UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TITULO DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Responsabilidad Extracontractual del Estado por la Acción u Omisión de sus Funcionarios

TRABAJO DE TITULACION

Autor**:** Merchán Álvarez, Juan Pablo

DIRECTORA**:** Burneo Guerrero, Augusta Lucía, Mgt.

CENTRO UNIVERSITARIO CUENCA

2016

Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es

2016

APROBACION DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACION

Magister.

Augusta Lucía Burneo Guerrero

DOCENTE DE LA TITULACION

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación denominado: “Responsabilidad Extracontractual del Estado por la Acción u Omisión de sus Funcionarios” realizado por Merchán Álvarez Juan Pablo, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, Febrero de 2016

f)…….

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

"Yo, Merchán Álvarez Juan Pablo declaro ser autor del presente trabajo de titulación: Responsabilidad extracontractual del Estado por la acción u omisión de sus funcionarios, de la titulación Maestría en Derecho Administrativo, siendo Augusta Lucía Burneo Guerrero directora del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: "Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de Investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad"

f)……..

Autor Merchán Álvarez Juan Pablo
Cédula 0104904990

DEDICATORIA

Quiero dedicar el presente trabajo a Dios y a la Virgen quienes me han permitido llegar hasta este momento de mi vida. A mí querida madre quien me ha acompañado y ha creído siempre en mí. A mi padre por sus sabios consejos. A mi tía Mariana y mi hermana Isabel quienes me han demostrado la gran fe que tienen en mí.

A mi amada esposa Andrea, quien durante estos años ha sabido apoyarme y no renunciar, gracias por su amor incondicional y desinteresado, siempre me he sentido respaldado por ella.

Ab. Juan Pablo Merchán Álvarez

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Universidad Técnica Particular de Loja, a mis profesores de Maestría, a mis compañeros, y a todas las personas que han contribuido para ser una mejor persona y poder haber realizado esta maestría en Derecho Administrativo. “La vida consiste en aprender, en trabajar, en amar, en dar ejemplo de ella, y en morir. La muerte se lleva todas esas cosas dejando únicamente los recuerdos en otras personas. Si actúas bien serás bien recordado”.

INDICE GENERAL

CARATULA i
APROBACION DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACION ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS iii
DEDICATORIA iv
RESUMEN 1
ABSTRACT 2
INTRODUCCIÓN 3
CAPITULO I 6
RESPOSABILIDAD DEL ESTADO 6
Generalidades: Responsabilidad del estado 7
1.1. Evolución responsabilidad estatal 8
1.1.1 Irresponsabilidad estatal 8
1.1.2. Responsabilidad civil 9
1.1.3. Evolución actual 11
1.2. Clases de responsabilidad estatal división general 11
1.2.1. Responsabilidad Contractual del Estado 11
1.2.2. Responsabilidad extracontractual del estado 13
1.3. Fundamento de la responsabilidad estatal 14
1.3.1. Riesgos sociales 14
1.3.2. Ley formal que expresamente la reconozca 14
1.3.3. Imposición como regla implícita de la lógica jurídica 15
1.3.4. Estado de derecho y sus postulados 15
1.4. Principios en los cuales se sustenta la responsabilidad extracontractual del estado 15
1.4.1. Observancia de los derechos humanos 16
1.4.2. Igualdad jurídica de los administrados ante las cargas publicas 16
1.4.4. Garantía del derecho de propiedad 18
1.4.5. Sacrificio especial al administrado. 18
CAPÍTULO II 19
SERVICIOS PUBLICOS 19
Servicios públicos generalidades 20
2.1. Análisis de conceptos y definiciones 20
2.2. Clasificación de los servicios públicos 22
2.2.1. Servicios propios e impropios 22
2.2.2. Prestado por el estado, por concesión o licencia 23

Concesión 25
Licencia 26
2.2.3. Servicios públicos nacionales, provinciales y municipales 26
2.2.4. Servicios públicos nacionales, internacionales y supranacionales 27
2.2.5. Servicios de uso obligatorio o facultativo. 28
2.2.6. Gratuitos o tarifados 28
2.2.7. Servicios domiciliarios 29
2.2.8. Usuarios indeterminados (uti universi) o determinados (uti singuli) 29
2.2.9. Monopólicos y de libre competencia 29
2.2.10. Esenciales y no esenciales 30
2.3. Caracteres fundamentales servicios públicos 30
2.3.1. Uniformidad 30
2.3.2. Regularidad 31
2.3.3. Continuidad 31
2.3.4. Generalidad 31
2.3. 5. Obligatoriedad 32
2.3.6. Calidad 32
2.3.7. Eficiencia 33
2.3.8. Accesibilidad y universalidad 33
2.3.9. Responsabilidad 33
2.4. De la creación, organización, modificación y supresión de los servicios públicos .. 34
2.4.1. Creación 34
2.4.2. Organización 35
2.4.3. Modificación 35
2.4.4. Supresión 36
2.5. El servidor público 36
2.5.1. Generalidades 36
2.5.2. Conceptos a analizar 37
2.5.3.- Responsabilidades del servidor público 37
Responsabilidad Administrativa 38
Responsabilidad Civil (glosa) 40
Indicios de Responsabilidad penal 42
Responsabilidad Directa 43
Responsabilidad Principal 43
Responsabilidad subsidiaria 43
Responsabilidad solidaria 44

2.6. Conceptos de falta o deficiente prestación de servicios públicos 44
2.6.1. El hecho 44
2.6.2. El acto..... 46
2.6.3. El perjuicio 47
CAPÍTULO III 48
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO 48
3.1. Teorías en las cuales se sustenta la responsabilidad extracontractual del Estado... 49
3.1.1. Teoría del sacrificio especial..... 49
3.1.2. Teoría de la igualdad o proporcionalidad de las cargas publicas..... 49
3.1.3. Teoría del enriquecimiento sin causa 50
3.1.4. Teoría de la vigencia del estado de derecho y sus postulados 51
3.1.5. Teoría de la expropiación por causa de utilidad pública..... 51
3.1.6. Teoría objetiva del riesgo o del seguro contra el riesgo social 53
3.1.7. Teoría de la falta de servicio 54
3.1.8. Teoría de los derechos adquiridos..... 55
3.2. Diversos conceptos de responsabilidad extracontractual del Estado 56
3.3. Elementos principales de la responsabilidad extracontractual del estado 57
3.3.1. Elemento subjetivo 57
3.3.2. Elemento material..... 57
3.3.3. Perjuicio o daño material..... 57
3.3.4. Daño positivo y daño negativo..... 58
3.3.5. Daño material y daño moral 58
3.3.6. Daño actual futuro y cierto 58
3.3.7. Daño directo y daño indirecto 58
3.3.8. Daño personal..... 59
3.4. Tipos de responsabilidad extracontractual..... 59
3.4.1. Responsabilidad objetiva..... 59
3.4.2. Responsabilidad subjetiva..... 59
CAPÍTULO IV 60
ANÁLISIS NORMATIVA LEGAL 60
..... 60
4.1. Análisis normativa ecuatoriana referente a responsabilidad extracontractual..... 61
4.2. Identificación del vacío legal existente en la normativa ecuatoriana 64
4.3. Acción de repetición: generalidades 65
4.4. Análisis de la ley orgánica de servicio público..... 66
4.5. Propuesta de reforma a la ley orgánica de servicio público con el fin de solventar

el vacío legal 67
4.6. Análisis de la obligación legal de la máxima autoridad de la institución de iniciar la acción de repetición en contra del servidor público o ex servidor público 69
4.7. Investigación de campo 74
4.7.1. Caso práctico 1, juicio 168 de 2007, sustanciado ante la sala de lo contencioso administrativo de la corte suprema de justicia (actual corte nacional de justicia) 75
4.7.2. Caso práctico 2, juicio 1801-2008-194, sustanciado ante la sala de lo contencioso administrativo 77
CONCLUSIONES 80
RECOMENDACIONES 83
Bibliografía 84

RESUMEN

Antes hablar sobre responsabilidad del Estado era una teoría sin fundamento pues se tenía por concepto la absoluta irresponsabilidad, como sabemos el Soberano solo respondía ante Dios, es decir soberanía y responsabilidad eran términos incompatibles. Cuando evolucionan las formas de gobierno, se comienza a hablar de Estado de derecho y se comienza a hablar de manera incipiente de la responsabilidad estatal. El punto de partida y por tal la piedra angular que marca de la responsabilidad del Estado y el nacimiento del derecho administrativo es "EL FALLO BLANCO" dictado en Francia. En la Constitución de la República del Ecuador cada servidor público es responsable por las acciones u omisiones en el ejercicio de sus funciones, es allí donde surge la responsabilidad en su actuar. Dentro de nuestra normativa se han generado normas y principios que regulan el actuar de sus servidores también es cierto que solo ha quedado en enunciados liricos por el cual me veo en la necesidad de plantear una reforma a la ley para hacer efectivo lo determinado en la Constitución de la República del Ecuador.

PALABRAS CLAVES: ESTADO DE DERECHO, RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, ACCION U OMISION, CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, REFORMA DE LEY.

ABSTRACT

Before talking about the responsibility of the state was a theory without foundation since it was on account of absolute irresponsibility, as we know the sovereign answered only to God, is say sovereignty and responsibility were incompatible terms. When evolving forms of government, we start to talk about rule of law and begins to speak of incipient state responsibility. The starting point and as the cornerstone brand of state responsibility and the birth of administrative law is "FALLO BLANCO" rendered in France. The Constitution of the Republic of Ecuador every public servant is responsible for acts or omissions in the exercise of their functions, that is where the responsibility for their actions arises. Within our rules have been generated rules and principles governing the actions of their servers is also true that it has only been in lyrical statements for which I feel the need to propose an amendment to the law to enforce as determined in the Constitution of the Republic of Ecuador.

KEYWORDS: RULE OF LAW, STATE RESPONSIBILITY, ACTION OR OMISSION, CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF ECUADOR, LAW REFORM.

INTRODUCCIÓN

Nuestra actual Constitución promulgada en agosto de 2008 por la Asamblea Nacional Constituyente, hace mención a la responsabilidad extracontractual del Estado, así como la responsabilidad de los funcionarios públicos por sus actos u omisiones en el ejercicio de sus funciones, es así que el artículo 20 de la Carta Magna establece:

> 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 presentación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las Instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada hayan causado los perjuicios. La Responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes (Asamblea Nacional, 2008).

La norma Constitucional transcrita regula la doctrina denominada responsabilidad extracontractual del Estado que trae como consecuencia un régimen de reparación de los daños materiales e inmateriales, que si bien tiene su génesis en el Derecho Civil en el escenario del Derecho Administrativo tiene una lógica distinta, tal como se lo analiza en el desarrollo de la presente tesis.

La sociedad se encamina a evitar la producción de un daños apreciables judicialmente y una vez producidos a resarcir sus perjuicios a los sujetos, que afectados, no están en la obligación de soportarlos, tanto más si se habla que el imputado del daño provenga de la esfera pública. Este principio general de la responsabilidad del Estado también está previsto en la Constitución en numeral 9 del artículo 11:

> El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. 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. (Asamblea Nacional, 2008).

Las dos normas constitucionales referidas, con distinto texto pero de similar alcance, sirven para determinar que la legislación ecuatoriana contempla sin lugar a dudas el Régimen de Responsabilidad Extracontractual directa del Estado por acción u omisión de sus servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, régimen jurídico que trae como consecuencia la reparación del daño y la acción de repetición del Estado en contra del servidor o ex servidor público que la ocasionó. Se analizará también los elementos que la legislación ecuatoriana reconoce como indispensables para la existencia de la responsabilidad estatal, así como la definición de acto u omisión que trae la doctrina y la jurisprudencia, con la finalidad de identificar con absoluta claridad los supuestos que cometidos por funcionarios públicos puedes desencadenar en una declaratoria de responsabilidad extracontractual.

La Constitución Ecuatoriana hace mención a la responsabilidad estatal por la falta o deficiente prestación de servicios públicos o por acciones u omisiones en el ejercicio de las potestades públicas, debiendo entender que los dos supuestos acarrean responsabilidad estatal, la reparación del daño y el derecho del Estado a ejercer la acción de repetición en contra del servidor público que ocasionó el acto lesivo, habiendo el Estado Ecuatoriano pagado millonarias indemnizaciones a los particulares cuyos derechos fueron violentados por actos u omisiones de los servidores públicos. Dentro de la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado cuyo fin es el pago de una indemnización o reparación del daño se tiene la acción de repetición del Estado en contra de los funcionarios responsables, quienes una vez identificados en la sentencia condenatoria tienen la obligación de devolver los valores pagados erogados por el Estado por acto u omisión que ocasionó el perjuicio. Es así que la legislación ecuatoriana ha desarrollado con claridad meridiana la Acción de Repetición en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional art. 20, 67 y siguientes, norma que rige cuando la violación de un derecho es producto de una sentencia dictada en una acción jurisdiccional de carácter constitucional o de en una sentencia internacional de violación de derechos humanos, volviéndose este procedimiento inaplicable en los casos de justicia ordinaria tal como consta en el artículo 1 de la misma ley al determinar su campo de aplicación, motivo por el cual para poder aplicarla es necesario desarrollar un procedimiento claro, eficiente y eficaz, con identificación de una institución o autoridades

públicas responsables de llevar a cabo estos procesos hasta concluir con la devolución de los valores pagados del Estado por servidor público que lo ocasionó el daño.

Respecto de la acción de repetición cabe indicar no existe un ente rector, de control o una autoridad pública que posea la obligación legal de iniciar las acciones de repetición en contra de los servidores y ex servidores públicos que por actos u omisiones en el ejercicio de sus funciones que ocasiono el daño.

Como es evidente que la carta magna establece que el Estado ejercerá el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido pero no establece que institución, organismo o ente encargado de indicar el proceso hasta alcanzar dicha reparación, existiendo entonces desde ya la aparición de un vacío legal.

CAPITULO I

RESPOSABILIDAD DEL ESTADO

Generalidades: Responsabilidad del estado

En el presente trabajo se realizará un análisis de la evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado, comenzando en sus inicios por la irresponsabilidad absoluta en la forma de actuar, en la cual el monarca es considerado un enviado de la divinidad y que su actuar solo rinde cuentas a los dioses, por ende es un ser que no rinde cuentas a nadie terrenal, con posterioridad y el avance de la sociedad humana se deja de lado la monarquía y se comienza a ocupa la figura jurídica del *Estado de derecho* la misma puede ser definida como:

> La Organización política de la vida social sujeta a procedimientos regulados por ley en el cual los actos del Estado están limitados estrictamente por un marco jurídico supremo guiados por el Principio de Legalidad y el respeto absoluto de los derechos. (Sánchez, 2011)

También lo definió Rodrigo Borja en su Enciclopedia de Ciencia Política "En su más simple acepción, es el Estado sometido al Derecho, o sea el Estado sujeto a la acción omnicomprensiva de la ley" (Jaramillo, 2011). Con posterioridad se acepta la responsabilidad civil por parte de la administración estatal y se busca de alguna manera reparar el daño causado al administrado. En la actualidad el Estado acepta la responsabilidad tanto por su actuar como por su omisión y va más allá, busca que los funcionarios públicos sean responsables en su actuar, reservándose para sí el derecho a repetir lo pagado por el actuar erróneo del funcionario público, cuando su actuar erróneo genere perjuicio a la administración. En la actual Constitución de la República del Ecuador en el art. 11 numeral 9 se hace mención a la responsabilidad extracontractual del Estado, de esta forma la ley llena un vacío y da una aplicación real a la figura antes mencionada. Mediante el presente trabajo vamos a plantear modificaciones a la Ley Orgánica del Servicio Público para que la figura jurídica tratada sea de aplicación práctica y no quede solo en letra muerta.

1.1. Evolución responsabilidad estatal

1.1.1 Irresponsabilidad estatal

En los inicios de la sociedad humana y a teorías que buscan fundamentar la responsabilidad en el actuar, se encuentra al *IUS NATURALISMO* el mismo que es explicado por autores como Thomas Hobbes y si se analiza su corriente se puede decir que para el iusnaturalismo la naturaleza es algo que existe *per se,* independientemente de la voluntad y de la fuerza. Por eso, este derecho natural, que se supone supremo y trascendente, no depende en lo más mínimo de las consideraciones ni de las formulaciones humanas o estatales. Los derechos naturales existen por sí mismos porque provienen de la propia naturaleza humana. Esta naturaleza (divina o racional) es lo que determina la existencia y el contenido de esos derechos, los cuales, independientemente del reconocimiento que tengan en el derecho positivo (estatal), existe y resultan universalmente válidos y necesarios.

El iusnaturalismo sostiene que el derecho vale y, por ende, obliga, no porque lo haya creado un legislador soberano o porque tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino que:

> Por la bondad o justicia intrínsecas de su contenido. Su validez universal deriva del supuesto de que cualquiera que hiciera uso de su propia razón podría distinguir lo bueno de lo malo, y lo justo de lo injusto, conforme a un hipotético orden justo, racional, universal y necesario (que en ocasiones también es denominado orden divino). Dicho en otras palabras, los seres racionales pueden y deben conocer ciertos principios normativos de la conducta humana que, dado que están en su propia naturaleza, deben constituir el fundamento de sus acciones (Marcone, 2005).

Se puede manifestar que el problema de la corriente radica en que “Apelan a un orden trascendente pero nunca señalan quién establece y determina los contenidos de esos supuestos dictados de la naturaleza o de la razón” (Marcone, 2005) lo que podría llevar a cometer grandes actos de injusticia justificados en el orden natural y en la convivencia de la especie.

Por ende se vuelve mucho más seguro para la sociedad que exista un ordenamiento que dicte las normas y que vele por su cumplimiento. Es así que en la antigua Roma se dictan leyes que rigen la vida en sociedad y regulan las relaciones entre los individuos, se crean órganos jerárquicos que se encargar de velar por el cumplimiento de las normas dictas pero no se trata todavía la figura de la responsabilidad extracontractual, como

excepción se realiza la indemnización en determinados casos concretos.

