

UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, HUMANIDADES Y EDUCACIÓN

CARRERA DE DERECHO

SEDE QUITO

**ENSAYO FINAL PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE
LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

**TEMA: “LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL
DEL ESTADO”**

AUTOR: GILBERTH ALEJANDRO JIMÉNEZ VERDEZOTO

TUTOR: DR. HERMES SARANGO AGUIRRE

QUITO – 2023

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR

Dr. Hermes Sarango Aguirre, MSc., docente de la Universidad Metropolitana del Ecuador, certifico que el Egresado: Gilberth Alejandro Jiménez Verdezoto, realizó el ensayo de grado previo a la obtención del Título de ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, titulado “La responsabilidad contractual y extracontractual del Estado”, bajo mi dirección, habiendo cumplido con las disposiciones reglamentarias establecidas para el efecto.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'H. Sarango Aguirre', written in a cursive style.

Dr. Hermes Sarango Aguirre MSc.

Tutor

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, **Gilberth Alejandro Jiménez Verdezoto**, estudiante de la Universidad Metropolitana del Ecuador “UMET”, Derecho, declaro en forma libre y voluntaria que el presente ensayo que versa sobre: **La responsabilidad contractual y extracontractual del Estado** y las expresiones vertidas en la misma, son autoría del compareciente, las cuales se han realizado en base a recopilación bibliográfica, consultas de internet y consultas de campo.

En consecuencia, asumo la responsabilidad de la originalidad de la misma y el cuidado al referirme a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.

Atentamente,

GILBERTH ALEJANDRO JIMÉNEZ VERDEZOTO

C.I. 1716834914

AUTOR

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, GILBERTH ALEJANDRO JIMÉNEZ VERDEZOTO, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación, Responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, modalidad ensayo, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, cedo a favor de la Universidad Metropolitana del Ecuador una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Conservo a mi favor todos los derechos de autor sobre la obra, establecidos en la normativa citada.

Así mismo, autorizo a la Universidad Metropolitana del Ecuador para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de titulación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

El autor declara que la obra objeto de la presente autorización es original en su forma de expresión y no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo la responsabilidad por cualquier reclamación que pudiera presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de toda responsabilidad.

GILBERTH ALEJANDRO JIMÉNEZ VERDEZOTO

C.I. 1716834914

AUTOR

ÍNDICE

ÍNDICE.....	V
RESUMEN	VI
ABSTRACT.....	VII
INTRODUCCIÓN	1
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD	
EXTRACONTRACTUAL.	3
Roma	3
Francia.....	5
Código Napoleónico, ecuatoriano y de Andrés Bello	6
Definición y conceptualización de la responsabilidad extracontractual del estado.....	8
Diferenciación entre responsabilidad contractual y extracontractual	8
De la responsabilidad extracontractual del Estado.....	9
Funciones de la responsabilidad extracontractual	9
Elementos de la responsabilidad extracontractual	10
Factores de atribución de responsabilidad	11
Factores de atribución objetiva de la responsabilidad extracontractual del Estado	13
Posibilidad de imputación del daño a una entidad del estado.....	14
Categoría del riesgo permitido	14
Principio de confianza.....	14
Prohibición de regreso.....	14
Actuación a riesgo propio de la víctima.....	14
Dolo y culpa en la responsabilidad extracontractual.....	15
Elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual del Estado	16
Tipos de responsabilidad extracontractual del estado.....	17
El daño	18
Teoría de la responsabilidad general.....	21
Responsabilidad contractual del estado	22
Teorías de la responsabilidad contractual del estado	24
Hecho del príncipe	24
Ius variandi.....	25
Imprevisión.....	25
CONCLUSIONES	26
RECOMENDACIONES.....	29
BIBLIOGRAFÍA	30

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es entender que el Estado al ser un ente jurídico el cual busca satisfacer las necesidades generales del pueblo y de la sociedad puede cometer errores y generar perjuicios a las personas por medio de sus actuaciones. Mismas actuaciones que pueden estar dotadas de intención en causar el daño o a falta de esta, negligencia. Por lo cual se busca categorizar estas actuaciones dentro del marco legal para que estas puedan ser reprochadas jurídicamente y se logre una indemnización al perjudicado. En el presente trabajo se diferencia los dos tipos de responsabilidad y la forma en la cual estas deben identificarse y así mismo se busque su resarcimiento económico en sede judicial o administrativa, siendo estos dos tipos de responsabilidad la contractual y extracontractual. Se realizó una comparación histórica e internacional de las diferentes legislaciones de la región y se matizó con la normativa ecuatoriana. Por lo cual se identificó y analizó la normativa, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional respecto a la responsabilidad contractual y extracontractual del estado.

Palabras clave: Responsabilidad, contrato administrativo, perjuicio, caso fortuito, reparación, Estado, dolo, culpa

ABSTRACT

The objective of this paper is to understand that the State, being a legal entity, which seeks to satisfy the general needs of the people and society, can make mistakes and cause harm to people through its actions. The same actions may be endowed with intent to cause damage or, in the absence of such intent, negligence. Therefore, the aim is to categorize these actions within the legal framework so that they can be legally reproached and the injured party can be compensated. This paper differentiated the two types of liability and the way in which these should be identified and the way in which economic compensation should be sought in judicial or administrative proceedings, being these two types of liability the contractual and extra-contractual. A historical and international comparison of the different legislations of the region was carried out, and it was nuanced with the Ecuadorian legislation. Therefore, the regulations, doctrine and national and international jurisprudence regarding the contractual and non-contractual liability of the state were identified and analyzed.

Key words: Liability, administrative contract, damage, fortuitous event, reparation, State, fraud, fault

INTRODUCCIÓN

Dentro del derecho de daños y obligaciones un apartado de suma importancia es el estudio de la responsabilidad jurídica, en la cual se encuentran diversas instituciones entre las que sobresale la responsabilidad civil, la misma que se divide según su origen, siendo estas la responsabilidad civil contractual y extracontractual del Estado. En particular, es esta última institución la que se abordará a profundidad y desarrollará desde lo doctrinal y jurisprudencial. En específico, se ha realizado un estudio detallado de la responsabilidad extracontractual del Estado y su desarrollo en el Código Orgánico Administrativo.

Esta institución jurídica se conforma como una de las más importantes en el ámbito del Derecho Administrativo, por medio del cual se busca limitar el poder de las administraciones públicas en el marco de sus funciones, que se debe sujetar al derecho. Además, tiene otra finalidad la cual es garantizar el respeto irrestricto de derechos de los administrados y si estos se vulneran por parte del Estado, este indemnice de manera inmediata y proporcional al daño causado.

Décadas atrás la responsabilidad de indemnizar por daños causados por los servidores públicos no recaía sobre el mismo Estado, pero este punto ha sido reconsiderado y se ha creado una institución de gran desarrollo doctrinal y jurisprudencial que se basa en el deber de reparar los daños sufridos. La figura de la responsabilidad extracontractual del Estado se encuentra prevista en la Constitución de la República del Ecuador, con el objeto de que la administración responda por la mala prestación de servicios por sus funciones o por los perjuicios causados por los servidores públicos.

Por lo expuesto, es de alta importancia y utilidad para los abogados y estudiantes del derecho conocer que pueden acudir al organismo judicial pertinente para reprochar el actuar de cualquier organismo del Estado, reclamando una indemnización por los daños causados cuando éstos sean imputables a la administración. Por ende, resalta la importancia del estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado, sus elementos constitutivos, circunstancias y fundamentos doctrinarios, jurisprudenciales y normativos para que se pueda acreditar la mencionada responsabilidad y ésta sea declarada judicialmente.

En virtud de lo antes manifestado nace el siguiente problema: ¿Cuándo nos encontramos en un caso de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado?

El objetivo general del presente trabajo es: Identificar las principales características y diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado. Como objetivos específicos se tienen a:

- 1) Comparar la ley, doctrina y jurisprudencia histórica e internacional con la actual normativa nacional
- 2) Determinar la importancia que tiene el estudio de la responsabilidad del Estado para que esta pueda ser demandada.
- 3) Identificar los cambios y mejoras que ha introducido al Derecho Administrativo la entrada en vigor del COA en lo relevante a la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado.

