto, el Estado nace como una institución en manos de aquél grupo dominante que ejerce supremacía sobre los otros.

En no pocas ocasiones, ello aconteció por la vía de la dominación patriarcalmente fundada frecuentemente junto con la concentración de poder sacerdotal y económico en manos de los jefes de clan y, a veces, mediante un golpe de fuerza. El establecimiento “exógeno” de la dominación se presenta cuando conquistadores extranjeros han sometido a la población local, a la que se superponen como capa dominante.⁶¹

2.2. Concepto de Estado

Varios autores han tratado de dar su significado o alcance del concepto, no obstante este es muy amplio y es estudiado por tantas ramas que es imposible establecer una definición general que abarque todas sus características y términos usados. Sin embargo, en primer lugar, partiremos tomando en cuenta que la palabra *Estado* proviene del latín *status*, y el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define como aquel “conjunto de órganos de gobierno de un país soberano”.⁶²

Por otra parte, en función del estudio que le da el Derecho Administrativo al Estado, el profesor Miguel Marienhoff manifiesta que este:

[...] es un conjunto organizado de hombres que extiende su poder sobre un territorio determinado y reconocido como unidad en el concierto internacional. De ello surge que los elementos constitutivos esenciales del Estado son dos de carácter externo: el “pueblo” y el “territorio”, y uno interno, el poder ordenador: el *imperium*.⁶³

Este carácter de imperio que menciona el profesor Marienhoff, ha permitido que el Estado, a lo largo del tiempo, y, a través de sus múltiples formas de manifestación de voluntad, imponga el interés general sobre el interés particular de sus administrados. Sin embargo, la idea de un Estado que responda a las consecuencias de su manifestación de voluntad, fue inconcebible por un larguísimo período de tiempo, el cual comprende toda la época anterior al siglo XIX, donde no existía si quiera posibilidad de que “el Estado –o cualquiera de las primitivas formas de organización colectiva- pudiera ser

⁶¹ Reinhold ZIPPELIUS. *Teoría general del Estado*. Óp. cit. Pág., 106.

⁶² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

⁶³ Miguel MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*. Quinta edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 2000. Pág., 385

responsable por los daños y perjuicios que su actividad o sus agentes pudieran causar entre los administrados”.⁶⁴

Por su parte, Georg Jellinek, al explicar el concepto de Estado, parte de un supuesto relevante para nuestro estudio, el cual consiste en la posibilidad de autolimitación jurídica del Estado, lo cual le permite someterse al derecho, es decir, se convierte en un sujeto de derechos y deberes. Este autor compara o asemeja al Estado con una corporación jurídica, a la cual se le atribuye personalidad, no a través de una ficción, sino como un sujeto de derecho como tal, es decir a través de una individualidad particular o colectiva con el orden jurídico. Partiendo de este supuesto, Jellinek define al Estado como “la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentado en un determinado territorio; o para aplicar un término muy en uso, la corporación territorial dotada de un poder de mando originario”.⁶⁵

Del estudio de las posiciones analizadas en el presente acápite, se colige que el Estado es una persona jurídica que se encuentra asentada dentro de un determinado territorio y está compuesta por un grupo de personas denominada población, los cuales se convierten en elementos constitutivos del mismo. En el mismo sentido, al ser un sujeto de derecho, el Estado goza de una personalidad jurídica, la cual en virtud de sus diversas actuaciones, se vuelve responsable por ellas frente a los administrados.

Nuestra Constitución, al definir al Estado ecuatoriano en su artículo 1, ya no se acoge a la tesis del Estado de derecho de la Constitución de 1998, sino pasa a ser un Estado constitucional de derechos y justicia, lo cual representa ciertas consecuencias que se analizarán de manera breve a continuación.

El profesor Ramiro Ávila Santamaría, al analizar la transición del Estado de Derecho al Estado de derechos y justicia en su texto *El Neoconstitucionalismo Transformador*, menciona ciertas características, aunque un tanto utópicas a nuestro parecer, nos ayudarán a entender los cambios que suceden en este evento. Para el autor mencionado anteriormente, la evolución del Estado se resume a tres etapas: el Estado

⁶⁴ Álvaro CASTRO. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Primera Edición. México D.F: Editorial Porrúa, 1997. Pág., 52.

⁶⁵ Georg JELLINEK. *Teoría General del Estado*. *Óp. cit.*, Pág., 135

sobre el derecho, el Estado de derecho y el Estado de derechos. En el estado absoluto, el derecho se encontrará sometido al poder; en el Estado de derecho ocurre lo contrario, el poder se encuentra sometido al derecho, ya sea a través de una ley o a través de todo el sistema jurídico; mientras que en el Estado de derechos y justicia, todo poder, ya sea público o privado, se encuentra sometido a los derechos. De esta manera, para el autor, a diferencia de lo que ocurre en el Estado de Derecho, donde el poder legislativo somete a través de la ley al Estado, en el Estado de derechos y justicia “[...] los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente[...].”⁶⁶

Otro de los cambios que ocurre en el Estado de derechos y justicia analizados por el autor, es aquel relativo a la fuente del derecho. La única fuente dentro del Estado de derecho será la ley, con lo cual “[...] las fuentes restantes, y los sistemas jurídicos de las que brotan, son auxiliares, que sirven para desentrañar el sentido y el contenido de la ley, o que no existen y, por tanto, no deben ser considerados”.⁶⁷ De esta manera, el órgano sobre el cual gira todo el sistema jurídico y del cual depende la producción, interpretación y la derogación de leyes (constitución) será el parlamento. En contraste a esta forma de Estado, dentro del Estado de derechos y justicia, se puede encontrar variedades de fuentes y sistemas jurídicos, entre las cuales se encuentran la propia autoridad, instancias internacionales (precedentes internacionales), el poder ejecutivo (políticas públicas), comunidades indígenas y por último la moral. Esta característica del Estado constitucional de derechos y justicia es denominada por el autor como pluralidad jurídica.

Al no ser la ley la única fuente de derecho, en este nuevo tipo de Estado el juez pasa a ser pieza fundamental, ya que de él dependerá la interpretación y aplicación de todas estas fuentes y principios esparcidos por la Constitución al caso concreto. A diferencia de lo que ocurría en el Estado de derecho, donde el juez no podía ir más allá de las reglas establecidas en un código sustantivo, el cual a su vez determinaba que es lo que debe hacer el Estado, las personas y las autoridades; en el Estado constitucional de derechos y justicia, se ha presentado la necesidad de establecer un serie de principios, los cuales se caracterizan por no tener una fórmula de causa-efecto, por lo cual “[...]”

⁶⁶ Ramiro ÁVILA. *El Neoconstitucionalismo Transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Producciones Digitales Abya-Yala, 2011. Pág., 122.

⁶⁷ *Id.*, Pág., 123.

requiere convertirse, en el caso concreto, en una regla a través de un proceso complejo de argumentación jurídica [...] Se trastoca, de este modo, el concepto de seguridad basado en el principio de legalidad”.⁶⁸

Entre todas estas características, esta última representa real trascendencia y preocupación para nuestro trabajo. Esta serie de principios y demás fuentes de derecho, entre las cuales se encuentran conceptos jurídicos indeterminados como la moral, conforman todo el sistema jurídico de este modelo de Estado, a partir de los cuales el juez creará derecho a través de la aplicación de los mismos. De esta forma, es evidente la exorbitante discrecionalidad con la que cuenta el juez dentro de este modelo de Estado, ya que al momento de subsumir al caso concreto este grupo de principios y demás fuentes de derecho, y no tener una fórmula de causa-efecto como en el Estado de derecho, sus decisiones pueden variar entre un caso y otro, a pesar que se encuentre dentro de mismos supuestos de hecho. Esto transgrede, de manera notoria, la seguridad jurídica y el principio de legalidad, características fundamentales en todo Estado de derecho.

2.3. Personalidad Jurídica del Estado

La *Teoría de la Personalidad Jurídica del Estado* ha sido una elaboración doctrinaria que ha permitido, entre otras cosas, dotar a este ente de una de las características fundamentales de un sujeto de derecho: la responsabilidad. Entre los primeros autores que empezaron a tratar el tema, quienes son de origen iusnaturalista, tenemos a Grozio, Hobbes, Rousseau, Kant y posteriormente a los grandes juristas alemanes de los ochocientos como Albrecht, Gerber, Laband, Jellinek, Gierke y Stein. El Estado, como bien lo manifiesta el profesor Felice Battaglia,⁶⁹ considerado en el orden del derecho, constituye un sujeto de derecho, y es persona en tanto y cuanto exista una voluntad y una acción del Estado, lo cual implica una definida y propia capacidad, es decir, es titular de derechos y deberes.

Sin embargo, la teoría de que el Estado constituía un sujeto de derecho, y por lo cual responsable, no fue concebida sino hasta el siglo XIX. Si bien es cierto, la discusión de la personalidad del Estado ya había tenido grandes autores como Grozio,

⁶⁸ *Id.*, Pág., 126.

⁶⁹ Felice BATTAGLIA. *Estudios de Teoría del Estado*. Madrid: Editorial Real Colegio de España en Bolonia, 1966. Pág., 72.

Hobbes, Locke, entre otros, fue Albrecht quien por primera vez en Alemania, habló de la personalidad jurídica del Estado desde un punto de vista técnico jurídico. Este pensador afirmó que el Estado podría ser el nuevo portador de la soberanía, siempre y cuando sea considerado un sujeto de derecho, una persona.⁷⁰ Siguiendo su misma línea de pensamiento, Gerber afirmó posteriormente que “[e]n la personalidad del Estado reside el punto de partida y el fundamento central del derecho público. La concepción del Estado como un ente personal es la premisa de toda construcción jurídica de derecho público”.⁷¹ A partir de este punto empezaron a surgir construcciones teóricas que buscaban justificar la personalidad del Estado. La primera de estas teorías fue la *Teoría de la Ficción*, impulsada principalmente por Savigny. En los inicios de la construcción de esta teoría, por naturaleza, se consideraban jurídicamente capaces únicamente a los hombres:

Todo derecho es la sanción de la libertad moral inherente al ser racional, y por esto la idea de persona o sujeto de derecho se confunde con la idea de hombre, pudiéndose formular la identidad primitiva de ambas ideas en estos términos: Todo individuo y sólo el individuo tiene capacidad de derecho.⁷²

De acuerdo con la postura de Savigny, el individuo será sujeto de derecho por naturaleza, en función de su capacidad de determinarse. Por lo tanto, para atribuir capacidad jurídica a otro tipo de organizaciones como el Estado, se llegó a creer, que a través de una ficción, aquella persona existía. “[...] Se le imaginó como una persona ficticia, de modo que el derecho positivo podría, arrancando, por decirlo así, dicha capacidad del individuo, crear artificialmente una personalidad jurídica, seres ficticios a los cuales se les llama personas jurídicas [...]”.⁷³ De esta manera, según esta Teoría, los sujetos jurídicos como el Estado, al ser creados por la ley, tendrán única y exclusivamente fines jurídicos.

Por otro lado, nos encontramos con la *Teoría de la Realidad* o la *Doctrina de la Persona Colectiva Real*, la cual es defendida principalmente por Gierke y Jellinek. Conforme a esta teoría, las personas jurídicas existen de manera real y plena, ya no como mera manifestaciones de la ley, sino como expresiones de todas las voluntades

⁷⁰ *Id.* Pág., 80.

⁷¹ *Id.* Pág., 81.

⁷² Friedrich SAVIGNY. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Madrid: Editorial F. Góngora y Compañía, 1878. Pág., 60.

⁷³ Reinhold ZIPPELIUS. *Teoría General del Estado*. *Óp. cit.*, pág., 88.

que deciden conformarlas.⁷⁴ Si bien es cierto que en primera instancia Gierke compartía el pensamiento de Savigny, considerando que para ser sujetos de derecho, se debería ser portador del poder de la voluntad humana, no concebía la idea de que a través de una ficción, este ente sea considerado un sujeto de derecho. Este pensamiento surgió en virtud de que creía que las asociaciones eran organismos vivos supraindividuales, con capacidad para producir una voluntad real.⁷⁵ Por lo tanto, el Estado es un organismo con estructura y existencia propia, la cual evidentemente difiere a la de los sujetos que la conforman, que sin tener un contexto físico, el ordenamiento jurídico otorga su configuración; “[...] de aquí que el Derecho las reconozca, acepte y les permita actuar en el tráfico jurídico”.⁷⁶

Por último, encontramos la *Teoría del Órgano*, la cual sostiene que la personalidad del Estado se concreta o se plasma en los diferentes organismos que forman parte de su estructura. Según este posicionamiento, el Estado constituye un organismo complejo, formado por administraciones autónomas a través de las cuales ejerce sus funciones y cumple sus fines.⁷⁷ Por lo tanto, lo que representa real importancia para esta teoría, es lo que está detrás de la personalidad del Estado en sí, es decir, un hecho, un sujeto que esta compuesto por órganos, estructuras, funciones y objetivos, que al unirse se puede hablar perfectamente de una personalidad real del Estado, y sobre esta se construye la jurídica.

Estamos, pues, ante un intento de construcción jurídica del Estado que, en el momento de tener presente el dogma de su personalidad jurídica, la justifica de un modo realista recurriendo al organismo real del Estado. El estado es organismo real y, por lo tanto, es persona jurídica.⁷⁸

Como conclusión, podríamos decir que independientemente de la Teoría que se siga, es la personalidad del Estado que permite someterlo al ordenamiento jurídico, encontrando por lo tanto un límite en el derecho, especialmente en su relación con los ciudadanos, los cuales, podrán a su vez, exigir algún tipo de pretensión de este. En definitiva, si el Estado no es considerado persona jurídica, no existe sobre este limitación alguna, ya que al ser fuente del derecho, y al encontrarse fuera del derecho,

⁷⁴ Georg JELLINEK. *Teoría General del Estado*. *Óp. cit.*, Pág., 142.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Jaime SANTOFIMIO. *Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia y validez*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988. Pág., 32.

⁷⁷ *Id.* Pág., 86.

⁷⁸ Felice BATTAGLIA. *Estudios de Teoría del Estado*. *Óp. cit.* Pág., 86.

no habría obstáculo alguno para que de forma autoritaria cree y disuelva todo el ordenamiento jurídico sobre el cual transita, dando paso sin lugar a dudas a la irresponsabilidad de la Administración Pública.

2.4. Evolución cronológica de la responsabilidad del Estado: del Estado irresponsable a la Responsabilidad por lesión antijurídica

Hemos estudiado la *Teoría de la Personalidad Jurídica del Estado*, la cual es el punto de partida para concebir a este ente como un sujeto de derecho, y por lo tanto responsable de sus actuaciones. Nos corresponde ahora analizar las etapas por las cuales cursó la institución de la responsabilidad del Estado, así como las variantes que presentó en cada una de ellas. Este análisis nos permitirá entender la evolución del concepto como tal, y además clasificaros diferentes tipos de responsabilidad que puede engendrar las actuaciones del Estado.

2.4.1. Irresponsabilidad del Estado

Como bien nos manifiesta el profesor Álvaro Castro, empezando por el Imperio Romano, en ninguno de sus períodos existía si quiera noción de un Estado responsable, o peor aún podía exigírsele algún tipo de indemnización. En este período de tiempo, conocido como la etapa de irresponsabilidad del Estado, el ciudadano no tenía ningún tipo de derecho privado o acción en contra del Estado, por lo cual se le conoce a este período como la etapa de irresponsabilidad del Estado. Esta concepción de una institución irresponsable, tiene su fundamento en su propia creación, ya que en sus inicios, como bien lo manifiesta los profesores César y Oscar Nava Escudero⁷⁹, se le dotó a este ente de una potestad de imperio, que le permitía y le permite imponer el interés general sobre el particular, lo cual llevó a creer que nada podría encontrarse encima de esta soberanía.

Esta concepción de un Estado irresponsable se mantuvo durante la Edad Media, basado en un teocentrismo que se encontraba bajo el poder del monarca. Como bien nos manifiesta el profesor Eduardo García de Enterría,⁸⁰ la combinación de la *potestas* imperial romana y la concepción teocéntrica del poder del monarca, fueron

⁷⁹ César NAVA y Óscar NAVA. *Administración Pública Contemporánea. Derecho, Política y Justicia*. Primera Edición. México D.F.: Editorial Porrúa S.A., 2010. Pág., 612.

⁸⁰ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo II*. Primera edición. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2006. Pág., 359.

características de esta época, la cual encontró su expresión clásica a través del principio formulado por los juristas ingleses: *the King can do not wrong*. Como bien lo reconocen los profesores César y Oscar Nava y Eduardo García de Enterría, este principio empezó a tomar más fuerza, aún con el nacimiento del Estado Moderno a fines de la Edad Media, por lo cual esta situación se mantuvo por varios siglos más. “[...] La teoría tradicional de la soberanía no aceptó el principio de la responsabilidad del Estado, por considerar que todo daño que éste ocasionara deben de soportarlo los particulares”.⁸¹

Posteriormente, “[e]l Derecho Administrativo y el principio de responsabilidad del Estado encontraron en Francia su principal desarrollo a partir de 1789 con la Revolución Francesa [...]”.⁸² Con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, al proclamar que la propiedad es un derecho inviolable y sagrado,⁸³ se reconoce a su vez el derecho a una indemnización por parte del Estado, siempre y cuando exista de por medio una expropiación forzosa. Sin embargo, y pese a este gran avance, dicho instrumento internacional, no alude ni hace referencia a todo el conjunto de daños no expropiatorios que puede causar el Estado, los cuales “siguen siendo un reducto exento de la soberanía del Estado, que simplemente se subroga en el lugar que antes correspondía al Príncipe, heredando, por ello, los privilegios de éste en las esferas no afectadas expresamente por el nuevo orden [...]”.⁸⁴

Para el profesor Álvaro Castro, el primer indicio o reconocimiento a favor del ciudadano, de ciertas indemnizaciones por parte del Estado por acciones realizadas en ejercicio del poder, fuera de los daños expropiatorios reconocidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, se encuentra en la etapa del Estado-policía⁸⁵, a través de la Teoría del Fisco.

