



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

TESIS FINAL

PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE

MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

I PROMOCIÓN

TÍTULO DE LA TESIS:

**“RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR
OMISIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN EL EJERCICIO
DE SUS CARGOS”.**

TUTOR:

DR. JOSÉ RAMÓN JIMÉNEZ CARBO

ELABORADO POR:

DR. DAVID G. RODRÍGUEZ YCAZA

GUAYAQUIL, DICIEMBRE DE 2013

A la memoria de mi padre como tributo a una existencia ejemplar de servicio y vocación.

A mi madre, esposa e hija María Grazia; inspiración permanente para seguir aportando en la construcción de un verdadero Estado de Derecho donde prevalezca la Justicia y el respeto a la Ley.

A mis queridos hermanos y familia, con Afecto.

A los valiosos profesionales, colegas y amigos señores Doctor y Abogados Ramón Jiménez Carbo, Pedro Solines Chacón y Henry Cucalón Camacho por sus contribuciones al presente trabajo.

A todas las personas que han colaborado en el desarrollo de esta Investigación mi reconocimiento y gratitud.

Contenido

Contenido	3
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I.....	8
EL PROBLEMA	8
1.1 Planteamiento de la Investigación.....	8
Antecedentes.	8
1.2 Descripción del Objeto de la Investigación.	17
1.3 Consecuencias.	19
1.4 Formulación del Problema.	19
1.5 Objetivos.	22
1.5.1 Objetivos Generales.	22
1.5.2 Objetivos Específicos.....	22
1.6 Justificación.....	23
1.6.1 Teórica.....	23
1.6.2 Práctica.....	24
1.7 Delimitación.....	27
CAPÍTULO II	28
MARCO TEÓRICO.....	28
2.1 Introducción Teórica.	28
2.1.1 Fundamentos de las Responsabilidades.	28
2.1.2 El Elemento Orgánico: La Presencia del Estado.....	33
2.1.3 La Imputabilidad: El Ejercicio de la Función Estatal.	33
2.1.4 La Antijuridicidad de la Omisión.....	34
2.2 Responsabilidad por Falta o Falla de Servicio.....	36
2.3 Ruptura de la Igualdad ante las Cargas Públicas.	40
2.4 Clasificación de los Ámbitos de Responsabilidad Patrimonial del Estado.- Responsabilidad Contractual y Extracontractual, Distinción.....	42
2.5 Responsabilidad por Actividad Lícita e Ilícita.....	43
2.6 Responsabilidad por Omisión.	44
2.7 Los Presupuestos de la Responsabilidad del Estado.	45
2.8 El Elemento Orgánico: La Presencia del Estado.....	46
2.9 La Imputabilidad: El Ejercicio de la Función Estatal.	49
2.10 La Antijuridicidad: Omisión Contraria a Derecho.....	51

2.11	El Nexo Casual.....	51
2.12	El Daño.....	52
2.13	La Responsabilidad del Estado en la Legislación Comparada.....	55
2.14	La Responsabilidad del Estado Ecuatoriano en el Desarrollo Constitucional.	55
2.15	Hipótesis de Investigación.	57
CAPÍTULO III.....		59
METODOLOGÍA		59
3.1	Modalidad de la Investigación.	59
3.2	Fuentes de la Investigación.	60
3.3	Instrumentos de Recolección de Datos.	60
3.4	Procedimiento de la Investigación.	61
CAPÍTULO IV.....		62
ANÁLISIS DE RESULTADOS		62
4.1	Resultados de las Entrevistas a Tres Expertos en Derecho Público.....	62
4.2	Conclusión de las Entrevistas.	69
4.3	Análisis del Numeral 9 del Artículo 11 de la Constitución de La República del Ecuador.....	73
4.4	Análisis de Fallos Nacionales y Extranjeros.....	75
4.5	Análisis de los Resultados.....	79
CAPÍTULO V		81
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....		81
5.1	Conclusiones.	81
5.2	Recomendaciones.....	83

INTRODUCCIÓN

En la actualidad la idea general y básica de responsabilidad gira en torno de un deber que, como respuesta adecuada del Derecho, soporta quien ha causado un daño o perjuicio, de manera que el responsable de este hecho, tiene que indemnizar a la víctima por el daño o perjuicio causado; esto significa que en estos tiempos el criterio mayoritario es que, el fundamento de la indemnización no está en el acto ilícito, sino en el acontecimiento dañoso, a lo que cabría añadir en tanto en cuanto el daño sea injusto.

En nuestra legislación positiva; no existe un texto específico en el que se determine un procedimiento para judicializar lo atinente a la responsabilidad del Estado en relación a actos u hechos de omisión o abstención de los servidores públicos en general, es más se podría afirmar que existe un vacío de normas positivas que ayuden a resolver esta agobiante realidad que de forma permanente ubica en el debate doctrinario una serie de aspectos tales como si la Responsabilidad de la Administración debe concebirse como una garantía de los ciudadanos o como instrumento de control de poder o si debe centrarse o no en la ilegitimidad del accionar administrativo.

Más allá de los debates doctrinarios planteados considero que el problema de fondo debe estar orientado a la defensa y protección del ciudadano quien diariamente se convierte en víctima de la iniquidad y excesos de los servidores de las instituciones del Estado, sus delegatarios, concesionarios y personas que actúan en ejercicio de una potestad pública, en múltiples y diversas situaciones

cotidianas en las que acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos pueden originar un resultado dañoso que genere responsabilidad estatal.

Cabe mencionar que la Doctrina, en el Derecho Comparado, ya el debate supera la noción de culpa ubicando en un primer plano el daño causado a la víctima, sin lugar a dudas esto ha avanzado sustancialmente debido a la creciente cantidad de factores que la vida moderna somete al hombre, es decir a riesgos y peligros inminentes (globalización, inestabilidad política, inseguridad, nuevos modelos económicos, etc.) que obligaron a ajustar los conceptos existentes para permitir la reparación de los daños que podían causar estos nuevos elementos.

El objetivo de un Estado es cuidar del bienestar de la comunidad, es decir que esta tenga acceso a la justicia, educación, igualdad de derechos y oportunidades para que el ciudadano pueda gozar de libertad. En un Estado de Derecho, la división de poderes se equilibra y contrapesan en un control mutuo. Se comprende que cuando se habla de la actividad estatal enmarcada en tales objetivos y que generan su responsabilidad, se está haciendo referencia a sus órganos de gobierno, y justamente estos son los que tienen a su cargo la conducción y dirección del Estado, integrado por los miembros que adoptan las decisiones y ejercen las potestades estatales, cada uno en su propio ámbito, mediante las atribuciones que le reconoce la Constitución.

Se describe en el Capítulo I, **EL PROBLEMA** que hace referencia al planteamiento de la investigación, el origen y la evolución de los derechos de las

personas. Se formula el problema a investigar, definiendo el objetivo general y los objetivos específicos a desarrollar.

En el Capítulo II se desarrolla el **MARCO TEÓRICO** de la investigación y se plantea a la falta de servicio y el desequilibrio de las cargas públicas como aquellos títulos de imputación objetiva de la responsabilidad estatal, los cuales han sido estudiados y analizados por la doctrina y jurisprudencia especializadas.

En el Capítulo III, la **METODOLOGÍA** de la investigación, se usara ciertas herramientas de análisis como la entrevista a expertos que pueden transmitir sus experiencias, criterios y comentar en casos referenciales.

En el capítulo IV, **ANÁLISIS DE RESULTADOS** para evidenciar la problemática en relación con el tema de investigación la que se refleja de acuerdo al análisis de las entrevistas, del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador y de la Jurisprudencia Nacional y Extranjera estableciendo relaciones, comparaciones y triangulaciones contrastando criterios y los conceptos recolectados en la investigación en base se procede a concluir y recomendar varias propuestas que se podrían ejecutar de manera mediata e inmediata.

Finalmente en el capítulo V, se elaboran **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**, resultado de este trabajo de investigación.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1 Planteamiento de la Investigación.

Antecedentes.

La expedición de la Constitución de la República del Ecuador promulgada el 20 de octubre de 2008 -época en la cual se planteó algunas de las interrogantes sobre las que se desarrolló el presente trabajo de Investigación- se experimentó un cambio en el modelo que partía de la base en la responsabilidad estatal asimilada a la concepción civilista (responsabilidad extracontractual resarcitoria - indemnizatoria) y se construye una nueva que la reformula, amplía y evoluciona hacia un modelo actualmente en construcción en el que impera una nueva concepción inspirada esencialmente en la reparación de los derechos violados bajo el principio de reparación integral de los derechos vulnerados consagrándose la responsabilidad del Estado cuando este hace caso omiso de sus deberes jurídicos; debiendo el Estado repetir contra el servidor responsable de lo efectivamente indemnizado.

A comienzos del siglo XIX se advertía ya que la irresponsabilidad del Estado no podía subsistir mucho tiempo más, porque daba lugar a situaciones absolutamente lesivas para los derechos de las personas. Se ha transitado un

camino complejo para que la responsabilidad del Estado adquiriera un pleno compromiso con la sociedad y consigo mismo.

En el Medievo, el Estado era totalmente irresponsable, omnipotente y omnisciente, con el absolutismo recrudesció la concepción de irresponsabilidad, pero con la aparición de las obras de Locke John (1632-1704), filósofo inglés, entendió que el Poder del Rey emanaba directamente del pueblo, vislumbrándose así una idea de responsabilidad. Sin embargo, el monarca a pesar de su irresponsabilidad consuetudinaria, si alguien resultaba perjudicado por un acto dañoso o ilegal de un funcionario, la sociedad ya podía reclamar una indemnización.

El apogeo de la clásica forma de "King can do not wrong", (el soberano no comete errores), reveló con absoluta claridad la posición jurídica que marcó esta etapa y caracterizó a esta época en la cual la irresponsabilidad estatal fue principal rasgo de los regímenes monárquicos y se fundamentó en que, si el poder conferido provenía de Dios siendo la ley su voluntad, el monarca sólo ante él debía rendir cuentas. El rey no podía cometer errores que le podían generar obligaciones frente a sus súbditos.

La evolución del Estado absolutista al liberal burgués no modificó la concepción de la irresponsabilidad de la administración. Posteriormente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, proclamó que la propiedad era un derecho inviolable -et sacré- del que nadie podía ser privado sino cuando lo exigía la necesidad pública, legalmente constatada lo

exigía de forma evidente y bajo la condición de una previa y justa indemnización (ARÉVALO, 2011).

Luego de la Revolución Francesa, en Europa las ideas del “rule of law”, se expandieron para frenar el absolutismo monárquico, pero no es sino, hasta 1832 que se desarrolla una concepción doctrinaria, la del Estado de Derecho, que no prosperó por las limitaciones de su conceptualización, hasta que ese vacío fue cubierto por las ideas del movimiento constitucionalista, surgido en el curso de esos años que intentaban implementar, técnicas que limitaran el ejercicio del poder mediante diversas instituciones que garantizarán los derechos fundamentales del hombre. Para ello el Constitucionalismo proponía el empleo de la Constitución como instrumento que reconozca esos derechos y consagre las técnicas a fin de que no se tornen ilusorios (ABREVAYA, 2003).

Para lograrlo se valió de la supremacía de la Constitución, distinción entre función constituyente, separación de poderes y elección de autoridades. Con la existencia de la División de Poderes, los gobernantes afrontan la responsabilidad del estado y su demandabilidad.

De esta manera, la responsabilidad del Estado que se analizará se centra específicamente en la Administración Pública, cuya formación y estructuración se produjo en los países germánicos entre los siglos XVI y XVIII caracterizado porque el poder del príncipe ya no era sólo el que derivaba de su condición de señor de la tierra, sino el que resultaba de

amplios cometidos funcionales. Esta circunstancia impulsó decididamente la paulatina formación de una administración real, central y territorial, y consecuentemente, de una burocracia al servicio de la misma (SAAVEDRA, 2008).

En ese sentido, se hará referencia principalmente a la responsabilidad generada por el Ejecutivo, que se manifiesta en su actividad administrativa. La Administración, conforme nos enseña el eminente tratadista argentino MARIENHOFF, no se desenvuelve en el ejercicio de su actividad con libertad absoluta sino sujeta al ordenamiento jurídico -principalmente definido ello en el principio de legalidad- (MARIENHOFF, 2001).

La limitación en el ejercicio del poder estará puesta de manifiesto con la responsabilidad que asuma el Estado, no se puede hablar de derechos individuales como de una verdadera limitación del poder, si el gobierno del Estado actúa en forma discrecional sin admitir su responsabilidad ante sus gobernados.

