



## LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL ECUADOR: LAS LIMITACIONES EN EL MARCO JURÍDICO

*The extra-contractual liability of the State in the Ecuador:  
the Limitations in the judicial framework.*

Jorge Moreno Yanes<sup>1</sup>  
jorge.moreno@ucuenca.edu.ec  
Recibido el: 08/06/2016  
Aprobado el: 19/12/2016

### Resumen

Este artículo analiza la responsabilidad extracontractual del Estado, como límite al ejercicio del poder estatal y a la vez, como garantía de respeto de los derechos de los ciudadanos ante acciones u omisiones por parte del Estado que ocasionen su vulneración o perjuicio, generándose con ello, la obligación de reparar, es decir, la indemnización por parte del Estado al ciudadano perjudicado.

Consecuentemente, este artículo revisará la responsabilidad extracontractual del Estado, en el área administrativa, así como, en la vía jurisdiccional y la esfera legislativa. Finalmente, se analizará la responsabilidad subjetiva y objetiva, la reparación, el riesgo, el daño y los eximentes de responsabilidad.

### Palabras Clave:

Derecho Administrativo – responsabilidad extracontractual del Estado – responsabilidad subjetiva – responsabilidad objetiva – reparación.

---

1 Universidad de Cuenca. Decano y Profesor Titular de Derecho Administrativo.



### **Abstract**

This article analyzes the extra-contractual liability of the State, as a limitation of the exercise of the state power, as well as a guarantee that the State will respect the rights of citizens due to the existence of actions or omissions that can cause violation or damage, which generates the obligation of repairing, a compensation to the injured citizen.

Therefore, this article studies the extra-contractual liability of the State, in the administrative, judiciary and legislative areas. Eventually, it analyzes the objective and subjective liability, the reparation, the risk, the damage and the exempts of liability.

### **Key Words:**

Administrative Law – extra-contractual liability of the State – subjective liability – objective liability – reparation.

## 1. INTRODUCCIÓN

El tema que trataremos constituye una de las piezas jurídicas más importantes del Derecho Administrativo así, visto desde una de sus aristas es un límite al ejercicio del poder estatal toda vez que sus titulares deben actuar con sujeción al derecho; y, desde otra arista, como garantía de los ciudadanos –administrados- a que se les respete sus derechos toda vez que su vulneración y perjuicios causados por el Estado, conlleva indemnizaciones.

En los Estados occidentales y democráticos especialmente, la responsabilidad extracontractual del Estado, lo han venido regulando en principio a través de pronunciamientos judiciales<sup>2</sup> y con el pasar de los tiempos a través de cuerpos normativos legales, inclusive se los positiviza en las Constituciones<sup>3</sup>.

Bajo la premisa expuesta, debemos formularnos las siguientes inquietudes, las cuales serán respondidas a lo largo de este trabajo:

¿Se ha constitucionalizado la responsabilidad del Estado en el Ecuador?

¿Se vuelve necesario abordar el tema desde el reconocimiento constitucional, algunas normas dispersas consagrados en cuerpos normativos, resoluciones judiciales nacionales e internacionales, como también el Proyecto de Código Orgánico Administrativo que está tramitándose en la Asamblea Nacional?

¿Se cuenta en el Ecuador con un cuerpo normativo que regule en detalle principios, reglas y procedimientos sobre la institución de la responsabilidad extracontractual del Estado?

¿En el Ecuador este tema es conocido y tratado?

Bajo las interrogantes expuestas, nos parece importante despertar el interés, razón por la que, el trabajo se sustentará en el contenido del Art. 11.9 de la Constitución de la República, en adelante CR, algunas normas dispersas en varios cuerpos normativos con rango de Ley, Reglamento Ejecutivo –ERJAFE-, resoluciones de las Cortes, y de manera especial en la doctrina<sup>4</sup>; pretendemos con estas líneas avanzar en algunos aportes, tales como, el error inexcusable, la responsabilidad directa del Estado más no de

---

2 Ecuador. En el decurso del trabajo haremos referencia a varias resoluciones. Por el momento cito, Error Judicial. G.J. Año CIII. Serie XVIII. N° 10. Pág. 3134 (29-VII-2002).

3 Ecuador.

4 El tema, no trata sobre el proceso judicial, esto es, el juicio contencioso administrativo.

la persona. Requisitos del daño, eximentes de responsabilidad extracontractual del Estado. En razón de lo anotado hemos dividido este trabajo en cuatro partes:

El primer apartado pretenderá explicar la actividad administrativa como tal, la actividad jurisdiccional y las tareas legislativas; consideramos que es importante hacer esta distinción para una mejor comprensión del trabajo, se realiza un resumen sobre el origen de la responsabilidad extracontractual del Estado a efectos de demostrar jurídicamente por qué el servidor público como persona no está llamado a responder directamente por perjuicios económicos que el Estado cause a los particulares. Asimismo, la falta de una legislación completa sobre el tema en el Ecuador, nos lleva a hacer un análisis parcial para formular una incompleta clasificación respecto a la responsabilidad extracontractual del Estado.

En la segunda parte abordaremos y analizaremos todos y cada uno de los temas y subtemas considerados en la clasificación parcial, visto desde la esfera de actuación de la administración pública, esto es, desde los actos administrativos ilegales y la responsabilidad objetiva sin falta.

En el tercer capítulo se analizará la responsabilidad extracontractual del Estado en la vía jurisdiccional y en la esfera legislativa, esta última que se fundamenta en elementos o caracteres del Estado como en varios principios y doctrina internacional que nos permiten visualizar a futuro que mediante sentencias de los jueces se determine la responsabilidad extracontractual del legislador.

En el último capítulo, vamos a explicar la diferencia entre responsabilidad subjetiva y objetiva, fundamentos y principios; la reparación, el riesgo, el daño, requisitos, eximentes de responsabilidad, para concluir con la reparación.

Finalmente concluiremos, realizando algunas recomendaciones o más concretamente observaciones. En definitiva, la propuesta pretende subsistir un tema en boga ahora en el Ecuador, por las acciones y omisiones del poder público que probablemente generan vulneración de derechos a los ciudadanos.

## TEMA UNO

### LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN EL ECUADOR.-

**Generalidades.-**

**Origen.-**

**Proceso Jurídico.-**

**Juridización Parcial del Sistema.**

### 1.- LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL ECUADOR.-

**Generalidades.-**

Conocemos que las sociedades modernas se organizan a través de una unidad indisoluble de personas y para fines comunes, dándosele el nombre de Estado, Institución que tiene para sí tareas y actividades, las que se distribuyen por medio de un Estatuto denominado Constitución en funciones, dentro de ellas se consagran a su vez esferas jurídicas y se designan por los mecanismos consagrados en el propio Estatuto o en leyes la persona o grupo de personas llamadas a ejercer la actividad estatal, que en unos casos será de carácter administrativa, y en otros, netamente jurisdiccional y legislativa.

En cualquiera de las tareas asignadas al Estado, existen objetivos y fines destinados a satisfacer de manera mediata e inmediata necesidades y requerimientos del pueblo, para ejemplificar.

En el área administrativa que en el ordenamiento jurídico del Ecuador se hace presente en todas las funciones del Estado, pero con más fuerza en el Ejecutivo, lo que se busca es satisfacer de manera inmediata las necesidades colectivas, para citar: vías públicas, salud, educación, energía eléctrica, agua potable; para entregar estos servicios, se requieren de servidores públicos, adquisición de bienes, ejecución de obras. Con excepción de las tres últimas necesidades que se presentan en todas las funciones del Estado, las primeras son tareas propias del ejecutivo y entidades autónomas sean por el territorio o por el servicio.

Pero existen actividades que no son de carácter administrativo, sin embargo caen en la esfera del servicio público, para citar: las actividades de administrar justicia y legislar, que constituyen tareas mediatas pero son parte del servicio público.

En el ejercicio de las tareas asignadas que vienen previstas en unos casos en la Constitución, pero en gran medida en las leyes; su inobservancia, la omisión, los actos materiales, la falta o mal funcionamiento del servi-

cio público, conlleva vulneración de derechos de los ciudadanos y si esta vulneración trae aparejado un daño o perjuicio al particular que no está obligado a soportarlo, tendrá como efecto, la reparación, esto es, la indemnización por parte del Estado al ciudadano perjudicado. A lo expuesto se le denomina como la “responsabilidad extracontractual del Estado”, que el Ecuador lo reconoce así sea en pocas normas como pasamos a explicarlo.

Queremos simplemente dejar enunciado, que la responsabilidad del Estado también puede hacerse presente como consecuencia de la actividad contractual, en esta esfera existen principios y reglas claras previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en adelante – LOSNCP- y afines, que incluso prevén responsabilidades estatales, pero no es el tema que nos lleva a tratarlo.