⁸¹ Andrés SERRA. *Derecho Administrativo*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1979. Pág., 612. Citado en César NAVA y Óscar NAVA. *Administración Pública Contemporánea. Derecho, Política y Justicia*. *Óp. cit.* Pág., 615.

⁸² César NAVA y Óscar NAVA. *Administración Pública Contemporánea. Derecho, Política y Justicia*. *Óp. cit.* Pág., 612.

⁸³ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, (1789). Art. 17.

⁸⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo II*. *Óp. cit.* Pág., 360.

⁸⁵ Como bien no indica el profesor Jorge Fernández Ruiz, gracias a las revoluciones llevadas a cabo en Inglaterra, Francia y América entre los siglos XVII y XIX se pudo dar un gran salto, del Estado absolutista, del “Estado soy yo”, al Estado liberal, que entre sus principales logros se encuentran: a) creación de la ley a través de un cuerpo legislativo; b) aplicación de la ley al caso concreto; c) preservación de la seguridad interior, y; d) defensa del Estado. Jorge FERNÁNDEZ. *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*. México D.F: Editorial Porrúa S.A., 1995. Págs., 9 y 10.

Mediante esta construcción teórica se asimiló al fisco a cualquier particular, por lo que le eran aplicables las disposiciones del Derecho común y, lo que es más importante, podía ser demandado antes los tribunales, en virtud de que se consideraba al Fisco una persona moral del Derecho Civil, a diferencia del Estado que se le consideraba también persona jurídica, pero de Derecho Público, a quien no se le podía demandar[...] Por lo dicho, podemos afirmar que esta teoría constituyó uno de los pivotes más importantes del principio de responsabilidad del Estado, ya que con anterioridad las decisiones del príncipe eran inapelables⁸⁶.

2.4.2. Responsabilidad de los funcionarios

El siguiente paso en la evolución de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, fue aquel en donde los funcionarios empezaron a ser responsables por sus actuaciones. Esto sucedió debido a que el Estado al ser una entidad abstracta, necesitaba de una persona natural que actúe en nombre de este, es decir, que ejerza o cumpla con las funciones que le fueron entregadas, a través del órgano competente. Sin embargo, esta posibilidad del administrado, de llevar a los tribunales ordinarios a los funcionarios públicos, se vio menoscabada por ciertos requisitos exigidos por los diferentes ordenamientos, entre los cuales se destacan el sistema francés (en el cual se necesitaba de la aprobación del Consejo de Estado antes de acudir a la vía ordinaria) y el inglés (en donde, para demandar a la Corona, se necesitaba de una *petition of rights*, la cual debía ser otorgada por la misma Corona).

2.4.3. Responsabilidad Indirecta del Estado

A pesar de aquello empezaron a emitirse fallos magistrales, como es el *arrêt Blanco* o el *arrêt Carot* en Francia, los cuales lograron no solo que se determine la responsabilidad indirecta del Estado, sino que sean los tribunales administrativos los competentes para conocer las causas en donde exista de por medio actividad de la administración. Sin embargo, es importante detenernos y analizar de mejor manera esta responsabilidad indirecta a la que se hace alusión en esta etapa de evolución de dicha institución. Como bien lo mencionan los profesores César y Oscar Nava, de esta responsabilidad debemos distinguir dos situaciones: (i) cuando dicho daño es producto de un actuar ilegal o irregular del funcionario y; (ii) cuando el funcionario actúa legal o regularmente.

⁸⁶ Álvaro CASTRO. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Óp. cit. Pág., 53.

Al hablar del primer supuesto, nos encontramos frente a la responsabilidad por culpa o responsabilidad subjetiva, conocida -y mencionada anteriormente- por la doctrina francesa como aquella falta personal del funcionario. Esta idea de responsabilidad, al ser meramente civilista, determinará que únicamente los hechos de los funcionarios públicos pueden ser constitutivos de culpa, y su responsabilidad es directa. Por lo tanto, será al funcionario a quien se lo demande de manera directa, debido a que el daño causado fue producto de su actuación irregular, y el Estado cumplirá la función de un garante, el cual responderá de manera indirecta y subsidiaria, con el fin de no dejar desprotegido al administrado. Planteada de esta manera, la responsabilidad del Estado está sujeta a las siguientes condiciones:

- a) Que la actuación o la actividad de la cual se deriva la responsabilidad sea realizada por el titular de un órgano público.
- b) Que el acto constituya una actuación irregular (ilícito).
- c) El daño causado sea cierto.
- d) Se demuestre la causalidad entre el daño al gobernado y el acto del Estado.⁸⁷

Por otro lado, al hablar del supuesto en donde el funcionario actúa legal o regularmente, nos encontramos dentro de lo que la doctrina francesa conoce como responsabilidad por falta de servicio. Dentro de este supuesto, el funcionario actúa siguiendo lo determinado por el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de los fines del Estado, entre los cuales se encuentra el interés general sobre el interés particular. Sin embargo, si en busca de este interés general, se ocasiona un daño a un particular, este deberá ser reparado. Por lo tanto, este supuesto se basa en dos principios fundamentales: a) aquel que exige la igualdad ante las cargas públicas, en función del cual ningún administrado debe soportar un sacrificio especial que exceda del general impuesto a los demás. Dentro de esto, la doctrina ha colocado a la responsabilidad directa y objetiva, la cual desde sus inicios se fundó en normas de derecho público, a diferencia de la responsabilidad por culpa, que se basó en normas de carácter civil. Y, b) aquel principio de respeto a los derechos públicos subjetivos por parte del Estado, principalmente el derecho de propiedad, respecto del cual el Estado tiene la obligación de garantizarlos, y afectarlos únicamente por cargas que se encuentren legalmente obligados a soportar⁸⁸.

⁸⁷ César NAVA y Óscar NAVA. *Administración Pública Contemporánea. Derecho, Política y Justicia. Óp. cit.* Pág., 617.

⁸⁸ *Id.*, Pág., 617 y 618.

2.4.4. Responsabilidad Directa del Estado

Hasta este punto, la responsabilidad del Estado se presenta de manera subsidiaria, es decir, el Estado actúa como un garante del funcionario público, el cual, asumirá responsabilidad patrimonial, siempre y cuando la solvencia de dicho funcionario no permita que por sí mismo cubra los daños ocasionados al administrado; eso sí, guardándose para sí mismo, el derecho de repetir contra el funcionario que ocasionó dicho daño o afectación. Sin embargo, la siguiente etapa o nivel de responsabilidad del Estado surge con el fallo magistral francés *Pelletier*⁸⁹ a través del cual el Consejo de Estado francés dio una interpretación innovadora al decreto legislativo del 19 de septiembre de 1870, con el cual se derogaba el artículo 75 de la Constitución del año 8, así como todas las demás disposiciones de leyes generales o especiales que constituían una traba a las demandas en contra de los funcionarios públicos. El artículo 75, derogado de la Constitución del año 8, tenía por objeto evitar la intromisión de los jueces ordinarios en el funcionamiento de la Administración, ya que establecía como requisito, una autorización por parte del Consejo de Estado, para demandar a un funcionario ante los tribunales judiciales.

A simple vista, parecería que el decreto legislativo del 19 de septiembre de 1870 dejaba a los funcionarios sin garantía alguna contra demandas de los particulares, por lo cual estarían sometidos a los tribunales ordinarios. Sin embargo, esto no fue así. El Tribunal de conflictos, daría a este texto una interpretación diferente a la que creyeron los funcionarios públicos e incluso los jueces ordinarios, demostrando lo que se concebía como garantía para los funcionarios, se dividía en dos nociones completamente diferentes. “Una es la garantía personal de los funcionarios público para protegerlos contra la animadversión o las diferencias políticas, sometiendo la demanda a una autorización previa de la autoridad superior”;⁹⁰ lo cual constituía un requisito formal que el decreto de 1870 había derogado. Y otra, es una “garantía real, establecida a favor de la administración, para preservar de la injerencia de los Tribunales los actos que en razón de su carácter y autoridad le pertenecen por naturaleza⁹¹”. Esta última es una norma de competencia, la cual corresponde exclusivamente al Tribunal de conflictos aplicar, por lo cual el decreto de 1870 no la pudo derogar.

⁸⁹ Consejo de Estado Francés. *Fallo Pelletier*. Fallo de 30 de julio de 1873. Rec. 117, Concl. David.

⁹⁰ Consejo de Estado Francés. *Fallo Pelletier*. Fallo de 30 de julio de 1873. Rec. 117, Concl. David.

⁹¹ *Ibíd.*

De esta forma, se distinguió entre la responsabilidad por falta o culpa personal y la responsabilidad por falta de servicio. La responsabilidad por falta personal “es concebida como aquella que se desprende tan completamente del servicio que el juez ordinario puede constatarla, sin por ello entrar a apreciar el funcionamiento mismo de la administración⁹²”; mientras que la falta del servicio constituye “un hecho del agente tan ligado al servicio que su apreciación por parte del juez común automáticamente implica una apreciación del funcionamiento del servicio⁹³”. Esta distinción hecha por el Tribunal de conflictos, para determinar la competencia ya sea por parte del Consejo de Estado o por parte de los jueces ordinarios, ayudó a llevar un escalón más arriba la responsabilidad del Estado, ya que al tratarse de una falta de servicio, la responsabilidad será directa para este, ya que los daños se reputaran como consecuencia “de una ineficiencia de la actividad administrativa, de carácter impersonal o anónima”.⁹⁴

A su vez, se puede colegir que en la falta o culpa personal la responsabilidad es subjetiva; mientras que en la falta de servicio, debido a su carácter impersonal o anónimo, la responsabilidad será objetiva. Por lo tanto, esta última tendrá como fundamento la obligación que tiene el Estado de prestar, de manera eficiente, sus servicios a los administrados. De igual manera, la doctrina ha coincidido en que, dentro de la falta de servicio se encuentra la teoría del riesgo, la cual manifiesta que el Estado será directa y objetivamente responsable de los daños que cause, por realizar actividades que generen un peligro o riesgo a los administrados, por lo cual, el afectado no se encuentra en la obligación de identificar al agente ya que solamente se deberá demostrar el nexo causal entre el daño y el mal funcionamiento del servicio.

Así, el concepto de responsabilidad evolucionó hasta establecer la responsabilidad directa y objetiva del Estado, reservándole el derecho de repetir en contra del funcionario responsable del daño. Se abandonó la teoría civilista de la culpa del funcionario y se admitió la “falta de servicio” que responsabilizó de manera directa al Estado y que esto debe regirse bajo otras bases, las del derecho administrativo.⁹⁵

⁹² Leonardo TORRES, Humberto MORA y Marie Louise CRÉPY. *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Primera edición. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2000. Pág. 8.

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ César NAVA y Óscar NAVA. *Administración Pública Contemporánea. Derecho, Política y Justicia*. *Óp. cit.* Pág., 618.

⁹⁵ *Id.*, Pág., 619.

2.4.5. Responsabilidad del Estado por lesión antijurídica

Si bien este modelo de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado evolucionó hasta el punto de determinar la responsabilidad de este ente por una falta de servicio, hubo un sistema que fue un tanto más allá, el cual se aleja por completo de toda noción de culpa para centrarse únicamente en un presupuesto: la lesión antijurídica. El sistema al cual hacemos referencia es el sistema español, el mismo que tuvo que pasar por varias etapas en las cuales predominó la irresponsabilidad absoluta del Estado, e incluso una vez que el legislador consolidó la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través del artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa el 16 de diciembre de 1954⁹⁶, y el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957⁹⁷, en la práctica, “[...] el Tribunal Supremo se negó pura y simplemente a aceptar que la administración pudiera causar daños indemnizables sin culpa”.⁹⁸

Sin embargo, tanto el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, como el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, sirvieron de base para que se edificara todo el sistema español de la responsabilidad patrimonial del Estado. De esta manera, el sistema español, al momento de determinar la existencia de responsabilidad patrimonial por parte del Estado, se basa en la delimitación de dos presupuestos: por un lado, la demostración de un daño, sea material o moral, el cual deberá ser imputable a la administración y haber causado un menoscabo al patrimonio del afectado; y por otro, aquella relación de causalidad entre el hecho material que afecta al administrado y el daño causado como tal. Por lo tanto, dentro de este sistema, tanto la identificación del agente material del daño como la determinación lícita o ilícita que se le puede dar a la actuación normal o anormal de la administración, será irrelevante. “El fin [de este sistema] es reparar el daño patrimonial al particular

⁹⁶ Art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa: Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta ley se refiere, siempre que aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.

⁹⁷ Artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado: Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa

⁹⁸ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo II* Óp. cit. Pág., 365.

afectado. Ya no importa el aspecto subjetivo del funcionario sino el dato objetivo del patrimonio dañado”.⁹⁹

2.5. Evolución legislativa de la responsabilidad del Estado

El profesor Eduardo García de Enterría nos manifiesta, con respecto a la evolución legislativa, que esta sucede en los países anglosajones, en los cuales a través de una reforma se rompe el viejo principio de *common law* de la irresponsabilidad del Poder Público. En el caso del sistema inglés, la irresponsabilidad de la Corona se encontraba basada en dos principios fundamentalmente: por un lado, y dentro del plano material, se encontraba el principio *the King can do not wrong*; y, por otro, dentro del plano procesal, el *non suability*, el cual sostenía que “para poder demandar a la Corona en Inglaterra se debía pedirle permiso a la propia Corona –*petition of rights*- de manera tal que sin un *fiat justitia* no quedaba fijada la *litis* de una controversia determinada”.¹⁰⁰

De esta manera, al no existir la posibilidad de una Corona responsable en Inglaterra, los propios funcionarios eran los que debían asumir dicha responsabilidad por daños del servicios, por lo cual dicho principio de irresponsabilidad de la Corona eliminaba por completo la posibilidad de exoneración de culpabilidad de sus funcionarios, más aún cuando se les prohibía a estos la invocación de las órdenes recibidas por parte de la autoridad, en función nuevamente del principio *the King can do not wrong*. Sin embargo, fue luego de la Primera Guerra Mundial que este sistema empezó a presentar serias dificultades, debido a que el patrimonio de los autores materiales de los daños no podía cubrir los mismos.

Por este motivo, se optó por el llamado *sistema del acusado nombrado*, que consistía en nombrar a un funcionario determinado por parte de la Administración, el cual debía asumir el papel de demandado dentro de un proceso, el mismo que recibía un respaldo económico por parte de la Corona¹⁰¹. Pese a ser un nuevo sistema, este tipo de práctica fue rechazada en 1946 por la Cámara de Lores, por lo cual se dio paso a una reforma legislativa, a la cual se la conoce como la Crown Proceedings Act de 1947, “que sometió a la Corona a la misma responsabilidad que si fuera una persona privada

⁹⁹ César NAVA y Óscar NAVA. *Administración Pública Contemporánea. Derecho, Política y Justicia. Óp. cit.* Pág., 620.

¹⁰⁰ *Id.*, Pág., 54.

¹⁰¹ *Id.*, Pág., 55.

con plena edad y capacidad, tanto por razón de los daños cometidos por los funcionarios [...], como por el incumplimiento de las obligaciones [...]”.¹⁰²

Algo similar fue lo que sucedió con otro de los sistemas anglosajones: el sistema estadounidense. A pesar de que Estados Unidos fue y es una república federal, por lo cual nunca existió un rey, predominó el principio *the King can do not wrong*. Sin embargo, las peticiones de indemnización o reclamos al Congreso norteamericano siguieron aumentando, por lo cual se vio en la obligación de crear un órgano especializado que se encargara de resolver dichos reclamos, al cual se lo denominó Corte de Reclamaciones (Court of Claims)¹⁰³. El profesor García de Enterría nos explica que este órgano asesor especializado fue el origen para la creación de un verdadero tribunal (Small Tort Claims Act), el cual era competente para resolver peticiones o reclamos de pequeña cuantía. Sin embargo, en 1946:

[...] tras el veto por el Presidente Coolidge en 1929 de un proyecto de Ley de carácter general, se aprobó, finalmente la *Federal Tort Claims Act*, que, como su gemela inglesa, reconoce la responsabilidad del Estado, configurando ésta como una responsabilidad por hecho de otro (*vicarious liability*), que entra en juego exclusivamente en aquellos casos en que es localizable una actuación culposa en el o los funcionarios autores del daño, culpa apreciada según las reglas comunes.¹⁰⁴

2.6. Evolución jurisprudencial de la responsabilidad del Estado

La evolución de la institución de la responsabilidad del Estado no tuvo cabida únicamente en los sistemas anglosajones a través de una reforma legislativa, sino que en países como Alemania y Francia se dio también a través de la jurisprudencia. En el primero de estos sistemas, la responsabilidad del Estado en sus orígenes, se presentó como una responsabilidad indirecta, ya que según el Código Civil Alemán¹⁰⁵, la responsabilidad recaía sobre el funcionario de la Administración Pública, el cual constituía el autor material del daño. Sin embargo, la Constitución de Weimar de

¹⁰² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo II. Óp. cit.* Pág., 360.

¹⁰³ Álvaro CASTRO. *Responsabilidad Patrimonial del Estado. Óp. cit.* Pág., 56.

¹⁰⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo II. Óp. cit.* Pág., 362.

¹⁰⁵ Código Civil Alemán, (1900). Art. 839.- Si un funcionario infringe dolosa o culposamente el deber profesional que le incumbe frente a un tercero, ha de indemnizar a dicho tercero por el daño causado. Si al funcionario sólo le es imputable culpa –y no dolo- solo cabe dirigirse contra él si el lesionado no puede obtener indemnización de otra forma.