Thomas Hobbes quien deja de lado la teoría teológica, justifica el nacimiento del Estado por la necesidad de los hombres de evitar las injusticias de las cuales son víctimas, se reúnen y crear un pacto social en la cual cada individuo cede parte de su libertad y deciden someterse a principios aceptados por todos adicionalmente eligen un representante para que vele por el cumplimiento y haga respetar la convención establecida de común acuerdo, es decir vele por el cumplimiento de lo pactado. Es importante manifestar que en sus inicios el Estado se caracterizaba por su total irresponsabilidad en el actuar. En la antigüedad la forma de gobierno estaba basada en monarquías en las cuales de acuerdo a la visión teocrática el rey en su actuar era irresponsable en su totalidad, puesto que se entendía que el poder político emanaba de la divinidad es decir de un poder sagrado. Las órdenes impartidas por las autoridades que reinaban se entendían que emanaban directamente de Dios, las autoridades que gobernaban según esta visión eran parte de la divinidad, por ende sus decisiones no podían ser objetadas o cuestionadas solo acatadas y cumplidas. Se pensaba que en su actuar los mandatarios solo debían rendir cuentas a Dios.

Si bien existe actividad administrativa en estas épocas es insipiente en su desarrollo y se encuentra limitada a atribuciones de policía para asegurar estabilidad en el régimen de gobierno y los funcionarios de hacienda pública encargados de recaudar los impuestos a favor del fisco. Como característica de esta época los servidores públicos en su actuar solo rendían cuenta al rey y frente a los ciudadanos su actuar era irresponsable.

1.1.2. Responsabilidad civil

La sociedad continua evolucionando hasta el siglo XVIII en la cual se da la revolución francesa en la cual se busca que desaparezcan las monarquías y que se de paso al Estado de derecho. Adicionalmente se da paso a principios fundamentales como

- Legalidad: “Se conoce como principio de legalidad a la prevalencia de la ley sobre cualquier actividad o función del poder público. Esto quiere decir que todo aquello que emane del Estado debe estar regido por la ley, y nunca por la voluntad de los individuos” (Álvarez, 2014). La legalidad consiste en un principio fundamental puesto que evita el actuar arbitrario por parte de la administración y le obliga a sujetarse a normas establecidas.

- Separación de poderes:

En principio en la división de poderes tiene como finalidad evitar la concentración del poder en una o pocas manos. Los poderes de gobierno son independientes pero actúan coordinadamente (el poder ejecutivo puede presentar un proyecto de ley, un juez de la corte suprema puede ser separado de su cargo por el poder legislativo mediante juicio político, un embajador puede ser nombrado por el presidente pero necesita acuerdo del senado) (Algorri, 2011).

La separación de poderes fue uno de los avances más significativos en la forma de actuar de la administración estatal puesto que elimina la discrecionalidad en el actuar. Generando pesos y contrapesos para que se regulen y controlen mutuamente.

- Reconocimiento de Derechos Públicos:

En el marco del pensamiento occidental, podemos decir que llamamos derechos humanos a las que cada hombre tiene por el mero hecho de serlo. Toda persona tiene una dignidad intrínseca que engendra unos derechos que no pueden ser conculcados sin que el propio ser humano quede degradado en su calidad de persona (UNICEF, 2015).

Si bien en la actualidad nos parece algo común el reconocimiento de los derechos intrínsecos, para la revolución francesa fue un logro importante puesto que seria los principios en los cuales se enmarcaría el desarrollo de la sociedad en el futuro.

- Responsabilidad del Estado: un logro importante que se consigue con la revolución francesa es que el Estado se haga responsable en su actuar, se comienza a ocupar una nueva forma de gobierno y se deja de lado la monarquía. Si bien el Estado en su actuar busca no le lesionar los derechos de los administrados en su actuar en caso de hacerlo es responsable y debe resarcir el daño causado.

Con la evolución de la sociedad se da la responsabilidad civil la misma que consiste en *El término responsabilidad civil* puede entenderse, en un sentido antiguo y muy estrecho del derecho civil, como la obligación de indemnizar el daño material ilegítimamente causado por culpa o negligencia. Tres son así los elementos del concepto clásico de responsabilidad:

- Daño material, pecuniariamente apreciable;
- ilegítimamente ocasionado (antijuridicidad), con
- Dolo, culpa o negligencia de la persona que lo cometió" (Gordillo, 2013).

En la antigüedad se aceptaba solamente la responsabilidad civil y ella era considerada cuando:

una persona que ha sufrido un daño —material o moral— causado directamente por el Estado, deba ser indemnizada por él. No existe ninguna regla general que determine cuáles son concretamente las condiciones para que esa responsabilidad exista, pues ello depende del caso que se está considerando (Gordillo, 2013).

Es decir el Estado se hacía responsable por el actuar negligente del Estado en determinados casos regulados en la normativa. En el Código Civil ya se hablaba en la antigüedad de responsabilidad de los funcionarios en el actuar y las indemnizaciones que debían ser por el daño moral o material causado por la administración en su actuar.

1.1.3. Evolución actual

En la actualidad la norma constitucional en el art. 11 numeral 9 establece la responsabilidad extracontractual del Estado y hace responsable al Estado por la omisión o el actuar de la administración estatal, se reserva para sí el derecho de repetir los gastos irrogados en contra del funcionario público responsable del daño causado.

> En la concepción civilista de la responsabilidad estatal, de modo general el particular debía acreditar la ilicitud de la conducta estatal, la culpabilidad del agente público y la relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño (responsabilidad subjetiva). Únicamente tratándose de actividades riesgosas a cargo del Estado (teoría del riesgo) se establecía la reversión de la carga de la prueba a favor del afectado (culpa presunta estatal). En este contexto, la doctrina civilista enfatizaba ya en la necesidad de proyectar se hacia la objetivación de la responsabilidad estatal en beneficio de la víctima (Mogrovejo, 2009).

Como es de conocimiento general han existido múltiples casos en los cuales el Estado ha indemnizado a administrados por su actuar negligente. Si bien en la actualidad no se discute la existencia y la validez de la responsabilidad del Estado lo que hace falta es implementar un artículo dentro de la Ley Orgánica del Servicio Público, normativa que regula el actuar de los funcionarios públicos, para que se regule el proceso de repetición en contra del funcionario público responsable del perjuicio ocasionado y se pueda dar la acción de repetición correspondiente.

1.2. Clases de responsabilidad estatal división general

1.2.1. Responsabilidad Contractual del Estado

Nace cuando revoluciones como la americana de 1776 y la francesa de 1789 vislumbran que el Estado no era más el todopoderoso. Se dice que el Estado comienza a

particularizarse a igualarse con los ciudadanos.

> El Estado era responsable sólo contractualmente por violación o rescisión unilateral de contratos. Se consideraba que el Estado no podía responder en la esfera extracontractual por delitos o cuasidelitos ya que las personas jurídicas no pueden delinquir. (La ficción legal antes se usaba para no hacer responsable al Estado en la esfera extracontractual; mientras que ahora la ficción legal se usa en sentido inverso, es decir, para hacer responsable al Estado). Se indemniza únicamente el daño emergente por aplicación analógica de las leyes de expropiaciones (que establece el pago de una indemnización previa del Estado al propietario del terreno expropiado), pero no el lucro cesante (Pirota, 2005).

El Estado con la evolución se hace responsable por los contratos firmados y se obliga a cumplir con lo que ha convenido con los particulares. En sus inicios se reconoce solo la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de los contratos legalmente firmados por la administración estatal. No se hace mención a la responsabilidad que se generaban por la acción u omisión del funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Se pensaba que la administración por su solo actuar no ocasionaba ninguna clase de daño ni perjuicio al administrado, por ende las indemnizaciones y procesos que se aceptan en contra del Estado son las que se emanan por el incumplimiento de contratos.

1.2.2. Responsabilidad extracontractual del estado

El Estado evoluciona y se acepta la responsabilidad por la acción u omisión de los funcionarios públicos en el ejercicio de su actuar. Es así que en sus inicios se acepta la responsabilidad indirecta de la administración estatal en la cual si bien no se acepta directamente el actuar perjudicial por parte de la administración se reconoce que los funcionarios pueden cometer equívocos en su actuar:

> Teóricamente esta responsabilidad se explicó manifestando que la persona jurídica está obligada a elegir sus agentes y vigilarlos de manera cuidadosa de modo que si ellos incurrían en culpa en ejercicio de sus cargos, esa culpa del agente o funcionario se proyectaba sobre la persona jurídica, la cual se consideraba que también incurría en culpa, ya fuera en la llamada culpa in eligendo (culpa en la elección) o culpa in vigilando (culpa en la vigilancia) (Guerra, 2009).

Con posterioridad y vigente hasta nuestros días se habla de responsabilidad directa, la tesis de la responsabilidad indirecta encuentra muchas críticas puesto que se dice que:

> No eran aplicables al Estados los conceptos de culpa in eligendo e in vigilando, puesto que el no siempre era libre de escoger sus agentes, ya que muchas ocasiones le eran impuestos, como sucedía cuando se trataba de funcionarios elegidos popularmente; por otra parte, se dijo que era imposible e ilógico pensar que el Estado pudiera ejercer una constante vigilancia sobre sus funcionarios. También se dijo que no era real del desdoblamiento que hacia la tesis de la responsabilidad indirecta entre la persona jurídica y sus agentes, ya que aquella no pude actuar sino por intermedio de estos, de manera que sus actuaciones comprometen directamente la persona jurídica (Guerra, 2009).

De esta forma el Estado responde directamente por el daño que causa el funcionario público al administrado. Reservándose para sí el derecho a realizar todas las acciones correspondientes para repetir lo pagado y resarcir el daño causado.

Haciendo una síntesis se puede manifestar que la responsabilidad extracontractual del Estado a través de la historia ha sufrido importantes cambios en la aplicación de la misma pasando de una irresponsabilidad absoluta a la responsabilidad por cada uno de sus actuaciones y de sus funcionarios, llegando incluso a ser tratada por la actual Constitución de la República del Ecuador.

1.3. **Fundamento de la responsabilidad estatal**

1.3.1. Riesgos sociales

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua *Riesgo* significa “la combinación de la probabilidad de que se produzca un evento y sus consecuencias negativas” (CIIFEN, 2015). Entendiéndose adicionalmente a la culpa como “cualquier falta, voluntaria o no de una persona que produce un mal o daño: en cuyo caso Culpa equivale a causa” (Cabanellas, 2009). El Código Civil en el Art. 29:

> Distingue tres especies de culpa o descuido: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro (Código Civil del Ecuador, 2013).

Realizando un análisis de los términos planteados se puede manifestar que según este fundamento se excluye la culpa del Estado en su actuar. Por ende no debía resarcir los daños que producía. Se consideraba que los riesgos producidos por los actos o los hechos no eran responsabilidad del Estado, generando la idea de irresponsabilidad absoluta en su actuar. Esta teoría queda en desuso, con el aparecimiento del Estado de derecho. Pues entre sus principios fundamentales esta responsabilizarse por el actuar de la administración y resarcir los daños causados. A decir de Miguel Marienhoff “los comportamientos y conductas del Estado de derecho han de hallarse plenos de juridicidad” (Mesa, 2013).

1.3.2. Ley formal que expresamente la reconozca

Para Elías Díaz el “imperio de la ley” es la nota primaria y fundamental del Estado de

Derecho. Por ley deberá entenderse la creada por el órgano de representación popular, esto es, el Parlamento, pues no debe perderse de vista que la ley es la "concretización racional de la voluntad General (Hierro, 1996).

En el Estado de derecho se acepta el actuar de los órganos y en general de la administración estatal siempre y cuando se encuentren sometidos a lo que reza la normativa legal. Para Pérez Portilla:

> El principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho; en otros términos, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener apoyo estricto en una norma legal, la que, a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución (Ayala, 2011).

De esta forma se busca frenar el abuso en al actuar de la administración y someterla a principios y normas generalmente conocidas por todos.

1.3.3. Imposición como regla implícita de la lógica jurídica

Mediante este criterio se busca justificar la responsabilidad estatal como parte implícita de la relación existente entre administración y administrado, pues de acuerdo a la presente teoría las dos partes tienen derechos y obligaciones de manera recíproca, al igual que son responsables en su actuar y los daños o consecuencias que producen generan responsabilidades. Por ende si el actuar del Estado perjudica a un administrado la consecuencia sería la reparación del daño causado.

1.3.4. Estado de derecho y sus postulados

De las teorías analizadas en líneas anteriores se puede llegar a la conclusión que el fundamento real es el *Estado de Derecho* cuyo fin principal es velar por el cumplimiento de la ley y principios fundamentales planteados de estricto cumplimiento. El Estado de Derecho velará porque se cumpla con la normativa y de esta forma generara en los administrados seguridad y certeza jurídica de que su actuar siempre va a estar conforme a Derecho, sin vulnerar derechos o garantías reconocidas a favor de los ciudadanos.

1.4. **Principios en los cuales se sustenta la responsabilidad extracontractual del estado**

1.4.1. Observancia de los derechos humanos

Para realizar un correcto análisis del tema a tratar debemos remontarnos a la Revolución Francesa fecha en la cual se da la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano el cual en su Art. 1 manifiesta "**Artículo primero**.- Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común" (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789). De acuerdo al texto citado este fue un avance importante para la evolución de la sociedad.

En la actualidad se encuentran diversos artículos en la Constitución en el :

> Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios numeral 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte (Constitución de la República, 2008).

Sin lugar a dudas los derechos humanos son reconocidos por todas las naciones, su respeto es pilar fundamental dentro de nuestra norma Magna.

1.4.2. Igualdad jurídica de los administrados ante las cargas publicas

Para realizar un correcto análisis se debe definir lo que es servicio público, entendido según Rodrigo Borja como:

> Son las prestaciones de la administración central o descentralizada del Estado para satisfacer las necesidades fundamentales de la población en forma continuada, uniforme e igualitaria. Estas prestaciones buscan la satisfacción concreta de necesidades colectivas, tales como la provisión de agua potable, electricidad, telefonía, correos, canalización, aseo de calles, alumbrado público, atención hospitalaria, servicios de salubridad, carreteras, policía y muchas otras de este estilo que entregan las entidades públicas estatales o seccionales, a cambio de las cuales exigen al usuario el pago de una tasa por ellas (Jaramillo, 2011).

De acuerdo a la definición antes mencionada el Estado genera un riesgo o peligro eventual por la prestación del servicio. La eventualidad cuando se materializa genera un perjuicio para el administrado el mismo que debe ser resarcido, el Estado se hace

responsable por el daño causado y repara el desequilibrio. Por ende, el Estado responde por los daños causado no por la ilicitud de los hechos u actos sino por la injusticia. La Constitución de la República al respecto manifiesta "Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas numeral 4.- Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación" (Asamblea Nacional, 2008).

1.4.3. Igualdad de los ciudadanos ante la ley

Uno de los logros importantes conseguidos a través de los años es que se trate a todas las personas de forma igual. Reconociendo a todas los mismos derechos y obligaciones es así que la actual Constitución en el Art. 11 manifiesta: "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad" (Asamblea Nacional, 2008).

De acuerdo al texto trascrito se desprende que es uno de los más altos deberes del Estado velar por el cumplimiento de los derechos de los administrados al igual que respetarlos. Las normas positivas han evolucionado e incluso traen en la Constitución en el artículo 11 lo que se conoce como discriminación positiva o llamadas también acciones afirmativas.

> Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad (Asamblea Nacional, 2008).

En el caso de los ciudadanos que no se encuentran en las mismas condiciones que los demás administrados el Estado genera beneficios adicionales a favor de ellos, para tratar de igualarles al resto de administrados, y que queden en las mismas condiciones:

> es importante destacar que tanto la igualdad formal como la igualdad real son útiles para proteger derechos. Según Ferrajoli, los derechos que la igualdad formal protege son los derechos a la diferencia, es decir, a ser uno mismo y a seguir siendo personas diferentes de los demás y los derechos que la igualdad real protege "son los derechos a la compensación de las desigualdades y, por ello, a llegar a ser personas iguales a las demás en las condiciones mínimas de vida y supervivencia. Es precisamente para la garantía de estos últimos derechos (que nuestra Constitución consagra de manera amplia y generosa) que es útil la adopción de las medidas de acción

afirmativa (Flores, 2009).

1.4.4. Garantía del derecho de propiedad

De acuerdo a nuestra Constitución en el:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas numeral 26 “El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas” (Asamblea Nacional, 2008).

De acuerdo a Rodrigo Borja propiedad debe ser entendida como:

> La propiedad es el dominio y el control que el hombre tiene sobre determinadas cosas. Pero se trata de un dominio y un control “reconocidos” por la sociedad, que se ejercen de una manera permanente y exclusiva. Por tanto, la palabra *propiedad* expresa necesariamente la idea de un poder jurídico sobre un objeto determinado respecto del cual el ser humano tiene facultades de libre disposición (Jaramillo, 2011).

La propiedad es uno de los derechos principales en el Derecho Actual y base de la economía de las naciones. Que el Estado respete y haga respetar la propiedad privada genera Seguridad jurídica.

1.4.5. Sacrificio especial al administrado.

El Estado en uso de sus facultades puede imponer diferentes tipos de obligaciones, entre las más comunes tenemos tazas, contribuciones e impuestos, reservándose para sí la facultad coercitiva en caso de incumplimiento por parte de los administrados. La regla general seria que todos los administrados soporten las mismas cargas y obligaciones, sin embargo existen muchos casos en los cuales la administración obliga con mayores exigencias a un solo individuo. Desde ese momento el Estado obliga al administrado a soportar un sacrificio adicional y especial, generando responsabilidad extracontractual por la carga adicional impuesta, las cargar deberían ser proporcionales y equilibradas entre todos los ciudadanos y en caso de no ser así debería repararse el daño causado al administrado que soporto la carga adicional.

CAPÍTULO II

SERVICIOS PUBLICOS

Servicios públicos generalidades

2.1. Análisis de conceptos y definiciones

El termino servidor público comienza a utilizarse en Francia buscando separar los funcionarios administrativos, entendida como actividad que realiza la administración de manera directa o indirecta, de las autoridades judiciales, aquellos que administran justicia. Toma fuerza con la revolución industrial que es cuando el Estado comienza a intervenir en las relaciones con los particulares e incluso crea normas como es el caso de los Estados Unidos para eliminar y evitar en lo futuro las prácticas monopólicas, El Estado ve que ciertas necesidades se repetían en todos los administrados y que les era muy difícil satisfacerlas de manera individual y comienza a satisfacerlas por sí mismo de manera colectiva, sin buscar un lucro como lo hacían las empresas privadas.

La jurisprudencia francesa desarrollo el servicio público con el fallo del 8 de Febrero de 1873 en el caso *ARRET* en dicha resolución se manifiesta lo siguiente:

> la responsabilidad que puede incumbir al Estado por daños causado a los particulares por los hechos de personas que emplean en los servicios públicos, no puede regirse por los principios establecidos en el código civil, para las relaciones de particular a particular (…) la autoridad administrativa es la sola competente para conocer (estos Asuntos) (Pérez, 2009).