En el presente trabajo se desarrolla la responsabilidad del Estado en sus ramas contractual y extracontractual mismas que tienen su desarrollo en el Derecho Administrativo, Civil y Penal. Se realiza una reseña histórica y comparada con el Derecho Internacional, se define y diferencia a la responsabilidad contractual de la extracontractual. Se desarrollan los elementos y funciones de la responsabilidad del Estado al igual el presente ensayo expone los requisitos legales para que exista responsabilidad del Estado y consecuentemente la respectiva indemnización. Por lo cual se anuncian las diversas teorías de la responsabilidad.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

El primer concepto jurídico de responsabilidad se retrotrae a la ley de Talión, la cual ordenaba que si alguien incurre en una ofensa se le impondría una sanción igual de grave que la cometida. Junto a este antecedente se tiene la Ley de las Doce Tablas en la que se buscaba eliminar la venganza personal a cambio de una figura de compensación u indemnización de índole pecuniaria por el daño causado, que era ordenado por una autoridad de alto rango.

Roma

El tema de la responsabilidad en términos jurídicos se remonta hasta Roma, se esbozaron los primeros bosquejos del tema de las obligaciones. En ese entonces, se determinaban como fuentes elementales de las obligaciones los delitos y los contratos, pero al pasar del tiempo, se hilaron diversas relaciones comerciales de índole más compleja y que se veían incumplidas. Por esta complejidad a lo largo del desarrollo de la jurisprudencia se crearon diversas particularidades que se añadían a los contratos los cuales buscaban su cumplimiento.

Un acontecimiento de suma importancia fue la creación de la *Lex Aquilia*, que llevaba su nombre por Aquilio. En esta ley se unificó todos los cuerpos jurídicos que hablaban del daño injusto y se reguló la responsabilidad extracontractual. En esta norma se empezó a hablar ya del comportamiento aceptado y no aceptado, de esta manera la persona que cometía el acto ilícito si se adecuaba a un comportamiento no aceptado, se veía obligada a indemnizar de índole pecuniaria mas no a una pena.

A partir de la *Ley Aquilia*:

- a) se da un fundamento subjetivo a la responsabilidad civil, proscribiendo la vieja tradición de aplicar la responsabilidad objetiva;
- b) se responde cuando el actor obra con dolo o culpa, no por el sólo hecho realizado desprovisto de culpabilidad. Bastaba, hasta ese momento histórico, con que se realizara una conducta, una acción que trajera como consecuencia un daño para que se condenara a su reparación o se sancionara con una pena. Ahora se requiere que la imputación se haga a título de culpabilidad.

Así, la *Ley Aquilia* dispone en el primer capítulo: El que hubiere matado con *iniuria* al esclavo o esclava ajeno, a un cuadrúpedo o a una res, sea condenado a dar al dueño tanto bronce como fue el mayor valor de aquello en aquel año.

Y en el tercer capítulo, impone: En cuanto a las demás cosas, excepto el hombre y la res que hayan sido muertos, si alguien hiciere daño a otro, porque hubiere quemado, quebrado o roto con *iniuria*, sea condenado a dar al dueño tanto bronce cuanto valiere aquella cosa en los treinta días próximos. (Jiménez Ramírez, 2010, pág. 131)

De lo antes citado, se desprende que la ley *Aquilia* resaltaba a la responsabilidad civil subjetiva, en la cual no se busca perseguir o sancionar el simple hecho de causar daño, sino la intención con la cual el agente lo comete siendo que este debe ser doloso o mal intencionado para que sea punible dejando de lado el objetivismo, lo expuesto dista de la responsabilidad extracontractual del Estado como se la conoce hoy en día y que más adelante será desarrollada.

Según el jurista (Diez Picazo, 1999), los tipos de daños resarcibles en el Derecho Romano se clasificaban en cinco clases:

- 1) *Damnum iniuria datum*. Es el primer desarrollo de la jurisprudencia de Roma y no es más que todo aquel daño que se causa en las cosas, sea esta de manera dolosa o culposa, con la vigencia de ley *Aquilia*, se requería en materia de daño a bienes una acción positiva esto es que un acto de omisión no se tomaba en cuenta salvo casos muy puntuales dolosos.
- 2) Lesiones corporales y muerte de una persona. En estos casos la reparación se entiende como los gastos de curación, el patrimonio que se dejaba de ganar y el decrecimiento de la facultad para poder ganar en un futuro.
- 3) Daños causados por animales. Se ordenaba entregar a la víctima el animal que causó el daño o pagar por este daño causado, en la cual se entiende la negligencia en la guarda del mismo, falta de pericia al cabalgarlo o guiarlo.
- 4) Dolo. En principio solo las acciones cometidas con dolo iban acompañadas con la obligación de reparar en daños.
- 5) Injuria. En este punto se comprende un gran número de casos, como las ofensas en contra de la personalidad, impedir el usufructuar la propiedad privada, perturbación del uso común de la cosa.

Según (Periano Facio, 1981), para que en ese momento la ley *Aquilia* fuera aplicable se necesitaba los siguientes requisitos:

- Que la acción del agente haga decrecer el patrimonio de la víctima
- Que este daño fuere ocasionado *corpore corpori datum*, esto es, que hubiere contacto directo entre el agresor y la cosa de la víctima.

- Que quien cometió la agresión hubiere actuado con falta de derecho sin ninguna justificación.
- Que este daño afecte al bien.

En la época del Imperio Romano se conocía el delito privado que era el daño a la persona o a sus bienes, siendo esta una ofensa particular que no afectaba al orden público, teniendo de esta manera dos tipos de penas reclamables por el afectado de la agresión, la primera era la que ya se conocía que era la pena pública o conocida como la acción de crimen y por otro lado, la de obtener el resarcimiento pecuniario, el hecho de solicitar una impedía el exigir la otra.

¿Los romanos no entendían a la reparación de daños como se la hace hoy en día como lo prescribe el artículo 2214 del Código Civil Ecuatoriano “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.” (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

En Roma el daño causado a la víctima era pagado por el agresor con una pena privada y no con una indemnización o compensación proporcional al daño causado, siendo por la vía penal el reclamo pertinente de la víctima y no en contra de terceros, es decir, los herederos, ya que la sanción era de carácter personalísima. Al principio en Roma no se tomaba en cuenta la intención con la cual el actor del daño actuaba sino netamente el efecto de la agresión o menoscabo causado. Posteriormente, los juristas de aquella época vieron que era importante la diferenciación del dolo y culpa en la intención de cómo se cometía el daño.

Francia

En el derecho francés, se introdujo de manera formal por primera vez una distinción expresa entre la responsabilidad civil y penal. La responsabilidad civil tuvo la característica elemental de buscar compensar el daño causado al agraviado y, de manera consecuente, se desarrolló la postura que el ofensor debe responder de manera civil independientemente de la intención con la cual actuó, siendo indiferente si lo hizo con el fin deliberado de causar daño, es decir, dolo, o procedió de manera negligente, esto es con culpa, naciendo de aquí el aforismo que se puede responder sin culpa.

Código Napoleónico, ecuatoriano y de Andrés Bello

Antes del año 1970 la responsabilidad civil extracontractual no sufrió muchas variaciones, fue en este año que se introdujo una serie de reformas que añadieron a la responsabilidad de indemnización el tema del daño moral, previo a estas reformas se entendía el daño a la honra exclusivamente como resarcible de probarse el daño al patrimonio, es decir, daño emergente o lucro cesante, posterior a estas reformas cabía indemnización si aparte de probar esto se llegase a probar el daño moral. Esto con el argumento que toda persona tiene el derecho constitucional a la honra y buen nombre.

La codificación más importante en cuanto a responsabilidad civil atañe es la del 4 de julio de 1984 del Código Civil ecuatoriano, en el cual se introdujeron 4 características:

- 1) Aparte de la indemnización por delitos y cuasidelitos están obligados a reparar en daño moral quien causare alguno.
- 2) El juzgador cuantificará la reparación cuando se determine la gravedad particular del daño que se sufra.
- 3) Se definió quien puede demandar esta indemnización incluyendo a las instituciones por medio de su representante legal.
- 4) Se diferenció el daño moral del daño por incapacidad o por muerte.