1919¹⁰⁶ modificó este principio, en donde se determinaba la responsabilidad ya no solamente del funcionario por alguna de sus infracciones, sino se involucró al Estado o a una de sus administraciones en este tipo de responsabilidad.

El traspaso de la responsabilidad al Estado tiene también un nuevo motivo de justificación en la circunstancia de que es él el que forma a los funcionarios, los examina, los coloca en el puesto conveniente, los tiene disciplinariamente en su mano y es, íntegramente, el señor del servicio dentro del cual acaece la acción que obliga a la compensación por daños.¹⁰⁷

Sin embargo, fue a partir de la Segunda Guerra Mundial, que la licitud o ilicitud, términos con los cuales fueron calificados las actuaciones de la administración, dejaron de ser suficientes para abarcar todo el conjunto extenso de consecuencias dañosas que podían derivarse de estas. Esto sucedió debido a que las consecuencias se daban como producto incluso de intervenciones o actuaciones por parte de la administración amparadas en la ley y fundadas en un interés general, actuaciones que muchas veces representaban un riesgo para el administrado, riesgo que de una u otra forma demandaba cobertura a favor de este. Esta posición de la víctima frente al riesgo creado por la administración, como bien lo señala el profesor García de Enterría, hizo que el Tribunal Supremo Federal de 9-10 de junio de 1952 señalará que “no significa ninguna diferencia que la intervención haya sido jurídica, ilícita no culpable o ilícita culpable”.¹⁰⁸

Surge así, por obra de la doctrina y de la jurisprudencia, una tercera fórmula de cobertura, de carácter residual, que acoge casuísticamente los daños resultantes de intervenciones antijurídicas sin culpa y de situaciones de riesgo creadas por la Administración¹⁰⁹.

De la mano de estos avances en el sistema alemán, surge la Ley Federal de 26 de junio de 1981, la cual, si bien es cierto fue anulada por inconstitucionalidad a través de una sentencia de 19 de octubre de 1982 por incompetencia de la Federación para dictar dicha Ley, se establece una responsabilidad patrimonial directa del Estado. Sin

¹⁰⁶ Constitución de la Republica Alemana de Weimar (1919). Art. 131: Si en el ejercicio de la potestad pública que le está confiada, el funcionario infringe los deberes que el cargo le impone frente a tercero, la responsabilidad alcanza en principio al Estado o a la Corporación a cuyo servicio se hallare el funcionario.

¹⁰⁷ Ernst FORSTHOFF. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. Pág., 418. Citado en Álvaro CASTRO. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*. *Óp. cit.* Págs., 57 y 58.

¹⁰⁸ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo II*. *Óp. cit.* Pág., 364.

¹⁰⁹ *Ibíd.*

embargo, la Ley Federal al utilizar el término un “mal funcionamiento”,¹¹⁰ hace alusión a la idea de culpa, con lo cual queda de manifiesto que si bien se ha avanzado hacia un sistema de responsabilidad patrimonial directa del Estado, todavía no se establece una responsabilidad objetiva propiamente.

De esta manera, el sistema alemán, dentro del plano resarcitorio, encontraría su fundamento en tres fuentes distintas: aquella responsabilidad que surge por una actuación ilícita productora de un daño; aquella responsabilidad de Derecho Público que abarca los daños causados por una actuación lícita; y, por último, aquella responsabilidad que se genera por riesgo y de las intervenciones antijurídicas sin culpa.¹¹¹

Por su parte, el derecho francés, presenta una evolución más notable en cuanto su jurisprudencia, debido a sus fallos lúcidos y magistrales, y al gran aporte o papel determinante que ha jugado el Consejo de Estado Francés en la construcción de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado. La primera fase de esta evolución, avanza hasta mediados del siglo XIX, en donde, al igual que todos los países, predominaba la irresponsabilidad del Estado, el cual no tenía ninguna obligación de indemnizar al administrado, excepto en aquellos casos en lo que la ley lo determinaba expresamente, como es el caso de los daños producto de una obra pública, daños producidos por el ejército o daños de guerra.¹¹² De esta manera, el administrado tenía la única opción de acudir a los juzgados civiles para que se determine, por la vía ordinaria, la responsabilidad del propio funcionario.

Si bien es cierto, esta facultad que tenía el administrado de acudir a los juzgados ordinarios a demandar responsabilidad de los funcionarios públicos, supera en cierta

¹¹⁰ Ley Federal de Alemania de 1981. Art.1. Responsabilidad del poder público. 1.- Cuando el poder público infrinja un deber de derecho público que le obliga frente a otro, responderá su titular por lo daños causados, de acuerdo con lo dispuesto por esta Ley. 2.- Se considera que se ha cometido una infracción de un deber de esta clase cuando el mal funcionamiento procede de una organización técnica cuyo titular ejerce un poder público mediante esta organización, y no mediante personas impuestas, y el mal funcionamiento tenga el carácter de una infracción del deber de estas personas. 3.- Las personas que cometan la infracción de un deber de esta clase no responderán frente al perjudicado.

Art. 2. La reparación dineraria no procederá cuando la infracción del deber tampoco hubiera procedido ser evitada con la observancia en el ejercicio del poder público del cuidado requerido por las circunstancias. La segunda regla no será aplicada al mal funcionamiento de las organizaciones técnicas.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo II. Óp. cit.* Pág., 364

mediada la etapa de irresponsabilidad del Estado, se empezó a imponer una obligación previa al administrado, la cual consistía en solicitar una autorización administrativa para poder llevar al funcionario a la vía ordinaria, caso contrario se estaría incurriendo en una violación al principio de separación de poderes.¹¹³

Sin embargo, de este obstáculo, como parecía dicha aprobación por el Consejo de Estado, empieza a nacer lo que se conocerá más adelante como la institución de la responsabilidad administrativa en Francia. Esto sucede, debido a que el Consejo de Estado, tendría como regla principal la negativa a la solicitud que realizaba el administrado para llevar al funcionario a la vía ordinaria, lo cual llevó al sistema francés a “[...] que de no acreditarse la falta personal del funcionario público, los daños acaecidos se reputarían causados como consecuencia de una falta de servicio de carácter impersonal o anónimo, y que en estos supuestos sería el Estado quien debía responder ante los Tribunales Administrativos”.¹¹⁴

Esta estructura del sistema francés se dio gracias a diversas resoluciones, entre las cuales se encuentra el *arrêt Pelletier* de 1873¹¹⁵, a través del cual, los supuestos de falta personal por parte del funcionario público empezaron a restringirse, más aún cuando se exigía que dicha falta del agente se produzca en el servicio o con ocasión del mismo, siempre y cuando la misma haya sido producto de una intención manifiesta o de gravedad especial. Fuera de todos estos supuestos manifestados anteriormente, se considerará

[...] directamente responsable a la Administración, a quien se imputan los resultados dañosos de las faltas cometidas por sus agentes cuando no tengan el carácter de faltas personales determinantes de la responsabilidad exclusiva de los mismos y aquellos otros que convencionalmente se califican de anónimos, en la medida en que no es fácilmente identificable su concreto autor¹¹⁶.

Meses después del *arrêt Pelletier* de 1873, surge el *arrêt Blanco*,¹¹⁷ a través del cual, el Consejo de Estado Francés, separó de la justicia ordinaria los temas relativos a materias administrativas, con lo cual la determinación de una responsabilidad

¹¹³ Álvaro CASTRO. *Responsabilidad Patrimonial del Estado. Óp. cit.* Pág., 72.

¹¹⁴ *Id.*, Pág., 73.

¹¹⁵ Consejo de Estado Francés. *Fallo Pelletier*. Fallo de 30 de julio de 1873. Rec. 117, Concl. David.

¹¹⁶ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo II. Óp. cit.* Pág., 365.

¹¹⁷ Fallo Blanco, T.C. de 8 de febrero de 1873, Rec. 1er. Suplemento No. 61. Concl. David.

patrimonial por parte del Estado no le correspondería más a los jueces ordinarios, sino únicamente a los jueces administrativos. El *arrêt Blanco*, delimita definitivamente las competencias, delimitación con la cual se llega a la conclusión de que, únicamente los tribunales administrativos tienen la facultad de declarar al Estado deudor. De esta manera,

[...] el tribunal de conflictos decide que la responsabilidad del Estado no puede ser regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, ella tiene sus reglas especiales que varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar los derechos del Estado y de los particulares¹¹⁸.

En este sentido, el caso en mención representa un aporte trascendental dentro del sistema de la responsabilidad administrativa, ya que si bien su mayor contribución fue la delimitación de competencias, tanto civiles como administrativas, a partir de este fallo se empezó a tratar de ampliar el ámbito o alcance de dicha responsabilidad a todo tipo de servicios prestados por el Estado.

De esta manera, la capacidad con la que contaban los tribunales ordinarios, de juzgar las actuaciones administrativas a través de los funcionarios públicos, empezó a mostrar ciertas falencias en relación a la teoría de la división de poderes, puesto que el Poder Ejecutivo se sometía al Poder Judicial, lo cual desquebrajaba los principios de equilibrio e independencia. Es así que, en este contexto, surge el *arrêt Cadot* de 1889,¹¹⁹ a través del cual, Francia estableció dos postulados determinantes:

1. La prohibición para los tribunales ordinarios de involucrarse en las tareas de la Administración Activa (como sucedía antes de la Revolución); y 2. La prohibición para los Tribunales ordinarios de conocer del contencioso administrativo, es decir de las controversias que suscita la actividad de la Administración. Bajo este postulado es que nace la separación entre el contencioso administrativo y el contencioso judicial. El contencioso administrativo estará, en un principio, a cargo de un Consejo de Estado con “justicia retenida”, es decir, que la decisión última la tomaba el Rey¹²⁰.

¹¹⁸ *Ibíd.*

¹¹⁹ Consejo de Estado Francés. *Fallo Cadot*, 13 de diciembre de 1889. Rec. 1148, concl. Jagerschmidt.

¹²⁰ Alfonso NAVA. *Derecho Procesal Administrativo*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1959. Pág., 21. Citado en César NAVA y Óscar NAVA. *Administración Pública Contemporánea. Derecho, Política y Justicia*. *Óp. cit.* Pág., 615.

Otro ejemplo de lucha, para ampliar el ámbito o alcance de responsabilidad del Estado fue el *arrêt Tommaso Greco* de 1905,¹²¹ referente a los servicios prestados por el Estado en función o en ejercicio de autoridad. A través de esta caso, se logró eliminar aquella necesidad de un texto expreso, para responsabilizar al Estado de los daños causados por los servicios de policía. En general, se buscó abarcar todo tipo de daño, siempre y cuando estos sean atribuibles a la administración, es decir, sean provocados por personas que se encuentran desarrollando una función pública o por cosas que se encuentran bajo su cuidado, siempre y cuando exista un nexo causal directo entre la actividad desarrollada por el ente público y el perjuicio ocasionado.¹²²

Dicho todo esto, se puede colegir que el sistema francés se asienta sobre la idea de falta, la cual presenta ciertas características y peculiaridades propias de esta. En este sentido, García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández destacan que esta idea de falta se aleja completamente de la idea tradicional de culpa, esto debido a que se trata de una falta objetivada, de una falta de servicio como tal, a la cual no es necesario si quiera individualizar.

El aporte del Consejo de Estado francés para el desarrollo de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ha sido valioso y trascendental, puesto que, si bien en un principio se limitó el derecho del administrado de acudir a la justicia ordinaria a través de la autorización que el mismo Consejo debía emitir, a través de los fallos mencionados se puede percatar el esfuerzo por proteger a los administrados de los diferentes actos y hechos del Estado que pueden ser lesivos a aquellos, lo cual ha llevado a Francia a contar con un sistema propio que hasta la actualidad continúa innovándose.

2.7. Clasificación de la Responsabilidad Patrimonial del Estado

Una vez que hemos analizado los diferentes momentos históricos, así como las diferentes etapas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado, es pertinente enfocarnos en las modalidades que esta puede presentar. Sin embargo, me parece oportuno, a modo de recuento, analizar ciertos criterios que se toman en cuenta

¹²¹ Consejo de Estado Francés. *Fallo Tomaso Greco*. Fallo de 10 de febrero de 1905. Rec. 139, Concl. Romieu.

¹²² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo II. Óp. cit.* Pág., 365.

al momento de atribuir responsabilidad al Estado, y que son previos a la clasificación general que hace la doctrina, los cuales el profesor Enrique Barros trae a colisión y son los siguientes¹²³:

- a) Responsabilidad por ilegalidad. Esta responsabilidad se da por una conducta ilegal del órgano, la cual es la más general de las condiciones de responsabilidad por daños causados por la administración del Estado.
- b) Responsabilidad por culpa. En lo que respecta a los órganos del Estado, estos se encuentran sujetos a los deberes de cuidado que tienen como objetivo impedir que ocurran accidentes que debieron ser prevenidos a través de un cuidado ordinario. Esta responsabilidad no surge del ejercicio de una potestad o función pública, sino del ejercicio material de una actividad cualquiera. La característica principal dentro de esta responsabilidad, es que se basa en una relación causal entre el hecho de la Administración y el daño que se sigue de ese hecho, como ocurre en la responsabilidad objetiva.
- c) Responsabilidad por falta de servicio. Esta responsabilidad, dentro del ámbito de la actividad propia de la administración, desarrolla una función análoga a la responsabilidad por culpa dentro del derecho privado. Esta responsabilidad califica de defectuoso el funcionamiento de la conducta de la Administración. “En consecuencia, la responsabilidad por falta de servicio no es estricta u objetiva en un sentido propio, porque no basta acreditar que el daño fue causado por la acción u omisión del demandado (en este caso de la Administración), sino supone un juicio de valor acerca del nivel y calidad de servicio que era exigible del municipio o del órgano de administración.”¹²⁴ Por otro lado esta responsabilidad tampoco es subjetiva, debido a que para acreditarla no es necesario que el juez formule un juicio de reproche a la persona o al órgano de la administración que realizó la acción u omisión, sino que únicamente es necesario comparar el servicio que se debió prestar con el efectivamente ejecutado.
- d) Responsabilidad estricta (“objetiva”) por riesgo. Esta responsabilidad es aquella que tiene por solo antecedente el daño provocado por su actuación lícita y normal. La Administración se encuentra sujeta a este tipo de

¹²³ Enrique BARROS. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2006. Pág., 421

¹²⁴ Enrique BARROS. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. *Óp. cit.* Pág., 422.

responsabilidad, la cual abarca ciertos daños específicos conforme a leyes especiales, ya sea que se apliquen a sujetos privados o públicos, o por otro lado establezcan una responsabilidad por riesgo solo para la administración.

- e) Responsabilidad por imposición desigual de cargas públicas. El Estado se encuentra facultado para imponer varias cargas a los individuos particulares, con la finalidad de buscar satisfacer un interés general. Sin embargo, existe ciertas situaciones en donde se impone a los ciudadanos cargas que no les resulta exigible soportar por lo cual el derecho da lugar a una acción indemnizatoria. El profesor Barros nos indica que esta indemnización en estos casos no surge de la falta de servicio, de la cual se sigue el daño, sino de un ejercicio legítimo de una potestad pública con la finalidad de buscar satisfacer un interés general, pero que la carga no resulta obligación del afectado soportarla, por lo cual se afirma que la finalidad de la reparación es esencialmente restitutoria.

Una vez analizado los diferentes criterios de atribución de responsabilidad al Estado, a continuación estudiaremos, en base a la doctrina, las clasificaciones más importantes que se da a esta institución de la responsabilidad del Estado, que responden a la existencia o no de un vínculo jurídico. Entre estas se encuentran: la responsabilidad contractual, extracontractual, y la responsabilidad ambiental del Estado.

2.8. Responsabilidad Contractual del Estado

Entre los más destacados autores dedicados al estudio de la responsabilidad patrimonial del Estado, se encuentra el profesor Jesús González Pérez, quien al tratar este tema, nos manifiesta que la Administración Pública, al realizar o cumplir con las actividades encomendadas, además de los efectos que genera como consecuencia de la potestad que ejerce, existen otros que no se derivan precisamente de aquella, a los cuales el autor llama efectos anormales. Estos efectos anormales podrán darse respecto de las Administraciones públicas como respecto del administrado; sin embargo, para el autor, la responsabilidad patrimonial se presenta como el “ [...] supuesto típico de eficacia anormal respecto de la Administración Pública”.¹²⁵ Esta responsabilidad patrimonial por parte de la Administración Pública, tendrá como fin último la

¹²⁵ Jesús GONZÁLEZ. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*. Madrid: Editorial Civitas, 1996. Pág., 125.

obligación de resarcir los daños apreciables económicamente, ya sea que fueren ocasionados por acción u omisión por parte del Estado.

Del mismo modo, la responsabilidad patrimonial generada por parte de la Administración Pública, al surgir a través de las múltiples formas de manifestación de voluntad de esta última, se encuentran sometidas a distintos regímenes jurídicos, por lo cual se hace necesario clasificarlas. Pues bien, tomando en cuenta el régimen jurídico a aplicar, Jesús González Pérez clasifica a la responsabilidad patrimonial del Estado en contractual y extracontractual.

De esta manera, al hablar de la responsabilidad contractual del Estado, debemos tener en cuenta que la Administración Pública para el cumplimiento de sus fines y obligaciones, así como para satisfacer las necesidades de los administrados, acude a la contratación. Por lo cual, es lógico concluir que la responsabilidad contractual del Estado es aquella que se deriva de sus relaciones contractuales con terceros, es decir, cuando existe de por medio un vínculo contractual entre Estado-Contratista, lo cual genera una responsabilidad directa entre las partes que celebran dicho acuerdo.

