

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**LA VÍCTIMA Y LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA
RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA**

Roque Albuja Ponce

Tesis de Grado Presentada como Requisito para la Obtención del Título de Abogado

Quito, mayo de 2009

© Derechos de Autor

Roque Albuja Ponce

2009

A Dios, que todo lo hace posible...

...y a los que creen en él.

RESUMEN

La responsabilidad objetiva difiere de la subjetiva en que obliga a responder por los daños causados, sin importar si ha mediado culpa. Ha sido necesario elaborar este criterio para imputar responsabilidad a la administración pública que, como persona jurídica de derecho público, ejerce sus actividades por medio de sus funcionarios y carece de discernimiento propio; lo que hace imposible determinar si ha actuado de manera diligente o prudente. El fundamento de la responsabilidad objetiva de la administración pública es el criterio de la lesión antijurídica. Implica que la administración debe reparar los daños que el particular no tiene el deber jurídico de soportar. Protege y garantiza el patrimonio de la víctima, evitando que sufra perjuicios injustos. Se ha establecido que el alcance de la obligación de reparar no puede convertir al sistema en un seguro para todos los daños. Por lo que ha sido necesario exigir al particular verificar que la lesión es el efecto del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, que el particular no tiene el deber jurídico de soportarlos y que existe una relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el daño sufrido por el administrado. Generando una discusión sobre si se debe reparar a la víctima cuando participa en la producción del perjuicio, porque se ha planteado que se estaría beneficiando de la misma. Esta discusión encuentra una respuesta en que el sistema de responsabilidad objetiva de la administración pública establece una garantía de reparación. Ésta ha permitido que la jurisprudencia obligue a la administración a reparar inclusive en los casos en que su conducta concurre con la del perjudicado en la producción del daño. Exonerando a la administración únicamente en los casos en que el daño es el resultado exclusivo del hecho de la víctima.

ABSTRACT

Strict liability differs from the one based on a breach of a duty in that it forces the public administration to respond for the damages no matter if non criminal liability has mediated. Because the public administration is an artificial person of public law that exercises its activity by means of their officials and lacks own discernment, it is impossible to determine if it has acted in a diligent way. This made it necessary to elaborate an exclusive approach to impute the public administration responsibility. The foundation of the public administration's strict liability is the approach of the unlawful damage. It implies that the administration should repair the damages that the victim doesn't have the juridical duty of supporting. It protects and guarantees the victim's patrimony, avoiding the assumption of unfair damages. The Courts have settled down that the obligation of repairing cannot transform the system into an insurance for every damage. For what has been necessary to require the victim to proof that the lesion is the effect of the normal or abnormal operation of the public services, that the victim doesn't have the juridical duty of supporting them, and that a cause-effect relationship exists between the public activity and the damage suffered by the citizen. This generates a discussion on if the victim should be repaired when it participates on the production of the damage because some consider the victim should not benefit of its actions. This discussion finds an answer in that the public administration's strict liability system establishes a repair guarantee. It allowed the jurisprudence to force the administration to repair even in the cases in which its behavior converges with the one of the harmed citizen in the production of the damage. It only discharges the administration when the damage is an exclusive result of the victim's action.

Tabla de Contenido

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I: LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	14
1.1 La obligación de reparar	14
1.2 Revolución Francesa y responsabilidad administrativa	15
1.2.1 Antecedentes	16
1.2.2 Principios revolucionarios	18
1.2.3 Evolución post-revolucionaria.....	21
1.3 Criterios de imputación de responsabilidad	27
1.3.1 Culpa.....	27
1.3.2 Falta de servicio.....	29
1.3.3 Teoría del riesgo.....	30
1.3.4 Lesión antijurídica.....	31
1.4 Responsabilidad administrativa en el Ecuador	33
1.4.1 ¿Un Estado responsable?.....	33
1.4.2 El principio general de responsabilidad administrativa	36
1.4.3 El caso Andrade Medina.....	39
1.5 Fundamentos de la responsabilidad	40
1.5.1 Principio de igualdad o proporcionalidad de las cargas públicas	41
1.5.2 Estado de Derecho	43
1.5.3 Principios constitucionales	45
1.6 Necesidad de un criterio de imputación exclusivo para la administración	48
CAPÍTULO II: LAS CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA Y LA GARANTÍA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA.....	50
2.1 El fundamento constitucional.....	50

2.2.1 Es un sistema de Derecho Público.....	53
2.2.2 Es un sistema de responsabilidad directa	55
2.2.3 Repara la violación de un derecho.....	56
2.2.4 Es general.....	59
2.2.5 Es objetivo	63
2.2.6 Gira en torno a la lesión antijurídica	65
2.2.7. Garantiza los derechos de la víctima.....	66
2.3 Presupuestos de responsabilidad administrativa.....	66
2.3.1 La lesión resarcible.....	68
2.3.2 Antijuridicidad.....	73
2.3.3 Imputabilidad a una administración pública	75
2.3.4 Causalidad	78
2.4 Una administración responsable.....	81
CAPÍTULO III: PARTICIPACIÓN DEL PERJUDICADO Y DE UN TERCERO EN LA GENERACIÓN DEL DAÑO; ANTIJURIDICIDAD Y RUPTURA DEL NEXO CAUSAL.....	82
3.1 Transformaciones de la causa extraña; nexo causal y antijuridicidad	82
3.2 Relación entre causalidad y el daño antijurídico en España.....	86
3.2.1 Antijuridicidad: causas legitimadoras del deber de soportar	86
3.2.2 Participación de la víctima y del perjudicado como manera de romper el nexo causal.....	89
3.2.3. Un sistema con altibajos que crece en aciertos	97
3.3 Relación entre causalidad y el daño antijurídico en Colombia	98
3.3.1 El criterio colombiano de culpa de la víctima.....	99
3.4 Relación de causalidad y el daño antijurídico en Costa Rica.....	103
3.5 El daño antijurídico y la relación de causalidad en el caso Andrade Medina	108
3.5.1 Falencias de la sentencia del caso Andrade Medina.....	110

3.6. La participación de la víctima o de un tercero debe ser evaluada	112
CONCLUSIONES.....	114
BIBLIOGRAFÍA.....	122

INTRODUCCIÓN

Varias han sido las causas para que la responsabilidad patrimonial de la administración pública tarde en incluirse en los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos. Entre otras, las de orden legal, político y económico, comunes a todos los regímenes jurídicos. Uno de los problemas más generalizados ha sido la creencia proveniente del *comon law* que pregona que el rey no puede cometer ilícitos (*The King can do not wrong*). El tiempo y la experiencia han ayudado a que, poco a poco, se deje atrás esta idea y que los ordenamientos jurídicos de corte romano-germánico acepten la responsabilidad patrimonial de la administración pública. La preocupación por garantizar los derechos de los administrados ha influenciado en este sentido. Este es, sin duda, el germen de una institución que ha cobrado vida después de una extensa discusión.

En el Ecuador, la responsabilidad de la administración pública se reconoció por primera vez en la Constitución de 1967.¹ La norma del artículo 27 estableció el

¹ “Art. 27.- 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

principio general de responsabilidad que imputaba directamente a la Administración la obligación de indemnizar el daño (sin importar si lo había cometido un funcionario) siempre que fuera atribuible a la actividad administrativa. Las Constituciones de 1979², 1998³ y 2008⁴, siguieron los pasos de su antecesora e incluyeron también el principio general de responsabilidad. Si se analiza en conjunto los artículos en los que estas cartas magnas garantizan la responsabilidad de la administración, se confirma que los caracteres generales se han mantenido desde entonces.

La principal diferencia se encuentra en el desarrollo del Derecho Administrativo. A la Constitución de 1967 le siguió la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁵ que instauraba una jurisdicción específica para la resolución de causas en que interviniera la administración pública. Sin embargo, se complica determinar la competencia en demandas sobre responsabilidad del Estado. La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa incluía concepciones caducas que impedían aceptar esta competencia. Sobrevino una época de inseguridad en que se trató de resolver las demandas sobre responsabilidad administrativa ante los jueces de lo civil, aduciendo su jurisdicción residual.

En 1993 se promulgó la Ley de Modernización del Estado⁶, que en su artículo 38 disponía: “Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, y hechos que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado y otras entidades del sector público.” A pesar de que esta norma radicaba tal competencia en los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, el problema no se resolvió porque el artículo 67⁷ de este

consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de sus cargos.” (R.O. No. 133 de 25 de mayo de 1967)

² R.O. No. 800 de 27 de marzo de 1979

³ R.O. No. 1 de 11 de agosto de 1998

⁴ R.O. No. 449 de 20 de octubre de 2008

⁵ Ley 035-CL (Registro oficial 338, 18-III-1968)

⁶ R.O. No.- 341 de 31 de diciembre de 1993

⁷ “Art. 67.- Las controversias que se suscitaren en relación a los procesos contemplados en esta Ley se resolverán en juicio verbal sumario, en primera instancia ante el Presidente de la Corte Superior del respectivo distrito y en segunda y definitiva instancia, ante una Sala de la Corte Superior de Justicia correspondiente determinada mediante sorteo. Los asuntos que versaren sobre materia comercial podrán resolverse a través de arbitraje nacional o internacional, según se establezca en el respectivo contrato y de acuerdo con las leyes vigentes.” (R.O. No. 133 de 25 de Mayo de 1967)

mismo cuerpo normativo generó confusión. Le siguió una época de incertidumbre alentada por factores políticos y legales. Finalmente, con la Ley No. 2000-4⁸ y la reforma de la Ley de Modernización del Estado⁹, la competencia para conocer de actos, hechos y contratos administrativos quedó radicada en los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Alentada por estos antecedentes, en sentencia del 11 de Abril de 2007, la entonces Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en aplicación del artículo 20 de la Constitución de 1998¹⁰, resolvió, por primera vez, un caso sobre responsabilidad administrativa. La sentencia utiliza la doctrina de la lesión antijurídica y sienta algunas bases sobre responsabilidad objetiva de la administración pública. También esclarece los criterios para resarcir el daño. Explica la responsabilidad administrativa y sus consecuencias con bastante claridad. Estas características la ubican al inicio de una nueva era en materia de responsabilidad administrativa, dejando atrás la aplicación de los criterios civiles de responsabilidad, para aceptar un régimen de responsabilidad específico para la administración pública.

Entre sus puntos controvertidos, se manifiesta con respecto a la participación del perjudicado, afirmando que por ser corresponsable de los perjuicios materia del caso, no puede beneficiarse de su propia falta; desechando su pretensión. Es cuestionable porque reconoce que el particular había probado que no tenía un deber jurídico de soportar el daño. Adopta el criterio de GARCÍA DE ENTERRÍA cuando afirma que: “Hay lesión y, por lo tanto, responsabilidad de la administración siempre que no existan causas de justificación capaces de legitimar el perjuicio material producido, esto es, siempre que no concurra un título jurídico que determine o imponga como rigurosamente inexcusable, efectivamente querido o, al menos, eventualmente aceptado el perjuicio contemplado.”¹¹ Concluye que existe un deber jurídico de soportar el daño, por ser el particular solidariamente responsable, pero no

⁸ R.O. No.- 34 de 13 de marzo del 2000

⁹ Ley 2001-56 (Registro Oficial No. 483 de 28-XII-2001)

¹⁰ “Art. 20.- Las Instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.” (R.O. No. 1 de 11 de Agosto de 1998)

¹¹ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ; *Curso de Derecho Administrativo II*; Madrid, Aranzadi, p.372.

expresa por qué la solidaridad constituye fundamento suficiente para exonerar de responsabilidad a la administración. Hace falta esclarecer en qué casos se exonera a la administración y distinguir aquellos en que la víctima debe soportar el daño.

El principio de protección y garantía del patrimonio del administrado es la piedra angular del sistema de responsabilidad de la administración pública. Por su importancia no puede ser vulnerado bajo el argumento de que la solidaridad del perjudicado en la producción del daño exonera de responsabilidad a la administración (de acuerdo al criterio de la Corte). Más aún cuando el fundamento de la responsabilidad es que se debe reparar toda lesión patrimonial que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar. Verificado este deber, si la participación del perjudicado no es la causa exclusiva del daño, no es posible exonerar de responsabilidad a la administración pública.

La responsabilidad de la administración pública tiene el objeto de salvaguardar los derechos de los administrados. Como se expone en el primer capítulo de este trabajo, sus fundamentos y funciones han evolucionado en el tiempo para establecer nuevas teorías de imputación. Se ha buscado que la administración sea consciente de sus actuaciones y respete los límites establecidos en la ley. Los principios de legalidad y responsabilidad conducen a la administración pública por la senda del cumplimiento de sus obligaciones para con los administrados. Son indispensables para el ejercicio de la actividad administrativa, por lo que también se analiza el papel que han cumplido en el Ecuador y la manera en que se han aplicado.

En el segundo capítulo se analiza el artículo 11 numeral 9 de la Constitución vigente de la República del Ecuador¹² y la posibilidad de aplicar un sistema objetivo de responsabilidad de la administración pública. Se determina las características de la norma constitucional y del sistema de responsabilidad que propone. Se concluye desarrollando los requisitos para responsabilizar a la administración pública por los daños causados a un particular. Este capítulo tiene el objeto de comprender lo que

¹² Art. 11 Num. 9 de la Constitución.- “El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.” (R.O. No. 449 de 20 de Octubre de 2008)

conlleve dejar atrás la antijuridicidad de la conducta para aceptar la antijuridicidad de la carga patrimonial. Se esbozan las razones por las que el particular no debe soportar el daño que le causa la administración, con excepción de ciertos casos.

El tercer capítulo es una exposición del razonamiento doctrinario y jurisprudencial sobre el hecho de la víctima, tanto en la responsabilidad civil como en la responsabilidad administrativa. Se compara la jurisprudencia de Colombia, Costa Rica, España y Ecuador cuando el hecho de la víctima ha concurrido como causa del daño. La jurisprudencia y la doctrina han afirmado que cada caso tiene un tratamiento específico, ya que normar su resolución pondría en riesgo el principio de protección y garantía del patrimonio de la víctima. La doctrina proporciona un procedimiento de aislamiento de causas que establece qué hubiera pasado si faltara alguna. Ayuda a establecer si el daño fue causado por el hecho exclusivo de la víctima, el hecho exclusivo de la administración o la concurrencia de ambos y permite determinar a quién le corresponde soportar el daño.

Por medio de esta exposición doctrinaria y jurisprudencial se va a demostrar que no es acertado afirmar que se debe desechar las pretensiones del particular cuando éste ha concurrido en la producción del daño argumentando que no puede beneficiarse de su propia falta. Se va a demostrar que no se puede tratar de crear una regla general para resolver estos casos. Tanto las características del derecho público, como la variada casuística obligan a una resolución caso a caso. No quiere decir que no se debe respetar ciertos parámetros de resolución que en el caso en cuestión se descuidan en la aplicación de la solidaridad.

CAPÍTULO I: LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

1.1 La obligación de reparar

Desde que el ser humano vive en comunidad se ha discutido cómo se debe reparar los daños. En un principio el individuo que dañaba a otro no adquiría un deber jurídico, quedaba expuesto a la venganza del ofendido, que era lícita e ilimitada. Cuando se empieza a instituir una organización, se aplica la ley del talión (ojo por ojo, diente por diente) que establece una relación de equivalencia entre el perjuicio y la compensación a que su autor quedaba sometido. El haber causado un daño obligaba al causante a soportar de la víctima el mismo daño (hacerse responsable de los efectos).

¿Cómo nació la obligación de resarcir el daño y cuando? “El proceso es simple y está reflejado en la historia de los derechos primitivos... cuando en virtud de un mayor progreso social se impuso al culpable, que quedaba sometido a la venganza del ofendido la necesidad de aplacar esta venganza mediante la ofrenda de una suma de

dinero que si era aceptada implicaba para el ofendido la renuncia al talión.”¹³ El ofendido puede ahora decidir si somete al causante al talión o si lo libera del mismo exigiendo el pago de una suma de dinero. Este mecanismo se incluyó también en la Ley de las XII Tablas. Se daba prioridad a la transacción cuya alternativa era el talión en caso de que la primera no se consumara. La costumbre se encargó del resto. Como habitualmente se optaba por la indemnización en dinero se generalizó que del daño nacía la obligación económica de reparar. La obligación legal de composición sustituyó al talión y lo erradicó. La institución de la responsabilidad pasa a formar parte del ordenamiento jurídico.

En el derecho privado la obligación de compensación surgió como efecto de los daños puesto que la víctima no tiene por qué soportar los perjuicios de la actuación ajena. Se garantiza de esta manera que la víctima no será afectada en su patrimonio, a menos que haya una causa de justificación para ello. A pesar de que en el Derecho Administrativo la justificación de la responsabilidad no tiene que ser diferente, el Estado concebido antes de la Revolución Francesa se declaró irresponsable en base a su poder absoluto. Por ello, “en los dos grandes sistemas de derecho público, el sistema continental europeo y el sistema anglosajón, la responsabilidad del Estado comienza a perfilarse en los inicios del siglo XX.”¹⁴ Si hasta entonces la irresponsabilidad absoluta del Estado era un principio, ahora se ha vuelto la excepción, como habremos de constatar a continuación.

1.2 Revolución Francesa y responsabilidad administrativa

Pese a que no se vincula la responsabilidad administrativa con la Revolución Francesa, ambas están estrechamente relacionadas porque la responsabilidad se reconoce como efecto de los principios instaurados por los revolucionarios. Es incompleto un análisis de la responsabilidad que no tenga en cuenta los antecedentes revolucionarios y el proceso al que se ha sometido el Estado desde que se empezó a

¹³ JORGE PEIRANO FACIO, *Responsabilidad Extracontractual*, Bogotá: Editorial Temis S.A., 2004, p.102.

¹⁴ MARÍA DEL PILAR AMENÁBAR; *Responsabilidad Extracontractual de la Administración pública*, Buenos Aires: Rubinzal Editores, 2008, p.23.

combatir el absolutismo. En esta sección se expondrá los problemas que tuvo que afrontar la Revolución Francesa, los conceptos que se crearon con este objeto y la forma en que alimentaron la responsabilidad del Estado. Se expondrá el surgimiento del nuevo Derecho Administrativo y del contencioso administrativo para concluir exponiendo la manera en que los dos permitieron la aceptación de la responsabilidad administrativa a finales del siglo XIX. Porque la responsabilidad es el efecto del reconocimiento de una serie de derechos y garantías a favor del administrado.

1.2.1 Antecedentes

Durante mucho tiempo la organización social había girado alrededor de la religión. Era capaz de explicar los fenómenos naturales y sociales, otorgar potestades, elegir gobernantes y dar solución a los problemas que se generaban dentro de la sociedad. Con un carácter consuetudinario, la religión había organizado las sociedades desde sus inicios. En Atenas y Esparta “el soberano disponía libremente de los bienes de los ciudadanos y no era responsable de sus actos más que ante la divinidad, de la cual constituía una encarnación. Por consiguiente, todo el peso del daño recaía sobre las víctimas, sin que tuviesen ninguna acción para obtener indemnización...”¹⁵ La divinidad se reflejaba en dos direcciones, en la elección del monarca (que se consideraba elegido de Dios) y en la fuerza de sus decisiones (que eran incuestionables). Daba lugar a un orden político y jurídico de sujeción, donde no importaba otra opinión que la del rey. “La potestad le venía de Dios y sus actos debían ser acatados sin recurso alguno.”¹⁶ El poder era absoluto y los daños que causaba no admitían responsabilidad.

Para definir soberanía antes de la revolución francesa hay que tener en cuenta que las monarquías vigentes tenían como eje la religión, el Estado era teocéntrico. No se trataba de la soberanía tal y como la conocemos hoy en día. La soberanía, como se entendía antes de la Revolución, se refleja en palabras del rey Luis XV: “En mi persona sola reside el poder soberano, cuyo carácter propio es el espíritu de consejo, de justicia

¹⁵ JULIO ALTAMIRA GIGENA; *Responsabilidad del Estado*; Buenos Aires: Editorial Astrea, 1973, p. 54.

¹⁶ JULIO ALTAMIRA GIGENA; *Responsabilidad del Estado*; Buenos Aires: Editorial Astrea, 1973, p. 54.

y de razón... La plenitud de esta autoridad, que los Tribunales no ejercen más que en mi nombre, permanece siempre en mí y su uso no puede ser jamás usado contra mí.”¹⁷ El rey era el titular de la soberanía. La que ahora se lee como el poder de autodeterminación del pueblo (soberano) se identificaba con la infalibilidad del rey. El rey o príncipe se encontraba en una posición supraordenada. Se suponía la regla *principes legibus solutus est*, que eximía al monarca del imperio de la ley. Por ello, las primeras formas de responsabilidad del Estado tienen como fundamento la teoría romana del fisco. El Estado o el rey eran inmunes de responsabilidad y los únicos que respondían eran los funcionarios públicos: “...desde el año VIII hasta mediados del pasado siglo, (Siglo XIX) el principio de irresponsabilidad del Estado impera con carácter prácticamente general excluyendo el deber de indemnizar... La única garantía que entonces se ofrece a la víctima es la responsabilidad del propio funcionario autor del daño, responsabilidad exigible a éste en los términos del *Code Civil* ante los tribunales ordinarios.”¹⁸ La actuación del Rey era impecable y no había manera de someterlo al imperio de la ley por más que ésta le impusiera límites. Esta visión de que la soberanía implica infalibilidad de la administración trascenderá en el tiempo y será el adversario más fuerte de la responsabilidad administrativa hasta la actualidad.

La razón por la que finalmente se instauró la responsabilidad administrativa fue el abandono del absolutismo y la superación de la impecabilidad de la administración pública. La Revolución Francesa, alentada por el descontento que había generado la monarquía, origina una discusión sobre la manera de controlar los abusos de poder. La soberanía y la divinidad del soberano dieron lugar a estos abusos y frenaron el desarrollo de la responsabilidad de la administración. Tan irrefutables fueron la soberanía y la sacrosantidad del Rey que juntas caracterizaron el Derecho Administrativo del antiguo régimen. “Quebrantar el Derecho Común, justificar las exorbitancias, todo sobre la base de una superioridad sustantiva del Rey, como comisionado de Dios para el gobierno humano, tal es el contenido de este nuevo Derecho.”¹⁹ Esa majestad sacrosanta y soberana tenía algunos derechos ligados a su

¹⁷ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA; *La lengua de los Derechos*; Madrid: Thomsom Civitas, 2001, p. 102.

¹⁸ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ; *Curso de Derecho Administrativo II*; Madrid, Aranzadi, p.358.

¹⁹ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA; *La lengua de los Derechos*; Madrid: Thomsom Civitas, 2001, p. 99

poder divino. Sus súbditos le debían obediencia, veneración, fidelidad porque el orden público era obra de Dios. Quien lo había otorgado al Rey para que lo ejercitara como guía de la sociedad.

La soberanía y la divinidad del Rey fueron el fundamento del que se valieron los soberanos para detentar un poder absoluto. Con el paso del tiempo se transformó en un poder asfixiante que limitaba la esfera de libertad de los administrados. Es factible afirmar que desde entonces este tipo de soberanía es la antítesis de lo que busca el Estado. Como veremos en la siguiente sección, la revolución enfrenta los abusos de poder y respalda la división de poderes para que el poder del que detentan la administración pública y sus funcionarios, estén limitados.

1.2.2 Principios revolucionarios

Ya se ha expuesto anteriormente que antes de la Revolución Francesa los abusos de poder estaban a la orden del día. La elección divina del monarca y la soberanía que le habían sido atribuidas permitieron que sus decisiones fueran incuestionables. Con esto en mente, los revolucionarios franceses desarrollan los principios para dejar atrás el absolutismo y las exorbitancias. Promueven el respeto de la libertad, la igualdad, la justicia y la razón. Instituyen la voluntad general al desplazar la soberanía del Rey y radicarla en los ciudadanos. Crean un sistema que gira alrededor de la ley, techo y piso de la actuación de todos los órganos del Estado. Garantizan derechos generales a los particulares, obligando al Estado a respetarlos. Establecen un nuevo orden social que implicaría un cambio de creencias en toda la sociedad.

La transferencia de la soberanía de la persona del monarca al pueblo se cumpliría el 23 de junio de 1789, cuando la autoproclamada Asamblea Nacional no acatará la prohibición real de reunirse y manifestara que no recibirá sus órdenes porque estaba reunida por voluntad del pueblo. En palabras de Eduardo García de Enterría: “La sustitución de la soberanía personal del rey, piedra angular de todo el sistema político hasta ese momento existente, por la soberanía de la Nación quedaba

consumada.”²⁰ La soberanía se transforma. Deja de entenderse como infalibilidad del monarca y pasa a ser el poder de autodeterminación de la Nación soberana. Entendida nación como la ciudadanía toda, de acuerdo con la concepción revolucionaria. La soberanía no se ejerce en nombre propio, se ejerce en nombre de los ciudadanos. Implica velar por el interés general y garantizar los derechos de los administrados, evitar las injusticias. Es una transferencia que transforma al Estado de un impositor a servidor.

La soberanía se manifiesta por medio de la ley, expresión de la voluntad general. La asamblea detenta esta soberanía popular que le permite crear leyes. Las leyes cumplen una doble función, garantizar los derechos de los administrados y limitar el ejercicio de poder por parte del Estado. Son el engranaje que pone en movimiento el sistema estatal. Nace el Estado de Derecho con el objeto de respetar la ley y acatar sus disposiciones, límite del poder de los funcionarios. Todas las decisiones se tienen que tomar con el fin de satisfacer el bienestar general. “La ley es, en efecto, un producto de la libertad de los ciudadanos, que se reúnen, por sí o por sus representantes, para decidir formar una Ley y determinar sus reglas; pero es, además, y sorprendentemente, si se siguen las pautas debidas, un fascinante producto cuyo contenido se resuelve, precisamente en libertad.”²¹ No solamente libertad sino también justicia e igualdad. Es un instrumento que debe manifestarse en beneficio de los ciudadanos, organizando las relaciones dentro del Estado de Derecho.

De la ley deriva el principio de legalidad de la administración pública, piedra angular del Estado post-revolucionario. La ley establece los límites dentro de los que debe actuar la administración. Limita la soberanía, que deja de ser atribuida a un solo sujeto y se delega a los funcionarios públicos de manera parcial, limitada y fragmentada. La potestad de los funcionarios públicos nace únicamente de la ley, que es el límite de su actuación.

La administración es una creación abstracta del derecho y no una emanación personal de un soberano y actúa sometida necesariamente a la legalidad, la cual, a su vez, es una legalidad objetiva, que se sobrepone a la administración y no un mero instrumento ocasional y relativo de la misma, y por ello también tal legalidad puede ser invocada

²⁰ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA; *La lengua de los Derechos*; Madrid: Editorial Aranzadi, pp.19-20.

²¹ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA; *La lengua de los Derechos*; Madrid: Thomsom Civitas, 2001, p.115

por los particulares mediante un sistema de acciones, expresión del principio de libertad que la revolución instaure, y que revela cómo dicha legalidad viene a descomponerse en verdaderos derechos subjetivos.²²

Nadie puede ser gobernado si no es por medio de una ley que faculte a hacerlo. Tampoco se puede gobernar más allá de los límites de la ley. Permite obligar a los funcionarios públicos a rendir cuentas por los actos que realizan en el ejercicio de sus funciones. En fin, la ley permite equilibrar la relación entre la administración y los administrados, garantizando la igualdad, la justicia y la libertad.

Uno de los propósitos de la revolución fue la erradicación de privilegios y la proclamación formal de la igualdad de todos los franceses. Hasta entonces los derechos se otorgaban a grupos determinados y al Rey que tenía todos los derechos que derivaban de su soberanía. La reforma estableció que los derechos empezaran a ser individuales y que dejaran de existir privilegios. Basta leer la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 para verificar este particular. “La regla de derecho o derecho objetivo tiene por fundamento el derecho subjetivo del individuo. Impone al Estado la obligación de proteger y garantizar los derechos del individuo; le prohíbe hacer Leyes o realizar actos que atenten contra ellos.”²³ La ley es el mecanismo que garantiza los derechos de los administrados y debe ser interpretada en ese sentido. Nadie puede ser impedido de hacer lo que la ley no prohíbe ni condenado u obligado a hacer lo que la ley no dispone. La igualdad de todos los franceses se manifiesta por medio de la ley. Todos tienen derecho al mismo trato sin importar su clase social o su ocupación. Se construye un Estado que opera por medio de la ley en garantía de los derechos de los administrados, beneficiarios del sistema.

Sin embargo de que este nuevo complejo de principios tenía todos los elementos para garantizar los derechos de los administrados y ejercer su actividad en beneficio de los mismos, la revolución no lograría su cometido. El dogma de la separación entre la administración y la justicia instituido en la Ley 16-24 de agosto de 1790 evitó que el Estado deje de ser soberano. “La soberanía cambió de eje. El

²² GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO; FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN; *Tratado de Derecho Administrativo*; Tomo I, Bogotá: Temis, 2008, p.414.