Resaltando las características de las reformas antes expuestas del Código Civil ecuatoriano este aún tiene la estructura del Código Napoleónico del año 1804 el cual sostenía su fundamento principal de la responsabilidad extracontractual en la culpa y la connotación negativa que ello conlleva ya que no se tomó en cuenta el devenir de los acontecimientos históricos de la época moderna como la revolución industrial y un gran etcétera. Por ello, se realiza una comparativa entre el Código Napoleónico, ecuatoriano y de Andrés Bello:

- Código Napoleónico:

Art. 1382. Cualquier hecho del hombre que cause a otro un perjuicio, obliga a aquel que por cuya culpa sucedió, a repararlo.

Art. 1383. Cada uno es responsable del perjuicio que haya causado no solamente por su hecho propio, sino también por su descuido o imprudencia.

Art. 1384. Se debe responder no solo del perjuicio que se cause por un hecho propio, sino también del que se causo por el de las personas de quienes se deba responder o de las cosas que están al cuidado de cada uno.

Art. 1385. El dueño de un animal, o aquel que se sirve de el, mientras de el se sirva, es responsable del daño que causare el animal, bien estuviere a su vista el animal o se hubiera escapado. (Francia, Parlamento, 1804)

- Código Civil de Andrés Bello

Art. 2329. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparada por esta.

Art. 2314. El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

Art. 2320. Toda persona es responsable no solo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado

Art. 2326. El dueño de un animal es responsable de los daños causados por el animal aún después de que se hubiera soltado o extraviado salvo que dicha soltura no se pueda imputar por culpa del dueño. (Chile, Congreso Nacional, 1855)

- Código Civil Ecuatoriano

Art. 2229. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.

Art. 2020. Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado

Art. 2226. El dueño de un animal es responsable de los daños causados por este, aun después que se haya suelto o extraviado, salvo que dicha soltura no se pueda imputar por culpa del dueño. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

En el Código Civil ecuatoriano se desarrolla el tema de la responsabilidad extracontractual en los artículos 2214 y 2216 en la figura del delito y cuasidelito.

Con el Código Civil Francés anunciado y en los artículos detallados fue en donde se establecieron los títulos de imputación como el dolo y la culpa, siendo estas las fuentes del derecho en Roma, pero el Código Civil Francés no recoge ni desarrolló postura alguna acerca de la responsabilidad del Estado ya que se lo consideraba rey, a causa de esto se configura el principio de la irresponsabilidad del Estado, no teniendo así los ciudadanos la facultad jurídica de acudir a la justicia a reclamar perjuicios causados por el Estado.

A pesar de esto años después en algunos países ingleses se discutió que este principio no debería ser total y se comenzó a analizar la importancia del estudio de la responsabilidad del Estado, independiente de la responsabilidad que se encontraba desarrollada en el Código Civil de la época, en específico en la misma Francia en el año 1873 con el conocido Fallo

Blanco, en la cual varios juristas concuerdan que de este nace el fundamento de la responsabilidad del Estado en responder a daños causados por sus actuaciones.

Otro hito histórico de suma importancia en el análisis de la responsabilidad extracontractual del Estado es la revolución industrial, en la cual surge la responsabilidad por los efectos de las cosas y de actividades peligrosas que es cuando el Estado al realizar sus actividades pone en peligro a las personas, pese a que esta actividad tenga licitud siempre que lleve riesgo consigo y cause perjuicio.

En la normativa ecuatoriana se introdujo por primera vez en la Constitución Política del año 1979 el “Art. 39.- El ejercicio de la función pública es un servicio a la colectividad. No hay autoridad exenta de responsabilidad en desempeño de sus funciones. Se sanciona de manera especial el enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos.” (Ecuador, Pueblo Ecuatoriano, 1979), en la cual se desarrolla de manera breve el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Posterior se desarrolló en la Constitución Política del año 1998, en su Art. 20 respecto de la responsabilidad del Estado como un tipo de responsabilidad objetiva en la cual interesa únicamente el hecho dañoso, sin importar la intención con la cual este daño fue obrado, misma clasificación que se tiene hasta hoy en la vigente constitución de la república del Ecuador, aunque teniendo principios y fundamentos de la responsabilidad extracontractual civil, este desarrollo legal y doctrinario se aleja en gran medida de la responsabilidad del Estado.

Definición y conceptualización de la responsabilidad extracontractual del estado

Diferenciación entre responsabilidad contractual y extracontractual

A pesar de que a primera vista resulte obvia la diferencia entre ambos conceptos, es de vital importancia el entender las características intrínsecas que ambos temas acarrearán, entendiéndose a ambas como la obligación de reparar un daño imputable a un particular, sea esta acción dañina realizada por hechos propios o ajenos.

Se habla de responsabilidad contractual cuando entre ambos individuos existe un contrato o relación jurídica previamente establecida u acto de voluntades y por otro lado debe de existir a causa del agente culpable del perjuicio un incumplimiento sea total o parcial relativo a las obligaciones del contrato.

Existe responsabilidad extracontractual, materia de análisis del presente ensayo cuando el perjuicio es producto de la transgresión de las obligaciones generales del actuar o de las

obligaciones generales de no dañar, a pesar de que estas obligaciones no se encuentren tipificadas, ejemplo la de no dañar la propiedad privada, estas deben ser reprochables en el mundo jurídico. En resumidas cuentas, se entiende a la responsabilidad extracontractual como aquella que nace entre dos partes que no tenían previamente una relación jurídica.

Lo antes expuesto, no exime que en casos específicos converjan ambos tipos de responsabilidades en conjunto o que la línea que delimita a una de la otra en un caso en particular sea muy delgada, de aquí la importancia del estudio del presente apartado.

Existe responsabilidad contractual del Estado cuando esta nace de la actividad que tiene el Estado ecuatoriano con particulares, en específico en el sistema nacional de contratación pública, cuyos elementos se encuentran contenidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la cual se encuentran las responsabilidades del Estado del devenir del incumplimiento de contratos.

De la responsabilidad extracontractual del Estado

A pesar que la normativa civil no define expresamente la responsabilidad extracontractual, doctrinariamente este tema se ha desarrollado de manera muy amplia entendiéndose a esta como la obligación que tienen las personas para responder por actos propios o ajenos, cumpliendo así deberes y obligaciones. A lo largo del desarrollo de la historia se entendía al poder estatal como absoluto e impoluto, pero hoy se entiende que este tiene fallas y por acción u omisión las actuaciones de las diversas funciones del Estado pueden causar daño a los administrados, sean estas causadas por los servidores o autoridades.

Funciones de la responsabilidad extracontractual

Se suele entender que la función principal de la responsabilidad extracontractual es la de reparar el daño causado a la víctima del hecho dañoso indemnizándole en cuanto perjuicio a su patrimonio fuere causado, ésta no es ni de lejos la única función, teniendo las siguientes:

Función compensatoria. – Varios tratadistas señalan que esta es la de mayor importancia o trascendencia, opinión que no es tan acertada, a pesar de que si bien la finalidad es que la víctima encuentre una compensación por el daño causado con una indemnización que busca retrotraer la situación al estado anterior al daño causado, se debe entender que no todo daño o perjuicio es resarcible en su totalidad, ejemplo la pérdida de un ojo producto de un proyectil antidisturbios usado en una manifestación.

Función preventiva. – Esta función tiene como fin el hecho de prevenir que los actos lesivos a las personas se vean reducidos, tanto en su cantidad como en los efectos que estos conllevan.

Función disuasiva. – Esta función a diferencia de la preventiva actúa en el foro íntimo de las personas ya que busca concientizar en el pensamiento colectivo de no hacer daño al otro.

Función sancionadora. – Esta responde a la facultad y al poder coercitivo que tiene el Estado para sancionar actos lesivos al bienestar social o la correcta convivencia de los ciudadanos pertenecientes a este.

Por lo expuesto, se entiende a la responsabilidad extracontractual como la institución jurídica que otorga auxilio legal para buscar una indemnización de índole pecuniaria para aquel que ha sido afectado por un daño, a pesar de aquello esto puede conllevar prevención o sanciones.