Una vez que hemos concluido que el contrato administrativo es el elemento sine qua non, para que se configure la responsabilidad contractual del Estado, es importante entender el alcance y contenido del contrato administrativo. Para esto, es conveniente acudir a uno de los autores más destacados en la materia: Miguel Marienhoff¹²⁶. Al abarcar el tema de la contratación pública, dicho autor reconoce la existencia de ciertas definiciones de contrato administrativo, las cuales dejan a un lado el beneficio o interés particular, tanto del contratante como del contratista, restringiendo dicho concepto únicamente a la satisfacción del interés general o a un fin público. Por lo cual, define al contrato administrativo como:

[...] el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas.¹²⁷

De esta definición podemos obtener varias conclusiones. Por un lado, se presenta a un órgano que forma parte de la Administración Pública, el cual investido de

¹²⁶ Miguel MARIENHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, 1982.

¹²⁷ *Id.* Pág., 8.

la potestad que le ha sido otorgado, y en función de las competencias que se le ha entregado decide contratar. Por lo tanto, para que se considere contrato administrativo, por lo menos una de las partes contratantes ejercerá las potestades públicas, caso contrario nos encontraremos frente a un contrato de derecho común. Por otro, tenemos al contratista, el cual podrá ser un órgano de la Administración Pública como un particular, lo cual no determinará la naturaleza del contrato. Por último, cabe mencionar que, por ejercer la potestad pública una de las partes del contrato, se deberá aplicar el derecho público, lo cual parece una consecuencia lógica de todo lo anteriormente manifestado.

De esta manera, si la Administración Pública vulnera o infringe una de las disposiciones contenidas en dicho contrato administrativo, caerá dentro de lo que la doctrina denomina responsabilidad contractual del Estado, desprendiendo todos los efectos jurídicos que conlleva el incumplimiento contractual de cada legislación.

2.9. Responsabilidad Extracontractual del Estado

La segunda clasificación de la responsabilidad del Estado que analizaremos en este capítulo, es aquella que la doctrina ha denominado responsabilidad extracontractual, y tiene su fundamento, ya no en un vínculo contractual como la anterior, sino en la mera obligación que tiene la Administración Pública de reparar el daño causado a uno de sus administrados, el cual no se encontraba en el deber de soportarlo. Como bien lo manifiesta el profesor Ramón Parada,¹²⁸ esta responsabilidad llamada también aquiliana, debido a que fue en Roma, a través de la Ley Aquilia, donde se sancionó por primera vez, tiene su origen en el Derecho Civil. Sin embargo, este tipo de responsabilidad también es aplicable dentro del Derecho Administrativo, lo cual permitirá exigir de la Administración una responsabilidad patrimonial a través de una indemnización, por lo daños y perjuicios que pueda causar a los administrados.

Por lo tanto, a palabras del profesor Oriol Mir Puigpelat,¹²⁹ esta responsabilidad extracontractual de la Administración Pública tendrá principalmente tres funciones. En primer lugar, al igual que la responsabilidad civil, la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene como función primordial la reparación de daños al administrado,

¹²⁸ Ramón PARADA. *Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2012. Pág., 624.

¹²⁹ Oriol MIR PUIGPELAT. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Barcelona: Editorial Civitas S.L., 2002. Pág., 143.

por motivo del giro o tráfico administrativo. En segundo lugar, se encuentra la función preventiva, esto debido a que, junto con otros instrumentos como la responsabilidad penal o disciplinaria, la responsabilidad de la Administración sirve para disuadir al poder público ya sus funcionarios, tomando en cuenta de que en un eventual daño se deberá acudir a la indemnización. Por último, encontramos a la función de control, la cual se encuentra directamente relacionada con la función preventiva. Esta función de control, ejerce el administrado a través de la verificación del buen funcionamiento de los servicios públicos.

2.9.1. Clases de Responsabilidad Extracontractual del Estado

Dentro de esta responsabilidad extracontractual del Estado, podemos encontrar dos tipos de responsabilidad que se desprenden de esta: la (i) subjetiva y la (ii) objetiva. Por un lado, la responsabilidad subjetiva es aquella que se basa en la conducta del autor del daño, es decir, que para verificar si el Estado en el ejercicio de sus funciones acarreo responsabilidad, no es suficiente con que se presente un daño, sino que este daño debe provenir de un actuar doloso o culposo por parte de la Administración Pública, para lo cual el afectado tendrá la obligación de demostrar dicha conducta. Es así que se necesita de tres elementos determinantes para incurrir en una responsabilidad extracontractual subjetiva: a) el daño provocado por la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones; b) el actuar doloso o culposo de la Administración Pública; y, c) la relación de causalidad entre el actuar doloso o culposo por parte de la Administración Pública y el daño provocado.¹³⁰ A su vez, la responsabilidad extracontractual subjetiva del Estado, está constituida por la responsabilidad legislativa, judicial, administrativa, política e internacional.

Por otro lado, la responsabilidad objetiva o también llamada estricta,¹³¹ es aquella que tiene lugar en el ámbito del riesgo que la ley atribuye a quien desarrolla una cierta actividad.¹³² Esta responsabilidad encuentra su fundamento en el hecho que

¹³⁰ Javier TAMAYO. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Segunda Edición. Bogotá: Legis Editores S.A, 2007. Pág., 237.

¹³¹ Esta responsabilidad estricta es una denominación utilizada dentro del derecho anglosajón. Otra denominación generalizada proveniente del derecho alemán y utilizada con frecuencia dentro del derecho Francés es la responsabilidad por riesgo.

¹³² “El criterio de imputación de responsabilidad puede ser manejar un cierto tipo de instalación, usar una cosa o realizar una actividad que la ley somete a un estatuto de responsabilidad por riesgo. Lo determinante es que el daño cuya reparación se demanda sea una materialización de ese riesgo, que ha

produjo el resultado dañoso, y no se limita a verificar la conducta (dolosa o culposa) por la cual se produjo este hecho. Dentro de esta, lo determinante para atribuir responsabilidad es el hecho dañoso y el nexo de causalidad que existe entre la actividad de la administración y el daño provocado. Allessandri con respecto a esta responsabilidad nos indica que:

La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta éste para que su autor sea responsable cualquiera que haya sido su conducta, haya habido o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad.¹³³

Duguit, otro de los autores que abarca el tema de la responsabilidad objetiva, explica en su texto “Las transformaciones del Derecho Público”,¹³⁴ como la Administración puede ser responsable, incluso sin culpa alguna en el servicio público que presta. De esta manera, Duguit sostiene que la responsabilidad objetiva del Estado opera “[...] como una especie de seguro del particular contra el daño que pueda ocasionarle el funcionamiento normal de los servicios públicos, o sea contra lo que se ha llamado muy justamente el riesgo administrativo”.¹³⁵

Esta responsabilidad objetiva del Estado, a la que hace referencia el profesor Duguit, es aquella basada en el riesgo creado por la Administración Pública al momento de prestar servicios públicos (*Teoría del Riesgo*), a la cual muchos autores como Álvaro Castro, se han referido sin ninguna distinción. Sin embargo, es necesario mencionar que autores como Fabián Hupes Artigas, consideran a esta *Teoría del riesgo*¹³⁶, como una de varias teorías que sirven de fundamento para la configuración de la responsabilidad objetiva del Estado. Este autor considera que gran parte de la doctrina confunde las

justificado el establecimiento de un régimen de responsabilidad estricta [objetiva]”. Enrique BARROS. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Óp. cit. Pág., 483.

¹³³ Arturo ALESSANDRI. *De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Óp. cit. Pág., 38.

¹³⁴ León DUGUIT. *Las transformaciones del Derecho Público*. Madrid: Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera, 1926. Pág., 341. Citado en Álvaro CASTRO. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Óp. cit. Pág., 291.

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ Lo esencial de esta teoría es que el Estado, al realizar por medio de sus órganos su actividad administrativa en interés de los administrados, crea potencialmente un riesgo, que si se concreta causándole un daño a estos, genera responsabilidad Estatal aun cuando los funcionarios y empleados que lo causaron fueron diligentes y no hayan cometido falta alguna. Fabián HUEPES. *Responsabilidad del Estado*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2008. Pág., 78.

expresiones responsabilidad objetiva y riesgo, debido a que el primero se refiere a un régimen de responsabilidad y el segundo a la doctrina que lo justifica¹³⁷.

En cuanto a los elementos constitutivos de la responsabilidad objetiva del Estado es importante mencionar que deben converger tres elementos: la actuación de la administración, el daño o perjuicio, y finalmente, el nexo causal del daño y de la actuación. El autor Libardo Rodríguez, analiza estos elementos y señala que la actuación de la administración es un elemento esencial al momento de establecer la responsabilidad, pues en su actuar legítimo puede causar daño a algunos de los administrados, pero dicho daño puede ser reprochable, conformándose una responsabilidad objetiva o por riesgo, es decir sin culpa.¹³⁸

En cuanto al daño o el perjuicio, el tratadista André Laubadere señala que: “[...] es la lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que el padecimiento moral que la acongoja”.¹³⁹ Para que una entidad pública sea responsable, requiere que su actuación haya producido un daño que reúna ciertas características, como lo es que sea cierto, que sea real, que sea especial y que se refiera a una situación legalmente protegida¹⁴⁰, además debemos considerar la antijuridicidad de la conducta, es decir que el administrado no tenga el deber jurídico de soportar ese daño.

El nexo causal es el tercer elemento, pues entre la actuación imputable a la administración y el daño causado, debe existir una relación de causalidad, donde el daño debe ser efecto o resultado de esa actuación, es el requisito indispensable para imputarle al Estado la responsabilidad por una actuación de la administración pública, el mismo que debe ser “[...] actual o próximo, determinante del daño y apto o idóneo para causar susodicho daño[...]”.¹⁴¹

¹³⁷ *Id. Pág., 79.*

¹³⁸ Libardo RODRÍGUEZ. *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Ed. Temis, 2005. Pág., 458.

¹³⁹ André LAUBADERE, *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis, 1984. Pág., 43.

¹⁴⁰ Juan HENAO. *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. *Óp. cit.* Pág. 85.

¹⁴¹ Libardo RODRÍGUEZ. *Derecho Administrativo General y Colombiano*. *Óp. cit.* Pág. 457

2.10. Servicios Públicos

Una vez que hemos analizado lo que nos compete de la responsabilidad del Estado, en esta sección analizaremos lo correspondiente a los servicios públicos. En primer lugar explicaremos la evolución del concepto como tal, para luego estudiar su significado así como su alcance. Para esto, en primer lugar acudiremos a autores como Duguit, Jèze, Hauriou, y Berthélemy que nos ayudarán a entender las principales vertientes teóricas acerca de la noción del servicio público; y, posteriormente a autores como Agustín Gordillo, Ramón Parada, Miguel Acosta, Roberto Dromi, Alberto Montaña, entre otros, los cuales nos servirán para determinar cuales son las principales características y peculiaridades de estos.

2.10.1. Evolución del Servicio Público

Como bien lo manifiesta el profesor Agustín Gordillo en su *Tratado de Derecho Administrativo*,¹⁴² la noción de servicio público nació y floreció en Francia, el cual se basaba en una actividad de determinado tipo realizada por la administración, ya sea de forma directa o indirecta a través de una concesión, y fue su concepto que sirvió de piedra angular para la construcción del viejo derecho administrativo. Siguiendo la misma línea de pensamiento, el profesor Miguel Acosta Romero¹⁴³ nos explica que la noción de servicio público aparece a través de la ley 16-25 de agosto de 1790 y del Decreto de 16 Fructidor año III, como un criterio de interpretación de la regla de separación de las autoridades administrativas, lo cual prohibía a los tribunales ordinarios conocer las causas de derecho administrativo. De esta manera, como consecuencia de la separación de competencias, por un lado la administrativa y por otro la judicial, fue que se elaboró todo un sistema doctrinal en base del concepto de servicio público, de modo que una de ellas, de manera exclusiva, conociera todo los conflictos derivados de la actividad de la Administración Pública.

Dentro de este contexto, toma cabida nuevamente el trascendental fallo Blanco, el cual para muchos autores, como el profesor Alberto Montaña, además de representar la génesis del derecho administrativo, “[...] contiene verdaderos pilares teóricos de este subsistema normativo, que han sido reacondicionados, reestructurados y muchas veces

¹⁴² Agustín GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Fundación de Derecho Administrativo, 2000. Pág., VI-1.

¹⁴³ Miguel ACOSTA. *Teoría General del Derecho Administrativo*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1997. Pág., 954.

ampliamente consolidados a lo largo de la historia”.¹⁴⁴ De esta resolución, dictada por el Tribunal de Conflictos el 8 de febrero de 1873, la cual determinó la competencia administrativa para el caso, derivó la noción del concepto de servicio público, sin que los propios tribunales franceses hayan tenido la intención de hacerlo. “La noción de servicio público, en consecuencia, tiene un origen inspirado, fundamentalmente, en la jurisprudencia de los tribunales administrativos franceses, comentada y desarrollada por la doctrina de ese País”.¹⁴⁵

Por otro lado, para el profesor Alberto Montaña, pese a la trascendencia que tiene el fallo Blanco en el derecho administrativo, no fue el momento histórico donde se utilizó por primera vez la noción de servicio público, ni mucho menos se lo considero en su aspecto material, ya que “[L]os servicios públicos han acompañado pues al derecho administrativo desde su origen mismo y a través de toda su evolución”.¹⁴⁶ De igual manera, a pesar de que dicho fallo influyó directamente en la conceptualización de los servicios públicos, no determina el contenido material de éstos o su naturaleza, lo cual no denota ninguna diferencia con otras manifestaciones de voluntad de la Administración Pública.

Sin embargo, con la aparición de la escuela de los servicios públicos o Escuela de Bordeaux, los servicios públicos empiezan a encontrar una conceptualización objetiva y propia, que le permitirán distanciarse de todas las otras manifestaciones de voluntad de la Administración Pública. Es así, que a partir de varias construcciones teóricas del siglo XIX y principios del XX, el concepto de servicio público empieza a consolidarse. Por lo tanto, a partir de esta etapa, el concepto de servicio público empieza a tomar total trascendencia cuando se busca realizar una apreciación teórica del derecho administrativo. Estas incidencias teóricas, que han permitido llevar a tal punto el concepto de servicio público se analizarán a continuación.

¹⁴⁴ Alberto MONTAÑA. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Proyectos Editoriales Curcio Penen, 2005. Pág., 126.

¹⁴⁵ Miguel ACOSTA. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Óp. cit. Pág., 955.

¹⁴⁶ Alberto MONTAÑA. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Óp. cit. Pág., 126.

2.10.2. Vertientes teóricas acerca de la noción de servicio público

2.10.2.1. La vertiente de León Duguit

Duguit es considerado el gran teórico del servicio público, el cual presentó toda una nueva concepción del Estado a partir de sus estudios de derecho constitucional. El autor parte de la idea de que se debe interpretar al servicio público como toda actividad del Estado, y para su cumplimiento, son los gobernantes los encargados de asegurar, regular y controlar. De esta manera, la noción de servidor público reemplazará al de soberanía para constituirse como fundamento del derecho público.¹⁴⁷ Por lo tanto, al referirse al concepto de servicio público, el autor lo define como:

[...] es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable a la realización y al desarrollo de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino por la intervención de la fuerza gobernante.¹⁴⁸

115. De esta definición, podemos percatarnos que la noción de servicio público planteada por el autor es demasiado extensa, ya que abarca toda actividad del poder público, la cual es realizada a través de sus diferentes órganos legislativo, ejecutivo y judicial, las cuales deberán necesariamente ser aseguradas, regladas y controladas por el Estado.

2.10.2.2. La vertiente de Gastón Jèze

Dentro de esta vertiente teórica, el autor basa su postura en la definición que da de derecho público administrativo, ya que según su criterio, este derecho será el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos.¹⁴⁹ Por lo tanto, al determinar la noción de servicio público, habrá que tomar en cuenta tres aspectos esenciales, sobre los cuales descansa tal definición. Estos son: a) No hay más servicio público que el determinado por la voluntad de los gobernantes; b) un régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado; c) posibilidad de modificar las reglas de organización y funcionamiento del servicio público en todo momento.

¹⁴⁷ León DUGUIT. *Las transformaciones del derecho público*, Madrid: Librería Española y Extranjería, 1926. Pág., 85. Citado en Jorge FERNÁNDEZ. *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*. *Óp. cit.* Pág., 36.

¹⁴⁸ *Id.*, Pág., 36 y 37.

¹⁴⁹ Gastón JÈZE. *Servicios Públicos y Contratos Administrativos*. México D.F.: Editorial Jurídica Universitaria, 2007. Pág., 10.

- a) Al hablar del primer literal, el autor sostiene que la idea de servicio público se encuentra directamente relacionado con la voluntad de las personas que estén al frente de un gobierno. Por lo tanto, al definir servicio público, se deberá tomar en cuenta el contexto social y la época en la que se encuentra, ya que las necesidades y el interés general varían. Sin embargo, estos factores deben ser tomados en consideración por los gobernantes, ya que lo único realmente determinante es la intención de estos. De esta forma, el autor nos presenta a los servicios públicos como “[...] creación artificial del legislador, quien es el único que puede instituirlo y otorgar discrecionalmente este carácter a una actividad cualquiera”.¹⁵⁰
- b) El segundo aspecto al que hace referencia el autor, es aquel relativo al procedimiento al cual debe sujetarse la prestación de estos servicios. A su criterio, se hablará propiamente de servicios públicos cuando se satisface necesidades de interés general, a través de procedimientos especiales que faciliten el funcionamiento regular y continuo de aquellos, procedimientos que están fuera de la órbita del derecho privado.
- c) Este último aspecto, podríamos decir, se da como consecuencia de los dos mencionados anteriormente. Esto debido a que, al considerar al servicio público como un procedimiento técnico, el cual busca la satisfacción del interés general a través de un procedimiento o régimen jurídico especial a cargo de la administración, es lógico que por las características de dicho servicio, las reglas de organización y funcionamiento sean susceptibles de modificación, dando prevalencia sobre todas las cosas el interés general sobre el particular.