### 1.1.- Origen y Proceso Jurídico.-

Ha sido un criterio arraigado considerar que el poder público se impone sin compensación a los administrados por los daños que éstos sufren en sus derechos –patrimonio–. Esta concepción tuvo su razón en la teoría de la doble personalidad del Estado, dado que, si el Estado actuaba con poder<sup>5</sup>, se eximía de responsabilidad por los daños que pudo generar a los ciudadanos.

Sin embargo bajo la corriente doctrinal y jurídica vigente, esto es, que el Estado cuenta con una sola personalidad jurídica (Moreno, 2014: 36-37) y con base en la misma actúa tanto en la esfera pública como en la esfera privada, conlleva que sus acciones y omisiones cuando vulneran derechos y causan perjuicios o daños a los particulares que por efecto de las cargas públicas no están obligados a responder, genera un efecto, cuál es, indemnizar al ciudadano, bajo la figura jurídica denominada la “Responsabilidad Extracontractual del Estado<sup>6</sup>”.

### 1.2.- Juridización parcial del sistema –Ecuador–.-

Empezaremos explicando que la LJCA<sup>7</sup> permitía a través de los jueces contencioso administrativos en vía judicial realizar “control de legalidad” de los actos y hechos administrativos; en definitiva los administrados que se sentían perjudicados por las decisiones de la administración pública lo que buscaban a través de sus acciones y pretensiones es que el juez *declare* la nulidad o anulabilidad del acto y de ser posible el restablecimiento de derechos. Por supuesto consagraba esta normativa, dos clases de recur-

5 Soberanía.

6 Ver G.J. Año CX. Serie XVIII. N° 8. Pág. 3020. 10-IX-2009. Estado poder público – soberanía, ahora se consagra el principio Estado persona de derecho público, por ende responde en la esfera civil –Considerando IV de la sentencia CNJ-.

7 Debemos señalar que con la entrada en vigencia de la oralidad en los juicios como lo prevé el COGEP, a partir del 23 de mayo de 2016, quedó derogado la LJCA.

sos: el de plena jurisdicción o subjetivo y el objetivo o de anulación<sup>8</sup>. En el primero a más de la nulidad del acto se propugnaba restablecer el derecho vulnerado y la indemnización de perjuicios, eso significaba el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado. En cuanto a los hechos ilegales, la pretensión de los ciudadanos era la indemnización por los perjuicios.

Será en la Constitución Política de 1998<sup>9</sup>, donde se constitucionaliza la responsabilidad extracontractual del Estado –Artículos 20 y 21–, por supuesto con limitaciones, que el legislador ordinario no logró desarrollarlo vía la expedición de la Ley, pero sí lo reconoció la Alta Corte<sup>10</sup>.

La **vigente Constitución de la República**, al abordar los principios de aplicación previstos en el Art. 11, concretamente el Numeral 9, reconoce la responsabilidad extracontractual del Estado, sin embargo, existe mora en el Legislador ordinario al no haber expedido hasta la fecha, la Ley<sup>11</sup>.

En todo caso, si damos una lectura a la norma jurídica invocada –Art. 11.9CR–, observaremos que en la misma se reconoce que el más alto deber del Estado es: respetar y hacer que se respeten los derechos constitucionalizados. Prevé luego que tanto el Estado, como sus delegatarios, concesionarios y toda persona (natural o jurídica) que actúe en ejercicio de una potestad pública, están obligados a REPARAR las violaciones a los derechos de los particulares.

**En la esfera administrativa.** La reparación por parte del Estado opera en los siguientes casos: Falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos. Acciones u omisiones de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos. Pero también el Estado responde en determinados casos, por acciones legítimas (veremos más adelante). Ahora bien, si el Estado repara el daño generado al particular, queda facultado para repetir el pago en contra de las personas responsables del daño siempre que hayan actuado con culpa o dolo.

**En la esfera judicial,** asimismo la reparación por parte del Estado opera en los siguientes casos; acciones u omisiones de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos: detención arbitraria, error judicial;

8 Lo reconoce el COGEP. Art. 306.1.2. No lo compartimos, pues la corriente administrativa moderna deja de lado esta diferencia.

9 El verdadero origen lo encontramos en el artículo 27 de la Constitución de 1967.

10 Entre varias de las sentencias, citamos, error judicial. Recurso de Casación III Sala de lo Civil y Mercantil, Quito 29 de julio 2002, las 11h00.- Recurso de Casación Sala de lo Contencioso Administrativo 4 de octubre de 2004

11 La Asamblea Nacional actualmente se encuentra tratando el Proyecto de Código Orgánico Administrativo, en adelante –PCOA–. En este documento consta en el Capítulo V “la Responsabilidad Extracontractual del Estado”, que enunciaremos posteriormente y sobre el cual haremos algún comentario.

retardo injustificado o inadecuada administración de justicia; violación del derecho a la tutela judicial efectiva; violaciones de principios y reglas del debido proceso. Además responde el Estado cuando una sentencia condenatoria ha sido revocada. Por supuesto, el Estado repara el daño o perjuicio causado a la persona afectada, pero también está llamado a repetir el pago en contra del o los responsables –servidores públicos judiciales–.

Del contenido de la norma constitucional invocada se desprende claramente que el Estado responde en la esfera administrativa, responsabilidad que se genera por la violación de derechos de los administrados, sea por falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos o por acciones u omisiones de sus servidores públicos<sup>12</sup>; en todo caso, el Estado se reserva la facultad de repetir el pago al servidor responsable por el daño. Lo previsto nos lleva a sostener que si bien es verdad la administración pública cuenta con potestades administrativas, su actuación u omisión por las personas físicas llamadas a ejercerlas pueden llevar al sacrificio de manera legítima (veremos más adelante) o ilegítima de derechos e intereses de los particulares, si ello ocurre la propia norma constitucional obliga al Estado a reparar los daños producidos a los ciudadanos, estos últimos, que están plenamente facultados para reclamar indemnizaciones que sean compensatorias a la vulneración de sus derechos siempre y cuando se les haya causado daños y la carga pública no sea obligatoria.

Igualmente en la esfera de actuación de los órganos de la Función Judicial (encargados de administrar justicia), calificados como servicio público, cuando de manera ilegítima se vulneran derechos de los particulares cuya consecuencia genere daños o perjuicios a los ciudadanos, tienen éstos el derecho a reclamar indemnizaciones al Estado.

No obstante en lo que corresponde a la esfera Legislativa, en el Ecuador no encontraremos positivizado la responsabilidad extracontractual del Estado, sin embargo abordaremos este tema más adelante.

¿ i . i i . i i . i i . i i .  
tual del Estado.-

A juicio de Fernando Garrido Falla –coincidimos parcialmente– las normas deben consagrar una serie de títulos jurídicos para fundamentar la petición de responsabilidad, más resulta que en el Ecuador no contamos con una Ley o Código Orgánico Administrativo<sup>13</sup> que lo establezca. Sin embargo del contenido consagrado en el Art. 11. Numeral 9 de la CR, como también en normas dispersas consignadas en distintos cuerpos normativos tales como: ERJAFE, COFJ, COOTAD, COGEP y resoluciones de la Alta Corte

12 También responde el Estado por actos legítimos, en determinados casos

13 Señalamos ya que en la Asamblea Nacional se discute el Proyecto de Código Orgánico Administrativo –En adelante PCOA.

Nacional de Justicia podemos inferir y encontrar estos títulos los cuales hacen referencia a las esferas de la –administración- pública y la judicial, razón por la que, pretenderemos explicar en el siguiente capítulo la responsabilidad extracontractual del Estado desde la Norma suprema y las ya enunciadas, articulándolas con la doctrina y PCOA en algunos temas<sup>14</sup>, por el momento dejamos enunciado una breve clasificación de la responsabilidad extracontractual del Estado, siendo éstas las siguientes:

A.- Responsabilidad por actuación negligente o culpable de la administración.

A.1- Responsabilidad por actos administrativos ilegales –Inobservancia de los mandatos legales por los servidores públicos que tienen poder de decisión-.

A.2.- Responsabilidad por funcionamiento anormal del servicio público.

B.- Responsabilidad objetiva sin falta.

B.1.- Responsabilidad por actos administrativos válidos.

Expropiación. Otros supuestos de responsabilidad por actos administrativos válidos.

B.2.- Responsabilidad por creación de situaciones de riesgo objetivo.

C.- Responsabilidad judicial.

D.- Responsabilidad legislativa.

---

14 Seguimos a Garrido Falla, Fernando. Obra. Tratado de Derecho Administrativo. Se hará referencia a otros autores además.



## TEMA DOS

### GENERALIDADES. ESFERA ADMINISTRATIVA:

#### A.- Responsabilidad por actuación negligente o culpable de la administración:

- A.1.- Responsabilidad por actos administrativos ilegales.-
- A.2.- Responsabilidad por funcionamiento anormal del servicio público.-

#### B.- Responsabilidad objetiva sin falta:

- B.1.- Responsabilidad por actos administrativos válidos.  
Expropiación. Otros supuestos de responsabilidad por actos administrativos válidos.-
- B.2.- Responsabilidad por la creación de situaciones de riesgo objetivo.

