

Revista de
**Direito Econômico e
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 13 | n. 3 | setembro/dezembro 2022 | ISSN 2179-8214
Periodicidade quadrimestral | www.pucpr.br/direitoeconomico
Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



Régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado por la actividad administrativa

Regime of non-contractual State liability for administrative activity

Jaime Andrés Villacreses Valle*

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (Quito, Ecuador)

Universidad Espíritu Santo (Guayaquil, Ecuador)

jaimevillacreses@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-1260-5221>

Recibido: 12/06/2022

Aprobado: 07/11/2022

Received: 06/12/2022

Approved: 11/07/2022

Como citar este artículo/How to cite this article: VILLACRESES VALLE, Jaime Andrés. Régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado por la actividad administrativa. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 13, n. 3, p. 503-564, set./dez. 2022. doi: 10.7213/revdireconsoc.v13i3.29977

* Profesor de Derecho Administrativo en Pregrado y Posgrado en Ecuador - Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (Quito, Ecuador) y Universidad Espíritu Santo (Guayaquil, Ecuador). Doctorando en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad de la Coruña-España. Ha dictado las materias de Derecho Administrativo y Contencioso Administrativo en la Universidad de las Américas (UDLA), Universidad Internacional SEK (UISEK), Universidad Espíritu Santo (UEES) y en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador (UASBSE). Presidente del Instituto de Estudios de Derecho Administrativo y Social (IDEAS) de Ecuador. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA). Ex Asociado Senior en Robalino Abogados (Ex Ferrere abogados). Candidato Doctoral en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad de la Coruña-España. Especialista Superior y Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar. Especialista Superior en Contratación Pública por la misma universidad. Experto en Derecho Administrativo por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Abogado por la Universidad de las Américas. Ex Asesor de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. E-mail: jaimevillacreses@hotmail.com

Resumen

Es conocido que los casos de responsabilidad extracontractual del Estado son muy complejos y merecen mucha reflexión. Además, es incorrecto pensar que esta institución constituye un seguro universal para todos los casos. El ordenamiento jurídico incluye obligaciones de las Administraciones Públicas para con los ciudadanos entre las cuales está la de respetar y hacer respetar sus derechos. Estas obligaciones, deben ser cumplidas a cabalidad, con eficiencia, calidad, en el tiempo oportuno. Si esto no es así, y, por ejemplo, hay una falta o deficiente prestación de un servicio público o una acción u omisión de un funcionario público, que cause un daño a una persona y que esta no tenía la obligación de soportar, la Administración Pública está en el deber de reparar a la víctima. La ley establece un procedimiento a seguir para reclamar esta reparación y los requisitos para hacerlo, los cuales son analizados en el presente trabajo.

Palavras-chave: responsabilidad extracontractual del Estado; daño; imputación; eximentes de responsabilidad; reparación.

Abstract

It is known that the cases of non-contractual State liability are very complex and deserve a lot of reflection. Furthermore, it is incorrect to think that this institution constitutes universal insurance for all cases. The legal system includes obligations of the Public Administrations towards citizens, among which is that of respecting and ensuring that their rights are respected. These obligations must be fully fulfilled, with efficiency, quality, in a timely manner. If this is not the case, and, for example, there is a lack or deficient provision of a public service or an action or omission by a public official that causes damage to a person and that the latter was not obliged to bear, the Administration Public is in the duty to repair the victim. The law establishes a procedure to follow to claim this reparation and the requirements to do so, which are analyzed in this paper.

Keywords: non-contractual State liability; damage; imputation; disclaimers; repair.

Sumario

1. Introducción; **2.** Evolución del régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado; **3.** El control de convencionalidad; **4.** Diferencia entre la responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual; **5.** Importancia de la teoría del órgano en la responsabilidad extracontractual del Estado; **6.** ¿Indemnización o reparación de los daños?; **7.** Estructura y régimen de la responsabilidad del Estado, **8.** Características de la responsabilidad extracontractual del Estado: ¿directa y objetiva?; **9.** Responsabilidad de los concesionarios o delegatarios del Estado; **10.** Formas de reparación del daño; **11.** Eximentes de responsabilidad; **12.** Teoría de la carga de la prueba; **13.** Responsabilidad concurrente de las administraciones públicas; **14.** Posibilidad de interponer reclamos en sede administrativa para solicitar la reparación del daño; **15.** ¿Opera el silencio administrativo positivo por la falta de

respuesta a los reclamos por responsabilidad extracontractual del Estado? **16.** Acción judicial por responsabilidad extracontractual del Estado; **17.** Reflexiones finales; Referencias.

1. Introducción

En el estudio del derecho administrativo y el Estado de Derecho, es inexorable destacar a la institución de la responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado y el deber de reparar el daño causado a las víctimas, junto con el principio de juridicidad y el control jurisdiccional de la actividad administrativa, mismas que constituyen herramientas para limitar el poder de las autoridades públicas y tutelar los derechos de las personas. De hecho, se dice que la responsabilidad patrimonial del Estado, culmina de algún modo, el sometimiento de la Administración al Derecho (ESTEVE PARDO, 2018, p. 287).

La buena Administración Pública, ha hecho que las personas sean el centro de preocupación de las autoridades en la actualidad y sus pensamientos deberán ser para buscar estrategias para mejorar sus condiciones de vida.

En palabras de Rodríguez-Arana, este derecho tiene como centro de preocupación a la dignidad del ser humano, la sensibilidad social que deben tener las Administraciones Públicas; además de mejorar las condiciones de vida de las personas, la prestación de servicios y brindar atenciones oportunas, dentro de estándares que procuren la realización de sus derechos fundamentales (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ & INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (España), 2013, pp. 45-46-47-84-103-104-109).

En estas condiciones, no se puede aceptar un Estado que viole a la juridicidad, incumpla sus obligaciones, no garantice la prestación de servicios públicos con estándares razonables de calidad o que existan acciones u omisiones por parte de sus funcionarios que causen daños, sin tener la obligación de reparar de una forma satisfactoria a las víctimas.

Por ello, en este trabajo académico se propone estudiar al tema de la responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado. Esto por cuanto éste siempre ha sido interesante, rico en argumentos, dinámico y en constante evolución.

Adicionalmente, se reflexionará sobre sus orígenes, evolución, requisitos, eximentes de responsabilidad, formas de reparar el daño, entre otros.

Para ello, nos apoyaremos en normativa, doctrina y jurisprudencia comparada, pero con la idea de criticar la regulación realizada para esta institución en el Código Orgánico Administrativo de Ecuador y comprender cómo se la debe usar de manera correcta.

2. Evolución del régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado

Para estudiar este tema seguiremos la clasificación realizada por Libardo Rodríguez, quien señala que la evolución del régimen de la responsabilidad del Estado es progresiva y ha pasado por tres etapas: (i) la irresponsabilidad; (ii) reconocimiento de la responsabilidad del Estado; y (iii) la responsabilidad creciente (RODRÍGUEZ R., 2017, pp. 313–316).

Corresponde entonces revisar cada una de las etapas mencionadas, con el apoyo de otros criterios doctrinales para una mejor comprensión.

2.1. Primera etapa: la irresponsabilidad

Sobre esta primera etapa, Rodríguez dice que “hasta la segunda mitad del siglo XIX, se consideraba, por regla general, que el Estado no era responsable de los daños causados que causara con ocasión de su actividad. Esa solución [...] se fundamentó especialmente en la idea de soberanía, la cual implicaba que las actuaciones del Estado eran indiscutibles”. Al respecto, el mismo autor, cita la famosa frase de Laferriere: “la esencia de la soberanía consiste en imponerse a todos sin compensación alguna” (RODRÍGUEZ R., 2017, p. 313).

Dice Henry Mejía, en estas condiciones, se entendía que “estaba ‘legalizada’ de alguna manera la expoliación y la barbarie a la que el soberano podía someter a sus súbditos, sin que estos tuvieran ninguna posibilidad de pedir un resarcimiento por los perjuicios causados” (MEJÍA, 2022, p. 498). El fundamento para ello fue que “se concebía que el mandato ejercido por el rey fuera recibido directamente de Dios y por tanto, el rey, como representante de Dios en la tierra, podía ejercer su mandato sin ningún tipo de restricción” (MEJÍA, 2022, p. 498).

Sin embargo, esto cambió en la época imperial Romana, en la que surgió por primera vez la institución del Fisco, entendida como una especie de persona moral, diferente al Estado y al gobernante, integrada por los bienes públicos, contra la que se podían ejercer acciones indemnizatorias por los perjuicios causados a las personas. Aunque esto significó un gran avance para la época, esta figura no prosperó históricamente (MEJÍA, 2022, p. 498)

Esto también se puede ver en el sistema inglés donde “surgió un dogma influiría hasta el siglo XX, propio del absolutismo: ‘The King can do no wrong’, que significa ‘el rey no puede equivocarse’”. En el derecho angloamericano también fue asumida la irresponsabilidad del Estado por herencia del sistema inglés. En consecuencia, si el ciudadano quería demandar por daños y perjuicios a los funcionarios federales o de los Estados de la Unión se enfrenta con el dogma inglés: el Estado no es responsable de sus actos. Esto, según Mejía, imperó aún después de la independencia de Estados Unidos en 1776 (MEJÍA, 2022, p. 498).

Sumando a lo expuesto, para Rodríguez, la irresponsabilidad absoluta del Estado encontró en algunas épocas, ciertas limitaciones (RODRÍGUEZ R., 2017, p. 313):

- *Primera:* si bien se dijo que el Estado como tal no era responsable; si sus agentes públicos causaban daños, estos sí respondían directamente. En otras palabras, no era responsable la persona pública (Estado), pero sí lo era la persona natural, si causaba un daño ejerciendo funciones en nombre del Estado (RODRÍGUEZ R., 2017, p. 313).
- *Segunda:* sobre esta limitación, la doctrina señala que la responsabilidad del Estado podía declararse cuando una ley expresamente la consagraba para un caso en concreto. Como ejemplos están: lo sucedido en Francia desde comienzos del siglo XIX, para el caso de los daños causados por obras públicas (Ley de 28 pluvioso del año viii. Art.4), para el caso de tumultos o disturbios (Decreto de 10 de vendimiario del año iv), los daños derivados de la acción de las Fuerzas Armadas o de actos de guerra etcétera.¹

¹ Cfr. BRAIBANT & STIRN, 2002, p. 315; CUADROS, 2018, p. 20; GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ, 2017, p. 392; RIVERO & WALINE, 2002, p. 261; RODRÍGUEZ R., 2017, p. 313; VEDEL, 1980, p. 271.

- *Tercera:* en esta, Rodríguez sostiene que, “con ocasión de la teoría de los actos de poder y los actos de gestión, se consideró que el Estado era irresponsable frente a daños causados por su actividad de poder, pero respondía por los perjuicios ocasionados con su actividad de gestión, ya que en este último caso actuaba como los particulares.” (RODRÍGUEZ R., 2017, p. 314).

Sin duda, en la época actual, en un Estado de Derecho, la irresponsabilidad es criticable desde todo punto de vista; por ello, a continuación, pasaremos a revisar la etapa del reconocimiento de la responsabilidad estatal.

2.2. Segunda etapa: Reconocimiento de la responsabilidad del Estado

Una importante referencia del comienzo de esta etapa es la emisión del fallo “Blanco” emitido por el Tribunal de Conflictos de Francia, el 8 de febrero de 1873, con el que, el régimen de la responsabilidad administrativa no ha dejado de progresar, rico, complejo, cambiante.

Su importancia ha llevado a que la doctrina incluso lo califique como la *pedra angular del derecho administrativo* (CUADROS, 2018, p. 27). Éste fallo ubica en el centro de sus preocupaciones a la justa reparación de las víctimas, pues se dijo que:

la responsabilidad, que podría incumbir al Estado por los daños ocasionados a particulares, como resultado de la actuación de personas empleadas en los servicios públicos, no puede regirse por los principios que se establecen en el Código Civil para las relaciones entre particulares. [...] dicha responsabilidad no es ni general ni absoluta; [...] se rige por normas especiales que varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados (LONG et al., 2017, p. 27)

Rodríguez señala que el fallo “Blanco”, no consagró la responsabilidad del Estado como regla general, sino que, simplemente cambió la idea de que el Estado no podía tener responsabilidad, salvo en casos legal y expresamente previstos, y en sus actuaciones de gestión. Con el fallo se logró que el Estado sea responsable en la prestación de servicios públicos, pero

tampoco de manera general sino en términos restringidos (RODRÍGUEZ R., 2017, p. 314)

A partir de la emisión del fallo, inicia el proceso de evolución hacia un mayoritario reconocimiento de responsabilidad del Estado en favor de las víctimas.

Por su parte, Jacqueline Morand-Deville explica que cinco meses después del fallo “Blanco”, el Tribunal de Conflictos Francés, profería otra decisión de gran importancia para el derecho de la responsabilidad administrativa: CE, “Pelletier”, el 30 de julio de 1873 (GAJA, No. 2) y nuevo apoyo a la jurisdicción contencioso administrativa. La misma autora señala que, “el fallo ‘Pelletier’ establece una distinción basada en su la falla cometida por el funcionario es o no ‘separable’ de las funciones. En la primera hipótesis, se trata de una falla personal, competencia de los tribunales ordinarios. En la segunda, se trata de una falla no separable de las funciones, calificadas como fallas de servicio” (MORAND-DEVILLER, 2017, pp. 751–752).

Henry Mejía dice que con este fallo, “se planteó la responsabilidad derivada de ‘falta personal’ imputable al funcionario y de la ‘falta de servicio’ imputable a la Administración” (MEJÍA, 2022, p. 500).

En el Derecho alemán, la Constitución de Weimar de 1919, fue la primera en establecer la responsabilidad patrimonial del Estado a nivel primario o directo. Antes de esto, la responsabilidad como consecuencia de los actos ilícitos de los funcionarios y empleados era indirecta, conforme lo señalaba el Código Civil alemán (MEJÍA, 2022, p. 499). La referida constitución, en su Art. 131 disponía: “Si un empleado viola los deberes de su cargo respecto a un tercero, en el ejercicio de la función pública que le está confiada, la responsabilidad cae en principio sobre el estado o la corporación, en cuyo servicio esté el empleado. [...]”.