Pero es en la segunda mitad del siglo XIX, en Francia, muchos años después de la Revolución, que el ejecutivo comienza a tener una intervención mayor en la vida de los ciudadanos y se evidencia que en algunas actividades esto no difería en su actuar –en cuanto al modo, no a los fines- a la administración privada, lo que hará que en los casos en que se produzca un daño a los particulares se aplique al Estado, y más concretamente a su administración, el derecho de los particulares, es decir el Código Civil. Nace

así la llamada teoría de los “actos de gestión” y su tratamiento civilista, en contraposición a los “actos de autoridad” en que el Estado/Potestad se reviste de la soberanía nacional conservando su inmunidad (SAAVEDRA, 2008).

Fue por esta vía que se introdujo la concepción subjetivista privatista en lo que la doctrina francesa y posteriormente la jurisprudencia del Consejo de Estado francés denominarían “*Falta de Servicio*”, una especie de “culpa orgánica” del Estado, con toda su gradación de grave, mediana o leve, aplicada a los diferentes tipos o especies de actividades de los diversos servicios públicos. Pero la admisión de “*Falta de Servicio*” no fue pacífica y se dio en cambio de grandes enfrentamientos doctrinarios, creados por la querrela de las competencias entre la jurisdicción judicial y la administración en el derecho francés.

En esta etapa constituye un importante antecedente el fallo Blanco, expedido en Francia por el Tribunal de Conflictos el 8 de febrero de 1873, en el cual se expresó: “La responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por actos de las personas que emplea en el servicio público, no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular, esta responsabilidad no es ni general ni absoluta , tiene reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses privados” (ARÉVALO, 2011).

En este fallo que es considerado como el antecedente de la responsabilidad extracontractual del Estado se comienza a marcar distancia del principio de la responsabilidad civil del código napoleónico para iniciar a estructurar un régimen específico de responsabilidad del poder público constituyendo punto de partida para crear un régimen jurídico diferente al del Código Civil para la responsabilidad del Estado.

No obstante, más allá de la pugna entre el Derecho Civil y el Administrativo, la cuestión pasa, por la perspectiva con que se mira el problema y no por la respuesta jurídica que ambas disciplinas pueden ofrecer, ya que las dos convergen en un punto fundamental que es el de la plena responsabilidad del Estado y sus funcionarios.

En el Ecuador la evolución de la responsabilidad estatal se puede ubicar en un contexto histórico en la Constitución Política de 1967 en la que se incluye por primera vez en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, una norma que obligaba al Estado a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados como consecuencia de la prestación de los servicios públicos o de los actos de los funcionarios y empleados públicos en el ejercicio de sus cargos. El artículo 27 de la Constitución Política de 1967 (Publicada en el Registro Oficial No. 133 de 25 de mayo de 1967) consagró de esta manera la norma constitucional: "...El Estado y más entidades de derecho público y las entidades semipúblicas están obligadas a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la

actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos”.

Esta sería la norma primigenia que sustenta la responsabilidad extracontractual del Estado, norma constitucional que se repitió en la Constitución Política aprobada en 1979 y publicada en el Registro Oficial No. 800 el 27 de marzo, la cual como garantía también se incorpora en la Carta Fundamental de 1998 que fue publicada en el Registro Oficial No. 001 del 11 de agosto de 1998 y que finalmente se incluye en el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución ecuatoriana promulgada en Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

Es importante señalar que en la Constitución Política de la República del Ecuador en agosto de 1998 se modificó el enfoque ampliando a los sujetos a quienes pudiera atribuirse responsabilidad estatal incorporando además en el texto constitucional del artículo 20 a delegatarios y concesionarios al expresar lo siguiente: “...Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.

Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios y empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La

responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes.”

La mencionada disposición se encontraba en conexión directa con la del artículo 120 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 que bajo el Título V -De las Instituciones del Estado y la Función Pública- señalaba: “No habrá dignatario, autoridad, funcionario, ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones. El ejercicio de dignidades y funciones públicas constituye un servicio a la colectividad, que exigirá capacidad, honestidad y eficiencia.” de esta manera se consiguió integrar al ordenamiento constitucional de 1998; la omisión como elemento de atribución de responsabilidad para los funcionarios públicos.

La escasa doctrina del Derecho Público ecuatoriano al referirse a la responsabilidad civil extracontractual indemnizatoria a la luz de la Constitución de 1998 es coincidente en afirmar que es del tipo objetivo y la ubica mayoritariamente en el ámbito del Derecho Constitucional y Administrativo; no resultando necesario para el perjudicado o afectado la prueba de la ilicitud y culpabilidad del servidor público, sino únicamente el nexo causal entre la actividad estatal y el daño irrogado a lo que se puede añadir que el Estado se vuelve responsable de resarcir los daños antijurídicos causados por su propia actividad administrativa normal o anormal en la prestación de los servicios públicos.

La expedición de la Constitución de la República del Ecuador promulgada en octubre de 2008, reitera la responsabilidad objetiva del Estado al incluir en el numeral 9 del artículo 11 la siguiente redacción: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

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

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

El texto constitucional del 2008 incluye por primera vez a la omisión como generadora de responsabilidad en tanto la conducta omisiva está ligada al resultado dañoso de modo que pueda afirmarse que tal abstención actúe como elemento de consumación, es decir ser en sí mismo la causa del daño y partiendo del supuesto que la actuación positiva hubiese sido suficiente para impedirlo.

1.2 Descripción del Objeto de la Investigación.

El presente trabajo de investigación tiene como objeto establecer la responsabilidad estatal por omisión cuando el Estado, en el ejercicio de aquellas funciones que le son propias omite de manera antijurídica la realización de actos o hechos que, de haberse ejecutado por intermedio de los servidores públicos hubieren resultado razonablemente idóneos para evitar el daño en definitiva ocurrido. (CANDA, 2008).

Hauriou, enseñaba que la responsabilidad estatal constituye uno de los dos pilares sobre los que descansa el derecho administrativo junto con el control jurisdiccional de la Administración. Ambas instituciones control judicial y responsabilidad garantizan la juridicidad del obrar estatal frente a eventuales excesos en sus actuaciones haciéndolos justiciables aquellos daños que verificados determinados requisitos corresponderá reconocer a los particulares que los soporten.

Así entonces nos encontramos en la responsabilidad derivada de la omisión estatal ilícita; sin descartar como se mencionó anteriormente y como ha ocurrido con la responsabilidad de acción estatal que a futuro los tribunales en sus fallos terminen por aceptar bajo circunstancias especiales el derecho al reconocimiento de indemnizaciones por omisiones lícitas que generen un daño que el particular no se encuentre en el deber de soportar.

La responsabilidad que surge de un hecho, acto u omisión, esta última según (CABANELLAS, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 2003), es la “Abstención de hacer; inactividad, quietud: abstención de decir o declarar; silencio, reserva ocultamiento; falta del que ha dejado de hacer algo conveniente, obligatorio o necesario en relación con alguna cosa”.

No sólo puede ser de tipo económico sino también puede ser de índole moral, el agraviado en estos casos puede optar por exigir el cumplimiento de ambos tipos de responsabilidad o de alguno de ellos. En este caso la Responsabilidad del Estado por las consecuencias de un comportamiento omisivo puede ser el resultado de un comportamiento ilícito.

Bajo este contexto es importante precisar que en la actualidad el reconocimiento doctrinario de la responsabilidad estatal por omisión se la admite de forma mayoritaria en la medida que se trate de omisiones antijurídicas y por tanto contrarias a Derecho; precisión necesaria si se considera que pudiera producirse una situación hipotética en la que el Estado

pueda omitir obrar lícitamente, generando con su inactividad un perjuicio que pese a tratarse de una omisión legal corresponda ser indemnizado.

Es importante señalar que cuando se refiere a la responsabilidad del Estado por omisión la misma se integra por las normas y principios que resultan comunes a todos los supuestos de responsabilidad, a aquellas de derecho privado que se aplican por analogía y en tanto compatibles con los principios de derecho público y también por aquellos que son específicos del derecho administrativo. (COCHIA, 2004).

1.3 Consecuencias.

Los servidores públicos estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares causadas por acciones u omisiones en el desempeño de sus cargos evitando los abusos y los excesos del poder público y reconociendo el derecho que tienen las víctimas a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada y efectiva por el daño irrogado en su contra. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra del funcionario responsable del daño producido a los particulares.

1.4 Formulación del Problema.

¿Por qué es atribuible al Estado la responsabilidad extracontractual por omisión de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos?

Variable Única

- Responsabilidad Extracontractual del Estado por actitud omisiva de los servidores públicos

Indicadores

- Irresponsabilidad y Responsabilidad Estatal
- Títulos Jurídicos de Imputación objetiva
- Consecuencias derivadas de la Responsabilidad Estatal
- Texto Jurídico de la Constitución de la Republica del Ecuador del 2008
- Medidas de reparación de los derechos violados
- La omisión antijurídica generadora de Responsabilidad Estatal.

Preguntas de Investigación.

- a. ¿Por qué la evolución de la responsabilidad del Estado ha sido extensa y compleja?
- b. ¿Por qué la responsabilidad del Estado por comportamiento omisivo de los servidores públicos, es resultado de un obrar antijurídico?
- c. ¿Para que exista responsabilidad administrativa es necesario que se dé el daño y la actuación de la administración?, explique
- d. ¿En qué casos es aplicable la norma constitucional, en el actual orden jurídico, sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado por actitud omisiva del servidor público?

- e. ¿Por qué la reparación del daño es uno de los principios fundamentales del Derecho?
- f. ¿Por qué es la Constitución una norma jurídica efectiva que articula de manera estable los elementos básicos del orden político y social, y que es capaz de funcionar normativamente como clave del sistema jurídico entero nacional?
- g. ¿Por qué es justiciable desde la perspectiva constitucional y legal vigente en el Ecuador la responsabilidad extracontractual derivada de la omisión de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos?

Por lo expuesto, la presente investigación se desarrolla en el ámbito del Derecho Administrativo; principalmente a la responsabilidad por omisión derivada del Poder Ejecutivo sin apartarnos de una innegable realidad; en el Derecho ecuatoriano no existe un régimen normativo que alcance a regular de modo sistémico la Institución en estudio.

La responsabilidad extracontractual del Estado se ha desarrollado como resultado de un proceso evolutivo en materia de garantías constitucionales que comienza con la promulgación de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1967 que consagró con jerarquía constitucional el principio de responsabilidad estatal.

1.5 Objetivos.

1.5.1 Objetivos Generales.

1.5.1.1 Exponer la problemática derivada de la responsabilidad extracontractual por omisión de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos.

1.5.1.2 Plantear la necesidad de expedir un sistema jurídico de Responsabilidad Estatal que se adecúe a nuestras características nacionales, a la naturaleza del Estado Social de Derechos que constitucionalmente hemos adoptado y también a nuestras condiciones económicas y de desarrollo.

1.5.2 Objetivos Específicos.

1.5.2.1 Analizar y relacionar la evolución de la responsabilidad del Estado en el contexto histórico.

1.5.2.2 Reconocer la antijuridicidad de la omisión como elemento generador de la responsabilidad.

1.5.2.3 Explicar el nexo causal entre el daño y la omisión antijurídica.

1.5.2.4 Reconocer que la ausencia de un marco jurídico integral puede constituir un obstáculo que impida viabilizar la reparación de los perjuicios irrogados a los particulares.

1.6 Justificación.

1.6.1 Teórica.

Ahora el Estado ya no aparece como un fenómeno de fuerza sino que encarna el vínculo que une a los hombres en sociedad, es decir, la solidaridad social. Su función y su justificación consisten, no en dominar a los hombres, sino en suscitar los medios destinados a favorecer su interdependencia. En consecuencia, el servicio público, destinado a suministrar prestaciones sociales y a la búsqueda del interés general, se convierte sin duda en la actualidad en la actividad esencial de la Administración.

El fundamento del derecho administrativo ya no se buscará en la potestad pública sino en la utilidad pública. Siguiendo a DUGUIT, la doctrina estima que "la idea de potestad pública evoca la edad metafísica del derecho en que creía que el Estado posee una voluntad por esencia superior a la de los individuos" (SAAVEDRA, 2008).

En esa perspectiva, puede no ser factible, analizar el tema de la Responsabilidad desde un ángulo que observe y se circunscriba solamente en el Estado como un sujeto de derecho más, sometido a las mismas reglas y con los mismos derechos y obligaciones que los demás como puede ser la tendencia desde el ámbito civil, aunque tampoco aislarlo de una visión que involucre a la víctima del daño en un modo integral y que vele por su reparación más justa lo que a veces puede no advertirse desde el ámbito del Derecho Público. Aparece entonces el interrogante ¿dónde se ubica el tema

de la responsabilidad en el caso del Estado?, ¿bajo la óptica de qué disciplina?, siendo que tanto los civilistas como los administrativistas la reclaman para sí, cuando no la que considera el Derecho de Daños como una tercera opción diferente de las otras dos.

1.6.2 Práctica.

Antes de que entremos a desarrollar el régimen jurídico de la responsabilidad extracontractual resulta apropiado realizar un análisis en la cuestión de aplicabilidad de las normas civiles para fundar la responsabilidad de la Administración.