²³ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA; *La lengua de los Derechos*; Madrid: Editorial Aranzadi, p. 82.

soberano –concebido como primer destinatario del poder—pasó a ser el pueblo; pero al Estado le fue adjudicada una nueva soberanía, que se transformó en una cualidad o atributo del mismo. Esta nueva soberanía fue la fuente de su irresponsabilidad e indemandabilidad.”²⁴ Tampoco se superó la monarquía, que siguió siendo el sistema de gobierno hasta que Napoleón sentara los principios del Estado moderno. A pesar de esto los principios revolucionarios quedaron instituidos y fueron útiles en el posterior desarrollo jurídico.

1.2.3 Evolución post-revolucionaria

Ya se ha expresado anteriormente que recién a finales del siglo XIX y principios del siglo XX se empieza a aceptar la responsabilidad del Estado. En 1913 la doctrina francesa seguía sosteniendo en la persona de TEISSIER que “las leyes constituyen en primer término actos de soberanía, y los daños causados por ellas a los particulares, salvo disposición contraria, no pueden dar lugar a una acción de responsabilidad contra el Estado, ni ante la jurisdicción administrativa ni ante la autoridad judicial.”²⁵ Soberanía y responsabilidad siguen siendo definiciones antitéticas porque la nueva soberanía atribuida al Estado no permite su responsabilidad. A pesar de ello, durante los siglos posteriores a la Revolución, el Consejo de Estado francés formularía los principios del Derecho Administrativo que derivarían en la aceptación de la responsabilidad administrativa. El régimen de Napoleón juega un papel importante en el desarrollo de tales principios.

Napoleón pone en práctica el concepto de *libertad de los modernos* que se alcanza a través de la igualdad jurídica, un sistema de derechos regulados por la Ley, el libre comercio y de la seguridad jurídica. Se crea el moderno concepto de administración pública. La administración napoleónica que ha sido uno de los instrumentos más queridos por su nivel de organización y descentralización. Se trata de “...una Administración organizada, articulada, eficiente, prestadora de servicios de utilidades a

²⁴ MARÍA DEL PILAR AMENÁBAR; *Responsabilidad Extracontractual de la Administración pública*; Buenos Aires: Rubinzal Editores, 2008, p.27.

²⁵ M. BERTHÉLEMY citado por ÁLVARO CASTRO ESTRADA; *Responsabilidad Patrimonial del Estado*; México: Editorial Porrúa, 1997, p.259.

los ciudadanos, habilitadora para éstos de un espacio seguro de *libertad de los modernos*, junto con los demás principios de derecho público que ya conocemos...”²⁶ Una administración que, en ejercicio de sus actividades, se relaciona continuamente con los administrados.

Esta administración pública ha generado una amplia discusión sobre su naturaleza. Se trata de una administración organizada que ejerce una gama de distintas actividades y que está en continuo contacto con los administrados. Por este motivo se ha concluido que la naturaleza más adecuada a la administración pública es la de persona jurídica de derecho público.

La administración pública no es tampoco para el Derecho Administrativo un complejo orgánico más o menos ocasional. La relación estructural entre la realidad constituida por tal administración y el ordenamiento jurídico no se efectúa por la consideración de la misma como un conjunto de órganos, sino mediante su consideración como persona. *Para el Derecho Administrativo la administración pública es una persona jurídica*. Este de la personificación es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones, y por él se hace posible el Derecho Administrativo. Todas las relaciones jurídico-administrativas se explican en tanto la administración pública, en cuanto persona, es un sujeto de derecho del que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable, etc. La personificación de la administración pública es así el dato primario y *sine qua non* del Derecho Administrativo.²⁷

Por ser la personería jurídica un presupuesto del Derecho Administrativo, también lo es de la responsabilidad administrativa. Es una nota característica de la administración pública que le permite desenvolverse en su actividad de organización puesta al servicio de la comunidad. Cuando el régimen napoleónico establece la justiciabilidad de la administración con el objeto de garantizar la *libertad de los modernos*, reconoce la personalidad jurídica de la administración. Es un elemento sin el cual resulta muy complicado, sino imposible, obligar a la administración a asumir los resultados de los daños que genera.

²⁶ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA; *La lengua de los Derechos*; Madrid: Editorial Aranzadi, p. 191.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO; FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN; *Tratado de Derecho Administrativo*; Tomo I, Bogotá: Temis, 2008, p. 6.

Para ajusticiar a la administración el régimen de Napoleón regularía el contencioso-administrativo, estableciendo el Consejo de Estado en la Constitución del año VIII. El contencioso administrativo original admitió demandas dirigidas contra los actos de la administración. Pero el paso más grande se dio en 1806 cuando se creó una sección de lo contencioso-administrativo en este órgano. De esta manera se supera la barrera que separaba la administración de la justicia. A pesar de que se criticó la independencia del Consejo de Estado y la imparcialidad de sus decisiones, su creación fue importante porque su jurisprudencia desarrolló los principios del Derecho Administrativo. “El Derecho Administrativo formula sus principios y se desarrolla al hilo de la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado en estas decisiones de recursos, cada vez más frecuentes y elaboradas.”²⁸ Desde que se regula el contencioso-administrativo la doctrina jurídica se encarga de comentar y sistematizar el desarrollo jurisprudencial.

El comentario y sistematización permitió formular e instituir los principios del Derecho Administrativo. Sus principios tienen en cuenta la desigualdad propia de las relaciones entre la administración y los administrados. Son los principios que posteriormente permitirán el desarrollo de la responsabilidad administrativa al interior del Consejo de Estado. Porque buscan equilibrar la balanza dentro de esta relación sui generis entre la administración y los ciudadanos. La jurisprudencia del Consejo de Estado permite el reconocimiento de los que se han catalogado como los principios más importantes del Derecho Administrativo, la legalidad y la responsabilidad.

Los revolucionarios crearon el concepto de voluntad general y establecieron que la ley era la única manera legítima en que esta podía expresarse. Sólo la ley general ha de decretar todos los actos de poder. El sistema jurídico cambia radicalmente porque se define como Estado de Derecho al que garantiza la libertad de los ciudadanos con el cumplimiento de la ley. La legalidad pone en marcha todo el sistema administrativo. Establece el piso y techo de la actuación de los funcionarios públicos. Justifica el contencioso administrativo y el procedimiento administrativo. Vela por los derechos subjetivos de los administrados. Es la fórmula de los revolucionarios para equilibrar la balanza entre la administración y los administrados. Por esto, el complejo de principios

²⁸ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA; *La lengua de los Derechos*; Madrid: Editorial Aranzadi, p. 194.

revolucionarios que nutren la legalidad y en especial los de velar por el bien común, el cumplimiento de la voluntad general, la libertad y la igualdad toman forma al interior del Consejo de Estado y son los que posteriormente motivan la responsabilidad administrativa.

1.2.3.1 Evolución de la responsabilidad

La construcción jurídica en torno a la responsabilidad de la administración pública ha sido lenta y discutida. Se trata de una técnica del Derecho Administrativo que puede entrar en crisis fácilmente en un Estado. El principio de inmunidad soberana sobrevivió a la revolución francesa y se radicó en la nueva soberanía que era atributo del Estado.²⁹ Le sigue un período de irresponsabilidad del Estado en que se empezaría a encontrar fórmulas para reparar los daños causados por la administración. Con este fin se utilizan la teoría del fisco y la responsabilidad exclusiva por culpa imputable a los funcionarios públicos.

Como la responsabilidad extracontractual se había regulado en los códigos civiles los tribunales contenciosos se cuestionan la aplicación de esos preceptos a los daños generados por el Estado. El crecimiento e intensificación de las actividades públicas a lo largo del siglo XIX hacía pensar que “la razón que justifica una responsabilidad de la administración no es, ni tendría razón ninguna para serlo, distinta de la que justifica la posibilidad de aplicar la misma institución a las personas privadas.”³⁰ Esta idea permite concluir que la responsabilidad del Estado se debe regular con los preceptos del Derecho Civil. Que luego se adaptaría a la administración pública gracias al desarrollo jurisprudencial y doctrinario en algunos países y de manera especial en Francia.

El famoso *arret* “Blanco”³¹, resuelto por el Tribunal de Conflictos francés en febrero de 1873, ha sido considerado un *leading case* por estar enmarcado en el proceso

²⁹ “Lo propio de la soberanía es exponerse a todos sin que pueda reclamársele compensación” RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif general*, T.1; París: Ed. Montchrestien, 2001, p. 1227.

³⁰ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA; *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Madrid: 1956, pp. 159 y 167.

³¹ FALLO BLANCO, Tribunal de Conflictos Francés, 8 de febrero de 1873.

de consolidación de la jurisdicción administrativa y por dejar atrás la responsabilidad aquiliana del Estado para encaminarse a su reconocimiento material. Resuelve finalmente el problema de la competencia que había impedido la aceptación de la responsabilidad del Estado en Francia al discernir la jurisdicción a favor de los tribunales administrativos. Distingue la responsabilidad civil de la responsabilidad administrativa y niega la aplicación del código civil porque transgrediría el principio de división de poderes del modelo francés. Considera que se deberá crear reglas propias para la resolución equitativa caso a caso. Insta el principio de garantía del patrimonio de la víctima estableciendo que la decisión sólo será equitativa si resarce los daños sufridos por la víctima. Y resuelve la responsabilidad del Estado con el criterio de que es dudoso que el funcionario pueda afrontar los perjuicios causados. La persona solvente a tal fin es la administración pública por lo que es ésta la que debe responder. Se le imputa el daño de manera indirecta ya que procede de la culpa de otro (del funcionario). Como no cabe atribuir la culpa ajena a la administración pública, persona jurídica, el deber de indemnizar los daños causados exige aplicar un factor de atribución del tipo objetivo.

Los méritos de este fallo son el reconocimiento de la responsabilidad administrativa y el haber fijado los pilares de la jurisdicción administrativa. Permite la evolución de la responsabilidad al interior del Consejo de Estado y sienta las bases para su reconocimiento alrededor del mundo. Se reconoce que la responsabilidad administrativa difiere de la responsabilidad civil porque, al desarrollarse al interior de un sistema de derecho público debe velar por el interés público. Por lo que debe garantizar el patrimonio de los particulares en aplicación de los principios de equidad y justicia.

Esta síntesis de la manera en que se confrontó la irresponsabilidad de la administración pública, fundada en la nueva forma de ver la soberanía (que en el fondo era la misma que en la monarquía), nos sirve para concluir que el Derecho Administrativo moderno es el resultado del principio de legalidad y del principio de responsabilidad. Porque, como se ha demostrado, la administración pública es una entidad creada para servir a los administrados.

Hauriou, desde la concepción del Estado liberal de su época, decía: que la administración actúe, pero sometida a la ley. Que la administración actúe, pero que pague. Desde la óptica del Estado social de Derecho de nuestra Constitución yo me atrevería a parafrasear al Decano de Toulouse diciendo también: que la administración actúe, pero sometida a la ley y con el objetivo de cumplir los valores y fines constitucionalmente predeterminados. Que la administración actúe, pero que actúe pronto, bien y eficazmente, y que si causa daños, sobre todo por hacerlo mal o tarde o por no actuar cuando expresamente y mediante pautas fijas está obligada a ello, que pague por su mal funcionamiento o por su inactividad, que es también el incumplimiento de un precepto constitucional: el que impone a los poderes públicos la acción de promover y facilitar los servicios a los ciudadanos. Pero no cualquier servicio. Ni tampoco a cualquier precio.³²

Los principios expuestos actúan como reguladores de la calidad de los servicios que presta la administración pública. Es un efecto de la revolución francesa, del Estado de Derecho y de la garantía de los derechos de los particulares. De someter al poder a reglas específicas cuyo incumplimiento tenga consecuencias.

Se ha determinado los argumentos y principios que se concretaron después de la Revolución Francesa y que permitieron la aceptación de la responsabilidad. En síntesis, “El Derecho Público revolucionario y napoleónico se ofrecía a los juristas europeos como una creación deslumbradora: reducido a principios sistemáticos, claros y simples, sustituía el caos jurídico precedente por una normación ordenada que, sin afectar gravemente a la titularidad soberana de los monarcas, a cuyo poder legislativo efectivo, en último término, podía conectarse, edificaba a la vez un marco de igualdad social y libertad civil.”³³ Permitió la discusión de la responsabilidad administrativa al interior del sistema de administración de justicia. Y generó una discusión que devendría en la creación de diferentes criterios técnicos para imputar responsabilidad a la administración.

³² LUIS MARTÍN REBOLLO; *Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas*, pp. 2825-2826 citado por ÁLVARO CASTRO ESTRADA; *Responsabilidad Patrimonial del Estado*; México: Editorial Porrúa, 1997, p.256.

³³ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA; *La lengua de los Derechos*; Madrid: Editorial Aranzadi, p. 203.

1.3 Criterios de imputación de responsabilidad

Analizar los criterios de imputación de responsabilidad administrativa requiere distinguirlos de sus fundamentos. Como hemos podido ver, los principios del Derecho Administrativo que se han desarrollado después de la revolución han sido el origen y fundamento de la responsabilidad. A diferencia del fundamento, el criterio de imputación es un concepto técnico que sirve para determinar si el acusado es o no responsable del daño. Las teorías de imputación han evolucionado tanto en el Derecho Administrativo como en el Derecho Civil. Entre las teorías que han servido para imputar responsabilidad a la administración pública destacan la teoría de la culpa, del riesgo, de la falta de servicio y de la lesión antijurídica. A continuación expondremos estos criterios con el objeto de que al final de este capítulo se llegue a una conclusión sobre el fundamento de la responsabilidad administrativa en el Ecuador.

1.3.1 Culpa

La Revolución Francesa proclamó la garantía del derecho a la propiedad e hizo necesaria la reparación de los daños que produjera la administración. Los cambios que introdujeron la Revolución Francesa y la creación de la administración pública hacen que el ejecutivo intervenga más en la vida de los ciudadanos y, por ende, que genere daños ocasionalmente. “...se evidencia que en algunas actividades este (sujeto de derecho privado) no difiere en su actuar —en cuanto al modo, no a los fines— a la administración privada, lo que hará que en los casos en que se produzca un daño a los particulares se aplique al Estado, y más concretamente a su Administración, el derecho de los particulares, es decir el Código Civil.”³⁴ Como los criterios de responsabilidad extracontractual establecidos en el Código Civil se consideran adecuados para imputar responsabilidad a la administración pública. Es necesario demostrar que la Administración actuó con negligencia, imprudencia e impericia.

³⁴ RAMIRO SAAVEDRA BECERRA; *La responsabilidad Extracontractual de la Administración pública*; Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2004, pp. 36-37.

Hay autores, como Bielsa, que consideran que para que haya responsabilidad debe probarse la culpa de la administración. Otra parte de la doctrina argumenta que la administración no es una persona natural que puede discernir sobre los efectos de un hecho lesivo. Como la culpa exige establecer la manera en que una persona diligente y prudente hubiese actuado, es necesario juzgar la actuación de una persona natural para determinar si hubo o no culpa. Por este motivo, cuando se considera que la responsabilidad deriva de la culpa de la administración, es necesario encontrar el funcionario que ha actuado culposamente. A la actuación de la administración no se le puede atribuir falta de diligencia, de atención o carencia de capacidad técnica para su función. Su falta de discernimiento impide la aplicación de estos criterios. En palabras del jurista mexicano ÁLVARO CASTRO ESTRADA:

- a) La teoría de la culpa es insuficiente para explicar el fundamento de la responsabilidad del Estado, porque tal criterio se ciñe a los daños causados por las acciones individuales aisladas, que se caracterizan por su ocasionalidad, eventualidad y evitabilidad, que no son las propias del Estado —como una persona jurídica—. Además, no explica la responsabilidad por la producción de daños como consecuencia del actuar lícito o normal de la administración pública, ni los daños impersonales o anónimos.³⁵

Limita el criterio de la culpa a los casos en que se pueda probar la culpa del funcionario público, imposibilitando su aplicación cuando los daños proceden de la prestación legítima de un servicio. En conclusión, el criterio de la culpa fue útil cuando se consideraba irresponsable a la administración pública y los funcionarios respondían directamente por los actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Pero ha dado problemas cuando se utiliza para fundar la responsabilidad directa de la administración pública por los daños causados por sus agentes o funcionarios. Se hizo necesario cumplir con lo establecido en el *arret Blanc* y crear un criterio específico para imputar responsabilidad a la administración pública.

³⁵ ÁLVARO CASTRO ESTRADA; *Responsabilidad Patrimonial del Estado*; México: Editorial Porrúa, 1997, p.267.

1.3.2 Falta de servicio

La falta de servicio fue concebida en el seno del Consejo de Estado Francés para imputar responsabilidad a la administración aplicando un criterio similar a la culpa (ambas sancionan infracciones) que se adaptaría a la realidad de la administración pública (persona y actividad). “La falta de servicio se define como un funcionamiento defectuoso del servicio. Decir que la víctima de un daño tiene derecho a indemnización, si este daño resulta de una *falta de servicio*, es decir, de un funcionamiento defectuoso del servicio, lleva a reconocer al particular un derecho al funcionamiento correcto del servicio, cuya sanción está asegurada por la responsabilidad de la administración...”³⁶ La responsabilidad sanciona el funcionamiento deficiente del servicio. Se considera que este es un criterio objetivo porque prescinde de la ilicitud de la actuación de una persona natural y sólo toma en cuenta la deficiencia del servicio prestado por la administración. La relación entre la administración y los administrados exige la prestación de servicios de calidad por parte de la primera, que de incumplirse deriva en su responsabilidad. Se desecha la noción tradicional de culpa puesto que para demostrar el funcionamiento defectuoso del servicio (falta de servicio) no se necesita individualizar el agente culpable de causar el daño. Solo se debe demostrar el funcionamiento deficiente del servicio, un criterio exclusivo para la responsabilidad administrativa.

La falta de servicio ha evolucionado al interior del Consejo de Estado Francés a raíz de que el Tribunal de Conflictos le atribuyera competencia en el fallo *Blanco*. En Francia se han distinguido la falta personal y la falta de servicio. En un principio la jurisprudencia definió la una en oposición de la otra, liberando de responsabilidad a la administración cuando había algún tipo de falta personal. Finalmente se superó la impunidad que había generado este criterio estableciendo que la falta personal es complementaria a la falta de servicio y que el Estado sólo queda librado de responsabilidad cuando la falta personal del agente le es completamente extraña.

³⁶ MARÍA DEL PILAR AMENÁBAR; *Responsabilidad Extracontractual de la Administración pública*, Buenos Aires: Rubinzal Editores, 2008, p. 104.

El funcionamiento defectuoso del servicio implica su funcionamiento anormal e ilícito. Es un criterio de imputación de responsabilidad que no sirve para obligar a la administración a reparar en los casos de funcionamiento normal o lícito. Cuando el Consejo de Estado cayó en cuenta de las deficiencias del sistema para reparar ciertos daños, debió ampararse en criterios adicionales que le permitieran reparar la responsabilidad sin falta. Se introducen en la jurisprudencia los criterios aportados por la teoría del riesgo y el principio de la igualdad de las cargas públicas. “...fue necesario esperar el fallo *Regnault Desrozières*³⁷ para que la idea del riesgo encontrara carta de ciudadanía a propósito de la explosión de un fuerte militar.”³⁸ La ruptura del principio de igualdad de las cargas públicas, en cambio, sirvió para obligar al Estado a reparar en la jurisprudencia *Couitéas*.³⁹ El Consejo de Estado Francés ha llevado a cabo un esfuerzo encomiable de ampliación constante de las hipótesis de responsabilidad administrativa. El sistema se ha complicado porque se ha debido introducir criterios adicionales a la falta de servicio que cubran sus falencias.

1.3.3 Teoría del riesgo

La teoría del riesgo que ha sido utilizada en Derecho Administrativo fue formulada por LEÓN DUGUIT.⁴⁰ Es una teoría objetiva porque prescinde de las ideas de culpa e ilegalidad al aplicar el criterio de riesgo. Su propósito es construir un seguro contra el riesgo social proveniente del funcionamiento de los servicios públicos. “La responsabilidad del Estado se reconoce de una manera general; pero en modo alguno se trata de la responsabilidad de una persona por culpa; *es el seguro sobre el patrimonio colectivo de los riesgos que para los particulares entraña el funcionamiento, aunque sea normal, de los servicios públicos*. En fin, cuando el agente ha actuado fuera del servicio, incurre en una responsabilidad patrimonial”.⁴¹ No importa si el funcionamiento del servicio público es

³⁷ CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS, 28 de marzo de 1919.

³⁸ RAMIRO SAAVEDRA BECERRA; *La responsabilidad Extracontractual de la Administración pública*; Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2004, p. 90.

³⁹ CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS, 30 de noviembre de 1923.

⁴⁰ LEÓN DUGUIT, *La Transformación del Estado*, París: 1908, pp. 280-283.

⁴¹ Citando a LEÓN DUGUIT, ÁLVARO CASTRO ESTRADA; *Responsabilidad Patrimonial del Estado*; México: Editorial Porrúa, 1997, p.292.

normal o anormal sino que los daños derivados del riesgo que éste entraña se deben reparar. Para Duguit la administración pública no tenía personalidad jurídica, por lo que no podía atribuírsele responsabilidad. Desde su punto de vista el problema que plantean los daños generados por la administración no se vincula a la imputabilidad, lo que trata de determinar es qué patrimonio debe soportar el riesgo inherente de la actividad estatal. Si el daño es el resultado de una falta personal del funcionario el perjuicio deberá repararse a costa de su patrimonio. Pero si el daño es atribuible al funcionamiento del servicio, la indemnización deberá tomarse de la Caja Pública. La Caja Pública asegura al administrado por los perjuicios que provienen del funcionamiento de un servicio público. Se trata de un seguro público que se establece a favor del interés colectivo.

La responsabilidad de la administración se convierte en un seguro para todos los daños que se originen en la actividad administrativa. Puede ser muy peligrosa por su alcance ilimitado e indefinido. A pesar de estos defectos, es una teoría que ha servido para imputar responsabilidad cuando la administración ejecuta actividades riesgosas. Una aplicación que ha nutrido otras áreas del derecho como la laboral y civil. Su generalidad ha permitido reflexionar si la responsabilidad de la administración debe reparar una gama más amplia de perjuicios.

1.3.4 Lesión antijurídica

El régimen español de responsabilidad patrimonial de la Administración se apoya en un principio de responsabilidad objetiva, la lesión antijurídica. Se debe reparar los daños que se producen como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. “El fundamento del sistema es la protección y garantía del patrimonio de la víctima; a la que se trata de preservar de todo daño no buscado ni merecido por la persona lesionada, que resulte de la acción administrativa.”⁴² El particular que solicita la reparación del daño tiene Derecho a la indemnización siempre que no esté obligado a soportarlo. “La lesión constituye un perjuicio antijurídico, no

⁴² MARÍA DEL PILAR AMENÁBAR; *Responsabilidad Extracontractual de la Administración pública*, Buenos Aires: Rubinzal Editores, 2008, p.107

por la forma de producirse el perjuicio, sino en sí misma, porque el titular del bien o derecho no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud.”⁴³ Al exigir la antijuridicidad de la lesión se limita la responsabilidad. Evita que la responsabilidad se convierta en un seguro para todos los daños.

No importa si el daño ha sido ocasionado por acción u omisión, actividad lícita o ilícita siempre que sean atribuibles a la administración pública y que exista una relación de causa a efecto entre ésta y el daño. Tampoco afecta la responsabilidad administrativa que el daño fuera producido por el agente (a menos que exceda su potestad) porque la administración responde de manera directa por el mismo. La responsabilidad no se configura por la ilicitud de la actuación administrativa sino por la ilicitud del perjuicio sufrido por el particular.

La teoría de la lesión es el criterio de imputación que respalda el principio general de responsabilidad patrimonial de la administración porque permite cubrir los daños residuales que lleva consigo la actividad administrativa y que revierten al azar sobre el patrimonio particular en verdaderas injusticias. Deriva en un sistema casuístico de responsabilidad de la administración que, amparado en el principio de protección y garantía del patrimonio de la víctima, ha servido para reparar los daños que sufren injustamente los particulares. “El Derecho español ha superado así la clásica disyuntiva entre acciones lícitas y acciones ilícitas (...) y ha consagrado un principio general de garantía patrimonial de los particulares, que puede ser invocado frente a cualquier tipo de lesión antijurídica causada por el funcionamiento tanto normal o lícito como anormal o ilícito de los servicios públicos.”⁴⁴ Ha creado un criterio intermedio entre la teoría de la falta del servicio y la teoría del riesgo. Un criterio más general y completo que cubre los daños causados por la administración pública siempre que sean a ella atribuibles y que el particular no tenga el deber jurídico de soportarlos.

⁴³ JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ; *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*; Madrid: Thomsom Civitas, 2006, p.191.

⁴⁴ JESÚS LEGUINA VILLA citado por MARÍA DEL PILAR AMENÁBAR; *Responsabilidad Extracontractual de la Administración pública*; Buenos Aires: Rubinzal Editores, 2008, p.107

1.4 Responsabilidad administrativa en el Ecuador

La historia de la responsabilidad administrativa en el Ecuador ha tenido influencia de los dos grandes sistemas jurídicos que han aportado a la responsabilidad administrativa (francés y español). Se distinguen dos períodos en la historia de la responsabilidad administrativa. El primero, en que la irresponsabilidad del Estado es la regla, prevalece durante gran parte de la historia republicana. Inicia con la primera Constitución de la República del Ecuador en 1830 y concluye con la Constitución de 1967. Este período se asemeja al que se viviera en Francia durante el siglo XIX, antes de la aceptación de la responsabilidad. Se adoptan normas similares a las utilizadas en el mencionado país. El segundo empieza con el reconocimiento del principio general de responsabilidad en la Constitución de 1967 y continúa hasta la actualidad. Las normas sobre responsabilidad del Estado de las tres Constituciones que le han sucedido adoptan los principios del sistema español. A continuación se exponen las principales características de estos períodos.

1.4.1 ¿Un Estado responsable?

El art. 7 de la Constitución de 1830⁴⁵ disponía “El Gobierno del Estado del Ecuador es popular, representativo, alternativo y Responsable.” La responsabilidad del Estado estuvo enunciada de esta manera en las Constituciones que le siguieron hasta 1967. No es posible afirmar que desde 1830 está vigente el principio general de responsabilidad de la administración pública porque no se ha interpretado el alcance de este enunciado. La jurisprudencia y las normas constitucionales contradicen la responsabilidad del Estado. Se acepta que el Estado es una entidad abstracta que actúa por medio de sus funcionarios o empleados que son responsables de los actos que realizan. Por este motivo las Constituciones de este período tienen varias normas sobre responsabilidad de los funcionarios públicos. La Constitución de 1869⁴⁶ ilustra esta concepción en su artículo 99 cuando dispone: “El funcionario público que atentare

⁴⁵ Constitución Política del Ecuador de 1830, 29 de abril de 1830, R.O. s/n.

⁴⁶ Constitución Política del Ecuador de 1869, 11 de agosto de 1869, R.O. n/p.

contra la propiedad particular quedara sujeto con su persona y bienes a indemnizar los daños y perjuicios que ocasionare.”⁴⁷ Este tipo de normas atribuyen responsabilidad directa a los funcionarios públicos por los actos que realizan. La regla es la irresponsabilidad de la administración pública.

Después de la Revolución Francesa el Derecho francés exhibe la irresponsabilidad del Estado en la fase aquiliana. Es decir, como se considera al Estado un incapaz relativo, los que responden por él son sus representantes legales, los funcionarios públicos. La excepción a este tipo de responsabilidad son “supuestos (...) tales como perjuicios generados por obras públicas (...), tumultos o disturbios (...), daños derivados de la acción de las fuerzas armadas o de actos de guerra, etc.”⁴⁸ En el párrafo anterior se ha demostrado que esta es una etapa de irresponsabilidad del Estado en que los funcionarios públicos responden por los daños que genera la administración. Los supuestos excepcionales de responsabilidad administrativa son la expropiación, la toma de edificios para alojar tropas y el saqueo.

El art. 91 de la Constitución de 1843⁴⁹ es el primero en reconocer la expropiación forzosa al enunciar que “ningún ecuatoriano será privado de su propiedad, sino en los casos calificados por la ley, para servicio público, o para utilidad común, previa indemnización a juicio de hombres buenos.” El reconocimiento de la obligación del Estado de respetar la propiedad privada tiene por objeto evitar que unos ciudadanos sufran más que otros los efectos de la actividad administrativa. La expropiación impone un sacrificio patrimonial al particular y la obligación de reparar a la administración. Es el antecedente de la responsabilidad del Estado porque instaura el principio de protección y garantía del patrimonio de los administrados. Es una institución cuya importancia se ha reconocido a través de los siglos por equilibrar la balanza de la relación administración-administrado y evitar el abuso de poder por parte de la primera. Por este motivo fue consagrada en la Declaración de los Derechos del Hombre bajo el principio de la inviolabilidad de la propiedad individual.

⁴⁷ Otra norma que se manifiesta en este sentido es el artículo 37 de la Constitución Política del Ecuador de 1884, 13 de Febrero de 1884, R.O. n/p: “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...”

⁴⁸ OSCAR ALVARADO CUADROS; *Responsabilidad del Estado, Fundamentos. Aplicaciones. Evolución Jurisprudencial*; Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. 4.

⁴⁹ Constitución Política del Ecuador de 1843, 1 de abril de 1843, R.O. n/p.