### 2.1.- GENERALIDADES. ESFERA ADMINISTRATIVA:

Las tareas y actividades del Estado son diversas, las podríamos englobar en: administrativas, judiciales, legislativas y, electorales (Moreno, 2014: 146-149).

La actividad administrativa es propia de la administración pública se genera en un órgano o entidad que cuenta con facultades o atribuciones de carácter público previstas en la Constitución o la ley, dirigiendo sus tareas administrativas a satisfacer necesidades de carácter colectivo de manera inmediata. En esta actividad, se decide y se ejecuta. Su actuación viene dada a través de actos administrativos, hechos administrativos, contratos administrativos y normas reglamentarias. De sus actuaciones puede desprenderse responsabilidad contractual o extracontractual del Estado.

Pero la actividad administrativa como lo expresamos siendo propia de la Función ejecutiva y entidades autónomas, también lo encontramos – limitadamente- en las demás funciones del Estado, en tareas tales como: ingreso y salida del personal, adquisición de bienes, ejecución de obras, prestación de servicios, de cuyas decisiones u omisiones puede desprenderse responsabilidad contractual o extracontractual.

Respecto a la actividad administrativa (Parada, 2012: 567), sostiene que el término servicio público debe entenderse como sinónimo de actividad administrativa toda vez que comprende la actividad de servicio público.

Con esta breve introducción abordaremos el tema.



A.- Responsabilidad por actuación culpable o negligente de la administración –Incumplimiento de las obligaciones atribuidas a los servidores públicos.-

A.1- Responsabilidad por actos administrativos ilegales.-

En esta esfera, contamos con – resoluciones de la Alta Corte<sup>15</sup>, COGEP a partir del 23 de mayo del 2016-, que nos dan una respuesta parcial a esta clase de responsabilidad.

Por tanto, conocemos que la administración pública tendrá que responder por los daños causados por actos –expresos y presuntos- o hechos administrativos ilegítimos.

Sin embargo en la práctica suele ocurrir que la declaratoria de ilegalidad del acto administrativo no presupone derecho a indemnización, más aún cuando el demandado es el Estado –administración pública–; de lo expuesto, la indemnización no es la regla general<sup>16</sup>. Lo pertinente sería que el actor del juicio demuestre en el proceso: que el acto viciado de legalidad vulnera sus derechos constitucionales, que le ha producido un daño o perjuicio que es efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a la persona o grupo de personas y finalmente que el daño sea jurídicamente imputable al Estado. Si ello se demuestra consideramos que la indemnización debe concederse.

Para poner un ejemplo: la destitución de un servidor público, siendo ilegítimo el acto administrativo de la destitución, al ser dicho acto, –ejecutivo y ejecutorio– significará que el servidor público queda fuera de la institución pública donde presta sus servicios, en este caso probablemente el Tribunal Contencioso Administrativo no suspenderá la ejecución del acto administrativo.

Pero, si dicho acto administrativo en la vía judicial es declarado nulo, procederá además la indemnización o pago de todo lo que el servidor no percibió durante el tiempo que estuvo fuera del cargo, más los aportes a la seguridad social y otros beneficios de ley. Obsérvese en este ejemplo que se ha vulnerado el derecho al trabajo, ya que se ha producido un daño grave al administrado, siendo el causante del mismo el Estado (administración pública), razón por la cual este daño es evaluable económicamente e individualizable respecto del perjudicado<sup>17</sup>.

---

15 Citamos ya varias sentencias. Lo haremos más adelante.

16 G.J. Año CVIII. Serie XVIII, N° 4. Pág. 1631. Considerando VI. Corte Suprema de Justicia, Sala Contencioso Administrativo, 24 de mayo 2007. No entro analizar la ilegalidad y nulidad.

17 Sin compartir la distinción de acto ilegal y nulo, ver, G.J. Año CVIII. Serie XVIII, N° 4. Pág. 1631. Corte Suprema de Justicia, Sala Contencioso Administrativo. Destitución de cargo de una servidora pública. Considerando VI de la sentencia, enfoca varios temas que se tratan en este trabajo, para citar, cargas públicas, responsabilidad objeti-

En otros casos probablemente la indemnización es incierta, para citar, clausura de establecimientos de diversión, suspensión de construcciones, si no se demuestra consecuencia del acto administrativo ilegal, que el mismo vulneró derechos del reclamante, que el acto asimismo le causó daño y que éste es evaluable económicamente e individualizado, no sería procedente conceder la indemnización.

De lo anotado, para que prospere la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, deberá considerarse la gravedad de la *ilegalidad* y la importancia del daño sufrido por el particular, lo que significa que no todos los actos afectados por alguna clase de vicio pueden generar el derecho al –resarcimiento–.

#### A.2.- Responsabilidad por funcionamiento anormal del servicio público.-

La responsabilidad por el funcionamiento anormal del servicio público para nuestro modelo jurídico ecuatoriano tiene sustento parcial en la legislación española. Ahora bien, conocemos que el funcionamiento anormal del servicio público se encuadra en la responsabilidad objetiva, en tanto en cuanto la actuación de las administraciones públicas sea ilegítima o antijurídica.

Para que proceda la indemnización es necesario se demuestre la *falta del servicio público* o la deficiencia en la prestación del mismo.

En el primer caso, **se produce la falta del servicio público, cuando organizado e implementado el servicio la administración deja de** \\_úfpÔ\_-B Ô -Ô \\_ú\_fB8Ô Ô úîpÔôÔ& fúÔ ûfpÔ ôú¥8 p •Ô B p îÔxfÔ 'x fp ¥î ÔôÔ. Definitiva se trata de un funcionamiento defectuoso o irregular del servicio.

En el segundo caso, **el servicio público se provee por razones distintas a la falta<sup>19</sup>, contraviniendo los principios de generalidad, obligatoriedad, EFICIENCIA<sup>20</sup>, uniformidad, responsabilidad, universal-**

---

va, inobservancia de responsabilidades de los servidores públicos, daño indemnizable.  
18 Art. 372 PCOA.

19 Servicio público deficiente. –Negligencia-. Ver Sentencia del Tribunal Distrital N° 3 del Contencioso Administrativo con sede en Cuenca. Juez ponente Dr. P. Jiménez Larriva. Juicio N° 0133-2013.

20 Mala práctica médica. G.J. Año CXIII. Serie XVIII. N° 13. Pág. 5633. 9 de Mayo 2013. Sentencia de mayoría rechaza la demanda, bajo el argumento que no se ha demostrado negligencia que sería la causa para provocar el hecho dañoso, que no hay relación de causalidad; rechaza la demanda a pesar de hacer referencia en la misma a un informe que en vía administrativa se manifiesta “anormalidades en el protocolo de intervención médica a cargo del médico anestesiólogo”. El voto de minoría, que la carga de la prueba corresponde a quien se encuentra en mejores condiciones, en el caso que se juzga a la entidad pública –se habla que la carga de la prueba se revierte-, concluye el voto de minoría aceptando la demanda bajo la consideración de “presta-

dad, regularidad, accesibilidad, continuidad y calidad<sup>21</sup>, o cuando organizado e implementado el servicio por la administración, no se consagran los estándares de referencia para evaluar su prestación acorde a los indicados principios<sup>22</sup>.

Para citar, el peticionario funda su reclamo, en la muerte de su esposa al caer en una bóveda abierta del cementerio municipal, aparentemente cerrada, no señalizada ni protegida (debe el Juez sustentar la reparación bajo estándares idóneos).

En otro caso, mal funcionamiento de un ascensor que utiliza una empleada que realiza labores de limpieza en el Hospital público, al abrirse la puerta de acceso al ascensor indebidamente provoca la caída de la persona al sótano.

La reflexión que podríamos realizar para aplicación de los jueces en el Ecuador, es que a más de sustentar la decisión en los elementos determinantes de la responsabilidad como son: el derecho constitucional vulnerado del particular, la producción del daño que además es cuestión de grado, que se le impute jurídicamente el daño a la administración pública, el nexo causal o relación de causalidad, debe necesariamente el Juez sustentar su decisión en factores de atribución, que como sostiene (Cassagne, 2008: 50) constituyen la pieza maestra de la teoría de la responsabilidad, siendo dichos factores: falta de servicio, funcionamiento anormal del servicio, cumplimiento irregular de las obligaciones y deberes de los servidores públicos. Todo esto sustentado en estándares perfectamente argumentados, pues cada caso tendrá su particularidad.