A este respecto la corriente jus privatista parte de la premisa de que existe un único “Derecho de Daños”, que se encuentra regulado indistintamente por principios comunes del Derecho Público y del Derecho Privado.

Desde la óptica civilista se propicia también su inclusión en el Derecho de Daños sosteniendo que aquél es uno sólo que involucra, igualmente, al que atañe al Estado, con conceptos del Derecho Público y del Derecho Privado que la sustentan aunque muchas veces aquéllos se desvanecen sometiéndolo en definitiva a las reglas del Código Civil.

Por otra parte, la tesis de los administrativistas sostiene que la responsabilidad extracontractual del Estado cuando actúa en el ámbito del Derecho Público es materia exclusiva del Derecho Administrativo, sin perjuicio de que se pueda de forma subsidiaria aplicar los principios

contenidos en el Código Civil; defendiéndose a ultranza la aplicación de principios propios en el tema.

Pero se distingue la actuación de la Administración en el campo del Derecho Privado donde la responsabilidad emergente sería extraña al Derecho Administrativo aunque enfatiza que ello será sin que signifique que todo daño ocasionado por la Administración sobre el patrimonio de los particulares deba regirse por las reglas del Derecho Civil, encerrando al Código Civil en sus límites naturales y dejando a cada disciplina la regulación de su ámbito propio, en la medida en que consagren soluciones equitativas. Pero esta duplicidad de enfoques, pues puede llevar a que, en uno y otro caso, se pierdan de vista los intereses tanto de los particulares como de la comunidad en su conjunto, otorgando siempre una visión parcializada que quizás en otras cuestiones no cause mayores dificultades pero que sí indudablemente las crea en el Juego de las relaciones entre el Estado y el ciudadano.

Más allá de mantener una posición administrativista o civilista, considero que es importante observar el tema de la responsabilidad como una conjunción de principios que conforman tanto el Derecho Público y Privado, ampliando sin límites de disciplina en cuestión y brindando una visión más amplia y equilibrada.

Bajo este contexto se podría señalar como se ha mencionado anteriormente que la responsabilidad por el Estado por omisión, se conforma de normas y principios que son comunes a la mayoría de los supuestos de la

responsabilidad y de las normas y principios del derecho privado que por analogía en tanto en cuanto sean compatibles con los principios del derecho público e incluso por aquellos que resultan específicos al derecho administrativo. (COCHIA, 2004).

Se debe comenzar por enumerar los requisitos que la doctrina considera deben estar presentes para configurar la responsabilidad del Estado. Tales requisitos son:

- a.** La existencia de un daño,
- b.** La atribución del daño a un órgano del Estado, en la mayoría de los casos
- c.** Una falta de servicio, y
- d.** La relación de causalidad entre daño y omisión antijurídica.

En cuanto a la noción y conceptualización del daño, no puede descartarse toda la construcción civilista en torno al concepto, que es riquísima y aplicable a la responsabilidad estatal; o sea todo daño debe ser atribuible en forma jurídica a los órganos del Estado y esta puede ser por omisión del funcionario lo cual no puede constituir una falta de servicio; asimismo todo perjuicio tiene que tener una relación de causalidad, entre el daño y el funcionario en este caso.

1.7 Delimitación.

Campo: Derecho Administrativo

Área: Derecho Público

Aspecto: Responsabilidad Extracontractual del Estado

Tema: “RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR OMISIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS”

Problema: Consecuencias jurídicas de la responsabilidad extracontractual del Estado por la omisión de los servidores Públicos en el ejercicio de sus cargos.

Delimitación espacial Guayaquil - Ecuador

Delimitación temporal: Enero 2007 - Junio 2013.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Introducción Teórica.

2.1.1 Fundamentos de las Responsabilidades.

La responsabilidad tienen fundamento en el artículo 11 numeral 9, 229 y 233, de la Constitución de la República del Ecuador, que señalan lo siguiente:

Art.11.9 El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas...”

Art. 229.- “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público...”

Art.233.- “Ninguna servidora ni servidor público estará exentos de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos...”

2.1.1.1 Definición.

Una de las definiciones de la responsabilidad en el marco jurídico, es la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño irrogado, ocasionados por la culpa u otra causa.

La obligación y la responsabilidad son términos que se usan frecuente e indistintamente en el lenguaje común; conviene por lo tanto, hacer una precisión conceptual para discernir y diferenciar el significado de cada uno, en razón de que su connotación jurídica es distinta.

La obligación constituye el deber a cumplirse, mientras que la responsabilidad, es la desviación ocasionada por la acción u omisión en la que incurrir los servidores al ocupar un cargo en una institución pública

determinada, sea que se encuentren en su desempeño o hayan dejado de hacerlo.

Así, existirá responsabilidad estatal por omisión cuando el Estado, en ejercicio de las funciones que le son propias, omita antijurídicamente la realización de actos o hechos que, de haberse llevado a cabo, hubiera resultado razonablemente idóneo para evitar el daño en definitiva sucedido. (CANANDA, 2008).

2.1.1.2 Origen de la Responsabilidad.

Desde el momento en que los servidores públicos se posesionan de los cargos, asumen obligaciones constitucionales y legales, cuyo incumplimiento acarrea responsabilidades, como forma de precautelar los derechos de los ciudadanos y el orden administrativo.

De conformidad con la ley pertinente, las conclusiones del informe de auditoría pueden dar origen a la determinación de responsabilidades, por el ejercicio de las actividades administrativas - financieras.

La responsabilidad tiene origen en la acción u omisión en que incurren los servidores públicos en el desempeño de un cargo. La acción es la actividad positiva realizada por el servidor. Se identifica a uno o más sujetos de responsabilidad por acción, cuando se determina que un hecho o acto

administrativo es imputable por la Ley o por las circunstancias que rodean al mismo.

La omisión consiste en dejar de hacer algo que el servidor público está obligado por la Ley, la distribución de funciones, las estipulaciones contractuales o cometidos asignados. Esta puede ser intencional o culposa.

La omisión intencional es aquella que se produce cuando existe el designio de obtener un resultado dañoso. La omisión culposa es equiparable con la culpa leve del Código Civil que consiste en la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean en sus negocios propios. (MANUAL DE AUDITOR GUBERNAMENTAL, 2012).

A nivel jurisprudencial, desde el año 2000 hasta el 2003, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador –integrada entre otros por el Dr. Andrade Ubidia, Santiago -, en un esfuerzo hacia la objetivación de la responsabilidad estatal, tomando como referencia el artículo 20 de la Constitución de 1998, configuró a la responsabilidad civil extracontractual del Estado como del tipo subjetivo con reversión a la carga de la prueba (culpa presunta estatal), estableciendo que no corresponde a la víctima probar el daño, sino al Estado demostrar que ha actuado diligentemente cumpliendo a cabalidad los controles para evitar los posibles perjuicios, pudiendo entonces el Estado, que ha demostrado diligencia, alegar caso fortuito, fuerza mayor o culpa de la propia víctima en caso de acontecer el daño (eximentes). (MOGROVEJO, 2009).

A través de la historia hacia la responsabilización plena del Estado hay que partir de la base de que ha existido siempre una permanente tensión entre la idea de responsabilizar al Estado por sus actos u omisiones y la resistencia ideológica y práctica a que esto ocurra y por tanto a que sea susceptible de ser demandado, y, consiguientemente, a su responsabilidad, por parte de quienes detentan el poder en el Estado.

Ello en forma permanente y constante cualquiera sea la forma de gobierno en que se inserte el análisis, de manera que, por una parte u otra, los gobernantes han tratado de eludir cualquier limitación a su poder o la responsabilización completa del Estado. Aún en esta etapa de la evolución de la plena responsabilidad puede soslayarse a través de la forma en que se hace efectiva la indemnización de manera que esa plenitud no llega a ser tal.

Anteriormente se atribuía, una doble personalidad al Estado: privada, en tanto implicaba el goce de todos los derechos comunes que puede tener una persona moral y pública, en cuanto significa el goce de los derechos propiamente administrativos más o menos teñidos del poder público. El Estado podía ser responsabilizado en cuanto actuaba como persona privada.

Sin embargo, los particulares que resultaban víctimas de los daños causados por la Administración dejaron de aceptar aquel dogma de irresponsabilidad del poder público y comenzaron a reclamar una reparación pecuniaria por actos propios de ese poder, primero ante la autoridad administrativa, y frente a su denegatoria, ante la justicia, invocando normas

del Derecho Civil. Fue significativa, en ese sentido, la labor del Consejo de Estado francés -organismo creado dentro de la Administración Pública con funciones jurisdiccionales referida a causas que involucraran relaciones con la Administración- para deslindar la cuestión del ámbito civil y someterla a principios del Derecho Público, elaborando las nociones de “falta de servicio”, “falta personal” y de la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas.

Siguiendo el desarrollo de autores argentinos revisemos los siguientes elementos:

2.1.2 El Elemento Orgánico: La Presencia del Estado.

Responderá el Estado en la medida en que se le impute un acto, hecho u omisión dañosa a alguno de los poderes constituidos u órganos extrapoderes. (CANDA, 2008).

Para atribuirle responsabilidad al Estado en el campo de derecho público es necesaria la existencia de daño pues sola la irregularidad o ilegitimidad de la actividad estatal, nos genera responsabilidad aunque se pueda invalidar su actuación. (COCHIA, 2004).

2.1.3 La Imputabilidad: El Ejercicio de la Función Estatal.

La omisión que interesa es aquella que se verifica en una actividad respecto de la cual el Estado tiene injerencia. Es frecuente en la doctrina y en los fallos encontrar citas en las que se alude a lo que se denomina falta de

servicio noción que hace referencia tanto a deficiencias en los servicios públicos en sentido estricto como, en general a cualquier actividad que el Estado se hubiere comprometido a prestar y que, consecuentemente, debe atender con diligencia y cuidado como sostiene Fabián O. Canda. (CANDA, 2008).

La responsabilidad por omisión tiene su fundamento en el principio de igualdad, corresponde a una responsabilidad de tipo objetiva, le son aplicables los principios generales para la atribución de responsabilidad por acción, partiendo de la noción de falta de servicio, siendo necesario que la omisión sea antijurídica, pero solo ante el incumplimiento de una obligación expresa o tácita de actuar por parte del Estado (COCHIA, 2004).

2.1.4 La Antijuridicidad de la Omisión.

Resulta en este punto importante resaltar el criterio de Miguel Marienhoff, en su obra “Responsabilidad Extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud Omisiva en el ámbito el Derecho Público” quien señala “...la antijuridicidad que justificará la responsabilidad del autor de la “omisión” tiene exactamente los mismos caracteres que la que justifica la responsabilidad en los supuestos de hechos o actos de “comisión”. A mayor antijuridicidad puede corresponder, según los casos, mayor responsabilidad. Esta al graduarse por la extensión del daño, lo cual depende del caso concreto...”. (MARIENHOFF, 2001).

Como lo ha caracterizado adecuadamente la doctrina, la omisión es antijurídica cuando transgrede una obligación jurídica de obrar, tanto en los casos en que existen normas legales expresas o cuando se hayan impuestas por otras fuentes como las buenas costumbres, el orden público, la buena fe, o los principios generales del derecho, e cuyos casos la omisión es antijurídica por ilicitud, pero también se ha reconocido la existencia de omisión antijurídica por ser abusiva.

En tal sentido podemos afirmar que para que surja la responsabilidad, es necesario que se trate de un deber concreto de obrar y no de un deber genérico, es decir, el Estado debe encontrarse en situación de poder ser constreñido al cumplimiento de esa obligación, excluyéndose la responsabilidad, por lo tanto, en aquellas situaciones en que los perjuicios se produzcan en los supuestos de casos fortuitos o fuerza mayor.

Actualmente, entonces, la antijuridicidad del daño es observada en un sentido objetivo, tomando en consideración la posición del sujeto dañado, siempre y cuando éste no tenga el deber jurídico de soportar los perjuicios, es decir se realzan las nociones de daño e injusticia en detrimento del clásico principio de la culpa al reconocerse la responsabilidad en los supuestos de daños originados en conductas ilícitas como lícitas. (COCHIA, 2004).

2.2 Responsabilidad por Falta o Falla de Servicio.

El tema de la responsabilidad está siempre ligado a la actividad del hombre. Toda actividad del hombre y su propia existencia se encuentran expuestas a los riesgos creados por el medio natural, social y técnico que lo rodea. Desde ya que cuando la persona cumple funciones en un órgano estatal, el mero ejercicio de las competencias en cumplimiento de sus funciones puede llegar a lesionar a los particulares, sea en sus derechos patrimoniales o no patrimoniales. De ello surgirá la responsabilidad del Estado.