2.10.2.3. La vertiente de Maurice Hauriou

Maurice Hauriou nos presenta una tercera corriente acerca de la noción de servicio público, la cual ha sido considerada la más amplia y que más ha perdurado. El autor considera que los servicios públicos constituyen únicamente una parte de la

¹⁵⁰ *Id.*, Pág., 13.

actividad de toda la administración pública, y los define como “[...] un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública”.¹⁵¹

2.10.2.4. La vertiente de Henri Berthélemy

Por último, encontramos la corriente de Berthélemy que no otorga ningún tipo de relevancia a la noción de servicio público, negándole incluso utilidad o trascendencia. Con respecto a esto, Berthélemy manifiesta lo siguiente: No considero como un progreso doctrinal la afirmación de que el elemento superior de toda organización administrativa reside en la noción de servicio público.

No hay noción de servicio público, por que no hay una forma única de servicios públicos, sino formas muy variadas que implican profundas diferencias. Los servicios públicos están sometidos al derecho común todas las veces que éste no haya sido derogado por textos contrarios.¹⁵²

2.10.3. Concepto de Servicio Público

Hasta el momento hemos analizado las diferentes teorías acerca de la noción de servicio público, las cuales nos han ayudado a entender la perspectiva y el alcance que uno u otro autor da a este concepto, sin embargo no se ha definido aún. Esto sucede, principalmente por la amplitud de dicho concepto, así como las diferentes posiciones que uno y otro autor puede tomar al momento de establecer las condiciones para que ciertas o todas las actividades de la Administración sean consideradas un servicio público. A pesar de esto, mencionaremos las definiciones de algunos autores para luego tratar de dar una propia.

Pues bien, el profesor Ramón Parada, al hablar de servicio público, lo hace como sinónimo de actividad de prestación, y la define como “[...] aquella en que la Administración satisface directamente una necesidad pública mediante la prestación de un servicio a los administrados”.¹⁵³ Sin embargo, para el autor, este término es polémico y polisémico a la vez. Polémico, debido a la tensión político-ideológica que existe entre aquellos que sostienen que la intervención del Estado a través de los servicios públicos

¹⁵¹ Maurice HAURIUO. *Précis de Droit Administratif*. París: Libraire Larose et Tenin, 1919. Pág., 44. Citado en Jorge FERNÁNDEZ. *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*. Óp. cit. Pág., 53.

¹⁵² Miguel ACOSTA. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Óp. cit. Pág., 958.

¹⁵³ Ramón PARADA. *Derecho Administrativo I*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2012. Pág., 394 y 395.

va en contra de la iniciativa y la empresa privada, aumentando únicamente el intervencionismo estatal antes que satisfacer el interés general. Y, polisémico debido a que por servicio público no se debe entender exclusivamente una forma de la actividad administrativa, sino el conjunto de ella, pudiendo ser actividades de prestación, de limitación o de fomento.

Por su parte, el profesor Roberto Dromi, nos manifiesta que por servicio público, debemos entender aquella “[...] prestación esencial que cubre necesidades públicas o de interés comunitario, que explicita las funciones-fines del Estado, de ejecución per se o por tercero, mediando concesión, licencia, permiso, autorización o habilitación, pero siempre bajo fiscalización estatal.”¹⁵⁴ Dentro de esta definición, a diferencia de la presentada por el profesor Ramón Parada, podemos encontrar otros elementos los cuales dejan de manifiesto que dicha prestación, así tenga por finalidad la satisfacción de un interés general, podrán ser prestadas ya no exclusivamente por una administración pública, sino por una entidad de derecho privado. Por lo tanto, se puede colegir que para el autor el carácter de servicio público no está determinado por la calidad del órgano sino por las necesidades públicas y de carácter general llamadas a cubrir.

Una definición un tanto más completa es la que nos brinda el profesor Jorge Fernández, el cual tomando como punto de partida la teoría construida por León Duguit, considera al servicio público como:

[...] toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, cuyo cumplimiento uniforme y continuo deba ser permanentemente asegurado, reglado y controlado por los gobernantes, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho privado, ya por medio de la administración pública, bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competente, en beneficio indiscriminado de toda persona.¹⁵⁵

Esta definición va más allá aún, ya que no solo se centra en la satisfacción de carácter general del servicio o la facultad de concesión del mismo, sino que dicho servicio esté sujeto a un aseguramiento y control por parte de las personas que se encuentren investidos de la potestad Administrativa, los cuales evidentemente deberán sujetarse a un régimen especial, que se encuentra por encima del derecho privado.

¹⁵⁴ Roberto DROMI. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2004. Pág., 823.

¹⁵⁵ Jorge FERNÁNDEZ. *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*. *Óp. cit.* Pág., 163.

Sin embargo, para algunos autores como Agustín Gordillo, es irrelevante o intrascendente dar una definición de lo que entendemos por servicio público, ya que únicamente el ordenamiento jurídico será el encargado de justificar dicha denominación.

Dicho en otras palabras, la determinación de aplicar un régimen de derecho público a cierta actividad, estatal o no, es una decisión que no puede estipular libremente la doctrina, a partir de la afirmación que resuelva hacer en el sentido de llamarla “servicio público”; esa determinación viene dada por el orden jurídico, en la medida en que efectivamente someta o no, en mayor o menos grado, alguna actividad humana al derecho público.¹⁵⁶

De estas teorías acerca de la noción de servicio público, así como las definiciones dadas por algunos autores, podemos colegir que servicio público es aquella actividad mediante la cual la Administración Pública otorga una prestación, con la finalidad de satisfacer el interés general, la misma que podrá ser realizada a través de la propia Administración o por terceros particulares facultados para esto. De igual manera, al ser una de sus finalidades la satisfacción del interés general, creemos que la prestación de estos servicios debe encontrarse sometida a un régimen especial, ajena al derecho ordinario.

2.10.4. Caracteres esenciales de los Servicios Públicos

Una vez que se ha analizado la definición de servicio público, es necesario mencionar los caracteres que forman parte de esta en función de la doctrina, sin los cuales el concepto quedará desvirtuado. Entre estos caracteres tenemos los siguientes:

- a) Generalidad¹⁵⁷: de acuerdo a esta característica, la prestación otorgada por parte de la Administración debe ser exigida y usada por todos los habitantes. Por lo tanto, aquella persona que tenga una necesidad, la cual deba ser cubierta por la prestación de un servicio público, tendrá derecho a este. Autores como Jorge Fernández,¹⁵⁸ relacionan esta característica con la idea de derechos humanos, ya que en principio, todo ser humano, sin distinción alguna, tendrá derecho a usar el servicio público, limitado únicamente por la capacidad de prestación del servicio.

¹⁵⁶ Agustín GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo*. Óp. cit. Pág., VI-40.

¹⁵⁷ Roberto DROMI. *Derecho Administrativo*. Óp. cit. Pág., 835.

¹⁵⁸ Jorge FERNÁNDEZ. *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*. Óp. cit. Pág., 116 y 117.

- b) Uniformidad: este principio hace referencia a la igualdad en la prestación, ya que todas las personas, por principio, somos iguales ante la ley. Por lo tanto, las tasas tributarias, tarifas y pagos por el servicio recibido deben ser canceladas por igual por todos los beneficiarios del mismo.¹⁵⁹
- c) Regularidad: este carácter significa que el servicio público deberá siempre prestarse conforme al conjunto de normas preestablecidas dentro del ordenamiento jurídico. “Gracias a la regularidad el servicio público se presta en adecuadas condiciones de funcionamiento[...] Si no se da la regularidad el servicio será irregular, o sea, anómalo y deficiente”.¹⁶⁰
- d) Continuidad: este carácter no debe tergiversar la finalidad del servicio público, ya que sería absurdo pensar que hace referencia a un servicio sin interrupción alguna, más no es así. Este debe ser analizado en el contexto en el cual se presenta la necesidad de carácter general, la misma que debe ser cubierta por la prestación del servicio. Por lo tanto, entenderemos por continuidad “[...] la oferta permanente, y correlativa posibilidad constante, de usar un servicio público dado, dentro de los horarios y bajo las condiciones y términos señalados expresamente en su normativa reguladora.”¹⁶¹
- e) Obligatoriedad: la obligatoriedad se refiere a aquel deber de la Administración Pública, a través de su propia actuación o de terceros mediante la concesión, de asegurar la prestación del servicio público durante todo el tiempo o período que se presente tal necesidad de carácter general.¹⁶²
- f) Adaptabilidad: este se encuentra relacionado directamente con la variación que pueden sufrir las necesidades de carácter general, de acuerdo al tiempo y contexto social en el que se encuentren. Por lo tanto, la adaptabilidad del servicio público se vera reflejada en aquella “[...]posibilidad permanente de

¹⁵⁹ Hugo CALDERÓN. *Derecho Administrativo. Parte General*. Guatemala: Editorial Orión, 2006. Pág., 348.

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ Jorge FERNÁNDEZ. *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*. *Óp. cit.* Pág., 124.

¹⁶² Hugo CALDERÓN. *Derecho Administrativo. Parte General*. *Óp. cit.* Pág., 351.

modificar su regulación en aspectos que atañen al prestador del servicio, al usuario o a ambos.”¹⁶³

- g) Gratuidad: con el paso del tiempo y la evolución del concepto de servicio público y su alcance, este carácter ha variado. Si bien es cierto, algunos servicios públicos, como el transporte, exigen una cuota o tasa por parte del usuario, este servicio sigue siendo gratuito, ya que la gratuidad se determina de acuerdo al ánimo o propósito de lucro por parte de la entidad que presta el servicio. Sin embargo, los servicios públicos que se encuentran a cargo de terceros bajo el régimen de concesión, permiso, licencia o autorización, son realizados, evidentemente, con ánimo o propósito de lucro. Esta característica que forma parte de la empresa privada, ha llevado a la doctrina a eliminar a la gratuidad como carácter esencial de todo servicio público.¹⁶⁴

¹⁶³ Jorge FERNÁNDEZ. *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*. Óp. cit. Pág., 130.

¹⁶⁴ *Id.* Pág., 131.

3. CAPÍTULO TERCERO.- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

3.1. Evolución histórica de la responsabilidad del Estado en la legislación ecuatoriana

En lo que respecta a la responsabilidad del Estado en la legislación ecuatoriana, cabe mencionar que desde la Constitución de 1830 existió la noción de este término, sin embargo este alcanzaba únicamente al Gobierno y a los empleados del Estado, los cuales respondían por su conducta siempre y cuando se hayan encontrado en el ejercicio de sus funciones.¹⁶⁵ En la Constitución de 1835 dentro de las garantías de los ciudadanos, se emplea por primera vez el término *indemnización*, la misma que procederá previo a la enajenación de un bien, eso si, exigido siempre por la utilidad pública.¹⁶⁶

Esta misma línea fue seguida por las constituciones de 1843, 1845, 1851 y 1852. No obstante, fue en la Constitución de 1861 en donde esta responsabilidad de los empleados del Estado, tenía como consecuencia, entre otras cosas una indemnización. El artículo 114 menciona textualmente lo siguiente: “[...] El funcionario que, fuera de los casos permitidos por las leyes, atentare contra la propiedad particular, será responsable con su persona y bienes a la indemnización de los daños y perjuicios que él ocasionare”. Esta postura se mantiene hasta la Constitución de 1884, la cual ya no hace referencia únicamente al daño que puedan causar los funcionarios públicos contra la propiedad particular, sino contra cualquiera de las garantías declaradas en la Carta Magna¹⁶⁷. Este mismo artículo será reproducido por las Constituciones de 1897, 1906, 1929, 1945, 1946.

¹⁶⁵ [...] Art. 7.- El Gobierno del Estado del Ecuador es popular, representativo alternativo, y responsable. [...] Art. 57.- Los magistrados, jueces y empleados no pueden ser destituidos sino en virtud de sentencia judicial; ni suspensos sino por acusación legalmente intentada. Todo empleado es responsable de su conducta en el ejercicio de sus funciones. Constitución de la República del Ecuador. Artículos 7 y 57. Diario de la Convención Nacional de 14 de junio de 1830.

¹⁶⁶ [...] Art. 97. Ningún ecuatoriano será privado de su propiedad, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad pública, calificada por una ley, exija su uso o enajenación, lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se avaluare a juicio de hombres buenos. Constitución de la República del Ecuador. Artículo 97. Diario de la Convención Nacional de 13 de agosto de 1835.

¹⁶⁷ [...] Art. 37 Los empleados públicos que violaren cualquiera de las garantías declaradas en esta Constitución, serán responsables con sus bienes, por los daños y perjuicios que causaren; y respecto de los crímenes o delitos que, violándolas, cometieren[...]. Constitución del Ecuador de 1884. Artículo 37. Diario de la Convención Nacional de 4 de febrero de 1884.

Sin embargo, fue la Constitución de 1967, dentro de sus Disposiciones Generales, la que recogió por primera vez la responsabilidad directa del Estado, dejando atrás aquella responsabilidad que podría recaer única y eventualmente sobre los funcionarios públicos. Esta responsabilidad se hará efectiva a través de la obligación del Estado de indemnizar a los particulares por los perjuicios que pueda causar “como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo”.¹⁶⁸ La Constitución de 1979 mantiene esta tendencia, con un nuevo derecho: el derecho de repetir contra el funcionario o empleado que haya ocasionado un eventual perjuicio al administrado.¹⁶⁹ Esto se mantendrá hasta la Constitución de 1998, en la cual la responsabilidad estatal se configuró con el objetivo de indemnizar los perjuicios que se causen a los administrados, derivados de todas las actuaciones que sean atribuidas a él a través de la Constitución y la ley, sin dejar a algún funcionario exento de responsabilidad administrativa, civil o penal.¹⁷⁰

De esta manera, le legislación ecuatoriana, a través de la Constitución de 1998 parecería a primera vista que acogió la tesis de la responsabilidad objetiva estatal, con lo cual no sería necesario que el administrado deba probar la licitud o ilicitud de la actuación del funcionario o mucho menos su culpa, quedando como único requisito probatorio el nexo causal entre el hecho generador del daño y el daño en sí mismo ocasionado. Como bien lo manifiesta el profesor Javier Robalino,¹⁷¹ el artículo 19 de esta Constitución establece el umbral para reconocer los derechos y garantías de los ciudadanos, lo cual abre camino a la responsabilidad del Estado. Esta responsabilidad de la Administración Pública se separa de aquella responsabilidad del funcionario público, con lo cual la obliga a responder por sus actuaciones independientemente de la eventual responsabilidad que pueda recaer sobre este último.

¹⁶⁸ [...] Art. 27 Responsabilidad.- El Estado y más entidades de derecho público y las entidades semipúblicas, están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo. Constitución del Ecuador de 1967. Artículo 27. Registro Oficial No. 133 de 25 de mayo de 1967.

¹⁶⁹ [...] Art. 20.- [...] Las entidades antes mencionadas, en tales casos, tienen derecho de repetición y hacen efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave, judicialmente declarados, hubieren causado los perjuicios. Constitución del Ecuador de 1979. Artículo 20. Registro Oficial No. 800 de 27 de marzo de 1979.

¹⁷⁰ Constitución Política de la República del Ecuador. Artículos 20, 119 y 120. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

¹⁷¹ Javier ROBALINO. El marco constitucional del Derecho Administrativo en el Ecuador. V Foro Iberoamericano de derecho administrativo (2006), págs., 196 y 197.

Es decir, se reconoce el concepto de una Administración única y responsable, la cual debe responder por sus actuaciones sin perjuicio de la responsabilidad que tenga el funcionario. Por lo tanto, se fortalece la garantía del ciudadano de reclamar ante el sujeto directamente responsable –Administración- y por otro lado, se (i) limita la capacidad de la Administración de deslindarse de su responsabilidad y (ii) se le exige que repita contra el funcionario causante del daño.¹⁷²

No obstante, y si bien se puede afirmar que la constitución de 1998 acogía la responsabilidad objetiva del Estado, todavía existía cierto escepticismo por parte de los órganos judiciales al momento de subsumirla al caso concreto.¹⁷³ Por todo esto, podríamos afirmar que esta etapa corresponde a la responsabilidad civil extracontractual indemnizatoria subjetiva y objetiva del Estado.¹⁷⁴

Otro gran paso de la doctrina ecuatoriana, fue el considerar que la responsabilidad estatal debía regirse por las normas de la Constitución y del Derecho administrativo. Uno de estos profesores fue Ernesto López Freire, quien en su artículo *La Responsabilidad Objetiva en la Constitución Política del Ecuador* ya supo manifestar que la responsabilidad del Estado lleva consigo la obligación de responder a todo perjuicio que cause a un administrado, siempre que el daño provenga del ejercicio de la función pública –ya sean concesionarios o delegatarios-. Este daño irrogado al administrado afecta a uno de los deberes y objetivos del Estado como es la protección a las personas y a los bienes, por lo cual lo ilícito no será la causa del daño, sino el perjuicio en sí mismo ocasionado a los afectados, con lo cual queda de manifiesto la irrelevancia de realizar un examen de culpa o dolo a la persona o personas que ocasionaron el daño. Por lo tanto, al no tener este tipo de responsabilidad su fundamento en la culpa,

[...] no es un asunto sujeto a las reglas del Derecho Privado o del Código Civil, es un asunto constitucional, sujeto al cumplimiento irrestricto de sus más altos valores y

¹⁷² *Ibíd.*

¹⁷³ Entre estos casos –que serán analizados posteriormente- tenemos el de Delfina Torres Viuda de Concha, en la cual si bien es cierto se estableció la reversión de la carga de la prueba –característica fundamental de la responsabilidad objetiva- la Corte Suprema de Justicia del Ecuador determinó que se encontraban en el supuesto de la responsabilidad civil extracontractual del Estado del tipo subjetivo, con lo cual no le correspondía a la víctima probar el daño que se haya sido irrogado en su contra.