Las Constituciones de 1861⁵⁰ y 1869 reconocen en sus artículos 121 y 106, respectivamente, que “cuando se tomen edificios que no pertenezcan al Estado para alojar las tropas, se pagará el alquiler correspondiente.” Esta indemnización responde a una situación excepcional. Por ser una época de guerra era común que las tropas del ejército se tomaran edificios para alojarse en ellos. La norma estipula que nadie está obligado a dar alojamiento a militares en su casa; que en caso de infringirse obliga a reparar al particular con el pago del alquiler. Puede resultar confuso porque no se determina quién está obligado a indemnizar. En virtud del interés público se podría entender que el obligado es el Estado. Aunque lo más lógico sería leerlo como un deber del militar en el ejercicio de sus funciones.

Aunque no se trata de una indemnización que se reconoció a nivel Constitucional, la reparación por saqueo es el precedente de la responsabilidad administrativa en el Ecuador. Hubo varias sentencias que trataron este particular a raíz de algunos saqueos que se suscitaron en Quito en 1912. Las normas que reconocieron la responsabilidad del Estado en estos casos fueron los Decretos Legislativos de 13 de julio y 8 de agosto de 1888. Sin embargo de los límites estipulados en estas normas, la mayoría de jurisprudencias aplican criterios de equidad para obligar al Estado a la Reparación de los daños. Como se lee a continuación, el razonamiento se sustenta en criterios objetivos de responsabilidad.

Actor y testigos expresan que se verificó el saqueo por falta de vigilancia de la Policía la noche del acontecimiento; más, esa falta, por inevitable que hubiera sido, no eximiría de responsabilidad a la Nación, porque su responsabilidad, en el caso, nace, de acuerdo con el ya citado decreto de 13 de julio, del sólo hecho del saqueo y de no estar este hecho en los casos exceptuados en sus dos primeros artículos, y porque de los interrogatorios y declaraciones resulta que la fuerza de Policía no hizo la noche del once de agosto el acostumbrado servicio, porque anduvo dispersa por las calles de la ciudad, coadyuvando, culpablemente, a los actos punibles del ejército.⁵¹

El razonamiento de la Sala prescinde del criterio de la culpa para determinar que el sólo hecho del saqueo obliga a la Nación a reparar los daños generados. En este

⁵⁰ Constitución de la República del Ecuador de 1861, 20 de noviembre de 1861, R.O. n/p.

⁵¹ “Saqueo”; Serie 2, Gaceta Judicial 147, 28 de octubre de 1912

mismo sentido se expresan las sentencias del 31 de octubre y 7 de diciembre de 1912.⁵² A pesar de que la responsabilidad del Estado no era aceptada, estas sentencias establecen un precedente al reconocerla en esta situación excepcional.

Este período permite reflexionar sobre la posibilidad de aceptar el principio general de responsabilidad del Estado. La jurisprudencia comentada delata el interés por aceptar la responsabilidad del Estado tal como se venía haciendo en otros países. Sin embargo, la situación del Ecuador sería distinta y el reconocimiento y aceptación de la responsabilidad requeriría de un proceso de evolución del Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo.

1.4.2 El principio general de responsabilidad administrativa

A partir de 1967 hay dos razones para que el principio general de responsabilidad enunciado constitucionalmente finalmente sea aceptado por la jurisprudencia. La primera, la evolución del Derecho Administrativo con la consolidación del Estado Social de Derecho y la garantía de los derechos de los administrados. La segunda, la evolución del Derecho Procesal Administrativo y de la jurisdicción contencioso administrativa hasta radicar en los jueces de lo contencioso administrativo la competencia para resolver sobre responsabilidad. Sólo de esta manera se logra que el principio general de responsabilidad no se quede en el papel y sirva de garantía del patrimonio de los administrados.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1968 no sirvió para controlar judicialmente los actos de la Administración. Dejaba un amplio campo de actividades no fiscalizables judicialmente, incluyendo las potestades discrecionales. Y hacía prevalecer las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos. Evitaba que la administración se someta al principio de legalidad y contradecía el principio de responsabilidad de la Administración. Los abusos de poder eran todavía generalizados y el administrado estaba subordinado a ellos.

⁵² Las referidas sentencias se pueden encontrar en la "Revista Forense". Órgano del Colegio de Abogados de Quito. Publicación Mensual de Derecho, Legislación y Jurisprudencia. Tomo I. Quito, febrero de 1913. N° 1. Pp.10-14, 18-23, 25-29.

El Ecuador retornó al régimen democrático aprobando por vía de referéndum la Constitución que rigiera desde agosto de 1979. Empieza una lucha contra las inmunidades de poder que se materializa en las reformas a esta carta magna, codificadas en 1996⁵³, en la Ley de Modernización del Estado⁵⁴ y en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.⁵⁵ Se trata de juridificar el poder elaborando limitaciones que contrarresten su accionar. Este propósito se alcanzaría en la Constitución de 1998 que establece una serie de derechos subjetivos y garantías a favor del administrado, de tal manera que la relación entre la administración y el administrado se equilibra. Se consagra el principio de legalidad, el derecho a la seguridad jurídica, las reglas de la tutela judicial efectiva y el debido procedimiento administrativo. La administración finalmente debe someterse al imperio de la Ley y garantizar los derechos subjetivos de los administrados. El propósito de la Ley es obligar a la administración a respetar las garantías a favor de los administrados y equiparar la balanza entre administración y administrados. Se consolida el Estado Social de Derecho y se refuerza el Derecho Administrativo al consagrar sus principios en la Constitución (Igualdad ante la Ley, responsabilidad, razonabilidad, legalidad y eficiencia). Todos estos principios servirían de argumento para el reconocimiento final de la responsabilidad administrativa una vez que se atribuyera la competencia para conocer de la misma a la jurisdicción contencioso-administrativa.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa había prohibido fiscalizar las potestades discrecionales. Los límites a la actividad administrativa no eran exigibles, por lo que no estaba en vigor el sistema de garantía de los derechos de los administrados (aunque estos estuvieran enunciados). Como era necesario velar por el debido procedimiento administrativo y obligar a la administración a someterse a la legalidad y demás principios del Derecho Administrativo reconocidos constitucionalmente, las reformas tienden a asegurar el sometimiento de la administración al procedimiento administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁵³ Codificación de 1996 de la Constitución Política de 1979; R.O. 996 de 18 de junio de 1996.

⁵⁴ Ley de Modernización del Estado, R.O. 439 de 31 de diciembre de 1993.

⁵⁵ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función ejecutiva, R.O. 536 de 18 de marzo de 2002.

Con este propósito el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado determinó la competencia para resolver las demandas que deriven de la actividad administrativa, disponiendo: “Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, y hechos que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado y otras entidades del sector público.” El artículo 67 de este mismo cuerpo generó confusión sobre la interpretación y le sobrevinieron algunos factores políticos y jurídicos que generaron incertidumbre. El problema de la competencia no se resolvería hasta que en el año 2000 se publicara la Ley Trole II (Ley No. 2000-4) con una norma que aclaraba todas las dudas y definía la jurisdicción para resolver las demandas que deriven de hechos, actos y contratos administrativos, a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Las deficiencias de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para garantizar los derechos de los administrados y la falta de una competencia definida para resolver las demandas sobre responsabilidad del Estado generaron incertidumbre sobre los criterios aplicables para resolver la responsabilidad del Estado. Se encuentra sentencias resueltas tanto en la jurisdicción contencioso-administrativa como en los juzgados civiles, con predominancia de las resueltas por jueces de lo civil. Las demandas sobre responsabilidad administrativa se presentaron ante los juzgados de lo Civil por ser éstos residuales. Los jueces de los civil debieron encontrar la manera de juzgar a la administración por los daños que causaba aplicando los criterios de responsabilidad civil que ha reconocido la doctrina.

Hoy en día el art. 217 no. 8 del Código Orgánico de la Función Judicial es la norma específica sobre competencia en esta materia. Desde que se radicó la competencia de manera definitiva (desde el año 2000), la responsabilidad administrativa ha adquirido cierta seguridad con los primeros criterios jurisprudenciales vertidos por la Corte Suprema de Justicia (ahora Corte Nacional de Justicia). El primer caso que se resolvería al interior de la Sala de lo Administrativo introdujo el criterio de la lesión antijurídica para imputar responsabilidad a la administración. Los argumentos principales del mismo, pionero en el análisis de la responsabilidad en sede Contencioso-Administrativa, se exponen a continuación.

1.4.3 El caso Andrade Medina

Se trata la *litis* entre Florencio Antonio Andrade Medina por sus propios derechos y los que representa del menor Juan Pablo Andrade Bailón contra Emelmanabí y Conelec. Los hechos del caso son que mientras dos niños jugaban en el balcón de la casa del señor Florencio Antonio Andrade Medina, uno de ellos contactó el cable de energía eléctrica con un alambre, con lo cual se electrocutó y falleció. El otro, Juan Pablo Andrade Bailón, intentó ayudarlo y también se electrocutó, pero sobrevivió al accidente. Este último sufrió una pérdida de capacidad de un 80%. Su padre demandó al Estado por los daños causados en la salud de su hijo por la deficiente prestación del servicio de energía eléctrica, además del daño moral a él ocasionado.

Para resolver esta demanda el tribunal se enfrentó a la tarea de determinar el alcance del artículo 20 de la Constitución de 1998 que rezaba: “Las Instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos.” Los criterios más destacables expuestos en esta sentencia son:

- Distingue entre la teoría general de la responsabilidad y la responsabilidad administrativa, cuyo desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal se encuentra en el Derecho Administrativo con fundamento en la teoría general de la responsabilidad.
- Afirma que es necesaria una doctrina de derecho público para resolver el caso aludido y expone el fundamento de la misma: “el origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de los actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes.”⁵⁶ Adopta como criterio de imputación el de la lesión antijurídica.

⁵⁶ ANDRADE MEDINA VS. CONELEC Y EMELMANABI. No. 168-2007. Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Administrativo. 11 de abril de 2007, Considerando QUINTO.

- Añade que es fundamental para la organización del Estado el principio de solidaridad y que por este motivo, sin embargo que el interés individual debe ceder para alentar el interés general, cuando media un sacrificio individual injusto o ilícito la igualdad en la distribución de las cargas públicas obliga a indemnizar el daño generado porque el sacrificio individual generado es intolerable.
- Sostiene que no es aplicable el criterio de la culpa porque el artículo 20 no ha hecho referencia al obrar lícito o ilícito de la administración. Expresa: “de la misma manera, cuando el referido artículo 20 ibidem hace referencia a la “prestación deficiente de los servicios públicos” no califica la licitud de los actos o hechos conducentes a la prestación correspondiente sino al defecto funcional del servicio.” La palabra deficiencia no alude a licitud o ilicitud del acto sino a que el servicio público no ha alcanzado un nivel considerado normal.
- Por lo mismo, no importa la intencionalidad del funcionario público para atribuir responsabilidad al Estado.
- El administrado debe haber sufrido un daño que ningún administrado deba soportar de la administración. Nadie puede ser obligado a asumir un sacrificio individual si no media un deber constitucional que se lo haya impuesto.

Lo anterior constituye un avance destacable sin embargo de tratarse de la primera jurisprudencia que trata la materia en sede contencioso-administrativa. Los argumentos expuestos permiten concluir que, a pesar de las deficiencias de este precedente, el criterio de la lesión antijurídica sirve para asegurar el cumplimiento del principio general de responsabilidad de la administración.

1.5 Fundamentos de la responsabilidad

La importancia de los principios generales en el Derecho Administrativo radica, según la doctrina, en que sirven para garantizar la justicia social y la libertad individual. “En una Administración que invade todas las esferas de la vida privada, no la simple técnica de ciertas formas jurídicas, sino sólo la vinculación a principios jurídicos

materiales puede asegurar hoy en la medida necesaria libertad individual y justicia social legitimando al Estado como Estado de Derecho.”⁵⁷ La responsabilidad de la administración pública se fundamenta en estos principios porque dan legitimidad a un sistema que busca equilibrar la relación entre administración y administrados. Estos principios permiten constatar que la responsabilidad de la administración se origina en la esencia del Derecho Administrativo, restablecer la igualdad en una relación de por sí desigual. Como hemos podido ver en este capítulo, todos estos principios se desarrollan a partir de la revolución francesa como resultado de la evolución del Derecho Administrativo y de la administración pública.

1.5.1 Principio de igualdad o proporcionalidad de las cargas públicas

La teoría de la Igualdad o Proporcionalidad de las Cargas Públicas es una de las que más vigencia y longevidad ha tenido. Es un principio que se aplica en la sentencia del caso Andrade Medina para reconocer la obligación de la administración de reparar los daños causados, por lo que sigue siendo perfectamente aplicable; puesto que, como principio de responsabilidad extracontractual del Estado, ha tenido algunas dificultades. Lo que no quiere decir que no contribuya con valiosos argumentos a favor de esa posición.

Este principio se expresó por vez primera en el artículo 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre: “unos ciudadanos no deben sufrir más que otros las cargas impuestas en interés de todos.” Ha sido atribuido a JORGE TEISSIER y se resume en que si el Estado ejerce su actividad en provecho de la colectividad entera, las cargas de la actividad administrativa no pueden recaer en mayor medida sobre unos ciudadanos que sobre otros. “Los ciudadanos no deben sufrir unos más que otros las cargas impuestas en interés de todos, de donde resulta que los daños excepcionales, los accidentes que el poder público causa a los particulares, deben ser indemnizados por el

⁵⁷ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA; *La Lucha Contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*; Madrid: Thomsom Civitas, 1983, p.51.

presupuesto que está formado por las contribuciones de toda la colectividad.”⁵⁸ Son cargas públicas las que imponen un sacrificio a los ciudadanos en interés de todos. Carga, etimológicamente, se refiere a un peso. Cuando un individuo soporta más peso que los otros, en virtud del interés general, la administración debe indemnizarlo.

La imposición de un sacrificio ha sido la razón por la que una parte de la doctrina descarta que la teoría de la igualdad ante las cargas públicas sirva de fundamento de la responsabilidad administrativa. Como la responsabilidad de la administración no implica un sacrificio impuesto al individuo en favor del interés general, se ha argüido que el principio de igualdad ante las cargas públicas no es aplicable a la responsabilidad del Estado, sino a la expropiación forzosa.

“Mientras el principio de igualdad ante las cargas públicas puede ser el fundamento de la expropiación forzosa —se ha dicho—no resulta adecuado para fundar la responsabilidad de la Administración. Porque la idea de carga, de sacrificio en que se basa el principio se adapta mal a los daños ocasionados de forma incidental por la actividad administrativa, mientras que se adecua mejor a los daños expropiatorios, que son provocados deliberadamente por el poder público por venir exigidos por el interés general; pero los daños incidentales no pueden ser considerados como una carga, al no venir exigidos por el interés general. El principio de igualdad sólo tiene sentido si es exigido ex ante, en el momento de la actuación de los poderes públicos y no ex post, cuando dicha actuación ya se ha producido y sólo cabe evaluar los efectos que ha generado.”⁵⁹

El principio del sacrificio especial alemán es muy similar al principio de la igualdad ante las cargas públicas. Los conceptos de sacrificio especial y de carga pública imponen un peso al administrado con el propósito de satisfacer el interés general. Para Eduardo García de Enterría este concepto no se adecuaba como fundamento de la responsabilidad, por lo que transformó la teoría creando el concepto de sacrificio no exigible. Implica que la administración debe reparar cuando no hay deber jurídico de soportar el daño (sacrificio), que es el fundamento de la teoría de la lesión antijurídica.

⁵⁸ ÁLVARO CASTRO ESTRADA; *Responsabilidad Patrimonial del Estado*; México: Editorial Porrúa, 1997, p. 288.

⁵⁹ JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ; *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*; Madrid: Thomsom Civitas, 2006, p.190.

En nuestro país ha dado lugar a diversas interpretaciones. Inclusive podemos observar que, al no hacer una interpretación restrictiva de este principio, se ha llegado a determinar que se debe reparar los daños que derivan del trato desigual a un administrado. Sin embargo, cuando se adopta el criterio de la lesión antijurídica es más adecuado citar la teoría del sacrificio no exigible, que el de la igualdad ante las cargas públicas. Hay que reconocer que este principio ha ayudado a desarrollar la responsabilidad de la administración. Ha permitido reconocer que el particular que ha sufrido un daño a causa de la administración se encuentra en una situación de desigualdad y debe ser reparado. Es decir, la igualdad que buscaba alcanzar la Revolución Francesa sirve para reconocer la obligación administrativa de reparar los daños irrogados a los particulares.

1.5.2 Estado de Derecho

A pesar de que actualmente se sostiene que el Ecuador vive una crisis del Estado de Derecho, en razón de que el Artículo 1 de la Constitución del año 2008 dispone que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia⁶⁰; considero que el Estado de Derecho sigue siendo un enunciado legal en nuestro país en virtud de los principios reconocidos constitucionalmente y que informan la actuación de la Administración pública (hay una brecha entre estos principios y su aplicación en la práctica). Lo expuesto en este capítulo, hasta el momento, nos permite caer en cuenta de la magnitud e importancia de los principios del Estado de Derecho en el reconocimiento de la responsabilidad. “La responsabilidad estatal en el campo del Derecho Público, por sus actos o hechos dañosos es, pues, una consecuencia lógica del complejo de principios del *Estado de Derecho*. No es concebible un Estado de Derecho *irresponsable*.”⁶¹ La responsabilidad del Estado encuentra de esta manera fundamento en el Estado de Derecho. La historia ha corroborado este particular porque, como lo

⁶⁰ “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.” (R.O. No. 449 de 20 de octubre de 2008)

⁶¹ MIGUEL S. MARIENHOFF; *Tratado de Derecho Administrativo*; Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000, p. 727.

hemos analizado, la evolución del Estado de Derecho conllevó el reconocimiento de la responsabilidad administrativa.

El Estado de Derecho tiene por objeto alcanzar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos de los administrados. En términos de transformación, digamos que “revolucionarios”, garantizar la libertad y la igualdad. Debe asegurar una administración organizada, articulada, eficiente, que preste servicios útiles a los ciudadanos, brindando un espacio que garantice libertad, junto con los demás principios de Derecho Público. Presupone la limitación de los poderes del Estado y el ensanchamiento de la esfera jurídica del administrado, con garantías que aseguren su buen funcionamiento y limiten el abuso de poder. El Estado de Derecho “...no reconoce poderes jurídicos absolutos e ilimitados a favor del Estado,... Esta concepción actualmente extendida... al Estado Social de Derecho o Estado de Justicia, procura armonizar los derechos de los miembros de la comunidad con el interés general, de modo que cuando un particular tenga que sacrificar su derecho individual... sea objeto de una justa reparación, se trate de actividad legítima o ilegítima o de una falta de servicio que lo afecte en su patrimonio”.⁶² Tiene el objeto de garantizar una relación equilibrada entre administración y administrados y asegurar que la administración vele por satisfacer el interés general.

El Estado de Derecho busca garantizar los derechos de los administrados por medio de la sumisión de la administración pública a la Ley. Para respaldar el bien común, que informa el Estado de Derecho, Julio I. Altamira Cigena añade: “El Estado tiene una doble obligación: atender las necesidades de los particulares y propender al bien común. (...) hay que evitar cuidadosamente el chocar con un doble escollo (...) si mira excesivamente al hombre y olvida a la sociedad, corre el (...) riesgo de caer en el *individualismo*. Si (...) se olvida del individuo y vuelca su mirada (...) en la comunidad, se precipitará en el *colectivismo*.”⁶³ El propósito será propender al bien común y al trato justo, igual para los iguales, de tal manera que se mantenga un equilibrio entre individualismo y colectivismo.

⁶² JUAN CARLOS CASSAGNE; *Derecho Administrativo*, 7ma ed.; Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis, 2002, p.480.

⁶³ JULIO ALTAMIRA GIGENA; *Responsabilidad del Estado*; Buenos Aires: Editorial Astrea, 1973, p.88.

Cuando se expuso la evolución conceptual de la revolución francesa se demostró que el buen funcionamiento de la administración pública está sustentado por una serie de principios ligados al imperio de la ley, expresión de la voluntad general. Como el Estado de Derecho debe garantizar la igualdad entre administrados, es necesario que del sacrificio no exigible ocasionado por la actividad administrativa nazca la obligación de reparar. Porque “el Derecho Administrativo no es un derecho privilegiado. Junto a los privilegios, en más y en menos, que componen el estatuto singular de las administraciones públicas, existe todo un cuadro de garantías para los ciudadanos, radicadas en último extremo en su titularidad de derechos fundamentales que configura una situación de equilibrio.”⁶⁴ Cuando el Estado de Derecho reconoce el principio general de responsabilidad administrativa, garantiza el equilibrio.

1.5.3 Principios constitucionales

La Constitución, como norma suprema⁶⁵ del ordenamiento jurídico del país, establece los principios fundamentales que ordenan el funcionamiento del Estado. Si en la sección anterior enunciábamos que el Estado de Derecho fundamenta la responsabilidad del Estado, debemos establecer los principios constitucionales que permiten tal afirmación. En ese sentido, las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones establecidas principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos. Las principales disposiciones se exponen a continuación.

El derecho a la vida permite el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente en la Constitución. La vida es para el Derecho y la libertad el medio que permite su desarrollo. Garantizar el derecho a la vida habilita al ciudadano para participar de la organización social. Por ello, el artículo 67 no. 2 de la Constitución

⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO; FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN; *Tratado de Derecho Administrativo*; Tomo I, Bogotá: Temis, 2008, p. 38.

⁶⁵ **Art. 424.-** La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. (Constitución vigente, R.O. No. 449 de 20 de octubre de 2008)

reconoce y garantiza “el derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios”. No sólo reconoce que el ciudadano tiene derecho a desenvolverse. Requiere además que la administración garantice que lo haga de una manera digna. Implica que el Estado debe ser responsable cuando atenta de alguna manera contra el derecho a la vida digna. Se trata de un fundamento muy fuerte de la responsabilidad del Estado.

En el numeral 3 del mismo artículo 67 se reconoce el derecho a la integridad personal (física, psíquica, moral y sexual). Es un elemento del derecho a la vida. Fundamenta la responsabilidad administrativa en caso de muerte o lesión física causada por la administración pública en el ejercicio de su actividad. También sustenta la reparación del daño moral derivado de la actividad administrativa. Como complemento al derecho a la vida digna resulta muy útil para fundamentar la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de hechos administrativos.

Para cumplir con el derecho a una vida digna la Constitución garantiza el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato (Art. 67 Núm. 25). Al referirse a la administración pública como servicio a la colectividad, exige que los servicios públicos respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad (Art. 314 Inc. 2). Además determina que los precios deben ser equitativos y estar controlados y regulados. No sólo exige el cumplimiento de principios estrictos para la prestación de servicios sino que reconoce la responsabilidad de la administración en caso de incumplimiento.⁶⁶ Por lo que la garantía del derecho a la prestación de servicios públicos adecuados a los principios constitucionales fundamenta y justifica la responsabilidad administrativa.

Relacionado con lo anterior, el artículo 227 reconoce que la administración debe regirse por los principios de eficiencia, eficacia y calidad. La eficacia se refiere a que la administración pública debe “cumplir los objetivos dispuestos en la ley y satisfacer los

⁶⁶ A este respecto también son útiles los artículos 52, 53, 54 y 55 de la Constitución, que desarrollan el derecho de los usuarios a disponer de bienes y servicios de óptima calidad.

servicios a que los ciudadanos tienen derecho.”⁶⁷ Este principio está muy relacionado con la eficiencia, porque no basta que el servicio público cumpla con su propósito sino que lo haga administrando de la mejor manera los recursos y obtenga el mejor resultado posible. Todo está relacionado con la calidad, que quiere decir que debe cumplir requerimientos técnicos. Implica que el administrado tiene el derecho a exigir el mejor desempeño a la administración pública. Fundamentan la responsabilidad si se toma en cuenta que “el juez, al enfrentarse al más común supuesto del funcionamiento anormal, tiene a la vista a la Administración no como es sino como, en hipótesis, debería ser y, al condenar a indemnizar daños causados por una incorrecta actuación, influye o debería influir en el modo ulterior de gestionar.”⁶⁸ Justificando que del incumplimiento de los principios de eficiencia, eficacia y calidad por parte de la administración derive la responsabilidad, para que mejore el servicio a la colectividad.

El artículo 226 de la Constitución dispone que “las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.” De esta manera se reconoce el principio de legalidad, que limita la actividad del Estado a lo establecido en la Constitución y la Ley. El funcionario público no puede actuar sin una potestad que le faculte para hacerlo. Y está impedido a ejercer sus potestades más allá de lo que la ley le permite. Es un fundamento de la responsabilidad cuando los daños derivan de una actuación ilícita de la administración pública. Como la administración pública debe actuar sometida a la ley, en caso de que su acción u omisión transgreda las disposiciones legales, deberá ser responsable de los perjuicios generados.

La garantía del derecho a la propiedad se encuentra plasmada en el numeral 27 del artículo 66 de la Constitución. Es importante porque la actividad de la administración no genera únicamente daños en la integridad o moralidad de las personas sino que también puede afectar sus bienes. En cuyo caso el deber del Estado de respetar la propiedad de los ciudadanos fundamenta la responsabilidad.

⁶⁷ EDGAR NEIRA ORELLANA; *Las normas de la Constitución Política de 1998 y el Procedimiento Administrativo Común*; *Revista Ruptura*; Vol. II, Quito: Asociación Escuela de Derecho PUCE, 2004, p.98.

⁶⁸ LUIS MARTÍN REBOLLO; *La responsabilidad patrimonial de las Entidades Locales*; Madrid: Iustel, 2005, p.47

En concordancia con lo anterior, el artículo 11 de la Constitución dispone los principios de ejercicio de los Derechos en ella reconocidos a los ciudadanos. Reconoce los principios de igualdad y no discriminación, aplicación directa, interpretación más favorable, irrenunciabilidad, inalienabilidad, indivisibilidad, interdependencia y desarrollo progresivo. Estos principios constituyen verdaderas garantías a favor de los administrados y restablecen el equilibrio respecto de la administración pública. Constituyen el fundamento de la responsabilidad porque, al evitar los menoscabos que se puedan suscitar en el ejercicio de los derechos, dan lugar a la obligación de reparar en caso de que deriven perjuicios de la imposibilidad de ejercerlos. Por lo que serán muy importantes al exigir la reparación de los perjuicios generados por la administración pública en ejercicio de su actividad.

El numeral 9 consagra el principio más importante en el contexto de este trabajo; que el Estado debe respetar los derechos consagrados en la Constitución. Implica que el Estado no puede transgredir los derechos constitucionales y que de hacerlo debe reparar los daños generados. Es interesante la manera en que el asambleísta ha construido este artículo porque primero reconoce el fundamento sobre el que se desarrolla la responsabilidad del Estado y en el inciso siguiente la reconoce. Es importante, también, porque la interpretación que se dé a la norma deberá garantizar que el Estado respete los derechos reconocidos en la Constitución a favor de los ciudadanos. Es decir, respete todos los principios anteriormente enunciados, entre otros.

1.6 Necesidad de un criterio de imputación exclusivo para la administración

De esta manera se verifica que la responsabilidad administrativa tiene en el Ecuador más de un fundamento. En primer lugar, tiene una base de derechos que, una vez reconocidos, fundamentan la responsabilidad. En nuestra Constitución se garantiza el derecho a la vida digna, integridad personal, calidad de los servicios públicos y propiedad. Al estar garantizados por una serie de principios para su aplicación, estos

derechos cobran mayor importancia. Se fortalecen como fundamento de la responsabilidad cuando se establece la obligación del Estado de respetarlos. Esta es la razón por la que el artículo 11 numeral 9 reconoce la responsabilidad.

Como hemos visto, la historia de la responsabilidad ha implicado dejar atrás limitantes como la soberanía y la divinidad del monarca. Se ha desarrollado a raíz de que se iniciara una lucha contra las inmunidades del poder y se desencadenara la revolución institucional. El reconocimiento de una nueva administración pública que constituya un servicio a la comunidad y vele por el interés general, la aceptación de su personalidad jurídica y el desarrollo de los principios que rigen su funcionamiento han alentado el esfuerzo para equilibrar la relación administración-administrado. Nace el Derecho Administrativo moderno y se instituye el Estado de Derecho. Los dos actúan como fundamento de la responsabilidad, que se reconoce en un sistema de derecho público. La obligación de contrarrestar las desigualdades, precautelar el interés público y reconocer que la administración es una persona jurídica de derecho público, hacen necesario un criterio de imputación de responsabilidad específico para ésta.

Hemos visto en este capítulo que los principales criterios adecuados a la administración pública son el de la falta de servicio y el de la lesión antijurídica. No toman en cuenta la actuación de una persona natural, por lo que prescinden del análisis de la culpa. Reparar los daños que derivan de la prestación del servicio público (considerado inherente a la administración) en aplicación de sus propios criterios de imputación.

En el siguiente capítulo se trabajará en la construcción de los requisitos de imputabilidad que se deberían exigir en el Ecuador. Para esto se establecerá cuál de los dos criterios de imputación anteriormente mencionados se adecúa más a los preceptos de la Constitución Ecuatoriana.