La palabra ‘responsabilidad’ sugiere distintos significados, según cual sea el sentido con que se la utilice. Etimológicamente es originaria del latín (res, cosa y pondere, devolver) y refiere a «estar obligado». También es posible se proyecte a diferentes ámbitos y actividades; podrá haber así responsabilidad administrativa, civil, penal, por causa de delito, contractual, extracontractual, judicial, ministerial, objetiva, política, por el hecho ajeno y por el hecho propio, solidaria, subsidiaria, etc. Todas ellas tienen diferentes matices y consecuencias jurídicas específicas. En lo que aquí interesa, responsabilidad importa una obligación moral o jurídica de hacerse cargo de algo propio o ajeno, pues responder es corresponder o asegurar el cumplimiento de una obligación. El responsable es aquel que debe cumplir con lo que se ha comprometido y también el que responde de alguna cosa o persona que tiene a su cargo, o bajo su guarda, o de la que es responsable por un deber jurídico.

Responsabilidad, en definitiva, constituye un término que sirve para indicar la situación especial de quien por cualquier título, debe cargar con las consecuencias de un hecho dañoso (PUIG, 2005).

Sostiene ABREBAYA, en su obra Responsabilidad Civil del Estado que: “...Se suele señalar el comienzo de esa concepción publicista de la responsabilidad del Estado a partir de la resolución por parte del Consejo de Estado de los casos "Blanco" y "Pelletier", ambos fallados en el año 1873. El Consejo de Estado deja de lado la distinción entre actos de gestión y actos de autoridad y pasa a considerar que todo acto administrativo puede entrañar la responsabilidad del Estado aunque subordinándola a una "falta de servicio"; está sustentada en una distinción entre la "falta de servicio" y la "falta personal".

Existiría “falta de servicio” si al cumplirse la función se causa un daño. El funcionario cumple con su obligación, no sale de su ámbito de atribuciones y sin embargo produce un perjuicio. En cambio, cuando el agente tiene la intención de causar un daño o se extralimita en sus funciones, la responsabilidad será suya y no del Estado.

En esa teoría era necesario saber si la falta había sido de servicio o personal del agente para reconocer la responsabilidad de uno u otro. Luego el Consejo de Estado francés admitió la coexistencia entre ambas responsabilidades para salvar inconvenientes surgidos de la necesidad previa de aquella indagatoria. Es decir, la posibilidad de que exista una concurrencia

entre falta de servicio y falta personal y la responsabilidad sin culpa del Estado en los supuestos en que la actividad de la Administración expone a los particulares a riesgos concretos. Y también la imputación a la administración del daño causado con cosas que el Estado provee para la prestación de los servicios aun cuando exista al mismo tiempo una falta personal del funcionario que ha causado el perjuicio.

La acumulación práctica de estas dos responsabilidades trae como consecuencia la posibilidad para la víctima del hecho dañoso de reclamar mediante dos acciones: al funcionario y a la Administración.

Por lo tanto, en una última etapa de la evolución del concepto, se llega a reconocer la responsabilidad de la Administración por el simple funcionamiento del servicio sin que el accionante tuviera necesidad de probar la culpa de los agentes afirmándose, al término del camino, la responsabilidad directa y total de la Administración...”(ABREVAYA, 2003).

La “falta de servicio” es sinónimo de funcionamiento anormal, o de funcionamiento incorrecto, o de mala organización del servicio o actividad que desarrolla de la administración como sostiene AMENÁBAR, quien añade: “...La determinación de la existencia de una “falta de servicio” requiere que se valore en concreto el funcionamiento del servicio o la realización de la actividad, atendiendo a las leyes y reglamentos administrativos que establecen su modo de funcionamiento. El funcionamiento irregular o defectuoso no se aprecia en relación con la culpa o

negligencia del agente estatal, pues la “falta de servicio” se configura al margen de la antijuridicidad subjetiva del agente público concreto que causó el daño...”

“...Este concepto de ilegitimidad, que presupone el incumplimiento o el cumplimiento irregular de la función administrativa se relaciona con la noción de faute de service del Derecho francés, donde se sustituye el dato de la culpa por el del funcionamiento defectuoso del servicio, juzgado de acuerdo a las leyes y reglamentos administrativos.

La “falta de servicio” refiere, entonces, al funcionamiento irregular, defectuoso o anormal del servicio o actividad; a la falta de cumplimiento o al irregular cumplimiento de la función administrativa.

Se trata de una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular. Por consecuencia, para poder determinar si se ha configurado una “falta de servicio” que opere como causa de imputación jurídica de los daños a la Administración, debe efectuarse una valoración en concreto atendiendo a la naturaleza de la actividad, a los medios que se dispone el servicio y al grado de previsibilidad el daño, pues la obligación del servicio se satisface aplicando la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y lugar...” (AMÉNABAR, 2008).

2.3 Ruptura de la Igualdad ante las Cargas Públicas.

En la obra “La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública” (SAAVEDRA, 2008), señala al respecto: “...El principio de igualdad ante las cargas públicas se ha invocado con frecuencia en la doctrina como el fundamento de la responsabilidad administrativa en su conjunto. El primero de los grandes autores en hacerlo fue Teissier, quien en su libro “La responsabilité de la puissance publique”, presentó este principio como explicación general de la responsabilidad administrativa, en la que expresa, “no es justo que los ciudadanos de un país tengan que sufrir, en una proporción desigual, actos del poder público y del funcionamiento de los servicios públicos de interés general establecidos por el bien de todos...”.

Añade SAAVEDRA que: “...La notas características del daño que tiene vocación a ser reparado están en la lógica misma de la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, y un administrado no tendrá derecho a indemnización sino cuando prueba haber sufrido, como se expuso atrás un daño anormal y especial...”.

Al respecto la tratadista argentina Amenábar María del Pilar, en su obra Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública (AMÉNABAR, 2008) señala: “...Esta teoría es formulada por Teissier, encuentra el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado en el principio de la igualdad antes las cargas públicas. Se basa en el Artículo. 13 de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que establecía que

los ciudadanos no debían sufrir más los unos que los otros las cargas impuestas en interés de todos.

En consecuencia, los daños excepcionales, los perjuicios que el poder público en ejercicio de su función administrativa cause a ciertos particulares, deben considerarse como imputables a la cuenta de Gastos Generales de los servicios públicos, pagados por el impuesto y soportados consecuentemente por todos aquellos que constituyen la colectividad beneficiaria de estos servicios. Si bien considera que el fundamento de la responsabilidad estatal es el principio de igualdad ante las cargas públicas, agrega otro principio que atempera y limita al primero.

Es el principio de que las necesidades de la vida en sociedad y la existencia misma del Estado imponen a todos los ciudadanos -porque todos se aprovechan de su organización y de sus servicios-, la obligación de soportar, sin indemnización salvo disposición legal en contrario, las consecuencias perjudiciales que se deriven del ejercicio legal y regular del poder público y del funcionamiento normal de los servicios de interés general.

De la combinación de estas dos ideas se extraen la conclusión de que el Derecho a la reparación surge solamente por daños imputables a un ejercicio ilegal del poder público, o a una marcha defectuosa de un servicio público, es decir que se recurre a la idea de falta, sea por mala organización o por mal funcionamiento del servicio público...”. (SAAVEDRA, 2008).

2.4 Clasificación de los Ámbitos de Responsabilidad Patrimonial del Estado.- Responsabilidad Contractual y Extracontractual, Distinción.

La propuesta de la más moderna doctrina es, en la actualidad, la de un sistema legal unitario de responsabilidad sin distinción reglamentaria entre los campos contractual y extracontractual. Sin embargo, dejando de lado que el régimen actualmente imperante en el Derecho Civil es diferente para cada ámbito y, por lo tanto, obliga a su distinción, por lo menos en esa órbita, me parece de particular relevancia la distinción, no sólo a los fines didácticos sino para encuadrar adecuadamente cada caso, porque no puede desconocerse que existen diferencias entre uno y otro. Y de ello no está exento el tema de la responsabilidad del Estado, ya que nunca puede ser lo mismo la imputación al Estado en virtud de una obligación determinada preestablecida que la que puede emerger de un deber genérico de no dañar. (ABREVAYA , 2003).

Al no existir en el Ecuador normas de derecho público que con carácter general prevean el deber estatal de responder ello impone la necesidad de la aplicación subsidiaria de varias normas del Código Civil y de Procedimiento Civil, ejercicio que los Tribunales de Justicia en materia contenciosa administrativa deben realizar para el desarrollo de los procesos sometidos a su conocimiento.

2.5 Responsabilidad por Actividad Lícita e Ilícita.

Para este caso, cualquiera de las actividades (lícita e ilícita) puede dar lugar a la posibilidad de demandar una reparación por los daños y perjuicios causados a los particulares y ello tanto en el campo contractual como extracontractual, admitida la reparación sobre la base de fundamentos diferentes.

En cuanto a la actividad ilegítima, esto es, contraria al ordenamiento jurídico, la responsabilidad se sustenta fundamentalmente y en la mayoría de los casos, en la idea que ya hemos visto de la falta de servicio tomada del Derecho francés. Es decir, el incumplimiento irregular de la función administrativa como atribución objetiva de responsabilidad basada en el funcionamiento defectuoso o irregular del servicio. Queda claro que no son éstos los únicos supuestos de actividad ilegítima del Estado la que se podrá advertir siempre que su obrar antijurídico produzca un daño, sino que son los que hacen a su actividad específica, como tal.

Por otro lado, cuando del accionar legítimo se trata, si el Estado ocasiona un daño a un particular que no está obligado a soportar como carga pública igual a la de sus conciudadanos y en pos del bien común, ya que se trata de uno superior y específico, constituye por ello, en rigor, un sacrificio especial, cuyas consecuencias deben ser repartidas y distribuidas en el resto de la comunidad mediante la reparación correspondiente. El reconocimiento de la responsabilidad estatal por su actividad lícita exige para su procedencia el

cumplimiento de ciertos requisitos imprescindibles, esto es, la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio y, obviamente, la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a la demandada. (ABREVAYA, 2003).

2.6 Responsabilidad por Omisión.

Existen supuestos en los que el daño susceptible de ser reparado se origina no ya en una acción positiva del Estado sino en una omisión, en orden a una función propia del mismo, generalmente vinculada a los servicios públicos y su cometido en ejercicio de poder de policía. Y es este uno de los temas más arduos en la teoría de la responsabilidad; lo es en sus términos generales y más aún cuando se trata del Estado, por omisiones en el cumplimiento de sus funciones específicas, constituyendo una especie: dentro de la falta de servicio.

Debemos analizar entonces que se entiende por omisión en términos generales para poder encuadrar la responsabilidad en un campo que, como ha quedado expuesto, no permite contornos muy definidos, pero que debe ser adecuadamente encuadrada para lograr un justo equilibrio en cuanto a lo que se debe exigir del Estado de tal modo de no pretender tampoco y en el extremo de aquella posición absolutamente todo de su parte. Para caracterizar la omisión en sus lineamientos generales, se distingue en doctrina la omisión simple de la omisión en la acción, implicando ésta última una forma de

manifestación de la culpa en tanto que se omite adoptar la diligencia de vida de acuerdo con la naturaleza de la acción encarada.

Se trata de un accionar negligente, imprudente, que ocasiona responsabilidad y es conocido como comisión por omisión sujeto, en consecuencia a los principios generales que rigen para toda comisión simple.

Por el contrario, en la omisión simple ella constituye el objeto prohibido por la ley y el omitente debe responder cuando una obligación legal le impone el deber de hacer o la ley sanciona la inacción. El legislador prohíbe una omisión porque el mandato legal impone actuar. Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de juzgar a alguien por una omisión de estas características surge el problema de la relación causal, porque la omisión no es, normalmente causa directa y exclusiva del daño. (ABREVAYA, 2003).

En cuanto a su origen Carlos A. Echevesti sostiene que la responsabilidad de los agentes públicos respecto de terceros (público en general o demás funcionarios) es siempre extracontractual (ECHEVESTI, 2003).

2.7 Los Presupuestos de la Responsabilidad del Estado.

La responsabilidad por omisión ha encontrado, hasta el presente, un campo propicio para su desarrollo en el marco de la responsabilidad estatal por obrar ilegítimo.

A fin de acercar una definición al objeto del presente estudio recurrimos a Fabián O. Canda quien señala: Existirá responsabilidad estatal por omisión cuando el Estado, en ejercicio de las funciones que le son propias, omita antijurídicamente la realización de actos o hechos que, de haberse llevado a cabo, hubieran resultado razonablemente idóneos para evitar el daño en definitiva sucedido (CANDA, 2008).

En esta definición, es dable encontrar un elemento orgánico -el Estado omitente-, la imputabilidad de la omisión -en ejercicio de funciones propias-, la antijuridicidad- omisión ilegítima-, un nexo causal -la omisión de actos o hechos que hubieren sido idóneos para evitar el resultado- y, por cierto, el daño.