¹⁷⁴ Diego MOGROVEJO. “La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008”. *Revista de derecho* No. 12 (2009), pág., 75.

principios y, desde esa perspectiva, sujeto al Derecho Administrativo, en cuanto este es el brazo ejecutor de la Constitución.¹⁷⁵

Este alejamiento por parte de la responsabilidad del Estado de la concepción civil extracontractual, se produjo también a través de jurisprudencia, entre los cuales encontramos el fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del 2007 – fallo que será analizado con mayor detenimiento posteriormente-, a través del cual se condenó solidariamente a la Empresa Eléctrica Manabí S.A., EMELMANABI y al Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC, al pago de indemnizaciones por daños materiales y morales por la deficientes prestación del servicio público.¹⁷⁶

Sin embargo, con la Constitución del 2008 parecía que se consolidaría otro tipo de responsabilidad por parte del Estado, la *Responsabilidad Objetiva Reparadora Integral del Estado*.¹⁷⁷ A través del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución, el Estado se compromete a respetar y hacer respetar los derechos garantizados en este cuerpo legal, así como a reparar dichas violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos, guardando de igual manera el derecho de repetir en contra de las personas responsables de dicho daño. Cabe mencionar, que conforme al artículo 86 de la Constitución, esta reparación deberá ser integral, material e inmaterial, lo cual reafirma el carácter garantista de esta. Todo esto nos lleva a afirmar que, con la Constitución del 2008, la responsabilidad del Estado se resume a la reparación integral del daño causado al afectado, dejando a tras el concepto de indemnización civil de perjuicios.¹⁷⁸

Este avance en la institución de la responsabilidad del Estado en nuestra legislación, presenta ciertas características y consecuencias que deben ser analizadas.

¹⁷⁵ Ernesto LÓPEZ. “La Responsabilidad Objetiva en la Constitución Política del Ecuador”. *Temas de Derecho Constitucional*. Quito: Publicación de la Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco, Ediciones Legales, 2003, pág., 373 y 374.

¹⁷⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Causa No. 40-2003, de 11 de abril de 2007.

¹⁷⁷ Diego MOGROVEJO. “La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008”. *Revista de derecho* No. 12 (2009), pág., 82.

¹⁷⁸ Otro de lo cambios que podemos encontrar en la Constitución del 2008 y que representan relevancia para nuestro trabajo, es aquel referente concepto de servidor público. A través del artículo 229, la Constitución del 2008 ha ampliado el alcance del concepto de servidor público, incluyendo a todas aquellas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Al ampliar el alcance del concepto, también se amplía el alcance de la responsabilidad, puesto que ya no se excluye, como se lo hacía anteriormente, al trabajador y al contratado civilmente por el Estado. *Id.*, Págs., 82 y 83.

En la concepción civilista de la responsabilidad del Estado, estudiada anteriormente, para que se determine la existencia de un daño deben cumplirse ciertas requisitos, los cuales darán como consecuencia el pago de una indemnización correspondiente al perjuicio económico sufrido por la víctima. Dentro de esta concepción, el afectado se encuentra en la obligación de probar los daños, y a su vez, esperar que el Estado no pruebe su prudencia, diligencia o pericia al momento de realizar o prestar su servicio. Mientras que en la concepción reparadora de la responsabilidad estatal, la víctima no tiene la obligación de probar la licitud o ilicitud de la conducta o actuar administrativo, o menos aún la culpabilidad, sino únicamente la relación causal entre el daño ocasionado y la actividad de la cual derivó el mismo. Por lo tanto, lo realmente determinante para esta concepción será el daño causado al afectado.

En tal virtud, podemos afirmar que el carácter objetivo de la responsabilidad estatal, establecido en la Constitución de 1998, se mantiene en la Constitución de 2008, pero desligada de la concepción civilista indemnizatoria de los perjuicios para radicarse en la concepción reparadora de la violación de los derechos en una dimensión ampliada.¹⁷⁹

A pesar de las afirmaciones del profesor Mogrovejo, encontramos artículos en nuestra Constitución como el 53, el cual en su segundo inciso manifiesta que el Estado responderá *civilmente* siempre que ocasione daños y perjuicios a los administrados, debido a la negligencia y descuido cuando preste servicios públicos, así como por la carencia de los mismos. De igual manera, el artículo 54 establece una responsabilidad civil y penal para las personas o entidades a cuyo cargo se encuentre la prestación de un servicio público, debido a 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. Esto nos permite percibir que el alejamiento de la concepción civilista de la responsabilidad del Estado en la constitución del 2008 tampoco ha sucedido por completo, lo cual deja abierto nuevamente el debate de la aplicabilidad de la responsabilidad objetiva o subjetiva (con reversión en la carga de la prueba) en la prestación de servicios públicos en función de principios de derecho administrativo alejados de la concepción civilista.

¹⁷⁹ *Ibíd.*

3.2. Análisis comparativo entre la Constitución Política de 1998 y la Constitución de la República del 2008.

En este punto, es importante realizar una comparación de los puntos que representan importancia para nuestro trabajo entre la Constitución del 2008 y la Constitución de 1998, la cual servirá para verificar si los cambios en nuestra nueva Constitución afectan o no la responsabilidad del Estado en la prestación de servicios públicos. De igual manera, verificaremos en una y otra constitución los artículos referentes a la reserva de ley para constatar si se hace necesaria la existencia de una ley que recoja los derechos reconocidos en cada una.

CONSTITUCIÓN DE 2008	CONSTITUCIÓN DE 1998
<p>Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.</p>	<p>Art. 1.- El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es Republicano, presidencial, electivo, representativo, <i>responsable</i>, alternativo, participativo y de administración descentralizada.</p>
<p>Art. 11, numeral 9.- El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán <i>obligados a reparar las violaciones</i> a los derechos de los particulares por la <i>falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos</i>, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.</p>	<p>Art. 20.- Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán <i>obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos</i> o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes.</p>
<p>Art. 132.- La Asamblea Nacional</p>	<p>Art. 140.- El Congreso Nacional, de</p>

<p>aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos: 1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes. 3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados. 4. Atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados. 5. Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias. 6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.</p>	<p>conformidad con las disposiciones de esta sección, aprobará como leyes las normas generalmente obligatorias de interés común. Las atribuciones del Congreso que no requieran de la expedición de una ley, se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones.</p> <p>Art. 141.- Se requerirá de la expedición de una ley para las materias siguientes: 1. Normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales, garantizados en la Constitución. 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes. 3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin perjuicio de las atribuciones que la Constitución confiere a los organismos del régimen seccional autónomo. 4. Atribuir deberes o cargas a los organismos del régimen seccional autónomo. 5. Modificar la división político - administrativa del país, excepto en lo relativo a parroquias. 6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación, la facultad de expedir normas de carácter general, en las materias propias de su competencia, sin que estas puedan alterar o innovar las disposiciones legales. 7. Reformar o derogar leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio. 8. Los casos en que la Constitución determine.</p>
<p>Art. 133.- Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas: 1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución. 2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. 3. Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados. 4. Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral. La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de los</p>	<p>Art. 142.- Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas: 1. Las que regulen la organización y actividades de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial; las del régimen seccional autónomo y las de los organismos del Estado, establecidos en la Constitución. 2. Las relativas al régimen de partidos, al ejercicio de los derechos políticos y al sistema electoral. 3. Las que regulen las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección. 4. Las que la Constitución determine que se expidan con este carácter. Las demás serán leyes ordinarias.</p>

miembros de la Asamblea Nacional. Las demás serán leyes ordinarias, que no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica.	
---	--

Al eliminar la palabra *responsable* de la definición del Estado ecuatoriano en el artículo 1 de la Constitución de 2008, de alguna forma se reduce este carácter, debido a que el Estado deja de ser un Estado de Derecho y pasa a ser un Estado de derechos y justicia, lo cual presenta ciertas consecuencias que fueron analizadas en el capítulo anterior. En lo que respecta a la responsabilidad del Estado por perjuicios y violaciones a los derechos de los ciudadanos por una falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos, podemos percatarnos que se mantiene en ambas constituciones. De igual manera, se mantienen los criterios relativos a la necesidad de regular a través de una ley el ejercicio de los derechos, obligaciones y garantías reconocidos en la Constitución.

A partir de estos cambios, si bien es cierto el Estado sigue siendo responsable, al eliminar la característica de *responsabilidad* de su definición, lo es de una manera distinta, lo cual enfatiza aún más la necesidad de fortalecer o desarrollar este carácter a través de una ley específica, en particular por ley orgánica.

Considerando estos temas, y si bien no es parte de la tesis, hay una duda sobre el Estado de Derecho en sí mismo, cuyo objetivo es la protección del ciudadano a través del reconocimiento de la persona jurídica Administración Pública, por lo cual es más difícil una interpretación de la responsabilidad del Estado en sentido amplio como lo permitía la constitución del 98. Nos parece a nosotros que no hay Estado de derecho, y esto nos hace pensar o reflexionar sobre la necesidad de retomar y desarrollar la responsabilidad objetiva en la prestación de servicios públicos, partiendo de ciertos precedentes como los existentes.

3.3. Análisis jurisprudencial de la responsabilidad del Estado en la prestación de servicios públicos en la legislación ecuatoriana.

En esta sección se analizará la posición de la jurisprudencia en relación a la responsabilidad objetiva del Estado en la prestación de servicios públicos, especialmente desde la Constitución de 1998 en adelante. En estas resoluciones se

puede percibir la intención de la jurisprudencia de dar un giro a la aplicación de la institución de la responsabilidad del Estado, en donde ya no corresponderá a la víctima probar el daño, sino por el contrario el Estado deberá demostrar que ha actuado de manera diligente, prudente y cuidadosa, y de esta manera pueda acudir a los eximentes de responsabilidad como es el caso fortuito y fuerza mayor, o incluso atribuir el daño ocasionado a la culpa de la propia víctima.

3.3.1. Resolución No. 187-2000 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia

Pues bien, entre estos fallos encontramos la Resolución No. 187, publicada en el Registro Oficial 83 de 23 de Mayo de 2000 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, dentro del juicio ordinario por daños y perjuicios No. 252-99 que sigue Segundo Sánchez Monar sus propios y personales derechos y como procurador judicial de Ángel Valencia Pata y otros en contra de Petrocomercial y Congas. En el presente caso, la pretensión de los actores se fundamenta en el supuesto incumplimiento de las obligaciones impuestas por las normas reglamentarias por parte de Petrocomercial, lo cual ha producido la explosión de un tanque de gas y el consiguiente incendio que ha ocasionado la muerte de tres personas, lesiones graves a otras cinco y cuantiosos daños materiales: responsabilidad derivada de un cuasidelito civil. Por su parte, Petrocomercial aduce que dicho incendio producido en una panadería-pastelería, se produjo debido a que existieron por parte del consumidor una serie de contravenciones a normas específicas y especiales de seguridad destinadas a precautelar accidentes, entre las cuales se encontraba haber utilizado en un establecimiento destinado para actividades comerciales un cilindro de gas de 15 Kg correspondientes exclusivamente al servicio doméstico. Estas contravenciones -afirman los demandados- hacen responsable al consumidor por los accidentes ocurridos.

Sin embargo, la primera Sala de lo Civil y Mercantil, acogiendo a lo pronunciado por la Sala única de la Corte Superior de Esmeraldas y a los informes técnicos del Cuerpo de Bomberos, determina que la explosión del cilindro de gas y el incendio consiguiente ha sido originado por la fuga de gas por la parte inferior del cilindro, debido a la vetustez de este, de lo que se infiere que Petrocomercial omitió hacer el mantenimiento adecuado del cilindro de gas y su oportuno retiro de la circulación como lo impone el Reglamento relativo al Manejo y Uso del Gas Licuado

de Petróleo¹⁸⁰. Para la Sala, es irrelevante que no se haya utilizado un tanque de gas de 45 Kg, correspondiente a establecimientos destinados al comercio, ya que con una fuga de gas en la parte inferior, es evidente que la explosión hubiera sucedido de igual manera, y con mayor gravedad aún. Por lo tanto, la explosión ocurrida y el siniestro no ha tenido “[...] relación de causalidad directa o necesaria con el incumplimiento de los usuarios de los dispuesto por las normas reglamentarias”.¹⁸¹

Como podemos percatarnos, en esta resolución de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ya no se hace referencia a la obligación del afectado de probar el daño causado –propio de la responsabilidad extracontractual subjetiva-, sino se centra en analizar si el actuar por parte de Petrocomercial fue negligente. Por su parte, Petrocomercial al no poder demostrar que actuó de manera diligente y en función de lo establecido en el Reglamento relativo al Manejo y Uso del Gas Licuado de Petróleo, la Sala ni si quiera llega a discutir si existió o no por parte del consumidor una serie de contravenciones como afirma la demandada. Para finalizar, la Sala hace un correcto análisis de la relación de causalidad entre la prestación deficiente del servicio – plasmada en la omisión del mantenimiento adecuado del cilindro de gas y su oportuno retiro de circulación- y el daño ocasionado a los afectados, lo cual representa el principal argumento para atribuir responsabilidad a Petrocomercial en este caso.

3.3.2. Resolución No. 63-2001 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia

Otro de los fallos es la Resolución No. 63-2001 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 37 del 17 de abril de 2001, dentro del juicio ordinario No. 264-2000 que por indemnización de daños y perjuicios sigue Miguel Ángel Ormaza Ormaza y Lía Rebeca Delgado Hidrovo en contra del Prefecto Provincial y el Procurador Síndico del Consejo Provincial de Chimborazo. Si bien es cierto, en la presente resolución la Sala de los Civil y Mercantil casa la sentencia pronunciada por la Primera Sala de la Corte Superior de Riobamba, rechazando de esta manera la demanda de indemnización de daños y perjuicios propuesta por Miguel Ormaza y Lía Hidrovo, podemos encontrar un análisis en relación

¹⁸⁰ Reglamento relativo al Manejo y Uso del Gas Licuado de Petróleo. Registro Oficial No. 946 de 29 de mayo de 1992.

¹⁸¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 252-99, de 23 de mayo de 2000.

al efecto de determinar un hecho como delito o cuasidelito lo cual incide directamente al momento de determinar, limitar o excluir la responsabilidad de la Administración Pública que ha causado los daños frente al perjudicado.

Al realizar este análisis la Sala se basa en su gran mayoría en las disposiciones del Título XXXIII del Código Civil relativas al delito o cuasidelito, especialmente en el artículo 2229, el cual establece de manera textual que “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona de ser reparado por ésta”.¹⁸² Del análisis de estos textos, la Sala determina que para cumplir con el objetivo último de la responsabilidad del Estado que constituye la indemnización, la misma que está encaminada a satisfacer los daños y perjuicios causados por un hecho, será irrelevante que dicho hecho sea producto del dolo o culpa, malicia o negligencia del sujeto que ocasionó el daño.

Con este análisis hecho por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, si bien es cierto no se configura como tal la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, se puede percatar el esfuerzo por relegar una de las características propias de la responsabilidad extracontractual subjetiva, como es la obligación de determinar que el sujeto que ha infringido el daño ha actuado con dolo o culpa. Esto lo hace principalmente basada en normas recogidas en Código Civil y en el artículo 20 de la Constitución de 1998.

3.3.3. Resolución No. 229-2002 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

Uno de los fallos más trascendentales e importantes para nuestro estudio es el que analizaremos a continuación, correspondiente a la Resolución No. 229-2002 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 43 de 19 de marzo de 2003, dentro del juicio ordinario que, por indemnización de daños y perjuicios propuso José Luis Guebara Batioja por sus propios y personales derechos, y por los que representa del Comité “Delfina Torres viuda de Concha”, en contra de PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL Y PETROPRODUCCIÓN. La presente resolución toma real importancia debido al exhaustivo análisis que realiza la Sala acerca de cada uno de los

¹⁸² Código Civil. Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

temas o elementos que se derivan tanto del recurso de casación interpuesto como tal o de las excepciones planteadas por las demandadas, dando solución no solo a un tema en particular, sino a varios de estos que han sido discutidos por la doctrina y jurisprudencia del país.

De este modo, realizaremos el análisis de los temas abarcados por la Sala, poniendo énfasis en aquellos que presentan mayor importancia para nuestro trabajo.