Elementos de la responsabilidad extracontractual

Según (García Falconí, 2005) para que exista responsabilidad extracontractual se debe de contar con tres elementos esenciales que se han desarrollado de manera doctrinaria y jurisprudencial en el Ecuador, antes de la entrada en vigencia del Código Orgánico Administrativo, en adelante COA, se suponían los siguientes:

- Daño material o moral
- Culpa demostrada o preexistente
- Vinculo o nexo causal entre ambos

Seguido de esto se desarrollará cada uno de los elementos antes manifestados.

El acto. – Es el hecho material, es decir, la intención exteriorizada en el mundo real, es el acto externo el cual se entiende como acción cuando hay la voluntad de hacerlo, y que quien lo cometa se le pueda atribuir la responsabilidad por la acción.

Este acto debe ir en contra del derecho, dicho de otra manera, que o bien violenta norma expresa señalada en instrumento jurídico o que viole la obligación general de no dañar al otro.

Dolo o Culpa. – Es el fundamento principal del porque el daño sufrido por una persona debe ser trasladado al causante de dicho daño. Es la intencionalidad o falta de la misma con la cual se comete el acto dañoso, de tal manera que se clasifica preponderantemente en dos: en el objetivo y subjetivo que en el siguiente apartado se desarrollarán.

Perjuicio patrimonial o moral. – Este daño puede darse tanto en lo patrimonial como en lo moral, entendiéndose que no toda contravención a una norma puede generar perjuicio en la esfera de lo patrimonial, sino que esta violación de la norma debe causar perjuicio a derechos de las personas, diferenciando el daño fáctico del jurídico y para que este último sea reclamable jurídicamente debe ser probado de manera puntual, es decir, no es solo una mera posibilidad, sino el perjuicio debe ser evidente y real.

Relación de causalidad. – Debe existir una relación causa y efecto entre el acto antijurídico y el daño causado o perjuicio, pareciera sencillo a simple vista, pero no es así, lo complicado de la cuestión es determinar y probar que el acto fue precursor o predecesor del daño causado.

Factores de atribución de responsabilidad

En el derecho ecuatoriano y en diversos sistemas jurídicos extranjeros se tiene como factores de atribución principales al objetivo y subjetivo, el uno no descarta al otro, en la esfera del derecho privado el que predomina es el subjetivo y en lo que atañe a este trabajo, es decir, en derecho público de responsabilidad del Estado el que se aplica es el objetivo, a continuación, se procede a desarrollar ambas teorías.

Factor subjetivo. – Según (Cicero, 2020), En este apartado se analiza la conducta con la cual actúa el agente dañino, de tal manera que en la culpa se examina la relación voluntad y daño causado, dividiéndose esta intencionalidad en culposa o dolosa, siendo dolosa cuando el individuo actúa con intención o quiere hacer el daño y generar las consecuencias del mismo, por otro lado es culposa cuando el sujeto no tiene previsibilidad en el acto, es decir, no tiene la premeditación de causar el daño, sólo que actuando en negligencia, falta de pericia y contraviniendo normas comunes genera perjuicios, siendo la jurisprudencia ecuatoriana que ha desarrollado a lo largo de los años la teoría inequívoca que el derecho privado de responsabilidad es meramente subjetivo en el cual un elemento constitutivo de la responsabilidad es la culpa.

Esto genera un inconveniente al agraviado ya que debe probar si el acto se configuró con dolo o con culpa, de tal manera muchos casos pueden quedar en la impunidad y sin una indemnización aun probando la acción, el nexo causal y el daño.

Para mayor claridad se analiza el Art. 2229 del Código Civil ecuatoriano el cual guarda estrecha relación con el tema de la imputación subjetiva de la responsabilidad y quien debe responder respecto a un daño causado:

Art. 2229.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.

Están especialmente obligados a esta reparación:

1. El que provoca explosiones o combustión en forma imprudente;
2. El que dispara imprudentemente una arma de fuego;
3. El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche;
4. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él; y,
5. El que fabricare y pusiere en circulación productos, objetos o artefactos que, por defectos de elaboración o de construcción, causaren accidentes, responderá de los respectivos daños y perjuicios. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

De lo antes expuesto, se logra dilucidar que en materia de imputación a la responsabilidad de daños entre particulares se aplica la teoría del factor subjetivo de atribución de la responsabilidad, en la cual es obligación acreditar la culpa o dolo con la cual se obró en la comisión de la acción para que se condene al pago de la indemnización por el daño causado, es importante acotar que esto no es lo mismo en la responsabilidad extracontractual del Estado en la cual opera la teoría objetiva que se desarrollará a continuación.

Factor objetivo. – Es desarrollado en el derecho moderno, el cual tiene su fundamento en la responsabilidad objetiva de reparar los daños teniendo solo en cuenta la causa material del daño, evolucionando de esta manera de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización, la finalidad principal de la responsabilidad extracontractual es que la víctima encuentre una indemnización, independiente e indiferente le es para la víctima y para el derecho la intención o falta de la misma con la cual se obró, en ésta teoría importan dos elementos circunstanciales, que se hubiere creado el daño o perjuicio patrimonial o moral y que dicho daño provenga de una actividad riesgosa, de tal manera que quien sea partícipe de dicha actividad peligrosa deba responder por el daño causado.

En materia de estudio del presente ensayo que es la responsabilidad extracontractual del Estado, tanto la doctrina del Derecho Administrativo como la jurisprudencia del Ecuador en específico la muy conocida que es el caso CONELEC se ha optado por el factor objetivo de la responsabilidad en el cual para atribuir la responsabilidad a un ente del Estado no importa ni

interesa la intención o licitud con la cual la acción fue obrada, de tal manera es irrelevante la intencionalidad con la cual los sujetos actuaron en el ejercicio de sus funciones públicas.

Si bien para atribuir la responsabilidad al Estado no interesa la intención del agente, es importante que en el proceso los magistrados analicen esta intención, con la finalidad que si se cataloga como dolosa o culposa y esta es calificada en la sentencia daría el fundamento fáctico y jurídico para que el Estado que indemnizará los daños pueda repetir, es decir, demandar en juicio de repetición al agente que causó el menoscabo, ya que sin esta calificación no habría el derecho para demandar al servidor público.

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado se acoge el factor objetivo de atribución, el cual lleva consigo cuatro elementos principales derivados de la función elemental de los organismos del Estado que es satisfacer las necesidades del bien común o del pueblo, por medio de la prestación de servicios de una manera óptima, estos cuatro elementos son los siguientes:

Factores de atribución objetiva de la responsabilidad extracontractual del Estado

Dentro de los elementos que configuran y dan pie a la responsabilidad extracontractual del Estado se encuentran cuatro, siendo uno de aquellos el del acápite presente, el factor de atribución no es más que los supuestos necesarios para que exista la responsabilidad extracontractual que da derecho a reclamar una indemnización cuantificada, a grosso modo se llama factor de atribución a las situaciones fácticas inmersas en el accionar del agente dañoso necesarias para que el daño sea reprochable.

Las cuatro situaciones son las siguientes: falta, deficiente, negligente o el cumplimiento de manera irregular de las funciones de los servidores públicos en ejercicio de sus cargos, de esta manera se limita la acción del agente dañoso ya que este accionar no puede ser cualquiera sino debe estar sujeto a la función intrínseca que cumple en la entidad para la cual trabaja, por lo cual estaría fuera de lugar demandar en este contexto a acciones particulares de los servidores públicos que no guardan relación con la función que cumplen en la entidad que laboran.

Esto es de suma importancia ya que al saber los factores de atribución de la responsabilidad se puede evitar demandar a la institución pública cuando no es procedente ya que si bien puede cometer un daño el servidor público este debe guardar relación con los servicios que brinda la institución.

Posibilidad de imputación del daño a una entidad del estado

Para que se pueda atribuir el daño se debe tener en cuenta varios títulos de imputación, para el estudio de este apartado se resaltan cuatro fundamentales:

Categoría del riesgo permitido

Un elemento necesario al momento de configurar la responsabilidad extracontractual del Estado es que el daño a pesar de que se logre probar se pueda imputar a una entidad estatal, esto más allá de la existencia del nexo causal entre la acción y el daño producido, debe existir la posibilidad de imputar el daño a la entidad pública, lo cual se logra porque bien se ha creado un riesgo jurídicamente inexistente o desaprobado, o por otro lado se ha aumentado la posibilidad de un riesgo jurídicamente permitido dentro de la normativa.