CAPÍTULO II: LAS CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA Y LA GARANTÍA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA

2.1 El fundamento constitucional

Del Capítulo I se concluye que es necesario que los Estados reconozcan criterios exclusivos de imputación de responsabilidad a la administración pública. Con este propósito, desde 1967, se ha reconocido en la Constitución el principio general de responsabilidad del Estado. Sin embargo, los efectos no han sido inmediatos y ha tardado en aceptarse judicialmente la existencia de un criterio exclusivo de imputación de responsabilidad a la administración pública. Principalmente porque hasta el momento no existe un sistema de responsabilidad de la administración definido. Únicamente el art. 11 no. 9 de la Constitución establece el principio general de responsabilidad; mientras el art. 217 no. 8 del Código Orgánico de la Función Judicial, atribuye competencia para conocer las acciones sobre responsabilidad administrativa a los jueces de lo contencioso administrativo, por su parte las regulaciones del Estatuto

del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva no tiene fuerza de ley por su carácter reglamentario. Desde la sentencia del caso Andrade Medina se está desarrollando un sistema de base jurisprudencial, a partir de las normas de la Constitución, que ha reconocido la aplicación de criterios de imputación exclusivos para la administración pública. Con este reconocimiento hay que esperar que continúe perfeccionándose el sistema de responsabilidad de la administración (por cualquiera de estas vías). Tanto las leyes como las sentencias que reconozcan la responsabilidad administrativa deberán tener en cuenta que la norma de la Constitución establece los principios elementales del sistema. Como norma suprema del Estado no podrá transgredirse.⁶⁹

En virtud de lo anterior, es necesario analizar las características y principios generales que deben informar el sistema de responsabilidad administrativa ecuatoriano, promovido por la Constitución. Esta norma establece un andamiaje de protección y garantía de los derechos de los administrados que asegura su ejercicio por medio de los principios consagrados en el artículo 11. Destacan el principio de igualdad, aplicación directa, justiciabilidad, interpretación más favorable, inalienabilidad, irrenunciabilidad, interdependencia, igual jerarquía, progresividad y respeto. Estos principios no podrán ser violentados por las normas que regulen la responsabilidad del Estado y el procedimiento aplicable. Implican que no puede alegarse falta de norma jurídica que regule la responsabilidad del Estado para justificar la irresponsabilidad. Que no se puede restringir el contenido de los derechos y garantías constitucionales por medio de ley o sentencia. Es una base de principios que garantiza la responsabilidad del Estado, aún si no se reconoce normativamente.

Sin embargo de la importancia de todos estos principios en conjunto, destaca como fundamento de la responsabilidad el que pregona que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos proclamados en la constitución.” Implica que la lesión del patrimonio del administrado deberá repararse en virtud de que la actividad administrativa debe someterse a los derechos

⁶⁹ **Art. 424.-** La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. (Constitución de la República del Ecuador, R.O. No. 449 de 20 de Octubre de 2008)

garantizados en la Constitución y demás instrumentos internacionales; y no únicamente a éstos, sino también a los demás derivados de la dignidad de las personas.⁷⁰ Es una obligación de protección y garantía que determina que los derechos de los administrados son el principio y fin de la actividad administrativa. Que su incumplimiento da lugar a la responsabilidad de la administración pública (reconocida en el inciso segundo), que como fundamento tiene un papel determinante en el desarrollo del sistema y de los criterios de imputabilidad.

Le ha tocado a la jurisprudencia dar forma a un sistema de responsabilidad civil de las administraciones públicas, en base a los preceptos que se han desarrollado en otros ordenamientos jurídicos, para elaborar un criterio exclusivo de imputación para la administración pública. Lo más importante será no desvirtuar el contenido del precepto de la Constitución, principal ordenador del sistema.

2.2 Características del sistema

Ya se ha demostrado que en el Ecuador no existe un sistema completo de responsabilidad de la administración pública. Se ha analizado que en este país únicamente se ha reconocido normativamente el principio general de responsabilidad y se ha establecido cuáles son los jueces competentes para conocer de las acciones que deriven de la responsabilidad reconocida en la Constitución. Aunque parezca suficiente, el sistema todavía está incompleto. Es necesario regular por medio de una ley los requisitos de imputabilidad, los presupuestos para exonerar de responsabilidad a la administración pública y el procedimiento aplicable, entre otros. Los artículos 209-213 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva han fallado en cumplir con este propósito. El artículo 212⁷¹ es inconstitucional, por

⁷⁰ Art. 11 No. 7.- El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento. (Constitución de la República del Ecuador, R.O. No. 449 de 20 de Octubre de 2008)

⁷¹ Art. 212.- Acción Judicial.- Si el órgano competente de la respectiva Administración pública niega la indemnización reclamada en forma total o parcial o se abstiene de pronunciar la resolución en el plazo de tres meses, el interesado tendrá derecho a la acción contenciosa ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente. (ERJAFE, R.O. 536 de 18 de Marzo de 2002)

contravenir el principio de justiciabilidad de los derechos, anteriormente mencionado. Mientras que preceptos que serían de utilidad para imputar responsabilidad a la administración pública, como el 210⁷², carecen de fuerza legal en virtud de las limitaciones del Estatuto. Como es un decreto ejecutivo con carácter reglamentario no tiene fuerza de ley y su aplicación se limita a la función ejecutiva. Sin embargo, ha sido una norma que ha aportado para obligar a la administración pública a responder por los daños que irroga a los particulares.

Al configurar un sistema de responsabilidad de la administración pública el legislador tiene dos propósitos complementarios. Amparar la protección y garantía de los derechos de los administrados. Esto implica evitar una situación de desigualdad que el particular no tiene el deber jurídico de soportar y velar por la prestación de un mejor servicio público por parte de la administración. En contraposición, debe garantizar la protección del interés público. Quizá este ha sido el reto más complicado al que se ha enfrentado la responsabilidad de la administración. Ha debido asumirse para establecer un sistema que no convierta la responsabilidad de la administración en un seguro para todos los daños y que tampoco deje en la impunidad los daños sufridos por los administrados injustamente.

El párrafo anterior muestra la importancia de analizar la norma de la Constitución para establecer las características que informan la responsabilidad administrativa expresada en el art. 11 no. 9 de la Constitución. Sólo de esta manera se podrá vislumbrar los límites de la responsabilidad que evitan se convierta en un sistema de seguro de todos los daños.

2.2.1 Es un sistema de Derecho Público

La responsabilidad de la administración pública forma parte de un sistema de derecho público, porque el Estado interviene para regularla en vigía del interés público y del interés general. Esta intervención se justifica porque la administración pública,

⁷² Art. 210.- El daño alegado deberá ser real y determinado con relación a una persona o grupo de personas. (ERJAFE, R.O. 536 de 18 de Marzo de 2002)

única persona jurídica de derecho público, opera en servicio de la colectividad con el propósito de velar por el interés general. Es el instrumento auténtico y permanente del Estado para relacionarse con los administrados en el ejercicio de su actividad. Esta relación puede generar perjuicios a los particulares, lo que ha obligado a garantizar la reparación de los mismos. La garantía de reparación y el principio de legalidad actúan regulando la actividad administrativa y procurando los derechos de los administrados. Evitan el abuso de poder por parte de la administración. Ambos principios justifican al Derecho Administrativo como una de las ramas más importantes del derecho público, por su valiosa función de limitar el ejercicio del poder.

Es destacable que la responsabilidad del Estado esté reconocida en la Constitución Política de la República del Ecuador, porque el Derecho Administrativo está íntimamente relacionado con el Derecho Constitucional. Es el derecho que emana de la Constitución, norma jurídica suprema. El Derecho Constitucional enuncia los principios básicos del ordenamiento jurídico, apoyado por el principio de supremacía constitucional. Está por encima del Derecho Administrativo y es más extenso que éste por abarcar aspectos del Estado que exceden a la administración pública. Por este motivo, las dos ramas se encuentran en relación permanente, como expresa JAVIER ROBALINO, “ese organismo denominado administración pública actúa de una manera tal que, reconociendo el Estado de Derecho y el principio de legalidad, expande el horizonte constitucional de la administración pública a través de la aplicación y desarrollo del Derecho Administrativo, y específicamente, de la actividad administrativa”.⁷³ Todas las instituciones del Derecho Administrativo están marcadas por la regulación básica del poder y de la libertad que se contienen en la Constitución. Entre las instituciones del Derecho Administrativo que han sido reguladas tradicionalmente por el Derecho Constitucional se encuentra la responsabilidad del Estado. Como se ha observado, el reconocimiento del principio general de responsabilidad de la administración pública en nuestro país se efectuó por medio de la Constitución, que hasta la actualidad sigue protagonizando el reconocimiento de esta institución.

⁷³ JAVIER ROBALINO ORELLANA; *El marco constitucional del Derecho Administrativo en el Ecuador*; El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica; Quito: Colegio de Jurisprudencia USFQ, 2006, p. 193.

La garantía del principio de responsabilidad, esencia del Derecho Administrativo, reconoce a la misma como institución de derecho público. Su importancia se encuentra en que precautela el orden público. “En la norma de orden público hay un interés social de que la regulación de los casos que trata sea una sola para todos los individuos, la que dicha norma prescribe.”⁷⁴ Quiere decir que no puede ser sobrepasada en ninguna circunstancia, no puede ser infringida justificadamente y debe ser cumplida sin ninguna excepción. Por ser una norma que garantiza los derechos de los administrados, su cumplimiento y respeto son imperativos, que es lo que reconoce la Constitución cuando garantiza el principio de responsabilidad entre los principios de ejercicio de los derechos. Es necesario que la responsabilidad sea una institución de derecho público, porque garantiza que la obligación de reparar los daños infringidos a los particulares se cumpla sin justificación alguna, velando por el interés general. Este propósito se consigue con la doble función de la responsabilidad: reparar los daños injustos irrogados al particular y velar por el mejor funcionamiento de la administración pública.

2.2.2 Es un sistema de responsabilidad directa

La obligación de reparar la violación de los derechos de los particulares, conforme dispone la Constitución, se configura en dos diferentes supuestos:

- La falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos.
- Las acciones u omisiones de los funcionarios o empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

Como el Estado debe reparar los daños causados por las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos, la responsabilidad administrativa es directa. Se corrobora esta afirmación cuando en el inciso tercero del art.11 no. 9 dispone “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.” A esta misma conclusión arriba el

⁷⁴ ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC; *Derecho Civil: Parte preliminar y Parte general*, Primer Tomo; Santiago: EDIAR, 1991, p. 35.

jurista JORGE ZAVALA EGAS con relación al artículo 20 de la Constitución de 1998, cuya construcción en este sentido era idéntica. Cito: “La aporía no existe, se debe afirmar que la responsabilidad es directa, pues el daño causado al particular, la Constitución se lo imputa al Estado, por ser la Administración pública la titular de la actividad y la encargada de su control y dirección, en consecuencia, debe asumir también su responsabilidad...”⁷⁵ Se configura un principio de garantía de la reparación de los daños producidos al particular. El único requisito será que deriven de la actividad administrativa, sin importar si los produjo el funcionario público.

La responsabilidad directa implica que la administración cubre de manera directa y no subsidiaria la actividad dañosa de sus autoridades y funcionarios. “El carácter directo de la responsabilidad constituye una garantía esencial, y es una nota común a la responsabilidad de las Administraciones Públicas, tanto cuando actúan sujetas al Derecho Administrativo, como cuando lo hacen bajo el régimen de Derecho Privado.”⁷⁶ Implica que los particulares podrán ser resarcidos directamente por la administración sin necesidad de identificar previamente la autoridad, funcionario, agente o empleado público cuya conducta provocó la lesión. Es una garantía necesaria en un sistema que fundamenta la reparación en el principio de protección y garantía de los derechos de los administrados. Asegura la reparación de los daños causados siempre que se cumpla con los requisitos de imputabilidad.

2.2.3 Repara la violación de un derecho

La norma de la Constitución que garantiza la responsabilidad del Estado dispone que la administración pública repare las “violaciones a los derechos de los particulares”. Este reconocimiento ha dado lugar a diversas interpretaciones doctrinarias.

Algunos autores han planteado que la violación de los derechos de los particulares se debe interpretar en el sentido de que para que el daño sea resarcible es

⁷⁵ JORGE ZAVALA EGAS; *La responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por las Administraciones públicas, sus delegatarios y concesionarios*; Guayaquil, 2007, p. 30.

⁷⁶ MARÍA DEL PILAR AMENÁBAR; *Responsabilidad Extracontractual de la Administración pública*; Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 136.

necesario que afecte un derecho subjetivo y no únicamente meros intereses.⁷⁷ Esta posición tiene el propósito de zanjar la vieja controversia doctrinal suscitada en torno al problema de la resarcibilidad de los intereses legítimos lesionados injustamente por actos del poder público. Lo complicado es distinguir los casos en que se ha afectado un derecho subjetivo, de aquellos en los que se ha lesionado meros intereses. Por este motivo se ha concluido que el daño se produce cuando se agravia una situación jurídicamente protegida.

Otros, como el español FRANCISCO JAVIER DE AHUMADA RAMOS, han entendido el concepto de la violación de derechos como el vínculo para establecer una relación de causalidad.

Lo que verdaderamente importa —dice— en todo caso, es determinar si mediante un comportamiento activo u omisivo se ha causado por la Administración la lesión del derecho o interés jurídicamente protegido que se invoca. En consecuencia, el nexo causal no hay que trabarlo tanto entre una acción material y el daño de un bien (aunque en los supuestos en que se imputa una responsabilidad por un comportamiento activo dicho vínculo material deba estar siempre presente), sino, principalmente, entre un comportamiento personal y un derecho —del que su titular se dice privado—, contemplada la relación normativamente, esto es, sobre la base de la concreta posición que respecto del derecho en cuestión tienen el titular y el agente o agentes que concurren a su privación, lo que vendrá determinado por el título constitutivo del derecho en el ordenamiento jurídico.⁷⁸

Se preocupa de los daños que deriven del comportamiento omisivo de la administración pública, determinando que el nexo causal se trabará entre el comportamiento de la administración y el derecho del que el particular se dice privado. Sancionando a la administración por el incumplimiento de su obligación de hacer, que privó al particular del derecho. Lo importante de este análisis es que para los casos de comportamiento activo de la administración continúa sosteniendo que la obligación de reparar deriva del daño.

⁷⁷ FORSTHOFF; *Tratado de Derecho Administrativo*; pp. 449-450 y SAYAGUÉS LASO; *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I; n° 434, p. 619. Citados por MIGUEL S. MARIENHOFF; *Tratado de Derecho Administrativo*; Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000, p. 727.

⁷⁸ FRANCISCO JAVIER DE AHUMADA RAMOS; *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, 2da. Ed. Pamplona, 2004, p.252.

En cambio, JESUS LEGUINA VILLA, al interpretar la Constitución italiana de 1948, que reconocía la reparación de “*actos realizados con lesión de derechos*”, concluye que “el contenido de la fórmula constitucional, por tanto, aunque en apariencia distinto, es sustancialmente idéntico al de la expresión *daño injusto* utilizada por el artículo 2043 del Código Civil, puesto que —como acabamos de ver— la antijuridicidad de un daño no es, en definitiva, sino la lesión o violación del derecho patrimonial ajeno.”⁷⁹ Considera que el reconocimiento de un derecho al patrimonio o a la integridad personal otorga al particular una acción para restablecer el equilibrio económico injustamente perturbado. Y que todo daño implica una violación al patrimonio del particular y, por tanto, a sus derechos.

En mi criterio, reparar la violación a los derechos de los particulares implica exigir el cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer garantizada por el derecho protegido. “Cuando se afirma que los derechos son exigibles nos referimos al hecho de que podemos demandar su respeto y garantía a los obligados y, en caso de que se incumpla con la obligación por acción u omisión, sancionarlo...”⁸⁰ La Constitución y los instrumentos internacionales establecen una serie de obligaciones de hacer o no hacer que implican el respeto de los derechos del administrado. La responsabilidad del Estado se configura cuando cualquiera de estas obligaciones se transgrede por un comportamiento activo u omisivo del Estado. Tiene el propósito, bien establecido en el primer inciso del artículo, de obligar a la administración a respetar los derechos de los administrados y garantizar que repare los daños irrogados al particular. Las conductas activas obligan a demostrar que el daño fue causado por una actividad que la administración no debía realizar por atentar contra el derecho del particular. Mientras que las conductas omisivas exigen demostrar que el daño no se hubiera producido si se actuaba en cumplimiento de los derechos del administrado.

Es importante tener en cuenta que este criterio no contradice la lesión antijurídica. En este caso la antijuridicidad se traduce en que el particular no tiene el deber jurídico de soportar los daños producidos por la lesión de un derecho causada

⁷⁹ JESÚS LEGUINA VILLA; *La responsabilidad Civil de la Administración pública*; Madrid: Tecnos, 1970, p.185.

⁸⁰ FARITH SIMON; *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones integrales*; Tomo II, Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2008, p.31.

por acción u omisión de la administración pública. Esta afirmación se apoya en el principio de respeto de los derechos de los administrados consagrado en el primer inciso del art. 11 no. 9 de la Constitución. Su interpretación conjunta con los derechos consagrados en el artículo 66 da origen al principio de protección y garantía de los derechos de los administrados. Determina que la administración produce un daño injusto a los particulares cuando afecta su patrimonio, integridad, vida digna, entre otros. Que siempre que la administración genere un daño contraviniendo la obligación de protección y garantía de los derechos, está obligada a restablecer el equilibrio económico injustamente perturbado por la actividad administrativa. Los derechos constituyen verdaderas garantías de reparación. La administración pública está obligada a actuar en respeto de los mismos, sin generar perjuicios injustos a los particulares.

En conclusión, la violación a los derechos de los particulares no implica demostrar que la administración cometió un ilícito. Hay casos en que, actuando de manera lícita la administración transgrede derechos. El caso Andrade Medina- CONELEC ilustra este particular. Cuando se produjo el daño, la administración pública prestaba el servicio público en cumplimiento de la ley. Sin embargo omitió la obligación de garantizar los derechos a la vida digna y a acceder a bienes y servicios públicos de calidad, al no proteger los cables de tendido eléctrico con aislantes. Se trata de un caso en que de la actividad lícita omisiva emana la obligación de reparar. Por lo tanto, la redacción de la norma sobre responsabilidad del Estado no restringe su alcance. Por el contrario, cumple con el propósito de la responsabilidad del Estado, velar por el respeto de los derechos de los administrados y por la mejor prestación de los servicios públicos. Alienta a que la administración funcione como debería.

2.2.4 Es general

Ya se reconoció con anterioridad en este trabajo que el principio general de responsabilidad del Estado ha sido reconocido desde 1967. Es general en la medida en que se refiere a toda la actividad administrativa, sea de carácter jurídico o puramente fáctico, tanto por acción como por omisión. Cubre los daños generados por hechos, actos y contratos administrativos sin importar a qué órgano de la administración

pública sea imputable. Y es un principio aplicable a todas las administraciones públicas que comprenden el sector público de acuerdo con el artículo 225 de la Constitución.

Es general en la medida en que el perjuicio deriva de la prestación del servicio público. Tradicionalmente la expresión *servicio público* se ha relacionado con los servicios necesarios que la administración pública está obligada a prestar a los ciudadanos. En la Constitución vigente se reconoce este tipo de servicio público en el artículo 314.⁸¹ Con respecto a la responsabilidad del Estado esta definición limitante de servicio público no es aplicable. El concepto de servicio público adecuado es el reconocido por la doctrina francesa, que sustentó el criterio de la falta de servicio. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA aclara este particular al señalar que por “*funcionamiento de un servicio público* debía entenderse toda la actividad típica de la Administración, comprensiva de la actividad jurídica (reglamentos y actos administrativos) y de la actividad material, tanto por acción como por omisión; todo el giro o tráfico administrativo, y no sólo en el ámbito de la actividad administrativa de tipo prestacional conocida por Servicio Público.”⁸² Este concepto de servicio público está relacionado con el hacer y actuar de la Administración en la gestión pública y la actuación de la administración pública en cumplimiento de sus obligaciones legales. No se puede deslindar a la administración del concepto de servicio público porque, como organización social que vela por el interés colectivo, ese es su fin. El artículo 227 de la Constitución considera este particular cuando dispone que “la administración pública constituye un servicio a la colectividad”. Servicio que se ejerce por medio de todo tipo de actividad administrativa, ya sean hechos, actos o contratos administrativos. En consecuencia, la concepción de servicio público que informa la responsabilidad del Estado da lugar a la generalidad del sistema.

La otra cara de la generalidad está expresada en las causas que configuran la responsabilidad de la administración. La Constitución reconoce las siguientes:

- La falta en la prestación de servicios públicos.
- La deficiencia en la prestación de servicios públicos.

⁸¹ “**Art. 314.-** El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.” (Constitución de la República del Ecuador, R.O. No. 449 de 20 de Octubre de 2008)

⁸² EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA; *Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa: potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la administración*, Madrid: Civitas, 1984, pp. 199-201.

- Las acciones u omisiones de los funcionarios o empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El reconocimiento de este conjunto de causas de imputación implica que la administración repare diversos supuestos de responsabilidad, constatando la generalidad del sistema. Para entender el alcance de la norma de la Constitución, a continuación desarrollaremos brevemente cada una de estas causales.

La Constitución vigente introdujo un cambio al principio general de responsabilidad del Estado al añadir una nueva causal de imputación. La Constitución de 1998 únicamente disponía la reparación de los daños que deriven de la deficiencia en la prestación de los servicios públicos. En cambio, la Constitución actual reconoce la reparación de los perjuicios que se produzcan por falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos. Desde mi punto de vista, este es un avance que nos acerca más al sistema de responsabilidad español que repara los perjuicios que deriven del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Hay que tener en cuenta que los criterios de falta de servicio y lesión antijurídica no son contradictorios, como comprobamos en el capítulo I. Se definió la falta de servicio como el funcionamiento defectuoso del mismo. Se resaltó que no sirve para obligar a la administración a reparar los casos de funcionamiento normal y lícito. En este sentido, es un principio de imputabilidad que repara los daños que derivan del funcionamiento anormal e ilícito del servicio público. Al respecto, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y a TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ exponen: “Toda negligencia, error u omisión que, aunque reprochable, está en los hábitos del servicio y es inseparable del mismo, se entiende, pues, constitutiva de una *faute de service* y hace surgir un deber de reparación a cargo de la Administración responsable del servicio de que se trate.”⁸³ Por lo tanto, cuando una negligencia, error u omisión irroga daños al particular, debe ser reparado. Es un criterio que no se diferencia del funcionamiento anormal del servicio público expuesto por los mismos autores: “La titularidad de esa organización o servicio justifica por sí sola la imputación de los mismos a la administración, tanto si ese servicio ha funcionado mal (...por acción positiva), como si no ha funcionado

⁸³ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ; *Curso de Derecho Administrativo II*; Madrid, Aranzadi, p.359.

(...abstenciones cuando existe el deber de actuar), o si lo ha hecho defectuosamente (falta del deber de diligencia funcional...) ya que todos estos supuestos quedan ampliamente cubiertos por la expresión que la ley utiliza (“*funcionamiento anormal*”).⁸⁴ Concluyendo que la inclusión de la palabra falta en la norma sobre responsabilidad administrativa obliga a la administración a reparar los perjuicios ocasionados por el funcionamiento anormal del servicio público.

Por ser una causal que ya existía con anterioridad, la deficiencia en la prestación de los servicios públicos fue interpretada en sentencia del 11 de Abril de 2007 de la entonces Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia; manifestó: “De la misma manera, cuando el referido artículo 20 ibidem hace referencia a la “prestación deficiente de servicios públicos” no califica la licitud de los actos o hechos conducentes a la prestación correspondiente sino al defecto funcional del servicio.”⁸⁵ Esta interpretación reconoce que el funcionamiento deficiente de la administración pública no implica ilicitud. Establece un criterio que nos ayudará a interpretar una causal que no se ha reconocido en otro país y que se deberá definir en el Ecuador. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define deficiente a lo que “tiene algún defecto o no alcanza el nivel considerado normal.”⁸⁶ Se interpreta que, aunque la administración pública preste un servicio sometido a la ley, si no alcanza el nivel exigible para los administrados será deficiente. La actividad legítima de la administración puede dar lugar a un funcionamiento deficiente en virtud de que, a pesar de que la administración pública se someta a la ley, el servicio puede incumplir con los principios de calidad, eficiencia, eficacia y buen trato del art. 66 no. 25 de la constitución.

Sin embargo, no es posible establecer si la deficiencia y el funcionamiento normal son presupuestos idénticos porque ni en la jurisprudencia española se ha definido con claridad el funcionamiento normal⁸⁷. Se entiende que los dos supuestos se

⁸⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO; FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN; *Tratado de Derecho Administrativo*; Tomo II, Bogotá: Temis, 2008, p.381.

⁸⁵ Andrade Medina vs. CONELEC Y EMELMANABI. No. 168-2007. Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo. 11 de Abril de 2007, Considerando QUINTO.

⁸⁶ “Deficiencia”, *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*; Madrid: Espasa, 2002.

⁸⁷ Parecería que significan lo mismo cuando se observa la definición de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ en su obra *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*: “Considero normal el funcionamiento del servicio cuando la Administración pública ha actuado conforme al Ordenamiento, en ejercicio de

incluyeron por ser diferentes y no significar lo mismo, por los que será necesario que la jurisprudencia distinga los presupuestos de falta de los de deficiencia. Por el momento la única diferencia es que la deficiencia admite la responsabilidad por funcionamiento legítimo de la administración pública.

La causal de responsabilidad derivada de la conducta de los funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos conlleva que la administración pública responde tanto por la acción como por la omisión de esos funcionarios. A este respecto no es necesaria una explicación extensa. Como hemos visto anteriormente, se debe verificar el incumplimiento de una obligación de hacer o no hacer que la ley imponga al funcionario. Lo importante es tener en cuenta que la actividad del funcionario público está regulada por el principio de legalidad. El artículo 226 de la Constitución Política dispone que “las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.” Por lo mismo, para que la acción u omisión del funcionario público sea indemnizable, es necesario que de su potestad haya derivado la obligación de hacer o no hacer que generó el perjuicio al particular.

En consecuencia el sistema de responsabilidad de la administración es general. Cubre todos los supuestos que deriven de la prestación del servicio público, entendido como el giro o tráfico administrativo (actos, hechos y contratos administrativos). Reconoce diversas causales que permiten responsabilizar a la administración tanto por los actos a ella atribuibles como derivados de la actuación de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.

2.2.5 Es objetivo

Es un sistema objetivo porque la responsabilidad se configura al margen de las nociones de culpa e ilicitud; es decir, independientemente de que la actividad dañosa se

sus potestades, para un fin o necesidad pública, cumpliendo con los requisitos legales” porque el funcionamiento puede haber cumplido con estos requisitos a pesar de que no haya alcanzado un nivel considerado normal.

lleve a cabo mediando dolo o culpa, o que sea legal o ilegal. En el sistema de responsabilidad administrativa español la responsabilidad objetiva se fundamenta en el criterio de lesión antijurídica. No es necesario demostrar la culpa, sino la realidad de una lesión que el particular no tiene el deber jurídico de soportar, imputable causalmente a la administración pública. “El sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas... se aparta por completo de la idea de la culpa, para implantar un sistema de responsabilidad objetiva, que permite una reparación integral de la lesión causada por la actuación administrativa.”⁸⁸ Deja de ser determinante la conducta subjetiva del agente y cobra importancia que el particular no sufra un perjuicio injusto.

La responsabilidad reconocida en la Constitución es objetiva porque no requiere culpa como criterio de imputación y porque repara la violación de un derecho, un criterio que se asimila a la lesión antijurídica porque implica un daño que el particular no tiene el deber jurídico de soportar, como analizamos anteriormente.

A pesar de que el artículo 53⁸⁹ de la Constitución atribuye responsabilidad a la administración por la negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos, en el sistema general la responsabilidad no deja de ser objetiva. Como hemos visto anteriormente, la norma general sobre responsabilidad del Estado, reconocida como principio de ejercicio de los derechos es el artículo 11 no. 9. El artículo 53 únicamente regula un caso específico de responsabilidad en que se pueden aplicar criterios subjetivos (negligencia y descuido) por tratarse de infracciones atribuibles al funcionario público, prestador del servicio. Se limita a garantizar los derechos de las personas usuarias y consumidoras. No afecta el principio general de responsabilidad en virtud que únicamente repara la responsabilidad generada en la prestación de servicios públicos, entendidos como la actividad que está obligada a prestar la administración pública con el propósito de satisfacer una necesidad colectiva (art. 314 de la Constitución) y no como todo giro o tráfico administrativo (incluidos los hechos, actos y contratos). Las características del sistema de responsabilidad de la administración

⁸⁸ JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ; *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid: Thomson Civitas, 2006, p.350.

⁸⁹ “Art. 53.- El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados.” (R.O. No. 449 de 20 de Octubre de 2008)

pública corroboran que este artículo no afecta que la responsabilidad sea objetiva y verifican que únicamente se trata de un caso en que el asambleísta ha considerado necesario establecer un criterio exclusivo de imputación, dadas las características del daño que repara. Lo que no quiere decir que la mala interpretación de esta norma debe contravenir todo el sistema expuesto.