Una disposición similar constaba en el Art. 34 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 que disponía:

Cuando alguien en ejercicio de una función pública que le fuera confiada violare los deberes que la función le impone con respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o la corporación a cuyo servicio se encuentre. En caso de dolo o culpa grave queda abierta la acción de regreso. Para la reclamación de daños y perjuicios abierta así como para la acción de regreso no podrá excluirse la vía judicial ordinaria.

Mejía también apunta que el sistema alemán instauró un sistema de responsabilidad de Derecho Público, con la Ley de Agentes Públicos de la República Federal Alemana de 18 de septiembre de 1957, que incluyó un sistema de responsabilidad directa del Estado y el derecho de repetir contra sus servidores públicos (MEJÍA, 2022, p. 499).

Por su parte, en el sistema inglés, con la promulgación de la “*Crown Proceeding Act*”, en 1947, se “determinó la responsabilidad patrimonial de la Corona inglesa como persona plenamente capaz en lo que respecta a los delitos y faltas cometidas por sus empleados o agentes” y, en general, “a todo deber por el que una persona está obligada en relación con sus empleados o agentes por el hecho de ser ella su empleador”. Se dice que, “[d]e esta ley se desprende que la responsabilidad del Estado inglés se rige por las leyes como si fuera una persona privada y no por el régimen administrativo.”. La Corona no respondía por los actos de Estado; es decir, los realizados en ejercicio de las potestades soberanas (MEJÍA, 2022, p. 498).

Volviendo en este punto al derecho angloamericano, siguiendo a García de Enterría y Fernández, vemos que el proceso de quiebre de la irresponsabilidad del Estado, inició por el Congreso mediante la aprobación de las leyes privadas “*private bills*”. Luego, el progresivo aumento de estas peticiones de indemnización al Congreso forzó a éste a la creación de su propio seno de un órgano asesor especializado denominado “*Court of Claims*” (GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ, 2017, p. 390).

No fue sino hasta 1922, que surgió un verdadero tribunal “*Small Tort Claims Act*”, competente para decidir por sí mismo sobre las reclamaciones de pequeña cuantía, hasta que, en 1929, tras el veto del Presidente Coolidge de un proyecto de Ley de carácter general, se aprobó la “*Federal Tort Claims Act*”, en 1946. Esta, como su gemela inglesa, reconoce la responsabilidad del Estado, configurándola como una responsabilidad por hecho de otro o responsabilidad subsidiaria (*vicarious liability*), que entra en juego exclusivamente en los casos que se constate actuación culposa en el o los funcionarios autores del daño; culpa apreciada según las reglas comunes (GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ, 2017, p. 390).

Finalmente, Mejía apunta que “en la actualidad la mayoría de los Estados de la Unión Americana han admitido la responsabilidad de las agencias públicas locales, regulada por la legislación civil que proviene de la prestación de servicios públicos” (MEJÍA, 2022, p. 499).

Para García de Enterría y Fernández, en España, la afirmación de un principio general de responsabilidad patrimonial del Estado se ha producido con un particular retraso. Fue la influencia del Derecho francés, por la vía de la doctrina y la jurisprudencia, así como del Derechos italiano y alemán, la que tuvieron los legisladores el 16 de diciembre de 1954, para la promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa y así consagrar en los términos más amplios la responsabilidad patrimonial de la Administración (GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ, 2017, pp. 395 y 398). Así, el numeral 1 del Art. 121 de dicha ley establecía:

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

Rodríguez explica que en Colombia, hasta finales del siglo XIX, también se consideraba irresponsable al Estado, se emite una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 22 de octubre de 1896, en la que se consagra la responsabilidad estatal en los siguientes términos:

Todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que estos los resarzan con sus bienes [...] (RODRÍGUEZ R., 2017, p. 316).

El mismo autor sostiene que, contrariamente a lo que sucedió en Francia, donde a partir del fallo Blanco de 1873, se predicó la autonomía del régimen jurídico en materia de responsabilidad del Estado, en Colombia se consagró esa responsabilidad inicialmente asimilada a la responsabilidad de los particulares y solo, hasta hace algún tiempo, se sometió a normas y principios propios del derecho administrativo. En ese sentido, divide en tres etapas la evolución de la responsabilidad del Estado que son: la aplicación

del derecho privado, la etapa de transición, y la aplicación del derecho público (RODRÍGUEZ R., 2017, p. 316).

Luego de este proceso, como una ratificación de la autonomía de la responsabilidad administrativa y de su sometimiento al derecho público, aunque ya no fundamentándose en el derecho francés sino en el derecho español, la Constitución de 1991, en su Art. 90, consagró de manera expresa la responsabilidad del Estado sobre la base del concepto de daño antijurídico (RODRÍGUEZ R., 2017, p. 324).

En Ecuador, desde la Constitución de 1830, en su Art. 7, se reconoce la responsabilidad del Estado²; sin embargo, creemos que la Constitución de 1967 es la que de manera clara reconoce, no solo la responsabilidad del Estado, sino el deber de “indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados” e incluso estableció la competencia de los jueces de lo contencioso administrativo para declarar la responsabilidad de la Administración.

Así, el Art. 27 de la referida Constitución establecía:

El Estado y más entidades de derecho público y las entidades semipúblicas, están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo.

No obstante, lo establecido en el Inciso anterior, el Estado y más entidades antes mencionadas, harán efectiva la responsabilidad de sus funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave, hubieren perjudicado al Estado o a los particulares. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados será establecida por los jueces competentes.

Por su parte, el Art. 215 de la citada Constitución, respecto a la competencia de los jueces disponía:

Al Tribunal de lo contencioso administrativo corresponde conocer las impugnaciones que las personas naturales o jurídicas hicieran contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las entidades semipúblicas, y resolver acerca de su ilegalidad o

² Constitución de la 1830, Art. 7: “El Gobierno del Estado del Ecuador es popular, representativo, alternativo, y responsable.”.

inaplicabilidad; correspóndele igualmente conocer y resolver lo concerniente a las violaciones de la ley reguladora de la Carrera Administrativa, y declarar la responsabilidad, de la Administración, y de sus funcionarios y empleados.

Como se puede observar, se han expuesto algunas referencias que han servido para reconocer la responsabilidad del Estado, y constituyen el punto de partida de un proceso, aun sin fin, por su constante evolución, de desarrollo de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, lo cual nos ubica en la siguiente etapa.

2.3. Tercera etapa: La responsabilidad creciente

En la etapa de la responsabilidad creciente veremos como la evolución de esta institución, ha llevado a que se reconozca una mayor responsabilidad del Estado con el fin de proteger más los derechos de las personas.

Al respecto, Libardo Rodríguez cita a Jean Rivero, quien explica que esta mayor extensión de la responsabilidad administrativa se ha manifestado por los siguientes aspectos principales:

- 1°) La responsabilidad se extendió a algunos servicios que inicialmente habían sido excluidos de la posibilidad de comprometer al Estado, como era el caso del servicio de policía.
- 2°) La culpa exigida para comprometer la responsabilidad del Estado fue haciéndose cada vez menos rígida, de tal manera que de la culpa grave exigida inicialmente, se pasó a considerar que cualquier clase de culpa hacía responsable al Estado, hasta llegar, incluso, a consagrarse en algunos casos de responsabilidad estatal independiente de toda culpa, es decir, una responsabilidad objetiva.
- 3°) Las reglas para determinar la indemnización de los perjuicios han evolucionado en un sentido favorable a los perjudicados.
- 4°) Para asegurar en mayor medida la indemnización a favor del perjudicado, se ha llegado a permitir, en un número de casos cada día más creciente, la acumulación de responsabilidad entre el funcionario y la administración, para que el perjudicado pueda perseguir a cualquiera de las dos personas: la natural o la jurídica (RODRÍGUEZ R., 2017, p. 315).

El avance de la creciente responsabilidad del Estado, ha llegado a insinuar una posible responsabilidad social, según la cual, el Estado debería responder de todos aquellos perjuicios que se causen a los miembros de la comunidad y frente a los cuales no aparezca un responsable identificado, o aun en el caso en que apareciendo este, no tuviere medios para identificar el daño causado (RODRÍGUEZ R., 2017, p. 315).

Estamos de acuerdo con el criterio de la doctrina por cuanto, de esta manera, la institución de la responsabilidad del estado cumpliría su fin que es dar prioridad a la reparación de los daños a las víctimas sin que el identificar al responsable o si esta cuenta o no con recursos, sea un obstáculo para que se haga justicia.

Sin duda, esta etapa de responsabilidad creciente ha sido y seguirá siendo influenciada por los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”) y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”) en los cuales se ha declarado la responsabilidad de los Estado disponiendo la reparación de los daños a las víctimas como consecuencia de las violaciones a los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales.

No obstante, como señala la doctrina (RODRÍGUEZ R., 2017, pp. 315–316), las decisiones de los tribunales internacionales constituyen una solución subsidiaria en los casos en que los tribunales internos, no han funcionado adecuadamente y los perjuicios sufridos por las víctimas no han sido objeto de reparación integral, sino que, para obtenerla, se ha tenido que acudir a los tribunales internacionales cumpliendo, entre otros, con lo dispuesto en el literal a) del numeral 1 del Art. 46 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es: “que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos.”.

Con esto, se constata la importancia de la convencionalidad en la protección de los derechos de las personas, tema que será tratado a continuación.

3. El control de convencionalidad

En este punto, revisaremos la influencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de las decisiones de manera especial, de la Corte IDH, en casos de responsabilidad estatal. Al efecto,

acudimos a Gil Botero quien sostiene que en los últimos años, el fundamento normativo de la responsabilidad ha trascendido más allá de los textos constitucionales, para abrirle espacio a los tratados internacionales de derechos humanos de obligatorio cumplimiento. Dice que este fenómeno es consecuencia del proceso de globalización que el mundo ha sufrido paulatinamente, proceso frente al cual el derecho no puede permanecer ajeno, y que lleva a sostener que hoy en día, los Estados deben responder por las violaciones de derechos humanos que cometan no solo internamente sino también ante la comunidad internacional. Dicho autor señala que el concepto de Constitución, ya no se reduce únicamente a las disposiciones contenidas en ella, sino también comprende normas de carácter supranacional (GIL BOTERO, 2017, p. 21).

Santofimio apunta que “[e]n el moderno derecho administrativo y en la construcción de la responsabilidad patrimonial del Estado lo relevante es la ‘víctima’ y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos convencional y constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos” (SANTOFIMIO G., 2016, p. 26).

Por lo expuesto, en la etapa de evolución de la responsabilidad del Estado, sobre la responsabilidad creciente, se dio relevancia a lo que establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos, mismos que hasta el momento actual siguen influyendo en la construcción de esta compleja y cambiante institución.

Las Constituciones de los países, como por ejemplo la de Ecuador, en el numeral del 3 del Art. 11³, numeral 1 del Art. 76⁴, Art. 426⁵; la de Colombia,

³ ECUADOR, Constitución de la República: “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”.

⁴ ECUADOR, Constitución de la República: “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.”.

⁵ ECUADOR, Constitución de la República: “Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos

en el Art. 93⁶ y otras, exigen a los jueces que tienen a cargo el juicio de responsabilidad del Estado a verificar y garantizar el cumplimiento de lo establecido en los instrumentos internacionales de derechos humanos como tratados, convenios, declaraciones, acuerdos entre otros.

A esto se ha denominado control de convencionalidad, mismo que en palabras de Santofimio constituye:

una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, que tiene como una de sus expresiones al “control difuso de convencionalidad”, e implica el deber de todo juez nacional de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar en un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [la convencionalidad se comprende objetiva –control difuso- que implica confrontar las normas del ordenamiento jurídico interno con la Convención Americana de Derechos Humanos y demás instrumentos del sistema universal e interamericano de protección de los derechos humanos, tanto en su configuración, aplicación e interpretación; y la subjetiva cuyo alcance comprende la asunción y confrontación de la actividad estatal, en todos sus órdenes, con los estándares fijados convencionalmente para la protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario (SANTOFIMIO G., 2016, pp. 29–31).

A respecto, es importante recalcar que, el deber que tienen los Estados de proteger los derechos de las personas y de ser el caso, reparar el daño, nace de lo dispuesto en los instrumentos internacionales de derechos humanos. A continuación, mencionaremos algunos de esos instrumentos a manera de referencia:

siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.”.

⁶ COLOMBIA, Constitución Política: “Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. [...]”.

En 1948, se proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, promuevan el respeto a los derechos y libertades contenidos en ella, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos.

Dicho documento reconoce, entre otros, el derecho a la vida y seguridad de la persona (Art. 3); la prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art.5), el derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que amparen a la persona contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la constitución o por la ley (Art. 8), pero, de manera especial, el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, el bienestar, la alimentación, el vestido, la vivienda, la atención médica y los servicios sociales necesarios (Art. 25).

Luego, en el año de 1950, en el marco del Consejo de Europa realizado en Roma, se aprobó el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o también conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos (“CEDH”), como una de las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal.

En el sistema americano, la Convención Americana de Derechos Humanos establece que los Estados parte de la Convención, se comprometen a respetar los derechos de las personas (Art. 1); entre otros están:

- (i) el derecho a la vida y a no ser privado de esta de manera arbitraria (Art. 4);
- (ii) el derecho a la integridad personal (Art. 5);
- (iii) la prohibición de la esclavitud y servidumbre (Art. 6);
- (iv) el derecho a la libertad personal (Art. 7);
- (v) las garantías judiciales (Art. 8);
- (vi) derecho a indemnización (Art. 10);
- (vii) protección de la honra y de la dignidad; (Art. 11);
- (viii) libertad de pensamiento y expresión (Art. 13);
- (ix) el derecho a la propiedad (Art. 21);
- (x) protección judicial (Art. 25).

Y así, existen otras disposiciones, acuerdos, declaraciones que garantizan la tutela de los derechos de las personas por parte de los Estados.

Como ya se dijo, a lo establecido en los instrumentos internacionales de derecho humanos, se suman los criterios que, en aplicación de estos, han emitido la Corte IDH y el TEDH, respectivamente, mismos que deben ser tomadas en cuenta en las sentencias nacionales de los Estados, lo cual demuestra su importancia en el tema.