Pues bien, el primer tema que analiza la Sala es el relativo a la *ilegitimidad de personería*, excepción planteada por las demandadas y aceptada por la Sala Única de la H. Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, razón por la cual se rechaza la demanda y la apelación de la parte actora. Dicha excepción encuentra su fundamento en el numeral 15 del artículo 23 de la Constitución,¹⁸³ el cual prohíbe de manera expresa dirigir quejas y peticiones a las autoridades en nombre del pueblo. Sin embargo, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, haciendo un correcto análisis del derecho que tiene toda persona de acceder a los órganos judicial y a obtener de ellos la tutela efectiva, considera que en ninguna parte de la demanda aparece que quien la deduce se atribuye la calidad de representante del pueblo, sino que se basa en la calidad de representante legal de una persona jurídica debidamente acreditada, por lo cual “[...] el Tribunal ad quem ha incurrido en una errónea interpretación de la disposición contenida en el No. 15 del artículo 23 de la Constitución Política de la República, lo que ha conducido a su indebida aplicación [...]”.¹⁸⁴

El siguiente punto analizado por la Sala, es el relativo a la *competencia* del Tribunal de Casación en lo Civil y Mercantil para conocer de la presente causa, que corresponde a la excepción planteada por los demandados, lo cual hasta la actualidad presenta un gran debate. Para empezar dicho análisis, la Sala realiza una distinción en lo que se entiende por jurisdicción y competencia, concluyendo, desde un punto de vista técnico, que la jurisdicción es una función y la competencia una aptitud que nacerá siempre de la ley. Partiendo de esta distinción, la Sala reconoce que en la legislación ecuatoriana se concedía competencia a los jueces de lo civil para conocer las controversias derivadas de hechos administrativos que han ocasionado perjuicio a los

¹⁸³ Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 23. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

¹⁸⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 31-2002, de 19 de marzo de 2003.

particulares, las cuales determinaban como consecuencia la responsabilidad civil. Sin embargo, con la promulgación de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada de diciembre de 1993, esto cambio.¹⁸⁵

A partir de esta Ley, se empezó con la promulgación de varias resoluciones y leyes modificatorias del artículo 38, debido a las dudas que existían y existen para su aplicación,¹⁸⁶ con lo cual se inició, a palabras de esta Sala, un fatigoso y lamentable deambular entre la jurisdicción civil y la contencioso administrativa. Como acertadamente señala la Sala, si bien es cierto las múltiples reformas al artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado se refirieron exclusivamente a los contratos celebrados por las instituciones del Estado, y a los procesos que, por contratos, actos y hechos administrativos se habían iniciado antes del 31 de diciembre de 1993, por lo cual todas las controversias iniciadas a partir del 31 de diciembre de 1993 deberían someterse ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, no obstante este criterio no es general.

[...] hay una respetable vertiente de opinión jurídica que sostiene que el Estado y las entidades del sector público para el cumplimiento de sus fines, en ejercicio de sus facultades, actúa unas veces como sujeto de derecho “privado” y otras como sujeto de derecho “público” y que, por lo tanto, los conflictos de las instituciones del sector público con los particulares, sobre asuntos derivados de sus relaciones de derecho privado deber ser sometidas a los jueces y tribunales de lo Civil, y los que se generan por su actuación como sujetos de derecho público, a los tribunales de lo Contencioso Administrativo [...]¹⁸⁷

Debido a lo anteriormente mencionado, si bien existe mandato expreso a través del artículo 38 de la Ley de modernización del Estado, algunos de los jueces y

¹⁸⁵ Art. 38.- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos y hechos que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado y otras entidades del sector público. El administrado afectado por tales actividades presentará su demanda, o su recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento aplicable será el previsto en la Ley de la materia. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra el Estado y demás entidades del sector público el agotamiento o reclamo en la vía administrativa.

¹⁸⁶ Entre estas resoluciones y leyes encontramos las siguientes: Resolución obligatoria, publicada en el Registro Oficial No. 209 de 5 de diciembre de 1997; posteriormente la Ley No. 77, publicada en el Registro Oficial No. 290 de 3 de abril de 1998; Resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 120 de 1 de febrero de 1999; Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana publicada en el Registro Oficial No. 144 de 18 de agosto de 2000; y, Ley 2001-56, publicada en el Registro Oficial No. 483 de 28 de diciembre de 2001.

¹⁸⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 31-2002, de 19 de marzo de 2003.

magistrados de lo Civil han aceptado a trámite demandas en las cuales se reclaman el pago de indemnizaciones por responsabilidades civiles de las instituciones del sector público.¹⁸⁸

Sin embargo, la Sala al constatar el cumplimiento de los tres requisitos exigidos para que se aplique la disposición transitoria del inciso segundo del artículo 29 de la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana¹⁸⁹, determina la competencia de los jueces de lo Civil para seguir conociendo la presente causa hasta su terminación y ejecución. Por lo tanto, le corresponde a la Primera Sala de lo Civil y Mercantil conocer los puntos sobre los cuales se trabó la Litis.

Continuando con su análisis, la Sala toca en su considerando vigésimo un punto que representa total relevancia para nuestro estudio: la responsabilidad civil extracontractual, correspondiente a la pretensión del actor en la demanda. Al empezar este análisis, lo hace tomando como referencia el Libro Cuarto del Código Civil, el cual se basa en la doctrina clásica, llamando hechos ilícitos no solo a las acciones u omisiones personales de quien ha causado un daño, ya sea mediante dolo o culpa, sino también a los daños causados por las personas que están a su cargo, cuidado o dependencia. Para que se configure esta responsabilidad civil extracontractual es imperante la reunión de tres elementos: (i) un daño o perjuicio, material o moral; (ii) una culpa, ya sea demostrada o preexistente; y, (iii) un vínculo de causalidad entre uno y otro. Con lo dicho anteriormente, se puede colegir que “[l]a responsabilidad civil extracontractual, en nuestra legislación, es en esencia subjetiva; es decir, requiere de la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración.”¹⁹⁰

¹⁸⁸ La misma Sala en el fallo No. 187 de 28 de abril de 2000, publicado en el Registro Oficial No. 83 de 23 de mayo de 2000, puso en evidencia la inseguridad jurídica que existía al momento de determinar cuál es el órgano competente de conocer la causa, manifestando de forma expreso lo siguiente: [...] hay que tomar en consideración que por la inestabilidad legislativa, analizada anteriormente, no ha habido la suficiente certeza sobre cuál es el juez o tribunal competente. ...Por estas circunstancias, y en virtud de que las partes demandadas han ejercido en la forma más amplia su derecho de defensa, declarar la nulidad de la causa por incompetencia del juez, a estas alturas después de largo y fatigoso proceso, significaría una denegación de justicia.”

¹⁸⁹ La Sala para determinar su competencia, se basa en tres requisitos específicos, sin los cuales no será aplicable la disposición transitoria del artículo 29 de la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana. Estos requisitos son los siguientes: (i) Que la demanda sea propuesta contra una institución del sector público; (ii) Que el proceso haya sido iniciado antes de la promulgación de la ley, o sea con anterioridad al 18 de agosto de 2000; y, (iii) Que el proceso se halle en trámite a la fecha de la promulgación de la ley.

¹⁹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 31-2002, de 19 de marzo de 2003.

No obstante, existe otra teoría que va más allá de la teoría clásica, basando la responsabilidad ya no únicamente en el daño sino en el riesgo generado. Esta teoría a la que hacemos referencia, y la que analiza la Sala es la llamada teoría del riesgo, según la cual, “[P]ara el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado. Es la responsabilidad meramente objetiva.”¹⁹¹ Otra de las características propias de este tipo de responsabilidad, es aquella referente a la carga probatoria. Como bien lo menciona la Sala, en muchos casos para la víctima es casi imposible asumir la carga probatoria, por lo cual fue necesario revertir la carga de la prueba en contra de quien se beneficia de la cosa riesgosa, teniendo la obligación de demostrar que dicho hecho que ocasionó el daño sucedió como consecuencia de fuerza mayor o caso fortuito, por culpa de un tercero o incluso de la propia víctima¹⁹². Frente a esto, la Sala manifiesta lo siguiente: “Nosotros coincidimos plenamente con esta posición, y ésta es la razón por la cual adoptamos como sustento del presente fallo, en vista que la producción, industria, transporte y operación de sustancias Hidrocarburiíferas constituyen, a no dudarlo, actividades de alto riesgo o peligrosidad.”

Con todo lo expuesto, la Sala considera que los demandados no han probado fehacientemente la mencionada eximente de responsabilidad, relativa a la acción irresponsable de las personas que asientan sus viviendas en sectores aledaños. Por todo esto, la Sala casa la sentencia y acepta parcialmente la demanda, con lo cual determina la responsabilidad extracontractual de PETROECUADOR y las empresas filiales PETROCOMERCIAL y PETROINDUSTRIAL, debido a que de uno u otro modo tienen bajo su responsabilidad el manejo u operación de la Refinería Estatal de Esmeraldas y de la infraestructura petrolera de dicha provincia.

El caso “Delfina Torres viuda de Concha” representa real trascendencia no solo para nuestro estudio, sino para nuestro ordenamiento jurídico en general. A través de este, surgen a la vista temas que generan gran consternación en nuestra sociedad, como

¹⁹¹ *Ibíd.*

¹⁹² En el presente juicio, la Sala repartió la carga de la prueba de la siguiente manera: 1.- incumbía a la parte actora demostrar: (i) los daños de los que afirma ha sido víctima; (ii) la cuantía o quantum de los mismos; y, (iii) los hechos que han originado esos daños. 2.- incumbía, a su vez, a los demandados demostrar: (i) que los hechos que causaron los daños a las víctimas se debieron a fuerza mayor o caso fortuito.

la exagerada promulgación de resoluciones y leyes, las cuales terminan por confundir, no solo a los jueces o magistrados, sino también al administrado al momento de establecer cuál es el órgano competente para conocer su causa, lo cual terminaría por vulnerar uno de los derechos fundamentales del ciudadano: el acceso a la justicia. De la misma manera, y si bien es cierto, la Sala realiza un análisis exhaustivo de la responsabilidad extracontractual del Estado, termina estableciendo una responsabilidad extracontractual subjetiva con reversión de la carga de la prueba, lo cual va en contra del orden lógico de sus premisas. Todo esto nos permite percatarnos nuevamente de la necesidad urgente de plasmar en una Ley la responsabilidad objetiva del Estado por daños ocasionados en la prestación de servicios públicos, estableciendo parámetros y lineamientos específicos que no permitan que el administrado quede en indefensión, o peor aún sin saber a que órgano debe acudir para hacer efectivo su derecho.

3.3.4. Resolución No. 20-2004 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia

Avanzando un poco más, encontramos la resolución No. 20-2004 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 411 del 1 de septiembre del 2004, dentro del juicio ordinario No. 290-2003 que por daños y perjuicios sigue Medardo Luna contra Aeroservicios Ecuatorianos C.A.. Medardo Luna Narvárez demanda a la Empresa de Transportes AECA, debido al accidente sufrido mientras realizaba vuelos de servicio de investigación científica, producto del cual se ha perdido la vida de varios pasajeros y otros como él han padecido lesiones. Por este motivo, exige el pago de una indemnización económica por los perjuicios de salud e incapacidad permanente y de por vida, debido al daño emergente y lucro cesante. Tanto el Juez Cuarto de lo Civil del Guayas declara con lugar la demanda como la Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil confirma la sentencia de aquel, por lo cual los demandados interponen el recurso de casación correspondiente.

Uno de los argumentos de AECA dentro del recurso de casación es la falta de derecho del actor para proponer la demanda contra la Compañía, “pues él jamás tuvo relación contractual con la empresa”. Al empezar el análisis la Sala, partiendo del argumento del recurrente, sostiene que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, una persona será responsable civilmente cuando se encuentra en la obligación de reparar un

daño causado a otra. Existirá responsabilidad contractual cuando entre el autor del daño y el afectado se haya celebrado un contrato válido, y que dicho daño sea producto del incumplimiento del contrato o de su cumplimiento defectuoso. Para la Sala, es irrelevante la existencia o no del contrato de fletamiento, debido a la responsabilidad solidaria del fletante con el fletador dispuesta en el artículo 187 del Código Aeronáutico.¹⁹³

Como bien lo menciona la Sala, esta responsabilidad civil extracontractual, se divide a su vez en subjetiva y objetiva, teniendo como elemento diferenciador la relación de causalidad existente entre una y otra. Si bien es cierto, por regla general en la responsabilidad subjetiva la carga de la prueba corresponde a la víctima, existe un tipo de responsabilidad que se genera por actividades peligrosos o de alto riesgo, en las cuales para no dejar a la víctima sin la reparación de daños, la doctrina ha determinado revertir la carga de la prueba, con lo cual el agente del daño deberá demostrar que actuado dentro de los márgenes de cuidado y precaución. Este tipo de responsabilidad sobre la cual trata la Sala, es nuevamente la responsabilidad objetiva, en donde el responsable, independientemente de la intención con la que haya obrado, se encuentra en la obligación de indemnizar a la víctima.

En la responsabilidad objetiva se pondera la tutela jurídica de reparación a la víctima. El damnificado debe demostrar solamente: el hecho, el daño y la relación causal vinculante entre los dos primeros, no necesita demostrar si el agente obró con malicia, imprudencia o impericia.¹⁹⁴

La Sala, basándose en el artículo 216 del Código Aeronáutico de responsabilidad objetiva,¹⁹⁵ establece la responsabilidad civil extracontractual de la Compañía, con lo cual se torna irrelevante determinar el cumplimiento de las normas

¹⁹³ Art. 187.- El fletante responderá solidariamente con el fletador para con el usuario que utilice efectivamente la aeronave, sin perjuicio de las acciones de repetición entre las partes. Código Aeronáutico. Artículo 187. Registro Oficial No. 435 de 11 de enero de 2007.

¹⁹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 290-2003, de 1 de septiembre de 2004.

¹⁹⁵ Art. 216.- El transportador responderá de los daños causados por muerte del pasajero o por lesiones sufridos por este último, siempre que el siniestro que ocasionara el daño se haya producido a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque o desembarque. Se entiende por operaciones de embarque el lapso comprendido entre el momento en que los pasajeros abandonan el terminal, muelle o edificio del aeropuerto hasta que ingresan a la aeronave; y por operaciones de desembarque el comprendido entre el momento en que abandonan la aeronave y hasta que acceden al terminal o a sitios similares. Código Aeronáutico. Artículo 216. Registro Oficial No. 435 de 11 de enero de 2007.

reglamentarias por parte de AECA, o si el piloto tomó o no las precauciones determinadas al caso. De igual manera, al no alegar y menos probar que dicho daño fue causado por culpa del demandante, no son aplicables las circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad contenidas en dicho cuerpo legal. No obstante, y pese a la determinación hecha por la Sala de la responsabilidad objetiva de la Compañía, casa la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Corte Superior de Guayaquil, por lo cual rechaza la demanda planteado por el señor Medardo Luna Narváez debido a que la acción se encontraba ya prescrita, y con esto el derecho del actor a reclamar judicialmente el resarcimiento de daños.

3.3.5. Resolución No. 18-2007 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

Por último, encontramos la resolución No. 18-2007 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, dentro de proceso signado con el número 40-2003, seguido por Florencio Antonio Andrade Medina, por sus propios y personales derechos y por los que representa del menor de edad Juan Pablo Andrade Bailón en contra de la Empresa Eléctrica Manabí S.A (EMELMANABI) y el Consejo Nacional de Electricidad (CONELEC). En el presente caso nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad objetiva del Estado por la prestación deficiente de servicios públicos, debido a una descarga eléctrica sufrida por el menor Juan Pablo Andrade Bailón, la misma que ocasionó quemaduras, amputación de miembros superior e inferior e incapacidad del 80%.

En un primer momento, la Sala, en función de las alegaciones planteadas por CONELEC respecto a la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación,¹⁹⁶ analiza la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo, la misma que al utilizar argumentos condicionales y subsidiarios, no se encuentra debidamente motivada. De esta manera, y a criterio de la Sala, dicha resolución no guarda coherencia con los fundamentos de hecho y de derecho, por lo cual se casa la sentencia y consecuentemente se dictará la que corresponda.

¹⁹⁶ Art. 3.- CAUSALES.- El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: 5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles. Ley de Casación. Artículo 3. Registro Oficial No. 299 de 24 de marzo de 2004.

Consiguientemente, de manera acertada la Sala considera que el tema central sobre el cual gira el caso en cuestión es aquel referente a la responsabilidad extracontractual del Estado, contenida en el artículo 20 de la Constitución Política de 1998. Partiendo de esto, la Sala reconoce que la institución de la responsabilidad extracontractual del Estado, pese al gran avance normativo y jurisprudencial, nace de una construcción de la teoría general de la responsabilidad. El origen de esta responsabilidad extracontractual del Estado, no tiene su fundamento en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la ilicitud o injusticia de los efectos que producen estas actividades en los individuos.

Esta misma línea sigue el artículo 20 de la citada Constitución, ya que no califica la licitud de los actos o hechos que corresponden a la prestación de un servicio público determinado, sino al defecto funcional del servicio como tal. Por este motivo, la Sala considera que el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado no puede seguir siendo considerado subjetivo, ya que dicho sistema no se construye sobre la teoría clásica de la culpa, por lo cual la responsabilidad del Estado siempre será directa.

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.¹⁹⁷

Sin embargo, la calificación de culpabilidad de los funcionarios públicos, servirá para que el Estado pueda ejercer su derecho de repetición, exigiendo el pago a aquel funcionario de los perjuicios económicos que tuvo que asumir frente a los administrados.

De todos los hechos controvertidos, la Sala determina que los daños materiales y morales constatados son indemnizables. Esto porque dichos daños son ciertos, actuales, objetivamente esperables, son injustos e ilícitos, debido a que se trata de efectos anormales en la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica. Estos daños a los que se hace referencia tienen como su fuente a los siguientes factores: (i) la conducta del menor Fernando Quishpe Cedeño; (ii) el hecho de que el titular del tendido eléctrico, por razones de costo-beneficio, mantenga cables sin aislantes; y, (iii) la

¹⁹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Causa No. 40-2003, de 11 de abril de 2007.

tolerancia de la autoridad administrativa a cargo de la regulación y control de la actividad que realiza el titular del tendido eléctrico.

Por otra parte, si bien es cierto la actividad de distribución de energía eléctrica está a cargo de la empresa EMELMANABI, dicha actividad se encuentra sujeta al control y regulación de CONELEC, por lo cual, y en concordancia con los artículos 12 y 13 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico – ley hoy derogada por la Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 418 de 16 de Enero del 2015- lo que les vuelve solidariamente responsables es una actividad de riesgo.