Con el fallo en mención reconoce los servicios públicos que presta el Estado y manifiesta la necesidad de reparar los daños causados por la administración. A través de la historia han existido múltiples doctrinas y estudiosos del Derecho que han tratado de definir o conceptualizar los términos en mención, a más de ser de compleja la definición, evoluciona conjuntamente con la sociedad. Es así que se vuelve bastante efímera la conceptualización del término en mención. Duguit al respecto manifiesta “El Estado no es como en cierto momento se creyó que era, un poder que manda, una soberanía: es una cooperación de servicios públicos organizada y controlada por los gobernantes” (Batista, 2010).

En la antigüedad se pensaba que el servicio público era el fin para el cual existía el Estado, pero de acuerdo a las teorías actuales y que están en uso vemos que el servicio público es una parte de la actividad que realiza el Estado, pues como es de conocimiento general el Estado no solo realiza servicios públicos sino que tiene múltiples funciones que cumplir. Remontándonos a teorías un poco más modernas encontramos a Hauriou

quien manifiesta “un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública” (Silva E. V., 1995). Para Rodrigo Borja tratadista Ecuatoriano el servicio público es

> las prestaciones de la administración central o descentralizada del Estado para satisfacer las necesidades fundamentales de la población en forma continuada, uniforme e igualitaria. Estas prestaciones buscan la satisfacción concreta de necesidades colectivas, tales como la provisión de agua potable, electricidad, telefonía, correos, canalización, aseo de calles, alumbrado público, atención hospitalaria, servicios de salubridad, carreteras, policía y muchas otras de este estilo que entregan las entidades públicas estatales o seccionales, a cambio de las cuales exigen al usuario el pago de una tasa por ellas (Jaramillo, 2011).

Rafael Bielsa al respecto manifiesta “toda acción o prestación realizada por la administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía” (Bielsa, 1964).

Para Marienhoff las concepciones se pueden agrupar en “Orgánicas” que según el mencionado autor serian “Se entiende referir al que solo considera servicio la actividad satisfecha por la administración pública, directamente por sí o por intermedio de concesionarios” (Saltos, 2007), es decir define a los servicios públicos a través de los órganos o entes que conforman la administración. A decir de Handam Amad “caracterizan al servicio público en atención al ente o persona que lo satisface o realiza, de ahí que solo se considera servicio público, la actividad satisfecha por la administración pública, directamente por si o indirectamente por medio de sus concesionarios” (Calafell, 1979).

Y funcionales según Marienofh son “las que consideran al servicio público no precisamente en base de quien lo preste o realice, sino en merito a la índole de la “necesidad que por ese medio o con esa actividad se satisfaga” (Armienta, 2013) según esta división nos podríamos apegar u orientar más hacían un criterio funcional, relacionarlo en que para que exista un servicio público debe existir alguna actividad de la administración o de alguno de los particulares quienes prestan el servicio mediante la figura de la concesión.

De acuerdo a múltiples definiciones citadas podemos darnos cuenta que el

concepto ha ido evolucionado de acuerdo a la avance de la sociedad y las tendencias de los gobiernos. Se ha buscado diferentes formas de justificar el actuar de la administración, es así que de pensar que un Estado es creado únicamente con el fin de brindar servicios públicos, se llega a la idea que una de las múltiples actividades que tiene el Estado es brindar servicios públicos. De creer que el Estado debe ofrecer y satisfacer las necesidades por si mismos se llega a la concepción que el Estado puede incluso ceder esta facultad a particulares para que cumplan con uno de los fines que persigue el Estado, la administración pública se enfoca en satisfacer los intereses públicos. Es así que de pasar de un concepto absoluto se llega a realizar diferentes clasificaciones a los servicios públicos.

2.2. Clasificación de los servicios públicos

2.2.1. Servicios propios e impropios

Es una de las divisiones más conocidas en el Derecho Administrativo se basa fundamentalmente en quien presta el servicio público, pues de acuerdo a la normativa actual el servicio puede ser prestado directamente por el Estado o por concesionario.

En el caso de que sea el Estado quien preste directamente el servicio a través de sus funcionarios públicos nos encontramos ante los servicios públicos propios y es el que nos interesa para nuestro estudio puesto que los funcionarios en su actuar, pueden causar un perjuicio al administrado, generando responsabilidad directa de la administración estatal.

> Arnaldo de Valles, refiriéndose a la clasificación de los servicios públicos en "propios" e "impropios", pudo decir con sobrado acierto que entre ambas categorías existe no sólo una analogía jurídica, sino también una analogía "lógica", porque en concreto se trata de la misma función, realizada con el objeto de satisfacer una necesidad constante, una demanda general y reiterada (Calafell, 1979)

Del criterio transcrito se puede llegar a la conclusión que el servicio público propios es el que presta el Estado directamente a través de sus funcionarios, mientras que el servicio público impropios es ejercido por los particulares, pero el objeto continua siendo satisfacer necesidades de la colectividad.

Para Marienoff:

El servicio público impropio constituye, pues una actividad privada situada entre las actividades públicas y el comercio privado puro y simple lo cual le atribuye caracteres singulares que justifican un correlativo tratamiento jurídico (Calafell, 1979).

El Estado establece las leyes que el particular debe obedecer para poder brindar el servicio público. Si nos remontamos a sus orígenes nos encontramos que los servicios públicos generalmente eran prestados por los particulares y como excepción los servicios los prestaba el Estado, con el avance y la evolución del Estado y las ideas revolucionarias del socialismo vemos que la figura jurídica se invierte y nos encontramos con una mayor participación estatal apoderándose la administración estatal de suministrar los servicios públicos más esénciales para el desarrollo de la comunidad.

Si bien la clasificación planteada aparentemente no genera ningún problema, más ocurre que en la práctica la división genera algunos inconvenientes, más ocurre que ciertas actividades se encuentran reguladas sin tener la característica de un servicio público como es venta de productos de primera necesidad como ocurre en nuestro medio que para evitar la especulación el Estado directamente regula el precio de venta y la forma de adquirir muchos productos. Si bien las farmacias son de propiedad de los particulares se encuentran sometidas a medidas de seguridad e higiene dictadas por el Estado al igual que se encuentran sujetas al control de los precios de venta.

Sintetizando las ideas expuestas podemos llegar a la conclusión que servicio público propio es el que lo presta el Estado directamente a través de sus funcionarios, buscando cubrir las necesidades de toda la población. Si el servicio público es entregado por los particulares bajo concesión se conoce como servicios públicos impropios, en este caso el Estado reglamenta la forma de prestar el servicio y las condiciones en las cuales se debe acceder, es decir si bien el Estado no lo administra directamente controla su actuar, para que no se generen abusos, dentro de sus políticas trata de evitar que se den las prácticas monopólicas que perjudican la economía del país.

2.2.2. Prestado por el estado, por concesión o licencia

Prestado por el Estado

En nuestra Constitución Política se establece la facultad de que la propia

administración estatal realice actividades para satisfacer necesidades colectivas, es decir el Estado por sí mismo cubra las necesidades de los administrados, generalmente el legislativo en uso de sus facultades norma la creación y el funcionamiento de un servicio público, es decir cubre las necesidades de manera directa a través de sus funcionarios públicos. Actualmente existen múltiples formas en las cuales actúa la administración la gestión de la administración puede realizarse de diferentes maneras entre ellas tenemos "I) por la administración centralizada, II) por empresas del Estado, III) por entidades autárquicas, IV) por sociedades del Estado" (Gaete, 2008).

De acuerdo a la clasificación transcrita la administración en el primer caso puede actuar directamente a través de la administración central, como es el caso más común en el sistema ecuatoriano, las administración central en Quito trata de planificar el poder cubrir todas las necesidades del país para lo cual se genera una planificación a nivel estatal buscando llegar a todos los rincones del país y que ningún sector quede sin ser atendido. En nuestra normativa se prevé que se creen empresas públicas para satisfacer necesidades de interés general, incluso se prevé que el Estado pueda asociarse con empresas privadas para alcanzar los objetivos planteados, generalmente esta forma de brindar servicios públicos es muy utilizada puesto que la normativa constitucional faculta al Estado a crear empresas para satisfacer necesidades de interés general, incluso el asociarse con empresas privadas es una forma de demostrar que el Estado actúa de diferentes formas para conseguir uno de sus fines que es satisfacer las necesidades de la colectividad. Para el correcto desarrollo de las empresas publicas incluso se ha creado una normativa como es la Ley Orgánica de Empresas Públicas para el desarrollo y manejo de la administración de la empresas estatales o de Economía Mixta.

En el caso de las entidades autarquías que prevé nuestra Constitución son las que el Estado a través de norma legal emanada del legislativo es capaz de actuar de manera autosuficiente y si el vocablo lo relacionamos con conocimientos de economía podemos decir que es el autoabastecimiento, lo que quiere decir que se da la opción de crear organismos regulados por el Estado a través de la normativa que pueden autoabastecerse:

> existen ciertas entidades de Derecho Administrativo, con personería jurídica, responsabilidad frente a terceros, y responsabilidad subsidiaria del Estado, que si bien forman parte de la administración general, son instituciones descentralizadas, creadas para una función de interés común. Poseen cierta libertad e independencia, teniendo sus propios recursos y pudiendo nombrar y remover empleados, que son funcionarios públicos. Estas son las

entidades autárquicas (Gómez, 2015).

Tienen capacidad de generar recursos a través de la prestación de servicios públicos, recursos que no son entendidos como ganancias para el Estado sino como tasas que se pagan por el uso de los mismos. De tal forma que el ingreso de estos capitales permite a la empresa continuar dando el servicio buscar una generalidad y universalidad de usuarios y no depender del gobierno central para obtener recursos sino a través de los servicios que brinda poder genera ingresos y subsistir por sí misma, con el excedente de los ingresos reinvertir en pro de un mejor servicio hacia la ciudadanía y el excedente de recursos no utilizados poder ingresar a las arcas fiscales, en la actualidad los gobiernos autónomos descentralizados a más de recibir una asignación del presupuesto del Estado, generan recursos propios para invertirlos dentro de la misma provincia, lo que ha permitido avances importantes y desarrollos notables en muchas provincias del país. Antiguamente el gobierno central asignaba fondos para cada provincia y los ingresos que generaba la misma tenía la obligación de entregar al gobiernos central para que se busque una reinversión en el país, lo que muchas veces generaba malestar en las diferentes provincias pues siempre ha existido preferencia hacia determinadas provincias, con la actual forma de asignación del presupuesto del Estado y la reinversión de los ingresos generados por los gobiernos se ha disminuido esa brecha pues cada provincia invierte de acuerdo a las necesidades que tiene, y el gobierno central se encarga de la administración del Estado en general.

Concesión

La concesión administrativa es el medio más eficaz, dentro d nuestro Estado moderno, para entregar a los particulares ciertas actividades o la explotación de recursos feudales, que la administración pública no está en condiciones de desarrollar ya sea por incosteabilidad económica, por impedimentos organizaciones propios o por inconveniencia política. La concesión es una figura generadora de empleos y, por ende, estimula el momento de la riqueza nacional, al mismo tiempo que refleja una actitud económicamente sana, ya que el Estado podrá dirigir sus recursos económicos hacia proyectos o planes prioritarios y deja a los particulares que cubran con su propio esfuerzo ciertas áreas de servicios o de explotación de riquezas nacionales (Calafell, 1979).

De lo transcrito anteriormente se desprende que el Estado trata de prestar

servicios públicos eséenciales por sí mismo, existe muchas veces que la actividad estatal resulta ser muy reducida para llegar a todos los administrados, por otro lado existen particulares que se encuentran en la capacidad de poder brindar este servicio y satisfacer las necesidades de una determinada colectividad. El Estado reglamenta la forma en la cual los usuarios van a brindar el servicio público con miras a satisfacer las necesidades de la colectividad. Se ha demostrado que los servicios públicos cuando son prestados por los administrados son mucho más eficaces y eficientes en su actuar. Esto se debe a que su dirección y administración obedece a principios económicos y no a engorrosos trámites burocráticos. Cuando el Estado concesiona servicios públicos para que los usuarios los brinde el Estado puede concentrar sus esfuerzos diferentes tareas y conseguir sus finalidades específicas.

Licencia

De acuerdo a nuestra normativa jurídica el Estado exige ciertos requisitos a los gobernados quienes una vez que han cumplido con ellos pueden desarrollar esa actividad. Una vez que el administrado cumple con los requisitos establecidos por la administración estatal tiene a su favor un acrecentamiento dentro de su esfera jurídica. El administrado al cumplir con los requisitos establecidos en la ley levanta a su favor el impedimento que tenia de realizar una determinada actividad y genera para sí un derecho de manera particular.

2.2.3. Servicios públicos nacionales, provinciales y municipales

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 242 menciona que el Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. Adicionalmente, el artículo 238 destaca que constituyen gobiernos autónomos descentralizados (GAD) las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales (Asamblea Nacional, 2008).

Servicios públicos nacionales: Son los servicios que buscan abarcar la colectividad en su totalidad, es decir se crea el servicio público y este tiene indecencia nacional busca satisfacer las necesidades de todos los administrados.

Provinciales: Son servicios públicos creados mediante norma legal y sus facultades

son válidas dentro de una determinada circunscripción territorial es decir sus facultades son válidas dentro de una determinada provincia.

Municipales: Son servicios públicos creados para que rijan un determinado espacio geográfico tiene la calidad de municipales

2.2.4. Servicios públicos nacionales, internacionales y supranacionales

Servicios públicos nacionales: Los que da el Estado dentro de sus límites tienden a satisfacer necesidades de interés general ejemplo policía, judicial.

Para realizar un correcto análisis de los servicios públicos internacionales y supranacionales se vuelve importante analizar que significa cada uno de ellos es así que las organizaciones internacionales:

> Organizan algunos asuntos entre naciones, mediante criterios, normas y acciones conjuntas que acuerdan las partes. De ahí que se hable de un sistema internacional. Bajo este sistema, cada unidad estatal, cada Estado-nación, retiene su soberanía y participa en acuerdos de forma voluntaria. Las instituciones supranacionales, en cambio, son aquellas en las cuales algunos Estados depositan parte de su soberanía, sea por acuerdo formal, consentimiento pragmático o sumisión. Su nombre se deriva del poder que ejercen sobre los Estados particulares y el sistema internacional, estableciendo su propia política e imponiendo una normativa que queda fuera (por encima) del marco legal y político de los Estados. Cuando hablamos de economía global, nos referimos a una actividad multinacional, que aunque pueda incluir acuerdos internacionales, se apoya cada vez más en acciones que quedan fuera de las políticas y las reglamentaciones de los Estados nacionales. La Unión Europea, por ejemplo, es un ejemplo de una gran confederación supranacional. La economía global, en cambio, se ha organizado en un plano de menor formalidad, aunque se encamina, cada vez con más fuerza, hacia la creación de instituciones y códigos legales propios (Jaramillo, 2011).

En cualquiera de los casos mencionados en líneas anteriores se vuelve de suma importancia los servicios públicos ya sea que los Estados de manera voluntaria firmen acuerdos y se comprometan de manera voluntaria, o en el caso de los organismos supranacionales cediendo parte de su soberanía para brindar servicios públicos de óptima

calidad de acuerdo a los requerimientos de determinada sociedad.

2.2.5. Servicios de uso obligatorio o facultativo.

Para realizar un análisis correcto del tema podemos demostrarlo con un ejemplo en la Constitución de la República del Ecuador se hace mención a la obligación que posee el Estado de Educar a los administrados, es decir se vuelve obligatorio para el Estado brindar el servicio público, en la misma constitución se manifiesta el derecho de los particulares de acceder a una educación, la misma que será responsabilidad del Estado. Puede también existir obligaciones por parte del administrado y basándonos en el mismo ejemplo podemos manifestar que la Constitución manifiesta que la educación a más de ser un derecho es una obligación que tienen que cumplir los ciudadanos, es decir si bien el Estado se encuentra obligado a dotar de educación a todos los administrados se vuelve así mismo obligatorio para todos los administrados acudir a los centros de enseñanza y capacitarse de acuerdo a lo requerido por el Estado.

Si bien existen servicios públicos que son obligatorios también existen servicios públicos que son facultativos en el caso de la administración estatal existen servicios públicos que obligatoriamente los tiene que dar de manera directa y existen ocasiones en las cuales el Estado decide si los presta bajo la calidad de servicio público, existen ocasiones en las cuales el Estado puede adicionalmente conceder, ceder o hacer uso los administrados de licencias. Es decir no está obligado a darlo de manera directa.

Facultativo en el caso de los administrados hace mención a que pueden o no hacer uso del servicio público, ejemplo hago uso de la educación pública o acudo a un centro particular.

2.2.6. Gratuitos o tarifados

Servicio público gratuito es aquel en el cual el Estado presta el servicio de manera directa y los usuarios que se van a beneficiar del mismo son indeterminados, es decir se busca beneficiar a toda la comunidad como ejemplo tenemos la educación, que al tener la característica de gratuita busca que todos los ciudadanos accedan, beneficiando a todos los habitantes del Estado. El servicio es tarifado cuando se cobra una cantidad determinada por el uso de un servicio público, el mismo que debe ser proporcional y no desmedido pues el Estado a diferencia de la empresa privada su fin último no es generar ganancia sino la prestación universal del servicio público y que el mismo en caso de cobrarse tarifas sea accesible para la sociedad en la cual se presta.

2.2.7. Servicios domiciliarios

Son servicios que se presta ya sea de manera propia o impropia a los administrados en su domicilio, entre los más importantes tenemos energía eléctrica, servicio de alcantarillado, agua, telefonía, el Estado por prestar el servicio cobra una tarifa acorde con la cantidad utilizada generalmente al finalizar periodos mensuales. El Estado busca prestar el servicio y hacerlo accesible a todos los individuos que habitan en un determinado Estado, en múltiples ocasiones el Estado puede subsidiar el consumo. Como característica fundamental el Estado trata de brindar el servicio a todos los administrados sin importar el lugar en el que se encuentren dentro de los límites del país. Si bien en muchas zonas sus ingresos se verán afectados por qué no genera los ingresos suficientes existen otras circunscripciones territoriales en las cuales se produce ganancia y se logra compensar los valores para poder satisfacer a toda la sociedad.

2.2.8. Usuarios indeterminados (uti universi) o determinados (uti singuli)

Servicio público indeterminados: es el que el Estado presta para satisfacer las necesidades de una sociedad de manera indeterminada es decir su utilización u acceso es para todos los usuarios sin distinción alguna como ejemplo podemos dar el alumbrado en las vías públicas el mismo que es cobrado a todos los habitantes de una determinada circunscripción territorial de manera generalmente igualitaria, mientras que los servicios públicos determinados son individualizados los beneficiarios del mismo, pagan un monto establecido los administrados que se benefician de dicho servicio el resto de la colectividad no paga valor alguno por este servicio público.