Así, por ejemplo, en el sistema americano, la Corte IDH, en sentencia de 26 de septiembre de 2006, en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, para referirse al control de convencionalidad, señaló:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”¹⁵⁰. Esta regla ha sido codificada en el Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁷.

⁷ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrs. 124 y 125.

También, en la sentencia de 24 de noviembre de 2006, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, la Corte IDH fue un poco más allá y señaló que:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.⁸

En el mismo sentido, la Corte IDH, en sentencia de 20 de noviembre de 2012, en el caso Caso Gudiel Álvarez y Otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala señaló que cuando un Estado es parte de tratados internacionales, sus órganos, incluidos los jueces, están obligados a realizar de oficio el “control de convencionalidad” para evitar que el ordenamiento jurídico interno contraríe las normas convencionales. La Corte además aclaró que los jueces no solo deben tener en cuenta “la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.”⁹

Considerando lo expuesto, como señala Jimena Quesada, el juez nacional o interno, debe someterse al principio *iura novit curia*, según el cual,

⁸ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

⁹ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Gudiel Álvarez y Otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala, sentencia de 20 de noviembre de 2012, párr. 330: “330. Asimismo, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.”

aunque las partes procesales no hayan invocado esos argumentos jurídicos, el juzgador deberá aplicar la jurisprudencia internacional (JIMENA QUESADA, 2009, pp. 495–544), realizando un control de convencionalidad, incluso de oficio, para garantizar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados internacionales.

4. Diferencia entre la responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual

Enseña para Parada que la responsabilidad es la posición del sujeto a cargo del cual la ley atribuye la consecuencia de un hecho lesivo a un interés protegido. Distingue el autor que esa responsabilidad puede ser contractual, cuando la obligación de resarcir deriva del incumplimiento de un deber nacido de una relación jurídica singular, o extracontractual, originada al margen de la existencia de aquella relación por una acción u omisión que transgrede el mandato general de no hacer daño a otro (*neminem laedere*) (PARADA, 2012, p. 559).

En palabras de Blanquer, la responsabilidad contractual está vinculada al incumplimiento de una obligación en el marco de un negocio jurídico. Esta puede derivar de un contrato administrativo o de un contrato privado (BLANQUER CRIADO, 2010, p. 1342).

Cassagne apunta que en el derecho privado existe una tendencia contraria a la admisión de dos especies de responsabilidad (contractual y extracontractual) asignándole solo utilidad didáctica; empero, lo cierto es que se ha producido una ampliación del ámbito originario al que se ceñía la responsabilidad contractual, el que ha pasado a cubrir daños que no resultan del incumplimiento de las obligaciones pactadas expresamente en el contrato sino que derivan de deberes preexistentes o derivados del entorno contractual a condición de que no sean genéricos o indeterminados (v.gr. el deber de no dañar) (CASSAGNE, 2018, p. 440).

Dice el mismo autor que esa posición, compartida en el derecho administrativo, como sucede en el derecho civil, conduce a que la responsabilidad contractual tenga un círculo material más amplio al solo incumplimiento de las obligaciones establecidas en los contratos, una de cuyas consecuencias radia en la inclusión dentro de esa especie, de responsabilidad de acontecimientos dañosos comprendidos en las teorías de la imprevisión y del hecho del príncipe (CASSAGNE, 2018, p. 441).

Sostiene, además que, el derecho público procura hacer efectiva la responsabilidad estatal con criterios que tienden, a la realización de la justicia conmutativa mediante la objetivación de la responsabilidad extracontractual a través de la figura de la falta de servicio (que excluye la prueba de la culpa del agente público) habida cuenta que en la Administración la prueba del nexo causal choca muchas veces con la imposibilidad de individualizar al autor del daño (CASSAGNE, 2018, p. 441).

Finalmente, Cassagne dice que el derecho público persigue una finalidad de bien común de un modo más directo y presenta determinadas peculiaridades que justifican no solo la autonomía conceptual de la institución de la responsabilidad sino el mantenimiento de la clasificación bipartida que distingue la órbita contractual de la extracontractual. El eje central de la diferenciación pasa por el carácter diferenciado que asume el factor de atribución aplicable en materia de responsabilidad extracontractual (la *faute de service*) el que conforme al criterio del derecho administrativo se define como el funcionamiento defectuoso o irregular del servicio, que como tal es un factor que prescinde de la culpa, mientras que los factores de atribución en la responsabilidad contractual, principalmente y sin perjuicio de otros factores, son el incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato (que, Pablo Perrino denomina “falta contractual”) (CASSAGNE, 2018, pp. 441 y 442).

Por su parte, Carmen Chinchilla Marín señala que, cuando hablamos de “responsabilidad patrimonial” [extracontractual], nos referimos a la responsabilidad que nace del reconocimiento por parte de la ley del derecho de toda persona a ser indemnizada por los daños que le cause la Administración y que sean de consecuencia de su funcionamiento y su actuación en general, y no del incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato. Se trata, por tanto, de la responsabilidad extracontractual, cuya fundamento último es la garantía de la indemnidad patrimonial de las personas, en el sentido más amplio de este término (CHINCHILLA MARÍN, 2021, p. 109).

Aclara la autora que la Administración responde de los daños que cause como consecuencia del funcionamiento de sus servicios, expresión que debe entenderse como actuación administrativa en el sentido más amplio posible; es decir, se refiere a todas las manifestaciones posibles de su actuación, incluida su no actuación cuando esta es debida: actos,

reglamentos, vía de hecho, inactividad y, por supuesto, también, la actuación material o puramente fáctica (CHINCHILLA MARÍN, 2021, p. 109).

Ahora bien, respecto a la responsabilidad contractual de las Administraciones Públicas, Chichilla Marín dice que en el ámbito de la contratación, la regla general es que de los daños que se causen a terceros con motivo de la ejecución del contrato responde el contratista y solo, en casos muy determinados, responderá la Administración (CHINCHILLA MARÍN, 2021, p. 116).

En definitiva, Parada dice que el Derecho Administrativo conoce a la responsabilidad extracontractual como la institución que permite exigir de la Administración la indemnización de daños y perjuicios que ocasiona la actividad de los poderes públicos en el patrimonio de los ciudadanos (PARADA, 2012, p. 560).

Con estas consideraciones, podemos decir que la responsabilidad contractual se da por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato, que tuvo como efecto la existencia de un daño; por otra parte, la responsabilidad extracontractual, en materia civil, se da cuando el causante del daño es un particular; y, finalmente, la responsabilidad extracontractual administrativa, surge cuando el causante del daño es un agente en ejercicio de una potestad pública.

5. Importancia de la teoría del órgano en la responsabilidad extracontractual del Estado

Efraín Pérez cita a Carré de Malberg quien define al órgano como: “los hombres que, sean individual o corporativamente, están habilitados por la Constitución para querer en nombre de la colectividad y cuya voluntad vale, por medio de esta habilitación estatutaria, como la voluntad legal de la colectividad” (PÉREZ, 2021, p. 114).

Pérez dice que el autor citado establece dos importantes diferencias entre órgano y el representante: (i) *primera*, la representación supo dos personas distintas: la representada y el representante. En cambio, el órgano se considera parte integrante de la colectividad cuya voluntad expresa como propia; (ii) *segunda*, jurídicamente, la representación se deriva de un contrato mientras que “la institución y los poderes del órgano se derivan exclusivamente del estatuto orgánico de la colectividad” (PÉREZ, 2021, p. 114).

Sobre la influencia de la teoría del órgano, Ricardo Rivero dice que esta institución se construye a partir del Derecho canónico, materia que es una de las “raíces” originales del Derecho Administrativo (RIVERO ORTEGA 2019, p. 88).

Explica que se concibe esta idea, para separar jurídicamente la persona física que ocupa una responsabilidad de su identidad institucional, útil a los efectos de garantizar la continuidad y certidumbre tanto en la asignación de funciones como de responsabilidades por las decisiones adoptadas. Señala que su origen estpa en el “officium”, porque el Derecho canónico considera a la persona física el órgano y al “officium” el centro de imputación de competencias (RIVERO ORTEGA 2019, p. 88).

En este sentido, dice que la teoría del órgano sirve tanto para las relaciones externas con terceros como para la relación de servicios interna, atribuyendo a cada uno tareas y un conjunto de medios para el ejercicio de las funciones asignadas. Lo que se pretende es disponer de centros de competencias a los que imputar o responsabilidad su actividad, permaneciendo en el tiempo, dotando de estabilidad y confianza a la organización frente al constante cambio de personas que ocupen los cargos públicos y sean los titulares de los órganos administrativos (RIVERO ORTEGA 2019, p. 88).

Con estas ideas, Rivero destaca que esta técnica del Derecho Administrativo tiene sus ventajas a la hora de atribuir responsabilidades a la Administración, evitando el dilema de si exigírselas a sus titulares o funcionarios que ejercen o ejercían los cargos públicos. Apunta que: “[l]a disociación de la voluntad objetiva, la del órgano, y otra subjetiva, la psicológica de sus titulares, es no obstante una suerte de ficción esquizofrénica contra la realidad” (RIVERO ORTEGA 2019, p. 88).

Finalmente, concluye resaltando la validez de la institución de la teoría del órgano administrativo desde una perspectiva jurídico formal, lo que no evita que se tenga presente el carácter subjetivo del titular, cuidando la exigencia de capacidad, la ausencia de conflicto de intereses y, en los casos más graves, las responsabilidades de cada persona al servicio de la Administración Pública (RIVERO ORTEGA 2019, p. 88).

Por su parte, con el fin de abordar este tema, Francisco Guerrero propone la siguiente pregunta:

¿Por qué se atribuyen las actuaciones de personas físicas (servidores públicos) a las entidades, organismos o personas de derecho público en las que prestan sus servicios?

Responde señalando que, debemos tener presente que la actuación de los funcionarios públicos cuando ejercer funciones inherentes a sus cargos, no lo hacen a título personal, sino bajo una relación especial con las administraciones, con connotaciones, significación y alcances muy particulares, que se enmarcan en lo que la doctrina conoce como la teoría del órgano (GUERRERO CELI, 2019, p. 153).

Dice que esta institución sirve para comprender cómo la actuación de los funcionarios públicos se imputa a la Administración Pública y se reconoce como realizada por esta; de tal forma que, los actos y expresiones de voluntad emitidos por los órganos se atribuyen a las Administraciones Públicas y surten efectos jurídicos respecto de las personas destinatarias (GUERRERO CELI, 2019, p. 153).

En este sentido, se debe considerar que, para que esta imputación se concrete se deben cumplir algunas condiciones: (i) que el servidor público ostente esa condición. Es decir, que se trate de una persona natural que tenga una relación laboral con la Administración Pública; (ii) que la acción u omisión, se enmarque en las competencias otorgadas por el ordenamiento jurídico a ese órgano administrativo o que tenga relación con las funciones encomendadas a su cargo.

Además, se debe considerar que, para que los actos y expresiones de voluntad de las personas naturales o físicas tenga validez jurídica, se requiere que estas sean legalmente capaces; esto es, que pueda obligarse por sí mismas sin la intervención o autorización de otra persona conforme el Art. 1461 del Código Civil ecuatoriano ("CC").

En lo que respecta a las personas jurídicas y a su expresión de la voluntad, toda vez que estas son relativamente incapaces como lo señala el Art. 1463 del CC, debe ser emitida por su representante legal pues, el CC dispone en su Art. 28 que son representantes legales de una persona, el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas, los designados en el Art. 570.

En el Art. 570 del CC se dispone que las corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, o a falta de una y otras, un acuerdo de la corporación, han conferido este carácter.

Y, el Art. 571 del CC, establece que los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación. En cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante.

Con lo expuesto, queda claro que en el caso de las compañías o sociedades mercantiles, las acciones serán imputables a estas, si son realizadas por sus representantes legales o administradores que ejerzan dicha función.

En el derecho público, con la influencia de la teoría del órgano, las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, son imputables a estas por tener una relación laboral y ser sus representantes ante los particulares.

Por ello, Guerrero Celi sostiene que:

Lo sustancial de la teoría del órgano es que permite explicar en forma sustentada y coherente, cómo las actuaciones de los agentes públicos en ejercicio de sus funciones, no se consideran como propias de ellos (a título personal) sino que esas actuaciones son imputables a la entidad, organismo o persona jurídica de derecho público de cuya estructura forman parte esos agentes, y así lo reconoce jurídicamente (GUERRERO CELI, 2019, p. 155).

Vemos entonces que, la institución del órgano administrativo, es una ficción legal o construcción jurídica, integrada por dos elementos: (i) las atribuciones y funciones atribuidas por el ordenamiento jurídico; (ii) la voluntad exteriorizada por la persona natural que ha sido incorporada al servicio público para el ejercicio de dichas atribuciones y funciones (GUERRERO CELI, 2019, p. 155).

Para Cassagne, dicha teoría del Derecho Público, intenta explicar la existencia material del Estado, puesto que el órgano administrativo deriva de la propia constitución de la persona jurídica, integrando su estructura. De ese modo dice, cuando actúa el órgano es como si actuara la propia persona jurídica (CASSAGNE, 2018, pp. 230–231).

En definitiva, para este autor, el órgano no actúa sobre la base de un vínculo exterior con la persona jurídica estatal sino que la integra, formando parte de la organización, generándose una relación de tipo institucional, que emana de la propia organización y constitución del Estado o de la persona jurídica pública estatal (CASSAGNE, 2018, p. 231).

Finalmente, destaca que en el tema de la responsabilidad del Estado, la conducta de un órgano o un funcionario que le sea imputable, es presupuesto para su existencia y de ahí su importancia para establecer cómo o si se el atribuye o no la voluntad de funcionario público (CASSAGNE, 2018, p. 231).

Balbín, por su parte, sostiene que el Estado es una persona jurídica y, por tanto, para responsabilizarlo no es suficiente con constatar las conductas de sus agentes, sino que es necesario además imputarle tales acciones y omisiones. De esta manera, el sujeto imputado y responsable por el daño causado no es definido de modo simple y directo por la autoría material de las conductas dañosas (como si se tratase de hechos de las personas físicas), sino por medio de una serie de ficciones legales que nos permiten reconducir las conductas y residenciarlas en las personas jurídicas. En este marco, dice el autor, el factor de imputación es la teoría del órgano (BALBÍN, 2018, pp. 664–665).