Aparecen entonces los siguientes requisitos:

- a) la existencia de un daño cierto;
- b) la relación de causal entre el daño y la omisión ilegítima ;
- c) la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños al Estado emitente.

2.8 El Elemento Orgánico: La Presencia del Estado.

La palabra “responsabilidad” proviene del latín *respondere* que significa estar obligado. Existen un sin fin de conceptos para definir a la responsabilidad, pudiendo entender la responsabilidad como:

- La capacidad de un sujeto de derecho de conocer y aceptar las consecuencias de sus actos realizados consciente y libremente.
- La relación de causalidad existente entre el acto y su autor, es decir, la capacidad de responder por los actos.
- La obligación que tiene una persona de subsanar el perjuicio producido, o el daño causado a un tercero, porque así lo disponga una ley, lo requiera una convención originaria, la estipule un contrato, o se desprenda de ciertos hechos ocurridos, independientemente de que en ellos exista o no culpa del obligado a subsanarla. (BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO, 2010).

La responsabilidad del Estado se basa en el principio de que todo daño causado ilícitamente por él, debe ser reparado de buena fe. La responsabilidad del Estado al causar daños y perjuicios a los particulares se ha fundamentado en la culpa civil, adquiere un carácter público siendo el estado el único responsable de los actos de sus servidores públicos, sin menoscabo de la acción o vía de regreso que proceda internamente contra el servidor responsable.

Los sujetos de la responsabilidad administrativa son los servidores y ex-servidores públicos y las personas naturales y representantes de personas jurídicas privadas, según lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley de la Contraloría que concuerda con los artículos 76, 80, 81 y 88 del mismo cuerpo

legal, comprendidos en los entes a los que se refieren las disposiciones legales pertinentes, como responsables directos (ESPE, 2012).

El Estado es un sistema integrado por un grupo de personas con habilidades y competencias dentro del orden jurídico en una circunscripción territorial y un poder soberano, que responderá en la medida en que se le impute un acto, hecho u omisión dañosa a algunos de los poderes constituidos u órganos extrapoderes. El conjunto de fallos que será objeto de cita tendrá por protagonista casi exclusivo al Poder Ejecutivo, sus órganos y entes descentralizados.

EL funcionamiento del Estado es hacer cumplir algo, de un deber, donde se ejercita sus atribuciones, encaminadas estas para el logro de sus fines. El poder del Estado se realiza a través del derecho público emitidos por los órganos legislativo, ejecutivo y jurisdiccional dependiendo de cuál de los tres poderes del Estado lo emita.

Siguiendo la misma línea, LÓPEZ afirma que “el Estado y las instituciones públicas son consustanciales entre sí: el Estado son los órganos públicos que viven y actúan dentro de sus límites, y, a su vez, el Estado es la organización jurídico-política que no podría actuar sin esos órganos, y que solo puede ejercer la soberanía, autojustificar su existencia, gracias al accionar de todos ellos” (FREIRE, 2003).

2.9 La Imputabilidad: El Ejercicio de la Función Estatal.

La omisión que interesa es aquella que se verifica en una actividad respecto de la cual el Estado tiene injerencia. El campo más fecundo, en la jurisprudencia clásica, es la omisión en el ejercicio del poder de policía estatal.

Muchas veces, en los fallos y en la doctrina, se alude a lo que se denomina *falta de servicio*, noción que hace referencia tanto a deficiencias en los servicios públicos en sentido estricto como, en general, a cualquier actividad que el Estado se hubiera comprometido a prestar y que, consecuentemente, debe atender con diligencia y cuidado.

Determinar cuál es la órbita de actuación estatal, como paso previo a calificar de antijurídica su actitud omisiva, exige establecer cuál es la competencia del órgano o ente omitente.

A diferencia de los particulares, el Estado sólo puede hacer aquello que el ordenamiento jurídico le autoriza. No rige a su respecto el principio de la libertad ontológica, según el cual está permitido todo lo no prohibido.

La inactividad estatal que interesa a los efectos de la responsabilidad por omisión es aquella que recae sobre una actividad que el Estado debió prestar. Cuando la Administración omite resolver en el marco de un procedimiento administrativo, estamos ante una *inactividad formal*, mientras que cuando

omite realizar una actividad derivada de un deber prestacional o del ejercicio de sus facultades de policía, se está frente a una inactividad material.

La distinción tiene interés, pues, desde el punto de vista de la imputabilidad, la atribución de inactividad formal se configura ante el mero no hacer frente a una prestación formulada por un particular interesado en un determinado asunto; mientras que la imputación de inactividad material no siempre se presenta de modo tan simple, dado que es menester probar que la conducta debida surge del ordenamiento jurídico.

La inactividad formal derivada de la omisión de resolver una concreta pretensión, resulta violatoria de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, que ofrecen cobertura al derecho a una resolución fundada y consecuente deber de dictarla, cuando establecen que “toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular y el de obtener pronta resolución”.

En el plano jurídico positivo, el deber de resolver está regulado de manera diversa, según las distintas presentaciones que puede efectuar un particular, estableciéndose cómo habrá de operar el silencio en cada caso.

Por lo tanto, el Estado es directamente responsable por las conductas u omisiones de las personas que ejercen funciones públicas, aunque fuera en forma aparente, pues el daño se presenta externamente como una expresión

del funcionamiento regular o irregular de la propia administración. (CANDA, 2008).

2.10 La Antijuridicidad: Omisión Contraria a Derecho.

Canda señala que: "...En la configuración de este requisito se juega, en buena medida, al alcance del instituto pues, como ya apuntamos, si todo daño vinculado con **a)** Alguna actividad que el Estado preste, regule o de algún modo controle o supervise o **b)** Con algún derecho de los particulares que en alguna medida requiera para su desarrollo de la actividad estatal va a dar lugar a su responsabilidad por omisión..."

Es claro que -en atención a la cantidad y magnitud de las actividades y derechos comprendidos- éste terminaría respondiendo como un gran asegurador por cualquier y todo perjuicio sufrido por los particulares. En el extremo opuesto, si para responsabilizar al Estado han de aplicarse cánones estrictos tales como el que requiere la existencia de una norma que de modo expreso establezca para la Administración un deber concreto y específico de hacer, habremos de concluir que el universo de casos en los que el Estado habrá de responder se reducirá a una mínima existencia. (CANDA, 2008).

2.11 El Nexo Casual.

Como en toda pretensión que involucra una reparación de daños y perjuicios no puede estar ausente el nexo de causalidad, el daño invocado y

la actuación del Estado, de tal modo que el perjuicio pueda ser objetivamente imputado a la acción u omisión de un órgano o sujeto estatal. El daño es la consecuencia del obrar antijurídico imputable al Estado que se erige, así, como causa.

Es necesario atribuir el daño a un órgano y por una actividad u omisión del Estado en los términos expuestos. El Estado estará obligado a indemnizar las lesiones patrimoniales cuando el hecho o acto determinante de la lesión sea a ella imputable, conforme lo ya visto, pero, además, es necesario que entre la conducta imputada y el daño exista una relación de causalidad. (CANDA, 2008).

2.12 El Daño.

El daño constituye, indiscutidamente, el presupuesto básico de la responsabilidad civil y es exigencia común a toda pretensión de reparación. Ello es así pues, por lógica, no puede haber deber alguno de reparar si no existe un daño, como lesión a un interés jurídicamente protegido, ya sea material o moral. De tal suerte que la acción antijurídica no será punible si no se ocasiona un daño.

Establecer el contenido del daño resarcible exige atender a las consecuencias o repercusiones de la lesión, o al bien jurídico lesionado. El daño resarcible no es cualquier daño en el sentido amplio y al perjuicio, donde se otorga el poder de actuar con el fin de obtener el cumplimiento de la

ley siempre y cuando el requisito ineludible para la resarcibilidad, el daño debe ser cierto, es decir, real y efectivo, no meramente conjetural o hipotético.

El daño futuro es que la materialización del mismo sea verosímil, fundada en la razonable probabilidad objetiva de concretarse el perjuicio. A lo que nos respeta de la actividad ilícita del Estado que incluya todos los aspectos del daño resarcible, por lo que resultaran de aplicación aquellos conceptos, pudiendo exigirse la reparación del daño material y moral, actual y futuro, que sea cierto y concreto.

El daño invocado como fundamento de toda indemnización pretendida debe ser atribuible jurídicamente al Estado, a sus órganos. Si el obrar lesivo en el campo de la actuación ilícita proviene de una persona física determinada, es preciso demostrar que aquella ha obrado en el ejercicio de funciones propias del ente público en el cual presta servicios y que ha actuado en el marco legítimo o puede ser atribuible en razón de una responsabilidad por omisión en el ejercicio de la función administrativa, considerada como un funcionamiento irregular de la misma. (ABREVAYA, 2003).

El daño se puede configurar de varias maneras. La principal configuración se traduce en el daño con menoscabo a los bienes. Este daño es puramente patrimonial o cuya significación ha sido evaluada como una violación a un derecho subjetivo. El daño también puede ser clasificado en base a sus consecuencias. En un sentido amplio se lo considera como la pérdida o

menoscabo de un bien jurídico, de un derecho subjetivo, o de un interés. En un sentido más restrictivo, el daño se lo mira como elemento de responsabilidad civil, donde el daño se define por sus repercusiones en la esfera patrimonial o extrapatrimonial del damnificado. (RINESSI, 2003).

El daño actual es el que se puede probar antes de que se dicte sentencia, mientras que el daño futuro es el que no se ha materializado al momento de que se dicte sentencia, pero que es objetivamente previsible:

a) cuando existen consecuencias dañosas de un evento ya ocurrido, que no han dejado de manifestarse y por tanto se han de prolongar o agravar (daño continuado o sucesivo); y **b)** otros que no son la prolongación o agravamiento del daño actual, sino consecuencias dañosas que directamente se han de manifestar luego de la sentencia.

Por último debe existir una subsistencia del daño. Esto quiere decir que el daño debe subsistir en el tiempo en que se lo computa para alegar su indemnización. Es un presupuesto de certeza, ya que el daño no puede haber desaparecido al momento que se lo pretenda resarcir. La previsibilidad o no de las consecuencias dañosas se juzga con prescindencia del autor o agente; solamente importa la adecuación objetiva entre el hecho y el evento dañoso. Probado el nexo causal por la víctima se presume la adecuación y quien la niega, afirmando que no se trata de una consecuencia típica, que es fortuita, etcétera, o bien la interrupción del nexo, deberá demostrarlo. (CRESPO, 2010).

2.13 La Responsabilidad del Estado en la Legislación Comparada.

Tanto en la doctrina española, argentina y colombiana; existe una marcada preocupación por los desbordes que puede ocasionar la amplitud del régimen de cobertura patrimonial de la Administración y la posibilidad de su hipertrofia lo que pudiera convertir al instituto en un verdadero sistema de asistencia social que los Estados puedan no estar en condiciones económicas de afrontar; llegándose incluso a advertir la posibilidad de que la actividad administrativa se paralice acudiéndose al argumento de que un sistema generalizado de responsabilidad estatal resultaría peligroso por razones de orden de servicio, interés general y de las finanzas públicas.

2.14 La Responsabilidad del Estado Ecuatoriano en el Desarrollo Constitucional.

En la Constitución Política de 1967 en la que se incluye por primera vez en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, una norma con jerarquía constitucional que obligaba al Estado a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados como consecuencia de la prestación de los servicios públicos o de los actos de los funcionarios y empleados públicos en el ejercicio de sus cargos.

El artículo 27 de la Constitución de 1967 (Publicada en el Registro Oficial No. 133 de 25 de mayo de 1967), (**VER ANEXO No. 1**) consagró el principio de responsabilidad estatal de la siguiente manera: “El Estado y más

entidades de derecho público y las entidades semipúblicas están obligadas a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos”.

Esta sería la norma primigenia que sustenta la responsabilidad extracontractual del Estado, cuyo paulatino proceso evolutivo fue recogido en reformas constitucionales posteriores y es así como en el artículo 20 de la Constitución Política del año 1979 (**VER ANEXO No. 2**) se vuelve a incluir el principio de la responsabilidad Estatal a los particulares por los perjuicios que se les irroge como consecuencia de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos. La novedad es que se incorpora en la constitución de 1979 el principio de repetición que facultado pero limitando a acción de repetición a que haya mediado la actuación con dolo o culpa grave judicialmente declarada.

Al expedirse la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 se volvió a consagrar con jerarquía constitucional la responsabilidad estatal; al incluirla en el Artículo 20 del texto constitucional, manteniendo el derecho de repetición del Estado en contra del funcionario responsable; disposición que sirvió de fundamento en varias resoluciones de casación de las salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia (años 2000 al 2007) que encasillaron a la responsabilidad estatal dentro del ámbito del Derecho Civil en la esfera de la responsabilidad civil extracontractual, condenando a varias instituciones del Estado al pago de indemnizaciones.