2.2.9. Monopólicos y de libre competencia

Iniciaremos conceptualizando lo que es un monopolio:

> una situación de privilegio legal o fallo de mercado, en el cual existe un productor (monopolista) que posee un gran poder de mercado y es el único en una industria dada que posee un producto, bien, recurso o servicio determinado y diferenciado. Para que exista un monopolio, es necesario que en dicho mercado no existan productos sustitutos, es decir, no existe ningún otro bien que pueda reemplazar el producto determinado y, por lo tanto, es la única alternativa que tiene el consumidor para comprar. Suele definirse también como mercado en el que sólo hay un vendedor,

pero dicha definición se correspondería más con el concepto de monopolio puro (Paz, 2014).

De la definición transcrita podemos llegar a la conclusión de que servicios monopólicos son aquellos que son prestados solo por el Estado y no existe competencia en la prestación del mismo. Se diferencia con los servicios de libre competencia en los cuales el administrado puede decidir de quien utiliza el servicio. Existen servicios públicos que solo el Estado lo presta como es el servicio de electricidad en la cual el administrado tiene que hacer uso del servicio porque solo el Estado lo presta y existen servicios públicos que el administrado puede escoger quien lo presta como es la educación.

2.2.10. Esenciales y no esenciales

Esenciales y no esenciales; los primeros son aquellos que de no prestarse pondrían en peligro la existencia misma del Estado: policía, educación, sanidad. Los no esenciales; a pesar de satisfacer necesidades de interés general, su existencia o no prestación no pondrían en peligro la existencia del Estado; se identifican por exclusión de los esenciales (Reyna, 2008).

2.3. Caracteres fundamentales servicios públicos

2.3.1. Uniformidad

De acuerdo a las exigencias y a los derechos pregonados en la actual constitución todos los ciudadanos tienen derecho de acceder a los servicios públicos de manera igualitaria. Si bien se busca una igualdad entre todos los individuos del Estado existen ciertas ocasiones en las cuales los habitantes por su condición se encuentran en desigualdad por lo que se ha creado acciones discriminativas positivas que buscan equiparar en derechos a los ciudadanía de esta forma los coloca en igualdad de condiciones. El trato preferente a las personas con discapacidad busca que todos los ciudadanos tengan derecho de acceder a los servicios públicos. Los derechos humanos en sus principios aceptados por todos los países miembros pregonan por la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, al igual que el derecho de todos los ciudadanos de acceder a los servicios públicos establecidos por cada país.

El principio de uniformidad tiene iguales características que la igualdad puesto que se basa en la no discriminación, sin privilegios y sin acondicionamientos, la igualdad se

encuentra establecido en la Constitución en el art. 66 núm. 4.

2.3.2. Regularidad

Debe ser prestado de acuerdo a las normas preestablecidas de manera permanente. De acuerdo al desarrollo de la presente tesis vemos que los principios no son independientes sino por el contrarios se encuentran interrelacionados entre todos ellos funcionan de manera conjunta y buscan que el servicio público se preste de manera óptima. Lo mismo ocurre con la regularidad que para diferentes autores es confundida con la continuidad que debe entregar el servicio público. Debemos comenzar manifestando que estos principios son diferentes pero se relacionan estrechamente la continuidad señala la necesidad de que el servicio público no se interrumpido mientras que la regularidad hace hincapié en que el servicio debe ser prestado de acuerdo a la normativa establecida para su normal desarrollo y cumplir con todos los protocolos determinados. Las normas establecidas a más de entregar las pautas para un desarrollo correcto busca encontrar la excelencia en la calidad del servicio público, prohíbe la interrupción o suspensión del mismo. La reglamentación para la correcta marcha y desarrollo de la prestación del servicio corresponde a los organismos estatales quienes buscaran satisfacer las necesidades de toda la colectividad.

2.3.3. Continuidad

Entendida como “duración o permanencia de una cosa sin interrupción" (Farías, 2010) de acuerdo a la definición citada podemos manifestar que el servicio público no debe ser suspendido por ningún motivo, la Constitución de la República del Ecuador prohíbe suspender los servicios públicos de los sectores estratégicos, se prohíbe la huelga y reglamenta las formas en los cuales se debe hacer el reclamo incluso en caso de que se autorice misma los servicios públicos no pueden ser suspendidos en su totalidad, debiendo quedar un mínimo de trabajadores laborando para que no se dé una paralización total de funciones.

2.3.4. Generalidad

Generalidad entendida como “Conjunto que incluye la mayoría o la totalidad de las personas o cosas que componen un todo” (Oxford Dictionaries, 2015). De acuerdo a la definición citada podemos entender a la generalidad como el universo de todos los administrados y su capacidad para en igualdad de condiciones todas acceder al servicio público sin ninguna limitante o impedimento. El Estado busca satisfacer todas las

necesidades de los usuarios y a través de sus políticas de gobierno busca llegar a todos los administrados. Este principio ha sido muchas veces criticado por la falta de capacidad del Estado para la satisfacción de todos los administrados llegando a la conclusión de que el único limitante sobre este servicio hace mención a la capacidad operativa del Estado. En la actualidad el Estado lucha para eliminar esta limitante.

2.3. 5. Obligatoriedad

El que lo presta está obligado a dar el servicio siempre, debe existir sanción a quien se niegue a prestar el servicio.

"El servicio público establece la relación jurídica prestador-usuario y por su propia naturaleza está obligado a prestarlo quien lo toma a su cargo y a exigirlo el usuario" (Rodríguez F. , 2015). De acuerdo a la definición planteada el servicio público ya sea prestado directamente por el Estado o a través de particulares utilizando cualquiera de las figuras jurídicas antes estudiadas debe ser proporcionado por quienes tiene a su cargo la obligación de hacerlo en caso de que se reúsen a hacerlo debe existir la sanción correspondiente ya sea para el funcionario público encargo de hacerlo o para el particular que tiene a su cargo la prestación del mismo. Nuestro sistema garantiza que todos los ciudadanos pueden acceder a los servicios públicos y sanciona la negativa o el rehusarse a prestarlos.

2.3.6. Calidad

La calidad es una herramienta básica para una propiedad inherente de cualquier cosa que permite que la misma sea comparada con cualquier otra de su misma especie. La palabra calidad tiene múltiples significados. De forma básica, se refiere al conjunto de propiedades inherentes a un objeto que le confieren capacidad para satisfacer necesidades implícitas o explícitas. Por otro lado, la calidad de un producto o servicio es la percepción que el cliente tiene del mismo, es una fijación mental del consumidor que asume conformidad con dicho producto o servicio y la capacidad del mismo para satisfacer sus necesidades (Pereira, 2015).

La calidad en los servicios es una exigencia constitucional y es una obligación irrestricta de la administración pública. Es además el recurso con el que cuenta una Estado para compensar las desigualdades de la población a la que sirve, porque es la posibilidad real de que el conjunto de ciudadanos reciba los mismos

servicios (Casermeiro, 2015).

2.3.7. Eficiencia

Según el Diccionario de la Real Academia Española, eficiencia (del latín efficientĭa) es 'la capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado'. No debe confundirse con eficacia, que se define como la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera (Ayala, 2012).

Es la capacidad de reducir al mínimo la cantidad de recursos usados para alcanzar los objetivos o fines de la organización, es decir, hacer correctamente las cosas.

Aun siendo una característica prioritaria la eficiencia en la administración y de los administradores, no es una cualidad suficiente. "La administración y los administradores no solo deben de buscar la eficiencia en sus acciones, sino que, además tienen que alcanzar los objetivos propuesto, es decir, tienen que ser eficaces" (Pesántez, 2010).

2.3.8. Accesibilidad y universalidad

Principios que son tratados de manera conjunta por la interrelación que presentan entendida la universalidad como la capacidad de todos los administrados de un determinado Estado pueden acceder a los servicios públicos sin importar su edad, etnia o sexo, la Constitución permite que todos los ciudadanos sin ninguna distinción accedan a un servicio público optimo y de calidad. La accesibilidad entendida como la posibilidad de los usuarios de solicitar un determinado servicio y encontrar la satisfacción de las necesidades planteadas, satisfacción garantizada en nuestro caso en las normas jurídicas de derecho, planteando la obligación a la administración de satisfacer las necesidades manifestadas por el usuario.

2.3.9. Responsabilidad

Uno de los principios establecidos en la Constitución y tema del presente trabajo, pues el Estado es responsable en la prestación de servicios públicos. Cada funcionario público es responsable de su actuar. El Estado cuando ha generado un perjuicio al particular en sus actuaciones se encuentra en la obligación de resarcir el daño causado con posterioridad el Estado tiene la obligación de repetir la acción en contra del funcionario responsable del daño causado. Las acciones dañosas que lesionan a los administrados según su gravedad pueden acarrear acciones civiles, administrativas y penales.

La administración pública se encuentra obligada a satisfacer las necesidades de la sociedad brindando acceso a todos los administrados el servicio público que presta debe ser acorde con lo manifestado en la normativa jurídica que rige el órgano que lo presta, en caso de que un funcionario público no preste el servicio o lo preste conforme a derecho el Estado se obliga a reparar el daño causado por el actuar ilegal o la omisión de actuación de su funcionario público.

2.4. De la creación, organización, modificación y supresión de los servicios públicos

2.4.1. Creación

Para Gastón Jéze la creación de un servicio público:

> Consiste en disponer que una determinada necesidad colectiva sea satisfecha con la prestación de un servicio público. Para la creación de los servicios públicos deben tomarse las previsiones legales pertinentes a fin de prever en la Ley de Presupuesto, en leyes especiales y ordenanzas municipales, las partidas necesarias para su organización y funcionamiento ininterrumpidos (Congreso de la República de Perú, 2007).

Creación debe ser entendida acción de dar existencia a una a partir de la nada de acuerdo a la definición citada y basándonos en nuestro tema de estudio la creación de un servicio público implica que cierta necesidad que tienen los administrados va a ser cubierta por el servicio público. En nuestra normativa legal la creación de servicios públicos puede darse por cumplimiento estricto a la necesidad establecida en la Constitución de la República del Ecuador o por normativa secundaria que faculta tal creación. La prestación del servicio público la puede realizar de manera directa o indirectamente a través de particulares. La creación de un servicio público dependerá de las necesidades de la sociedad pues lo que hace cincuenta años constituyo servicio público en la actualidad puede que ya no lo sea y acorde con la evolución y el avance de la sociedad las necesidades son cambiantes en su gran mayoría. Un servicio público adquiere tal calidad cuando el Estado decide declararlo como tal y crea organismos necesarios para satisfacción y en caso de no hacerlo directamente lo hace a través de particulares ocupando diferentes figuras jurídicas como son la concesión, licencia etc.

Un servicio público para ser declarado como tal debe ser creado mediante ley o

acto normativo de autoridad competente (ejecutivo, gobiernos autónomos descentralizados) de esta forma adquiere la figura de servicio público busca satisfacer las necesidades de todos los administrados. Para autores como Marienoff se debe analizar el concepto de creación dependiendo si se trata de un servicio público propio o impropio entendido el primero como el prestado directamente por la administración en la cual la creación de un servicio público obedece a normas legales o actos normativos de autoridad competente, mientras que al tratarse de servicios públicos impropios entendidos los mismos como los prestados por los particulares la "creación surge virtualmente del hecho mismo de su prestación, consentido o autorizado por la administración pública" (Calafell, 1979). En el caso de nuestro país corresponde a la Asamblea Nacional la creación, modificación o supresión de servicios públicos, adicionalmente esta facultad la tiene el poder ejecutivo y los gobiernos autónomos descentralizados.

2.4.2. Organización

Una vez creado el servicio público el siguiente paso lógico es organizarlo para que atienda las necesidades de los administrados. Un servicio público debe basar su organización en una normativa es aquí donde se encontraran las reglas a las cuales debe sujetarse y mediante las cuales debe desenvolver su actuar. Adicionalmente debe contar con los medios materiales para satisfacer las necesidades de la población. Entendido los medios materiales como los elementos con los cuales va a trabajar y donde se va a desarrollar el actuar de la administración incluso para muchos autores dentro de esta organización debe estar incluso el presupuesto y las formas en las cuales se va a financiar y obtener recursos para su actuar.

Las normas en las cuales basa su actuación es uno de los engranajes fundamentales para el desarrollo óptimo de los servicios públicos pues mediante la misma se le va a asignar potestades y atribuciones para la satisfacción de las necesidades y poder cumplir con una correcta prestación del servicio público.

2.4.3. Modificación

"Un servicio público puede ser modificado en su estructura o en su funcionamiento" (Calafell, 1979) de acuerdo al criterio emitido por Marienhoff un servicio público puede ser modificado en la estructura entendida la misma como la estructura es la distribución

de las partes de un cuerpo, aunque también puede usarse en sentido abstracto. El concepto, que procede del latín estructura, hace mención a la disposición y el orden de las partes dentro de un todo" (De Conceptos, 2015). Es decir puede ser modificado en su organización como en las funciones que tiene que cumplir.

2.4.4. Supresión

Un servicio público puede ser suprimido cuando la necesidad para la cual fue creado desaparece o cuando existe otro organismo que lo satisface. Cuando hablamos de la supresión de un servicio público debemos entender que el mismo no será más satisfecho por la administración estatal. Para la supresión de un servicio público la autoridad que ordenó su creación será la competente para ordenar su supresión. A decir de Marienhoff un servicio público puede tener una supresión formal es decir cuando existió una ley que creó un determinado servicio público debe ser la misma ley la que suprima o elimine el mismo. Adicionalmente puede ser suprimido por hechos es decir desaparecen las necesidades para las cuales fue creado, corolario por demás lógico pues al momento de desaparecer la necesidad para la cual fue creado se hace innecesario tener un servicio público que no cumpliría ninguna finalidad y lo único que acarrearía es un perjuicio económico a las arcas fiscales pues se generaría gastos innecesarios dentro de la administración.

2.5. El servidor público

2.5.1. Generalidades

La administración pública es un órgano abstracto creado por la sociedad para cumplir determinados objetivos, para alcanzar estas metas requiere de elemento humano a que ejecute las acciones correspondientes. Si bien la administración pública cuenta con la normativa legal y posee los recursos necesarios al ser una persona jurídica ficticia no puede cumplir por sí misma con los fines establecidos, es por eso que reúne personas que cumplan con requisitos establecidos

por la administración para que laboren bajo su dependencia y órdenes. De esta manera la administración estatal tiene el elemento humano para ejecutar las acciones necesarias encaminadas al cumplimiento de fines específicos. Las personas que laboran para la administración estatal adquieren la calidad de servidor público es decir trabajan para la administración estatal y su objetivo y fines es velar por el cumplimiento de los fines que persigue el Estado, buscando de acuerdo a nuestra norma el beneficio y la

satisfacción de intereses de la colectividad adicionalmente el servidor público deberá velar por los interés institucionales.

2.5.2. Conceptos a analizar

Nuestra normativa define en la Ley Orgánica del Servicio Público lo que ha de entenderse por servidor público en el art. 4 manifiesta "Servidoras y servidores públicos.- 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" (LOSEP, 2012).

Para Hernán Jaramillo servidor público es "Es todo ciudadano legalmente nombrado para prestar servicios remunerados en las instituciones de derecho público o privado con finalidad social o pública, sujeto a la Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa" (Jaramillo Hernán, 2005). Recordemos que actualmente esta normativa legal fue derogada en el gobierno del presidente Rafael Correa quedando vigente la LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO (Ley Orgánica del servicio Público), para el funcionamiento y desarrollo del sector público. Sobre los términos analizados en líneas anteriores existen múltiples definiciones así como puntos de vista según la cual la fundamentan una definición más completa la presenta Nelson López quien manifestó que servidor público es

> Es toda persona natural que presta sus servicios legalmente en relación de dependencia nombrado o contratado por servicios ocasionales, que labora en las instituciones, entidades y organismos del Estado y del sector privado, en las cuales las instituciones del Estado tengan mayoría de acciones o un aporte total o parcial de capital o bienes de su propiedad al menos en un cincuenta por ciento, en las corporaciones fundaciones, empresas, compañías y en general en cualquier sociedad mercantil (López, 2004).

2.5.3.- Responsabilidades del servidor público

Rodrigo Borja define a la responsabilidad como

> una de las cinco características esenciales de la forma de gobierno republicana. Consiste en la obligación que tienen los gobernantes de dar cuenta de su cometido a los electores, en forma directa o a través de los organismos

establecidos para el efecto, y de asumir las consecuencias de sus actos con arreglo al Derecho (Jaramillo, 2011).

Para Guillermo Cabanellas responsabilidad es “Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado” (Cabanellas, 2009). Cuando hablamos de administración pública el Estado es responsable, tiene el deber de responder y reparar los perjuicios causados por todos los organismos e instituciones que tiene a su cargo ya sea por deficiente prestación del servicio, carencia del mismo o por la acción u omisión del funcionario público en uso de sus funciones, guardándose para sí el derecho a repetir contra quien causo el perjuicio. Las responsabilidades en cambio de los funcionarios públicos pueden ser civil, penal, administrativo de acuerdo a lo que manifiesta nuestra Constitución:

> Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento 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. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas (Asamblea Nacional, 2008).

De acuerdo a la norma transcrita podemos darnos cuenta de que se hace mención a la acción u omisión del funcionario en uso de sus funciones solamente engloba el aspecto económico y recursos públicos dejando de lado muchos atropellos que puede cometer el funcionario público en uso de sus funciones como son abuso de poder, tráfico de influencias, alteración o modificación de documentos públicos que reposen en su poder, intimidación en una de sus funciones entre otras, delitos muy comunes que no se encuentran desarrollados en la norma magna. Después de haber hecho una breve introducción sobre lo que es la responsabilidad podemos analizar cada una de ellas.