2.2.6 Gira en torno a la lesión antijurídica

En España se ha reconocido que la lesión antijurídica fundamenta, organiza y da sentido a la responsabilidad de la administración pública. El ordenamiento jurídico ecuatoriano permite llegar a la misma conclusión cuando se entiende el alcance de la violación de un derecho. Anteriormente se analizó que el sistema de responsabilidad vigente en el Ecuador repara una violación de los derechos. Del análisis se concluyó que la violación de derechos implica necesariamente un perjuicio por lo que no es necesario establecer el derecho violado sino el daño que el particular no tiene el deber jurídico de soportar. Porque cuando el particular no tiene que soportar un daño, se está violando un derecho. Con esto en mente, expondremos las principales características de la lesión antijurídica, soporte necesario de la violación de derechos.

Se entiende como lesión antijurídica el daño que el administrado sufre en sus bienes o derechos, sin tener la obligación legal de soportarlo.

El hecho dañoso podrá ser reputado, entonces, como una lesión ilegítima imputable a la Administración, no tanto porque ésta o alguno de sus agentes hayan actuado ilícitamente (vulnerando la ley, con intención de causar un perjuicio o sin la diligencia requerida), sino porque, incluso si la intervención administrativa es lícita y permitida por la ley, no hay razón o título por el que la ley autorice a la administración a atribuir a la víctima —y solo a ella— las consecuencias perjudiciales de dicha intervención.⁹⁰

Se trata de un principio de responsabilidad inverso ya que no limita el derecho del particular a ser reparado en los casos previstos por la ley sino que obliga a reparar siempre que la ley no le autorice a atribuir a la víctima las

⁹⁰ MARÍA DEL PILAR AMENÁBAR; *Responsabilidad Extracontractual de la Administración pública*, Buenos Aires: Rubinzal Editores, 2008, p.109.

consecuencias de su actuación. Consagra el principio general de garantía del patrimonio de los administrados ya que la administración no puede vulnerarlo a menos que la ley se lo permita (En nuestro sistema es un principio general de garantía de los derechos de los administrados). En virtud de esta obligación de garantía, la responsabilidad de la administración gira sobre el concepto de la lesión. Porque este concepto asegura la garantía del patrimonio, que no puede ser vulnerado.

2.2.7. Garantiza los derechos de la víctima

Se deduce de lo anterior que el principal propósito del sistema reconocido en la Constitución ecuatoriana es garantizar los derechos de la víctima. Las características del sistema, expuestas anteriormente, velan por la reparación de los perjuicios que ha sufrido la víctima y el restablecimiento de su patrimonio. Este particular es muy importante en el desarrollo de este trabajo porque implica que la víctima no puede soportar el perjuicio sufrido a menos que concurra un causal de exoneración de la administración. A continuación se expone los presupuestos de responsabilidad administrativa con el objeto de establecer el alcance de los casos en que la víctima tiene derecho a reparación.

2.3 Presupuestos de responsabilidad administrativa

En el numeral 2.2 de este trabajo se estableció la pugna a la que ha dado lugar la búsqueda de un balance entre la garantía de los derechos de los administrados y la protección del interés público. El propósito del estudio de los presupuestos de la responsabilidad administrativa es, justamente, determinar de qué manera garantiza los derechos de los administrados, sin dejar de resguardar el interés público. A continuación se exponen los presupuestos de la responsabilidad administrativa con el objeto de entender la relación entre el interés público y la garantía de los derechos y establecer la situación en que se

encuentra la víctima cuando exige la reparación de los daños que le ha provocado la administración pública.

Con el objeto de determinar los presupuestos de responsabilidad aplicables a nuestro sistema, es imprescindible citar los que la jurisprudencia española ha requerido.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos:

- a) La efectividad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –es indiferente la calificación– de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de los elementos extraños que pudieren influir, alterando el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente por su propia conducta.⁹¹

Por ser el sistema de responsabilidad administrativa un sistema casuístico, el reconocimiento, alcance y la exigibilidad de los presupuestos ha variado dependiendo del caso que se está resolviendo. Teniendo en cuenta los criterios reconocidos por la doctrina, la jurisprudencia y la ley española, se puede concluir que los presupuestos de responsabilidad exigibles en el Ecuador son:

- Una lesión resarcible.
- Que la lesión sea antijurídica.
- Que el daño sea imputable a la administración pública.
- Que exista una relación de causa a efecto entre la actividad de la administración pública y el daño.

⁹¹ Sentencia de 21 de abril de 2005 (Ar. 4314); citada por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ; *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*; Madrid: Thomsom Civitas, 2006, p.354

2.3.1 La lesión resarcible

En nuestro sistema la existencia de una lesión resarcible es un presupuesto de responsabilidad que se fundamenta en que la violación de derechos, sobre la que gira el sistema de responsabilidad, implica provocar un daño. Como hemos visto anteriormente, si no se causa un daño injusto al particular, no nace la obligación de reparar. Sin embargo, no basta con que el daño sea injusto, antieconómico o anti espiritual. “El concepto jurídico de lesión es más estricto y riguroso que el concepto vulgar o común de perjuicio, como simple disminución o pérdida patrimonial.”⁹² Es necesario jurídicamente que el particular demuestre que sufrió una lesión en cualquiera de sus bienes y derechos. Con el objeto de regular esta lesión, el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función administrativa requiere que el daño sea real y determinado respecto de una persona o grupo de personas.⁹³ En tanto que la doctrina, la jurisprudencia civil, y la sentencia del caso Andrade Medina ⁹⁴exigen que sea cierto, actual o futuro y material o moral. Los requisitos para que la lesión sea resarcible en el Derecho Civil difieren de los del Derecho Administrativo⁹⁵ en virtud que los segundos se han adecuado a la lesión antijurídica. En esta sección analizaremos lo que se ha requerido en el Ecuador.

2.3.1.1 Daño cierto

⁹² MARÍA DEL PILAR AMENÁBAR; *Responsabilidad Extracontractual de la Administración pública*; Buenos Aires: Rubinzal Editores, 2008, 258.

⁹³ “Art. 211.-El daño alegado deberá ser real y determinado respecto a una persona o grupo de personas.”Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función ejecutiva, R.O. 536 de 18 de marzo de 2002.

⁹⁴ “En principio, el daño indemnizable ha de ser cierto, actual o futuro, material o moral, como ha quedado expuesto por la teoría general de la responsabilidad.” ANDRADE MEDINA VS. CONELEC Y EMELMANABI. No. 168-2007. Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Administrativo. 11 de abril de 2007.

⁹⁵ “El primer requisito para que nazca el derecho a la indemnización es que se hubiere producido una lesión en cualquiera de los bienes y derechos, que sea efectiva, evaluable económicamente e individualizada con relación a una persona o grupo de personas.” (JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ; *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*; Madrid: Thomsom Civitas, 2006, p. 355)

El requerimiento de que el daño sea cierto es idéntico al exigido en la jurisprudencia española cuando dispone que éste deba ser efectivo. El daño es cierto cuando es objetivamente comprobable y no simplemente eventual, hipotético o conjetural. “Por daño efectivo –dice Leguina—hay que entender el daño cierto, ya producido, no simplemente posible o contingente, lo que no excluye que, en algún caso, deba indemnizarse también el daño que habrá de ocurrir en el porvenir pero cuya producción sea indudable y necesaria por la anticipada certeza de su acaecimiento en el tiempo.”⁹⁶ La certeza de la existencia del daño se verifica cuando el mismo ha sido adecuadamente acreditado. No es necesario que el daño ya se haya producido, pero sí comprobar la inminencia de que se va a producir. Porque en materia de daños no se repara meras expectativas sino que se repara el perjuicio real que efectivamente se ha sufrido o se va a sufrir. Se deduce de lo anterior que cuando el Estatuto requiere que el daño sea real, exige probar su certidumbre.

2.3.1.2 Actual o futuro

El daño futuro es indemnizable cuando se verifica la certeza de que va a producirse. Para reconocer la reparación de un daño futuro es necesario que el particular pruebe que irrefutablemente se va a producir. Las exigencias de la prueba son más rigurosas. Porque si se indemnizara daños futuros e inciertos y el perjuicio no se consumase, quien recibe la indemnización se enriquecería sin causa. Con respecto a la reparación de los daños futuros, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia consideró: “Asimismo, el daño puede ser presente o futuro. El futuro es cierto e indemnizable cuando necesariamente ha de realizarse, sea porque consiste en la prolongación de las cosas existentes, o porque se han realizado determinadas circunstancias que lo hacen inevitable.”⁹⁷ En ciertos casos, demandas como las de lucro cesante y las de incapacidad dan lugar a este tipo de reparaciones.

⁹⁶ Citando a JESÚS LEGUINA VILLA, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ; *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*; Madrid: Thomsom Civitas, 2006, p.357.

⁹⁷ MEDARDO LUNA VS. AECA. No. 20-2004. Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil. 5 de Febrero del 2004, Considerando TERCERO.

2.3.1.3 Material o moral

En el artículo 66 de la Constitución Política se garantiza el derecho a una vida digna, al patrimonio y a la integridad física, moral, y psíquica. Como se ha verificado, la jurisprudencia ha reconocido que el daño puede ser material o moral. Se colige que la reparación de estos dos tipos de daño está garantizada por el artículo 66. El daño material, como perjuicio tangible contra la persona o bienes del administrado se garantiza por los derechos a la integridad física y a la garantía del patrimonio. Mientras que el daño moral, afectación psíquica o psicológica que sufre el perjudicado por concepto de una acción de la administración, debe ser reparado en garantía del derecho a la integridad moral y psíquica.

Los materiales están sujetos a demostrar que la víctima ha sufrido un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, ya sea en las cosas de su dominio o posesión, o por malhecho a su persona, derechos y facultades. Estos daños requieren de pruebas materiales que demuestren su existencia. Como se pueden valorar económicamente, siempre que se prueben con cautela su reparación no resulta tan complicada.

Como hemos visto, se entiende por daño moral todo sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, estado de ánimo permanentes, de cierta intensidad. “Los daños morales, por oposición a los meramente patrimoniales, son los derivados de las lesiones de derechos inmateriales... y no tienen propiamente un equivalente económico en cuanto tal, aun cuando, obviamente, pueden generar en quien los ha sufrido un derecho a la compensación pecuniaria o reparación satisfactoria.”⁹⁸ Su reparación es necesaria porque son daños ciertos que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar. Aunque se ha discutido si son o no valorables económicamente, la jurisprudencia ecuatoriana ha concluido por reconocer que precautelar su compensación económica es imperante aunque, por su valor personal y sentimental sean irreparables.

En virtud de lo anterior, la jurisprudencia ha debido asumir la tarea de establecer un criterio que permita valorar económicamente el daño moral. Por un lado ha

⁹⁸ JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ; *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid: Thomsom Civitas, 2006, p.372.

determinado que, sin embargo de la imposibilidad de cuantificar las pérdidas extrapatrimoniales que ha sufrido un sujeto y que dichos daños son difíciles de reparar sino imposibles, el valor de la indemnización se calcula a partir del costo material que se estima pudieran tener. Otra posición se refleja en la resolución de 15 de Febrero de 2001 del Juzgado Cuarto de lo Civil de Ibarra cuando manifiesta:

Según la doctrina, acogida por esta Sala, el daño moral no requiere de una prueba específica, porque la afección de los sentimientos se guarda en la intimidad del ser humano. Su existencia y extensión no son, pues, susceptibles de demostración objetiva; por eso, el actor damnificado debe concretarse a demostrar las circunstancias conocidas que rodearon al hecho ilícito, de las cuales el juzgador pueda inducir la existencia de los sufrimientos psíquicos nocivos como angustia, ansiedad, perturbaciones, incertidumbres, etc. que pudo haber sufrido el damnificado. Es decir, el juzgador realiza un juicio lógico en virtud del cual se considera ciertas o probables tales afecciones sentimentales, con fundamento en las máximas generales de la experiencia que le indican como es el modo en que se suceden las cosas y los hechos.⁹⁹

Se reconoce la garantía de reparación de los daños morales sometida a la sana crítica del juzgador y se prescinde de la necesidad de probar el daño moral, en contraposición al criterio que considera que no se puede valorar este tipo de daños si la víctima no ha probado su costo material. Lo importante, en todo caso, será que se precautele una reparación adecuada a este tipo de daños en virtud que su compensación económica no los repara. Será necesario que la decisión del juez establezca una medida de reparación que permita al particular recuperarse del efecto anímico y psicológico que le ha causado el daño moral; de otra manera no se lo habrá reparado.

⁹⁹ DR. WAGNER VIÑÁN VS. COLEGIO DE MÉDICOS DE IMBABURA. R.O. N° 87 de 22 de mayo de 2003 No. 43-2002. Juzgado Cuarto de lo Civil de Ibarra. 15 de Febrero del 2001, Considerando DÉCIMO SEXTO.

2.3.1.4.- Precisiones que se ha hecho en España a la lesión para evitar los abusos por parte de los administrados

Además de exigir que la lesión que sufra el particular sea cierta (efectiva), la jurisprudencia española ha requerido que sea evaluable económicamente e individualizada con relación a una persona o grupo de personas. Al inicio de esta sección reconocimos estas diferencias apuntando que el sistema español se había adecuado a la teoría de la lesión antijurídica por medio de estas precisiones. También se expuso que el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva requiere que el daño esté individualizado respecto de una persona o grupo de personas, reconociendo uno de estos criterios. En todo este capítulo hemos mencionado que el sistema de responsabilidad patrimonial de la administración debe tener ciertos límites para evitar convertirse en un seguro general para todos los daños. Como veremos a continuación, estos dos requerimientos han tratado de cumplir con este propósito.

Como está reconocido en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el requerimiento de que el daño esté individualizado respecto de una persona o grupo de personas fue aplicado en el caso Andrade Medina. A pesar de las deficiencias del Estatuto, se debe tener en cuenta el precepto del artículo 210. Este precepto implica que hay perjuicios que se consideran como una carga general que deben soportar todos los ciudadanos como efecto de la actividad administrativa. Como podemos ver, es un criterio que está relacionado con la antijuridicidad del daño, porque deriva en el deber jurídico de soportar. ÁLVARO CASTRO ESTRADA expone que: “Igualmente se espera que el daño tenga cierta entidad, es decir, que tenga *trascendencia patrimonial apreciable* como diría Leguina Villa, ya que debe exceder de las cargas comunes de la vida diaria o excluir las simples molestias o perjuicios subjetivos.”¹⁰⁰ Lo que implica que para que el daño esté individualizado respecto de una persona o grupo de personas no se puede tratar de un daño con carácter general y uniforme de los ciudadanos miembros de una colectividad.

En mi criterio, los daños no pueden ser el efecto de actuaciones que afecten a una generalidad. La lesión sólo será antijurídica cuando se verifique que un grupo de

¹⁰⁰ ÁLVARO CASTRO ESTRADA; *Responsabilidad Patrimonial del Estado*; México: Editorial Porrúa, 1997, p. 339.

esta generalidad ha sido afectado. Sin duda es un límite cuya aplicación genera mucha discusión, pero cumple la función de que a la administración no se le acumulen una serie de demandas por los daños que ha causado a la generalidad de administrados.

El otro requerimiento para que la lesión sea resarcible ha sido que sea evaluable económicamente. Es decir, que sea posible cifrarla en dinero. Este criterio tiene el propósito de que no se demande pretensiones irreparables. “La exclusión de los daños eventuales y meras posibilidades, así como el requisito de la determinación del daño o su reducción a término monetarios, son notas comunes del Derecho Privado que no ofrecen mayores dificultades. La inclusión de tales recaudos tiende a excluir del ámbito de la responsabilidad a los simples perjuicios o a las molestias meramente subjetivas.”¹⁰¹ Se debe tener en cuenta que la exigibilidad de este requisito no puede privar a los particulares de la reparación del derecho conculcado, por lo que no se puede confundir la valoración económica con la demostración material del daño. En este sentido, no puede excluir la reparación de los daños morales afirmando que no son evaluables económicamente.

En consecuencia, los criterios españoles también informan nuestro sistema precisan nuevas pautas para elaborar la rigurosa exigencia de que la lesión sea resarcible. Como veremos a continuación, el presupuesto de la lesión resarcible está estrechamente relacionado con el de la antijuridicidad.

2.3.2 Antijuridicidad

Anteriormente se expuso que al adoptar el sistema objetivo de responsabilidad, prescindiendo del criterio de la culpa, la lesión antijurídica se convirtió en el nuevo fundamento del sistema. Implica la reparación de los perjuicios que el particular no tiene el deber jurídico de soportar y garantiza el patrimonio del administrado. Sin embargo, no es suficiente probar una lesión resarcible, también se debe probar que el particular no ha tenido el deber jurídico de soportarla. “Para que exista lesión en sentido propio no basta que exista un perjuicio material, una pérdida patrimonial; es

¹⁰¹ MARÍA DEL PILAR AMENÁBAR; *Responsabilidad Extracontractual de la Administración pública*; Buenos Aires: Rubinzal Editores, 2008, p. 261.

absolutamente necesario que ese perjuicio patrimonial sea antijurídico.”¹⁰² Requiriendo la antijuridicidad del daño para que este sea resarcible.

No hay que confundir la actuación antijurídica con la lesión antijurídica porque la primera conlleva ilicitud de la acción, culpa o dolo, mientras que la segunda implica ilicitud del daño, es decir que el particular no tenga el deber jurídico de soportarlo. “De lo expuesto se desprende que la antijuridicidad se dará, no ya porque sea contraria a Derecho la conducta que la motiva, sino porque el sujeto que la sufre no tenga el deber jurídico de soportar.”¹⁰³ Este deber se ha traducido en que no exista causa legal que justifique a la administración y obligue al particular a sobrellevar el perjuicio. Lo que hay que establecer, entonces, es cuando nace la obligación de sobrellevar el perjuicio. La jurisprudencia española ha reconocido 3 supuestos, que la ley expresamente lo establezca, que el perjuicio sea general y que la actitud del perjudicado lo obligue a soportarlo.

La obligación de soportar el perjuicio establecido expresamente por la ley tiene el propósito de velar por el interés público. No hay que olvidar que esta obligación no puede dar lugar a abusos por parte de la administración, caso contrario, debe alentar el mejor funcionamiento del sistema de responsabilidad. En España se ha cumplido con este propósito al utilizar la ley para delimitar la responsabilidad de la administración, evitando la reparación en situaciones que están fuera de las manos de la administración pública. Por ejemplo, en el año 1999 se incluyó una reforma al sistema en el sentido de que “no serán indemnizables los daños que deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado actual de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales económicas que las leyes públicas puedan establecer para estos casos.”¹⁰⁴ Este esfuerzo es interesante en el sentido de que evita la reparación de daños generales en virtud que todos los administrados se perjudican por la falta de desarrollo tecnológico de la administración.

¹⁰² EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ; *Curso de Derecho Administrativo II*; Madrid, Aranzadi, p.371.

¹⁰³ JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ; *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*; Madrid: Thomsom Civitas, 2006, p.435.

¹⁰⁴ Art. 141.1 Ley de régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común española, 26 de noviembre de 1992.

Respecto del segundo supuesto no es necesario un análisis profundo porque se analizó en la sección 2.3.1.4. Nada más establecer que el particular debe soportar los daños que han podido afectar a una generalidad de sujetos de la administración pública. Entendiendo por generalidad a un grupo que no se encuentra claramente diferenciado del resto.

La actitud del perjudicado es, quizá, el presupuesto más importante para obligarlo a soportar el perjuicio. Evita que los particulares se irroguen intencionalmente un daño para procurar su reparación, que sean reparados cuando han asumido un riesgo, o se beneficien de su actuación negligente (como en los casos de prescripción o caducidad). La jurisprudencia española ha concluido que la ilicitud de la actuación del administrado no necesariamente exime de responsabilidad a la administración. Se deberá demostrar que el perjudicado se expuso voluntariamente a una situación de riesgo, en cuyo caso está obligado a asumir los perjuicios. La actitud del perjudicado es determinante, no su ilicitud. Son presupuestos cuya evaluación es complicada y que, como veremos posteriormente se confunden con la relación de causalidad.

En consecuencia, además de ser el fundamento del sistema, la antijuridicidad de la lesión es útil para establecer si el administrado debe o no soportar el perjuicio irrogado. Lo que obliga a tomarla en cuenta cuando se analiza la participación de la víctima en la producción del daño.

2.3.3 Imputabilidad a una administración pública

Por imputación se entiende al “un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre aquél y éste.”¹⁰⁵ Para establecer los casos en que esta relación se establece, la doctrina y la jurisprudencia han debido instituir requisitos de imputabilidad.

Citando a ÁLVARO CASTRO ESTRADA:

¹⁰⁵ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ; *Curso de Derecho Administrativo II*; Madrid, Aranzadi, p.37

La imputación de un daño antijurídico al Estado exige tres condiciones o requisitos fundamentales: 1) La acción u omisión de su actividad o función administrativa expresada —indistinta o concurrentemente— en forma de actos y hechos administrativos —Fraga dice que la función administrativa es la que el Estado realiza bajo un orden jurídico, y que consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales—; 2) La relación del Estado y sus agentes por virtud de la cual quedan éstos integrados a la organización prestadora de actividades o servicios correspondientes a aquél —en principio quedan excluidos los concesionarios, contratistas administrativos y profesionales libres que ejercitan funciones privadas como los Notarios Públicos—, y 3) La titularidad del Estado respecto de la actividad administrativa o servicio público que preste a través de sus agentes.¹⁰⁶

Sobre la acción u omisión por parte de la administración pública ya se expuso en las secciones 2.2.3 y 2.2.4, por lo que a continuación me limitaré a analizar los otros supuestos.

La relación entre el Estado y sus agentes implica que, para que los daños sean imputables a la administración pública, estos deberán ser atribuibles a su actividad. A este respecto es importante analizar los casos en que el agente no actúa en ejercicio de su función y los casos de daños producidos por delegatarios, concesionarios y demás personas que actúen en ejercicio de una potestad pública.

El sistema de responsabilidad planteado no exige la imputación del daño a un funcionario específico ya que acepta los daños anónimos en el supuesto de funcionamiento anormal del servicio público. Sin embargo, hay casos en que es necesario analizar la actuación del agente para verificar si es atribuible exclusivamente a éste por no realizarse en ejercicio de su función. Respecto a lo cual la norma de la Constitución reconoce que se deberá reparar los perjuicios ocasionados por la acción u omisión de los agentes del Estado en el ejercicio de sus cargos. Se aclara que el agente deberá causar los daños en el ejercicio de sus funciones, en uso de su potestad. Es necesario que el funcionario que produjo el daño, sin importar si fue por su acción u omisión, lo haya generado en ejercicio de su función. Caso contrario, “por su falta de integración en la organización, se excluye la cobertura y la imputación a la

¹⁰⁶ ÁLVARO CASTRO ESTRADA; *Responsabilidad Patrimonial del Estado*; México: Editorial Porrúa, 1997.

Administración de la actividad estrictamente privada del funcionario público.”¹⁰⁷ Se garantiza que la administración pública no responda por los daños a ella ajenos.

En nuestro sistema se ha excluido la responsabilidad de quienes no integran la administración pública. Como ya se ha dicho, lo principal al momento de demostrar la imputación a la administración pública es demostrar que el daño deriva o está directamente relacionado con la organización administrativa. Es decir, con una de las entidades del Estado que conforman la administración pública de conformidad con el artículo 225 de la Constitución vigente.¹⁰⁸ El numeral 9 del artículo 11 distingue con claridad la responsabilidad de la administración pública (Estado) de la de los delegatarios, concesionarios y demás personas que actúen en el ejercicio de una potestad pública. Entendemos que en este último caso se atribuye responsabilidad a las personas que actúan en ejercicio de una potestad pública y no pertenecen a la administración pública (porque de otra forma el artículo sería contradictorio). La Constitución establece que los delegatarios y concesionarios serán responsables si el daño generado se adecúa al exigido en la Constitución. Los excluye de la administración pública, por lo que los perjuicios que ocasionen no serán a ella imputables. Sin perjuicio de lo cual, de acuerdo con el nuevo Código Orgánico de la Función Judicial las acciones contra cualquiera de estos sujetos son de competencia de los jueces y juezas de los Contencioso Administrativo.¹⁰⁹

Hay que tener mucho cuidado al analizar la titularidad del servicio público, como se ha visto en la sección 2.2.4. La responsabilidad reconocida en el segundo inciso del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución vigente no se refiere al concepto

¹⁰⁷ LUIS MARTÍN REBOLLO; *La responsabilidad patrimonial de las Entidades Locales*; Madrid: Iustel, 2005, p. 70

¹⁰⁸ **Art. 225.-** El sector público comprende:

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

(Constitución de la República del Ecuador de 2008; R.O. 449 de 20 de octubre de 2008)

¹⁰⁹ Art. 217, No. 8 del Código de la Función Judicial, R.O. 458 de 31 de Octubre de 2008.

restringido de servicio público, como prestación exigible a ésta, sino que entiende por éste a toda la actividad que realiza la administración pública. “Cuando en esta materia se emplea el término “servicio público”, no se está refiriendo a su sentido estricto, sino a toda la actividad que realiza cotidianamente la Administración Pública.”¹¹⁰ Por cuanto, para imputar responsabilidad a la administración pública es necesario establecer el órgano de la misma que irrogó el perjuicio al particular. De esta manera establecerá el patrimonio del que se debe deducir la reparación del perjuicio irrogado.

2.3.4 Causalidad

Cuando se construye la teoría general de la responsabilidad en cualquier rama del derecho, se encuentra una dificultad al establecer el funcionamiento y los criterios para que opere la relación de causalidad. Es así que muchos autores han determinado que se requiere un estudio profundo a este respecto, que ayude a crear una teoría general de la causalidad. El problema más grave encuentra es la determinación de una relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el daño generado y únicamente se resuelve cuando se analiza el caso concreto. Otro escollo ha sido el problema de dejar en la impunidad muchos daños por ser muy estrictos con este criterio. Es por ello que la jurisprudencia y la doctrina siguen discutiendo día a día las teorías para tratar la relación de causalidad. La discusión en el derecho surge de que no hay daño sin causa, por lo que, como parte de la imputabilidad a un sujeto, debe existir una relación entre la él, la causa y el daño. En este sentido, no basta que el daño sea imputable a la administración pública en los términos expuestos anteriormente, sino que también será un requisito que exista un nexo causal. “La existencia de una relación de causa a efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido es, lógicamente, una condición indispensable para que pueda atribuirse a aquélla el

¹¹⁰ ÁLVARO CASTRO ESTRADA; *Responsabilidad Patrimonial del Estado*; México: Editorial Porrúa, 1997, p. 309.

deber de resarcir el daño.”¹¹¹ Es importante aunque no se lo mencione en la norma de la constitución, porque sin la causalidad la imputación no es completa.

“La fijación del nexo causal es una cuestión esencial en el sistema de responsabilidad por dos razones. En primer lugar, porque apela, en última instancia, a cuestiones filosóficas y a leyes lógicas que, en principio, nada tienen que ver con el Derecho por lo que, a efectos de obtener consecuencias jurídicas prácticas, es necesario introducir un límite que elimine lo que no ha tenido una importancia determinante en la producción del daño. Dónde se coloca ese límite es una cuestión de apreciación a la que no son ajenas las concepciones culturales y que, por eso, ha preocupado a los juristas desde siempre, sobre todo en el ámbito del Derecho Penal donde la cuestión ha sido abordada con rigor y precisión. Pero, en segundo lugar, porque muchos de los problemas que en los sistemas de responsabilidad subjetiva se analizan al hilo del concepto de la culpa o negligencia, se condensan en un sistema objetivo de responsabilidad, como el que rige entre nosotros para la Administración, en la relación de causalidad.”¹¹²

En este sentido, es un concepto gravitante en un sistema de responsabilidad objetiva que apela a los criterios de justicia y que resuelve dependiendo del rigor jurídico del juez o de sus criterios de equidad. Tan importante resulta, que en la sentencia que estamos analizando en este trabajo, da lugar a que una de las partes deba soportar el daño sufrido. Como en el siguiente capítulo se analizará a profundidad la relación de causalidad, en este capítulo nada más haremos una exposición de las doctrinas que se han utilizado para determinarla.

2.3.4.1 Teoría de la equivalencia de condiciones

La teoría de la equivalencia de condiciones fue desarrollada por el Derecho Penal. Afirma ningún resultado es el efecto de una sola causa, pues la producción de un daño es el resultado de varios antecedentes. “El Magistrado Maximiliano Von Buri del Reichsgericht (Tribunal Supremo Alemán) fundamenta y traslada la teoría a sus

¹¹¹ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ; *Curso de Derecho Administrativo II*; Madrid, Aranzadi, p. 394.

¹¹² LUIS MARTÍN REBOLLO; *La responsabilidad patrimonial de las Entidades Locales*; Madrid: Iustel, 2005, p. 87

sentencias, con lo que marca el inicio de los estudios sistemáticos sobre la causalidad; y como lo precisó él mismo, todas las condiciones tienen el mismo valor, son equivalentes en la producción del daño.”¹¹³ Es una teoría que atiende a la lógica porque todo acontecimiento se da por más de una razón. Pero plantea el problema de que no se puede establecer todas las causas que dan lugar a un daño y considerar que hay una equivalencia entre ellas en la producción del mismo. Por lo que es un criterio cuya aplicación complica la labor del juez y resta seguridad jurídica al sistema en virtud que la concurrencia de varios responsables diluye la reparación.