## B.- Responsabilidad objetiva sin falta.-

### B.1.- Responsabilidad por actos administrativos válidos.

#### B.1.1.- La Expropiación.-

La institución que abordaremos puede ser objeto de críticas bajo el argumento que la propuesta no se articula con la responsabilidad objetiva. Sin falta, diremos que respetamos aquellos criterios pero no se puede desconocer que la expropiación teniendo fundamento constitucional –Art. 323-y legal –LOSNC. Art. 58; COOTAD. Arts. 446 al 459- les faculta a las instituciones del Estado por razones de utilidad pública e interés social y nacional a declarar la expropiación de bienes–, cuyo efecto conlleva la indemnización y pago; en definitiva, con la declaratoria de utilidad pública

---

ción deficiente del servicio público de salud”, participo del voto de minoría.

21 En el Ecuador ver Art. 314CR, el enfoque no es el preciso para todos los servicios públicos.

22 Art. 373 PCOA.

o interés social –acto administrativo– de un bien del particular, se genera un perjuicio al propietario del bien y por supuesto una vulneración a su derecho de propiedad; por tanto este perjuicio causado al particular, reconoce nuestro marco jurídico, debe ser valorado e indemnizado con el pago del justo precio del bien.

Pues bien, la Institución de la expropiación lo vamos a encontrar en la esfera del derecho privado visto el Estado con doble personalidad, se consideraba que si el Estado requería bienes raíces especialmente para fines públicos, podía hacerlos suyos siempre que se indemnice a los dueños, bajo la figura que la actuación del Estado se generaba en la esfera del derecho privado.

Sin embargo actualmente la institución de la “expropiación forzosa”, está concebida con fines de carácter social y ambiental, por tanto, la responsabilidad del Estado se genera en el ejercicio legítimo del poder en la vía administrativa, toda vez que el Estado busca satisfacer de manera rápida los intereses y necesidades de la colectividad. Para citar: la construcción de un mercado, de un parque, apertura de calles, carreteras, etc. Para cumplir estos fines, requieren las instituciones del Estado en la esfera de sus atribuciones administrativas de la propiedad privada y para hacer uso de la misma, sustentarse en el ejercicio de una potestad innovativa<sup>23</sup>. Esto es, a través de un acto administrativo, extinguir la propiedad privada y que ésta pase a la entidad pública que actuó en ejercicio de la potestad conferida por el ordenamiento jurídico. Ahora bien, siendo legítima la actuación estatal sustentada en la Constitución y la ley, no es menos cierto que ese accionar genera una vulneración de un derecho y por ende un perjuicio en el afectado –particular–, quien por más acción legítima que tenga el Estado, no puede ser privado de su patrimonio –derecho–, en tal virtud, el propio ordenamiento jurídico prevé que el Estado debe compensar al particular por el daño sufrido, ¿cómo? a través de la figura de la indemnización, siendo ésta limitada al valor objetivo del bien o derecho objeto del sacrificio especial, por tanto, en la reparación no incluye el lucro cesante<sup>24</sup>.

Obsérvese entonces, que si bien el Estado ejerce poder para hacer suyo un bien particular siempre y cuando exista un fin lícito, no es menos cierto que el afectado debe ser compensado por la pérdida sufrida, ¿Cómo? a través del pago del justo precio de la propiedad.

A manera de aclaración, debemos tener en cuenta que la propiedad privada no es un –derecho absoluto–, sino un derecho con límites siendo éstos: la función social y ambiental; de tal manera que el contenido esencial del derecho a la propiedad privada está vinculada con dichas funcio-

---

23 Facultad que el ordenamiento jurídico –citado- confiere a la autoridad, para extinguir el derecho de propiedad.

24 LOSNCP. Art. 58 reformado –R.O. N<sup>o</sup> 100. Segundo Suplemento, 14-X-2013. El pago se sustenta en el avalúo municipal, sin perjuicio de un “eventual” daño emergente.

nes, queremos decir con ello, que propiedad privada – función social y ambiental constituyen el núcleo duro de este derecho, pues son elementos inescindibles, es decir inseparables.

Asimismo puede ocurrir que sin sujeción al procedimiento reglado previsto en la LOSNCP o COOTAD, las instituciones del sector público, realicen actos materiales de uso, ocupación y posesión de bienes particulares, en esos casos estaremos ante “hechos”, lo que generará daños y perjuicios al particular, por ende, ante un hecho ilegítimo, el ciudadano perjudicado puede reclamar y demandar la responsabilidad extracontractual del Estado.

#### B.1.2.- Otros supuestos de responsabilidad por actos administrativos válidos.-

Debemos tener en cuenta que no son frecuentes los casos de responsabilidad por actos lícitos generados por la administración pública, pero podemos citar los actos de revocación de licencias, autorizaciones o permisos de obras o actividades que fueron conferidas previamente por los órganos competentes (generan derechos a favor de los ciudadanos); incluye por supuesto la revocación de actos por oportunidad (Ver Art. 369 COOTAD. Arts. 91-92 ERJAFE), en este último porque aparecen criterios de apreciación nuevos en la administración pública. En el fondo la revocación de actos por oportunidad de licencias constituye desde lo material, una expropiación.

Podría enunciarse también la anulación de licencias, autorizaciones o permisos indispensables para la realización de obras y actividades por razones de legalidad declaradas por la administración pública.

Es lícito asimismo eliminar un acto ilegal anterior, pero en la medida que el acto otorgó o confirió derechos al administrado, es susceptible de reparación<sup>25</sup>.

En la esfera de los actos administrativos válidos, debemos considerar como sostiene (Cassagne, 2008: 52), el factor objetivo de atribución, siendo éste, la configuración de un sacrificio especial provocado por un acto legítimo o derivado del normal funcionamiento del servicio público.

#### B.2.- Responsabilidad por la creación de situaciones de riesgo objetivo.-

En este caso hablaremos de los supuestos de responsabilidad de la administración pública por la creación de situaciones de riesgo objetivos relacionados con el establecimiento o funcionamiento de determinados servicios públicos.

---

25 Siempre que no sea nulo de pleno derecho.



En definitiva, es el Estado quien genera el riesgo, obviamente el funcionamiento de un servicio puede contar con todas las garantías técnicas y jurídicas, sin embargo en un momento determinado de la vida puede acontecer un perjuicio o daño que vulnere derechos de las personas. Para citar: explosión de un polvorín del ejército, caída de un avión de las fuerzas armadas en zona habitada, destrucción de una represa e inundación en zonas productivas o pobladas. Se trata de riesgos objetivos que dan lugar a indemnización en favor de los perjudicados por vulneración de sus derechos fundamentales, tales como, vivienda, vida, etc.

Podríamos incluir también los daños ambientales, que deben ser reparados desde otra óptica, es decir, no visto desde lo económico, sino desde la “restauración integral”, suponiendo por tanto una obligación de hacer (Ver Art. 375 PCOA).

## TEMA TRES

### GENERALIDADES.

#### RESPONSABILIDAD POR LAS ACTUACIONES DEL PODER JUDICIAL. SERVICIO PÚBLICO.- Introducción.-

##### Error judicial.-

##### Inadecuada administración de justicia o funcionamiento anormal del servicio.-

##### Error inexcusable.-

#### Inconstitucionalidad o Constitucionalidad del Art. 34 del COFJ.- Responsabilidad del LEGISLADOR.

### GENERALIDADES.

En la esfera judicial –clásica– se ha sostenido la “irresponsabilidad del Estado” basado en que el acto jurisdiccional auto interlocutorio, –sentencia– se caracteriza por su fuerza de verdad legal *cosa juzgada* (Dromi, 1997: 768-769), sin embargo este fundamento se rompe por efectos de la revisión de la sentencia al declararse la existencia de “error judicial” que se debe a la vulneración de derechos constitucionales”.

Bajo lo expuesto, al existir un daño, consecuencia de la vulneración de derechos a la persona por error judicial, inadecuada administración de justicia, debe el Estado asumir la responsabilidad de responder objetivamente.

### 3.- RESPONSABILIDAD POR LAS ACTUACIONES DEL PODER JUDICIAL. SERVICIO PÚBLICO-

Dice el Art. 11.9 CR., que el Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación al derecho de la tutela judicial efectiva, violación de principios y reglas del debido proceso<sup>26</sup>. El efecto de la sentencia condenatoria que sea revocada o reformada conlleva a que el Estado repare el daño al perjudicado y declarada la responsabilidad por dichos actos se repetirá el pago en contra de ellos. Hablamos en todos estos casos de la responsabilidad del Estado por la prestación de un servicio público en la esfera judicial.

Asimismo es el COFJ, el que regula o consagra las causas, ver al respecto los artículos 15, 22, Capítulo III “Regla Específicas para la Sustanciación de los Procesos por el Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia” –Arts. 32 al 34<sup>27</sup>–.

Por tanto, del contenido de la norma constitucional citada y normas

<sup>26</sup> Ver Art. 378 PCOA.

<sup>27</sup> Analizaremos más adelante esta disposición legal.

del COFJ, podríamos para la explicación analizar los siguientes casos: error judicial, inadecuada administración de justicia; y, error inexcusable.