En otras palabras, a la luz de la teoría del órgano, constituye una ficción legal que permite que las conductas de los agentes públicos -personas físicas- se deben entender como conductas del propio Estado y, en consecuencia, aquellos expresan lisa y llanamente la voluntad estatal. Así, no es necesario trasladar las conductas de las personas físicas (órganos) al Estado (persona jurídica), sino que se superponen unas con otras, expresando una sola voluntad (BALBÍN, 2018, p. 665).

En este sentido, lo que se hace es imputar o trasvasar al Estado la responsabilidad por las acciones u omisiones de sus agentes, lo cual también marca una diferencia con el derecho civil, donde siempre las conductas serán propias de las personas físicas y no de otros.

Balbín, cita algunos ejemplos: (i) el acto dictado por un agente público sobre revocación de un permiso en razón de las preferencias sexuales y creencias religiosas del permisionario; (ii) las liquidaciones incorrectas de los haberes de los agentes; (iii) la expedición de certificados erróneos; o (iv) los casos de mala praxis en hospitales públicos (BALBÍN, 2018, p. 665).

En este último caso, nótese que dice mala praxis en hospitales públicos lo cual puede englobar una serie de fallas en el servicio y no, solamente, la acción culposa de los médicos.

Los ejemplos expuestos, catalogados por el autor como conductas claramente irregulares, dice además que son acciones y omisiones del propio Estado, sin perjuicio de las acciones de repetición que luego el mismo Estado

ejerza contra el funcionario público responsable del daño (BALBÍN, 2018, p. 665).

De lo dicho, se debe tener presente que no se puede trasladar e imputar cualquier conducta de los funcionarios públicos al Estado, sino que se debe hacer un análisis profundo, considerando cómo se dieron las cosas en el caso en concreto y las obligaciones que tenía el Estado y los funcionarios públicos en ese escenario.

Es por esto que Balbín sostiene que el criterio más acertado para fijar el límite de la imputación es el concepto de “apariencia en el ejercicio de las funciones”. Esto aplicaría en los casos en que el sujeto ejerce aparentemente su cargo. De esta manera, el comportamiento debe o debió ser aparente en términos formales y con alcance mínimo, lo cual lo convertiría en legítimo según el criterio de un tercero imparcial (BALBÍN, 2018, p. 666).

Un ejemplo es el caso en el que los funcionarios públicos hacen uso de los insumos entregados para el ejercicio de sus funciones, lo cual no ocurriría cuando el funcionario público lleve a cabo actividades de carácter estrictamente personales, pues no es posible su reconocimiento exterior (BALBÍN, 2018, p. 666).

6. ¿Indemnización o reparación de los daños?

En este punto, es importante aclarar si, ante un daño ocasionado a la víctima que sea imputable al Estado o la Administración Pública, cabe una “indemnización” o una “reparación”.

Juan Carlos Henao apunta que:

“Reparar”, “indemnizar”, “resarcir”, “restablecer”, “volver las cosas al estado anterior”, “compensar”, son algunos términos que se encuentran en el corazón del debate sobre el alcance de la reparación de daños. La diversidad de formas como se enuncia el mismo fenómeno es de por sí la primera dificultad que se enfrenta a la hora de describir su alcance, razón por la cual es preciso proceder a una cuidadosa escogencia terminológica para evitar equívocos, puesto que, por lo demás, en diversos campos de la responsabilidad civil estos términos son empleados en ocasiones como sinónimos (HENAÑO, 2015, pp. 40–41).

Esta cita, resalta la importancia de escoger el término correcto a ser aplicable ante la declaratoria de la responsabilidad patrimonial o extracontractual del Estado puesto que esta, tiene matices y diferencia al momento de aplicarse de la responsabilidad civil.

La RAE, define al termino “indemnizar” a al forma de: “[r]esarcir de un daño o perjuicio, generalmente mediante compensación económica”¹⁰.

En cambio, la misma RAE define al término reparar como: “[a]rreglar algo que está roto o estropeado”; “[e]nmendar, corregir o remediar”; “[r]emediar o precaver un daño o perjuicio”¹¹. Si seguimos profundizamos, verificamos que la RAE define a “remediar” como: “[p]oner remedio al daño”; “[l]ibrar, apartar o separar de un riesgo”; “[e]vitar que suceda algo de que pueda derivarse algún daño o molestia”¹².

De lo expuesto, se comprueba que el término “indeminzar” serviría para otorgar cierta cantidad de dinero, como respuesta a la ocurrencia ante un daño y, el término “reparar” que incluye en su definición el término “remediar”, permiten realizar varias acciones para enmendar, poner un remedio, evitar el riesgo y que el daño no vuelva a suceder, con lo cual, no solo se protegerá a la víctima sino al resto de la sociedad.

Para resolver esto, usando como referencia la normativa de Ecuador, hemos dicho que el Art. 336 del COA¹³ se refiere a cómo se debe reparar los daños causados por la actividad de las Administraciones Públicas. En este primer punto reconocemos el correcto uso del término “reparar”, como ya se usa también en el Art. 11 numeral 9 de la CRE¹⁴, dejando atrás al término

¹⁰ RAE. Accedido el 22 de octubre de 2022. <https://dle.rae.es/indemnizar>

¹¹ RAE. Accedido el 22 de octubre de 2022. <https://dle.rae.es/reparar?m=form>

¹² RAE. Accedido el 22 de octubre de 2022. <https://dle.rae.es/remediar>

¹³ COA: “Art. 336.- Reparación por daños. Cuando el daño sea patrimonial, se procurará la restitución de las cosas a su estado original o al más próximo al que se encontraban antes de la afectación o de no ser posible, mediante reparación pecuniaria en la que estará incluida la reparación por daños meramente morales, cuando corresponda.

La reparación pecuniaria podrá sustituirse por una compensación equivalente en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.

Cuando el caso lo amerite, la administración pública podrá, dentro del ámbito de su competencia y con sujeción a los principios de legalidad e igualdad, establecer reparaciones no patrimoniales siempre que no afecten derechos de terceros ni generen erogaciones adicionales al Estado. Están fuera del ámbito de esta disposición, la reparación integral prevista en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.”.

¹⁴ CRE: “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...]

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

“indemnizar” escrito en las Constituciones de 1967, Art. 27¹⁵, en la Constitución de 1998, Art. 20¹⁶, o en el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE en el Art. 209¹⁷. Este renacimiento lo hacemos por cuanto los términos “indemnizar” y “reparar” no son iguales; el verbo reparar es más amplio y comprende diversas maneras que permiten volver a su estado anterior a lo que se ha dañado (VILLACRESES VALLE, 2020, p. 340).

Así, los daños causados a las víctimas no necesariamente pueden ser compensados con una indemnización económica, sino de varias formas, por ejemplo: (i) con disculpas públicas en un acto oficial del Estado, en medios

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

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

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

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

¹⁵ Constitución 1967 Ecuador: “Artículo 27. Responsabilidad. El Estado y más entidades de derecho público y las entidades semipúblicas, están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo.

No obstante, lo establecido en el Inciso anterior, el Estado y más entidades antes mencionadas, harán efectiva la responsabilidad de sus funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave, hubieren perjudicado al Estado o a los particulares. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados será establecida por los jueces competentes.”.

¹⁶ Constitución 1998 Ecuador: “Artículo 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. Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes.”.

¹⁷ ERJAFE: “Art. 209. De la responsabilidad patrimonial.- Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a la que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política de la República, los particulares exigirán directamente a las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios de los que provinieren el presunto perjuicio, las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio o por el funcionamiento de los servicios públicos. La reclamación será inmediatamente puesta en conocimiento de la Procuraduría General del Estado para la coordinación de la defensa estatal. Están legitimados para interponer esta petición, los particulares a quienes las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios les hubieren irrogado perjuicios.”

de comunicación, en las páginas web de las Administraciones Públicas; (ii) colocando placas en homenaje a la víctima en una plaza pública; (iii) con becas escolares; (iv) con acompañamiento psicológico; o, incluso, (v) con acción que garanticen la no repetición del daño (VILLACRESES VALLE, 2020, p. 341).

Con respecto a ésta última un ejemplo podría ser demostrando que se han tomado decisiones en el funcionamiento o estructura de la Administración Pública, con las cuales se corrigieron los errores por los que se produjo el daño. Se ratifica entonces que no es lo correcto hablar de un *derecho a la indemnización*, sino de una *reparación integral del daño*, esto incluye al daño patrimonial y moral incluso, en la medida en que estos sean probados (VILLACRESES VALLE, 2020, p. 341).

Como ya se dijo anteriormente, si se pretende la reparación de daños materiales o patrimoniales, se deberá probar el daño emergente o el lucro cesante y de existir también el daño moral o inmaterial en las condiciones antes descritas (VILLACRESES VALLE, 2020, p. 341)

La doctrina explica que es usanza de alguna parte de la doctrina, sobre todo francesa, usar el limitado término de “indemnizar” que tiene únicamente un carácter pecuniario y, por ello que, para evitar la confusión entre términos, que tienen diferente alcance, es preferible usar una palabra más omnicompreensiva, como lo es la “reparación” o “reparar” (HENAO, 2015, p. 41).

Finalmente, dice Henao que, adoptar esta posición permite adherir a las definiciones amplias que son dadas en múltiples ámbitos jurídicos, por ejemplo en el derecho internacional, que uso el término reparación como “todo acto o prestación de un Estado en beneficio de otro y de su demanda, que tiene por objeto poner fin a un litigio relativo a un perjuicio sufrido por el segundo por el hecho del primero” (HENAO, 2015, p. 41).

Lo dicho podemos comprobarlo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el número 1 del Art. 63 que establece:

Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o

situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Como se ve, este instrumento internacional usa de manera correcta el término reparar y no, indemnizar.

La norma citada tiene algunos postulados que permiten a la CorteIDH¹⁸ disponer las medidas que se consideren pertinentes (varias, si es necesario) para que se garanticen los derechos o libertades conculcadas procurando que la víctima vuelva al estado anterior al hecho que causó el daño y, además de eso, una indemnización. Por tanto, es incorrecto pensar que la forma de responder ante una afectación a una persona es, únicamente, con el pago de dinero.

A manera de referencia, incluso podemos mencionar que en el año 2005, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución No. 60/147, promulgó los denominados: “Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho a un Recurso y Reparación para las Víctimas de Violaciones Graves del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario”.

Estos, no son nada más que los Principios y Directrices Básicos de la ONU, entre los cuales se reconoce el derecho de las víctimas a la reparación, de la siguiente manera:

VIII. Derecho de las víctimas a la reparación

11. Los recursos por violaciones flagrantes del derecho internacional de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario incluyen el derecho de la víctima a lo siguiente, según lo dispuesto en el derecho internacional:

- (a) Acceso equitativo y efectivo a la justicia;
- (b) Reparación adecuada, efectiva y pronta del daño sufrido;
- (c) Acceso a información relevante sobre violaciones y mecanismos de reparación¹⁹.

¹⁸ La Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece en el número 3 del Art. 62 que: “[l]a Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

¹⁹ ONU: Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho a un Recurso y Reparación para las Víctimas de Violaciones Graves del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario. Accedido el 15 de noviembre de 2022.

Ante esto, es pertinente lo que afirma Santofimio cuando dice que, dea comprendia la reparación integral “maximizada” o “reducida”, debe tenerse en cuenta que los límites básicos los fijan los estándares de convencionalidad y que estos se fundan en el principio pro homine, en virtud del cual, la víctima no puede ser simplemente compensada económicamente, sino que tiene que tratarse de recomponer o crear las condiciones mínimas para un ejercicio eficaz de los derechos que por conexidad, o de manera directa, resultan vulnerados, ya que una simple cuantificación económica puede desvirtuar la naturaleza misma de la reparación y de su integralidad (SANTOFIMIO G., 2017, p. 189).

7. Estructura y régimen de la responsabilidad del Estado

En este punto, se procederá a revisar el régimen que regula la institución de la responsabilidad patrimonial o extracontractual del Estado en Ecuador, sus requisitos, características, formas de reparar el daño, eximentes de responsabilidad, teoría de la carga de la prueba, responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas, posibilidad de interponer reclamos en la vía administrativa y acciones en la vía judicial.

La Constitución de la República, dispone en su Art. 11.9, que:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:
[...]

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

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

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

<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation>

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

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

El COA establece en su Art. 331 los requisitos para la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado y son:

1. La falta o deficiencia en la provisión de un servicio público o cualquier otra prestación al que el particular tenga derecho.
2. El daño calificado de conformidad con este Libro.
3. La existencia de un nexo causal entre el daño calificado y la acción u omisión de las administraciones públicas o el hecho dañoso que violente el derecho.

Empero, de acuerdo al COA, el Estado no puede ser atribuido un daño solo por la falta o deficiente prestación de un servicio público, sino también, por acción u omisión de la o del servidor público y tendrá la obligación de ejercer la acción de repetición contra quienes, en el ejercicio de sus funciones, generaron el daño por dolo o culpa grave, conforme se establece en el Art. 333.

Con esta introducción, consideramos pertinente, hacer un análisis de los siguientes elementos: (i) el daño; (ii) imputación del daño al Estado; (iii) el nexo causal.

7.1. Daño

Empezaremos por comprender qué se entiende por daño, para lo cual, acudiremos a una clásica definición realizada por Henao, quien sostiene que:

daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátense de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de

colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce específico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil-imputación y fundamento del deber de reparar-se encuentran reunidos (HENAO, 2007, p. 133).

Complementando la definición citada, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, ha dicho que podrá ocasionarse: (i) daño emergente, si el hecho dañino ocasionó pérdida o disminución en el patrimonio; (ii) lucro cesante si el hecho imposibilitó o imposibilitará el ingreso patrimonial previsto; y, de ser el caso, también podría ocasionarse; (iii) daño moral, inmaterial o extrapatrimonial cuando el daño causó dolor, sufrimiento, angustia psicológica, o que por como efecto del daño se afectaron de manera grave las relaciones familiares o el resto de la sociedad.²⁰

Respecto al daño moral o inmaterial, la Corte IDH ha dicho:

254. El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas.²¹

Este daño tiene que ser considerado antijurídico, es decir, se produce cuando la víctima no debía el deber [jurídico] de soportarlo.