2.3.4.2 Teoría de la causalidad adecuada

La teoría de la causalidad adecuada acepta que hay varias causas que pudieron generar un daño, pero que una de ellas era la más adecuada para producirlo. “...la *teoría de la causa adecuada* postula que todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes. Causa es aquella condición que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado; en tanto que las que no producen normal y regularmente ese efecto, son solamente condiciones, antecedentes o factores concurrentes.”¹¹⁴ Distingue la mayor o menor aptitud de los hechos o condiciones para producir un daño, es decir, que una causa sea eficiente para producirlo y que sea determinante.

Este criterio ha degradado en diversas interpretaciones y teorías que han tratado de hacerlo más adecuado para entablar la relación de causalidad. Un ejemplo de ello es la teoría de la causa eficiente, formulada por Juan Carlos Cassagne, que establece que hay una causa que fue más efectiva en la producción del daño. La verdad es que hay casos en que no existe una sola causa adecuada o eficiente para la producción del daño sino que concurren varias causas diferentes y el juez no puede dejar de tomarlas en cuenta. Si bien los autores plantean varias críticas, yo considero que lo más importante

¹¹³ RAMIRO SAAVEDRA BECERRA; *La responsabilidad Extracontractual de la Administración pública*; Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2004, p. 538.

¹¹⁴ MARÍA DEL PILAR AMENÁBAR; *Responsabilidad Extracontractual de la Administración pública*; Buenos Aires: Rubinzal Editores, 2008, p. 324.

es hacer una pregunta ¿es posible comparar causas cuando las dos por separado fueron determinantes en la producción del daño? Considero que el análisis en la teoría es más fácil que en la práctica.

Ambas teorías son útiles para resolver. Pero por ser muy radicales en sus conceptos, ninguna de las dos se puede utilizar de manera tajante. Será necesario establecer un punto medio entre las dos y resolver teniendo en cuenta todos los hechos del caso. Lo más importante de estas teorías es que reconocen que todo daño se produce por una serie de causas, un particular que no se puede escapar del análisis del juez.

2.4 Una administración responsable

Este capítulo ha sido una exposición de las dos caras del sistema de responsabilidad de la administración pública. Por un lado se encuentra la garantía de respeto de los derechos de los administrados, que informa todas las características del sistema. El otro lado, por el contrario, vela por equilibrar la balanza para que la administración no se vea obligada a reparar todos los daños que sufran los particulares por concepto de su actividad. Esta doble dimensión del sistema de responsabilidad de la administración muestra la pugna entre la garantía de los derechos de los administrados y la protección del interés público.

Sin embargo de lo anterior, es evidente que el sistema, al garantizar la reparación de la violación de un derecho, ha asegurado que la administración pública se responsabilice por los daños que procura a los particulares. Se ha reconocido un principio de protección y garantía de los derechos de la víctima que asegura que no soporte daños injustos. Lo que únicamente permite exonerar de responsabilidad a la administración cuando existe una razón que obligue al particular a soportar el daño. Lo que garantiza la reparación de los perjuicios injustos que sufran los particulares.

CAPÍTULO III: PARTICIPACIÓN DEL PERJUDICADO Y DE UN TERCERO EN LA GENERACIÓN DEL DAÑO; ANTIJURIDICIDAD Y RUPTURA DEL NEXO CAUSAL

3.1 Transformaciones de la causa extraña; nexo causal y antijuridicidad

En el sistema tradicional de responsabilidad civil, que encuentra asidero en la teoría de la culpa, para que proceda la causa extraña como causal eximente de responsabilidad se han utilizado criterios de culpa (negligencia, imprudencia e impericia) para evaluar tanto la conducta del demandado como la conducta de la víctima. Al deudor se exige la prueba de que la causa extraña que afirma existir no se dio por su culpa, porque de tenerla no habría causa extraña. Los criterios que determinan que existe esa clase de causa están completamente relacionados con la culpa. El primero, la irresistibilidad, requiere que se demuestre que los daños causados por un determinado fenómeno eran irresistibles. “Lo que significa que se habrá demostrado la causa extraña cuando se demuestre la causa del daño y que se puso toda

la diligencia y cuidado necesarios para evitar los efectos de ese fenómeno dañino, y que pese a ello, el daño se produjo.”¹¹⁵ Mientras que el segundo elemento, la exterioridad, requiere que el daño sea ajeno, exterior o extraño a la esfera de los deberes u obligaciones jurídicas del deudor. Es decir, el hecho debe ser causado por una actividad, una conducta o una cosa por la cual el deudor no debe responder jurídicamente. De esta manera se encuentra ligada la carencia de culpa del deudor con su posibilidad de alegar la existencia de una causa extraña y que ésta proceda.

De acuerdo con los requisitos anteriormente enumerados, constituyen causa extraña en el sistema aludido el caso fortuito o la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o el hecho exclusivo de la víctima. El tratadista colombiano dice: “El hecho de la víctima es importante desde el punto de vista de la responsabilidad civil para exonerar, parcial o totalmente, al demandado que ha causado un daño; su influencia definitiva será determinada en la medida en que ese hecho haya sido causa exclusiva o parcial del perjudicado.”¹¹⁶ Si bien tradicionalmente el criterio de la culpa ha servido para determinar si la participación del perjudicado exonera total o parcialmente al demandado, las teorías más recientes sobre responsabilidad del Estado se han librado de los criterios de culpa para determinar si la actuación es determinante del daño. Esto ha servido en el caso de hecho exclusivo, donde no ha importado la culpa del demandado sino lo objetivamente determinante de su actuación en la generación del daño. Por el contrario, en los casos de combinación de hechos por parte del actor y del demandado, se ha utilizado el criterio de la concurrencia de culpas. El artículo 2230 de nuestro Código Civil dispone en este sentido: “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.” También ha sido un criterio bastante discutido porque se ha argumentado que debería haber casos en que sólo se verifique la concurrencia de causas por parte del actor y el demandado sin necesidad de verificar la culpa del uno y del otro. También se ha discutido si el demandado debe probar la irresistibilidad y exterioridad del daño para que se verifique la concurrencia. Si bien estas discusiones son importantes, pueden ser parte de otro

¹¹⁵ JAVIER TAMAYO JARAMILLO; *Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II*; Bogotá: Legis Ediciones, 2007, p.20.

¹¹⁶ JAVIER TAMAYO JARAMILLO; *Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II*; Bogotá: Legis Ediciones, 2007, p.60.

trabajo, lo que nos interesa ahora es resaltar la importancia de la culpa como criterio determinante de que el hecho de la víctima opere o no como causa extraña.

El hecho del tercero cuestiona la imputabilidad del demandado. Se genera la discusión de si es la causa exclusiva del daño, en cuyo caso en este sistema será determinante probar la falta de culpa del demandado y la culpa exclusiva del tercero. O si el hecho del tercero concurre con la producción del daño con el hecho del demandado, en cuyo caso se configurará la culpa de ambos. En este último caso se aplica la norma del artículo 2217 del Código Civil. “Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2223 y 2228.” No es necesario integrar un litisconsorcio necesario en vista de que la solidaridad presenta la ventaja de que es posible cobrar la totalidad de la deuda a una sola persona, siempre que esta sea causante del daño. Hay que tener en cuenta que se puede demandar a una de las causantes del daño o a todas ellas. Resaltando que los criterios utilizados, al igual que con la culpa de la víctima, son los de culpa.

Por último, el caso fortuito y la fuerza mayor constituyen también causas extrañas al particular. Sin embargo no procederemos a analizarlas en este momento ya que no tienen trascendencia en el estudio de este capítulo. La responsabilidad civil tradicional ha utilizado el criterio de la culpa como una guía primordial en la imputación del demandado por los daños sufridos por la víctima. La antijuridicidad de la actuación del demandado determina si procede o no la causa extraña. Del mismo modo que sirve para determinar si, en el caso de participación de la víctima o del tercero, es exclusiva o no su responsabilidad.

Por el contrario, en un sistema de responsabilidad fundamentado en la lesión antijurídica, si bien las causas extrañas constituyen también causales de exoneración, surgen una serie de preguntas sobre la manera en que deben operar por tratarse de un sistema que no gira en torno al criterio de la culpa. En el sistema que se está analizando en este trabajo lo primordial es determinar la existencia de una lesión indemnizable y establecer que la misma es antijurídica o que el particular no tiene el deber jurídico de soportarla. Por lo que no operan de la misma manera los criterios de exterioridad e irresistibilidad del daño como requisitos para que este constituya una causa extraña ya

que deben prescindir de los criterios de culpa para depender de criterios objetivos. La irresistibilidad del daño determinará si la administración podía hacer algo, de acuerdo con sus posibilidades, para evitarlo. Mientras que el de la exterioridad verificará que el daño sea ajeno, exterior o extraño a la esfera de los deberes u obligaciones jurídicas de la Administración pública. Así mismo, en los casos de participación de la víctima y participación de un tercero, no se puede utilizar criterios de culpa para determinar si la actuación es exclusiva o no de la víctima. “Tampoco, por tanto, puede hablarse de *compensación de culpas*, como hacen algunas sentencias para moderar la cuantía indemnizatoria cuando en la producción del daño ha participado la propia víctima, porque no es necesario, como digo, hablar de culpa, aunque pueda existir.”¹¹⁷ Por tanto, de la misma manera que se ha interpretado en la responsabilidad por riesgo, el hecho de la víctima, culposo o no, que contribuyó parcial o totalmente a causar el daño exonera en la misma medida a la administración pública. Y si el daño generado por la administración pública se ha considerado antijurídico porque el particular no tenía el deber jurídico de soportarlo, no habrá lugar a exoneración para la Administración pública a menos que la ley prescriba que éste lo debe soportar.

Sin embargo el tema ha generado una amplia discusión en la doctrina y la jurisprudencia en vista de que la responsabilidad por lesión antijurídica aplicada a la administración pública necesita de un límite para que no se transforme en un seguro para todos los daños que sufre el particular. Es por ello que la doctrina ha reflexionado sobre la manera en que la relación de causalidad debe limitar la responsabilidad de la administración. Con el objeto de sacar una conclusión a este respecto, analizaremos la jurisprudencia de países que han adoptado el criterio de la lesión antijurídica, incluido el Ecuador. Empezaremos analizando lo que ha ocurrido en España, por ser este el que ha liderado el planteamiento de esta teoría y donde más se ha desarrollado la doctrina, para luego comparar con lo ocurrido en Colombia, Costa Rica y Ecuador. Se debe tener en cuenta que, a excepción del caso español donde existe una tendencia general, la jurisprudencia analizada en los casos costarricense, colombiano y ecuatoriano, han

¹¹⁷ LUIS MARTÍN REBOLLO; *La responsabilidad patrimonial de las Entidades Locales*; Madrid: Iustel, 2005, p. 56.

sido escogidos porque esclarecen los criterios que configuran al hecho de un tercero o del administrado como causas eximentes de responsabilidad.

3.2 Relación entre causalidad y el daño antijurídico en España

España es el referente más importante para observar la manera en que se ha tratado este tema. Es importante tener en cuenta que los jueces han tenido que desarrollar las normas y ponerlas en práctica dentro de un sistema que resulta casuístico. Es por ello que la tesis todavía está en un proceso de depuración, y en especial en los dos temas que trataremos en esta sección; el elemento antijurídico del daño y las causas extrañas (en especial el hecho de un tercero y la participación de la víctima). Todavía hay muchos errores de aplicación pero poco a poco se van abriendo paso con la mejor interpretación de este criterio, como podremos ver.

3.2.1 Antijuridicidad: causas legitimadoras del deber de soportar

La primera discusión que se ha planteado en España deriva de la lesión antijurídica. Por ser una que el particular no tiene el deber jurídico de soportar, se ha discutido por la doctrina y la jurisprudencia en qué casos existe una causa legitimadora del deber de soportar. Por eso en diversas sentencias ha sido clara la doctrina en establecer la necesidad de que el daño sea antijurídico:

Y, efectivamente, nuestra Sala tiene dicho –S. de 10 de octubre de 1997, Ar.7437—que el punto clave para la exigencia de la responsabilidad no está en la condición normal o anormal del actuar administrativo, sino en la lesión antijurídica sufrida por el afectado y que éste no tiene el deber jurídico de soportar, por lo que la antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, “un título que imponga al administrativo la obligación de soportar la carga” –S. de 3 de enero de 1997, Art. 7—“o algún precepto legal que imponga al perjudicado el deber de sacrificarse por la sociedad”¹¹⁸

¹¹⁸ Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español, S. de 10 de abril de 2000 (Rec. 9147/1995. Ponente: GONZÁLEZ NAVARRO)

Este fundamento ha alcanzado un valor tan importante en la jurisprudencia española como para determinar en las sentencias aludida que un piloto de aviación que había fallecido en ejercicio de su profesión, o un policía que había padecido una herida de bala no habían sufrido un daño antijurídico ya que al enlistarse en esas profesiones habían aceptado servir a la patria y asumir el riesgo inherente de las mismas. Carreras que exigen la asunción voluntaria del riesgo del servicio público por parte de las personas encargadas de su prestación, en este caso el piloto y el policía. Configurándose de esta manera el deber jurídico de soportar por no existir antijuridicidad.

Bajo esta misma lógica también se ha sostenido que el deber jurídico de soportar viene establecido por la ley. Esta servirá para determinar, dentro de un determinado servicio público, los daños que el particular debe o no soportar. Es así que con el tiempo los españoles han regulado y limitado por medio de la ley la esfera de los daños que se pueden considerar antijurídicos. Un claro ejemplo ha sido la reforma de la Ley 30/1992 en el año 1999, que añadió un inciso al artículo 141.1 LRJ-PAC. Cito: “No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado actual de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos...” Esta norma, que ha dado lugar a una amplia discusión en España, ha servido para establecer, de cierta manera, el nivel de servicio público que debe recibir el particular. De esta manera no serán antijurídicos todos los daños que no se puedan prever o evitar por medio de los conocimientos y la técnica existentes al momento de su producción. Determinar si por estado actual de la técnica se refiere al desarrollo tecnológico en España o en el Mundo ha sido un conflicto que ha debido enfrentar la jurisprudencia.

Finalmente, la jurisprudencia española también ha determinado la exigencia de que el particular no tenga el deber de soportar el daño por su propia conducta. “El deber jurídico de soportar el daño existe cuando el lesionado se ha colocado en una situación de riesgo, tomando parte voluntariamente en una manifestación ilegal y violenta, lo que motivó una respuesta proporcionada en medios, modos y circunstancias por parte de las fuerzas del orden público.”¹¹⁹ Si bien el caso de

¹¹⁹ Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español. S. de 22 de abril de 1994 (Ar. 2722. Ponente GODED)

participación en manifestaciones públicas y la asunción del riesgo que estas entrañan ha sido uno de los casos en que la conducta de la víctima ha determinado que el daño no se considere antijurídico, también son destacables otros casos en que la conducta misma de la víctima evita la antijuridicidad como son la prescripción o caducidad del derecho, entre otros. Ello no obsta que el juez deba ser cauteloso en el análisis de la conducta del perjudicado ya que el solo incumplimiento de una obligación por parte del perjudicado no basta para exonerar de responsabilidad a la administración. En este sentido se pronuncia la sentencia citada a continuación:

Segundo. Al igual que hizo el Tribunal a quo, debemos rechazar la tesis de la Administración apelante porque se arrumbaría el instituto de la responsabilidad de las Administraciones Públicas... si el incumplimiento de cualquier norma reguladora de la convivencia situase al ciudadano ante el deber jurídico de soportar las consecuencias del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos cuando la prestación de éstos tenga relación con la obligación incumplida por el perjudicado.

La infracción de una norma, que impone determinadas obligaciones a los ciudadanos o administrados, conllevará al reproche o sanción que legalmente vengan establecidos al respecto, pero no exonera a la Administración de responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios causados a aquéllos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público, salvo los casos de fuerza mayor o cuando no exista vínculo alguno de causalidad entre la actuación administrativa y el resultado producido, pues dicha responsabilidad ha sido configurada legal y jurisprudencialmente como una responsabilidad objetiva o por el resultado, en cuyos efectos reparadores podrá tener más o menos trascendencia la propia conducta del perjudicado como concausa del daño producido, hasta, en ocasiones, llegar a romper el exigible y aludido nexo causal con la subsiguiente excusa de la Administración.

Tercero. En este caso, como certeramente ha valorado la Sala de primera instancia, la conducta de la perjudicada, al no comunicar a la autoridad gubernativa la celebración del contrato, carece de virtualidad para moderar la cuantía de la indemnización a cargo de la Administración del Estado porque el arrendamiento en cuestión se estipuló un mes antes de que la operación policial antiterrorista causase los desperfectos en el local comercial, de manera que no cabe imputar a la propietaria de éste o a su administrador abandono, desidia y menos tolerancia en cuanto al destino que se le hubiese dado como almacén de explosivos, armas u otros objetos peligrosos porque, conforme a las

cláusulas contractuales, debía ser usado para almacén de librería, y, en consecuencia, como ya declarase este Tribunal..., la conducta de la víctima —aún siendo ilícita—no rompe el nexo causal entre el acto de la Administración y el resultado lesivo por carecer de idoneidad o de identidad suficiente para ello, lo que obliga a desestimar el presente recurso de apelación sostenido por el Abogado del Estado en la representación que le es propia.¹²⁰

Es una sentencia positiva que acertó en verificar que una vez que se ha comprobado la existencia de una lesión que el particular no tenía el deber de soportar, no importa si esta era lícita o no ya que la ilicitud no generó la ruptura del nexo causal. Y más importante, determina que el incumplimiento de cualquier norma por parte del ciudadano no puede necesariamente ponerlo en la situación de soportar el daño ya que ello sería contrario al instituto de la responsabilidad de las administraciones públicas. Añadiendo, además, que el incumplimiento de una obligación por parte del perjudicado no constituye una actitud que lo obligue a soportar el daño. Concluyendo que la conducta del perjudicado genera que tenga el deber jurídico de soportar el daño cuando se verifica que a través de dicha conducta está asumiendo el menoscabo y siempre que su aceptación no sea contraria al instituto de la responsabilidad.

3.2.2 Participación de la víctima y del perjudicado como manera de romper el nexo causal

Se ha entendido que por tratarse de un régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas es necesario que haya una relación de causa a efecto entre el daño y la actividad de la administración. La administración sólo debe responder por los daños causados por su propia actividad o sus servicios y no por los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización administrativa. Por este motivo, la jurisprudencia inicialmente “exigía que la actividad de la Administración fuese la causa directa, única y exclusiva de la producción del daño, doctrina que todavía

¹²⁰ Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español. S. de 7 de noviembre de 1994 (Ar. 10353. Ponente: PECES MORATE)

aparece reflejada en alguna sentencia reciente.”¹²¹ De esta manera, cuando se determinaba que en la causa del daño concurrían también hechos ajenos a la actividad administrativa, se entendía que se había roto la relación de causalidad. Con el tiempo se criticó que para que la administración fuera responsable la única, exclusiva y directa causa del daño debía ser la actividad de la administración y se empezó a admitir que el nexo causal aparezca bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes.

“...con arreglo a la más reciente jurisprudencia, entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél..., por lo que no son admisibles, en consecuencia, restricciones derivadas de otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que –válidas como son en otros terrenos—irían en éste contra el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.”¹²²

Estos criterios han permitido que en la actualidad se evalúe todas las circunstancias y resultados con el objeto de determinar cuáles son las causas reales de la lesión. Únicamente se exonera a la Administración pública cuando se determina que el hecho generador del daño fue exclusivo de un tercero o de la víctima o que concurrió fuerza mayor. Como ya habíamos analizado anteriormente, el sistema se pone en marcha cuando se determina que el particular ha sufrido una carga patrimonial que no tiene el deber jurídico de soportar. Atendiendo a esta lógica, en la medida en que no exista deber jurídico de soportar cierta carga patrimonial, la misma debe ser indemnizada. La jurisprudencia española atiende a esta lógica al determinar que la actividad de la administración no necesariamente tiene que ser la causa directa, inmediata y exclusiva del daño. Sobre la base de lo analizado procederemos a establecer cómo se han valorado el hecho de la víctima y el hecho de un tercero. Tendremos en cuenta las teorías de la equivalencia de condiciones y de la condición adecuada, expuestas en el capítulo anterior.

¹²¹ JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ; *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*; Madrid: Thomson Civitas, 2006, p.510.

¹²² Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español. S. 21 de diciembre de 2004 (Ar. 307 de 2005)

3.2.2.1. El hecho de la víctima

Una vez que se sentara, como anteriormente hemos observado, que la exclusividad del nexo causal no es un requisito imprescindible para que la Administración pueda ser declarada responsable. El nexo causal no necesariamente se rompe si ha intervenido la víctima o un tercero. Es así que la jurisprudencia española ha desarrollado un sistema que evalúa la incidencia de la culpa del perjudicado en la ruptura del nexo causal y para ello distingue tres supuestos:

- Que la falta de la víctima sea la causa exclusiva del daño, exonerando a la Administración.
- Que la falta de la víctima no tenga incidencia causal en la producción del daño, responsabilizando a la Administración.
- Que la falta de la víctima concorra con la actuación de la Administración pública en la producción del daño, donde se ha establecido que la responsabilidad debe ser proporcional y se debe reducir en la medida en que tenga influencia la falta de la víctima.

En rasgos generales se observa que el principio de garantía de la víctima en base al que opera la responsabilidad patrimonial ha generado que en la doctrina española se considere exclusivamente la causa adecuada para apelar a la teoría de la equivalencia de condiciones en conjunción con la causa adecuada y verificar que, dentro de un mar de causas pueden concurrir algunas que sean más adecuadas para la producción del daño y en diferente medida. Se ha manejado con cuidado esta doctrina en vista de que podría resultar muy peligrosa al ser utilizada de manera absoluta. Por este mismo motivo no se puede generalizar la manera en que se ha solucionado un determinado conflicto ya que cada caso se resuelve en función de las circunstancias que lo vieron nacer. Es por ello que LEGUINA VILLA establecería una fórmula general para absolver el problema de la causalidad, explicada a continuación en palabras del profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA:

Se apunta así claramente a lo que, dado el principio de la garantía de la víctima inspira y da sentido a toda la institución, debe ser la absolución del problema de la causalidad: la exclusión de aquellos hechos que, con toda evidencia, no hayan tenido ningún poder

determinante en la producción del daño final (LEGUINA), planteamiento de carácter negativo que remite al análisis del problema de la causa extraña, es decir, al de aquellos supuestos en que el nexo de causalidad queda roto al interferirse una situación de fuerza mayor, el hecho de un tercero o, incluso, la propia conducta de la víctima.¹²³

Es este el criterio que se ha utilizado en cada caso para resolver los supuestos que se plantearon anteriormente. A continuación presentaremos los que a nuestro parecer han sido los principales criterios que se han utilizado para determinar si la responsabilidad es exclusiva de la víctima, de la administración o compartida.

3.2.2.1.1 La falta del perjudicado es la determinante del daño

Si bien existen algunas sentencias que sirven para verificar que el único causante del daño era el perjudicado, consideramos más claras y oportunas las citadas a continuación.

En el primer caso la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo español determina que es real el perjuicio patrimonial que ha sufrido el perjudicado por no poder consumir la demolición de sus casas para edificar posteriormente un edificio para venta de departamentos. Puede ser atribuido al municipio por conceder la licencia para demoler. Pero verifica que se rompe la relación causal por la actuación del perjudicado ya que no podía iniciar la demolición de las casas sin tener también la autorización de la Dirección General de Patrimonio Artístico. “Fue, pues, la propia conducta del interesado lo que rompió el nexo causal potencialmente existente entre el funcionamiento de los servicios públicos municipales —al conceder esa licencia— y el daño padecido por la demolición tan reiteradamente expuesta.”¹²⁴ Lo que verifica que el daño se dio por una culpa exclusiva de la víctima, que no debía demoler el edificio sin tener las autorizaciones requeridas.

En un segundo caso, más reciente al primero, se llega a la misma conclusión tras analizar que la víctima, a pesar del fuerte temporal, de que la calle se encontraba cerrada

¹²³ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ; *Curso de Derecho Administrativo II*; Madrid, Aranzadi, p.397.

¹²⁴ Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español, S. de 24 de mayo de 1994 (Ar. 4280. Ponente: SANZ BAYÓN)

al tráfico por la gran cantidad de agua que rebasaba del mar hacia la acera y de los avisos de precaución, caminó por el lugar, recibiendo el impacto de un golpe de mar y resultando herida. “De ello se deduce la ruptura del nexo causal conforme a los criterios anteriormente mencionados, toda vez que, las lesiones producidas, no son imputables al funcionamiento del servicio público y sí al proceder de la accidentada hoy actora, toda vez que como señala la resolución recurrida, *quien pese a la evidencia del temporal existente no dudó en circular por la zona...*”¹²⁵

Queda claro que en los casos en que el proceder de la víctima es determinante del daño no se puede romper el nexo causal. Sin embargo de que en estas sentencias no se expone las teorías de causalidad, es posible determinar que las causas adecuadas en la producción del daño son en este caso la actuación de ambos perjudicados ya que se expusieron a los resultados dañosos.

3.2.2.1.2 La falta cometida por el perjudicado no incide en la relación causal

Este es un punto en que se trabaja mucho en la valoración de las conductas para establecer si los efectos hubieran cambiado en el caso de inexistencia de determinada conducta. Por este motivo la jurisprudencia ha elaborado algunos criterios para establecer que para que la conducta de la víctima rompa el nexo causal es necesario que afecte o contravenga el funcionamiento de los servicios o tenga entidad suficiente para producir el daño, que sin la concurrencia del hecho de la víctima no se hubiera producido. Procede determinar que estos casos en que la falta cometida por la víctima no incide en la relación causal están muy relacionados con el tránsito y con la falta de aviso de la ejecución de una obra pública por parte de las autoridades. En una de estas jurisprudencias se determina que el nexo causal no se ha roto por no haber la víctima caído en cuenta de que la alcantarilla se encontraba sin tapa ya que la administración tenía la obligación de precintar para que quien pasara por ahí cayera en cuenta del

¹²⁵ Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español. S. de 8 de abril de 2003 (Ar. 3683. Ponente: GONZÁLEZ NAVARRO)

hueco.¹²⁶ Se trata de casos en que los hechos y actuaciones de la administración son determinantes en la producción del daño y en que la actuación de la víctima carece de importancia porque el daño no se hubiera producido si la causa generada por la administración no hubiera existido.

3.2.2.1.3 Concurrencia de causas

El tema de la concurrencia de causas se deduce de la afirmación lógica de que todo acaecimiento lesivo es efecto no de una sola causa sino que es el resultado de un complejo de hechos y condiciones que tienen un cierto poder causal. El trabajo de los jueces se reduce a determinar qué hecho puede ser considerado relevante para producir el resultado, lo que hace que se declare responsable al sujeto al que le sea imputable dicho hecho o conducta.

Un caso muy interesante es el de una señora que sufre heridas junto con su nieta por utilizar una escalera construida para los servicios de atraque de embarcaciones, cuyas condiciones no eran adecuadas para el tránsito de personas. Se determina la responsabilidad de la administración por no poner símbolos en los que se contengan mensajes advirtiendo el peligro y riesgo para la seguridad de los viandantes que esta escalera representaba o prohibir el paso a esta escalera cuyo fin no era el tránsito de peatones. También se verifica el riesgo que asumió la víctima al subir en esta escalera con su nieta menor de edad, sabiendo que el ambiente marino la hacía resbaladiza y pudiendo observar la dificultad de subir por escalones de 82 centímetros de alto. Por lo que, dada su edad adulta, verifica que la víctima había asumido las consecuencias de lo que podía acaecer. Es por ello que se establece un porcentaje de reparto de los daños de un 50% con la Administración pública.¹²⁷

Una gran cantidad de casos de suicidio también se presentan cuando la persona está bajo custodia o tiene alguna relación con una institución pública. Estos casos también han recaído bajo el criterio de concurrencia de causas en virtud de que el

¹²⁶ Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español, S. de 6 de abril de 1999 (Ar. 3451. Ponente: PECES)

¹²⁷ Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español, S. de 29 de septiembre de 1999 (Ar. 8314. Ponente: GONZÁLEZ NAVARRO)

suicidio es atribuible a la voluntad de la víctima. En el primero de los casos, el anormal funcionamiento del servicio público se atribuye a la negligencia o imprudencia de la Administración por falta de custodia y vigilancia del detenido, concluyendo: “por ello, ante esta concurrencia de causas, unas imputables a la Administración y otras a la propia víctima, equitativa y prudentemente aquilató la sentencia recurrida el quantum indemnizatorio reclamado.”¹²⁸ En el segundo caso determina que si se hubiera realizado un examen médico del interno a su ingreso a prisión, se hubiera tomado las medidas necesarias para evitar su suicidio, “de tal suerte que la culpa in vigilando dimanante de la omisión del reconocimiento médico del interno a su llegada al centro penitenciario aparece como la causa idónea y relevante de los consiguientes perjuicios, siquiera de un modo concurrente con la conducta propia del interno y su voluntad suicida”.¹²⁹

El criterio utilizado sirve para determinar la medida en que los daños deben ser atribuibles a la actuación de la administración y del administrado. Precautela el principio de protección y garantía del patrimonio de la víctima que fundamenta la responsabilidad patrimonial. Y se adapta a la casuística, de tal manera que se pueda determinar, dependiendo de las circunstancias si el daño es atribuible exclusivamente a la víctima, la administración o existe un concurso de causas que obliga a la distribución. Será muy importante determinar el tipo de obligación que tenía la administración en el caso y si el incumplimiento de la misma derivó en la producción del daño. Que permitirá concluir si el mismo es atribuible a la administración y en qué medida.