Ahora bien, la responsabilidad patrimonial constituye la carga que está llamado a soportar el Estado por perjuicios antijurídicos que cause a los particulares, sin embargo, el titular del órgano Judicial que administra justicia responde, y se le repetirá el pago, toda vez que haya actuado con dolo o culpa y se haya declarado su responsabilidad.

### 3.1.- Error Judicial.-

El error judicial se encuentra positivizado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, voy a hacer referencia a una de las sentencias expedidas por la Ex Corte Suprema de Justicia<sup>28</sup>, que sobre el error judicial expresa, "...como toda decisión expedida por los órganos de administración de justicia, injusta, equivocada, pero el yerro debe ser palmario, potente manifiesto, indudable e incontestable de un modo objetivo y no tan solo a ojos de quienes fueron parte o se sienten perjudicados, pudiéndose agregar que dicho error puede ser fáctico o jurídico...". Agregaría, el acto del servidor público (Juez) que origina este daño debe ser calificado<sup>29</sup>.

En todos los casos enunciados a más de la existencia del error judicial en el pronunciamiento judicial debe demostrarse la existencia de una vulneración de un derecho en relación directa al daño físico o moral, evaluable económicamente y una relación de causalidad entre el error y el daño indemnizable. Lo que significa y para todos los casos, que la reparación del daño debe ser integral, es decir, incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante e inclusive el daño moral.

En cuanto al daño calificado, como lo invoca el Art. 379 del PCOA debe entenderse como aquel donde el particular no tiene el deber de soportarlo o resulte de la violación del principio de la igualdad en el reparto de cargas públicas, daño que deriva de la conducta de la administración de justicia en estos casos.

### 3.2.- Inadecuada administración de justicia o funcionamiento anormal del servicio.-

Expusimos ya este tema brevemente, al respecto cabe señalar que la regla general es que la administración de justicia debe ser completamente

---

28 G.J. Año CIII. Serie XVII. N° 10. Pág. 3134.

29 El inciso IV Art. 379 PCOA, debe revisarse, aborda la discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado en términos generales, más aún si lo adminiculamos al contenido del Art. 13 inciso final del mismo proyecto que no es susceptible de impugnación. Sostengo que tanto la discrecionalidad como el concepto jurídico indeterminado para no generar responsabilidad extracontractual del Estado no solo que debe ser razonado sino también razonable.

normal en cuanto a su funcionamiento, si no lo es, se causa daño, debiendo el Estado reparar el mismo.

En este sentido, si el servicio público de la administración de justicia no funciona eficientemente, por tanto es –anormal–, estaríamos ante un funcionamiento ilícito y por ello precisamente los errores; entran en el concepto del funcionamiento anormal del servicio incluido en esta esfera: la falta oportuna de actuación por carencia de personal, el funcionamiento tardío del servicio, marcha inadecuada, irregular, lenta de los procedimientos judiciales; reiteramos, a más de la negligencia o inadecuada lentitud del juzgador, también aborda las intencionadas dilaciones de la marcha del procedimiento atribuible a los órganos auxiliares de la administración de justicia: la falta de personal, exceso de trabajo, extravío o pérdida de las causas, etc. En definitiva existe demora inexplicable en la solución del procedimiento con independencia de que se deba ésta a la lentitud del juzgador al dictar sentencia. Situaciones que generan vulneración de los derechos fundamentales de los particulares articuladas al daño.

De lo anotado, puede ocurrir la superposición de casos, para citar: una persona aprehendida en el ilícito a quien el juez ordena que como medida cautelar cumpla con prisión preventiva, pero el tiempo es exagerado, (mayor a un año) y posteriormente el procesado es absuelto o se dictó auto de sobreseimiento. En este caso existirá error en cuanto a la orden de prisión preventiva, por el tiempo excesivo de permanencia en prisión (estamos ante el funcionamiento anormal del servicio).

### 3.3.- Error inexcusable.-

Nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, en todo caso debe ser visto como el error grave, grosero, torpe que conlleva equivocación, desacierto, ignorancia cuyo efecto es generar un falso concepto sobre lo que una cosa es realmente. Para citar, dentro de un juicio penal en el Ecuador por un asesinato, que el Tribunal Penal sancione al responsable con la pena de muerte a sabiendas que la misma está prohibida por mandato expreso de la CR. Art. 66.1 complementada por el Código Orgánico Integral Penal.

Ahora bien, para que constituya responsabilidad civil el error inexcusable por parte de quien lo cometió requiere que dicho error haya generado perjuicio –daño, lesión– a una de las partes dentro del juicio, pero además que exista relación de causa-efecto entre el error inexcusable de la persona física –Juez– y el daño sufrido por el particular litigante; por tanto, el perjudicado deberá demostrar que el error fue determinante en la decisión, en el sentido que generó el perjuicio.

En el Ecuador el “error inexcusable”, es causal de destitución del servidor judicial –juez– a través de un procedimiento administrativo sancionador.

A nuestro parecer el tema –procedimiento sancionador por error inexcusable– debe discutirse, toda vez que estamos ante un concepto jurídico indeterminado que si no es ponderado y motivado genera una “desviación de poder”. Por otro lado, el error inexcusable es de carácter jurisdiccional (interpretación jurídica adoptada en la sentencia) y de ser regulado por Ley en la vía administrativa (lo que allí corresponde es el análisis de la conducta disciplinaria), siendo así, cabe preguntarse y dejamos para el debate las siguientes interrogantes; si el legislador al expedir la norma ¿actuó en su esfera de ser el intérprete político o se excedió en su límite? Por otro lado ¿Debe el intérprete jurídico –Corte Constitucional– determinar si el legislador se excedió en su esfera de actuación? Pero asimismo el efecto que conlleva la declaratoria del error inexcusable en el Ecuador, es la “destitución” del “Juez”, situación que de no ser analizada con la debida ponderación y motivación, vulnerará el principio de “independencia judicial pues atenta contra la garantía del juzgador de fallar libremente en derecho”<sup>30</sup>.

Lo que dejamos expuesto, deberá ser materia de análisis y discusión, pues como lo manifestamos, no se puede juzgar por la interpretación jurídica que se adopte en el fallo.

### **3.4.- Inconstitucionalidad o Constitucionalidad del Art. 34 del COFJ.-**

Una pregunta que soltamos para discusión, y sobre la que realizaremos algún comentario es: ¿El Art. 34 del COFJ, tiene algún vicio de constitucionalidad, o es constitucional? Nos permitimos transcribir la norma *Ibíd.*

**Art. 34.- PROCEDIMIENTO PARA SUSTANCIAR LAS CAUSAS POR LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE JUEZAS Y JUECES, FISCALES Y DEFENSORAS Y DEFENSORES PÚBLICOS.-** Las causas que, por indemnización de daños y perjuicios y por daño moral se propongan contra juezas y jueces, fiscales y defensoras y defensores públicos, con fundamento en lo dispuesto en el inciso III del artículo 172 de la Constitución y demás leyes aplicables, se sustanciarán ante la jueza o juez de lo civil del domicilio de la parte demandada, por la vía verbal sumaria y la acción prescribirá en 4 años desde que se consumó el daño”.

El precepto citado no se refiere exclusivamente a las personas físicas que investidos de poder están llamados a administrar justicia como son los jueces, también incluye a los colaboradores del Estado como son Fiscales y Defensores públicos. Por el momento no vamos a hacer referencia a esta situación.

---

<sup>30</sup> Ver sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008.

Obsérvese que el Artículo -34COFJ- se refiere a los particulares afectados dentro de un juicio o terceros perjudicados, que bien pueden proponer acciones judiciales por efectos indemnizatorios, consecuencia de los daños que se les ha causado dentro del proceso por jueces, fiscales o defensores públicos.

Ahora bien, en el caso específico de los Jueces –hablamos en este tema de ellos-. ¿Su actuación judicial se lo hace como persona física o se lo hace con poder suficiente en nombre del pueblo? Aquí la primera interrogante. Si nos inclinamos por la segunda posición, vamos a sostener que el llamado actuar dentro de un proceso en calidad de Juez, constituye un órgano de la Función Judicial.

Sin embargo el legislador al redactar el Artículo 34 COFJ, se remite al inciso III del Art. 172 CR., que dice: “Las juezas y los jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley”

La pregunta que salta a la vista es. ¿El término jueza o juez, el constituyente lo concibió como la actuación de la persona física?

Diremos que no, que el constituyente cuando organiza el poder y distribuye las tareas y actividades del Estado en las distintas funciones, instituye en cada una de ellas órganos, es decir, esferas jurídicas perfectamente definidas y delimitadas que constituyen la esfera abstracta y permanente, que luego en la dinámica o hacer diario del Estado, va a requerirse de las personas físicas aptas y que accedan con sujeción a la Constitución y la ley a ejercer la esfera jurídica, pero que con la voluntad intelectual de la persona física, expresan no la voluntad personal, sino la –voluntad del pueblo–.