Principio de confianza

Este principio determina a grandes rasgos que el agente al comportarse de manera debida puede confiar que otros también lo hagan, en tal sentido no se le puede obligar a una persona en particular el desconfiar o guardar escepticismo respecto a las actuaciones de los demás. Esto tiene una limitante que siempre y cuando el primero no tenga el deber de hacerlo, esto es, que su función no contemple el observar y vigilar el correcto accionar del segundo, este principio opera cuando hay acciones múltiples, ejem: una cirugía, una obra, un centro de vigilancia y control de tráfico aéreo, etc. Si no fuere así cada individuo debería asegurarse y cerciorarse del trabajo correcto de los otros miembros, haciendo inoperante el fundamento de dividir el trabajo.

Prohibición de regreso

Esta categoría se fundamenta en el hecho que no se puede imputar la culpa a un tercero que realiza acciones neutras, estereotipadas o banales, es decir, inocuas o inocentes y el agente que comete la acción de daño se vale de estas acciones neutras del tercero para cometer el daño.

Actuación a riesgo propio de la víctima

Si bien esta institución jurídica tiene un largo y profundo desarrollo en el Derecho Penal en cuanto a la imputación objetiva, es de suma importancia el estudiar la incidencia que esta institución tiene en el Derecho Civil en especial en el derecho de daños.

Esta institución es también conocida por otros tratadistas como la auto puesta en peligro de la víctima, existe concurrencia de esta institución jurídica cuando la víctima por sus propios

medios toma la decisión de inobservar y no hacer uso de los medios de autoprotección que a esta le auxilia y no cuida del bien jurídico protegido, esta teoría tiene su fundamento con el precepto que a la víctima no se le dotará de protección alguna si esta no se protege a si misma con los medios que tiene a su alcance, en este contexto se entra a analizar no solamente el actuar del agente causante del daño sino también se observa que acción tuvo la víctima al momento del cometimiento del daño, por lo cual se debate que la víctima no siempre tiene un actuar estático o pasivo en el momento de la acción del agente que causa el daño.

Como precepto para que concurra esta institución jurídica debe existir la inobservancia al deber de cuidado de la víctima lo cual se acredita con tres parámetros que son: cognoscibilidad, previsibilidad y evitabilidad de los factores de riesgo.

Por lo cual se concluye que la auto puesta en peligro de la víctima nace cuando esta decide de manera voluntaria afrontar el riesgo y sus efectos, esto siempre y cuando tuviere la elección entre hacerlo o no.

En esta institución jurídica se estudia a la par la teoría de la responsabilidad compartida, en la cual se puede determinar que hubo corresponsabilidad o concurrencia de las culpas, por lo cual, para que surja el daño tuvo que existir dos o más responsabilidades y de esta manera el perjuicio pueda haberse creado.

Para que se configure la auto puesta en peligro de la víctima deben cumplirse tres requisitos:

- Que el agente del daño no deba garantizar la tutela del bien jurídico protegido con relación a la víctima.
- Que la víctima pudiese tomar la decisión en si ponerse frente o no al riesgo o peligro y aun así tome la decisión voluntaria de hacerlo.
- Que tenga capacidad plena de discernimiento en cuanto a los riesgos que corre al tomar la decisión antes expuesta.

Dolo y culpa en la responsabilidad extracontractual

En la teoría del subjetivismo se habló que se debe determinar si el agente que causó el daño obró con dolo o culpa, por ello es de suma importancia diferenciar y conceptualizar de manera breve ambos conceptos, en materia civil el código civil ecuatoriano determina al delito y cuasidelito como fuente de la responsabilidad civil, entendiéndose básicamente al delito como el dolo, es decir, el acto cometido por una persona que contraviene la ley siendo

conocedor que dicho daño causará perjuicio en el agraviado, por otro lado el que comete un cuasidelito obra con culpa, se desarrolla a continuación ambos conceptos:

Culpa. – Se habla de acto culposo cuando en el hecho dañino del agente obró con negligencia, falta de cuidado, impericia.

Dolo. – En el derecho el dolo tiene diversas conceptualizaciones, de igual manera en el Derecho Civil, pero para el desarrollo de este apartado se dejará de lado el dolo como vicio de la voluntad en actos jurídicos o la intención de no cumplir con obligaciones, la acepción a la cual se refiere en este apartado es la causalidad con la cual se comete el acto realizado, de tal manera el que actúa con dolo lo hace a sabiendas que va en contra de la norma, y que su acto causará daños al patrimonio de otra persona.

Elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual del Estado

Falta de vínculo jurídico preexistente. - Como se desarrolló con anterioridad, para que exista esta responsabilidad extracontractual es necesaria una falta de relación jurídica entre la administración pública que causa el daño con el ciudadano o administrado que sufre un detrimento en su patrimonio, más allá del vínculo jurídico o contrato social que tienen todas las personas con el Estado, este vínculo jurídico no puede ser mayor del que cualquier persona común y corriente tiene con el mismo.

La acción de la administración pública genera daños económicos. – Esta responsabilidad tiene la característica que genera el derecho de reclamar una indemnización cuantificada en dinero debido a la particularidad que conlleva consigo, ya que genera daño al patrimonio del afectado. Lo antes no exime al daño moral que, a pesar de no ser un daño directo al patrimonio de una persona, de manera indirecta se perjudica al afectado generando un perjuicio cuantificable en dinero.

Opera en acciones lícitas e ilícitas. – Este elemento es fundamental ya que engloba a cualquier acción del Estado, sea está regulada o no por la normativa legal vigente o que contravenga norma expresa.

Caso fortuito o fuerza mayor como eximente de responsabilidad. – Tanto la doctrina como la legislación nacional han concordado que al encontrarse en un caso fortuito o de fuerza mayor, es decir, circunstancias no previsibles según los conocimientos de la ciencia o de la técnica, éste no genera la responsabilidad de indemnizar en daños al afectado, de tal manera excluyendo de responsabilidad al Estado.

En consecuencia, los artículos 334 y 337 del Código Orgánico Administrativo recogen a la institución del caso fortuito o fuerza mayor cómo eximente de la responsabilidad en lo atinente a la responsabilidad extracontractual del Estado: “Artículo 337.- Eximentes de responsabilidad. El caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero son eximentes de responsabilidad” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2017).

Art. 334.- (...) 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. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2017)

En este sentido se logra determinar que el COA ha acogido al caso fortuito y fuerza mayor como elemento eximente de la responsabilidad del Estado siendo esto entendible ya que este debe de responder solo por actos o daños ciertos o materiales mas no por eventos no previsibles debido a que este no responde como un seguro.

Tipos de responsabilidad extracontractual del estado

Tanto en la doctrina nacional e internacional se concuerda que la responsabilidad del Estado se divide en tres vertientes principales las cuales son las funciones principales del Estado, en este sentido se dilucida que existe responsabilidad estatal en el ámbito de la expedición de leyes (poder legislativo), en la administración de justicia (poder judicial), y en los actos administrativos (poder ejecutivo).

En cuanto a los actos legislativos se tiene como principal responsable a la Asamblea Nacional que es el ente primordial del cual emanan las leyes de carácter general, a pesar de esto no se limita solo a la Asamblea ya que se reconoce que existen otros actos normativos que pueden ser emanados de otros poderes del Estado como el mismo ejecutivo con sus decretos, los municipios con sus reglamentos y el mismo consejo de la judicatura con sus resoluciones, en estricto sentido éstas son las principales fuentes de la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito de los actos legislativos o normativos.

La responsabilidad por actos administrativos se subyace a las entidades que dan servicios a los administrados y de esta se pueden derivar dos vertientes: una nula prestación del servicio o una prestación deficiente del servicio y que ésta prestación del servicio genere un perjuicio al administrado, esto puede ser causado por cualquiera de las instituciones públicas que no pertenezcan al poder legislativo o judicial, esta responsabilidad es la más usual y

demandada y en específico es la que se le dará mayor desarrollo en el presente trabajo ya que es la regulada en el COA.