3.2.2.2. Intervención de un tercero

Si bien, al igual que con la intervención de la víctima, en un principio la jurisprudencia española exoneraba a la administración de responsabilidad por la concurrencia de un tercero, con el tiempo este criterio ha cambiado para determinar que sólo procede exonerar a la administración cuando el hecho que generó el daño es exclusivo del tercero. Si salvaguardar los intereses de la víctima en el caso de sus

¹²⁸ Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español. S. de 23 de junio de 2002 (Ar. 7682. Ponente: LEGUMBERRI)

¹²⁹ Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español. S. de 12 de abril de 2005 (Ar. 4444. Ponente: LEGUMBERRI)

propios hechos era importante, lo es más aún cuando se determina que una persona ajena a la Administración también fue causante del daño.

El criterio utilizado ha sido similar al de la concurrencia con la víctima, las variaciones se encuentran en que el tercero puede ser también el funcionario público u otra administración pública, así como cualquier otra persona jurídica o natural que haya intervenido causando el daño. Lo que importa es que la concurrencia de estos hechos con los de la administración permite moderar la indemnización. “La doctrina de la relación exclusiva (...) ha sido abandonada por esta Sala (...), siendo suficiente que el actuar de la Administración haya contribuido a la producción del daño, siquiera sea de forma mediata aunque sí necesaria. En estos supuestos (...) la solución jurisprudencial es la moderación de la responsabilidad (...) en base a la concurrencia de culpas.”¹³⁰ Si bien esta es la solución por la que se ha optado para establecer cómo se debe solucionar la concurrencia de un tercero, este tipo de concurrencia ha presentado algunos problemas adicionales.

El primero ha sido el de la jurisdicción competente. Si se repartía la responsabilidad entre diversas partes procesales, al perjudicado le tocaba demandar en diversos órdenes jurisdiccionales en un juicio muy largo. Pero finalmente, en el año 1998 se modificaría la redacción del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa las pretensiones que se deduzcan de la actuación de las Administraciones Públicas y el personal a su servicio, añadiendo que si concurrieren sujetos privados en la producción del daño, el demandante podrá presentar también la demanda ante ese orden jurisdiccional.

El segundo problema lo expone GARCÍA DE ENTERRÍA en estas palabras:

“De lo que se trata, en efecto, en tales casos es de decidir, supuesta la existencia de varios sujetos parcialmente responsables, y la dificultad o imposibilidad de repartir entre ellos la indemnización que es preciso otorgar a la víctima para reparar en su integridad el daño por ella sufrido, si cada uno de dichos sujetos ha de responder solamente por la parte del daño que le sea atribuible a la causa puesta por él, o, si, por el contrario, es posible exigir de cualquiera de ellos la totalidad de la indemnización, sin

¹³⁰ Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español. S. de 20 de marzo de 2003 (Ar. 2820. Ponente: SIEIRA)

perjuicio de reconocer el derecho del sujeto condenado de repetir contra los demás coautores.”¹³¹

La solución por la que se ha optado con el objeto de proteger el principio que se ha determinado como básico en España en esta materia, el de protección y garantía del patrimonio de la víctima, ha sido optar por la solidaridad entre todos los coautores. Sin embargo, es necesario que la solidaridad esté prevista en la ley. En España se ha adoptado los criterios del código civil. Hay que tener en cuenta que solidaridad no quiere decir inmunidad. Aunque se pueda demandar a cualquiera de las partes por la totalidad de los daños, todas son responsables.

3.2.3. Un sistema con altibajos que crece en aciertos

De esta manera se observa que en el sistema de responsabilidad patrimonial de la administración pública española ha sentado doctrinas que plantean soluciones a la concurrencia de causas. Se puede observar problemas en la comprensión del sistema como cuando se habla de concurrencia de culpas. Este criterio ha prevalecido porque todavía persiste la discusión de si la actuación del particular debe ser ilícita (culpa) para que sea tomada en cuenta para romper el nexo causal. Y todavía se seguirá batallando con la falta de motivación de algunos fallos que buscan utilizar un lenguaje muy generalista y elástico para evitar entrar en explicaciones.

Sin embargo de los problemas, el sistema ya ha sentado una doctrina general sobre la cual se deciden los fallos. Tanto es así que, como veremos a continuación, algunos países de Latinoamérica ya aplican los criterios establecidos por la jurisprudencia española aunque se tienen que enfrentar a muchos problemas de su sistema que todavía no tienen una solución legal como en España.

¹³¹ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ; *Curso de Derecho Administrativo II*; Madrid, Aranzadi, p.403.

3.3 Relación entre causalidad y el daño antijurídico en Colombia

La Constitución Colombiana de 1886 rigió más de 100 años. Bajo su régimen se desarrolló la responsabilidad administrativa con el fundamento de que los daños generados por actuaciones Estatales debían ser compensados. Con este fundamento en el año 1896 se estableció por primera vez la responsabilidad del Estado con fundamento en la norma sobre responsabilidad establecida en el Código Civil. Después de un proceso de maduración y reflexión de la responsabilidad se determinó que debía aplicarse un régimen especial para la Administración. Es así que desde el año 1941 la Corte acogió la tesis de la falla de servicio, inspirada en la *faute de service* francesa. Esta adopción significó que se exija la falla funcional, orgánica o anónima que se fundamenta en el deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos, siendo las únicas causas de exoneración el caso fortuito, el hecho de un tercero y la culpa de la víctima. Como la responsabilidad civil extracontractual del Estado estuvo siempre influenciada por las elaboradas doctrinas jurisprudenciales de otros países, desde entonces esta doctrina ha seguido en vigencia en Colombia.

Sin embargo de ello, la Asamblea Nacional Constituyente aprovechó para darle a la responsabilidad del Estado un respaldo constitucional. Los principales motivos para presentar una nueva propuesta, en palabras de los asambleístas que presentaron la propuesta era “incorporar los más modernos criterios sobre la materia, *consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal*. De esta manera se resuelve el problema de la insuficiencia de la llamada *falla de servicio público*, dentro del cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial.”¹³² Teniendo en cuenta estos ideales se expide en la Constitución de la República de Colombia de 1991 la norma que establece “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”

Se ha destacado la enorme similitud de esta norma con la de la Constitución Española. Es por ello que apenas se dictó la norma Constitucional, la jurisdicción

¹³² RAMIRO SAAVEDRA BECERRA; *La responsabilidad Extracontractual de la Administración pública*; Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2004, pp.141-142.

contencioso administrativa adoptó la doctrina española para aceptar la lesión antijurídica como una afectación de un interés legítimo patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está obligada a soportar. Sin embargo fue algo que no duró mucho tiempo porque se terminó por aceptar todas las doctrinas que se había utilizado hasta entonces aduciendo que había hipótesis que no permitían utilizar exclusivamente la perspectiva del daño antijurídico sino también la de la falta. Finalmente, “el Consejo de Estado termina sosteniendo, y esa es la jurisprudencia mayoritaria actual; que en el citado artículo 90 de la Constitución caben todos los regímenes de responsabilidad elaborados por la jurisprudencia antes de la nueva Constitución...”¹³³ Es por ello que las sentencias actuales aplican conjuntamente el criterio de la falla de servicio y el de la lesión antijurídica, como podremos ver de la sentencia que se analiza a continuación.

3.3.1 El criterio colombiano de culpa de la víctima

El primero de los casos expone la actuación de un policía que era operador de radio en la estación de policía del distrito de Villeta. Se entiende que por orden de un superior se le solicitó que instalara una antena de radio, ante lo cual procedió a cumplir con su labor de manera imprudente para su experiencia ya que trató de manipular una antena muy pesada junto con otro oficial, sabiendo los peligros a los que se enfrentaba en el caso de que la antena cayera y chocara con los cables de energía eléctrica. Se reitera que para el conocimiento que tenía del trabajo que debía hacer, ya que lo había practicado durante ocho años, no actuó con el debido cuidado y precaución y que fueron estos los desencadenantes de su posterior muerte. Las pruebas aportan con claridad que no fue un problema del tendido eléctrico y que, por no pedir ayuda para sostener la antena, se dio el resultado catastrófico.

La sentencia establece los requisitos para que concurra la culpa de la víctima, exponiendo criterios muy valiosos. Se determina que cuando la culpa es exclusiva de la víctima, deriva en exoneración total o parcial de la Administración pública,

¹³³ CARLOS MARIO MOLINA BETANCUR; “El Derecho Administrativo y la Responsabilidad Patrimonial del Estado Colombiano”; *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*; Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005.

dependiendo de qué tan determinante fue su actuación en la producción del daño. Y establece que el nexo de causalidad se rompe cuando la conducta asumida por la víctima cumple los siguientes requisitos:

- 1) Que la culpa del afectado sea la causa exclusiva y determinante del daño.
- 2) Que el hecho de la víctima no sea imputable a la administración pública ya que un comportamiento propiciado por la administración no la libra de responsabilidad.

Posteriormente se hace un esfuerzo por determinar si hubo una actuación atribuible a la administración de tal manera que esta haya podido incurrir en responsabilidad. Por lo que, desde mi punto de vista, más que la existencia de culpa de la víctima, lo determinante para que la administración no esté obligada a indemnizar el daño fue que no se probó que el daño sufrido por el agente de policía fuera provocado por la prestación del servicio público. Es por ello que en ningún momento se discuten en la sentencia la falla de servicio o el daño antijurídico. Llegando así a la conclusión de que “el accidente en el que murió electrocutado el agente José Fernando Herrera Beltrán fue causado por la conducta imprudente de la víctima, quien dejó de tomar las debidas precauciones al tratar de instalar la antena de radio de banda ciudadana, para lo cual debió tener en cuenta su peso y longitud, siendo que dichas características implicaban un peligro previsible...”¹³⁴

Se trata de una sentencia que se enfoca en otros puntos de los que debía tratar. Entre las cosas más intrigantes se encuentra el que no se analizara la falta de protección del cableado eléctrico a pesar de que el actor determina que esta es una falla del servicio de provisión de energía. Todo gira alrededor de la culpa de la víctima antes de determinar si la administración era o no imputable por el daño producido. Desde mi punto de vista, ni siquiera había imputabilidad de la manera en que se expone la sentencia. Pero si se hubiera analizado el riesgo que asume la administración pública al no cubrir los cables de tendido eléctrico, el análisis podía ser más profundo ya que habría estado frente a un caso claro de concurrencia de causas.

¹³⁴ Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, S. de 29 de enero de 2004 (R. No. 14590. Ponente: A. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ)

En un segundo caso, muy especial e interesante, el análisis de la concurrencia de causas se profundiza. Se trata de la demanda de Gerardo Patiño contra la nación. Mientras en segunda instancia se había determinado que había concurrencia de falla del Estado y culpa de la víctima, en la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se establece la responsabilidad exclusiva de la administración pública. Este caso resulta especial por las opiniones que vierte la Corte cuando el daño deriva del suicidio de la víctima. Una situación en que parecería indiscutible que la culpa de la víctima tiene que ser causa concurrente del daño. Anteriormente se ha expuesto que la jurisprudencia española considera que en estos casos existe concurrencia de causas, sin embargo, esta sentencia colombiana plantea una posible excepción.

Como habíamos visto anteriormente, la jurisprudencia colombiana está utilizando el criterio de la falla de servicio conjuntamente con el daño antijurídico (lesión antijurídica). Si bien esto no se observaba en la sentencia anterior, este caso sí toma en cuenta los dos sistemas. La falla de servicio se verifica, en criterio de la sala, porque se permitió que portara un arma de dotación oficial a pesar de que en ese momento no fuera apto ni física ni psicológicamente para portar armas de fuego. Mientras que la antijuridicidad del daño se entiende que deriva del deber que tiene la Administración pública cuando ingresa un conscripto al servicio militar ya que tiene que vigilar la salud del conscripto y los derechos que derivan para el conscripto de recibir las prestaciones debidas. Establece la sala: “Ese derecho del conscripto, correlativo a la obligación del Estado de su vigilancia y seguridad, si no se satisface adecuadamente crea unas lesiones, ciertas y particulares, a situaciones que tienen protección jurídica, como son la vida y la salud, que exceden los inconvenientes inherentes a la prestación de ese servicio, y que dan lugar al apareamiento de la lesión antijurídica o daño antijurídico.”¹³⁵ Configurando así que el particular no debía sufrir este daño ya que la administración tenía la obligación de velar por su salud y su vida. De lo anterior se establece que si el conscripto había manifestado que se quería suicidar, era necesario que el Estado actuara para darle tratamiento psiquiátrico, lo que

¹³⁵ Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, S. de 10 de agosto de 2000 (R. No. 12648. Ponente: M. E. GIRALDO LÓPEZ)

hubiera evitado el hecho acaecido. Se utiliza la teoría de la causa eficiente y determinante para establecer que esta omisión fue la causa del daño.

El punto más interesante de esta jurisprudencia se encuentra en la razón por la que establece que no existía culpa de la víctima. Toda la sentencia recoge hechos que determinaban que al momento de cometer suicidio el soldado Patiño no se encontraba en sus cabales. Determinando que el mencionado soldado no se podía haber expuesto al riesgo imprudentemente porque no se encontraba en uso de sus facultades. Y finalmente añade un argumento controversial:

Además aún así se llegara a calificar como imprudente (culposa) la conducta del soldado Patiño, lo cierto es que esa culpa de la víctima directa, sería en este caso imputable toda al demandado por tres situaciones concurrentes:

- de una parte, por estar aquél bajo su cuidado;
- de otra, por conocer la Nación con antelación a la ocurrencia del hecho de autoagresión de las señales, por manifestación oral, de posible alteración de las facultades de concripto (esto último porque desde que se enteró de esas posibles señales de desequilibrio debía adoptar una conducta diligente) y,
- finalmente, porque los hechos indicadores de desorden emocional se concretaron cuando el concripto estaba internado y a cargo del Estado.¹³⁶

Concluyendo que la actuación misma de la víctima era imputable también a la Administración pública por el incumplimiento de sus obligaciones.

Esta última sentencia da mucho que pensar ya que utiliza criterios innovadores que no se habían observado en otros sistemas. El primero es considerar que una persona que no se encuentra en sus cabales no puede actuar de manera imprudente. Y el segundo es que inclusive la actuación de la víctima puede ser imputable a la administración cuando esta no se hubiera dado si la prestación del servicio por parte de la administración hubiera sido correcta. El criterio que se expresa en este último comentario es el de la causa adecuada. A pesar de la confusión que genera la utilización de los criterios de la falla de servicio y daño antijurídico simultáneamente, se puede observar que sin embargo de la participación del perjudicado en la producción del

¹³⁶ Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, S. de 10 de agosto de 2000 (R. No. 12648. Ponente: M. E. GIRALDO LÓPEZ)

daño, el deber de protección y garantía de los derechos de la víctima obliga a la sala a tomar otros rumbos que aseguren la reparación.

A manera de conclusión sobre la situación actual de la responsabilidad del Estado en Colombia y la culpa de la víctima se debe resaltar la tendencia a reconocer que sólo constituye eximente de responsabilidad cuando el hecho generador del daño ha sido causado exclusivamente por la actuación del perjudicado. Las sentencias expuestas reconocen que éste es un criterio jurisprudencial generalizado en Colombia. Hay que resaltar la importancia de un análisis profundo en estos casos. Las sentencias se deben motivar adecuadamente, y el análisis de todas las causas del daño es obligación del juez. En este sentido las sentencias seleccionadas contrastan; mientras la segunda no se deja de analizar ninguno de los hechos generadores del daño, la primera no toma en cuenta todas las causas del mismo, obligando a la víctima a soportar un daño que no necesariamente le correspondía.

Finalmente, se debe destacar la larga trayectoria de la jurisprudencia colombiana en materia de responsabilidad administrativa y el valor de los criterios jurisprudenciales que se han sentado. A pesar de la utilización simultánea de los criterios de la lesión antijurídica y de falla de servicio, existen bases sólidas para la resolución de los casos.

3.4 Relación de causalidad y el daño antijurídico en Costa Rica

No sorprende en absoluto el avance que ha alcanzado la responsabilidad de la administración pública en Costa Rica si se verifica el estudio y esfuerzo de los jueces por poner en marcha este sistema. En lo técnico, se ha tomado la idea de la lesión antijurídica, propia del sistema español. Más en lo legislativo su fundamento principal no se encuentra en la Constitución de Costa Rica sino en la ley general de la Administración pública. El engranaje que pone en marcha todo el sistema es el artículo 190 de la Ley General de la Administración pública que dice: “La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.” Es un régimen general de responsabilidad que se aplica a los hechos administrativos, actos

ilícitos y funcionamiento anormal ya que el acto lícito y el funcionamiento normal tienen su regulación propia.

También es importante tener en cuenta que esta norma está sustentada por los principios expresados en la Constitución. Son de especial importancia el artículo 9º, párrafo 1º que manifiesta que el Gobierno de la República es responsable y el artículo 34 que en su numeral 41 estatuye que “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales...”¹³⁷ La jurisprudencia costarricense ha utilizado las garantías que otorgan los principios constitucionales para reconocer un sistema de responsabilidad objetiva. Ha argumentado que la Constitución política establece un sistema de protección y garantía del administrado que reconoce la responsabilidad. Y que el criterio aplicable para resolver sobre responsabilidad del Estado es el de la lesión antijurídica por garantizar la protección del patrimonio de la víctima. Este sistema se encuentra en plena vigencia en Costa Rica con una norma muy similar a la española y utilizando criterios muy similares para la reparación del daño y para la limitación del mismo. Como bien lo han destacado los tribunales, se trata de un sistema objetivo de responsabilidad y como tal encuentra su eje en la lesión antijurídica.

Tal como sucede en el sistema español, eximen de responsabilidad a la administración la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero. En los dos casos que procederemos a analizar resaltaremos el tratamiento de la relación de causalidad y de la antijuridicidad del daño y verificaremos los criterios que utiliza la corte para exonerar o no de responsabilidad a la Administración pública.

El primer caso deriva de la quiebra del Banco Germano. Analiza el perjuicio que generó a la Compañía “Embotelladora Tica Sociedad Anónima” por la pérdida de los depósitos que había realizado en la mencionada entidad. Se advierte una actuación omisiva por parte del Banco Central de Costa Rica por no realizar la auditoría adecuada y no haber cerrado el Banco cuando se había verificado su quiebra. Que, desde el punto de vista del particular, no le hubiera generado los perjuicios que le irrogó la quiebra de la entidad.

¹³⁷ Constitución Política de Costa Rica, 8 de noviembre de 1949, Colección de Leyes y Decretos de 1949, Semestre 2, Tomo 2, p. 724.

El primer punto de análisis de la sentencia es la explicación de lo que se entiende por anormalidad en la Ley General de la Administración pública. Entendiendo que no se trata de una conducta necesariamente ilícita ni del funcionamiento que sigue las normas y que sin embargo de ello produce un resultado dañoso. La anormalidad se refleja en las conductas que se apartan de la buena administración (aplicación de los criterios de eficacia y eficiencia) o de la organización, seguimiento de las reglas técnicas, prudencia y pericia en el despliegue de las actuaciones, que produce un efecto lesivo en la persona.

Otro criterio que analiza es el de la responsabilidad por omisión alegada por la parte actora, estableciendo que “hay inactividad de ese tipo cuando existiendo para el ente u órgano público una obligación de dar o hacer impuesta por el ordenamiento jurídico o por previa decisión suya..., no se despliega la debida actividad fáctica o jurídica que lleve a buen término la función otorgada, como detrimento de los derechos o intereses de uno o varios sujetos pasivos...”¹³⁸ Concluyendo que los perjuicios ocasionados por la inactividad (omisión) administrativa se consideran dentro del funcionamiento anormal de la Administración.

Luego concluye con el análisis de la relación de causalidad tras reiterar que la anormalidad o ilicitud del comportamiento omisivo pueden producir responsabilidad civil de la administración. Verifica si la falta de actividad de la administración fue la causa de la lesión reclamada y de las pérdidas financieras. Establece como criterio para identificar los acontecimientos que directamente causaron el daño, el de la causa eficiente y adecuada. “En esa confluencia de elementos fácticos o jurídicos que rodean la situación dañosa, habrá necesidad de establecer la acción u omisión apta que provocó la consecuencia; desplazando aquéllas que no han tenido ninguna influencia en el resultado (causas extrañas), de las que, de no haber tenido lugar, hubiesen evitado el menoscabo.”¹³⁹ Estableciendo que, al independizar las causas unas de otras, se puede verificar la probabilidad de que cada una de ellas produzca el daño específico. A partir

¹³⁸ Sala primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, S. de 7 de abril de 2005 (Exp. 94-000311-0178-CA. Redactor: O. GONZÁLEZ CAMACHO)

¹³⁹ Sala primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, S. de 7 de abril de 2005 (Exp. 94-000311-0178-CA. Redactor: O. GONZÁLEZ CAMACHO)

de lo cual analiza si la omisión del Banco Central fue la causa determinante de que el particular sufra el daño. Y decide:

En el caso bajo estudio, la inacción del Banco Central alegada no es causa apta, suficiente o adecuada en la lesión que acusa el recurrente, es decir, no fue el funcionamiento omiso del banco en cuestión, el hecho que provocó, *per se*, la lesión al patrimonio de la empresa actora, sino que el perjuicio sufrido obedece a la falta de pago en que incurrió el Banco Germano respecto de las divisas extranjeras que debían ser utilizadas en la cancelación de obligaciones contraídas con Eastman Chemical International Ltd., hecho único e independiente el cual, no se pueden extraer tales consecuencias para el Banco Central, en tanto la causa del daño fue constituida por un hecho ajeno y externo sobre el que, no guarda ninguna relación.¹⁴⁰

El principal argumento de la sentencia se encuentra en que el texto mismo de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica atribuye la responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones a los bancos privados. Reforzando el argumento al establecer que el incumplimiento de sus obligaciones por parte del Banco Germánico fue la causa adecuada del daño y no la omisión de la Administración pública.

A pesar de que pueda dar lugar a discusiones, es un argumento bastante completo para establecer que los daños derivados de la quiebra del Banco Germánico eran responsabilidad exclusiva del mismo y no de la Administración pública. Se puede resaltar de esta sentencia lo estricta que ha sido la jurisprudencia costarricense en la aplicación del criterio de la causa eficiente y adecuada. También se verifica la claridad con la que manejan los criterios de funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal establecidos en su legislación, fundamento de la lesión antijurídica. La distinción entre procesos por funcionamiento legítimo y normal puede dar lugar a confusión e inclusive generar inseguridad jurídica. El particular deberá ser muy cuidadoso al determinar de qué tipo de funcionamiento del servicio deriva la responsabilidad para verificar cómo y ante quién demandar. Por último, se verifica que cuando el hecho es exclusivo del tercero, la administración es exonerada de su responsabilidad.

¹⁴⁰ Sala primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, S. de 7 de abril de 2005 (Exp. 94-000311-0178-CA. Redactor: O. GONZÁLEZ CAMACHO)

Desde el punto de vista de la participación de la víctima el segundo caso resulta *sui generis*. En una escuela de San José, mientras recibía clases de artes industriales bajo la supervisión del profesor Erick López, una niña se prensa la mano con una sierra, lo que le generó la amputación completa del dedo índice y parcial del tercer y cuarto dedo. La administración se excepciona aduciendo que el hecho de la víctima fue determinante en la producción del daño. Mientras que el particular fundamenta su demanda en que la niña no tenía el deber jurídico de soportar ese daño. Que se había generado por incumplimiento de la administración de la obligación de supervisión a que se obliga con la prestación de un servicio de educación.

El juzgador se fundamenta en el criterio de la lesión antijurídica para sustentar la reparación del daño. “En efecto, la responsabilidad civil nace de la antijuridicidad... Así las cosas, si no existe para la víctima el deber de sobrellevar el daño, entendido como consecuencia final ablativa de la conducta pública, es porque la Administración debía evitarla, o, en caso contrario, bajo ciertas circunstancias, asumir las consecuencias reparadoras de aquella que no pudo impedir...”¹⁴¹ Acoge el criterio de que el incumplimiento de la obligación de supervisión por parte de la Administración le obliga a indemnizar los daños generados.

Establece que la causa de que la menor sufriera el daño fue un instrumento con el que recibía clases en un centro de educación pública. Por lo que el daño deriva de la propiedad de la administración sobre esa cosa determinada. Establece que se trata de una causa directa en vista de que no se ha probado la culpa de la víctima. Que no se ha probado que el tratamiento aplicado a la accionante le ocasionara el daño ni que el daño sufrido por la actora fuera consecuencia de su accionar. De esta manera concluye que la causa exclusiva y determinante del daño es la prestación del servicio de educación.

Es una sentencia que le da mucho valor a la antijuridicidad del daño siempre que sea atribuible a la actividad administrativa. Aunque podía haberle dado mucha importancia al análisis de la relación de causalidad, no lo hace porque considera que la lesión sufrida por la niña era injusta.

¹⁴¹ Tribunal Contencioso Administrativo Sección Sexta, Costa Rica, S. de 8 de agosto de 2007 (N° 307-2007 Redactora: SÁNCHEZ NAVARRO)

La situación de la responsabilidad del Estado en Costa Rica es complicada. Se han adoptado los criterios españoles pero se ha hecho una distinción de procedimiento entre los daños que derivan de actividad ilícita y funcionamiento anormal de los que derivan de actuaciones lícitas y funcionamiento normal de la administración pública. Se observa que hay muchos límites para la aplicación de la lesión antijurídica. La jurisprudencia ha establecido criterios generales para la resolución de los casos como los de prestación de servicios de medicina. Y todavía hay un desconocimiento en los tribunales contencioso administrativos sobre los requisitos exigibles para que haya responsabilidad administrativa.

A pesar de esto, es un sistema que ha distinguido la causa exclusiva de la administración, de la causa exclusiva de la víctima o de un tercero. Mientras que en el caso de EMBOTELLADORA TICA S.A. se resuelve determinando la existencia de la culpa exclusiva del tercero. En el segundo caso se establece la responsabilidad por causa exclusiva de la administración en virtud de que no se demostró que el hecho de la víctima rompa el nexo causal. Que el que la niña se haya cortado el dedo usando la máquina no constituye causa suficiente para eximir a la administración de responsabilidad.

La jurisprudencia costarricense en esta materia ya tiene cierta experiencia. Ha establecido precedentes jurisprudenciales que permiten el reconocimiento de criterios de imputación y de requisitos de imputabilidad. Sin embargo, es una jurisprudencia que todavía tiene deficiencias en la aplicación de la responsabilidad objetiva.

3.5 El daño antijurídico y la relación de causalidad en el caso Andrade Medina

La jurisprudencia contencioso administrativa se viene desarrollando en el Ecuador con fundamento en el criterio del daño antijurídico que, como hemos podido ver, es el eje de un sistema de responsabilidad objetiva de la administración pública. La sentencia del caso Andrade Medina es una sentencia pionera que tuvo que batallar para dar una solución jurídica a todas las preguntas que se derivan de la antijuridicidad y de la relación de causalidad. Las diversas doctrinas expuestas anteriormente han demostrado

lo gravitante que puede ser en la decisión de una sala que el daño se considere antijurídico. Hemos verificado que los sistemas jurídicos anteriormente expuestos establecen que hay situaciones que exoneran de responsabilidad a la administración, como son la fuerza mayor, el hecho de la víctima y el hecho de un tercero. La sentencia de la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, de 11 de abril de 2007 se establece un criterio original que se analizará a continuación.

Las principales afirmaciones que se hacen en esta sentencia y que son importantes al momento de realizar su análisis son las siguientes:

- El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente.
- Cuando el Estado y sus Instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual insoportable, está llamado a reparar los perjuicios provocados y a restablecer el balance afectado.
- La responsabilidad de la Administración pública es objetiva, no se funda en el clásico criterio de la culpa.
- La responsabilidad del Estado es directa ya que los daños atribuibles a la actuación del funcionario en ejercicio de su potestad se pueden demandar directamente al Estado, sin importar quién los generó, sin perjuicio de la posibilidad de que se repita contra el funcionario posteriormente.
- La calificación de un hecho como afectación injusta es una materia sujeta a criterio judicial de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que puede ser objeto de control en base a la razonabilidad de este criterio.
- La afectación injusta debe exceder las consecuencias que objetivamente se pueden esperar de la actividad pública en relación con el conjunto de los administrados.
- Nadie puede ser obligado a asumir un sacrificio individual si no media un deber constitucional que se lo haya impuesto.
- Las instituciones del Estado únicamente podrán oponerse a las pretensiones resarcitorias del administrado que hubiese sufrido un daño demostrado

- indemnizable, si prueban que los efectos dañosos derivan de la fuerza mayor o caso fortuito, por el hecho de un tercero o por la culpa de la víctima.
- La responsabilidad extracontractual del Estado no se enerva si la afectación a las personas, sus bienes o el ambiente, no son atribuibles de manera exclusiva a las circunstancias eximentes de responsabilidad enunciadas.
 - No existe norma alguna que obligue al sacrificio individual de soportar los daños sufridos por Florencio Andrade Medina y Juan Pablo Andrade Bailón.
 - Al no cubrir el tendido eléctrico con aislantes, el riesgo de la actividad era asumido a priori por la administración por motivos de costo beneficio.
 - Al ser Florencio Andrade Medina corresponsable de los perjuicios que son materia del presente caso, no puede beneficiarse de su propia falta y, en tal virtud, las pretensiones que ha presentado por sus propios y personales derechos deberán ser desechadas. (Solidariamente responsable con la administración).