Para mayor referencia recordemos lo que se entiende por “órgano”. Diremos que viene a ser la esfera jurídica de atribuciones y la persona o grupo de personas físicas, llamadas a ejercer la potestad atribuida.

Podemos decir que el órgano cuenta con dos elementos<sup>31</sup>. La esfera jurídica perfectamente delimitada que se mantiene. La persona física, – permanentemente cambia– el ser humano que con su manifestación de la voluntad expresa no su voluntad personal y propia, sino como Juez, en el ejercicio de la potestad de administrar justicia, la manifestación del poder soberano –pueblo- Art. 167CR. De lo anotado, la persona física es uno de

31 Algunos hablan de tres elementos, incluyen la infraestructura –bienes-. Para citar en el Ecuador, Dr. Zabala Egas, Jorge. Ver Obra. Módulo de Derecho Administrativo I. pág. 39. Moreno Y., Jorge.

los elementos del órgano. En esta misma línea de análisis, si se revisa el contenido de los artículos 167, 172 inciso I y III, 178, 182 y 186 CR., se observará que al hacer referencia a juezas y jueces, los articulados se remiten al órgano jurisdiccional, más no, a la persona física.

Pero además, “la potestad –atribución, facultad- de administrar justicia **EMANA DEL PUEBLO, EJERCIDA POR LOS ÓRGANOS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL**”, así lo expresa el Art. 1 del COFJ, disposición que guarda concordancia con el principio de independencia –Art. 8 COFJ– e inclusive otros principios que se consagran en el cuerpo normativo invocado. Principio jurídico que se materializa en las sentencias que expiden los jueces en las causas que se ponen en su conocimiento en la parte resolutive, bajo la siguiente frase sacramental: **“ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA..”**

En definitiva, las actuaciones jurisdiccionales –jueces– lo ejercen no como personas físicas y por su voluntad propia, sino por la comunidad política indisoluble que tiene voluntad y potestad propia y cuenta con personalidad jurídica –el pueblo el soberano– que se generó vía su organización a través de la Constitución de la República 2008 (Moreno, 2014: 26-27).

Para completar y concluir la idea, el Art. 11.9 CR., considera que la persona física –servidor público– no responde directamente por sus acciones u omisiones que causan perjuicio a los particulares, el que responderá patrimonialmente será el Estado, quien luego puede repetir el pago a las personas físicas responsables que actuaron con dolo o culpa.

Al respecto transcribimos el contenido del párrafo cuarto del Art. 11.9 CR, que dice:

**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.** (Lo resaltado nos corresponde)

Así visto el tema, bien puede sostenerse que ante el daño causado a un particular en la esfera judicial, quien deberá responder patrimonialmente, es el Estado, en el caso específico el Consejo Nacional de la Judicatura.

Por otro lado podría argumentarse que el Ecuador es un Estado con personalidad jurídica única que actúa a través de sus órganos, tanto en la esfera privada cuanto en la esfera pública. Visto desde esta arista, se podría considerar que el contenido del Art. 34 del COFJ, no se apega al marco jurídico constitucional, por ende, debería cualquier jueza o juez que conoce de un juicio civil donde se demande a la persona física del órgano llamado



a administrar justicia amparado en la norma invocada, suspender la causa y pedir que la Corte Constitucional se pronuncie. Debiendo el órgano de control de constitucionalidad, resolver en sentencia si la norma es o no constitucional.

Ahora bien, quiero desde otra óptica hacer referencia a dos situaciones, la primera la que argumenta el distinguido jurista Alejandro Nieto García, cuando aborda el tema de la “Responsabilidad Personal y Responsabilidad INSTITUCIONAL, de la Administración Pública”<sup>32</sup>, y, la otra, que hice referencia en una Obra dirigida a mis estudiantes.

En cuanto al primer tópico, sostiene (Nieto, 2008:153), desde una perspectiva práctica sin limitarse a la descripción legal toda vez que busca indagar la efectividad social; en definitiva pasar de la crítica jurídica formal a la social, y desde la referida arista es del criterio que remontándose al régimen español de 1904 añadiendo algunas precisiones que el autor los traduce, bien podría mantenerse una dualidad en el régimen de la responsabilidad, esto es, que el perjudicado –particular– podría elegir a quien demanda, pudiendo ser el Estado, la persona física –agente público– autor del hecho, o ambos a la vez; luego propone variables procesales y sus efectos. La propuesta del distinguido jurista, es por supuesto en el área administrativa.

En el segundo tema, dentro del “Módulo de Derecho Administrativo I” dirigido a mis estudiantes, al hacer una breve referencia a la teoría de la responsabilidad del Estado, en pie de página 15 digo:

Considero imperativo que el legislador desarrolle el principio a través de Ley formal, toda vez que la responsabilidad del Estado, puede consagrar límites, ver al respecto el contenido del párrafo tres del Art. 172 CR, en concordancia con el Art. 34 del Código Orgánico de la Función Judicial. Asimismo Obra Derecho Administrativo Tomo III, Ramón Parada, pág., 31-32 “límites de la imputación”, se habla de la “falta personal”, donde no responde la administración, sino el funcionario, consecuencia de sus debilidades, pasiones, imprudencias; o cuando el error o negligencia sobrepasa el funcionamiento mediocre del servicio.

En referencia al párrafo III del Art. 172CR., efectivamente el constituyente dispone la responsabilidad de juezas y jueces por el perjuicio que causen a las partes dentro de un proceso judicial. Sin embargo expusimos ya, un argumento que puede sostenerse para considerar la inconstitucionalidad del Art. 34 del COFJ, esto es, que los términos “juezas-jueces” se refieren al órgano más no a la persona física que ejerce la esfera jurídica. Pero además vale remitirnos al contenido del Art. 11.9 párrafo III CR., donde ordena que los titulares de la administración pública ejerzan el derecho

---

32 Obra, Responsabilidad del Estado. Págs. 151-172

de repetición en contra de las personas responsables del daño causado a los ciudadanos por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, todo ello, sin perjuicio de las RESPONSABILIDADES CIVILES, penales y administrativas.

Así entonces, dejamos propuestas estas dos interrogantes para que sean discutidas, analizadas e incluso puedan ser propuestas dentro de los juicios. Lo que sí vale reiterar una vez más es la necesidad urgente de que el legislador expida la Ley de la Responsabilidad extracontractual del Estado.

### **3.5.- Responsabilidad del Legislador.-**

Si se revisa con detenimiento el contenido de la CR., como la propia Ley Orgánica de dicha función<sup>33</sup>, observaremos que no se ha positivizado la responsabilidad patrimonial del Estado por las actuaciones u omisiones del legislador que vulneren derechos de los particulares y cuya consecuencia genere daños a éstos últimos. Sin embargo no es menos cierto que la propia CR., consagra en el Art. 1 varios caracteres o elementos tales como, Estado constitucional de derechos, democrático, su organización es de carácter republicano; asimismo en el Art. 233 no existen servidores públicos exentos de responsabilidad, que se complementa con el Art. 127 respecto a la actuación de las y los asambleístas, los mismos que deben responder políticamente ante la sociedad de sus acciones y omisiones en el cumplimiento de sus deberes y atribuciones, y; como es obvio también si el Estado es responsable por los daños que se causen a los particulares consecuencia de la vulneración de derechos, no puede dicha responsabilidad inhibir al legislador.

Bajo estas consideraciones, somos del criterio que en su momento serán las altas cortes<sup>34</sup> las que deban reconocer la misma, por supuesto existen esferas reconocidas en la doctrina que a continuación me permito exponer que bien podrían llevar a establecer dicha responsabilidad, siendo éstas las siguientes:

1.- Omisión legislativa total o parcial, inconstitucionalidad de leyes declarada por la Corte Constitucional consecuencia que dicha declaratoria haya vulnerado derechos constitucionales generándoles daños a las personas sin que tengan la obligación de asumirlas como cargas públicas. Procede la indemnización.

2.- Si la ley expropia auténticos derechos adquiridos por los particulares, incluso frente a disposición contraria a la Constitución (que sería inconstitucional) procede la indemnización.

---

33 Tampoco el PCOA, positiviza esta responsabilidad, debería acogerlo.

34 La Asamblea Nacional sobre un tema de "control político y de gobierno".

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, condena al Estado del Ecuador a indemnizar a los Ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia que fueron removidos de sus funciones

(Garrido Falla et al, 2005:343-344) sostienen que para que prospere la responsabilidad del Estado en la esfera legislativa, debe aparecer en la mesa dos principios, la expropiación y la responsabilidad.

La “expropiación” es consecuencia de una actividad lícita de la administración pero que conlleva para el ciudadano un derecho a recibir una compensación que es el justo precio del bien sacrificado.

La “responsabilidad” su origen lo vamos a encontrar en la falta del servicio, esto es, en la falta de legislación total o parcial que vendría dado por la declaratoria de omisión legislativa o declaratoria de inconstitucionalidad de la ley; casos en los que podría generarse responsabilidad patrimonial del Estado, consecuencia como decimos de la declaratoria de omisión legislativa o inconstitucionalidad de algún artículo de la –ley– para citar, pago de tributos con efecto retroactivo.