Responsabilidad Administrativa

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA CULPOSA Art. 45.-

Responsabilidad administrativa culposa.- La responsabilidad administrativa culposa de las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores de las instituciones del Estado, se establecerá a base del análisis documentado del grado de inobservancia de las disposiciones legales relativas al asunto de que se trate, y sobre el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones que les competen por razón de su cargo o de las estipulaciones contractuales (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2011)

Esta es la forma en cual aparece desarrollada en nuestra legislación la responsabilidad administrativa culposa en el mismo enunciado legal se genera una lista de causales como son:

1. No establecer ni aplicar indicadores de gestión y medidas de desempeño para evaluar la gestión institucional o sectorial y el rendimiento individual de sus servidores;
2. Cometer abuso en el ejercicio de su cargo;
3. Permitir la violación de la Ley, de normas específicas emitidas por las instituciones del Estado, o de normas de carácter generalmente obligatorio expedidas por autoridad competente, inclusive las relativas al desempeño de cada cargo;
4. Exigir o recibir dinero, premios o recompensas, por cumplir sus funciones con prontitud o preferencia, por otorgar contratos a determinada persona o suministrar información, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar;
5. No establecer o no aplicar con sujeción a la ley y normas pertinentes, los subsistemas de determinación y recaudación, presupuesto, tesorería, crédito público y contabilidad gubernamental;
6. No establecer o no aplicar con sujeción a esta Ley y más normas pertinentes los subsistemas de control interno y control externo;
7. No establecer o no aplicar con sujeción a la Ley y más normas pertinentes, los sistemas de planificación, administración de bienes y servicios, inversiones públicas, administración de recursos humanos, de gestión financiera y de información;
8. Contraer compromisos y obligaciones por cuenta de la institución del Estado, a la que representan o en la que prestan sus servicios, en contravención con las normas respectivas y sin sujetarse a los dictámenes de la Ley; o insistir ilegalmente en una orden que haya sido objetada por el control previo;
9. No tomar inmediatamente acciones correctivas necesarias en conocimiento del

informe del auditor interno o externo; o de consultas absueltas por organismos de control;

10. No proporcionar oportunamente la información pertinente o no prestar la colaboración requerida a los auditores gubernamentales, y demás organismos de control y fiscalización;
11. Incurrir en ilegal determinación o recaudación de los ingresos del Gobierno Central, y demás instituciones del Estado;
12. No efectuar el ingreso oportuno de cualquier recurso financiero recibido;}
13. Disponer o ejecutar, sin tener atribución, el cambio de planes, programas y estipulaciones relativas a la ejecución de los contratos; y,
14. Las demás previstas en otras normas y disposiciones legales vigentes (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2011).

Responsabilidad Civil (glosa)

Es a través de la Contraloría General del Estado, que se da lugar a la realización del examen sobre:

> El cumplimiento de la consecución de los fines institucionales de las entidades y organismos públicos; a su vez, verifica que los recursos públicos que se encuentran a cargo de dichas entidades y organismos, así como de las personas jurídicas de derecho privado, sean utilizados adecuadamente. (Guerrero, 2013)

Le corresponde a este organismo, el verificar el buen uso que se haga de los recursos públicos dentro de las entidades y organizaciones que se encuentran dentro del sector público; de la misma forma, es posible controlar a las personas jurídicas que dentro del derecho manejan fondos públicos; de manera que al finalizar y obtener el informe de control, se establezcan responsabilidades civiles y penales.

Dentro de estas sanciones, se encuentran las responsabilidades civiles denominadas como culposas, consideras como aquellas faltas cometidas por servidora o servidor público, persona jurídica que se encuentre administrando aquellos fondos provenientes de las arcas estatales, pero que por causas diversas se ha podido detectar el mal uso y distribución de los mismos, causando por lo tanto perjuicio económico directo al Estado.

Si el funcionario o funcionaria ha sido citado a través de la resolución administrativa que determina la responsabilidad civil culposa, no representa que se encuentre sin acceso a la defensa y que presente pruebas que le permitan poder justificar y descargar las responsabilidades atribuidas, pudiendo por lo tanto, impugnar dicha resolución en sede administrativa presentando los justificativos correspondientes ante la Autoridad que emitió la misma. Es de anotar que de la presentación de este recurso, se puede proceder a su respectiva impugnación en sede administrativa a través del recurso de revisión que se encuentra determinado en la Ley Orgánica de la Contraloría General Estado.

El procedimiento continúa:

> Cuando se ha presentado el recurso de revisión por parte de los administrados, la Contraloría General del Estado se encuentra obligada a revisar el contenido de su resolución tomando en consideración los justificativos interpuestos, debiendo emitir una nueva resolución que confirme o desvanezca total o parcialmente la resolución original. (Guerrero, 2013)

Dromi menciona con relación a la responsabilidad civil, que ésta se produce cuando:

> Se autoriza ejecutar actos inconstitucionales que causen perjuicios indemnizables; se cumple irregularmente las obligaciones legales impuestas; se causa daños y perjuicios por falta de cumplimiento de sus deberes; se excede el servidor público en sus facultades, y por producir daños por mal desempeño en el ejercicio de las funciones determinadas (Dromi, 1998).

Es por consiguiente prohibido que el funcionario cometa cualquier acto que sea no sólo inconstitucional sino que perjudique económicamente al Estado, esto se debe a la inexistencia de responsabilidad por parte del servidor, pero para que sea sancionado debe primero probar la existencia del hecho ilícito, verificar la comisión de la omisión del funcionario público en el ejercicio de sus funciones y ese hecho y omisión implica que se incumplió de una manera irregular las obligaciones legales impuestas al funcionario público.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (Art. 52), así como en el Reglamento de Responsabilidades expedido por Acuerdo de la Contraloría General del Estado No. 26, publicado en el Registro Oficial No. 386 de 27 de octubre de 2006, reformado el 29 de junio de 2011, establecen la forma en que se determina la responsabilidad civil del funcionario público.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, dispone en su artículo 52 que:

> La responsabilidad civil culposa nace de una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, precautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos…. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2011)

Continuando con el artículo 52 del mismo cuerpo legal, se determina que:

> La responsabilidad civil culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado, calculado a la fecha en que éste se produjo, que nace sin convención, proveniente de un acto o hecho culpable del servidor público, o de un tercero, cometido sin intención de dañar, que se regula por las normas del cuasidelito del Código Civil. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2011)

De acuerdo a lo que dispone por consiguiente la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, la determinación de las responsabilidades civiles culposas, son efectivamente, el resultado de las acciones de auditorías realizadas por la Contraloría General, que evidencian que la servidora o servidor público o un tercero responsable del manejo y custodia de bienes o recursos públicos ha causado un perjuicio económico en contra del Estado, producido por mal manejo de los mismos.

Indicios de Responsabilidad penal

> Art. 65.- Indicios de responsabilidad penal determinados por la Contraloría General del Estado.- Cuando por actas o informes y, en general, por los resultados de la auditoría o de exámenes especiales practicados por servidores de la Contraloría General del Estado se establezcan indicios de responsabilidad penal (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2011).

Entre los delitos tipificados en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) se encuentran en los artículos 278, 279, 280, 281 que hacen referencia en ese orden a los delitos de enriquecimiento ilícito, cohecho y concusión respectivamente, por lo que la norma de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, establece el procedimiento para que se continúe y se dé a conocer el informe a las máximas autoridades de la Contraloría General del Estado para que luego lo remitan a la autoridad competente para las acciones penales correspondientes.

Responsabilidad Directa

De acuerdo a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

> Art. 42.- Responsabilidad directa. Los servidores de las instituciones del Estado, encargados de la gestión financiera, administrativa, operativa o ambiental, serán responsables, hasta por culpa leve, cuando incurrieren en acciones u omisiones relativas al incumplimiento de normas, falta de veracidad, de oportunidad, pertinencia o conformidad con los planes, programas y presupuestos y por los perjuicios que se originaren de tales acciones u omisiones. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2011)

De la lectura del artículo citado en el párrafo anterior, se desprende que la responsabilidad directa, es aquella que se impone a la servidora o servidor público, que es señalada como la causante del daño por los hechos propios en el desempeño de sus funciones.

Cada funcionario público en sus funciones es responsable por las faltas cometidas incluso por culpar leve, el funcionario público debe ser prolijo en su actuar y en las funciones a él encomendadas esto incluye gestión, custodia de bienes, financiera o administrativamente, responderá personalmente por todos los actos cometidos en su administración.

Responsabilidad Principal

"Art. 43.- Responsabilidad principal y subsidiaria por pago indebido.- La responsabilidad principal, en los casos de pago indebido, recaerá sobre la persona natural o jurídica de derecho público o privado, beneficiaria de tal pago" (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2011). En el caso del funcionario público el será directamente responsable por la actuación generando la obligación y la sanción directamente por no cumplir con el dar, hacer o no hacer.

Responsabilidad subsidiaria

"La responsabilidad subsidiaria recaerá sobre los servidores, cuya acción culposa u omisión hubiere posibilitado el pago indebido. En este caso, el responsable subsidiario gozará de los beneficios de orden y excusión previstos en la Ley" (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2011).

Generalmente esto se da en los casos en que se realizan subrogaciones de cargo en el cual la responsabilidad principal la tiene el subrogante y la responsabilidad subsidiaria la tiene el subrogado, haciéndose responsable por las actuaciones realizadas en el cargo a él encomendado. Por lo que es comprensible que la responsabilidad subsidiaria, es producida como un efecto del deber impuesto al que es considerado como el responsable principal, pero no existe dicho deber determinado en la ley y por lo tanto no se cumple, no se puede cumplir, hemos de considerar que la ley es clara en cuando a las funciones, obligaciones y responsabilidades de la servidora y servidor público; si este llegará a realizar otra función que no le corresponde, estaríamos hablando de abuso de autoridad o de arrogarse funciones que no manda la Ley.

Responsabilidad solidaria

"Art. 44.- Responsabilidad solidaria. Habrá lugar para establecer responsabilidad solidaria cuando dos o más personas aparecieren como coautoras de la acción, inacción u omisión administrativa que la origine" (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2011)**.** Este tipo de responsabilidad aparece cuando por un actuar contrario a las normas y preceptos establecidos la responsabilidad recae sobre más de un funcionario o servidor público. Haciéndose todos responsables solidariamente por la glosa emitida.

2.6. Conceptos de falta o deficiente prestación de servicios públicos

Para que la falta o la deficiente prestación de los servicios públicos se configure como el incumplimiento del deber consagrado en la ley, es necesario que se configure la presencia de tres elementos: el hecho, el acto y el perjuicio. Estos tres elementos deben ser estudiados por el juez aplicando la sana crítica para poder discernir e imprimir en su sentencia, las causas de esa falla o deficiencia. Es necesario por consiguiente, estudiar cada uno de estos tres elementos para tener una clara visión de sus enfoques jurídicos.

2.6.1. El hecho

Para realizar un correcto análisis debemos diferenciar lo que es un hecho simple y un hecho jurídico es así que Manuel Osorio hace una distinción correcta del tema:

> Como concepto amplio está representado por toda acción material de las personas, y por sucesos independientes de ellas, generalmente los fenómenos de la naturaleza. En sentido civil y penal, los hechos ofrecen

> trascendental importancia por cuanto originan no solo derechos y obligaciones, sino también responsabilidades de toda índole. Puede decirse que todas las normas de Derecho se aplican sobre los hechos. Por eso afirma Capitant que, en sentido procesal, el concepto se usa como oposición a derecho; pues, mientras el punto de hecho pone en juego qué ha de ser probado, el punto de derecho tiene por objeto saber la regla de Derecho aplicable al hecho, una vez probado éste. (Ossorio, 2009)

Siguiendo las enseñanzas del mismo tratadista nos hace una definición del hecho jurídico entendida como aquel que

> se caracteriza porque produce un efecto de Derecho que no ha sido querido. Es, en opinión de Couture, un evento constituido por una acción u omisión involuntaria (pues, de ser voluntaria, constituiría el acto jurídico) o por una circunstancia de la naturaleza que crea, modifica o ex-tingue derechos (Ossorio, 2009).

De los conceptos citados en líneas anteriores podemos llegar a la conclusión que los hechos jurídicos son acontecimientos que traen consigo una consecuencia jurídica. De acuerdo a los conceptos analizados podemos decir que el hecho jurídico puede crear, modificar o extinguir un derecho. El hecho jurídico adquiere relevancia en nuestro estudio pues genera consecuencias jurídicas a diferencia de él hecho simple que no acarrea ninguna acción en derecho.

Existen ciertos hechos que no generan consecuencias jurídicas, pero dependiendo del ordenamiento jurídico y si este se encuentra o no regulado por las normas de derecho puede convertirse en un hecho jurídico, como ejemplo tenemos levantarse, acostarse que normalmente no generaría ningún tipo de responsabilidad ni por ende la creación de derechos u obligaciones, pero si este hecho lo trasladamos al régimen militar y a su normativa él no levantarse o el no acostarse la hora establecida generaría un desacato a la autoridad y ese hecho de ser simple se convertiría en un hecho jurídico productor de acciones por su cumplimiento o incumplimiento.

Es decir los hechos para dejar de ser simples deben genera consecuencias jurídicas reguladas por la normativa otro ejemplo seria el nacimiento, la defunción, que si bien son hechos simples nuestro ordenamiento jurídico los ha regulado y ha creado consecuencias jurídicas para cada una de ellas dejando de ser simples y convirtiéndose en hechos jurídicos.

Nuestra normativa realiza una clasificación y desarrolla su precepción dentro del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en el art. 64 el cual manifiesta:

> Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva sometidos a este Estatuto manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, sin perjuicio de recurrir a otras categorías de derecho privado cuando tales administraciones actúen dentro de dicho campo. (ERJAFE, 2011)

En el art. 78 define lo que debe entender por hecho administrativo, al respecto manifiesta:

> El hecho administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, ya sea que medie o no una decisión o acto administrativo previo. (ERJAFE, 2011)

La administración estatal en uso de facultades y cumpliendo sus funciones tiene la obligación de realizar ciertas actuaciones y operaciones técnicas. Esta obligatoriedad puede venir en una norma de derecho o en un acto administrativo de autoridad competente que se traduce en actividades materiales que tiene la obligación de cumplir la administración pública, en caso de no hacerlo generaría la falta del servicio o la deficiente prestación en caso de no hacerlo de la manera correcta.

2.6.2. El acto

En el art. 65 de nuestro Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva define lo que se tiene que entender por acto administrativo entendiéndose por tal a “toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa” (ERJAFE, 2011) es decir la administración manifiesta sus decisiones o manifestaciones de voluntad a través de actos administrativos generando consecuencias jurídicas en ejercicio de sus funciones.

El tema se vuelve de importancia dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado puesto que, la administración pública a través de sus funcionarios en uso de sus funciones puede generar un acto que cree un perjuicio al administrado y lesione sus

derechos.

2.6.3. El perjuicio

“El término latino *praeiudicĭum* se transformó, en nuestro idioma, en perjuicio. Este concepto refiere a las consecuencias de perjudicar, una acción que consiste en provocar un detrimento a alguien o algo” (Silva, 2012). Otra definición sobre el tema seria el “Daño moral o material que una persona o una cosa causa en el valor de algo o en la salud o el bienestar de alguien” (Barrientos, 2008).

Es decir la administración pública en uso de sus facultades ya sea por un hecho u acto administrativo lesiona los derechos de un particular y crea un daño en el ser o el patrimonio del administrado, es decir lo coloca en una situación desfavorable frente a la realidad que tenía, trayendo como consecuencia lógica la indemnización por el daño causado ya sea a su persona o patrimonio.

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

3.1. Teorías en las cuales se sustenta la responsabilidad extracontractual del Estado

3.1.1. Teoría del sacrificio especial

Para la presente teoría tenemos que tener presente que la administración estatal impone cargas que deberán asumirlas todos los administrados. Cuando la carga que impone la administración es para determinadas personas es decir es desigual y desproporcionada para con el resto, se genera un perjuicio al administrado que debe ser resarcido por el daño causado de manera injusta.

Para que se cumpla con los presupuestos establecidos en esta teoría se debe cumplir tres requisitos:

a) Que la administración irrogue un agravio a un particular.

b) Que ese agravio infrinja un castigo al individuo de manera desproporcionada e injusta con relación a los demás;

c) Que el agravio cause un perjuicio patrimonial o empobrecimiento al administrado. (Muñoz, 2010)

Es decir cuando el Estado perjudica o lesiona el patrimonio de un administrado de manera desigual que al resto, el Estado se encuentra en la obligación de responder por los daños causados al administrado. De la misma forma que cuando los servidores públicos en uso de sus funciones afectan el patrimonio de los administrados de una manera desigual que al resto y sin un justificativo real se encuentra el Estado en la obligación de reparar los daños causados y tratar en lo posible de que las cosas vuelvan al Estado anterior a que se produzca el daño, y en caso de no poder hacerlo el Estado se obliga a reparar el daño causado y con posterioridad repetir la acción en contra del funcionario responsable. Todos los administrados debemos soportar cargas impuestas por la administración de manera equitativa, en caso de que no se cumpla con la premisa planteada y se afecte a determinados administrados se genera la responsabilidad por las cargas adicionales impuestas a los particulares.

3.1.2. Teoría de la igualdad o proporcionalidad de las cargas publicas

En la Constitución de la República del Ecuador art. 11 núm. 2 manifiesta “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades” (Asamblea Nacional, 2008) es decir todos los habitantes del país tenemos los mismos derechos y obligaciones por ende la cantidad de cargas que nos imponga la administración estatal deben ser entregadas a todos los ciudadanos de manera equitativa y justa. En el

supuesto de que la carga que entrega la administración la hace para determinados individuos y no para la colectividad, ocasiona daños adicionales a determinados administrados por lo que se le debe resarcir por el daño causado y la carga adicional soportada.

> Rafael Entrena Cuesta, partiendo de ésta teoría, fijó como principio para responsabilizar al Estado, el de igualdad ante la ley. Según este principio, cuando el Estado produce un daño a una persona que no está obligada a soportar el mismo, debe ser recompensado mediante el pago de una indemnización "... pues sería injusto que un particular se sacrifique, sin tener que hacerlo, en beneficio de la comunidad y que ésta no compense dicho sacrificio (Páez, 2012).

3.1.3. Teoría del enriquecimiento sin causa

La teoría en mención hace relación a cuando la administración pública afecta el patrimonio de un administrado y no cumple con el proceso indemnizatorio correspondiente. Si bien esta teoría para la época que fue planteada resultaba de gran utilidad pues muchos Estados en uso de su facultad coercitiva retiraban bien privados para el uso del Estado generando un perjuicio al administrado y como administración recibían un beneficio sin erogar ningún gasto a cambio. En la actualidad esta teoría ha quedado en desuso puesto que para que la administración pública acceda a un bien y sea expropiado es necesario en primera instancia que sea declarado de utilidad pública, con posterioridad se da el proceso de negociación en el cual la administración trata de llegar a un acuerdo con el propietario del bien para la venta respectiva. Si bien en la antigüedad el derecho a la propiedad muchas veces era violentado y no resarcido el daño causado.