Al respecto, García de Enterría y Fernández explican que “un perjuicio se hace antijurídico y se convierte en lesión resarcible siempre que y solo cuando la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo; la antijuridicidad del perjuicio es, pues, una antijuridicidad referida al perjudicado” (GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ, 2017, p. 417).

En este punto, debemos tener presente que, un caso en el cual una persona tiene la obligación jurídica de soportar la afectación causada al patrimonio, es pues, el pago de impuestos, dado que está contemplado en

²⁰ ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, Resolución No. 433-2013 de 17 de junio de 2013, 11h39, Recurso de casación No. 83-2011, Caso: Claudio Iván Ordóñez / Demandado: IESS.

²¹ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, parr. 128.

la ley; otro caso puede ser el derrocamiento o demolición de una construcción sin permisos de autoridad competente, lo cual se dará luego de haber terminado el correspondiente procedimiento administrativo sancionador, en el cual, además de la sanción, se haya establecido dicha obligación de hacer y la misma haya sido incumplida (VILLACRESES VALLE, 2020, p. 333).

7.2. Imputación del daño al Estado

En este punto debemos preguntarnos: ¿cómo se deben imputar los daños a las Administraciones Públicas?

Sobre esto, García de Enterría y Fernández sostiene que: “para que surja la responsabilidad es preciso que esa lesión pueda ser imputada, esto es, jurídicamente atribuida, a un sujeto distinto de la propia víctima. La imputación es así 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” (GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ, 2017, pp. 414–415).

Los citados autores explican que lo más simple sería realizar la imputación de la responsabilidad “una vez que se prueba la relación de causalidad existente entre la actividad del sujeto productor del daño y el perjuicio producido” (GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ, 2017, p. 415).

Señalan además que, en la “responsabilidad civil, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal, el objetivo último que se persigue no es tanto el de identificar a una persona como autora del hecho lesivo, sino el de localizar un patrimonio con un cargo al cual podrá hacerse efectiva la reparación del daño causado. Esta finalidad garantizadora, [...] produce una disociación entre la imputación y la causalidad” (GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ, 2017, p. 415).

En el caso de la responsabilidad estatal, como hemos dicho, la Administración Pública es persona jurídica, y el problema de la imputación está en que la misma actúa a través de personas físicas -agentes públicos- o se da también por la falta de actuación de estas últimas.

En definitiva, siguiendo las reflexiones de los citados autores entendemos que no puede realizarse la imputación de la responsabilidad estatal solo con base en la causalidad de quién produjo el daño sino que debe haber otras razones con fundamento jurídico que apoyen a justificarla como:

“la propiedad de la cosa que ha producido el daño, la titularidad de la empresa en cuyo seno ha surgido el perjuicio, la dependencia en que respecto del sujeto responsable se encuentra el autor material del hecho lesivo, la creación del riesgo de cuya actualización ha surgido la lesión al dañado, o cualquier otra” (GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ, 2017, p. 415).

En esto, es obligatorio identificar, en el caso concreto, el título de imputación que sirva para declarar la responsabilidad de la Administración Pública, ya sea por: funcionamiento anormal, que incluye a la falta del servicio o funcionamiento deficiente, al daño especial -desequilibrio de las cargas públicas-; o, por riesgo excepcional, y así se pueda disponer la reparación del daño causado a la víctima.

Al respecto, la doctrina (SANTOFIMIO G., 2017, p. 749) recuerda que el Consejo de Estado colombiano, en el año 2012, unificó la jurisprudencia (sentencias de 19 de abril²² y del 23 de agosto de 2012²³) en el sentido de afirmar que no existe un modo cerrado, monolítico y restringido de los denominados “títulos de imputación”, sino que todo juez contencioso administrativo tiene la posibilidad de examinar todos y cada uno de los fundamentos que han operado en el régimen de responsabilidad del Estado, y aplicar aquél que pueda encuadrarse, sustentándose en los hechos y las pruebas de cada caso; esto constituye una expresión clara del principio sustantivo del iura novit curia.

Para ello, hay que identificar las obligaciones jurídicas que tenía el Estado para con la víctima en el caso concreto, ya sea, por ejemplo, la prestación de un servicio público de salud de calidad, en cirugías para curar enfermedades a las víctimas, dotación de medicinas, no uso de armas, indebido uso de vehículos institucionales o maquinaria para vulnerar el derecho a las personas a la propiedad, tomar precauciones en la construcción de una obra pública, entre otras.

Como se puede ver, para atribuir la responsabilidad del Estado, no se hace referencia solo a la relación de causalidad entre el daño y la persona que lo causó, teoría que ya ha sido superada, sino que la imputación del daño al Estado se realizará en la medida del cumplimiento o no de sus obligaciones en las prestaciones de servicios públicos o cualquier acción u omisión.

²² COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de abril de 2012, exp. 21515.

²³ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de agosto de 2012, exp. 24392.

En este sentido, Santamaría Pastor enseña que, la posibilidad de imputación a la persona jurídica Estado requiere los siguientes condicionantes: (i) que la actividad o decisión que se asuma se realice en ejercicio de una competencia o en el desarrollo de una prerrogativa pública; (ii) que aun cuando la actividad o decisión sean contrarias a derecho, el ciudadano pueda relacionarla directamente con el obrar público y (iii) que quien realice la actividad o tome la decisión tenga la investidura (o por lo menos la apariencia, tratándose de un funcionario de hecho) de titular del empleo u órgano público (SANTAMARIA P., 2009, pp. 407–408).

7.3. Nexo causal

En palabras de Miguel Sánchez Morón, para que la lesión resarcible sea indemnizable [o el daño reparado], debe existir una relación de causa a efecto entre la actuación u omisión administrativa a la que se imputa el daño y aquella.

Añade que, este requisito no plantearía mayores problemas si no fuera porque, en la práctica el resultado dañoso se produce con harta frecuencia por la concurrencia de un conjunto de causas que tienen su origen en la conducta de sujetos distintos (la Administración o sus agentes, terceras personas, la propia víctima del daño, otras administraciones) o, a veces, como se ha dicho, en hechos imprevisibles. Se suscita entonces la cuestión del “concurso de causas”, que debe ser resuelta satisfactoriamente para determinar a quien o quienes corresponde reparar el daño (SÁNCHEZ MORÓN, 2021, p. 969).

Santofimio Gamboa, citando Diez Picazo, dice que se entiende que la causalidad sigue siendo el elemento que, presente presente en el juicio de imputación, exige al juez la necesaria precepción y aprehensión de la realidad, permitiendo que la imputación se realice fundada en ella misma y no en simples conjeturas o suposiciones mentales desconectadas de las propias circunstancias de tiempo, modo y lugar que desencadenador la producción del daño antijurídico (SANTOFIMIO G., 2017, p. 750).

Respecto al nexo causal, es importante señalar que, se deberá probar la relación que hubo entre el daño causado y la actividad de la Administración Pública y como ya se dijo, el análisis considerará las obligaciones que se tenían conforme el ordenamiento jurídico; por otro, queda claro que el Estado solo tienen la obligación de reparar daños reales,

que efectivamente hayan sucedido, debidamente probados conforme a derecho. Es decir, no procede que se disponga la reparación por daños hipotéticos o meras expectativas.

8. Características de la responsabilidad extracontractual del Estado: ¿directa y objetiva?

Ahora, revisaremos si la responsabilidad patrimonial o extracontractual del Estado es directa y objetiva o existen otras posiciones que sostienen algo diferente, para lo cual, es necesario revisar la normativa, doctrina y jurisprudencia de algunos países.

8.1. En Ecuador

En este sentido, podemos mencionar que, en varias sentencias²⁴, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, a la luz de lo dispuesto en el numeral 9 del Art. 11 de la Constitución²⁵, ratificó que este tipo de responsabilidad es objetiva y directa.

Por su parte, Javier Cordero López sostiene que:

[...] el actual modelo constitucional adopta, como se mencionó anteriormente, como premisa la responsabilidad objetiva que es un tipo de responsabilidad que se produce con independencia de toda culpa por parte del sujeto responsable. Si la responsabilidad subjetiva se funda exclusivamente en la existencia de culpa por parte de un sujeto, en donde lo que se quiere, para que se aplique la sanción, es que el sujeto haya querido o previsto el resultado de su conducta antijurídica, mientras que

²⁴ ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo: Resolución No. 433-2013 de 17 de junio de 2013, 11h39, Recurso de casación No. 83-2011, Caso: Claudio Iván Ordóñez / Demandado: IESS; Resolución No. 827-2017 de 20 de julio de 2017, 10h10, Recurso de casación No. 17741-2010-0588; Sentencia de 26 de junio de 2018, 15:55, Proceso No. 17741-2010-0139, entre otros.

²⁵ La Constitución de la República en su artículo 11 numeral 9 dispone que: "Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...]"

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

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

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. [...]"

en la resposabilidad objetiva o por resultado se da cuando se es susceptible de ser sancionado independientemente de que haya querido o haya previsto el acto antijurídico; por lo tanto, no se requiere que se cumpla con demostrar la existencia de culpa.²⁶

Incluso, en el vigente Código Orgánico General de Procesos (“COGEP”), se titula a la acción judicial con la que se presenta la reparación de daños y perjuicios como acción contencioso administrativa de responsabilidad “objetiva” del Estado, establecida en la letra b) del numeral 4 del Art. 326.

8.2. En España

Dice Jesús González Pérez que “[l]a responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es objetiva” (GONZÁLEZ PÉREZ, 2015, p. 214).

El autor analiza la normativa española y dice que, al no limitar el derecho a indemnización a los supuestos de daños causados por el funcionamiento anormal de los servicios públicos y extenderlo también a los ocasionados por su funcionamiento normal, somete a la Administración Pública española a un régimen de responsabilidad extracontractual de tipo objetivo dando así continuidad a una línea única en Europa. Dice que la responsabilidad objetiva de régimen global que alcanza a todas las Administraciones públicas españolas, con independencia de su ámbito material y territorial de actividad, significa que no se requiere la existencia de culpa en el actuar administrativo

Luego, señala que a pesar de que se consagre la responsabilidad objetiva y, por tanto, el desplazamiento de la culpa como fundamento de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas, ello no supone que se no sea necesario demostrar en todos los casos la presencia de culpa, por cuanto, muchas veces la declaración de responsabilidad exige determinar si el funcionamiento del servicio ha sido normal, si la actividad administrativa causante del daño fue o no legal o si la intervención del funcionario es o constituye una negligencia capaz de determinar la responsabilidad directa del Estado (GONZÁLEZ PÉREZ, 2015, p. 217).

²⁶ Javier Cordero López, Aportes al Derecho, en Boletín de la Corte Nacional de Justicia NO. 25 3 septiembre – octubre 2016, p.4.

Por su parte, José Esteve Pardo señala que en la afirmación de la responsabilidad en el funcionamiento normal, ajustado a la legalidad y sin culpa o negligencia, de los servicios públicos y la actuación administrativa se encuentra el componente que configura la responsabilidad de la Administración como responsabilidad objetiva. En este sentido, se pregunta: ¿Qué significa eso? (ESTEVE PARDO, 2018, p. 295)

Para contestar esto, primero considera necesario explicar que la responsabilidad subjetiva se concentra en el sujeto causante del daño, en su conducta, que somete a una valoración en el fondo, moral: el que actúa de manera culposa o negligente responde del daño causado; por el contrario, quien actuó de manera diligente no puede ser considerado responsable, en tal caso el que sufrió el daño tendrá que soportarlo a sus expensas (ESTEVE PARDO, 2018, p. 295).

En cambio, dice el mismo autor que, la responsabilidad objetiva se concentra en la víctima que sufra el daño y valora si ese daño es o no justo, si está o no jurídicamente obligado a soportarlo. En este sentido, si luego de revisar el derecho aplicable no se deriva la obligación de soportar el daño, entonces el causante responderá del mismo, con absoluta independencia de si su actuación fue diligente o negligente, correcta o incorrecta, si hubo funcionamiento normal o funcionamiento anormal de los servicios públicos (ESTEVE PARDO, 2018, pp. 295–296).

Con estos antecedentes, Esteve Pardo dice que el carácter objetivo que presenta la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ordenamiento jurídico español²⁷ se justifica en su inicial conexión con el instituto expropiatorio: si se padece un sacrificio patrimonial porque con ello se realiza un objetivo de interés público, que beneficia al conjunto de la comunidad, se ha de responder, indemnizando a los sujetos singularmente afectados, por mucho que la actuación resulte del todo impecable en cuanto a su adecuación a la legalidad vigente, sin el menos asomo de culpa o negligencia (ESTEVE PARDO, 2018, p. 296).

Sin perjuicio de lo citado, hay otro sector de la doctrina que critica fuertemente el sistema de responsabilidad objetivo global. Entre ellos, está Oriol Mir Puigpelat quien dice que el sistema de responsabilidad objetiva global instaurado por la Ley de expropiación forzosa de 16 de septiembre de 1954, ha empezado a tambalearse tras más de cuarenta años de pacífica aceptación (MIR PUIGPELAT, s. f., p. 1).

²⁷ La normativa será citada en los capítulos posteriores.

Mir, sostiene su crítica a la responsabilidad objetiva global, entre otros, en los siguientes puntos:

- (i) La responsabilidad objetiva no se ha impuesto sobre la responsabilidad civil por culpa en Derecho civil (MIR PUIGPELAT, 2012, p. 168),
- (ii) La responsabilidad objetiva global de la Administración no existe en los países del entorno de España (MIR PUIGPELAT, 2012, p. 169).
- (iii) El criterio de riesgo especial no justifica una responsabilidad objetiva global de la Administración (MIR PUIGPELAT, 2012, p. 174);
- (iv) No procede equiparar la persecución del interés general por parte de la Administración a la persecución del lucro por parte de los particulares (el criterio del beneficio no justifica la responsabilidad objetiva global) (MIR PUIGPELAT, 2012, p. 174).
- (v) El principio de igualdad ante las cargas públicas no justifica la responsabilidad objetiva global de la Administración (MIR PUIGPELAT, 2012, p. 179);
- (vi) El principio de garantía patrimonial de los administrados no puede justificar la responsabilidad objetiva global de la Administración (MIR PUIGPELAT, 2012, p. 180);
- (vii) El Art. 106.2 CE no impone la responsabilidad objetiva global de la Administración española (MIR PUIGPELAT, 2012, p. 185);
- (viii) La responsabilidad objetiva global de la Administración constituye un subsidio a las compañías aseguradoras privadas (MIR PUIGPELAT, 2012, p. 192);
- (ix) La responsabilidad objetiva global de la Administración es insostenible económicamente. La responsabilidad patrimonial no puede erigirse como el criterio determinante del volumen de actuación de las Administraciones públicas (MIR PUIGPELAT, 2012, p. 198);
- (x) La responsabilidad objetiva global no satisface adecuadamente la función de control que corresponde a la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas (MIR PUIGPELAT, 2012, p. 206).