## TEMA CUATRO

### REPARACIÓN. CAUSAS QUE GENERA LA RESPONSABILIDAD Y EXIMENTES.-

**Responsabilidad Subjetiva.-**  
**Responsabilidad objetiva.-**  
**Fundamento.-**  
**Principios.-**  
**Reparación.**  
**El Riesgo.-**  
**El Daño o lesión, requisitos.-**  
**Eximentes de responsabilidad.-**  
**Alcance de la reparación.-**  
**Conclusiones.**

#### 4.- REPARACIÓN. CAUSAS QUE GENERA LA RESPONSABILIDAD Y EXIMENTES.-

##### 4.1.- Responsabilidad Subjetiva.-

Opera esta responsabilidad siempre y cuando la conducta dañosa sea por culpa o dolo de la persona física que actúa con potestad estatal, ya sea por acción u omisión.

Esta clase de responsabilidad descarta nuestro ordenamiento jurídico en lo que a responsabilidad extracontractual del Estado se refiere.

##### 4.2.- Responsabilidad Objetiva.-

En este caso el Estado responde por el daño causado al particular sin determinar o exigir que exista culpa o dolo del funcionario o servidor público que ejerce una potestad pública, Art. 11.9 CR<sup>35</sup>.

##### 4.3.- Fundamento.-

El Art. 11.9 CR., prevé de manera clara y precisa que el Estado está obligado a reparar las violaciones a los derechos de los particulares consecuencia del daño o perjuicio que cause a los particulares, sea que el mismo provenga de la actividad administrativa o judicial, para citar, indemnización por expropiaciones, igualdad en las cargas públicas, garantía de la libertad, seguridad y garantías individuales.

---

<sup>35</sup> En el PCOA, ver artículos 370, 374, 375. Además, en varias de las sentencias enunciadas en pies de páginas, se invoca la responsabilidad objetiva y se descarta la corriente subjetiva, esto es, la responsabilidad con culpa. Para citar. G.J. Año CVIII. Serie XVIII. N° 4. Pág. 1618. Ver Considerando VI.

Como dice (Dromi, 1997: 766), el fundamento se encuentra en el principio de soberanía del pueblo y forma republicana de gobierno. Agregamos nosotros varios elementos o caracteres del Estado expuestos al inicio del trabajo.

#### 4.4.- Principios que sustentan la responsabilidad extracontractual del Estado.-

Siguiendo a Dromi con sujeción a nuestro ordenamiento jurídico.

**a.-** Sacrificio especial e igualdad en las cargas públicas<sup>36</sup>. La Constitución de la República consagra deberes y obligaciones de los ciudadanos, para citar:

Art. 83.

N<sup>o</sup> 5.- Respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento, del que se derivan tareas como promover el bien común –N<sup>o</sup> 7-; administrar honradamente y con apego irrestricto a la ley el patrimonio público –N<sup>o</sup> 8-; asumir las funciones públicas como un servicio a la colectividad –N<sup>o</sup> 11-; cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos por la ley.

**b.-** Garantía del derecho a la propiedad. Art. 66.26 CR.

#### 4.5.- Reparación.-

Expresamos que la situación o solvencia económica de los Estados tiene mucho que ver con el tema de la responsabilidad extracontractual y patrimonial del Estado, lo que significa que la falta de solvencia económica puede conllevar un freno a su aplicación o la imposibilidad de la ejecución de sentencias.

Expusimos al inicio de la propuesta que se han recogido del Derecho Privado varias instituciones, entre ellas el “riesgo y el “daño”, por tanto, en el evento que un órgano del Estado crea el riesgo provoque un daño a un administrado, así no logre individualizarse al autor del perjuicio –servidor público–, se genera la responsabilidad estatal<sup>37</sup>; razón por la que hablamos de una responsabilidad “sin culpa”.

##### 4.5.1.- El Riesgo.

---

36 Ver Sentencia Sala Contencioso Administrativo. Considerando VI de 11 de abril 2007, las 08h30, Arteaga-EMELMANABI.

37 Art. 375 PCOA. “Cuando el Estado realiza una actividad anormalmente peligrosa asume objetivamente los efectos dañosos de esta actividad...”.

En el Ecuador, conforme lo previsto en el Art. 11.9 CR., y, Art. 217 COFJ<sup>38</sup>, se podría inferir que el “riesgo” es también un factor objetivo de responsabilidad del Estado. Esta corriente es originaria del derecho privado que desde Francia (Consejo de Estado) se extendió al Derecho público de varios Estados occidentales. Por supuesto su aplicación es excepcional, concretamente, se aplica cuando la administración pública crea el riesgo especial y elevado, citamos ya casos como el estallido de una bodega de explosivos del ejército, la caída de un avión de las fuerzas armadas en zona ocupada por viviendas, podríamos también hacer referencia a obras peligrosas tales como, la conducción de aguas, electricidad, daños ambientales, patrimoniales (incisos IV-V Art. 379 PCOA).

Pues bien, la teoría del riesgo mira una arista de la responsabilidad del Estado, cuál es, la reparación de la víctima de los daños, visto como es lógico desde la vertiente objetiva y como solución por un lado al funcionamiento defectuoso o falta del servicio público, como también por acciones u omisiones lícitas de sus servidores; sin embargo es necesario tener presente que la teoría del riesgo se tendrá que aplicar en la esfera de lo público con sujeción al derecho administrativo, lo que significa como señalamos ya, que el “Estado no puede convertirse en el asegurador de todos los daños que genera su actuación”. En consecuencia como sostiene (Cassagne, 2008:61) tiene que haber un límite (sin referirnos al alcance de la reparación) para determinar el factor de atribución, y este se encuentra en la configuración de la falta de servicio que es independiente a la culpa en que incurra el agente público; señalamos ya, las acciones u omisiones lícitas de los servidores públicos como lo pretende abordar el Art. 375 PCOA.

#### *4.5.2.- El Daño o lesión, Requisitos.-*

Se ha explicado cuando procede la responsabilidad patrimonial del Estado entre ellas, por la falta o deficiencia del servicio público<sup>39</sup>, por la inobservancia de los servidores públicos de sus deberes y obligaciones previstas en el ordenamiento jurídico e inclusive por acciones u omisiones lícitas. Ahora bien, la responsabilidad del Estado debe estar íntimamente vinculada a reparar las violaciones a los derechos constitucionales de los particulares, lo que significa que a más de justificar esta vulneración a los derechos de las personas, debe el mismo, ir conectado al elemento daño o lesión<sup>40</sup>, siendo así podríamos señalar que se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos en cuanto al daño o lesión:

**1.-** Debe existir en la esfera de actuación del Estado –acción u omisión– la vulneración de un derecho constitucional; consecuencia de la vulneración encontrarse justificado el daño o lesión evaluable económicamente e

---

38 En el Proyecto de Código Orgánico Administrativo Art. 369 párrafo II en relación al Art. 375 inciso II.

39 Creación del riesgo por el Estado (funcionamiento normal del servicio público).

40 Se han citado varias sentencias en este trabajo que hacen referencia al daño o lesión, valga citar, G.J. Año CX. Serie XVIII. N° 8, pág. 3020. Considerando VI.

individualizado con respecto a la persona o grupo de personas identificadas, materializado; y, nexos causal entre daño y conducta de la administración<sup>41</sup>.

En cuanto a la lesión de derechos articulado al patrimonio como equivalente a daño o perjuicio, sostenemos que la reparación debe ser integral<sup>42</sup>, situación que tiene que ser mensurada en cada caso y bajo estándares razonables y ponderados, pues no es igual aplicar la responsabilidad patrimonial del Estado por un acto legítimo, que ante un servicio público deficiente, en el primer caso, el daño excluye el lucro cesante, se limitará la indemnización al valor objetivo del bien, en tanto que en la actividad ilegítima la indemnización probablemente sea integral.

2.- Que el daño o lesión patrimonial sufrido por el particular sea consecuencia de la falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos; por el incumplimiento de las obligaciones atribuidas a los servidores públicos en relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto entre la actuación administrativa y el resultado dañoso<sup>43</sup>; y, por el riesgo objetivo, lo que significa que no existe intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

Asimismo la lesión debe entenderse como daño ilegítimo. El vínculo entre lesión y agente que lo produce, implica una actuación de poder público en uso de potestades públicas. Debiendo la lesión ser real y efectiva. Finalmente debe tenerse en cuenta que la responsabilidad patrimonial de la administración, se configura como una responsabilidad objetiva, bajo los parámetros señalados.

### 3.- Ausencia de fuerza mayor.

Hemos hecho referencia al nombre “daño o lesión”, valga ahora señalar en que consiste. El “daño”, según (Garrido Falla et al, 2005: 322) viene a ser aquel donde la persona no tiene el deber de soportar o que resulta de la vulneración del principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas. El daño es el que deriva específica e inmediatamente de la conducta de la administración.