Es importante resaltar que al analizar la responsabilidad del Estado en el ámbito judicial, se sanciona la deficiente administración de justicia tanto en la acción como en la negligencia por omisión en las actuaciones jurisdiccionales, es lo más común reprochar la actuación de un juez al ser el director en un proceso judicial ya que éste puede ser desapegado a derecho y caer en error judicial generando así perjuicio a las partes procesales acarreando nulidades o dilatando procesos que podrían subsanarse en primera instancia, pero es importante señalar que esta responsabilidad no solo puede ser reclamada por la actuación de un magistrado sino también por la de las actuaciones de los fiscales y defensores públicos al no respetar los principios procesales del debido proceso y derechos de los intervinientes del proceso judicial.

En las actuaciones judiciales que acarrean esta responsabilidad se pueden identificar tres principales las cuales son: la detención ilegal o ilegítima, error judicial en especial el inexcusable y el retardo injustificado.

Al haber anunciado los requisitos de la responsabilidad extracontractual del Estado es importante entender todos y cada uno de ellos siendo considerado el daño calificado como uno de aquellos, se procede a desarrollar este elemento y sus características más esenciales.

El daño

El concepto más elemental del daño es el detrimento causado a una persona, este concepto guarda relación con el perjuicio siendo el sinónimo más directo, es todo efecto negativo que repercute en las personas o en las cosas.

De este daño nace la responsabilidad extracontractual, creando la obligación de responder por el daño causado. A lo largo de la historia se desarrollaron diversas teorías del daño, en sus inicios estas se basaban únicamente en el daño a los bienes o patrimonio de la persona, a posterior esto se consideró obsoleto ya que el daño también puede recaer en las personas.

Sin la existencia de este requisito legal que se encuentra contenido tanto en el COA como en el Código Civil Ecuatoriano Art. 2214 y 2229, la responsabilidad extracontractual no tiene validez, al ser la función principal la reparadora, si no hay daño que reparar esta no debe existir.

Según (González, Howard, Vidal, & Bellin, 2010), El daño para que sea conceptualizado como tal debe cumplir ciertos requisitos, siendo estos los siguientes:

El Daño cierto. - Este concepto define al daño como algo material, es decir, que ya se ha producido, esto es cuando en el mundo real se ha perfeccionado y ha generado perjuicio, con lo cual, se excluye un daño probable, un daño posible o hipotético de esta manera el daño se crea cuando genera detrimento patrimonial o extrapatrimonial, así el juzgador podrá comprobar que el perjuicio ha sido causado, en tal sentido se habla de daño cierto cuando el daño es existente, esto también repercute al otro requisito de la responsabilidad extracontractual desarrollado con anterioridad ya que para que exista nexo causal entre el daño y el acto dañoso el daño debe ser actual.

Con lo expuesto, no se debe suponer que dentro del daño cierto se excluye el daño futuro, puesto que en un proceso legal se puede determinar que es sumamente certero que el daño se produzca en el futuro, debido a que se han creado las circunstancias necesarias para que este inminentemente se produzca, es decir, el lucro cesante que el afectado puede sufrir.

Es importante no confundir al daño futuro con el daño eventual, siendo este último una vaga percepción de cierto acontecimiento futuro, de esta manera el daño eventual tiene su fundamento en suposiciones o premisas hipotéticas que no se acreditan con ningún medio de prueba concreto.

Daño subsistente. – Es aquel que aún no se encuentra compensado, es decir, que su causante no ha reparado aún a la víctima en los daños causados, si al momento de demandar el daño no es subsistente, este no genera efectos jurídicos

Por otro lado, el COA regula como requisito intrínseco del daño, siendo que este debe ser calificado.

Artículo 334.- Daño calificado. Daño calificado es aquel que la persona no tiene la obligación jurídica de soportar o que resulte de la violación del principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas y se deriva específica e inmediatamente de la acción u omisión de las administraciones públicas. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2017)

Entiéndase como daño calificado cuando aquel que lo sufre no tiene la obligación de soportarlo, violentando así el principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas, siempre va a ser daño calificado cuando el hecho generador de este se derive de la actuación de la administración pública, del principio del reparto de las cargas públicas se tiene el fundamento

legal de que no sólo la administración pública responde ante actos ilícitos sino también de actos lícitos, para mayor claridad el principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas nace del principio de igualdad contenido en la constitución de la república, en el cual todas las personas somos iguales en derechos y obligaciones, de esta manera las cargas generadas por la actividad lícita del Estado buscan un bien público y general para las personas y estas cargas deben de ser direccionadas de manera justa e igualitaria para todas las personas, por lo cual sería impensable que una persona al verse afectada en la actuación lícita del Estado al prestar un servicio público no se le repare en los daños causados en virtud del principio de igualdad de reparto de las cargas públicas ya que en pro de beneficiar a la sociedad, de manera discriminatoria se perjudicó a un particular, soportando solo él la carga y no se lo indemnizo como debe de ser.

Por lo cual, cuando el Estado y sus dependientes en el ejercicio de sus potestades y atribuciones generan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas y esto conlleve consigo una ofrenda individual intolerable, el Estado estará obligado a reparar los perjuicios generados en el particular.

Habiendo expuesto los elementos fundamentales del daño como requisito de la responsabilidad extracontractual del Estado, es menester considerar que, si bien el daño es un componente esencial para la responsabilidad extracontractual, su sola presencia no es suficiente para convertir a la víctima en acreedor de la reparación de los daños, ya que este daño deberá probarse por la persona que lo ha sufrido, de no hacerlo no procederá la indemnización.

Un punto clave relativo al daño es lograr cuantificarlo, elemento de suma importancia para poder fallar a favor del accionante en éste tipo de causas, ya que quien resuelva el litigio deberá determinar en un monto exacto la reparación material que la administración pública deberá pagar al requirente, otro elemento de importante estudio es que a criterio de la mayoría de jueces de la sala de lo contencioso administrativo de la corte nacional de justicia quien deberá y tendrá la facultad exclusiva de poder determinar y cuantificar el daño debe ser un juez, en tal sentido se entiende desde otra perspectiva que las administraciones públicas accionadas en sede administrativa en su mayoría no determinen y no fallen a favor en este tipo de demandas.

Del análisis de la teoría del daño se puede concretar que con el fin de que este tenga relevancia en el mundo jurídico el mismo debe ser efectivo, material e individualizado.

Teoría de la responsabilidad general

En el presente y último apartado se explica una teoría fundamental para el desarrollo de la materia del estudio del presente trabajo, ya que si bien la responsabilidad extracontractual del Estado tiene su desarrollo propio en la doctrina y jurisprudencia del Derecho Administrativo, esta forma parte de la teoría general de la responsabilidad, tesis que es un eje fundamental aplicable a la teoría de la responsabilidad de un individuo en cualquier rama del derecho, los elementos constitutivos de esta teoría han sido creados desde los fundamentos del derecho privado, es decir, tiene su origen en el código civil, apartado que ya fue desarrollado en secciones anteriores.

Este acápite se enfocará en el desarrollo de la responsabilidad desde el apartado administrativo sancionador y civil objetivo, ya que la teoría de la responsabilidad general se explica en otras ramas del derecho en general, pero las que importan para este punto son las dos antes mencionadas.

Según (Sanz Encinar, 2000), la teoría de la responsabilidad respecta se ha segregado en dos criterios diferenciados, por un lado un criterio que busca unificar todas las definiciones de la responsabilidad y sus acepciones de tal manera que se tenga un criterio único de la responsabilidad en general, por otro lado se encuentra el modelo disgregador, a diferencia del primero este último encuentra su desarrollo en que la unificación de todos los criterios de responsabilidad no van a ningún lado ya que no satisface su finalidad, al ser tan amplio el criterio unificador de la responsabilidad hace que el concepto mismo de la responsabilidad no encuentre su sentido o diferenciador del resto de tipos de responsabilidad en las otras ramas del derecho.

Por lo cual en este apartado se va a desarrollar el modelo disgregador, que si bien no fue inventado, pero sí de mejor manera expuesto por el filósofo y jurista Herbert Lionel Adolphus Hart en su obra *Punishment and Responsibility*.

Según (Hart, 1968) en esencia el concepto de la responsabilidad se divide en cuatro conceptos diferentes que se desarrollan a continuación:

Role Responsibility. – Este apartado define al rol de la responsabilidad, la cual nace de las obligaciones que surgen de un cargo, papel u otros, básicamente son las obligaciones que nacen o se adquieren en una determinada situación al cumplir una función en específico.