Por su parte Enrique Rivero Ysern, sumándose al reclamo de Mir, ha dicho que:

Por tanto, la Constitución de ninguna manera puede contemplar un sistema de responsabilidad objetiva, por un sistema de responsabilidad objetiva [sic] tal y como está configurado en nuestro ordenamiento jurídico, estimo, es contrario al artículo 9.3, al 103.1 y al propio artículo 106.2 CE. En consecuencia pienso que si pudiera derivarse del texto constitucional un sistema de responsabilidad, tendría que ser el sistema de responsabilidad subjetiva.

MIR PUIGPELAT señala que la garantía constitucional de la responsabilidad civil de la Constitución Española se recoge en el artículo 6.2 CE pero, no impide que se pueda modificar el sistema vigente de la responsabilidad global y objetiva.

Finalmente quisiera llamar la atención en el sentido de que el artículo 106.2 de la Constitución en ningún momento utiliza la palabra responsabilidad patrimonial. Preceptúa la indemnización cuando la lesión haya sido como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (el subrayado es mío).

En ningún momento hace referencia al funcionamiento normal o anormal, lo que me parece un acierto del constituyente (RIVERO YSERN, 2019, p. 56).

8.3. En Colombia

Daniilo Rojas comenta que la Responsabilidad del Estado en Colombia tal y como venía construyéndose, tuvo un cambio de paradigma como corolario de la vigencia de la actual Constitución Política de 1991, específicamente, por la inclusión en esta de una cláusula traída del modelo constitucional español, en virtud de la cual “[e]l Estado responderá por patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Art. 90) (ROJAS BETANCOURTH, 2021, p. 34).

Dice que su introducción, de entrada, confirmó la especialización que ya venía concediéndosele a la material e hizo suponer, incluso que el constituyente quiso volver objetiva/automática la responsabilidad estatal por cuenta de la producción de daños antijurídicos (ROJAS BETANCOURTH, 2021, p. 35).

Empero, pronto fue descartada dicha suposición y se afirmó, en su lugar, que la obligación resarcitoria del Estado por cuenta de la causación de daños antijurídicos podía comprometerse de forma objetiva o subjetiva, según el análisis autónomo que efectuara el juez contencioso administrativo en cada caso (ROJAS BETANCOURTH, 2021, p. 35).

El alcance del precepto constitucional, ha sido desarrollo ampliamente, no solo por el Consejo de Estado como máximo tribunal de lo contencioso administrativo sino por distintas autoridades judiciales y la doctrina especializada (ROJAS BETANCOURTH, 2021, p. 35).

9. Responsabilidad de los concesionarios o delegatarios del Estado

En los casos en que el daño se haya producido por los concesionarios del Estado, ¿quién deberá responder por el daño? ¿Solo el contratista o también la Administración Pública, o, solo la Administración Pública?

En Ecuador, el segundo inciso del Art. 330 del COA dispone que la o el delegatario y concesionario responden directamente por los daños que ocasionen y subsidiariamente el Estado.

Subsidiario significa que “se da o se manda en socorro o subsidio de alguien”.²⁸ En ese sentido, el Estado responderá únicamente si el concesionario o delegatario no lo puede hacer lo cual, debe ser debidamente demostrado y se aplicará en casos excepcionales. Esta excepcionalidad, es correcta con el fin de proteger a la víctima.

Un caso de responsabilidad del concesionario del Estado, se evidenció en la Resolución No. 109-2013 de 25 de febrero de 2013 emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, dentro del recurso de casación No. 402-2009, donde aceptó la demanda por indemnización y reparación de daños materiales y morales por al deficiente prestación del servicio público de energía eléctrica. La demanda, fue dirigida correctamente de manera directa contra la compañía EMELMANABÍ S.A. en razón de que era concesionaria del servicio público de energía eléctrica y por tanto, asumió la responsabilidad frente a la prestación del servicio público. Además se señaló que:

²⁸ RAE. Accedido el 25 de noviembre de 2022. <https://dle.rae.es/subsidiario>

La Empresa Eléctrica de Manabí tenía la responsabilidad, como concesionaria del servicio público de energía eléctrica, de garantizar la seguridad en la prestación del servicio. Esta garantía se hace extensiva aún más por la naturaleza riesgosa que la actividad implica, lo que lleva a suponer que debía precautelarse que los equipos y materiales utilizados en el servicio de transmisión de energía eléctrica tengan adecuados y suficientes niveles de seguridad para los particulares usuarios del servicio. Debía precautelarse, así mismo, como obligación de la concesionaria, que las líneas de tendido eléctrico no pongan en peligro la vida de los usuarios. De esta manera, los elementos de causalidad e imputación son evidentes en la sentencia expedida por el Tribunal de instancia.

10. Formas de reparación del daño

La forma de cómo se deben reparar los daños como consecuencia de una responsabilidad estatal la encontramos en el Art. 336 del COA. Como ya se dijo, el término correcto que se debe utilizar es “reparar” y no indemnizar, pues, los términos “indemnizar” y “reparar” no son iguales; el verbo “reparar” es más amplio y como enseña Henao, supone “la existencia de diversas maneras que permiten volver a su estado anterior a lo que se ha dañado” (HENAO, 2015, p. 41).

Así, los daños causados a las víctimas, no necesariamente pueden ser reparados con una indemnización económica, sino también pueden ser compensados y así contar con una amplia gama de posibilidades de reparación; por ejemplo: con disculpas públicas en un acto oficial del Estado, en medios de comunicación, en las páginas web de las Administraciones Públicas, también colocando placas en homenaje a la víctima en una plaza pública, con becas escolares, con acompañamiento psicológico, o incluso como garantía de no repetición del daño.

Con respecto a ésta última, un ejemplo podría ser informando a los jueces que se han tomado decisiones en el funcionamiento o estructura de la Administración Pública, con las cuales se corrigieron los errores por los que se produjo el daño. Se ratifica entonces que no es lo correcto hablar de un derecho a la indemnización, sino de una reparación integral del daño, esto incluye al daño patrimonial y moral incluso, en la medida en que estos sean probados.

Santofimio Gamboa cita a Pierre Marie Dupuy, quien sostiene que la reparación (“restoration”) puede comprenderse desde dos planos: “objetivo y abstracto, de una parte, subjetivo y sobre todo material de otra. Ella engloba tanto el restablecimiento del ordenamiento jurídico anterior a los hechos, así como garantizar la integridad del derecho, y la reparación de los perjuicios sufridos, en pro de salvaguardar el interés de la víctima” (DUPUY, 1992, p. 349).

Derivado de lo anterior, se afirma que la consolidación de la reparación integral dentro del Estado Social de Derecho representa, a su vez, la concreción de las diferentes modalidades en que puede expresarse: restitución en especie, indemnización, satisfacción (dentro de las que cabe afirmar: rehabilitación, garantía de no repetición, reconocimiento público del suceso) (BREWER CARÍAS & SANTOFIMIO G., 2013, p. 241).

En cuanto a la restitución en especie, la misma consiste en la “restauración” o restablecimiento de la situación existente antes del hecho, reponiendo las cosas a su estado primitivo o *statu quo ante*. Existen dos clases de restitución en especie, atendiendo a la índole del perjuicio que se repara: (i) material y (ii) legal o jurídica (BREWER CARÍAS & SANTOFIMIO G., 2013, p. 241).

La primera requiere o involucra actos puramente materiales, como por ejemplo “la liberación de una persona detenida [...], la restitución de buques de otro tipo de bienes” (doctrina de la Comisión de Derecho Internacional). En tanto que la restitución jurídica requiere o involucra la modificación de una situación legal (BREWER CARÍAS & SANTOFIMIO G., 2013, p. 241).

Por su parte, se dice que la indemnización consiste en “una suma de dinero correspondiente al valor que tendría el reestableciendo (total o parcial) de la situación que existía antes de la violación” (BREWER CARÍAS & SANTOFIMIO G., 2013, p. 241).

Sobre la satisfacción, Santofimio cita a Díez de Velasco, quien sostiene que la misma “constituye en realidad una modalidad específica de reparación *lato sensu*, apropiada para las consecuencias de hechos ilícitos que afectan a valores como la dignidad o el honor, o en general, causan al lesionado un daño que no es susceptible de reparación por medio de la indemnización pecuniaria” (BREWER CARÍAS & SANTOFIMIO G., 2013, p. 241).

Para Santofimio, “la anterior aproximación lleva a comprender que la reparación integral bajo el contexto del Estado Social se consolida no como derecho, sino como instituto que permite ampliar la dimensión de la reparación y no reducirla a un simple efecto, o connotación económica, ya que se trata no únicamente de compensar, sino de restablecer los derechos, libertades e intereses vulnerados con ocasión del daño antijurídico imputado a la administración pública” (BREWER CARÍAS & SANTOFIMIO G., 2013, p. 241).

La Corte IDH ha señalado que “Una reparación adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción, y garantías de no repetición”²⁹. Además, ha dicho que:

La reparación del daño [...] requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, cabe [...] determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se establezca el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado, invocando disposiciones de su derecho interno³⁰.

Finalmente, la Corte ha dicho que el fin de las reparaciones son: “medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores.”

Por su parte, el Art. 336 del COA, dispone que en la reparación del daño “se procurará la restitución de las cosas a su estado original o al más próximo al que se encontraban antes de la afectación o de no ser posible,

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 341.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, sentencia de 1 de julio de 2006, párrs. 347; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 197; y, Caso Acevedo Jaramillo y otros, sentencia de 7 de febrero de 2006, párr. 296.

mediante reparación pecuniaria en la que estará incluida la reparación por daños meramente morales, cuando corresponda.”.

Como se puede observar, en su parte final, la norma citada establece que, cuando corresponda, la reparación pecuniaria podrá incluir la reparación de daños meramente morales; esto significa que, como ya hemos dicho, los mismos también deberán ser probados para su procedencia.

Incluso, el inciso tercero del Art. 336 del COA habilita para que, “cuando el caso lo amerite, la administración pública podrá, dentro del ámbito de su competencia y con sujeción a los principios de legalidad e igualdad, establecer reparaciones no patrimoniales siempre que no afecten derechos de terceros ni generen erogaciones adicionales al Estado.”.

Sin perjuicio de que esa la regla general, si se debe considera que, en algunos casos, la Corte IDH ha reconocido la existencia de daños morales sin requerir para ello prueba alguna. Así, en el Caso Aloeboetoe y otros, la Corte manifestó que no se requerían pruebas para el reconocimiento del daño moral por cuanto “el daño moral infligido a las víctimas [...] resulta evidente pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a las agresiones y vejámenes mencionados experimente un sufrimiento moral. La Corte estima que no se requieren pruebas para llegar a esa conclusión.”³¹. En todo caso, los jueces deberán decidir, en función de lo que fuere más favorable a fin de garantizar el derecho a la dignidad humana de las personas.

En definitiva, a nuestro criterio, el Art. 336 del COA, contempla la reparación tanto de los daños materiales como los inmateriales según corresponda, es decir, la reparación integral de las víctimas, conforme a los elementos probatorios aportados que demuestren el daño real, efectivamente causado. Esta reparación podrá realizarse de manera pecuniaria, con un pago por completo o abonado en pagos periódicos, siempre que exista acuerdo con la víctima, o incluso se podrá realizar una compensación en especie.

Ciertamente, si se pretende la reparación de daños materiales o patrimoniales, se deberá probar el daño emergente o el lucro cesante y de existir también el daño moral o inmaterial, conforme a lo antes expuesto.

³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Aloeboetoe y otros, párr. 88; y, Caso Garrigo y Baiorrea, párr. 62.

En los casos que se establezca a la reparación pecuniaria o indemnización, para cuantificar el daño causado, se deben usar las siguientes herramientas:

Daños materiales

(i) Daños emergentes

Se deberán considerar las erogaciones, gastos, egresos o pérdidas patrimoniales que se derivan del daño. Para la indemnización se exigirá la prueba del valor del egreso y la fecha de su causación, además de la forma como se da porque puede ser un gasto único, como el que corresponde al funeral, o tratarse de erogaciones continuadas, como las que se presentan con la asunción de medicamentos, tratamientos, terapias (HERNÁNDEZ SILVA, 2015, pp. 293–294), servicios médicos hospitalarios, entre otros.

(ii) Lucro cesante:

Se exigirá prueba de los “ingresos que habría de recibir la víctima hasta su posible fallecimiento natural”³²; “los salarios que la víctima dejó de percibir desde el momento de su detención hasta la fecha de la presente sentencia”³³; “el criterio de relacionarlo con los ingresos que éstas habrían obtenido a lo largo de su vida laboral si no hubiera ocurrido su asesinato”³⁴; “el tiempo que la víctima permaneció sin trabajar”³⁵; el ingreso de la víctima, calculado con base a su salario real dejado de percibir desde el momento de su detención, “hasta el cumplimiento de la orden que dispuso su libertad”³⁶, entre otros.

Daños imateriales

³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Velásquez Rodríguez. Indemnización. Sentencia del 21 de julio de 1989, párr. 46.

³³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Loayza Tamayo, reparaciones. Sentencia de 27 de noviembre de 1998, párr. 129 a).

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Aloeboetoe y otros, reparaciones. Sentencia de 10 de septiembre de 1993, párr. 88.

³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Casos Suárez Rosero, párr.28; Caso Loayza Tamayo, reparaciones, párr. 128.

³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Casos Suárez Rosero, Sentencia de reparaciones, 20 de enero de 1999, párrs. 58 y 60 a); Caso Castillo Páez, párr. 75.

Respecto al daño inmaterial, la Corte IDH ha señalado que:

254. [...] No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad o mediante formas de compensación tales como el otorgamiento o la prestación de determinados bienes o servicios. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir²⁵⁷, que tengan como efecto la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos³⁷.