Finalmente, la Constitución de la República del Ecuador promulgada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008 en el numeral 9 del artículo 11 consagra el principio de Responsabilidad del Estado por acción u omisión de sus funcionarias y funcionarios, empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

2.15 Hipótesis de Investigación.

A partir del Marco Teórico, es posible plantear la siguiente pregunta a contestar:

¿En qué medida la incorporación del principio de responsabilidad estatal consagrado en el nuevo régimen constitucional vigente desde el 2008 bajo el enfoque del neo- constitucionalismo garantista constituye una protección adecuada y suficiente para que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos y en consecuencia acceder a una efectiva reparación de daños por actitud omisiva de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos?

Variable Dependiente

Los ciudadanos puedan ejercer sus derechos y en consecuencia acceder a una efectiva reparación de daños por actitud omisiva de los servidores públicos.

Indicadores

- La Responsabilidad Extracontractual en el texto Constitucional del año 2008

- Principio de responsabilidad estatal Extracontractual en la Constitución del 2008
- Procesos aplicables para ejercer la reparación estatal.

Variable Independiente

La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador del año 2008.

Indicadores

- Texto Jurídico del artículo 11.9 de la Constitución del año 2008
- Determinación de similitudes y diferencias en el principio de Responsabilidad Estatal en el Derecho Comparado.
- La omisión antijurídica en el ejercicio de las potestades públicas.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Modalidad de la Investigación.

Se ha utilizado para la realización de este trabajo la metodología de la investigación de campo, usando como herramienta la entrevista como una modalidad cualitativa categoría interactiva se diseñó un cuestionario de preguntas de acuerdo al nivel de los entrevistados y de categorías no interactiva con observación documental. Se dependió principalmente del estudio de los análisis históricos, variedad de diseño análisis de conceptos, los mismos que han sido estudiados y revisados con mucha prolijidad para extraer de ellos los mejores conceptos referentes al tema investigado.

UNIDADES DE OBSERVACIÓN, POBLACIÓN Y MUESTRA

UNIDADES DE OBSERVACION	POBLACIÓN	MUESTRA
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008. ARTÍCULO No.11.9	1	1
EXPERTOS EN DERECHO PÚBLICO	3	3
FALLOS NACIONALES Y EXTRANJEROS	2	2

3.2 Fuentes de la Investigación.

Fuentes Primarias y Secundarias.

Toda investigación se basa en fuentes de información las mismas que por su preponderancia se clasifican en fuentes primarias, secundarias y terciarias.

- **Fuentes Primarias:** Se ha utilizado un conjunto de obras doctrinarias que consisten en libros, revistas, ensayos además de la Constitución de la República y leyes ecuatorianas.
- **Fuentes Secundarias:** Servirán como fuentes secundarias fallos nacionales y extranjeros publicados a través de la web y publicaciones de Tribunales.
Entrevistas a Expertos en Derecho Público.

3.3 Instrumentos de Recolección de Datos.

Los instrumentos de recolección de datos sirven para obtener información veraz y en tiempo real que es el objetivo de la investigación, una de las técnicas utilizadas fue la Entrevista a tres (03) expertos en Derecho Público.

Cuestionario para La Entrevista.

Se utilizó para obtener información de forma verbal, a través de preguntas que son creadas de manera directa para el tema a investigar. Se realizaron cuatro preguntas con un límite de tiempo escogiendo el lugar apropiado para que las personas entrevistadas estén cómodas al momento de contestarlas. Las preguntas formuladas responden a la categoría de preguntas abiertas.

3.4 Procedimiento de la Investigación.

De la Jurisprudencia se realizó un análisis riguroso de la doctrina sobre el tema, estableciendo los elementos y dimensiones más importantes como el método y la elaboración del instrumental que serán las preguntas para la entrevista y el procesamiento de las mismas.

Las preguntas que se elaboraron son abiertas y sus respuestas serán cualitativas y subjetivas. (**VER ANEXO No. 3**). Con este grupo de preguntas se las realizaron a tres expertos en materia de Derecho Administrativo como son los señores Doctor Ramón Jiménez Carbo Ex Procurador General del Estado y Ex Magistrado de la Corte Suprema, Abogado Henry Cucalón Camacho (Asambleísta por la provincia del Guayas, a la fecha de este trabajo en funciones) y Abogado Pedro Solines Chacón Superintendente de Bancos y Seguros del Ecuador.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE RESULTADOS

4.1 Resultados de las Entrevistas a Tres Expertos en Derecho Público.

El presente trabajo de investigación se fundamentó en las entrevistas realizadas a los tres expertos en Derecho Público con el fin de obtener de cada uno de ellos sus experiencias y criterios en relación con el problema planteado anteriormente, a continuación se transcribe las opiniones vertidas por ellos:

1. ¿Cuál es su formación y experiencia en el campo del Derecho Administrativo?

Primer Entrevistado tiene experiencia en el ejercicio de cargos públicos, con aplicación del Derecho Administrativo. En los años 1998-2002 se desempeñó como Secretario General de la Procuraduría General del Estado, entidad de control jurídico, donde tuvo la oportunidad de coordinar y despachar asuntos inherentes a la contratación pública, consultoría legal con carácter vinculante, y patrocinio, incluyendo por cierto, demandas contra el Estado ecuatoriano en jurisdicciones extranjeras.

Segundo Entrevistado ha ejercido desde 1970; principalmente en los campos civil, comercial, y administrativo contencioso y no contencioso.

Asesor legal del Ministro de Finanzas de 1980 a 1986; Fue delegado del Ministro de Recursos Naturales; Luego ocupó el honor de ser el Procurador General del Estado, de 1998 al 2002; y, posteriormente, Magistrado de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia del Ecuador, de 2006 a 2008. En el ejercicio profesional, asesor jurídico para varias empresas nacionales y extranjeras, entre las más importantes: concesionarios de KFC y McDonald's, KLM; Papelera Nacional S.A.; LAN CHILE; CHIQUITA BRANDS. Árbitro internacional del CIADI, CIAC y ICDR. Profesor de Derecho Municipal en la UCSG desde 1973 hasta 2009; de arbitraje en varios años; en Maestría de Derecho Procesal en la UCSG.

El Tercer Entrevistado ejercicio profesionalmente desde 1995. La mayor parte de su vida profesional la he dedicado al asesoramiento corporativo de empresas privadas y públicas. Los principales cargos públicos que se ha desempeñado son: Director Jurídico y Presidente del Directorio de ECAPAG. Subsecretario General de Administración Pública, Superintendente de Compañías Superintendente Bancos y Seguros, Presidente de la Función de Transparencia y Control Social, Vocal del Directorio del Servicio de Rentas Internas, Vocal del Directorio del Consejo Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos CONCLA y Presidente del Consejo Nacional de Valores.

2. ¿En qué casos se podría aplicar el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador promulgada en el 2008; que garantiza la reparación por violación a los derechos de los particulares por acciones u omisiones de los Servidores Públicos en el desempeño de sus cargos?

Primer Entrevistado.- Existen numerosas situaciones en las cuales podemos accionar en contra del Estado por responsabilidad extracontractual, las mismas que guardan relación a la ineficacia en la prestación de servicios públicos, por ejemplo cuando una persona con discapacidad no fue atendida debidamente en un Hospital Público o cuando por omisión de una Empresa Eléctrica de carácter Estatal se dejó un cable de alta tensión suelto y se electrocutó un niño.

Segundo Entrevistado.- En el primer caso podemos incluir a manera ejemplificativa: desde el más elemental y básico derecho incluido entre los constantes en el Capítulo VI, de la CPE, denominado DERECHOS DE LIBERTAD, artículo. 66 numeral 2. “El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.” El particular que no reciba un servicio de agua potable adecuado, y que tenga que vivir en un ambiente donde no exista saneamiento –no obstante que pague las tarifas correspondientes- tiene derecho a reclamarle al Estado judicialmente el cumplimiento de esa responsabilidad, y si como consecuencia de la falta o

ineficiencia en la prestación del servicio de agua potable o saneamiento, enfermarse, le puede reclamar una indemnización.

Tercer Entrevistado.- El Artículo. 227 de la Constitución de la República del Ecuador señala que: "...La administración pública constituyen un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación." En base a lo expuesto se puede colegir que cuando un servidor público en el desempeño de su cargo se aparta, sea por acción o por omisión de esos preceptos constitucionales y viola los derechos particulares establecidos en la propia Constitución procede la reparación consagrada en el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador.

3. ¿Qué se requiere en el marco jurídico actual para conseguir una reparación objetiva de los derechos de los particulares ante violaciones por omisión de los Servidores Públicos en el ejercicio de sus cargos?

Primer Entrevistado.- Existen dos vías en nuestro ordenamiento jurídico para poder conseguir una reparación objetiva de derechos que han sido violados por la omisión de los Servidores públicos.

a) Ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa

El Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 185 numeral 3, otorga a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, la competencia para conocer demandas por parte de los ciudadanos por inacción de la Administración en la prestación de servicios públicos o por reclamos producto de un deficiente o irregular servicio, incluso brindado por empresas delegatarias, concesionarias o que presten un servicio público.

Sin embargo, ni este Código ni la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establecen un procedimiento jurisdiccional mediante el cual los administrados puedan hacer efectiva esa reparación. Esto ha ocasionado, al igual que en los casos de ejecución de silencio administrativo positivo, que sean los propios Tribunales Contencioso Administrativos los que mediante precedente judicial regulen o intente regular este tipo de procedimientos.

Por tal razón, es necesario que exista un marco jurídico en el cual se encuentre regulado y establecido este procedimiento, para poder garantizar de esta forma los derechos de los ecuatorianos.

b) La Vía Constitucional

Cuando la omisión de un funcionario público ocasione o pueda ocasionar una violación o vulneración de los derechos constitucionales de un ciudadano, éste puede acudir, valga la redundancia, a la justicia constitucional para reparar sus derechos.

Segundo Entrevistado.- Nuestra Carta Magna y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establecen mecanismos para obtener una reparación objetiva y un ejemplo de estos constituye justamente la Acción de Protección, en la cual, dentro de un proceso sumario, el administrado puede tener una sentencia reparatoria en corto tiempo.

Se requiere, en mi opinión, la expedición de un sistema jurídico positivo que desarrolle la protección constitucional contenida en el numeral 9 del artículo 11 de la CPRE para que los ciudadanos tengan verdadero acceso – práctico- a esa reparación integral de sus derechos cuando concurren los presupuestos establecidos en la norma constitucional mencionada.

Tercer Entrevistado.- Como dije en la contestación anterior existe el marco general de protección de particulares ante la violación de sus derechos, en el ejercicio de la potestad estatal.

Para su efectiva aplicación considero se necesita dos cosas:

- a. La procedimentación del ejercicio de dicha garantía constitucional y,
- b. La debida socialización concienciación y empoderamiento de la ciudadanía para el ejercicio de ese derecho.

4. ¿Por qué en la mayoría de los casos los ciudadanos no recurren a la justicia especializada a demandar la reparación de perjuicios originada por omisión de los Servidores Públicos en el ejercicio de sus cargos?

Primer Entrevistado.- Considero que existen algunos factores que analizar. Como primer punto, los ecuatorianos realmente no creen en la eficacia judicial y el hecho de incoar una acción reparatoria les demanda tiempo, dinero y aparte muchos ciudadanos son víctimas de maltrato por parte de los funcionarios judiciales. Por otra parte, es necesario mencionar que existe mucho desconocimiento del tema, incluso por parte de los mismos abogados, y por esta razón no se acude ante los órganos jurisdiccionales para reclamar sus derechos.

Segundo Entrevistado.- En primer lugar, por desconocimiento. Y, segundo, porque consideran que los reclamos de los particulares contra las entidades públicas pocas veces tienen éxito y son extremadamente lentos y complejos. En nuestro medio no existe una verdadera cultura del reclamo por daños, ni siquiera entre particulares, menos aún con respecto al Estado y sus instituciones. No hay un verdadero concepto de lo que en el Derecho Anglosajón se denomina “Daños Punitivos”, ni entre particulares ni frente al Estado.

Tercer Entrevistado.-

- . Por desconocimiento
- . Por los costos asociadas en el ejercicio de derecho
- . Por temor a retaliaciones del sector público
- . Por desconfianza en la justicia

4.2 Conclusión de las Entrevistas.

Los Juristas que participaron de este trabajo tienen una vasta, reconocida y destacada experiencia profesional en el campo del Derecho Público y del Derecho Administrativo, por lo tanto aportaron con una valiosa información con respecto al tema de investigación sobre la responsabilidad Estatal por omisión de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos.

Los entrevistados confirman que existen numerosas situaciones en las cuales se puede accionar en contra del Estado por responsabilidad extracontractual, las mismas que guardan relación a la ineficacia en la prestación de servicios públicos.