Causal Responsibility. – Es la responsabilidad como relación causal, básicamente la relación entre un hecho y sus efectos.

Capacity Responsibility. – Es la capacidad o estado mental y sus efectos en la responsabilidad, esto hace referencia a que se usa el término responsabilidad cuando se alude a la plenitud de conciencia acerca de los actos y consecuencias de estos, en tal virtud existe responsabilidad cuando previo al acto existe dicha conciencia, elemento que ya se estudió en el apartado de los criterios de imputabilidad del presente trabajo.

Liability Responsibility. – Este cuarto apartado hace referencia a la responsabilidad legal, en cuanto a los actos que contravienen la normativa legal o la responsabilidad sancionable, ya que el término alude expresamente a imputabilidad legal de manera propia, que nace de un acto ilícito, evidentemente de las definiciones de responsabilidad antes desarrolladas esta es la que más se adecua al mundo jurídico, pero a su vez de las cuatro es la que mayor complejidad conlleva en su entendimiento, para que exista responsabilidad jurídica los cuatro puntos deben coexistir de tal manera que surja la imputabilidad de la acción al individuo.

De este cuarto apartado nace la responsabilidad objetiva y subjetiva en el ámbito del Derecho Civil que en el presente trabajo se ha profundizado y desarrollado desde la doctrina del Derecho Administrativo.

Por otro lado, en la responsabilidad jurídica relevante surge la teoría de la responsabilidad indirecta que guarda relación con la responsabilidad por rol en la cual si bien la persona o ente llamado a responder por los daños no es directamente quien causó u obró en detrimento del afectado, esta primera será quien responderá por dichas acciones en cuanto a la indemnización, ya que cumple cierto rol en la sociedad que jurídicamente se la ha atribuido dicha responsabilidad, prescindiendo de la relación directa de causalidad, por lo cual se puede aserir que la responsabilidad indirecta guarda estrecha relación con la responsabilidad extracontractual del Estado. Ya que la responsabilidad objetiva es una responsabilidad de rol por cuanto no entra en análisis la intención del agente que causó el daño.

Responsabilidad contractual del estado

Si bien la diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual podría resultar un tanto evidente al evidenciar el nombre de ambas instituciones, al estudiar a fondo las mismas se encuentran matices sumamente marcados. Por lo cual a continuación se desarrolla de manera breve la responsabilidad contractual del estado.

Se habla de responsabilidad contractual del Estado cuando entre las dos partes intervinientes del acto jurídico una es un ente del Estado y otra es un particular que por lo general se lo suele denominar contratista. El acto jurídico antes invocado debe tratarse del contrato administrativo cuya definición lo contempla el art. 125 del COA. “Contrato administrativo. Es el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa. Los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia” (Ecuador, Asamblea Nacional, 2017).

Conceptualmente entendemos que el contrato administrativo es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa, por una parte, y de un particular u ente público (estatal o no estatal), por la otra. Es el acto bilateral que emana de la manifestación de la voluntad coincidente de las partes. En tanto es una declaración volitiva, no una actuación material, difiere del hecho de la Administración, y en cuanto importa una concurrencia bilateral de voluntades se distingue del acto administrativo, que por esencia es unilateral. (Dromi Casas, 2015, pág. 589)

Una vez desarrollado el concepto del contrato administrativo se puede dilucidar que existe responsabilidad contractual del Estado cuando entre la entidad pública y el contratista se ha suscrito un instrumento en el cual se encuentran el acuerdo de voluntades y obligaciones llamado contrato administrativo, a pesar de esto en el momento de ejecutar el contrato pueden incumplirse las obligaciones contenidas en el mismo tanto por el contratista como por el ente estatal, de aquí surge la responsabilidad contractual y el presente apartado se enfocará en la responsabilidad que nace del incumplimiento de las obligaciones del Estado contenidas en el contrato.

Dentro de la relación Estado-contratista es posible que ocurran eventos o circunstancias que dificulten o impidan que las obligaciones contractuales sean ejecutadas a cabalidad por las partes, llevándonos a un incumplimiento que no puede recaer exclusivamente sobre el contratista sino también sobre la Administración, y no porque esta, en ejercicio de sus potestades atribuidas lo realice sino porque dentro de un contrato pueden ocurrir situaciones que afecten el cumplimiento de una obligación que se encuentra plasmada en el contrato y ha sido asumida por el Estado. Con estos antecedentes, la responsabilidad contractual del Estado es aquella que proviene de las relaciones contractuales establecidas entre las partes (administración-contratista) por los daños originados en la ejecución del contrato. (Pérez Camacho, 2009, pág. 896)

Para poder entender la responsabilidad contractual del estado se deben desarrollar las principales teorías que conforman esta institución.

Teorías de la responsabilidad contractual del estado

Como se ha desarrollado en la responsabilidad extracontractual para que exista la misma deben cumplirse ciertos preceptos, así mismo en la responsabilidad contractual se deben cumplir unos parámetros de imputación, debido a que el fin del contrato administrativo es buscar satisfacer las necesidades del bien común, a diferencia del contrato privado en el cual prima el principio de economía contractual ya que se busca en este contrato privado el beneficio de alguna o ambas partes, por lo cual la estabilidad del contrato administrativo puede variar en beneficio del interés público.

Se desarrollará a continuación las diversas teorías de la responsabilidad contractual del Estado las cuales sirven para determinar si es posible imputar a la administración pública el daño causado producto del incumplimiento de alguna obligación contenida en el contrato administrativo.

Según (Hernández Silva, 2008), en la ejecución del contrato administrativo las condiciones pueden ser modificadas de manera imprevista y estas modificaciones pueden deberse a diferentes circunstancias, mismas que pueden ser de tres tipos: el hecho del príncipe, teoría de las sujeciones imprevistas o conocida *ius variandi* y la teoría de la imprevisión.

Hecho del príncipe

A criterio de (Cassagne, 2002), es cualquier acto de la administración pública que genere perjuicio real en el contratista, misma actuación que no pudo ser prevista al momento de suscribir el contrato, la doctrina define al hecho del príncipe como la intervención de cualquier poder del Estado sobre un contrato directa o indirectamente, por lo cual cuando la entidad administrativa emana una decisión general y esta afecta al contrato se estaría frente al hecho del príncipe.

Hay tres requisitos fácticos para la aplicación de esta teoría los cuales son:

Daño cierto y directo. Dejando de lado el perjuicio eventual

Imprevisibilidad.

Imputación a la entidad contratante.

Ius variandi

(García Enterría, 2013) Expone que la administración tiene la facultad de añadir modificaciones al contrato y a las obligaciones del contratista sin la necesidad de aceptación de este, siempre que estas variaciones sean en pro de la comunidad y que este beneficio sea significativo y relevante, la doctrina del Derecho Administrativo ha determinado que dicha atribución que tiene la entidad contratante puede estar contenida expresamente en la ley, en el contrato o puede no estar contenida en instrumento alguno pero es un principio de aplicación general en estos contratos. Estas variaciones deben estar en los límites de la ley, sin alterar la finalidad del contrato y la naturaleza de las obligaciones contenidas en el mismo.

Imprevisión

Esta teoría se fundamenta en lo económico y no contempla la voluntad de las partes puesto se encuentra ajena a las mismas, rompe el equilibrio financiero. Para que esta teoría se configure deben darse tres elementos: que el perjuicio se produzca posterior a la suscripción del contrato, que sea externo a las partes y que los intervinientes hubieren hecho las diligencias necesarias para evitar la concurrencia del hecho fortuito o sus posibles efectos sean menores.

CONCLUSIONES

La administración pública o el Estado por intermedio sus representantes cuentan con la característica que es buscar satisfacer las necesidades del pueblo, en tal sentido se entiende que deben ser individuos dotados de vastos conocimientos y diligentes aptitudes para poder llevar a cabo de manera proba sus funciones, pero cuando esto no sucede por una ineficiente administración pública y esta genera perjuicios en particulares, se genera la obligación de reparar en los daños causados, ya sea por negligencia o ineficiente prestación de un servicio público, infringiendo con la obligación del Estado de cumplir con sus funciones.