En la actualidad se cumple con la normativa legal y los pasos correspondientes para realizar el proceso expropiatorio consienten que la administración que debe resarcir el daño causado:

> La figura del enriquecimiento sin causa se ha definido tradicionalmente, mediante la identificación de sus elementos como lo son: i) un enriquecimiento del patrimonio de una persona, ii) un empobrecimiento del patrimonio de otra persona, el cual es correlativo al enriquecimiento de la primera, y; iii) que las anteriores situaciones se hayan presentado sin una causa jurídica eficiente. (Rodríguez, 2007)

Es por tanto, fundamental que se demuestre que la servidora o el servidor público evidencia un súbito aumento de sus fondos económicos, sin que pueda justificar de donde provienen, por lo que corresponde el órgano institucional estatal pertinente, demostrar la ilicitud de este enriquecimiento.

3.1.4. Teoría de la vigencia del estado de derecho y sus postulados

Como habíamos mencionado en capítulos anteriores en sus orígenes la sociedad se encuentra sometida al imperio del monarca quien es máxima autoridad, su voluntad y decisiones se cree que provienen de la divinidad, con la revolución francesa se busca que el poder deje de estar personificado en el monarca y sea el pueblo quien a través de sus manifestaciones dirija el actuar de la persona que guía al Estado.

Después de la revolución francesa se genera un cambio trascendental en la forma de gobierno pues, se da inicio al Estado de Derecho quien se somete al principio de legalidad, entendido este como cada funcionario en uso de sus facultades debe estar sometido a la ley, se elimina el actuar discrecional por parte de las autoridades. Si bien para la actualidad el principio de legalidad es algo común en la antigüedad fue uno de los logros más importantes que se consiguió.

La actuación de la administración se encuentra sometida a reglas claras de Derecho en la cual encuentra su legitimidad y un freno al actuar discrecional. Se encuentra también en esta teoría la responsabilidad del Estado por el actuar de sus funcionarios, es decir el Estado deja de lado la figura de la irresponsabilidad en su actuar por la responsabilidad y actuación de sus funcionarios. En sus inicios esta responsabilidad encuentra asidero en la norma civil, es decir generalmente las indemnizaciones eran la forma de resarcir del actuar de la administración, pero vemos que con la evolución de la sociedad actual la responsabilidad encuentra fundamento en el campo civil, penal y administrativo, dependiendo de la gravedad de la falta cometida por el funcionario.

3.1.5. Teoría de la expropiación por causa de utilidad pública

Para realizar un correcto análisis de la teoría propuesta debemos definir algunos términos entre estos tenemos:

Utilidad pública se define como:

> la noción de utilidad pública ya no sólo se limita a que el Estado deba construir una obra pública o prestar un servicio público, sino que también comprende aquellas necesidades económicas, sociales, sanitarias e inclusive estéticas, que pueden requerirse en determinada población, tales como empresas para beneficio colectivo, hospitales, escuelas, unidades habitacionales, parques, zonas ecológicas, entre otros, dado que el derecho a la propiedad privada está delimitado en la Constitución en razón de su función social. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006)

De esta definición citada podemos llegar a la conclusión que el fin de la declaración de utilidad pública no es otra que sacar un bien inmueble del dominio de un particular y transferirlo a la propiedad del Estado para beneficio de la colectividad.

Propiedad privada a su vez puede definirse como

> el poder jurídico pleno o completo de un individuo sobre una cosa. En Derecho, la propiedad es el poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, por la que se atribuye a su titular la capacidad de disponer del mismo, sin más limitaciones que las que imponga la ley. Es el derecho real que implica el ejercicio de las facultades jurídicas más amplias que el ordenamiento jurídico concede sobre un bien (Salazar, 2012).

Expropiación a su vez es considerada como:

> la acción unilateral del Estado en ejercicio de su poder soberano, que consiste en quitarle a alguien su derecho de propiedad y compensarlo con una indemnización, con un fin justificado. Cualquier bien, salvo el dinero puede ser objeto de expropiación, aunque comúnmente se aplica a inmuebles. En los países liberales y capitalistas, la propiedad es inviolable (De Conceptos, 2015).

Compensación: Entendida como la retribución que recibe una persona por un agravio causado en el caso de la presente teoría es la retribución económica que recibe el administrado poseedor por el daño causado.

De los conceptos antes mencionados podemos sintetizar y decir que el Estado en uso de sus funciones expropia bienes de particulares para destinarlos al uso comunitario. Si bien causa un perjuicio al administrado busca satisfacer las necesidades de toda la colectividad. El Estado al momento de realizar la expropiación de un bien de propiedad privada se encuentra en la obligación de reparar el daño causado al administrado. Basándonos en la premisa de que todo daño que sufre una persona debe ser resarcido por el que lo causo, buscamos adecuar la condición antes mencionada al Estado y tenemos que si el Estado causa un daño al administrado debe hacerse responsable por el mismo y compensar el mal causado al administrado, de tal forma que lo más justo sería que una vez compensado el administrado por el daño sufrido pueda acceder a un bien en las mismas condiciones del que fue afectado con la declaratoria de utilidad pública.

Actualmente en nuestra normativa existen los casos en los cuales los bienes pueden ser declarados de utilidad pública y posteriormente ser expropiados, los funcionarios públicos que realiza el trámite correspondiente deben justificar mediante informes y procesos seguidos por la administración la necesidad de la declaración de

utilidad pública y la posterior expropiación. En caso de hacerlo de manera arbitraria o violentando el debido proceso, el Estado responderá de manera directa ante el administrado por el daño causado y con posterioridad ejercerá las acciones respectivas en contra del funcionario público que actuó de manera incorrecta pudiendo aplicar las sanciones administrativas, civiles y penales de acuerdo a la gravedad de la falta cometida.

3.1.6. **Teoría objetiva del riesgo o del seguro contra el riesgo social**

La administración pública como ente ficticio actúa a través de funcionarios quienes en ejercicio de sus funciones pueden lesionar los derechos de los particulares. Desde el planteamiento de esta teoría se tendría que dividir la responsabilidad en dos clases: 1) aquella que comete el funcionario público por culpa, dolo o negligencia perjudicando a los particulares, en esta primera clasificación se debería hacer responsable al funcionario y debería cubrir con su patrimonio los daños causados al administrado. 2) Cuando el funcionario público en uso de sus funciones y de acuerdo a lo que fundamenta la ley y a las necesidades de la administración lesiona derechos de particulares, en este caso el funcionario público no es responsable por el daño ocasionado pues su actuar ha Estado apegado a derecho y el perjuicio que se produce al administrado fue en cumplimiento de determinados fines. En este caso el Estado debería resarcir los daños causados por el funcionario que actúa en representación suya, generalmente para cubrir este rubro la administración estatal impone un gravamen a toda la sociedad, el aprovisionamiento lo realizan los administrados con para futuras y posibles lesiones que realice la administración a los particulares en uso de sus funciones, particulares que siendo conscientes que la administración en su actuar puede lesionar derechos de determinados administrados y por ende se vuelve indispensable resarcir el daño causado, aportar de su patrimonio para cumplir con las reparaciones necesarias, tratando de que la administración compense el daño ocasionado.

> La responsabilidad objetiva o teoría del riesgo creado, es una fuente de obligaciones reconocida en algunos códigos de este siglo, por virtud de la cual, aquel que hace uso de cosas peligrosas, debe reparar los daños que cause, aun cuando haya procedido lícitamente. En el caso de la responsabilidad objetiva, se parte de la hipótesis de que la fuente de obligaciones es el uso lícito de cosas peligrosas, que por el hecho de causar un daño, obligan al que se sirve de ellas, que puede ser el propietario, el usufructuario, el arrendatario, o el usuario en general, a reparar el daño causado. (UNAM, 2009)

Los elementos que podemos precisar en esta nueva fuente, producto

principalmente del maquinismo y de la industria moderna, son los siguientes:

- El uso de cosas peligrosas.
- La existencia de un daño de carácter patrimonial,
- La relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.

3.1.7. Teoría de la falta de servicio

Para realizar un correcto análisis del tema debemos definir lo que entendemos por falla y falta de servicio entendida la primera como

> La falla en el servicio se desprende de la prestación de un servicio estatal, que al no ser prestado en la forma debida genera un daño, derivándose que el Estado tenga que responder directamente por ese daño ocasionado cuando sea causado por una falla en el servicio, lo cual se configura como nexo causal. Frente a este punto valga la pena aclarar que para que el Estado cumpla su función, esto es los servicios que tiene a su cargo, debe hacerlo por intermedio de individuos y entidades que muchas veces son imposibles de identificar al ocurrir el daño y por ello el Estado responde directamente, sin perjuicio de que con posterioridad contra los funcionarios se ejerzan las debidas acciones de repetición (Díazgranados, 2001).

La falta de servicio entendida como la carencia o inexistencia por parte de la administración. El Estado como órgano encargado de suministrar los servicios públicos debe generar las condiciones necesarias. El Estado se encuentra en la obligación de cumplir con ciertos servicios en beneficio de la sociedad, cuando el Estado no cumpla o cumpla de manera deficiente de tal forma que perjudique o lesione el derecho de los administrados se da como consecuencia la responsabilidad del Estado por la prestación deficiente del servicio a través de funcionarios o la no prestación de un determinado servicio público encargado de satisfacer una necesidad de un administrado. En la presente teoría la administración se hace responsable por el actuar como por la omisión de su actuación generadora de perjuicios al administrado.

> La teoría clásica francesa de responsabilidad del Estado se ha referido a esta clase de responsabilidad, como fundamento de la obligación de la administración de indemnizar los perjuicios causados, con ocasión de la actuación de las entidades públicas, en cuanto que en la misma se evidencia irregularidad, es decir, una persona jurídica estatal sujeta a error en el entendido que la misma actuaba a través de sus agentes o servidores, pero

> que la actividad era atribuible a la ente público, por no ser posible separarlo del servicio público, de la actividad administrativa. (Guechá, 2011)

Es decir el Estado mediante la presente teoría se vuelve responsable por la acción u omisión en la prestación de servicios públicos.

3.1.8. Teoría de los derechos adquiridos

Para realizar un correcto análisis debemos analizar que se debe entender por irretroactividad de la ley esto es "Uno de los principios más elementales que rigen la aplicación de la ley es su irretroactividad, que significa que esta no debe tener efectos hacia atrás en el tiempo; sus efectos solo operan después de la fecha de su promulgación" (Corte Constitucional Ecuador, 2010).

Es decir con el pronunciamiento de una ley las personas que adquirieron un derecho o un beneficio en base a una ley anterior no pierden los derechos que tienen a su favor, la norma jurídica que se promulga rige solo para lo venidero. Este principio encuentra su fundamento en la seguridad jurídica de los administrados pues se entiende que en determinado espacio de tiempo adquirieron derechos de acuerdo a las normas vigentes en ese entonces. Es decir si la ley tuviese efecto retroactivo significaría que las personas que adquirieron derechos con la promulgación de una ley posterior podrían perderlos, generando así una situación de inestabilidad e incertidumbre frente a la condición de los administrados con respecto a su patrimonio. Es por eso que entre los principios fundamentales que consagra el Estado Constitucional de Derechos es la irretroactividad de la normativa jurídica y el respeto a los derechos adquiridos.

Una importante distinción que debemos hacer del tema en estudio es la diferencia que existe entre derecho y mera expectativa, entendido el derecho como aquel bien o situación que ha entrado definitivamente al patrimonio de una persona bajo el amparo de una ley, se diferencia la expectativa pues esta constituyen posibilidades o presupuestos de la adquisición o nacimiento de un derecho, pues este no se encuentra dentro del patrimonio.

> El fundamento es la base sobre la cual se asienta o estriba una realidad, y cuando se pregunta cuál es la base que funda la realidad jurídica del principio de irretroactividad, se observa que es la necesidad de dar estabilidad al ordenamiento jurídico. Porque sin el mencionado principio se presentan confusiones sobre la oportunidad de regulación, de suerte que en muchas ocasiones con una conveniencia presente se regulaba una situación pasada,

> que resultaba exorbitante al sentido de la justicia, por falta de adecuación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. En general -escribe Valencia Zea-, el efecto retroactivo está prohibido por razones de orden público. Las personas tienen confianza en la ley vigente, y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen sus deberes jurídicos. Dar efecto retroactivo a una ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas (Jurisprudencia Corte Constitucional de Colombia, 2015).

3.2. Diversos conceptos de responsabilidad extracontractual del Estado

Para Álvaro Bustamante Ledesma, la responsabilidad extracontractual del Estado es:

> Toda actividad que desarrolle el Estado puede ser fuente de responsabilidad extracontractual, por lo menos desde el punto de vista teórico, pues en cada una de sus gestiones es posible causar perjuicios a los asociados. No obstante cuando se habla de esta clase de responsabilidad, la tendencia tradicional ha sido asociada con la función administrativa porque en comparación con la legislativa y judicial, es la principal fuente de la obligación indemnizatoria […] (Ochoa, 2012).

En opinión de Gordillo, considera que la responsabilidad extracontractual es:

> aquella que surge no de la violación de una obligación contractualmente contraída, la que corresponde estudiar al referirse a los contratos administrativos, sino de una conducta cualquiera de los órganos del Estado no referida a un acuerdo previo de voluntades con el sujeto damnificado. Esa responsabilidad extracontractual puede originarse en un acto, hecho u omisión del concesionario o licenciatario; en el caso del Estado, sea del órgano administrativo, legislativo o judicial, en tanto ejerza función administrativa (Ochoa, 2012).

La figura de la responsabilidad extracontractual tiene una característica que la hace muy diferente a la responsabilidad contractual, y se refiere precisamente a la inexistencia de un vínculo anterior entre autor del daño y la víctima; o de existir tal vínculo, el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior sino de otra circunstancia, por ello el autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes.

3.3. Elementos principales de la responsabilidad extracontractual del estado

3.3.1. Elemento subjetivo

El Código Civil no define a la culpa que pueda corresponder a la responsabilidad extracontractual del Estado, por lo que en Derecho Público para establecer la presencia de culpa debemos considerar las circunstancias en que se produjo el acto, a la luz de lo previsto en el artículo 53 de la Constitución de la República: "...El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo y por la carencia de servicios que hayan sido pagados".(Asamblea Nacional, 2008)

3.3.2. Elemento material

En el universo y específicamente en la vida del hombre, día a día encontramos situaciones que merecen el calificativo de daño; en la jerga común el daño es aquella alteración de una situación favorable.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española el daño viene "Del latín damnum. Delito consistente en causar daños de manera deliberada en la propiedad ajena. Valor de la pérdida sufrida o de los bienes destruidos o perjudicados" (Ochoa, 2012).

3.3.3. Perjuicio o daño material

Para que la víctima pueda demandar una reparación, es necesario que el daño soportado reúna los requisitos que la legislación civil exige para que se configure la responsabilidad; es decir, debemos analizar si el autor del daño ha incurrido en culpa y la existencia de un vínculo de causa efecto entre esa culpa y el perjuicio. Los estudiosos del Derecho Civil han sido sumamente meticulosos en reconocer el derecho a indemnización aquellas personas que hubieren sufrido un perjuicio, sin que exista una distinción entre daño corporal y daño patrimonial; es decir, que la integridad física así como los bienes de las personas se encuentran protegidos contra cualquier desmedro que pudiesen sufrir. (Ochoa, 2012)

3.3.4. Daño positivo y daño negativo

La doctrina en este aspecto ha consensuado con muy buen criterio la existencia de dos clases de daños; por un lado el positivo, el cual hace referencia a la noción de daño emergente, es decir, aquella disminución patrimonial que sufre el afectado de una acción dañosa. Por otro lado vemos al daño negativo denominado comúnmente lucro cesante, entendida esta noción como la falta o la imposibilidad para percibir una utilidad o rédito, como resultado de una acción dañosa.

3.3.5. Daño material y daño moral

El accionar o conducta dañosa que ocasione aquel detrimento debe ser necesariamente antijurídico (contraria a derecho), para que el ordenamiento jurídico lo sancione. Los estudiosos de la materia civil han consensuado al determinar que el daño tiene dos elementos muy bien marcados, el uno material que consiste en el hecho físico, y otro formal, que deriva de la norma jurídica. De la misma manera han logrado consensuar que existen dos tipos de daños; por un lado el patrimonial o material, y el daño no patrimonial o moral.

3.3.6. Daño actual futuro y cierto

El Dr. Manuel Osorio define al daño cierto como “Aquel cuya producción presente o futura ofrece certidumbre, sin que el perjuicio efectivo que ocasione dependa de que se den, o no, en el futuro, otros hechos. El daño es cierto aunque su monto no pueda ser previamente determinado” (Ossorio, 2009).

De lo expuesto vemos que en la práctica se ha llegado a desestimar que el perjuicio eventual o hipotético sea susceptible de reparación, dando la primacía al daño cierto y actual.

3.3.7. Daño directo y daño indirecto

Se refieren, respectivamente, al que se ocasiona a las cosas o a las personas por el hecho mismo, actuando sobre ellas sin detenimiento; o al que así realizado repercute después en lo no herido del bien afectado, patrimonial o moral, o en otro u otros bienes de ese mismo o de otro patrimonio. Con esta consideración podemos colegir que el daño directo produce un resultado inmediato, el que puede ser cuantificado inmediatamente; mientras que cuando hablamos de daño indirecto, éste, a diferencia del anterior, acaece luego de que el acto dañoso haya sido llevado a cabo, por lo mismo su cuantificación no es inmediata.

3.3.8. Daño personal

Cuando nos referimos al daño personal aludimos al detrimento que sufre un individuo como consecuencia de una acción dañosa que afecte sus derechos, afectividad y, claro está, su patrimonio. Esta figura se origina cuando la persona afectada directamente solicita la reparación del perjuicio.

3.4. Tipos de responsabilidad extracontractual

3.4.1. Responsabilidad objetiva

Hablar de responsabilidad objetiva implica que encontremos su fundamento en el desequilibrio de las cargas públicas; es decir, cuando el individuo asume una carga mayor que lo coloca en una posición inferior respecto del conglomerado social que lo rodea; por consiguiente, le corresponde a este último dotar del equilibrio necesario

La Sala en su dictamen cita el criterio del tratadista Juan Carlos Henao, quien respecto a la carga de la prueba considera que: "[…] el daño o lesión es un requisito indispensable para la existencia de responsabilidad, pero cuya sola presencia no convierte de suyo a quien lo sufre en acreedor de una indemnización. El daño debe ser probado por quien lo sufre, so pena de que no proceda su indemnización". (Henao, 2008)

3.4.2. Responsabilidad subjetiva

Constituye una figura que en buen romance, plantea que todo el peso de la reparación y/o recomposición ante el daño ocasionado sea atribuido únicamente ante la existencia debidamente probada por la parte afectada por el hecho dañoso, de una conducta negligente o culposa del demandado. Ya en el campo de nuestra materia ocurre algo similar en este caso, donde es el Estado quien asume los actos u omisiones de sus funcionarios que hubieren causado un daño ilegítimo a los ciudadanos. Por consiguiente, para establecer esta clase de responsabilidad habrá que probar necesariamente que el detrimento fue causado con el concurso de dolo o culpa de dicho agente público.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS NORMATIVA LEGAL

4.1. Análisis normativa ecuatoriana referente a responsabilidad extracontractual

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado recién aparece en la Constitución de la República del Ecuador dictada en el año 1998, en cuyo artículo 20 establecía:

> Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes (Asamblea Nacional, 1998).