El Estado tiene la obligación de cumplir el plan del buen vivir y lo cual en ciertas instituciones no lo ejecutan por diversas causas y el usuario es el perjudicado por lo cual se puede ejecutar un derecho a reclamarle al Estado judicialmente el cumplimiento de esa responsabilidad, y si como consecuencia de la falta o ineficiencia en la prestación del servicio de ciertas entidades públicas como agua potable donde se le puede reclamar una indemnización.

Un servidor público en el desempeño de su cargo se aparta, sea por acción o por omisión de esos preceptos constitucionales y viola los derechos particulares establecidos en la propia Constitución procede la reparación consagrada en el numeral 9 del artículo. 11 de la Constitución de la República del Ecuador.

Otro de los factores que inciden en este tema es que los ecuatorianos realmente no creen en la eficacia judicial y el hecho de realizar una acción reparatoria debido que les demanda tiempo, dinero y aparte muchos ciudadanos son víctimas de maltrato por parte de los funcionarios judiciales y además se le atribuye la falta de conocimiento del tema, incluso por parte de los mismos abogados, y por esta razón no se acude ante los órganos jurisdiccionales para reclamar sus derechos.

A la falta de conocimiento consideran que debe sumarse como factor que los reclamos de los particulares contra las entidades públicas pocas veces tienen éxito y son extremadamente lentos y complejos. En nuestro medio no existe una verdadera cultura del reclamo por daños, ni siquiera entre particulares, menos aún con respecto al Estado y sus instituciones.

Finalmente, añaden que los usuarios dejan por todas estas razones de acudir ante los órganos jurisdiccionales para reclamar sus derechos.

Estadísticamente se puede correlacionar las demandas planteadas y que han sido resueltas y no resueltas por los órganos jurisdiccionales competentes desde el año 2007 hasta la fecha.

Se ha elaborado un muestreo de los casos sin resolver en la Justicia Contenciosa Administrativa en el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil* cuya atribuciones y deberes se encuentran establecidos en el artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial. (ASAMBLEA, 2009) Órgano Judicial que es encargado de reconocer y resolver las controversias que susciten entre la Administración Pública y los particulares por violación de las normas legales o de derechos individuales, ya en actos normativos inferiores a la ley, ya en actos o hechos administrativos.

En los siguientes cuadros se presentan valores de registros documentados:

**CAUSAS INGRESADAS AL TRIBUNAL DISTRITAL No.2
DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO GUAYAQUIL***

AÑO 2007	400
AÑO 2008	615
AÑO 2009	1007
AÑO 2010	1017
AÑO 2011	995
AÑO 2012	999
AÑO 2013	315 **
TOTAL	5348

**Jurisdicción del Tribunal Provincias: Guayas, El Oro, Los Ríos, Santa Elena y Galápagos.*

*** A Junio del 2013*

**CAUSAS DESPACHADAS TRIBUNAL DISTRITAL No. 2
DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO GUAYAQUIL***

AÑO 2007	214
AÑO 2008	355
AÑO 2009	445
AÑO 2010	288
AÑO 2011	434
AÑO 2012	150
AÑO 2013	15 **
TOTAL	1901

* *Jurisdicción del Tribunal Provincias: Guayas, El Oro, Los Ríos, Santa Elena y Galápagos.
(VER ANEXO No. 4).*

** *Los Despachos son Únicamente por Autos Inhibitorios, no por Sentencias.*

*Fuente: Secretaría del Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo
Guayaquil.*

Se refleja en estos cuadros que las causas contra la Administración Pública se acumulan y se estancan en la jurisdicción Contenciosa Administrativa por la falta de recursos, lentitud y ausencia de un esquema procesal que integre elementos de los sistemas escritos y orales para modernizar y acelerar el trámite de los procesos.

4.3 Análisis del Numeral 9 del Artículo 11 de la Constitución de La República del Ecuador.

El proceso constituyente en el Ecuador de esta primera década del siglo XXI, concluyó con la promulgación en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008 de una nueva Constitución inspirada en los principios de la teoría del neoconstitucionalismo garantista tendencia que parece en los últimos tiempos aglutinar a nuevos y numerosos seguidores sobretodo en la cultura jurídica española e italiana y también a entusiastas seguidores en diversos países de América Latina que seducidos por los nuevos enfoques en la materia para los mismos problemas de siempre han conseguido por la vía de las reformas introducir cambios parciales o integrales a las constituciones de los Estados realidad a la cual el Ecuador no ha sido ajeno.

Bajo este contexto debemos ubicarnos en lo que prescribe el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador que desarrolla el principio de responsabilidad estatal orientado al respeto a los derechos de los particulares y a la reparación que su violación origine sea por falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de

funcionarias y funcionarios en genérico en tanto en cuanto se encuentren en el desempeño de sus cargos manteniendo el derecho que le asiste al Estado de forma inmediata para repetir en contra de las personas responsables del daño producido; principio que en función de lo establecido en los artículos 229 y 233 de la Constitución de 2008; adquiere una amplitud y relevancia inobjetable para la vigencia de las garantías de los ciudadanos cuando se trata de responsabilidad estatal.

Lo comentado nos permite afirmar con absoluta certeza que la responsabilidad estatal desarrollada en el artículo en análisis es de naturaleza o carácter objetiva al igual que lo fue el mismo principio desarrollado en su momento en la Constitución de 1998, diferenciándose entre ambas porque el principio de responsabilidad en el 2008 aparece desvinculado de la concepción civilista indemnizatoria de los perjuicios abriéndose paso en forma clara a una concepción reparadora de la vulneración de derechos.

Aunque podría resultar reiterativo es necesario afirmar que para atribuirle responsabilidad al Estado es indispensable la existencia de un daño y que el mismo sea la consecuencia de una acción o una omisión antijurídica, aparece entonces la figura de la omisión como generadora de responsabilidad a la que le resultan aplicables aquellos principios generales para la atribución de la responsabilidad por acción.

4.4 Análisis de Fallos Nacionales y Extranjeros.

Como se ha mencionado en el presente trabajo en el Ecuador no se ha consolidado hasta la fecha un proceso jurisprudencial de casación que nos permita la recopilación y estudio de una casuística abundante originada en la responsabilidad estatal por omisión antijurídica de sus servidores públicos en el ejercicio de sus cargos de ahí la importancia de trabajos académicos en esta materia que permitan una adecuada difusión del Instituto toda vez que si bien el principio se encuentra incorporado en el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador en vigencia desde el 2008 como quedó desarrollado anteriormente aún resulta necesario que los ciudadanas y ciudadanos frente a vulneraciones de sus derechos por falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos o por acciones u omisiones en ejercicio de potestades públicas comprendan los alcances de la responsabilidad estatal que facultaría la reparación de los daños causados por servidores estatales en el desempeño de sus cargos.

No obstante lo expresado resulta un precedente jurisprudencial de importante valor académico el fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la desaparecida Corte Suprema de Justicia del Ecuador en el caso No. 62-2005; sentencia expedida en abril del 2007 en un caso seguido contra la Empresa Eléctrica de Manabí S.A. EMELMANABI por un desafortunado incidente que causó severas lesiones y mutilaciones a un menor de edad en la ciudad de Bahía de Caraquez provincia de Manabí; caso que en su pretensión en palabras del abogado patrocinador del padre del afectado Dr. Jorge Zavala Egas perseguía: “IV PRETENSIÓN; habiendo presentado el reclamo administrativo al CONELEC

en la forma que prescribe el ERJAFE y, luego de recibir una respuesta negativa por parte de esta institución, sobre la base de los antecedentes y fundamentos expuestos, concurro antes ustedes a demandar, como en efecto demando, un resarcimiento compensatorio por los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados por las fatales descargas eléctricas que tuvieron su causa directa en la patente deficiencia del servicio prestacional del servicio público de fluido eléctrico...” (ZAVALA, 2007). La resolución incluye criterios doctrinarios sobre la responsabilidad del Estado su naturaleza priorizando la Sala en su sentencia al análisis del daño que se causó a la víctima y factores tales como la relación de causalidad entre la actividad de la prestadora del servicio público de energía eléctrica y el perjuicio irrogado configurándose bajo la concepción reparadora la obligación del Estado de indemnizar al particular reclamante por los perjuicios que se le causó por la deficiente prestación del servicio público de electrificación.

El fallo de casación mencionado separa la responsabilidad estatal de la concepción civilista y la acerca como debe ser a la figura de responsabilidad estatal reparadora (directa y objetiva) establecida en el artículo 20 de la Constitución de 1998 que se encontraba vigente al momento de la ocurrencia del evento y desarrolla principios del derecho constitucional y administrativo para fundamentar su decisión que obligó al Estado a indemnizar los perjuicios causados por el evidente nexo causal que existió entre la actividad considerada dañosa y la afectación irrogada.

En el caso de la compañía Transacsa Transacciones S.A. que también se comenta en este trabajo tiene origen en la demanda por daños y perjuicios a una

Institución del Estado fundamentada en la omisión antijurídica que vulneró derechos de la mencionada empresa que a pesar de los 10 años que han transcurrido no encuentra en los Tribunales Contencioso Administrativo que han sustanciado la causa una resolución definitiva a los perjuicios que le causó la omisión ilegítima e ilegal de un funcionario público al momento en que debió atender una petición para la concesión de permisos de operación para una actividad de transporte aéreo no habiendo atendido oportunamente las solicitudes de la demandante causando un grave perjuicio a la compañía mencionada por la actuación omisiva de la autoridad demandada en el desempeño de una potestad pública generadora de responsabilidad estatal; acción que desarrolla en su contenido el principio de responsabilidad estatal; representado o reflejado en la administración pública que lo personifica, con el fin de llegar a discernir lo que constituye la responsabilidad pública que, como un todo independiente de sus partes constitutivas, puede y en muchos casos como en el que motivó la demanda de compañía, produce daños y perjuicios a particulares los cuales se encuentran directamente relacionados, por culpa o omisión en la prestación de un servicio público haciendo notar en el líbello al que nos estamos refiriendo que TRANSACSA, TRANSACCIONES S.A. por la omisión de un funcionario público en funciones de Director General de Aviación Civil resultó perjudicada en sus legítimos intereses y además fueron vulnerados los derechos constitucionales, legales y reglamentarios; identificándose en el caso materia de esta demanda que nos sirve como referente judicial; los elementos que configuran la responsabilidad objetiva por omisión razón por la cual los representantes legales de la compañía resolvieron activar los mecanismos que se franquean en un Estado de Derecho para reclamar los perjuicios irrogados.

El principio que sustenta la responsabilidad objetiva es que todo daño debe ser reparado y su característica principal es la inversión de la carga de la prueba a tal punto que la doctrina es unánime al señalar que se debe exonerar a la víctima de la prueba de la culpa o dolo del perjudicante (funcionario estatal o servidor público) ya que es suficiente que se pruebe el daño y el nexo de causalidad entre la omisión antijurídica y el resultado dañoso. En definitiva el principio de responsabilidad objetiva se orienta hoy en día a la determinación del daño injusto y a la búsqueda de quien debe repararlo aspectos que inspiraron la demanda de la referida persona jurídica ecuatoriana; causa que en primera instancia mereció una sentencia favorable a la pretensión de la compañía, declarando el Tribunal en el fallo que al no proveerse la solicitud del permiso de operación se originó la responsabilidad del estado y consecuentemente la del funcionario público lo cual permitió a los magistrados de primer nivel determinar la autoría material del daño que ameritan el pago de la indemnización por daños y perjuicios demandados. Lamentablemente la lentitud y escasa seguridad jurídica que rodea a los procesos judiciales que se sustancian en la Justicia Contenciosa Administrativa y la falta de independencia del Poder Judicial en el despacho de las causas mantiene detenido y sin resolución definitiva el caso pese al tiempo transcurrido desde que se planteó la demanda hasta la fecha de culminación de este trabajo.

En cuanto a la jurisprudencia internacional se ha revisado y seleccionado fallos de la jurisprudencia española, colombiana y argentina para por la vía de la comparación encontrar elementos comunes a la responsabilidad estatal por omisión como en los casos incorporados y los títulos de imputación aplicables (falla de servicio).

La responsabilidad del Estado por omisión es también objetiva, extracontractual y se aplican los mismos requisitos generales de la responsabilidad por acción.

La conexión causal que debe existir es otro elemento que se puede extraer del análisis realizado y que subordina la causa del daño a la conducta omisiva generadora de responsabilidad partiendo del supuesto que la actuación positiva hubiera sido suficiente para evitar los daños.

4.5 Análisis de los Resultados.

El ejercicio académico desarrollado en el presente trabajo de investigación tiene como uno de sus varios antecedentes el abuso de poder en contra de una empresa ecuatoriana que el año 2003 demandó los daños y perjuicios irrogados por una Institución del Estado ecuatoriano en el trámite de concesión de un permiso de operación para servicio de trabajos aéreos de carga interna y externa en el Litoral y Región Amazónica y logística de los ejecutivos y empleados de las empresas con las que operaba la persona jurídica demandante.