#### 4.5.3.- Eximentes de Responsabilidad.-

Al abordar la responsabilidad patrimonial del Estado en otras esferas, hicimos referencia al contenido del Art. 11.9 CR., explicamos que de la simple lectura puede inferirse que se consagra en dicho artículo la responsabilidad objetiva, sin embargo expusimos también que la responsabilidad

41 Válido estos elementos en la esfera judicial.

42 Expresé ya que el PCOA pretende reconocer la reparación por daños patrimoniales, por daños no patrimoniales, por daños ambientales –Arts. 381-383.

43 PCOA, Art. 380.

administrativa requiere un contrabalance técnico que ponga límites a la amplitud de la misma, hemos citado varios límites.

Ahora vamos a enunciar cuando el Estado no está obligado a indemnizar por la vulneración de derechos a los particulares, ocurriendo ello, cuando el nexo de causa y efecto entre la actuación administrativa y el resultado dañoso, se rompe, generándose ello en tres supuestos: 1. Fuerza mayor<sup>44</sup>. 2. Comportamiento de la víctima. 3. Intervención de terceros. En estos tres casos no se genera responsabilidad del Estado, por supuesto debe demostrarse en el proceso.

**1.- Fuerza Mayor.-** Podría considerarse “como aquellos hechos que aun siendo previsibles, sean sin embargo inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que lo motiva sea independiente y extraña a la voluntad del sujeto obligado”. (España. T.S. Sala IV- 3—XI- 1998)<sup>45</sup>. Ejemplos. Inundaciones catastróficas, incendios causados por la naturaleza.

(Araujo, 2008:1023) recogiendo el pensamiento de Ortiz Álvarez, anota que en la responsabilidad con falta incluye a más de las anotadas, el caso fortuito; en tanto que, en las presunciones de funcionamiento anormal del servicio proceden exclusivamente la fuerza mayor y el comportamiento de la víctima.

**2.-** El comportamiento de la víctima puede romper el nexo causal, es decir en cualquier otro supuesto de concurrencia de la víctima en la producción del daño. Ejemplo, comportamiento de presos que voluntariamente prenden fuego a los bienes de la sala donde están detenidos, en este caso, el nexo causal se rompe, por el comportamiento voluntario de las víctimas; en igual situación, los manifestantes que atentan los bienes públicos, atacan a la policía hechos que genera la muerte de uno de los manifestantes por la intervención de la policía.

**3.-** El nexo causal asimismo se rompe por la intervención de terceros. Ejemplo el fallecimiento de una persona dentro de un establecimiento de servicio público, consecuencia del abandono negligente de la madre o pariente con el que ingresó al establecimiento y que por la falta de cuidado se genera el accidente que produce la muerte del menor. En los casos enunciados, no existe responsabilidad del Estado, por ende, la indemnización no sería aceptada ni en vía administrativa ni en vía judicial.

---

44 En resoluciones de la Corte Nacional de Justicia –Sala especializada de lo contencioso administrativo- abarca el caso fortuito.

45 En el Ecuador, la Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada del Contencioso Administrativo, agrega como eximente a más de la fuerza mayor, al “caso fortuito”. Resolución 10 septiembre 2009. Asimismo el PCOA lo invoca en el Art. 384.

#### 4.5.4.- Alcance de la Reparación.-

Lo procedente sería que la responsabilidad extracontractual y patrimonial del Estado en la esfera jurídica vaya acorde a su situación económica toda vez que el Estado no puede ser la casa aseguradora de todos los daños que sufran los administrados, en todo caso debe el Estado responder ante los administrados, hemos señalado varios temas y casos, podemos establecer de manera muy general el alcance de la reparación, así.

Por actividad ilegítima, la indemnización puede llegar a la reparación integral.

Por actividad legítima, el límite es el valor objetivo del bien o derecho objeto del sacrificio especial, excluye lucro cesante (Cassagne, 2008: 64-65).

### 5.- CONCLUSIONES.

1.- No contamos en el Ecuador con un cuerpo normativo que consagre principios y reglas claras como precisas sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, a pesar que está constitucionalizada la institución.

2.- Al no contar con un cuerpo normativo que regule la institución citada, el poder público se vuelve discrecional, actividad discrecional que al no motivar correctamente sus decisiones<sup>46</sup>, puede generar arbitrariedad, por tanto, vulneración de derechos de las personas, perjuicios y daños a los ciudadanos, porque existen vacíos normativos.

3.- Consideramos importante que en la academia, más concretamente en las carreras de Derecho, -área administrativa-, se reflexione y analice sobre la importancia de contar con un Código de Derecho Administrativo, en el que se consagren principios y reglas claras en las distintas esferas de actuación de la administración pública pero de manera especial respecto de la institución que hemos comentado muy por encima. Nos parecería trascendental que se realicen aportes a ese proyecto de cuerpo normativo desde la academia, probablemente sirva en algo el presente trabajo.

4.- Si bien es verdad que el PCOA, aborda el tema que hemos tratado, no es menos cierto que debe ser preciso y claro, para citar, el caso fortuito, no debe ser genérico, sino específico dirigido concretamente a la responsabilidad sin falta como eximente o no.

---

46 Referencia sentencia, mala práctica médica, voto de mayoría. Corte Nacional de Justicia, Sala Contencioso Administrativo G.J. Año CXIII. Serie XVIII. N° 13. Sentencia 9 de mayo 2013.

Asimismo es necesario se discuta jurídicamente si la institución analizada debe ser propuesta por el perjudicado en vía administrativa, plazos para que resuelva la administración.

Nada se dice en el PCOA respecto a la responsabilidad concurrente (González 2008:371-391. Ocurre con bastante regularidad, que la responsabilidad extracontractual no es exclusiva de una entidad u órgano, sino que tienen responsabilidad compartida en más o en menos varias instituciones públicas. En estos casos es necesario regular el procedimiento administrativo para proponer las reclamaciones, la interpretación extensiva que debe darse a los requerimientos de la ciudadanía, etc., lo expuesto, lamentablemente no lo consagra el COGEP, cuerpo normativo que se limita a enunciar en el Art. 326.4 literal c).

5.- En definitiva, consideramos que el camino jurídico en la esfera de la responsabilidad extracontractual del Estado, está en proyecto, por tanto hay que darlo forma con el apoyo de la academia, profesionales del derecho y jueces del área del Derecho Administrativo.

6.- El tema en la ciudad de Cuenca es poco conocido, inclusive en la carrera de Derecho de la U. de Cuenca, recién en el año 2016, el docente del Área de Derecho Administrativo lo incluye en su Sílabo. Asimismo de la constancia entregada por la Biblioteca de la referida U, existen contadas tesinas sobre la “Responsabilidad Extracontractual del Estado”.

## BIBLIOGRAFÍA.

Araujo Juárez, José. (2008). Derecho Administrativo, Parte General, 1era. Ed. Paredes.

Cassagne, J. C., & otros. (2008). Responsabilidad del Estado (Primera ed.). Santa Fe: Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho UBA. Rubinzal-Culzoni.

Coordinador P. Sala Atienza. (2011). Las Instituciones del Derecho Administrativo en la Jurisprudencia (Primera ed., Vol. III). Bosch.

Dromi, R. (1997). Derecho Administrativo (Sexta ed.). Buenos Aires.

García de Enterría, E. y Ramón Fernández, T. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II (cuarta ed.) Reimpresión 1997. Ed. Civitas S.A.

Garrido Falla, F., & otros. (2005). Tratado de Derecho Administrativo (Segunda ed., Vol. II). Tecnos.

González-Vargas Ibáñez, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo Tomo I Parte General (primera ed.) Editorial Thompson Civitas 2002.

López Morales, J. (2007). Responsabilidad del Estado por Error Judicial (Segunda ed.). Editora Doctrina y Ley Ltda.

Moreno Yanes, J. (2014). Módulo de Derecho Administrativo I (Primera ed.). Cuenca: Gráficas Hernández. Universidad de Cuenca.

Moreno Yanes, J. Sílabo de Derecho Administrativo. Período Académico Febrero 2016-Septiembre 2016. U. Cuenca.

Parada, Ramón. Derecho Administrativo Tomo 1. Parte General. Ed. Marcial Pons. Reimpresión 2012.

Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Sentencias Nacionales. Ex Corte Suprema de Justicia. Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Sala de lo Contencioso Administrativo. Tribunal Distrital Contencioso Administrativo N° 3 -Cuenca-.

### **CUERPOS NORMATIVOS CONSULTADOS.**

Constitución Política codificada y reformada 1998.

Constitución de la República 2008.

Código Orgánico de la Función Judicial.

Código Orgánico General de Procesos.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Código Orgánico de la Función Legislativa.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo –derogada-.

Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Proyecto de Código Orgánico Administrativo.