Sobre los daños inmateriales y morales: la liquidación por perjuicios del daño moral deberá ajustarse a los principios de la equidad³⁸. El daño podrá ser demostrado, con un peritaje psicológico o psiquiátrico³⁹, a los efectos de demostrar “los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia.”⁴⁰

Finalmente, la Corte IDH señaló que en la reparación por daño moral, no es posible asignar un valor monetario preciso, sino que, con el fin de

³⁷ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Loayza Tamayo – reparaciones, párr. 139; Caso Castillo Páez – reparaciones, párr. 90; Caso Cantoral Benavides – reparaciones, párr. 61; Caso Baena y otros, párr. 207; Caso Villagrán Morales y otros – reparaciones, párrs. 89-90; Caso Bámaca Velásquez – reparaciones, párr. 66; Caso Trujillo Oroza – reparaciones, párr. 89. Algunos fallos recientes en este sentido: Caso 19 Comerciantes, párr. 247; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, párr. 215; Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, párr. 299; Caso Tibi, párr. 243; Caso De la Cruz Flores, párr. 159; Caso Carpio Nicolle y otros, párr. 117; Caso de las Hermanas Serrano Cruz, párr. 157; Caso Huilca Tecse, párr. 97; Caso Gutiérrez Soler, párr. 83; Caso Gómez Palomino, párr. 131; Caso Blanco Romero y otros, párr. 87; Caso López Álvarez, párr. 200; Caso Baldeón García, párr. 189; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), párr. 131; Caso del Penal Miguel Castro Castro, párr. 431; Caso de la Masacre de la Rochela, párr. 464; Caso Escué Zapata, párr. 149.

³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Velásquez Rodríguez, párr. 27.

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Velásquez Rodríguez, párrs. 50 y 51.

⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Bámaca Velásquez – reparaciones, párr. 56; y, Caso Trujillo Oroza – reparaciones, párr. 77.

cumplir con la reparación integral a la víctima se fijará una compensación de dos maneras:

La primera, “mediante el pago de una cantidad de dinero que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad o mediante formas de compensación tales como el otorgamiento o la prestación de determinados bienes o servicios”⁴¹;

La segunda, “mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos”⁴² y el “compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir”⁴³ con lo que en algunos casos se tendrá como “efecto la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos”⁴⁴.

11. Eximentes de responsabilidad

El COA en su Art. 337, establece como eximentes de la responsabilidad del Estado a los siguientes:

- (i) El caso fortuito;
- (ii) La fuerza mayor;
- (iii) La culpa de la víctima; o,
- (iv) El hecho de un tercero.

En este punto, se debe precisar que, el Estado no tiene la obligación jurídica de responder si el daño se produjo, por ejemplo:

- (i) por la muerte de una persona como consecuencia de un terremoto o de una catástrofe natural (fuerza mayor);
- (ii) si a pesar de que en la construcción de una obra pública, se ha colocado la suficiente señalética de advertencia que hay una excavación profunda y una persona traspasa las barreras o vallas colocadas y muere por la caída (culpa de la víctima);
- (iii) si una persona particular, ajena totalmente a la actividad administrativa, ocasiona un daño (hecho de un tercero);

⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Masacre de Pueblo Bello, párr. 254

⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Blanco Romero y otros, párr. 86; Caso García Asto y Ramírez Rojas, párr. 267, y Caso Gómez Palomino, párr. 130.

⁴³ Idem.

⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Masacre de Pueblo Bello, párr. 254

(iv) si pasa la caravana de vehículos del Presidente y una persona particular empuja a una persona para que sea atropellada (hecho de un tercero).

Sin perjuicio de esto, y refiriéndome al último eximente de responsabilidad, por el hecho de un tercero, se tomará en cuenta que no todos los hechos realizados por terceros pueden ser considerados como eximentes de responsabilidad del Estado.

Sobre esto, la doctrina (SANTOFIMIO G., 2017, pp. 757–758) enseña que la relación meramente causalista para la declaratoria de responsabilidad del Estado ya ha sido superada, pueden haber casos, como de hecho han existido, especialmente en el hermano país colombiano, en los que si bien es cierto que el daño (muerte de una persona) fue causado por un tercero que no es un servidor público, verbigracia, un terrorista o paramilitar, el Estado tenía la obligación de velar porque no le quiten la vida de manera arbitraria a esa persona; pues, para ello los ciudadanos pagan impuestos, para que exista personal policial o militar con la obligación mantener el orden, la paz y proteger la vida de las personas.

Esto se conoce como la posición de garante y es una obligación que se deriva del Art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Santofimio añade que:

El hecho de un tercero no es una causal que permita al juez crear una regla general como máxima, sino que, por el contrario, lo invita a analizar, teniendo en cuenta las especiales condiciones del Estado, cuándo, en qué medida, y bajo qué proporcionalidad el Estado estaría llamado a responder, o con otras palabras, le sería atribuible (fáctica y jurídicamente) un daño antijurídico producido por un tercero, sin acudir a verificar los vínculos o relaciones de este con la administración pública, sino que a partir de la exigencia máxima de la tutela de la víctima como premisa de la responsabilidad extracontractual del Estado en la visión moderna y humanista (SANTOFIMIO G., 2017, p. 123).

El autor, en otra de sus obras, sostiene que para que se considere al hecho de un tercero como eximente de responsabilidad debe estar revestido de las siguientes cualidades: (i) que sea imprevisible, es decir, aquella circunstancia respecto de la cual, no sea posible prevenir su ocurrencia. Tiene que ser algo sorpresivo, un caso excepcional y de rara ocurrencia; (ii)

irresistible; y, finalmente, (iii) que sea ajeno a la entidad demandada (SANTOFIMIO G., 2017, pp. 757–758).

Estos criterios se han constuido pues, países como Colombia, han sido obligados a reparar daños causados por hechos de terceros, por ejemplo, por muertes producidas por grupos terroristas armados, por omisión en el deber de proteger la vida de las personas y e incumplir su posición de garante, convencional y constitucionalmente establecida.

En definitiva, aplicarán los eximentes de responsabilidad del Estado luego de examinar las obligaciones jurídicamente establecidas que tenía el Estado para con la persona con el fin de que se respeten sus derechos y los principios de eficacia, eficiencia y calidad

Por su parte, el Art. 334 del COA, dispone en su segundo inciso que, “no se genera responsabilidad extracontractual del Estado, por los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones económicas que el ordenamiento jurídico pueda establecer para estos casos.”.

Sobre el eximente de responsabilidad por daños que no se puedan evitar, ni siquiera prever, por desconocimiento de la ciencia, Fernández Farreres, -comentando la experiencia española- recuerda que:

la referida previsión ya fue incorporada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la LRJPAC de 1992, y trajo causa directa de las condenas indemnizatorias impuestas a la Administración como consecuencia de las transfusiones llevadas a cabo en hospitales públicos que determinaron que algunas personas quedaran infectadas por el virus VIH, si bien en el momento en que tales transfusiones se habían realizado aún se desconocía la existencia de dicho virus. De ahí que, para evitar en adelante que la Administración pudiera verse obligada a indemnizar por vía de responsabilidad los daños que, por desconocimiento de la ciencia, no se pudieren evitar, ni tan siquiera prever, se estableciera expresamente esta cláusula de exclusión de la antijuridicidad y, por tanto, se viniera a negar que exista lesión resarcible (FERNÁNDEZ FARRERES, 2016, p. 413).

De lo expuesto entendemos que no se podrá declarar la responsabilidad extracontractual del Estado cuando, no se tengan los

conocimientos o técnicas para prever o evitar el daño. Esto, nos permite enfatizar que la responsabilidad extracontractual del Estado es tema complejo, delicado y debe examinarse detenidamente en cada caso. Todos los casos son diferentes; uno es más complejo que otro. Se los debe estudiar en virtud de la situación, circunstancias económicas, técnicas, territoriales, tecnológicas, entre otras, en las que se produjo el daño.

Tomando en cuenta lo anterior, de manera general podríamos decir que, no habrá responsabilidad del Estado por la muerte de una persona, en un hospital público, causada por una enfermedad que en el mundo no existe la cura, siempre y cuando, también se demuestre que se le prestó la atención necesaria, oportuna y con calidad hasta donde se podía.

12. Teoría de la carga de la prueba

Para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado, ya sea por reconocimiento de las autoridades administrativas o por resolución de los jueces, se deberá constatar que la pretensión del reclamo administrativo o de la demanda, se fundamente en hechos probados del daño causado y no en meras expectativas. Por ello, es transcendental referirse al tema de la carga probatoria, como piedra angular en el tema de estudio.

Dada la importancia de la prueba en los casos de responsabilidad extracontractual del Estado para efectos de demostrar el daño y, si corresponde, facilitar su cuantificación, consideramos que la prueba principal es la prueba pericial, más aún, en daños causados por: construcción de obras públicas, prestación del servicio público de salud, de energía eléctrica, o en el uso de armas de dotación oficial, entre otros.

Conforme al Art. 338 del COA, la carga e la prueba la tienen las víctimas, quienes deberán probar “el daño sufrido y el nexo causal.”. Por su parte, a “las administraciones públicas o a los delegatarios o concesionarios les corresponde la prueba de los eximentes de responsabilidad y la prueba de la diligencia exigible, en el caso de acciones u omisiones lícitas, en actividades que no son anormalmente peligrosas.”.

Sin embargo, en esta norma, el legislador no ha considerado pronunciamientos relevantes de la Corte IHD, o de jurisprudencia comparada como la del Consejo de Estado de Colombia respecto al principio de la carga dinámica de la prueba, mismo que constituye una excepción a la regla general de que las víctimas tengan el deber de probar el daño. Según el

mismo, “el deber de probar un determinado hecho o circunstancia se impone a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, aún cuando no lo haya alegado o invocado”;⁴⁵ y esto se da, porque hay casos en los que, por su complejidad técnica o científica, solo una de las partes tiene el privilegio de contar con los conocimientos para esclarecer los hechos. Finalmente, la Corte ha dicho que “la aplicación del principio de la carga dinámica está condicionada al criterio del juez y supone la inversión de la carga de la prueba para un caso concreto.”⁴⁶

Este principio puede ser usado en casos médicos o científicos, en los que se necesiten informes que no están en poder de la víctima, para obtener así explicaciones que solo los técnicos o profesionales las pueden dar.

A eso, justamente se refiere Gallardo en su obra cuando, citando a la sentencia STS de 14 de junio de 2011, Recurso 2372/2007, dice:

Fácil es imaginar el supuesto en que la Administración demandada que tiene un su poder la historia clínica u otros documentos relevantes para el esclarecimiento del nexo causal no los remitiese para su incorporación en las actuaciones. Esta circunstancia habrá de resolverse aplicando las reglas de disponibilidad y facilidad probatoria que el propio precepto prevé en su párrafo último, que introduce una regla en la que se ordena que el juzgador tenga presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. Esto comporta que sea obligado y lógico trasladar a la Administración sanitaria la carga de acreditar más allá de toda duda razonable que el tratamiento prestado al proceso de infección fue el ajustado a la *lex artis* y que entre ese proceso y los daños cerebrales no existe relación causal, pues es ella, y no el actor, quien goza en mayor medida, y de modo muy acusado, de esa disponibilidad y facilidad probatoria (GALLARDO CASTILLO, 2021, p. 97).

Esto evitará que no se rechace a la víctima el reclamo o la demanda por no haber adjuntado la prueba al momento de su presentación, ya que la misma quizás está en poder del Estado. En este caso los jueces deberán decidir en la medida en que los técnicos o médicos expliquen que actuaron de manera correcta.

⁴⁵ Colombia Consejo de Estado. Expediente No. 12338. Ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez, actor: Gladys Arango de Fernández y otro, fecha de providencia: 3 de mayo de 2001.

⁴⁶ Colombia Consejo de Estado. Expediente No. 12338. Ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez, actor: Gladys Arango de Fernández y otro, fecha de providencia: 3 de mayo de 2001.

Un caso podría darse en materia sanitaria, en el que los jueces necesiten saber cómo se realizó una operación de corazón abierto y comprobar que se realizaron todos los procedimientos e intervenciones que la *lex artis* médica establece. Con base en ello, los juzgadores decidirán si la muerte de la persona se causó por negligencia del personal médico del Estado o porque la enfermedad estaba avanzada y la ciencia mismo advertía la alta probabilidad de muerte en esa situación, entre otros.

13. Responsabilidad concurrente de las administraciones públicas

Respecto a este tema, en Ecuador, el COA establece en su Art. 339 que, cuando de la gestión conjunta de varias administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en este Código, las administraciones públicas intervinientes responden de forma solidaria.

En otros supuestos de concurrencia de varias administraciones públicas en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada administración pública atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención.

Podemos señalar como ejemplo a la construcción de un puente, sobre un río, para unir dos ciudades que tengan diferentes autoridades municipales, cada una, con su propia competencia territorial, pero que deciden actuar en colaboración para la construcción de ese puente. Entonces, si por dicha obra pública se produjera un daño, el efecto sería la responsabilidad concurrente de las administraciones públicas con el deber de responder de manera solidaria en el grado de participación de cada una.

En el ámbito sanitario podría ser un caso en el cual un hospital público suscrita un convenio con una empresa pública dedicada a la compra y venta de medicinas y, al estar la medicación caducada y que esta fue suministrada en el hospital al paciente este falló, la responsabilidad será concurrente.

14. Posibilidad de interponer reclamos en sede administrativa para solicitar la reparación del daño

En Ecuador, el COA establece en su Art. 340 que la persona afectada puede proponer su reclamo por vía administrativa en el término de noventa

días, desde el día siguiente al de la actuación u omisión administrativa que originó el daño.

El reclamo por responsabilidad extracontractual seguirá el trámite del procedimiento administrativo ordinario regulado en el presente Código, salvo que la persona interesada decida acudir directamente a la vía judicial, conforme lo establece el Art. 341 del COA.

En el Art. 342 de la misma ley, se establece que el reclamo de responsabilidad extracontractual, se ejerce por la persona interesada y que deberá contener:

- (i) La acción u omisión de la administración pública o el hecho dañoso.
- (ii) Los daños alegados.
- (iii) El nexo causal.
- (iv) La evaluación económica de la responsabilidad extracontractual, si fuera posible.