El caso de la compañía TRANSACSA, TRANSACCIONES S.A., resulta emblemático y una aproximación real y concreta de vulneración de derechos por omisión antijurídica de servidores públicos comportamiento que activó para la perjudicada el derecho a demandar la reparación estatal que se encontraba garantizada en la Constitución de la República de 1998 y por el que obtuvo mediante sentencia el reconocimiento del daño causado por el Estado y el derecho

a la reparación de los perjuicios irrogados por la omisión antijurídica de una autoridad pública en el ejercicio de su cargo. (**VER ANEXO No. 5**).

En este sentido es importante mencionar que los entrevistados especialistas en Derecho Público confirmaron que existen numerosas situaciones en las cuales se puede accionar bajo el principio de responsabilidad extracontractual en contra del Estado cuando se vulneran los derechos de los particulares por acción u omisión de los servidores o por la ineficacia en la prestación de servicios públicos. No obstante la realidad judicial en la que se desarrolla el Ecuador hace que los ciudadanos no crean en la eficacia judicial sea por la complejidad de los trámites y lentitud de los procesos a lo que se debe añadir el desconocimiento de los derechos y garantías constitucionales.

En nuestro país no se ha consolidado hasta la fecha un proceso jurisprudencial de casación toda vez que como se encuentra desarrollado, la Institución en estudio está en un proceso evolutivo y de formación desde fines del siglo XX.

Se anexan a la investigación una recopilación de fallos seleccionados (**VER ANEXO No. 6**), que forman parte de la jurisprudencia española, colombiana y argentina por cuanto estos países han alcanzado a partir de sus propias resoluciones judiciales un importante desarrollo en el tema que puede servir de fundamento y aporte a la necesaria estructuración de un sistema procesal que garantice a los ciudadanos la posibilidad de acceder a demandar la responsabilidad estatal derivada de la actitud omisiva de los servidores públicos que con urgencia requiere la realidad social y jurídica del país.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones.

El reconocimiento de la responsabilidad en los actuales momentos se orienta al desequilibrio que produce el daño y en el servicio público per se en sí más que en el autor del hecho ilícito. El ámbito actual de reconocimiento de la responsabilidad por omisión; se la admite en la medida en que se trate de omisiones antijurídicas, contrarias a Derecho.

- Para atribuir responsabilidad al Estado en el ámbito del Derecho Administrativo es indispensable la existencia de un daño.
- La responsabilidad por omisión corresponde a una responsabilidad del tipo objetiva, le resultan aplicables los principios generales para la atribución de responsabilidad por acción pero es indispensable como se ha expresado reiteradamente en este trabajo que la omisión sea antijurídica.
- En el Ecuador la responsabilidad estatal ha evolucionado desde la norma primigenia que sustenta la responsabilidad extracontractual del Estado contenida en el artículo 27 de la Constitución Política de 1967, que es el antecedente del artículo 20 de la Constitución promulgada el 11 de agosto de 1998 que consagró igualmente con jerarquía constitucional la responsabilidad estatal; disposición constitucional que sirvió de fundamento en varias resoluciones de la Corte Suprema de Justicia que

circunscribieron la responsabilidad del Estado a la concepción civilista de la responsabilidad civil extracontractual.

- La responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 20 de la Constitución de 1998 comprende los perjuicios causados tanto por acción como por omisión. El artículo 120 de la carta fundamental de 1998 constituye complemento al principio de responsabilidad estatal de los servidores públicos al expresar: “No habrá dignatario, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones”.
- La responsabilidad por omisión es de naturaleza objetiva y le resultan aplicables los principios generales que rigen la responsabilidad del Estado por acción sobre la base de la noción de falta de servicio y por el desequilibrio generado por las actuaciones estatales en la distribución de las cargas públicas. La clave para determinar la falta de servicio o el desequilibrio de las cargas públicas estriba en la configuración o no de una omisión antijurídica; la cual se evidencia sólo cuando sea razonable esperar la actuación estatal en forma positiva en determinado sentido para evitar daños en la persona o bienes de los particulares o para hacer posible el ejercicio real y efectivo de sus derechos fundamentales.
- Al expedirse la Constitución de la República del Ecuador promulgada el 20 de octubre de 2008, cambia la concepción desarrollada sobre la base de la responsabilidad estatal asimilada a la concepción civilista (indemnizatoria) y se construye una nueva bajo el principio de reparación integral de los derechos vulnerados a los particulares por falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos o por las acciones u

omisiones de los servidores públicos en el desempeño de sus cargos consagrándose la responsabilidad del Estado cuando hace caso omiso de sus deberes jurídicos respecto de los servicios públicos asumidos e incorporando a través de la norma constitucional el Derecho de Repetición que tiene el Estado contra el servidor público responsable del daño y de lo efectivamente pagado a la víctima.

- La revisión de la jurisprudencia colombiana, española y argentina permitió analizar e identificar principios y elementos esenciales respecto de la responsabilidad estatal por omisión de los funcionarios públicos y como se estructuran las resoluciones de sus Tribunales con fundamento en sistemas jurídicos con importantes avances procesales para su judicialización, ya que en Ecuador aún no existe un desarrollo legislativo sustantivo y procesal consistente y acorde con la protección y garantía del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República.

5.2 Recomendaciones.

- Resulta una necesidad imperiosa la derogatoria de la actual Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa vigente desde 1968 que es un reflejo de la Ley española de 1956, por tanto caduca en su normativa y dar paso a la urgente expedición de un Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que establezca un procedimiento único para accionar judicialmente en demandas de reparación por acción u omisión antijurídica de los servidores estatales permitiendo de esta forma que los particulares puedan ejercitar bajo la

teoría del neo constitucionalismo que inspiró a los constituyentes del nuevo régimen constitucional del 2008, la amplia gama de garantías, individuales, fundamentales y colectivas que los amparan.

- Hoy en promedio en medio de la congestión, lentitud y falta de recursos (materiales y humanos) de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en el Ecuador una acción de Indemnización de Daños y Perjuicios podría tardar entre 6 y 9 años en alcanzar una resolución definitiva lo cual es simplemente inaceptable en un Estado Social de Derecho. Los nuevos Códigos cuya necesidad de expedición la presente investigación plantea constituirán un verdadero y decisivo avance en materia de descongestión judicial y uso racional del aparato judicial que demanda una homologación de los procedimientos que se instauren en la Jurisdicción Contencioso Administrativo.
- Para la Reforma Legal que con urgencia se plantea en el presente trabajo es necesario realizar consultas, foros y talleres, en los que participen tanto las Instituciones del Estado, las Facultades de Jurisprudencia de las Universidades Públicas y Privadas, los Colegios y Asociaciones de Abogados y los Órganos Jurisdiccionales con el fin de recoger las iniciativas, problemáticas, comentarios y recomendaciones que permita la expedición de los cuerpos legales antes mencionados que demanda con urgencia la institucionalidad jurídica ecuatoriana en este ámbito como alternativa para establecer un marco jurídico consistente para sancionar acciones u omisiones antijurídicas cometidas por servidores públicos en el desempeño de sus cargos y garantizar la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos evitando la impunidad.

No obstante es importante señalar en este punto que el nuevo sistema de responsabilidad estatal cuya expedición se recomienda no debería configurarse exclusivamente como una garantía patrimonial.

- Los procesos y demandas en curso deberán continuar sustanciándose y culminarán bajo el régimen jurídico anterior, pero se deberá definir en la reforma que se plantea un indispensable marco de transición que desarrolle como principal objetivo un ambicioso pero realizable programa de descongestión judicial contenciosa administrativa que permita llevar a su culminación todos los procesos judiciales que se hubieren iniciado o promovido en los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo del Ecuador que actualmente se encuentran desbordados de causas pendientes de despacho y resolución.
- Resulta necesaria y urgente la creación en las Cortes Provinciales de Justicia de nuevas Salas en la materia Contenciosa Administrativa que puedan conocer y resolver las causas que se suscitan entre la Administración Pública y los particulares es inadmisibles y atentatorio al principio de seguridad jurídica garantizado en la Constitución que en la actualidad un solo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con sede en la ciudad de Guayaquil conozca, trámite e intente resolver procesos que instauren los particulares contra las Instituciones del Estado, originados en cinco (5) provincias del País.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABREVAYA, A. (2003). Responsabilidad Civil del Estado. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1 era. Edición.
2. AMENÁBAR, M.d.P. (2008). Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
3. ARÉVALO, H. (2011). Responsabilidad del Estado y de sus Funcionarios. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.
4. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. (2010). Recuperado el 2012, de [http:// www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)
5. BOTERO GIL, E. (2001). Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado. Librería Jurídica Sánchez R Ltda.
6. BOTERO, L. (2007). Responsabilidad Patrimonial del Legislador. Bogotá. Edición 1era. Editorial Legis.
7. CABANELLAS, G. (2003). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires Heliasta 16° Edición. Editorial Heliasta.
8. CANDA, F. (2008). Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral^{1ª}. Edición Alberto Bianchi Ediciones Rap s.a. Buenos Aires.
9. CARBONELL, M. (2007). Teoría del Neo constitucionalismo, Editorial Trota Madrid.
10. COCHIA, J. (2004). Recuperado el 2013, de <http://www.unne.edu.ar>
11. CRESPO, J. (2010). La Responsabilidad Extracontractual del Estado Ecuatoriano derivada de la expedición del mandato constituyente No. 1 que viola el derecho a la tutela judicial efectiva. Quito.

12. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO ECUATORIANO. (1967).
Registro Oficial No. 133. Quito.
13. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.
(1979). Registro Oficial No. 800. Quito.
14. CONSTITUCIÓN PÓLITICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.
(1998). Registro Oficial No. 1. Quito.
15. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR . (2008). Registro
Oficial No. 449. Quito.
16. CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL (2009). Ley s/n
(Suplemento del Registro Oficial No. 544). Quito.
17. ECHEVESTI, C. (2003). Responsabilidad de los Funcionarios Públicos.
Buenos Aires. Editorial Hammurabi.
18. ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA
FUNCIÓN EJECUTIVA,(2002). ERJAFE Decreto No.2428, (Registro
Oficial 536).
19. ESPE. (07 de 2012). Obtenido de <http://ai.espe.edu.ec/wp-content/uploads/2012/07/Manual-de-Auditor-Cap-VIII.pdf>
20. FABRA, J. (2012). Hacia una nueva Teoría de la Responsabilidad
Extracontractual. Lima. Juristas Editores E.I.R.L.
21. FREIRE, E. L. (2003). La responsabilidad objetiva en la Constitución Política
del Ecuador. Temas de Derecho Constitucional. Quito: Legales.
22. FERNÁNDEZ, R. (2006), Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control
Jurisdiccional, Lima, Palestra Editores.

23. GIL, A. (2007). Tutela Judicial Efectiva y Agotamiento de la Vía Administrativa: Derecho Constitucional y Administrativo, I Edición, Buenos Aires.
24. LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA; Ley 35, Registro Oficial No. 338 de 18 de Marzo de 1968.
25. LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, PRIVATIZACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DE LA INICIATIVA PRIVADA, (1993). Registro Oficial No.349. Quito.
26. MARIENHOFF, M. (2001). Responsabilidad Extracontractual del Estado por las consecuencias de su Actitud Omisiva en el Ámbito del Derecho Público, Editorial Abeledo Perrot.
27. Manual de Auditor Gubernamental. (2012). Obtenido de <http://ai.espe.edu.ec>
28. MOGROVEJO, D. (2009). La Responsabilidad Estatal en la Constitución del Ecuador 2008, FORO REVISTA DE DERECHO No. 12, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.
29. PEREZ, A. (2008). Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral.1ª. Edición Alberto Bianchi. Buenos Aires. Ediciones Rap s.a.
30. PUIG, A. (2005). Obtenido de:
http://www.economicas.unsa.edu.ar/web/archivo/otros/Derecho_administrativo.pdf
31. RETTIG, M. (2009). Desarrollo previsible de la relación entre la antijuridicidad y la culpabilidad. Revista de Derecho.- Scielo, 185-203.
32. RINESSI, R. y. (2003). La cuantificación del daño, sus implicancias. Revista de Derecho de Daños. Buenos Aires Rubinzal-Culzoni.

33. SAAVEDRA, R. (2008), La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, Grupo Editorial Ibáñez, Primera Edición. Bogotá D.C. – Colombia. Quinta Reimpresión.
34. Varios autores. (2008). Recopilación de las Jornadas sobre Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público. Buenos Aires: Rap S.A.
35. ZAVALA, J. (2007). La Responsabilidad Patrimonial del Estado por Daños Causados por Las Administraciones Públicas sus Delegatarios y Concesionarios, Exposición Doctrinaria, Compendio del Autor.