El hecho de que el tendido eléctrico, en el Ecuador y -según lo plantea CONELEC- en la mayor parte del mundo, se encuentre sin aislantes, confirma la apreciación de que la deficiencia en la actividad de distribución y las eventuales afectaciones a las personas, bienes o ambiente *es objetiva*; es decir, los riesgos de la actividad son asumidos a priori, tanto por el prestador efectivo del servicio como por el órgano de control y regulación que lo tolera, en razón de que el costo de proveer mayores seguridades a los administrados, y, por tanto, precaver los perjuicios eventuales, es superior al beneficio de sostener un sistema que permita un costo del servicio eléctrico menor.¹⁹⁸

Por todo lo expuesto, y basada en el artículo 20 de la Constitución de 1998, la Sala declara la responsabilidad solidaria y objetiva de EMELMANABI y CONELEC, por lo daños materiales y morales producidos al menor Juan Pablo Andrade Bailón, por lo cual se le impone la obligación de reparar el daño ocasionado y sus consecuencias determinando el pago de una justa indemnización correspondiente al daño emergente y lucro cesante.

3.4. Modelo Propuesto

Una vez que hemos analizado todo lo concerniente a la responsabilidad del Estado en la prestación de servicios públicos, su evolución dentro y fuera del Ecuador, así como el desarrollo jurisprudencial, es necesario dar una respuesta a las interrogantes planteadas en la introducción del trabajo: ¿es aplicable, en nuestro ordenamiento, la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado en la prestación de servicios públicos? ¿Debería existir una ley que regule los parámetros y lineamientos en función de los cuales debería aplicarse dicha institución?

¹⁹⁸ *Ibíd.*

Si bien es cierto se ha dicho por más de una vez que en nuestra legislación existen ciertas disposiciones, tanto constitucionales como legales, que establecen la responsabilidad objetiva del Estado en la prestación de servicios públicos, su reconocimiento por parte de los jueces y tribunales se encuentra aún incompleto. Esto ocurre, sin lugar a duda, no solo por la negativa de los órganos judiciales de subsumir al caso concreto las disposiciones legales concernientes al tema, sino por la ausencia de una sola norma que establezca la configuración de dicha responsabilidad antes estos servicios.

Entre el conjunto de normas que podemos encontrar en nuestra legislación, se encuentra el artículo 11 de la Constitución de 2008, el cual en su numeral 9 reconoce la obligación del Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de la potestad pública, de reparar las violaciones que los particulares hayan sufrido a sus derechos, como consecuencia de una falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos. Por su parte, el Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva¹⁹⁹, reconoce a través de su artículo 209, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, con lo cual se faculta a los damnificados exigir, de forma directa, a las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, la indemnización por daños causados, ya sea por las autoridades y personal a su servicio o por el funcionamiento de los servicios públicos.

Por su parte, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa²⁰⁰, si bien establece los tipos de recursos, el procedimiento contencioso administrativo, los sujetos intervinientes, el órgano competente, los requisitos de la demanda, los términos y plazos, así como otras disposiciones que se desprenden del procedimiento como tal, respecto de todo tipo de conflicto que puede presentarse contra la Administración Pública, no lo hace de manera particular respecto de aquellos conflictos que se deriven de la prestación de servicios públicos, los cuales podrían engendrar responsabilidad objetiva del Estado.

Por otro lado, podemos encontrar en la Ley de Modernización del Estado, uno de los artículos más discutidos por parte de la jurisprudencia en nuestro país, ya que ha

¹⁹⁹ Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 209. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

²⁰⁰ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Registro Oficial 338 de 18 de marzo de 1968.

sido objeto de múltiples reformas con la finalidad de esclarecer su contenido y alcance. El artículo al que hacemos referencia es al artículo 38, el cual, junto con las múltiples resoluciones entorno a este, se transformaron en una suerte de péndulo para el administrado, llevándolo en algunos casos a la jurisdicción civil y en otros a la contencioso administrativa. El artículo mencionado, en la actualidad establece la competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, para conocer y resolver de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos, sean estos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. Sin embargo, para determinar el procedimiento que deberá seguir el administrado, lo remite nuevamente a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o en su defecto al Código Tributario.

Sin embargo, y pese a lo establecido en el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, cierta parte de los jueces y tribunales civiles aceptaban a trámite aquellas demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos, producidos por las entidades del sector público, con el fundamento de que los conflictos que se presentaban entre estas entidades estatales con los particulares, derivados de relaciones de derecho privado, debían someterse a la jurisdicción civil; mientras que aquellos que se producen como consecuencia de su actuación como sujetos públicos, se someterán a los tribunales de lo Contencioso Administrativo.

Como podemos percatarnos, todas estas disposiciones concernientes a la responsabilidad del Estado en la prestación de servicios públicos, se encuentran distribuidos en diferentes cuerpos legales, lo cual, evidentemente, ocasiona serias dificultades, tanto al administrado como a los jueces y tribunales, al momento de aplicar la norma correcta al caso concreto. Esto ha ocasionado por varias ocasiones, como se ha podido estudiar anteriormente, que el administrado vea afectado su derecho de acceso a la justicia, bien sea por no tener claro el órgano al que se debe acudir o por la incertidumbre al momento de elegir la norma que establezca la responsabilidad objetiva del Estado en la prestación de servicios públicos.

Frente a esta realidad, y tomando en cuenta que con la Constitución de 2008 se ha dejado atrás aquel Estado de derecho, donde el juez se sometía a la ley y no podía

excederse de los márgenes que esta le imponía, se ha otorgado a esta sola autoridad facultades que ha nuestro parecer son exorbitantes, por lo cual creemos que es sumamente necesario e imperante la existencia de una ley, específicamente destinada a aquellos supuestos donde la Administración Pública pueda caer en responsabilidad objetiva en la prestación de servicios públicos. Este cuerpo legal, deberá recoger todo lo relativo al procedimiento a seguir, los sujetos que podrán intervenir, así como el órgano competente al que le corresponde el conocimiento de la causa.

Para este propósito, creemos que se podrá tomar como punto de partida, el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública seguido en la legislación española, la cual si bien es cierto no contiene una ley como tal, destina todo un Título para tratar el tema en la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,²⁰¹ la misma que se rige por el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.²⁰²

Para el establecimiento de la responsabilidad objetiva en la prestación de servicios públicos, al igual de lo que sucede dentro de la legislación española, se debería exigir como único requisito la relación de causalidad entre el acto y el daño, con lo cual se prescinde en absoluto de la licitud o ilicitud con la que pudo haber actuado la Administración.

Debe, pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme la conciencia social.²⁰³

De manera que, aunque el actuar de la Administración en la prestación de servicios públicos hubiese sido correcto, será de todas forma responsable del daño causado a la víctima, recayendo sobre el Estado la obligación de resarcir el daño causado. Frente a esta responsabilidad, encontraremos como únicos eximentes, capaces de romper aquel nexo causal, aquellos casos de fuerza mayor, la intencionalidad de la víctima en la producción o padecimiento del daño, y la negligencia de esta. Debido al carácter

²⁰¹ Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Publicado en el Boletín Oficial de España No. 288 de 1992.

²⁰² Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial. Publicado en el Boletín Oficial de España de 4 de mayo de 1993.

²⁰³ Pág., 23

objetivo de esta responsabilidad, se revierte la carga de la prueba, por lo cual corresponderá al Estado probar los diferentes tipos de hechos, que a su criterio, hayan roto aquel nexo causal.

En este punto, es importante mencionar, que este tipo de responsabilidad objetiva propuesto para servicios públicos, no deberá aplicarse para aquellos sectores estratégicos, donde el “[...] Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar [...] de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia [...]”, conforme se desprende de la Constitución.²⁰⁴

²⁰⁴ Constitución del Ecuador. Artículo 314. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

4. CAPÍTULO CUARTO.- CONCLUSIONES

Una vez que hemos logrado abarcar los tres capítulos planteados en la introducción de este trabajo, en nuestra legislación el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado en la prestación de servicios públicos se encuentra aún incompleta. Queda mucho camino por recoger para garantizar a la víctima, entre otras cosas, un acceso pleno a la justicia, la cual no abarque únicamente un proceso expedito, sino una reparación integral y proporcional al daño ocasionado.

Si bien es cierto que a partir de la Constitución de 1998 el poder judicial ha plasmado, a través de la jurisprudencia, la responsabilidad objetiva del Estado, ha existido una gran cantidad de disposiciones legales, que han ocasionado que a la fecha existan conflictos al momento de aplicar al caso concreto la responsabilidad objetiva del Estado, generando a su vez en la víctima incertidumbre en el ejercicio de sus derechos.

Pese a la acelerada evolución de las constituciones en nuestro país, así como de las instituciones jurídicas que la conforman, la Constitución de 2008 presentó ciertos retrocesos en un tema trascendental como es la responsabilidad del Estado. Al eliminar la palabra *responsable* del artículo 1 del texto constitucional, no se está eliminando de manera arbitraria un simple término, si no por el contrario, se reduce este carácter en el Estado ecuatoriano que se observa menos responsable en todos los ámbitos. Aquello se agrava por la eliminación del concepto de Estado de derecho en el mismo artículo 1, para convertirse en un Estado de derechos y justicia.

Considerando estos temas, y si bien no es parte de la tesis, hay una duda sobre el Estado de Derecho en sí mismo, cuyo objetivo es la protección del ciudadano a través del reconocimiento de la persona jurídica Administración Pública, por lo cual es más difícil una interpretación de la responsabilidad del Estado en sentido amplio como lo permitía la constitución de 1998. Al limitarse o pretender eliminarse el Estado de derecho, nos hace pensar o reflexionar sobre la necesidad de retomar y desarrollar la responsabilidad objetiva en la prestación de servicios públicos.

Así mismo, este nuevo modelo de Estado, ha dotado a los jueces de amplias capacidades, las cuales permiten que ya no tengan como única referencia el marco jurídico impuesto por la ley, sino todo el conjunto de principios y conceptos jurídicos indeterminados, los cuales le permitirán dar una interpretación distinta en cada caso concreto, independientemente que los supuestos de hecho sean los mismos. Esto fragiliza la situación del administrado, el cual, sumergido en una inseguridad jurídica, deberá sujetarse a la interpretación y motivación que el juez otorgue a las diferentes disposiciones esparcidas dentro del sistema de fuentes.

El reconocimiento incompleto de la responsabilidad objetiva del Estado, los diferentes cambios que ha presentado la actual Constitución, sumado a una ausencia de normativa que regule el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales de las víctimas como establece el artículo 132 de la actual Constitución, enfatizan la necesidad de fortalecer o desarrollar el carácter de *responsabilidad* del Estado a través de una ley específica, en particular por ley orgánica.

Mediante la implementación de un sistema de responsabilidad objetiva del Estado en la prestación de servicios públicos a través de una ley orgánica, se lograría, en primer lugar, unificar toda la normativa referente a este tipo de responsabilidad en un solo cuerpo legal, con lo cual, se dará por terminado aquella incertidumbre, tanto del administrado y la Administración, como del órgano judicial, en el ejercicio de las actividades de riesgo que están sujetas a este régimen. En segundo lugar, se lograría que, una vez que se configuren todos los supuestos anteriormente mencionados, se establezca la responsabilidad objetiva del Estado como tal, donde exista efectivamente una reversión en la carga de la prueba, y los únicos eximentes de responsabilidad, que rompen con el vínculo causal, sean aquellos propuestos en el capítulo 3 de este trabajo.

Finalmente, establecida la responsabilidad objetiva del Estado en la prestación de servicios públicos, al priorizar el daño causado a la víctima, y no el actuar normal o anormal de la Administración Pública, se busca hacer efectivo aquel principio de reparación integral, con lo cual la indemnización deberá abarcar no sólo a los posibles intereses económicos o directamente evaluables, como son el daño emergente y lucro cesante, sino también aquellos relacionados a las secuelas y daño moral, que tienen un

carácter más general, y deberán ser evaluados por el juez. Aquello sin duda requerirá de fórmulas legislativas claras y definidas.

5. BIBLIOGRAFIA

Doctrina

- ACOSTA, Miguel. *Teoría General del Derecho Administrativo*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1997.
- ACUÑA, Arturo. *Estudios sobre responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Platense, 1963.
- ALESSANDRI Arturo, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC. *Tratado de las obligaciones*. 2da edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- ALESSANDRI, Arturo. *De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. 2da edición. Santiago de Chile: Imprenta Universitaria, 1943.
- BARROS, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- BATTAGLIA, Felice. *Estudios de Teoría del Estado*. Madrid: Editorial Real Colegio de España en Bolonia, 1966.
- CALDERÓN, Hugo. *Derecho Administrativo. Parte General*. Guatemala: Editorial Orión, 2006.
- CASTRO, Álvaro. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Primera Edición. México D.F: Editorial Porrúa, 1997.
- CASTRO, Marcela. *Derecho de las obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis, 2011.
- Diccionario de la Real Academia de Lengua Española.
- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2004.
- FERNÁNDEZ, Jorge. *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*. México D.F.: Editorial Porrúa S.A., 1995
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo II*. Primera Edición. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2006.
- GONZÁLEZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*. Madrid: Editorial Civitas, 1996.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Fundación de Derecho Administrativo, 2000.
- HENAO, Juan. *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- HUEPES, Fabián. *Responsabilidad del Estado*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2008.
- JELLINEK, George. *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1981.
- JÈZE, Gastón. *Servicios Públicos y Contratos Administrativos*. México D.F.: Editorial Jurídica Universitaria, 2007.
- JOSSERAND, Louis. *Teoría general de las obligaciones*. 1era edición. Santiago de Chile: Editorial Parlamento LTDA., 2008.
- LAUBADERE, André. *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis, 1984.
- LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civile*. París: Editorial Presses Universitaires de France, 2003.
- LÓPEZ, Ernesto. “La Responsabilidad Objetiva en la Constitución Política del Ecuador”. *Temas de Derecho Constitucional*. Quito: Publicación de la Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco, Ediciones Legales, 2003.
- MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Quinta edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 2000.
- MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Barcelona: Editorial Civitas S.L.
- MOGROVEJO, Diego. “La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008”. *Revista de derecho* No. 12 (2009).

- MONTAÑA, Alberto. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Proyectos Editoriales Curcio Penen, 2005.
- NAVA César y Óscar NAVA. *Administración Pública Contemporánea. Derecho, Política y Justicia*. Primera Edición. México D.F.: Editorial Porrúa S.A., 2010.
- NAVARRO, Íñigo. *Derecho de daños*. 1era edición. Pamplona: Editorial Aranzadi, S.A., 2013.
- PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2012.
- PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2012.
- PARRAGUEZ, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Personas y Familia*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2004.
- PUIG, Federico. *Culpa Civil*, 1954. Pág., 102
- ROBALINO, Javier. El marco constitucional del Derecho Administrativo en el Ecuador. V Foro Iberoamericano de derecho administrativo (2006),
- RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Ed. Temis, 2005.
- ROUSSEAU, Jean. *Del Contrato Social*. Primera Edición. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1980.
- SANTOFIMIO, Jaime. *Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia y validez*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.
- SANTOS, Jaime. *La responsabilidad civil. Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*. Primera edición. Madrid: Editorial Montecorvo, 1970.
- SAVIGNY, Friedrich. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Madrid: Editorial F. Góngora y Compañía, 1878.
- TAMAYO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Segunda Edición. Bogotá: Legis Editores S.A., 2007.
- TORRES, Leonardo, Humberto MORA y Marie Louise CRÉPY. *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Primera edición. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2000.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoría general del Estado*. México D.F.: Editorial Porrúa, S.A., 1989.

Jurisprudencia

- Consejo de Estado Francés. *Fallo Cadot*. 13 de diciembre de 1889. Rec. 1148, concl. Jagerschmidt.
- Consejo de Estado Francés. *Fallo Pelletier*. Fallo de 30 de julio de 1873. Rec. 117, Concl. David.
- Consejo de Estado Francés. *Fallo Tomaso Greco*. Fallo de 10 de febrero de 1905. Rec. 139, Concl. Romieu.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 290-2003, de 1 de septiembre de 2004.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 31-2002, de 19 de marzo de 2003.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 187-2000, de 28 de abril de 2000.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 252-99, de 23 de mayo de 2000.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 31-2002, de 19 de marzo de 2003.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Causa No. 40-2003, de 11 de abril de 2007.
- Tribunal de Conflictos *Fallo Blanco*, de 8 de febrero de 1873, Rec. 1er. Suplemento No. 61. Concl. David.

Plexo Normativo

- Código Aeronáutico. Registro Oficial No. 435 de 11 de enero de 2007.
- Código Civil Alemán, (1900).
- Código Civil. Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.
- Constitución del Ecuador de 1884. Diario de la Convención Nacional de 4 de febrero de 1884.
- Constitución del Ecuador de 1967. Registro Oficial No. 133 de 25 de mayo de 1967.
- Constitución de la Republica Alemana de Weimar (1919).
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Constitución del Ecuador de 1979. Registro Oficial No. 800 de 27 de marzo de 1979.
- Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, (1789).
- Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.
- Ley 2001-56. Registro Oficial No. 483 de 28 de diciembre de 2001.
- Ley de Casación. Registro Oficial No. 299 de 24 de marzo de 2004.
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Registro Oficial 338 de 18 de marzo de 1968.
- Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Publicado en el Boletín Oficial de España No. 288 de 1992.
- Ley Federal de Alemania (1981).
- Ley No. 77. Registro Oficial No. 290 de 3 de abril de 1998.
- Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana. Registro Oficial No. 144 de 18 de agosto de 2000.
- Reglamento relativo al Manejo y Uso del Gas Licuado de Petróleo. Registro Oficial No. 946 de 29 de mayo de 1992.
- Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial. Publicado en el Boletín Oficial de España de 4 de mayo de 1993.