Finalmente, de manera absurda, se establece que el acto administrativo que resuelve el procedimiento, además de incluir la determinación del daño antijurídico y la comprobación del nexo causal, incluirá, “la valoración del daño y los criterios utilizados para su cálculo” y la forma de reparación de los daños.

Creemos que lo “absurdo” está, en que no hay tablas, referencias o jurisprudencia vinculante que sirvan de sustento para que los funcionarios públicos que resuelvan el reclamo realicen la valoración del daño y señalen los criterios para su cálculo; peor aún, cuando no se cuenta con peritos como sí los en la vía judicial.

Por lo pronto creemos que hay un alto riesgo de que, si en la actualidad, algún valiente funcionario establezca una reparación de manera pecuniaria sin cumplir con ese requisito, la Contraloría General del Estado lo objete y señale que el valor de la indemnización fue excesivo o que quizás no se debía otorgar ningún valor. Con este riesgo, esta norma será “letra muerta” y lo mejor será acudir de manera directa a la vía judicial.

15. ¿Opera el silencio administrativo positivo por la falta de respuesta a los reclamos por responsabilidad extracontractual del Estado?

Sobre esta pregunta debemos recordar que en reiteradas ocasiones la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia⁴⁷ ha señalado que no procede el silencio administrativo positivo en pedidos de indemnizaciones pues, esto daría lugar a que se otorguen indemnizaciones ilegítimas, injustas y se otorguen beneficios que la ley no reconoce. En este sentido, puede darse incluso el caso que se incumplan los requisitos para declarar la responsabilidad estatal. Así el acto administrativo presunto que se genere, sería una decisión contraria a derecho, incurriendo en la primera causal de nulidad del Art. 105 del COA⁴⁸ y, además, incumpliría con lo dispuesto en el Art. 207 del mismo cuerpo legal⁴⁹.

Este criterio tiene lógica y es consecuente con el deber de cuidado de los recursos públicos ya que en ocasiones, las víctimas o las presuntas víctimas, pretenden que se les pague valores exagerados, por daños inexistentes, o sin que exista prueba de que son imputables al Estado.

16. Acción judicial por responsabilidad extracontractual del Estado

En Ecuador, el COGEP establece las acciones contencioso-administrativas que se pueden plantear en el Art. 326, entre ellas, en la letra b) del número 4, está la acción especial por responsabilidad objetiva del Estado.

Para interponer esta acción, la víctima tiene un plazo de cinco años desde que ocurrió la acción u omisión que causó el daño, conforme se establece en el número 3 del Art. 306 del COGEP.

Esta acción se tramitará en procedimiento ordinario conforme el Art. 327 del COGEP en el que podrán realizarse una audiencia preliminar y una audiencia de juicio.

17. Reflexiones finales

⁴⁷ ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, Resolución No. 712-2016 de 9 de junio de 2016, 15h45, Recurso de casación No. 112-2009.

⁴⁸ Código Orgánico Administrativo: "Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que:

1. Sea contrario a la Constitución y a la ley. [...]"

⁴⁹ Código Orgánico Administrativo: "Art. 207.- [...] Para que se produzca el silencio administrativo, el acto administrativo presunto que surja de la petición, no debe incurrir en ninguna de las causales de nulidad prescritas por este Código.. [...]"

Si bien la institución de la responsabilidad extracontractual del Estado es una garantía para que se respeten los derechos de las personas, no se debe entender que la misma constituye un seguro universal para todos los casos; por ello, se debe analizar, con mucha reflexión, que en cada caso, se cumplan los requisitos que se han expuesto.

En la actualidad no es correcto admitir que hay un sistema de de reponsabilidad objetivo global del Estado pues, muchas veces las acciones u omisiones que causaron el daño son por culpa grave o negligencia de los funcionarios públicos. En ese sentido, en casos muy excepcionales aplicará el sistema de responsabilidad objetiva.

La responsabilidad extracontractual del Estado alcanza a toda la actividad administrativa, ya sea por falta de prestación de un servicio público o su prestación deficiente, o de maneral general a cualquier acción u omisión que cause un daño antijurídico que la víctima no tenga la obligación jurídica de soportarlo, incluso por sus delegatarios y concesionarios.

La imputación del daño al Estado no solo se la debe hacer en base a una mera relación de causalidad entre el daño y si quien lo causó fue un funcionario público o alguien que estaba en ejercicio de una potestad pública, ya que como se analizó en este trabajo, esa teoría ya ha sido superada y en la actualidad, incluso es posible imputar al Estado por un daño causado por un tercero particular. En todo caso, siempre habrá que analizar detenidamente si el daño fue causado por un incumplimiento de sus obligaciones jurídicas y de la posición de garante.

En este sentido consideramos, que no se debe establecer de manera taxativa en la ley los eximentes de responsabilidad del Estado, sino más bien dejar que la jurisprudencia analice caso por caso y determinen si aplica uno de ellos. A pesar de esto, debemos confiar en que los jueces harán prevalecer los derechos humanos, los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH.

Se debe reparar tanto el daño patrimonial y también el daño moral, siempre que estos sean debidamente probados. En la práctica, es más fácil probar el daño patrimonial, por ejemplo, en el caso que una casa que se haya destruido, se podría probar su valor con las escrituras de compra o en el caso de un vehículo con la factura, o una actividad económica por el lucro cesante, con el promedio de facturación o declaraciones de renta, lo cual no pasa con el daño moral. En este, hay que demostrar que el daño provocó un sufrimiento, angustia psicológica; o que, por efecto del mismo las relaciones

sociales se vieron gravemente afectadas, lo cual se puede probar mediante un examen psicológico a la víctima. Por la complejidad de los mismos y lo difícil de establecer una medida satisfactoria, para determinar la reparación del daño moral, la Corte IDH ha aplicado los principios de equidad.

La reparación a las víctimas no solo puede ser en dinero, sino que puede ser también en especie, con la devolución de una casa o un vehículo que se destruyó; además, se contemplan otras formas de reparación, ya sea con disculpas públicas en un evento oficial, en medios de comunicación, en las páginas web institucionales; con el otorgamiento de becas; ayuda psicológica, entre otras.

Lo importante será garantizar que existan medios satisfactorios para que la víctima obtenga la reparación del daño. En este sentido, y como hemos dicho, al no ser efectivo el reclamo administrativo en la vía administrativa, para solicitar que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado, lo mejor será acudir de manera directa a la vía judicial, proponiendo una acción contencioso administrativa

Es incorrecto usar el término “indeminizar”, pues este término solo aplica cuando la compensación es dinero como respuesta a la ocurrencia ante un daño y, el término “reparar” que incluye en su definición el término “remediar”, permiten realizar varias acciones para reparar el daño de manera satisfactoria, por ejemplo, con ayuda psicológica, disculpas públicas e incluso disponer medidas de no repetición, no solo se protegerá a la víctima sino al resto de la sociedad.

No existe un modo restringido de los denominados “títulos de imputación”, sino que todo juez contencioso administrativo tiene la posibilidad de examinar todos y cada uno de los fundamentos que han operado en el régimen de responsabilidad del Estado, y aplicar aquél que pueda encuadrarse, sustentándose en los hechos y las pruebas de cada caso; esto constituye una expresión clara del principio sustantivo del *iura novit curia*.

En los casos de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio público de salud, no pueden aplicarse normas que pongan en la víctima la carga la prueba como requisitos para acceder a la justicia puesto que muchas veces, esta no podrá acceder a la prueba que estará en poder de la Administración Pública y que sabrá que es para demandarle y exigir la reparación de los daños.

En ese sentido, lo correcto es que el ordenamiento jurídico habilite a los jueces a plicar la técnica de la carga dinámica de la prueba que sean los ellos quienes decidan cuál de las partes tendrá el deber de probar que, en los casos de responsabilidad del Estado por la actividad sanitaria, siempre debe ser la Administración porque tendrá a su cargo las historias clínicas, medicamentos, datas del personal y otros.

Referencias

Doctrina

BALBÍN, Carlos. **Manual de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley, 2018.

BLANQUER CRIADO, David. **Derecho administrativo. 2: Los sujetos, la actividad y los principios**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

BRAIBANT, Guy, & STIRN, Bernard. **Le droit administratif français**. París: Presses de la fondation nationale des sciences politiques: Dalloz, 2002.

BREWER CARÍAS, Allan-Randolph, & SANTOFIMIO, Jaime Orlando. **Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Curso de Derecho Administrativo Tomo I**, Buenos Aires: La Ley, 2018.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. La responsabilidad de las Administraciones Públicas en España. En: RODRÍGUEZ, Libardo (Dir.); CASSAGNE, Juan Carlos (Coord.). **Colección de Derecho Administrativo Comparado. La responsabilidad del Estado**, Bogotá, Editorial Temis, 2021, p. 105-127.

CUADROS, Oscar. **Responsabilidad por daños y Estado**. Buenos Aires: Astrea, 2018.

DUPUY, Pierre-Marie. **Droit international public**. París: Dalloz, 1992.

ESTEVE PARDO, José. **Lecciones de Derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2018.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. **Sistema de Derecho Administrativo II**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2016.

GALLARDO CASTILLO, María Jesús. **Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial**. A Coruña: Colex, 2021.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo II**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2017.

GIL BOTERO, Enrique. **Responsabilidad extracontractual del Estado**. Bogotá: Editorial Temis, 2017.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas**. Navarra: Thomson-Civitas, 2015.

GUERRERO CELI, Francisco. **Nueva visión del derecho administrativo: Sustentada en el Código orgánico administrativo y normativa conexas**. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2019.

HENAO, Juan Carlos. **Le dommage. Analyse a partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État en droit colombien et en droit français**. París: Universidad de París 2 Panthéon-Assas, 2007.

HENAO, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: Hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. En HENAO, Juan Carlos & OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Edit.). **La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿qué? ¿por qué? ¿hasta dónde?** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 31-117.

HERNÁNDEZ SILVA, Aída Patricia. Indemnización y compensación de perjuicios en la responsabilidad patrimonial del Estado. En HENAO, Juan Carlos & OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Edit.). **La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿qué? ¿por qué? ¿hasta dónde?** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 269-314.

JIMENA QUESADA, Luis. La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional. En **El Poder Judicial**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre, & GENEVOIS, Bruno. **Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés, Grands Arrêts**. Madrid: Dalloz; Boletín Oficial del Estado, 2017.

MEJÍA, Henry. **Manual de Derecho Administrativo**. El Salvador: Editorial Cuscatleca, 2022.

MIR PUIGPELAT, Oriol. (s. f.). Responsabilidad objetiva vs funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria). En HENAO, Juan Carlos & OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Edit.). **La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿qué? ¿por qué? ¿hasta dónde?** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 483-509.

MIR PUIGPELAT, Oriol. **La responsabilidad patrimonial de la administración: Hacia un nuevo sistema**. Madrid: Edisofer, 2012.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Derecho Administrativo: Curso, temas de reflexión, comentarios y análisis de fallos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

PARADA, Ramón. **Derecho Administrativo. 1: Parte general**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012.

PÉREZ, Efraín. **Derecho Administrativo: Normativa Comparada y Doctrina Jurídica. Tomo I**. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021.

RIVERO, Jean, & WALINE, Jean. **Droit administratif**. París: Dalloz, 2002.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. **Derecho Administrativo**. Valencia: Tirant lo blanch, 2019.

RIVERO YSERN, Enrique. **El daño en el Derecho administrativo**. Porto: Juruá, 2019.

RODRÍGUEZ, Libardo. **Derecho Administrativo General y colombiano**. Tomo II. Bogotá: Editorial Temis, 2017.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime & INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. **El derecho a una buena Administración para los ciudadanos: Un modelo global de Administración**. Madrid: Netbiblo: Instituto Nacional de Administración Pública, 2013.

ROJAS BETANCOURTH, Danilo. Responsabilidad del Estado en Colombia. En: RODRÍGUEZ, Libardo (Dir.); CASSAGNE, Juan Carlos (Coord.). **Colección de Derecho Administrativo Comparado. La responsabilidad del Estado**, Bogotá, Editorial Temis, 2021, p. 29-59.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. **Derecho Administrativo**. Parte General. Madrid: Tecnos, 2021.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. **Principios de derecho administrativo general**. I I. Madrid: lustel, 2009.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Responsabilidad del estado por la actividad judicial**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2016.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Compendio de Derecho Administrativo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Tratado de Derecho Administrativo. Tomo v: Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

Vedel, Georges. **Derecho administrativo**. Madrid: Aguilar, 1980.

VILLACRESES VALLE, Jaime Andrés. Responsabilidad extracontractual del Estado. En. CORNEJO AGUIAR, José Sebastián. **Estudios de Derecho Administrativo conforme al COA**. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020, p. 323-349.

Jurisprudencia

COLOMBIA, Consejo de Estado. Expediente No. 12338. Ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez, actor: Gladys Arango de Fernández y otro, fecha de providencia: 3 de mayo de 2001.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de abril de 2012, exp. 21515.

COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de agosto de 2012, exp. 24392.

COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-043 de 27 de enero de 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Acevedo Jaramillo y otros, sentencia de 7 de febrero de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Aloeboetoe y otros vs. Suriname, sentencia de 10 de septiembre de 1993.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Baldeón García vs. Perú, sentencia de 6 de abril de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Blanco Romero y otros, sentencia 28 de noviembre de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Castillo Páez vs. Perú, sentencia de 27 de noviembre de 1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Comunidad Indígena de Sawhoyamaya vs. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, sentencia de 1 de julio de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso García Asto y Ramírez Rojas, sentencia de 25 de noviembre de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Gómez Palomino vs. Perú, sentencia de 22 de noviembre de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Gudiel Álvarez y Otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala, sentencia de 20 de noviembre de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Loayza Tamayo, sentencia de 27 de noviembre de 1998.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Casos Suárez Rosero, sentencia de 20 de enero de 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, sentencia de 27 de febrero de 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988.

ECUADOR, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, Recurso de casación No. 83-2011, Resolución de la de la No. 433-2013 de 17 de junio de 2013, 11h39, Caso: Claudio Iván Ordóñez / Demandado: IESS.

ECUADOR, Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo. Resolución No. 712-2016 de 9 de junio de 2016, 15h45, Recurso de casación No. 112-2009.