Como es evidente en la Carta Magna no existía entonces la responsabilidad extracontractual por omisión, no así en países como Argentina, México Brasil y Uruguay que ya habían establecido en su normativa legal la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado desde antes de la década de los ochenta. Actualmente la Constitución dictada por la Asamblea Nacional Constituyente el 20 de octubre de 2008 en su artículo 11 numeral 9 desarrolla ampliamente la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado al ordenar que

> El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. 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 (Asamblea Nacional, 2008).

La misma Constitución en su artículo 225 y 226 describe las personas jurídicas que integran el Estado ecuatoriano y que tienen la obligación y responsabilidad de administrar los recursos públicos, por ende pueden ser sujetos de acciones de repetición que deriven de la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado.

El artículo 212 de la Constitución establece que es función de la Contraloría General del Estado determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias, de la Fiscalía General del Estado, por lo dicho todas las instituciones públicas que se encarguen de la administración pública en el Ecuador, responderán directamente cualquiera que sea el grado de responsabilidad en el que haya incurrido el funcionario u autoridad que causo el daño, a través de la acción de repetición, es decir devolverá el funcionario al Estado los valores que hubiera erogado por a consecuencia de la sentencia que determine la acción de responsabilidad extracontractual del Estado por desacatar la obligación mantenida el artículo 314 de la Carta Magna.

Los artículos 211 y 212 de la Constitución establecen las facultades de la Contraloría General del Estado siendo por ende un ente de control de la utilización de los recursos del Estado, se encarga de determinar responsabilidad civiles culposas administrativas e indicios de responsabilidad penal, pero es la función judicial la que declara y determina los errores que generan responsabilidades extracontractual.

La ley de Modernización del Estado en su artículo 38 establece claramente que el órgano judicial ante el cual el particular debe plantear la demanda correspondiente es el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, es decir posee la competencia privativa para conocer y resolver los aspectos derivados actos, contratos, hechos u omisiones que ocasionen daños a la víctima que no tiene la obligación jurídica de soportarlo. No es suficiente que el particular presente su reclamo al Estado ecuatoriano, este debe probar que el perjuicio sufrido proviene de una actuación acto administrativo u omisión de la autoridad pública, funcionario o servidor o por la falla o falta de prestación de un servicio público sea propio o impropio.

El Código Orgánico de la Función Judicial en sus artículos 216 y 217 establece la competencia y atribuciones del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, siendo entre otras las siguientes: art. 217 numeral 8:

> 8. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de 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;… 9. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado en las que se reclame la reparación de los daños y perjuicios causados por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Procedimiento Penal… 14.- Conocer y resolver las causas que instaure la Administración para repetir las indemnizaciones que hubiere tenido que pagar por sentencias firmes dentro de juicios contencioso administrativos, por la responsabilidad declarada de sus servidores o de las personas que por delegación, concesión o privatización, se les haya entregado servicios públicos (Código Orgánico de la Función Judicial, 2012).

Es así que el recurrente debe asistir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo y demandar al Estado la reparación del daño causado. La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no regula naturalmente estas acciones, sino por lo dispuesto en el art. 32 del Código Orgánico de la Función Judicial y otros cuerpos legales, dicha norma por su lado en los artículos 1, 2, 3 y 10 establecen:

> Art. 1.- El recurso contencioso - administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen Estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante Art. 3.- El recurso contencioso - administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo. El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por

el acto administrativo de que se trata. El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal (Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 2010).

Como es evidente los legisladores en varias normas han desarrollado la figura jurídica de la responsabilidad extracontractual de Estado, los elementos que debe reunir, el árgano judicial ante el cual debe proponérselo, el procedimiento a seguir, a tal punto que a diario ingresan en los Tribunales Contencioso Administrativos a nivel nacional cientos de impugnaciones a actos administrativos dictados por autoridad pública para que sean objeto de control de legalidad, actos que en muchas ocasiones resultan nulos por haber contravenido los principios fundamentales de debido proceso, de derecho a la defensa o por haber obviado realizar actos que por ley se encontraba obligado a hacerlo. Actos nulos que dan derecho al ciudadano el derecho de solicitar la reparación del daño ocasionado, lo que hace que el Estado ecuatoriano sea enviado a pagar indemnizaciones que suman millones de dólares cada año.

4.2. Identificación del vacío legal existente en la normativa ecuatoriana

Como revisamos en líneas anteriores el Ecuador en su normativa legal a desarrollado la figura legal de la responsabilidad extracontractual del Estado por acción u omisión de sus servidores públicos, realizada una búsqueda en el Consejo de la Judicatura se ha podido observar que existen cientos de juicios presentados en contra del Estado ecuatoriano procesos en los cuales en sentencia se ha mandado a pagar al Estado ecuatoriano a lo largo de la historia millones de dólares en indemnizaciones por el daño causado a los ciudadanos, sin embargo los juicios de repetición en contra de los servidores públicos de quienes emano el acto lesivo no existen, no son tramitados a tal punto que en la provincia del Azuay existe un solo caso y es el presentado por CEGE Paute en contra de Irene Pesantez.

De allí presento la siguiente interrogante ¿Por qué el Estado ecuatoriano no ha iniciado juicios de repetición en contra de los servidores públicos de quienes emano el acto lesivo? Como es evidente existe un vacío legal en la normativa ecuatoriana, vacío que ha hecho que si bien las acciones de responsabilidad extracontractual del Estado prosperen para los particulares, el Estado pierda millones de dólares año a año por la irresponsabilidad de sus funcionarios.

4.3. **Acción de repetición: generalidades**

El inciso tercero del numeral 9 del artículo 11 de la Constitución consagra la acción de repetición, derecho que tiene el Estado de iniciar procesos judiciales en contra de los servidores públicos para recuperar las indemnizaciones reconocidas a los particulares perjudicados por los actos u omisiones provenientes de servidores y ex servidores públicos.

Es así que el Art. 20 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone: "Art. 20.- Responsabilidad y repetición.- Declarada la violación del derecho, la jueza o juez deberá declarar en la misma sentencia la responsabilidad del Estado o de la persona particular" (LOGJCC, 2011).

El artículo. 68 ibídem, dispone que la demanda debe interponerse ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente; en igual sentido lo señala el inciso cuarto de dicho artículo, así también establece que la máxima autoridad de la entidad responsable asumirá el patrocinio de esta causa a nombre del Estado, o sea ella debe interponer la demanda ante el juez correspondiente, para que se reintegre al Estado los recursos erogados por concepto de reparación, la demanda deberá encontrase dirigida en contra del o los servidores públicos presuntamente responsables, sin perjuicio de que hayan cesado ya en funciones.

Si bien de conformidad a la ley y a la Constitución, la legitimación activa se ha atribuido a cualquier persona que pueda presentar e interponer la demanda, la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala que la máxima autoridad de la entidad responsable debe asumir la representación del Estado en los juicios de repetición, así como también informa inmediatamente a la Procuraduría General del Estado. El procedimiento a seguir en los juicios de repetición la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional lo trata desde el artículo 68 en adelante.

Como es evidente la ley establece que la Sala deberá comunicar inmediatamente a la máxima autoridad de la entidad correspondiente para que asuma el patrocinio de la causa, hecho que en realidad no se da, debido a que la máxima autoridad de cada una de las instituciones del Estado, no tienen la obligación legal de iniciar los procesos o de asumir la defensa de la causa, es por esto que a nivel nacional son muy pocos los casos en los que se ha iniciado la acción de repetición en contra de servidores u ex servidores públicos, hecho preocupante debido a que es el dinero de los ecuatorianos el que el Estado desembolsa para pagar indemnizaciones efecto de las irresponsabilidad con la que actúan sus funcionarios.

Hecho que hay que corregir lo antes posible, teniendo en cuenta que la acción de

repetición prescribe en tres años, contados desde que el Estado pago la indemnización al ciudadano o ciudadanos, entonces se vuelve emergente establecer una reforma legal que obligue a las máximas autoridades de las instituciones del Estado de iniciar las acciones de repetición en contra de los presuntos responsables, so pena de imponérsele una sanción por dicha omisión.

Como vemos en el Ecuador la acción de repetición se encuentra brevemente desarrollada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y en el Código Orgánico de la Función Judicial, sin embrago este procedimiento es aplicable únicamente cuando la responsabilidad extracontractual del Estado proviene la administración de justicia, es decir únicamente aplicable para la función judicial por la falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos.

Es por ello la importancia de plantear reformas al marco normativo ecuatoriano que permita desarrollar un procedimiento, un camino a seguir para iniciar las acciones de repetición no solo en el área jurisdiccional si no en todos aquellos actos u omisiones de funcionarios públicos, servidores o ex servidores públicos que han vulnerado derechos de los particulares y que como consecuencia el Estado ha debido resarcir económicamente el perjuicio causado perjudicando así el patrimonio del Estado ecuatoriano.

4.4. **Análisis de la ley orgánica de servicio público**

El 6 de octubre de 2010, entra en vigencia la Ley Orgánica de Servicio Público, divulgada en el segundo suplemento del registro oficial No. 294, ley que sustituye a la antigua Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público. La novedosa ley se encuentra conformada por 136 artículos, 23 disposiciones generales, 10 transitorias y cuatro disposiciones finales. Rige para todo el sector público e instituciones públicas en materia de recursos humanos y remuneraciones, elimina todo tipo de estímulos económicos como bonificaciones, comisiones por aniversarios institucionales, entrega de medallas, anillos, canastas navideñas, bonos por ascensos, pensiones vitalicias, establece la obligación de laborar 8 horas diarias en todo el sector público, con excepciones establecidas en la misma ley.

En el título tercero de la Ley Orgánica del Servicio Público se determina “DEL RÉGIMEN INTERNO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL TALENTO HUMANO”, el capítulo cuarto regula el régimen disciplinario a ser aplicado a los servidores públicos cuyo ámbito de aplicación se encuentran dentro del articulo 3 ibídem, el artículo 46 de la LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO que regula entre otras cosas la acción de repetición en contra de los servidores públicos cuyo acto administrativo dictado por ellos ha sido

declarado nulo o ilegal es así que el Estado ejercerá su derecho de repetición en contra de la autoridad funcionario o servidor que ha ocasionado el perjuicio por dolo o culpa grave. El artículo. 134 ibídem, consagra el derecho que tiene el Estado ecuatoriano de repetir contra las autoridades nominadoras de toda la función ejecutiva.

Sin embargo a pesar de que como hemos visto en líneas anteriores la Constitución y la ley regulan la figura de la acción de repetición a nivel nacional se ha podido constatar que ni siquiera el dos por ciento de las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional se ha iniciado por parte de la administración pública las acciones de repetición en contra de los servidores públicos de quienes emano dicho acto. Esto responde a que la legislación ecuatoriana mantiene un vacío legal respecto del procedimiento a seguir para iniciar la acción de repetición, la obligatoriedad de proponerlos en un determinado plazo, la finalidad de que el Estado recupere los valores indemnizados al perjudicado y la sanción a ser aplicada a quien teniendo la obligación de iniciarla no lo hiciera.

El Titulo Cuarto de la Ley Orgánica del Servicio Público establece "DE LA ADMINISTRACIÓN DEL TALENTO HUMANO DE LAS Y LOS SERVIDORES PÚBLICOS", el articulo 52 determina las atribuciones y responsabilidades de las "UNIDADES DE ADMINISTRACION DEL TALENTO HUMANO" en cuyos literales no establece la obligación que tiene la HUAT de informar de manera inmediata a la máxima autoridad y a la Procuraduría General del Estado el hecho de haber recibido una sentencia en la que se reintegra a un servidor público destituido en cuya sentencia se manda a pagar al Estado ecuatoriano la correspondiente indemnización por el perjuicio causado por el acto u omisión de los funcionarios o servidores públicos ocasionados por dolo o culpa grave judicialmente declarada. Informe que debe ser presentado en el término de 15 días a las autoridades nominadoras o máximas autoridades de cada una de las entidades y organismos del sector público sobre las cuales recae el pago de la indemnización o resarcimiento al particular.

4.5. Propuesta de reforma a la ley orgánica de servicio público con el fin de solventar el vacío legal

El artículo 46 de la Ley Orgánica del Servicio Público establece el procedimiento para impugnar un acto administrativo dictado por la máxima autoridad de la institución, cuyo fin es, que la Sala de lo Contencioso Administrativo lo declare nulo o ilegal, sentencia en la cual los jueces de ser el caso dispondrán el pago de las remuneraciones

que dejo de percibir el servidor removido más intereses que estos generen, valor que debe ser cancelado por el Estado o por la institución cuyo acto administrativo fue declarado nulo en el término no mayor de sesenta días. Ahora bien el texto de este artículo no establece la obligación que posee el juez que conoce la demanda de determinar en su sentencia si ha existido culpa grave o dolo en las actuaciones de la autoridad de quien emano acto ilegitimo, así como tampoco establece la obligación del Juez de identificar con absoluta claridad al servidor público de quien emano dicho acto. No establece el término en el que la máxima autoridad una vez que ha sido notificada con la sentencia deberá proponer ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo la acción de repetición.

Este artículo brevemente determina que si la sentencia identifica al funcionario o servidor de quien emano el acto ilegal, el Estado podrá ejercer su derecho de repetición, sin embargo no lo establece como obligación del juez o tribunal, al momento de dictar la sentencia el hecho de identificar claramente al servidor público de quien emano el acto ilegal, es así que propongo la siguiente reforma al final del cuarto párrafo, del art. 46 de la LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO en el cual deberá incluirse: *El Juez o tribunal que conoció la acción de repetición de pago, al momento de resolver o dictar sentencia deberá identificar claramente al servidor público o funcionario público de quien emano el acto ilegal o nulo, el momento en el que se produjo la ilegalidad o nulidad y si el servidor público incurrió en dolo o culpa grave. Recibida y notificada la sentencia la máxima autoridad de la institución vinculada con el daño causado y aquella que haya tenido que asumir el costo de la reparación del daño, tiene la obligación de presentar la demanda, conjuntamente con la procuraduría general del Estado en el caso de aquellas instituciones que no cuente con personería jurídica, en el plazo de tres años de iniciar la Acción de Repetición en contra del servidor o ex servidor público de quien emano el acto que ha sido declarado nulo o ilegal. En los casos en los que el acto lesivo haya sido emanado por la autoridad pública que se encuentre aun en funciones la demanda será presentada únicamente por la procuraduría general del Estado.*

Como se indicó en líneas anteriores la Ley Orgánica de Servicio Público en su artículo 52 no establece la responsabilidad de la unidad administrativa de talento humano de informar de manera inmediata la notificación que se ha recibido de una sentencia en la cual se ha condenado a la institución al pago de diversos valores al particular perjudicado por el actuar de la administración, es por ello que propongo la siguiente reforma al artículo 52 de la LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO en el cual deberá incluirse un literal más con el siguiente contenido: *es obligación de la UATH en el plazo máximo de 15 días informar a la AUTORIDAD NOMINADORA la recepción de la sentencia o auto definitivo en el que se condene a la institución a realizar pagos reparatorios, indemnizatorios o compensatorios por el daño causado al administrado,*

informe que será enviado con copia a la Procuraduría General del Estado o sus delegados. Obligación que en caso de incumplirla traerá como consecuencia la remoción o destitución del cargo.

La reforma que planteo también se la debe realizar al artículo 134 de la LOSEP, en el cual se desarrollara el tiempo en el cual la autoridad nominadora debe iniciar la acción de repetición así como la obligación en el caso de que la institución no cuente con personería jurídica de interponer la acción conjuntamente con la Procuraduría General del Estado.

La reforma al artículo 134 de la LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO que planteo es la siguiente, incluir un tercer párrafo que indique: *La máxima autoridad o entidad nominadora de la institución que no haya iniciado la acción de repetición en contra del servidor o ex servidor público del cual emano el acto ilegitimo, en el término establecido en el art 46 de esta ley, será solidariamente responsable del valor que el Estado pago al particular por el perjuicio causado, si la acción de repetición ha prescrito, los servidores que teniendo la obligación de inicial la acción no lo hicieren serán responsables directos de los valores que el Estado pagó al perjudicado, hecho que deberá ser informado de manera inmediata por la autoridad nominadora que tenga conocimiento a la Contraloría General del Estado, para que se continúe con el procedimiento establecido en la Ley de la Contraloría General del Estado.*

La Disposición Transitoria Vigésima Tercera de la LOSEP, establece que la acción de repetición debe presentarse ante la Sala Distrital de lo Contencioso Administrativo, siendo este el ente competente para tramitarla.

4.6. Análisis de la obligación legal de la máxima autoridad de la institución de iniciar la acción de repetición en contra del servidor público o ex servidor público

Como hemos revisado en líneas anteriores, en la legislación ecuatoriana no se determinaba el término en el cual debía presentarse la demanda correspondiente, es por ello que en el presente trabajo he considerado la opción de establecer como obligación de la máxima autoridad de cada una de las instituciones del Estado como responsables de iniciar y presentar la demanda en contra del servidor, ex servidor, funcionario o delegatario del cual emano el acto ilegitimo. Las instituciones del Estado que carezcan de personería jurídica deberán presentar la demanda conjuntamente con la máxima autoridad de la institución sentenciada a resarcir el daño, obligación que de no ser cumplida por la máxima autoridad le trae como consecuencia jurídica la responsabilidad solidaria frente a los valores erogados por el Estado, y en caso que la acción se encuentre prescrita por no haberla iniciado en el plazo de 3 años, será directamente responsable de los valores erogados por

el Estado ecuatoriano.

He creído importante realizar estas reformas debido a que en el Ecuador ya no podemos permitir arbitrariedades e ilegalidades de nuestros gobernantes, que en la historia jamás han sido condenados a resarcir y devolver los valores pagados por el Estado por causa de sus actos u omisiones que traigan cómo consecuencia la acción de repetición de pago, es así que en el presente trabajo la obligación directa es de la máxima autoridad de cada una de las instituciones del Estado, autoridad pública que está obligada a regir su actuar en el principio de legalidad, actuar que de haber sido apegado a la ley, no traería como consecuencia el pago de indemnizaciones y compensaciones a favor de víctimas, ciudadanos o administrados a quienes se les causa un daño que no tienen la obligación jurídica de soportarlo.