3.5.1 Falencias de la sentencia del caso Andrade Medina

Una de las afirmaciones de la sentencia es que la Responsabilidad de la Administración no se enerva si la afectación a las personas o sus bienes no son atribuibles de manera exclusiva a caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de la víctima o el hecho de un tercero. De manera contradictoria posteriormente establece que, aunque el hecho del señor Florencio Andrade Medina no era exclusivo en la producción del daño (porque lo considera solidariamente responsable), se desechan las pretensiones presentadas por sus propios derechos. Considero que en este punto hizo falta analizar la concurrencia de causas. Es muy peligroso afirmar (como lo hace la sentencia) que se desechan sus pretensiones porque Florencio Andrade Medina no puede beneficiarse de su propia falta. Si la sentencia argumenta que el no haber solicitado los permisos municipales de construcción era causa concurrente en la producción del daño, era necesario reducir la indemnización al considerarlo víctima (de los daños morales) y al considerarlo tercero (respecto de los daños causados a su hijo).

Pero considero que el análisis no se puede quedar ahí. La sentencia expone una causa determinante del daño al reconocer que por no cubrir el tendido eléctrico con aislante, la Administración estaba asumiendo el riesgo de los daños que pudiera generar en el ejercicio de su actividad de prestación de energía. Quiere decir que, a pesar de que la administración pudo evitar el daño por medio de la protección de los cables de energía, no tomó las precauciones que hubieran evitado el daño. Esta omisión de la administración es la única causante del daño porque pudo evitar la producción del daño pero no lo hizo.

La gran mayoría de la jurisprudencia ecuatoriana todavía no ha distinguido entre caso fortuito y fuerza mayor. Como hemos visto, se ha considerado que la administración pública es responsable por caso fortuito en virtud de que el mismo es inherente a la administración. Pero no cuando opera fuerza mayor porque la causa es ajena a la administración e irresistible. A falta de esta distinción la sentencia afirma que eximen de responsabilidad a la administración el caso fortuito y la fuerza mayor. Se ha discutido la posibilidad de que opere un caso fortuito argumentando que los daños generados por el juego de los niños eran imprevisibles para la administración. Sin embargo no parece imprevisible que un cable de energía eléctrica que no se encuentra protegido pueda electrocutar a alguien. Basta verificar cuantos casos de quemaduras por contacto con el cableado eléctrico se presentan anualmente en el país. Cuando la administración decidió evitar el costo de proteger los cables de energía eléctrica estaba consciente del riesgo que estaba asumiendo.

Es discutible considerar que al haber omitido el demandante solicitar las autorizaciones municipales necesarias para la construcción de su casa estaba concurriendo en la producción del daño. No basta el incumplimiento de la ordenanza municipal para romper la relación de causalidad. Esta afirmación contradiría el principio de protección y garantía del patrimonio de los administrados porque el incumplimiento de la ordenanza acarrea una sanción. Se debía demostrar materialmente que la cercanía de la casa a los cables de luz había sido la concausa del daño, lo cual no era cierto porque el menor alcanzó el cable de energía eléctrica con una varilla, sin la cual no lo hubiera alcanzado. En este sentido esta es una causa que carece de fuerza en

virtud de que en ningún momento se verifica que la manera en que se construyó la casa haya sido la generadora del daño.

En virtud de lo anterior considero que la causa adecuada para la generación del daño por parte de la administración pública fue la falta de aislante para proteger el tendido eléctrico y evitar que cualquier persona que lo toque sufra quemaduras. Al asumir la administración el riesgo de no proteger el cableado público también está asumiendo los daños que pueda generar a los particulares siempre que sean antijurídicos. Florencio Andrade Medina debía ser indemnizado por los daños morales derivados del accidente que sufrió su hijo porque no se demuestra que el construir su casa sin los permisos necesarios haya sido la causa concurrente del daño.

3.6. La participación de la víctima o de un tercero debe ser evaluada

En este capítulo se ha tenido especial cuidado en el análisis del requisito de antijuridicidad del daño. Es muy importante verificar que el particular no tenga el deber jurídico de soportar el daño. Lo que significa que se trata de una afectación patrimonial injusta que no debe ser asumida por el perjudicado. Lo más importante del capítulo no sólo ha sido determinar lo gravitante que es para tomar la decisión final que se entienda que el particular no debe soportar el daño, sino que hay algunas razones que determinan que lo deba soportar. Como son la ley, el caso fortuito y la actitud del perjudicado.

Se ha expuesto en las secciones anteriores las causas eximentes de responsabilidad de la administración pública son la fuerza mayor (el caso fortuito ha sido rechazado por la doctrina al considerarlo inherente a la prestación del servicio), el hecho exclusivo de la víctima o el hecho exclusivo de un tercero. De esta manera se cumple con el principio de protección y garantía del patrimonio de la víctima, al evitar que los daños que se le generan no sean reparados si no existe una relación directa y exclusiva de causa y efecto. Reparando siempre que se verifica que el particular a sufrido un daño que no tenía el deber jurídico de soportar y que sea efecto de la actividad administrativa. Los tribunales deben analizar detenidamente todas las posibles causas de un daño para verificar si existe una concurrencia de causas o una causa

exclusiva. Bajo este análisis no procede afirmar que nadie puede beneficiarse de su propia falta para desechar las pretensiones de un demandado. Se deberá establecer la exclusividad del hecho de la víctima o de un tercero para determinar que la administración se exonera de responsabilidad. Es un sistema que tiene muchos matices, sin duda, por lo que debe analizarse caso por caso.

No hay criterios absolutos, sólo parámetros que ayudan a resolver cada uno de los casos teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes. No se puede afirmar que la ilicitud de la actuación de la víctima deriva en la irresponsabilidad de la administración. Es necesario comprobar materialmente que los daños se produjeron como efecto de la actuación ilícita. Para ello se deberá tener en cuenta los tres supuestos de concurrencia. Si el hecho de la víctima (o un tercero) es la causa exclusiva del daño, ésta deberá soportarlo. Si el hecho de la administración es la causa exclusiva del daño, corresponde a la administración repararlo. Si concurren el hecho de la víctima (o un tercero) y el hecho de la administración en la producción del daño, se deberá determinar la medida en que lo hacen e indemnizar proporcionalmente.

CONCLUSIONES

Este trabajo, más que una exposición sobre la relación de causalidad, ha sido un análisis de la manera en que el sistema de responsabilidad objetiva de la administración pública debe garantizar el respeto de los derechos de la víctima. El primer inciso del No. 9 del artículo 11 de la Constitución actual no pudo ser más claro cuando garantizó el respeto de los derechos de los particulares. Esta importante obligación, que fundamenta el sistema de responsabilidad y resguarda a la víctima en el análisis de la relación de causalidad, porque exige a la administración a reparar los daños injustos procurados al particular.

En el Capítulo I se hizo un análisis de los conceptos que debieron definirse para que la institución de la responsabilidad civil, reconocida en el derecho privado, sea aplicable a la administración pública. Se expuso que para alcanzar este propósito fue necesario superar las dificultades que presentaba la Administración Pública para ser imputada responsabilidad. En consecuencia, se debió superar las barreras de la soberanía y la divinidad del soberano, que permitieron su impunidad. Propósito que se cumplió cuando se reconoció que la soberanía recaía sobre los ciudadanos, aceptando que tenían derechos respecto del Estado. Fue necesario resolver el problema del

patrimonio que debía soportar la reparación del perjuicio. Se debió superar la imputación al funcionario público; porque no garantizaba la reparación al particular en todos los supuestos de actividad de la administración y complicaba la reparación porque era necesario determinar el funcionario culpable del perjuicio. Se tuvo que crear la administración pública y reconocer que era una persona jurídica de derecho público que ejercía su actividad con el propósito de cumplir los fines del Estado.

Se expuso que, una vez que se reconoció la existencia de la administración pública, fue necesario establecer los principios de su funcionamiento y regular su actividad por medio del Derecho Administrativo. Éste ha controlado su actuación, asegurando los derechos de los administrados por medio del contencioso-administrativo. Ha dado forma a un sistema de organización social en que todo gira alrededor de la administración, actividad imprescindible para la consecución del bienestar general. Ha permitido controlar su poder, evitando abusos y garantizando los derechos de los administrados. Lo que, desde la óptica del Estado Social de Derecho vigente, hace necesario que ésta sea responsable por los daños causados a los particulares en el ejercicio de su actividad. Que actúe pronto, bien, eficazmente en la prestación del servicio público, entendido como la actividad de la administración. En consecuencia, la administración pública moderna requiere un criterio de imputación exclusivo, que se adapte a su personalidad jurídica y cumpla con el propósito de garantizar la reparación de los daños que ocasione.

Se analizó los cuatro criterios que tradicionalmente han servido para imputar responsabilidad a la administración pública, la culpa, la falta de servicio, el riesgo y la lesión antijurídica. Se concluyó que el criterio de la culpa resulta insuficiente para imputar responsabilidad a la administración como persona jurídica de derecho público y que únicamente ha servido para imputarle responsabilidad de manera indirecta, por la actuación de sus funcionarios en el ejercicio de sus cargos. El riesgo, por el contrario, resultó un criterio de imputación muy amplio. Por este motivo actualmente sólo se lo utiliza para responsabilizar a la administración por actividades que entrañen peligro; más que un criterio de imputación es un supuesto de responsabilidad.

Se constató que los dos criterios restantes, la lesión antijurídica y la falta de servicio, han sido elaborados como criterios exclusivos para imputar responsabilidad a

la administración, por lo que se han generalizado en los ordenamientos jurídicos. El problema de la falta de servicio ha sido su insuficiencia para reparar los daños que provienen del funcionamiento normal y lícito de la administración pública. Mientras que la lesión antijurídica presenta el riesgo de convertir la responsabilidad de la administración en un seguro para todos los daños. En nuestro ordenamiento jurídico ambos criterios se reconocen en la norma de la Constitución sobre responsabilidad administrativa. La lesión antijurídica se manifiesta en el concepto de violación de derechos que, como hemos visto, implica un perjuicio que el particular no tiene el deber jurídico de soportar. Mientras que el concepto de falta garantiza la reparación de los perjuicios que deriven del funcionamiento anormal del servicio público. Como son dos criterios de imputación exclusivos para la administración pública, son adecuados para reparar los perjuicios que esta produce.

En consecuencia, la necesidad de elaborar criterios exclusivos para la administración pública surgió de la ineficiencia de la teoría de la culpa para reparar los daños derivados de la actividad administrativa. Como la responsabilidad de la administración forma parte del Derecho Administrativo, es primordial elaborar un sistema de derecho público que vele por que los particulares no soporten los daños injustos ocasionados por la actividad administrativa. También es necesario que el sistema se adecúe a la personalidad jurídica de la administración; que no juzgue conductas subjetivas (únicamente atribuibles a los funcionarios), sino que sirva para responsabilizar a la administración pública por sus acciones u omisiones en el ejercicio de su actividad. Estas razones han alentado al asambleísta a adoptar un criterio de imputación exclusivo para la administración pública (Art. 11 No. 9 de la Constitución) que forma parte de un sistema de derecho público y sirve para garantizar la reparación de los perjuicios que derivan de la actividad de la administración pública (persona jurídica).

Considero que el fundamento de la responsabilidad de la administración pública en el Ecuador es la protección y garantía de los derechos de los administrados que se expresa en que el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar sus derechos. Implica que la administración garantiza el patrimonio, la integridad, la vida digna, entre otros. Ampara la teoría de la lesión antijurídica, expresada como violación de derechos

en nuestro ordenamiento. Regula todo el sistema de responsabilidad del Estado, cuyas características garantizan la reparación de los perjuicios irrogados al administrado. Impide que la interpretación de la norma sobre responsabilidad transgreda derechos. Por lo que, cuando se analiza la relación de causalidad, constituye una garantía incondicional de reparación a la víctima.

Por la escasez de normas jurídicas sobre responsabilidad administrativa, en el Ecuador no se puede afirmar que existe un sistema de responsabilidad de la administración. Lo que no impide establecer sus características en base a lo expresado en el segundo inciso del artículo 11 numeral 9 de la Constitución. Al hacerlo, se debió tener en cuenta que el principio de protección y garantía de los derechos de la víctima debe informar el sistema. Y se expuso que es un sistema de derecho público, porque se regula con el objeto de evitar una situación de desigualdad al particular y velar por la mejor prestación de los servicios públicos; garantizando la protección del interés público. Imputa responsabilidad directa a la administración, con el objeto de garantizar la acción del administrado. Repara la violación de un derecho, los daños que se derivan de la acción u omisión de la administración pública, con el objeto de velar por el respeto de los derechos de los administrados. Es general, garantiza la reparación del daño siempre que emane de una actividad administrativa de carácter jurídico o factico, por acción u omisión, y es aplicable a todas las administraciones públicas. Prescinde de las nociones de culpa e ilicitud (es objetivo) y repara todos los daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar, garantizando el patrimonio, la vida digna y la integridad. Por lo que resguarda los derechos de la víctima, asegurando que esta no soporte el perjuicio generado por la administración pública a menos que concurra una causal de exoneración de la administración.

Como efecto de lo anterior se expuso los presupuestos de la responsabilidad administrativa, que sirven para precautelar el interés público. A pesar de que el sistema de responsabilidad es general, es necesario limitarlo para que no se convierta en un seguro para todos los daños. Los presupuestos de la responsabilidad de la administración son: la lesión antijurídica, que ésta derive de la actividad de la administración pública y que se verifica una relación de causa a efecto entre el daño y la actividad de la administración.

Como lesión que el particular no tiene el deber jurídico de soportar, la lesión antijurídica también limita la responsabilidad. Implica que hay casos en que el particular tiene que soportar el daño ya sea que expresamente lo disponga la ley, que se trate de un perjuicio que no se pueda considerar desigual o que la actitud del perjudicado lo obligue a soportarlo. En este último caso se considera que la administración no transgrede un derecho del particular porque su actitud le obliga a soportar el perjuicio.

La relación de causalidad consiste en que el daño procurado al particular debe ser causado por la actividad administrativa. Es decir, el daño debe ser efecto de la actividad de la administración y no atribuible a una causa extraña a la misma. Se entiende por causa extraña toda aquella que no es atribuible forma alguna a la actividad de la administración. Se reconoce como tales, el hecho exclusivo de la víctima, el hecho exclusivo de un tercero y la fuerza mayor. Esta interpretación de la causa extraña ha sido el resultado del principio de protección y garantía del patrimonio del administrado, que impide que soporte injustamente los daños irrogados por la administración. En base a este criterio se reconoce tres supuestos:

- Que el hecho de la víctima o de un tercero sea la causa exclusiva del daño.
- Que la actuación de la administración pública sea la causa exclusiva del daño.
- Que tanto el hecho de la víctima y/o de un tercero, como la actuación de la administración pública hayan causado el daño.

Se ha reiterado que la garantía de protección de los derechos del administrado impide que se obligue al particular a soportar los perjuicios que le irroge la administración por el sólo hecho de haber participado en su producción. Es necesario que la causa del daño sea exclusiva del perjudicado para eximir de responsabilidad a la administración.

Para resolver a quién es atribuible la causa determinante del daño, o si hay concurrencia de causas se debe tener en cuenta que ningún hecho es el efecto de una sola causa pero que generalmente hay una razón que determina el resultado final. Considero que, para resolver a cuál de las causas es atribuible el perjuicio, no es necesario recurrir a las teorías de causalidad. Lo importante es distinguir todas las posibles causas del daño y establecer si éste se hubiera producido a falta de una de ellas. Como el sistema se fundamenta en la garantía de los derechos de los administrados

será necesario evaluar, en primera instancia, si una acción u omisión de la administración hubiera evitado el daño. A continuación se deberá establecer la conducta del perjudicado o de un tercero, evaluando si fue determinante en la producción del daño. De este análisis se resolverá si existe una causa exclusiva atribuible a la administración o al administrado o si existe concurrencia de causas. Dependiendo de ello se configura o no el deber de reparar; y de configurarse, si la reparación debe ser total o parcial. Como hemos visto, la resolución de estos casos depende de la situación, por lo que depende del criterio del juzgador, que generalmente da lugar a discusión.

Este análisis también es necesario en el caso del hecho de un tercero. Se ha expuesto con claridad los problemas que se han presentado con respecto a la competencia y la efectiva reparación del daño en estos casos. En el Ecuador los jueces ya tuvieron que afrontar este problema en el caso Valencia vs. Petrocomercial y Congas,¹⁴² donde se decidió que la jurisdicción civil era la competente por ser la residual. El nuevo Código Orgánico de la Función Judicial ha establecido que es competencia específica de los Jueces de lo Contencioso Administrativo conocer de las acciones por responsabilidad Administrativa.¹⁴³ Esta norma no dispone que si en la producción del daño concurre un sujeto privado la demanda se resuelva ante los jueces de lo Contencioso Administrativo. En consecuencia, esta competencia es exclusiva para demandar al Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública.

Cuando concurre un tercero, lo más importante será que se precautele el derecho del particular a ser indemnizado. Los jueces y juezas de lo contencioso administrativo deberán tener especial cuidado cuando resuelvan estos casos, porque la concurrencia del tercero no puede contravenir el principio de protección y garantía de los derechos de los administrados. Lo más adecuado, conforme se ha expuesto anteriormente, es aplicar el criterio de solidaridad (si se ha reconocido en el sistema), que permite exigir la totalidad de la indemnización a la administración pública o al tercero, garantizando a la víctima la reparación de los perjuicios.

¹⁴² S. de 28 de Abril de 2000 (Resolución No. 187, Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia)

¹⁴³ Art. 217 No. 8 del Código Orgánico de la Función Judicial; R.O. 458 de 31 de Octubre de 2008

En consecuencia, se ha demostrado que la situación de la víctima en el sistema general de responsabilidad de responsabilidad de la administración pública es privilegiada. El principio de protección y garantía de sus derechos asegura la reparación de los daños que le irroge la administración pública. Los derechos reconocidos en el artículo 66 de la Constitución garantizan el respeto de su patrimonio, vida digna e integridad, por lo que los perjuicios generados por la administración pública, que generalmente atentan contra estos derechos, deben ser reparados. Este deber de reparación cubre los daños generados por acción u omisión de la administración pública, así como los derivados de su actuación lícita o ilícita. El sistema de cobertura de los daños se ha elaborado para precautelar su acción y la reparación correspondiente. Los únicos limitantes de su derecho a ser reparado son que tenga el deber jurídico de soportar el daño, que concurra fuerza mayor o que haya participado exclusivamente en la generación del daño. Se demuestra que la participación de la víctima en la producción del daño no puede considerarse como causal de exoneración. Únicamente lo será cuando el hecho generador del daño sea exclusivo de la víctima.

En este sentido, el caso Andrade Medina transgredió el derecho de protección y garantía del patrimonio de la víctima. Porque reconoció que la omisión de la administración pública había sido la causa del daño y estableció que el administrado era corresponsable del perjuicio. Sin embargo no reparó al particular por los daños morales producidos, conculcando su derecho a la integridad moral.

A pesar de lo anterior, hay que reconocer el esfuerzo que se está haciendo en la Corte Suprema de Justicia por poner en marcha el sistema de responsabilidad patrimonial de la administración pública. Será importante que en estos casos, además de sentar principios claros, como en la mencionada sentencia, también se tenga cuidado en su aplicación.

A futuro todavía es posible imputar responsabilidad a la administración pública por los daños que ocasiona a los particulares en el ejercicio de su actividad. Lo más importante será que se respete los derechos de los administrados y se evite el abuso de poder. Que las normas sobre responsabilidad administrativa que se elaboren, no limiten el ejercicio de los derechos de los particulares. El desarrollo jurisprudencial deberá seguir la línea que se ha seguido hasta ahora, aplicando el criterio de la lesión

antijurídica y garantizando el principio de protección y garantía de los derechos de la víctima, fundamento del sistema. Sólo de esta manera se precautelarán que la administración pública preste servicios públicos de calidad, eximiendo a los particulares de soportar daños injustos.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- ÁLVARO CASTRO ESTRADA; *Responsabilidad Patrimonial del Estado*; México: Editorial Porrúa, 1997.
- ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC; *Derecho Civil: Parte preliminar y Parte general*, Primer Tomo; Santiago: EDIAR, 1991
- CARLOS MARIO MOLINA BETANCUR; “El Derecho Administrativo y la Responsabilidad Patrimonial del Estado Colombiano”; *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*; Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005.
- CONSUELO SARRIA; *Algunos Comentarios sobre la evolución jurisprudencial en Materia de Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado*; IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo; Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003
- EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ; *Curso de Derecho Administrativo*; Tomo I, Bogotá: Temis, 2008.
- EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ; *Curso de Derecho Administrativo*; Tomo II, Bogotá: Temis, 2008.
- EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA; *La lengua de los Derechos*; Madrid: Thomsom Civitas, 2001
- EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA; *La Lucha Contra las Inmunitades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*; Madrid: Thomsom Civitas, 1983.
- EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA; *Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa: potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la administración*; Madrid: Civitas
- EDGAR NEIRA ORELLANA; *Las normas de la Constitución Política de 1998 y el Procedimiento Administrativo Común*; Revista Ruptura; Vol. II, Quito: Asociación Escuela de Derecho PUCE, 2004.

- FARITH SIMON; *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones integrales*; Tomo II, Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2008
- FRANCISCO JAVIER DE AHUMADA RAMOS; *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, 2da. Ed. Pamplona, 2004
- JAVIER ROBALINO ORELLANA; *El marco constitucional del Derecho Administrativo en el Ecuador*; El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica; Quito: Colegio de Jurisprudencia USFQ, 2006.
- JAVIER TAMAYO JARAMILLO; *Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II*; Bogotá: Legis Ediciones, 2007
- JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ; *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*; Madrid: Thomsom Civitas, 2006.
- JESÚS LEGUINA VILLA; *La responsabilidad Civil de la Administración pública*; Madrid: Tecnos, 1970.
- JORGE PEIRANO FACIO, *Responsabilidad Extracontractual*, Bogotá: Editorial Temis S.A., 2004.
- JORGE ZAVALA EGAS; *La responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por las Administraciones públicas, sus delegatarios y concesionarios*; Guayaquil, 2007
- JUAN CARLOS CASSAGNE; *Derecho Administrativo, 7ma ed.*; Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis, 2002.
- JULIÁN ANDRÉS PIMENTO ECHEVERRY; *La Responsabilidad Extracontractual del Estado por la Omisión en la Prestación de Servicios Públicos*; III Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo; Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- JULIO ALTAMIRA GIGENA; *Responsabilidad del Estado*; Buenos Aires: Editorial Astrea, 1973.
- HÉCTOR DARÍO ARÉVALO REYES; *Responsabilidad del Estado y de sus Funcionarios*; Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1982.
- LEÓN DUGUIT, *La Transformación del Estado*, París: 1908.

- LUIS MARTÍN REBOLLO; *La responsabilidad patrimonial de las Entidades Locales*; Madrid: Iustel, 2005
- MARÍA DEL PILAR AMENÁBAR; *Responsabilidad Extracontractual de la Administración pública*; Buenos Aires: Rubinzal Editores, 2008.
- MARÍA GABRIELA REIRIZ; *Responsabilidad del Estado*; Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1969.
- MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN; *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*; Guayaquil: Edino, 1992.
- MIGUEL S. MARIENHOFF; *Tratado de Derecho Administrativo*; Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000
- MIGUEL S. MARIENHOFF; *Responsabilidad Extracontractual del Estado por las Consecuencias de su Actividad “omisiva” en el ámbito del Derecho Público*; Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001
- OSCAR ALVARADO CUADROS; *Responsabilidad del Estado: Fundamentos. Aplicaciones. Evolución Jurisprudencial*; Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- RAMIRO SAAVEDRA BECERRA; *La responsabilidad Extracontractual de la Administración pública*; Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2004.
- RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif general*, T.1; París: Ed. Montchrestien, 2001.

Resoluciones Judiciales:

- ANDRADE MEDINA VS. CONELEC Y EMELMANABI. No. 168-2007. Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Administrativo. 11 de abril de 2007.
- COMITÉ “DELFINA TORRES VIUDA DE CONCHA” VS. PETROECUADOR Y FILIALES. No. 229-2002. Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil. 29 de Octubre del 2002.
- Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, S. de 10 de agosto de 2000 (R. No. 12648. Ponente: M. E. GIRALDO LÓPEZ)
- Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, S. de 29 de enero de 2004 (R. No. 14590. Ponente: A. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ)

- DR. WAGNER VIÑÁN VS. COLEGIO DE MÉDICOS DE IMBABURA. R.O. N° 87 de 22 de mayo de 2003 No. 43-2002. Juzgado Cuarto de lo Civil de Ibarra. 15 de Febrero del 2001.
- FALLO BLANCO, Tribunal de Conflictos Francés, 8 de febrero de 1873.
- FALLO *REGNAULT DESROZIERS*, Consejo de Estado Francés, 28 de marzo de 1919.
- MEDARDO LUNA VS. AECA. No. 20-2004. Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil. 5 de Febrero del 2004.
- *Revista Forense*, Órgano del Colegio de Abogados de Quito. Publicación Mensual de Derecho, Legislación y Jurisprudencia. Tomo I. Quito, febrero de 1913. N° 1.
- S. de 28 de Abril de 2000 (Resolución No. 187, Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia)
- “Saqueo”; Corte Suprema de Justicia Ecuatoriana, Serie 2, Gaceta Judicial 147, 28 de octubre de 1912.
- Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español. S. de 22 de abril de 1994 (Ar. 2722. Ponente GODED)
- Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español, S. de 24 de mayo de 1994 (Ar. 4280. Ponente: SANZ BAYÓN)
- Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español. S. de 7 de noviembre de 1994 (Ar. 10353. Ponente: PECES MORATE)
- Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español, S. de 6 de abril de 1999 (Ar. 3451. Ponente: PECES)
- Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español, S. de 29 de septiembre de 1999 (Ar. 8314. Ponente: GONZÁLEZ NAVARRO)
- Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español, S. de 10 de abril de 2000 (Rec. 9147/1995. Ponente: GONZÁLEZ NAVARRO)
- Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español. S. de 23 de junio de 2002 (Ar. 7682. Ponente: LEGUMBERRI)
- Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español. S. de 20 de marzo de 2003 (Ar. 2820. Ponente: SIEIRA)

- Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español. S. de 8 de abril de 2003 (Ar. 3683. Ponente: GONZÁLEZ NAVARRO)
- Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español. S. de 12 de abril de 2005 (Ar. 4444. Ponente: LEGUMBERRI)
- Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español. S. 21 de diciembre de 2004 (Ar. 307 de 2005)
- Sala primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, S. de 7 de abril de 2005 (Exp. 94-000311-0178-CA. Redactor: O. GONZÁLEZ CAMACHO)
- Tribunal Contencioso Administrativo Sección Sexta, Costa Rica, S. de 8 de agosto de 2007 (Nº 307-2007 Redactora: SÁNCHEZ NAVARRO)

Normas Jurídicas:

- Código de la Orgánico de la Función Judicial, R.O. 458 de 31 de Octubre de 2008.
- Constitución Política de Costa Rica, 8 de noviembre de 1949, Colección de Leyes y Decretos de 1949, Semestre 2, Tomo 2.
- Constitución Política del Ecuador de 1830, 29 de abril de 1830, R.O. s/n.
- Constitución Política del Ecuador de 1843, 1 de abril de 1843, R.O. n/p.
- Constitución de la República del Ecuador de 1861, 20 de noviembre de 1861, R.O. n/p.
- Constitución Política del Ecuador de 1869, 11 de agosto de 1869, R.O. n/p.
- Constitución Política del Ecuador de 1884, 13 de Febrero de 1884, R.O. n/p.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1967; R.O. No. 133 de 25 de mayo de 1967.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1979; R.O. No. 800 de 27 de marzo de 1979.
- Codificación de 1996 de la Constitución Política de 1979; R.O. 996 de 18 de junio de 1996.
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1998; R.O. 1 de 11 de agosto de 1998.

- Constitución de la República del Ecuador de 2008; R.O. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función ejecutiva, R.O. 536 de 18 de marzo de 2002.
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, R.O. 338, 18-III-1968.
- Ley de Modernización del Estado; R.O. 341 de 31 de diciembre de 1993.
- Ley No. 2000-4; R.O. 34 de 13 de marzo del 2000.
- Reforma a la ley de Modernización del Estado; Ley 2001-56, R.O. 483 de 28-XII-2001.
- Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común española, 26 de noviembre de 1992.