Al ser objetiva la atribución de responsabilidad del Estado, importa el nexo causal entre la acción y el perjuicio sufrido, entonces surgirá lo que se conoce como responsabilidad extracontractual del Estado. De lo manifestado, es menester analizar la objetividad o subjetividad del caso para atribuir dicha característica al actuar del agente y luego plantear el juicio de repetición correspondiente al servidor público que haya obrado con dolo o culpa.

La responsabilidad extracontractual del Estado, antes de la entrada en vigencia del COA tenía diversas fuentes, tanto legales como jurisprudenciales, desde la Constitución Política de 1998, la Constitución del Ecuador del 2008; el ESTATUTO REGIMEN JURIDICO ADMINISTRATIVO FUNCION EJECUTIVA, que actualmente se encuentra derogado y desarrollaba ya el objetivismo de la responsabilidad, pero con el COA trajo elementos e instituciones jurídicas importantes que solo fueron desarrolladas en la jurisprudencia y doctrina del Derecho Administrativo, aunque si bien el desarrollo que se le dio a esta institución en el COA no es completo, se constituyen esquemas importantes para una mayor seguridad jurídica en los casos de responsabilidad del Estado.

La entrada en vigencia del COA supone mayor certeza al momento de sustanciar un caso de responsabilidad extracontractual del Estado. En el devenir del tiempo, este tipo de casos tenían elementos diferenciadores muy vagos entre el Derecho Civil y el Derecho Administrativo, que si bien es importante el comparar y analizar ambas ramas estas tienen elementos sumamente divergentes que el COA evidencia y con justa razón, ya que antaño había una disputa en cuanto a que doctrina le correspondía desarrollar la responsabilidad extracontractual del Estado, por un lado estando los civilistas y por otro los administrativistas, así como con lo relacionado con el Derecho Penal, cuando el recurso de revisión es aceptado conforme lo dispone el Art. 11. 9 de la Constitución de la República del Ecuador

La indemnización o reparación integral siendo esta material o inmaterial supone un derecho patrimonial fundamental del individuo, a pesar de aquello y con el desarrollo que se da en el presente trabajo se puede evidenciar que no todo daño o menoscabo es posible que se le atribuya responsabilidad y con ello el deber de indemnizar o reparar dichos daños, ya que se vive en una sociedad moderna de riesgos aceptados y para que esta pueda funcionar y avanzar presupone que todos deben aportar cierto sacrificio socialmente aceptado, pero cuando este riesgo es anormal o no aceptado y consecuentemente genera un daño inesperado este debe ser reparado.

La normativa determina que cuando el Estado indemnice a un particular por la irregular, ilegítima o legítima prestación de un servicio, este debe demandar la repetición de dicha indemnización al agente que obró con dolo o culpa, esto en la práctica resulta muy poco factible por un aspecto obvio, que no es más que en el juicio ordinario del contencioso administrativo en el cual el legitimado pasivo es el abogado de la institución que causó el daño y sus argumentos serán defender la actuación del servidor público, será este mismo abogado que luego en otro juicio de repetición deberá demandar como legitimado activo con argumentos contrapuestos, esto es lograr determinar y demostrar que el servidor público obró con dolo o culpa, en tal sentido se torna un tanto contradictorio y a su vez inoperante poder llevar a cabo con éxito este tipo de casos.

En la estructura jurídica del Ecuador se puede reclamar esta acción ante la misma administración pública que causó el daño y posterior se tiene el juicio contencioso administrativo, pero la primera vía resulta un tanto irrealizable debido a que prácticamente en ningún caso la misma administración pública en sede administrativa aceptará la culpa de lo obrado, en principio por la responsabilidad que esto acarrearía en cuanto a la Contraloría General del Estado en sus respectivas auditorías corresponde y a su vez es evidente que van a ser los mismos compañeros de trabajo del agente que causó el daño quienes resolverán aceptar esta culpa.

Es importante acotar que, al haber la falta de contestación de la administración pública en la petición inicial, no operaría el silencio administrativo positivo para su posterior ejecución ante lo contencioso administrativo, ya que en el silencio administrativo la administración pública no ha cuantificado el daño y no sería ejecutable en sede judicial.

En fin, la responsabilidad extracontractual del Estado es una figura jurídica por medio de la cual los individuos afectados por las actuaciones y prestaciones del Estado pueden

reclamar una indemnización justa y acorde al daño sufrido, de tal manera controlando la actuación regular e irregular del Estado que por acción u omisión perjudica a los ciudadanos.

RECOMENDACIONES

Se recomienda a los estudiantes y profesionales del derecho ahondar a profundidad acerca de la responsabilidad extracontractual y contractual del Estado, ya que estas instituciones sirven para detectar cuando se encuentran frente a un acto lesivo por parte del Estado hacia las personas y estas puedan ser indemnizadas.

Se recomienda a las autoridades del Consejo de la Judicatura realizar controles en las actuaciones de los servidores judiciales, que se haga un seguimiento constante a fin de detectarse alguna anomalía se determine el derecho de indemnización.

Se recomienda que el Ministerio del Trabajo instaure políticas públicas con el fin de elevar el estándar y requisitos para el acceso al servicio público sea de carrera o no, con la finalidad de contar con profesionales probos y capaces de cumplir con sus funciones de la manera más eficaz y eficiente, cumpliendo con las necesidades del pueblo.

Se recomienda a las autoridades del Consejo de la Judicatura una vez se declare la indemnización que el estado debe pagar al perjudicado, interponga de manera rápida y óptima el juicio de repetición en contra del ex servidor judicial, de manera tal que el Estado pueda recuperar el dinero que ha pagado por concepto de indemnización.

BIBLIOGRAFÍA

- Cassagne, J. C. (2002). *El equilibrio económico del contrato estatal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Chile, Congreso Nacional. (1855). *Código Civil*. Santiago.
- Cicero, N. (2020). *Responsabilidad del Estado para el aula de grado y posgrado en Derecho*. Buenos Aires: Eudeba. Recuperado el 22 de Enero de 2023, de https://www.academia.edu/44521919/Responsabilidad_del_Estado_para_el_aula_de_grado_y_posgrado_en_Derecho?source=swp_share
- Díez Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas Ediciones.
- Dromi Casas, J. R. (2015). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Hispana Libros.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2017). *Código Orgánico Administrativo*. Quito: Segundo Suplemento del Registro Oficial No.31 , 7 de Julio 2017.
- Ecuador, Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005.
- Ecuador, Pueblo Ecuatoriano. (1979). *Constitución Política del Ecuador*. Quito: Registro Oficial 800 de 27 de Marzo de 1979. Recuperado el 3 de diciembre de 2022, de https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1978.pdf
- Francia, Parlamento. (1804). *Código Civil Frances (Conocido como el Código Napoleónico)*. París.
- García Enterría, E. (2013). *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas.
- García Falconí, J. (2005). *Manual teórico práctico en materia civil*. Quito, Ecuador: Rodin.
- González, M., Howard, W., Vidal, K., & Bellin, C. (2010). *Manual de Derecho Civil*. Montevideo: Universidad de la República de Uruguay. Recuperado el 28 de Enero de 2023, de https://www.cse.udelar.edu.uy/wp-content/uploads/2016/12/05_FCEA-DerechoCivil_2011-09-01_lowres.pdf
- Hart, H. L. (1968). *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Hernández Silva, A. P. (2008). La responsabilidad contractual del Estado: ¿Una responsabilidad sin imputación? *Revista de Derecho Privado*(14), 173. Recuperado el 5 de Febrero de 2023, de <https://www.redalyc.org/pdf/4175/417537590006.pdf>
- Jiménez Ramírez, L. (2010). Vigencia de la Ley Aquilia en el Derecho Civil colombiano. *Criterio Jurídico Garantista*, 124-141. Recuperado el 3 de diciembre de 2022, de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28405.pdf>
- Pérez Camacho, E. (2009). *Derecho Administrativo*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Periano Facio, J. (1981). *Responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Temis.

Sanz Encinar, A. (2000). El concepto jurídico de responsabilidad en la Teoría General del Derecho. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*(4), 39-14. Recuperado el 1 de Febrero de 2023, de <https://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGeneraldelDerecho.pdf>