Se debe citar que en el Ecuador se conocen dos resoluciones de la Corte Suprema de Justicia respecto de la responsabilidad del Estado, la primera establece que las municipalidades al igual que las personas naturales son sujetos de responsabilidad art. 2196 y 2311 del Código Civil, por lo que los miembros de las Corporaciones Municipales no se encuentran excluidos de manera alguna de la obligación de indemnizar a quienes esos actos hubieren irrogado perjuicio. En el año de 1922 la entonces Corte Suprema de Justicia declara la responsabilidad del Estado, por los daños causados a ciudadanos por un motín de las fuerzas regulares indicando que el Gobierno Ecuatoriano está en el caso del Art. 2303 del Código Civil, ya el Ejército y los cuerpos que lo forman, se hallan a su cuidado; y es por tanto, responsable de los hechos de fuerza que constituyen los delitos y cuasidelitos definidos en el art. 2266 del Código Civil.

TEXTO DEL PROYECTO DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO (LOSEP)

REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO PARA HACER EFECTIVA LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

(Ley s/n)

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO

Que, El numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, establece

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

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

Que, el artículo 52 de la Constitución de la República del Ecuador establece que: “**Art. 52.-** Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.
La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor”.

Que el artículo 53 de la constitución de la República del Ecuador establece que: “**Art. 53.-** Las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos deberán incorporar sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias y consumidoras, y poner en práctica sistemas de atención y reparación. El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados”.

Que, el artículo 229 de la Constitución de la República establece que 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.

Que el artículo 233 de la constitución de la República del Ecuador establece que: **Art. 233**.Ninguna servidora ni servidor público estará exento 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.
Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas"

Que el artículo 397 de la constitución de la República del Ecuador establece que: **Art. 397.-** En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el Operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental".

Que, la organización de las instituciones del Estado, debe estar regulada por normas de aplicación general para que, en virtud de su cumplimiento, respondan a las exigencias de la sociedad, brindando un servicio público eficaz, eficiente y de calidad.

Que el artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador Establece las atribuciones de la Asamblea Nacional Constituyente siendo entre otras la de expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales expide la siguiente:

REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO PARA HACER EFECTIVA LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

Capítulo I

DE LAS REFORMAS A LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO

ART. 1.- Al final del cuarto párrafo, del art. 46 de la Ley Orgánica de Servicio Público deberá incluirse: "El Juez o tribunal que conoció la acción de repetición de pago, al momento de resolver o dictar sentencia deberá identificar claramente al servidor público o funcionario público de quien emano el acto ilegal o nulo y el momento en el que se produjo la ilegalidad o la causa de la nulidad; y si el servidor público incurrió en dolo o culpa grave. Recibida y notificada la sentencia la máxima autoridad de la institución vinculada con el daño causado y aquella que haya tenido que asumir el costo de la reparación del daño, tiene la obligación de presentar la demanda, conjuntamente con la Procuraduría General del Estado en el caso de aquellas instituciones que no cuente con personería jurídica, en el plazo de tres años de iniciar la Acción de Repetición en contra del servidor o ex servidor público de quien emano el acto que ha sido declarado nulo o ilegal. En los casos en los que el acto lesivo haya sido emanado por la autoridad pública que se encuentre aun en funciones la demanda será presentada únicamente por la procuraduría general del Estado"

ART. 2.- Al artículo 52 de la Ley Orgánica De Servicio Público inclúyase un literal más con el siguiente contenido: r) es obligación de la UATH en el plazo máximo de 15 días informar a la AUTORIDAD NOMINADORA la recepción de la sentencia o auto definitivo en el que se condene a la institución a realizar pagos reparatorios, indemnizatorios o compensatorios por el daño causado al administrado, informe que será enviado con copia a la Procuraduría General del Estado o sus delegados, que en caso de incumplir con esta obligación, se procederá a la remoción o destitución de su cargo.

Art. 3.- Al final del tercer párrafo del artículo 134, añádase lo siguiente: "La máxima autoridad o entidad nominadora de la institución que no haya iniciado la acción de repetición en contra del servidor o ex servidor público del cual emano el acto ilegitimo, en el término establecido en el art 46 de esta ley, será solidariamente responsable del valor que el Estado pago al particular por el perjuicio causado, si la acción de repetición ha prescrito, los servidores que teniendo la obligación de iniciar la acción no lo hicieren serán responsables directos de los valores que el Estado pagó al perjudicado, hecho que deberá ser informado de manera inmediata por la autoridad nominadora que tenga conocimiento a la Contraloría General del Estado, para que se continúe con el procedimiento establecido en la Ley de la Contraloría General del Estado".

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.- Si a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, se estuvieren ventilando juicios de acciones de repetición de pago en contra de servidor@, concesionarios, delegatarios y otras personas que actúen en ejercicio de una potestad pública, continuarán sustanciándose con las normas vigentes al momento de su iniciación.

Segunda.- En el caso de los procesos que han sido sentenciados y que a la presente fecha no se encuentren prescritos por el transcurso del tiempo, en el plazo máximo de 160 días la UATH informará a la máxima autoridad de la Institución y a la Procuraduría General del Estado respecto de los procesos en los que se ha ordenado el pago de indemnizaciones a los particulares cuyo derecho ha sido conculcado, para que procedan a iniciar la correspondiente acción de repetición de pago.

Tercera.- Hasta que se conformen las Salas del Tribunal Contencioso Administrativo de las Cortes Provinciales, los actuales Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo tiene competencia para tramitar las acciones de repetición.

DISPOSICIÓN FINAL

La presente REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO, entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los catorce días del mes de abril de dos mil quince.

4.7. Investigación de campo

Realizada la investigación de campo, esto es investigación en la Página Web del Consejo de la Judicatura, entrevista con el Presidente del Tribunal Contencioso Administrativo Número N3. Dr. Pablo Cordero he recopilado información suficiente parar justificar la necesidad de la reforma de ley que me encuentro planteando, pues a mi criterio existen innumerables casos de acciones de repetición de pago que han quedado en la impunidad perjudicando de diferentes maneras al Estado Ecuatoriano. Existen innumerables casos en los cuales el Estado se ha visto obligado a pagar indemnizaciones millonarias, sin embargo nos e han iniciado las correspondientes acciones de repetición en contra de funcionarios responsables de la acciones u omisiones, es así que para realizar el

correspondiente trabajo me vi en la necesidad de acudir a la Procuraduría General del Estado para verificar el cumplimiento de las acciones de repetición en la cual el Estado recupera los valores irrogados por el actuar de sus funcionarios públicos de lo cual se me supo manifestar que no han existido acciones de repetición realizadas en contra de los servidores públicos. Adicionalmente solicite información referente a los montos que ha sido condenado el Estado al pago y se me supo manifestar que no existe un detalle de la misma, pero que los montos que se cancelan son de conocimiento público y que nuestra realidad en el pago de indemnizaciones es alarmante. La Contraloría General del Estado me supo manifestar que ellos se encargan de las acciones de responsabilidad civil y de los indicios de responsabilidad penal. Es decir no existen datos fidedignos para saber a ciencia cierta los montos que irroga el Estado permanentemente por la acción u omisión de sus funcionarios públicos ni tampoco existen procesos en contra de los funcionarios o servidores públicos que han originado el pago de indemnizaciones a los administrados. Por lo que sin existir datos fidedignos sobre acciones de repetición, ni datos sobre los montos irrogados por el Estado se vuelve de imperiosa y hasta de interés público el reformar la Ley Orgánica de Servicio público para lograr hacer efectivo la devolución de lo pagado.

4.7.1. Caso práctico 1, juicio 168 de 2007, sustanciado ante la sala de lo contencioso administrativo de la corte suprema de justicia (actual corte nacional de justicia)

El primer caso a analizar es el juicio 168 de 2007 sustanciado ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, propuesto por Jorge Daniel Arteaga, Presidente Ejecutivo de Empresa Eléctrica Manabí S.A. EMELMANABI, Javier Astudillo en calidad de Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Electricidad CONELEC (Registro Oficial 339, 2008) y por el Procurador General del Estado, en contra de la sentencia expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 4 de 20 de septiembre de 2004, a las 11h50 en el proceso número 40 del 2003 propuesto por Florencio Antonio Andrade Medina, por sus propios derechos y los que representa del menor Juan Pablo Andrade Bailón, por concepto de indemnización por los daños físicos, morales y psíquicos sufridos por el menor Juan Pablo Andrade Bailón como consecuencia de haber recibido descarga eléctrica a la que no estaba obligado jurídicamente a recibir, que le ha ocasionado quemaduras, amputación de miembros superiores e inferior e incapacidad de 80%, considerándose como factor para determinar el monto de indemnización la edad del niño, el tiempo transcurrido desde la fecha en que se produjo el acto lesivo, los gastos para toda la vida, incluyéndose también en este monto indemnizatorio el daño emergente y el lucro cesante e intereses a percibirse desde

el inicio de la obligación indemnizatoria.

Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia para resolver este caso han analizado la obligación de que tenían las empresas que prestan el servicio público de hacer lo eficientemente, responsabilizan solidariamente a EMELMANABI y al Consejo Nacional de Electricidad CONELEC de la descarga eléctrica que ha sufrido un niño de 8 años de edad que al encontrarse jugando en la terraza de su casa con una varilla metálica toca los cables de fluido eléctrico, recibe una descarga eléctrica y sufre quemaduras graves en su cuerpo que le trae como consecuencia la amputación de miembros superiores e inferiores. La responsabilidad del Estado en el daño ocasionado al menor en la presente sentencia ha sido declarada, por considerar que el titular de tendido eléctrico por razones de costo beneficio ha mantenido cables sin aislantes y la tolerancia de la autoridad administrativa a cargo de la regulación y control de la actividad que realiza el titular del tendido eléctrico para permitir este hecho, en el presente caso EMELMANABI y el CONECEL, la actividad de distribución de energía eléctrica está a cargo de la primera y está sujeta a control y regularización del segundo en virtud de los art 12 y 13 letras "a" y "e" de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico lo que les vuelve a esas dos instituciones solidariamente responsables del daño producido a un menor que ha sido afectado por la omisión, actos o hechos cometidos por las instituciones públicas obligadas a prestar el servicio, afectación ilícita, en el sentido de que nadie puede ser obligado a asumir un sacrificio individual si no media un deber constitucional que se le haya impuesto.

La Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 63 numeral 1 establece la obligación del Estado, cuya responsabilidad ha sido declarada de reparar el daño ocasionado al ciudadano y de establecer a su favor una justa indemnización que cubra tanto el daño material como el daño moral ocasionado a la víctima, tomando en consideración que el monto de la indemnización no puede enriquecer o empobrecer a la víctima o a sus sucesores, es así que en el presente caso la indemnización a pagarse al ciudadano ha sido modulada de tal forma que el valor a pagar es de trescientos quince mil trescientos doce con treinta y dos centavos de dólar de los Estados Unidos de América. Valor a ser cancelado mediante la constitución de un fideicomiso a favor del menor Juan Pablo Andrade Bailón y que será cancelado mensualmente por un monto de trescientos diez y seis dólares de los Estados Unidos de América a la persona que ejerza la patria potestad del menor hasta que este cumpla la mayoría de edad y pueda disponer de su dinero.

En la presente sentencia se ha condenado a EMELMANABI y el CONECEL al pago de una indemnización a favor del menor afectado por una deficiente prestación de servicio de electricidad, sin embargo no se ha analizado la culpabilidad de los funcionarios y empleados que por actos, omisiones u hechos han producido el daño, sin poseer el

Estado la posibilidad de repetir en su contra los perjuicios económicos que tuvo que asumir frente al administrado.

Con la reforma que planteo en el desarrollo de mi tesis es justamente evitar que los servidores y funcionarios sean responsables de los actos, hechos u omisiones cometidas en el ejercicio de su cargo, ya que si bien al determinarse la existencia de la responsabilidad extracontractual del Estado, debe revisarse también el comportamiento individual del funcionario que ocasiono el daño por el inadecuado ejercicio de sus competencias, investigación que deberá realizarla la máxima autoridad en el presente caso de juicio 168 de 2007 sustanciado ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia para iniciar la acción de repetición en contra de o los servidores públicos que ha realizado la afectación injusta a los derechos del ciudadano.

Revisada la página de la Función Judicial del Ecuador, se puede evidenciar que tanto EMELMANABI y el CONECEL no han iniciado acciones de repetición de pago en contra de los funcionarios o servidores públicos que con sus actos u omisiones ocasionaron el daño.

4.7.2. Caso práctico 2, juicio 1801-2008-194, sustanciado ante la sala de lo contencioso administrativo

Comparece el Dr. Milton Marcelo Espinoza Pillaga y manifiesta que concurre ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N°. 3 con sede en Cuenca y deduce recurso Contencioso Administrativo de plena Jurisdicción o Subjetivo en contra del Abg. Antonio Gagliardo en su calidad de Ministro de Trabajo y Empleo y al Procurador General del Estado, el acto que impugna emana del titular del Ministerio ya nombrado que el 4 de abril del 2004 (Corte Constitucional del Ecuador, 2008) fue notificado con el inicio del Sumario Administrativo en su contra, indicándole que ha infringido el literal b) del Art. 26 de la LOSCCA, providencia emitida por el Señor Jorge Mora Naranjo, Coordinador de la Unidad de Administración de Talento Humano del Ministerio de Trabajo y Empleo, indicándole la obligación que posee el accionado de señalar domicilio judicial para recibir notificaciones en la ciudad de Quito, se lleva a cabo la audiencia de investigación en la cual las partes solicitan la evacuación de pruebas en la ciudad de Cuenca, no se evacua en su totalidad las pruebas solicitadas por el Dr. Marcelo Espinoza parte accionada en el proceso administrativo y en fecha 20 de mayo de del 2008 el servidor público es notificado con la acción de personal emitida por el Ministro de Trabajo y Empleo en el cual consta la destitución del cargo de Inspector de Trabajo, resolución tomada por el Ministro de Trabajo y Empleo Abg. Antonio Gagliardo.

El Tribunal Contencioso Administrativo resuelve la primera excepción planteada por el accionado esto es que ha sido Juzgado en la ciudad de Quito, cuando su fuero legal y domicilio lo posee en la ciudad de Cuenca, violando el art. 24 de la Constitución de la República del Ecuador numeral 11, respecto de que ninguna persona podrá ser distraída de su Juez Competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el efecto, hecho que es verificado por el Tribunal Contencioso Administrativo con sede en Cuenca al revisar la copia certificada del expediente del sumario administrativo propuesto en contra del accionado Dr. Espinoza, hecho que consta en providencia de fecha 10 de abril del 2008 las 15h00, en el cual se abre la causa a prueba. El sumario administrativo se lo tramita en la ciudad de Quito, siendo que el lugar de trabajo del servidor y su domicilio lo tiene ubicado en la ciudad de Cuenca, errores en el proceso de sumario administrativo que atentan los derechos del accionado y vuelve la destitución atentatoria al ordenamiento jurídico vigente a la época como es el Articulo 23, 24 numeral 11, art 23 de la Constitución de la República del Ecuador (1998), articulo 48 del Código Civil, siendo que el procedimiento y la resolución de destitución del cargo atenta el principio de seguridad jurídica y trae como consecuencia el perjuicio al administrado.

Habiéndose violado el debido proceso consagrado en la Carta Magna del 1998, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la Ciudad de Cuenca acepta parcialmente la demanda y declara la nulidad del acto administrativo, ordenando el pago de las remuneraciones no percibidas por el servidor público desde que fue notificado con la acción de personal durante todo el tiempo que duro el proceso, dispone el pago de aportes al IESS, fondos de reserva y demás beneficios que la Institución reconoce a sus servidores, liquidación de haberes que una vez liquidada suma la cantidad de CIENTO DOCE MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

Pese a que en el proceso el actor solicita que una vez que la institución realice el pago, el Tribunal Contencioso oficie a la Contraloría General del Estado en Cuenca para que dé inicio a la acción de repetición de pago en contra del Ministro de Trabajo y Empleo Abg. Antonio Gagliardo, funcionario de quien emano el acto lesivo, dado seguimiento al proceso y habiendo sido negado el recurso de casación, se puede observar que aun a la presente fecha no se ha dado inicio a la acción de repetición de pago, así como tampoco en el Ministerio de Trabajo existe informe alguno respecto de investigación alguna para determinar la supuesta responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos que ocasionaron que esta cartera de Estado haya tenido que indemnizar al accionado con el valor de $120.000,00 por el acto violatorio y arbitrario del que fue víctima el ciudadano.

La Contraloría General del Estado, el Propio Ministerio de Trabajo hasta la actualidad no ha iniciado acción alguna para recuperar los valores que fueron cancelados al Dr. Espinoza por el daño sufrido, dinero que como he indicado en líneas anteriores no pertenece al Estado, si no a la ciudadanía, sujetos que se ven afectados debido a que el Estado se encuentra continuamente obligado a reparar el daño causado a los particulares que no tienen la obligación de soportar el acto dañoso.

En las dos sentencias analizadas se puede observar que en ningún caso sea iniciado por parte del Estado ecuatoriano la acción de repetición de pago en contra de los servidores que ocasionaron el perjuicio, la pregunta que me realizo es ¿por qué no se lo ha realizado?

Es por que las autoridades públicas no tienen obligación legal alguna de hacerlo, porque no tiene un término para presentarlo y porque nuestra legislación hasta el momento no ha establecido una sanción por la omisión de la máxima autoridad por no iniciar e impulsar las acciones de repetición en contra de los servidores que con sus actos, hechos o contratos, atentaron y quebrantaron y violaron derechos de los ciudadanos que conforme lo hemos estudiado a lo largo del presente trabajo, no tienen la obligación legal de soportarlo.

Los jueces al declarar la responsabilidad extracontractual del Estado si bien en la sentencia no identifican claramente al funcionario o servidor o autoridad que ocasiono el perjuicio, tanto en el primer caso como en el segundo caso analizan y sugieren al momento en el que se produce el hecho y la persona de la que emanó el acto u omisión, es decir si bien por el principio de legítima defensa el Juez no puede en sentencia determinar responsabilidad alguna, es obligación de la máxima autoridad investigar e iniciar la acción de repetición de pago tomado como base la sentencia sobre la cual se ordena al Estado ecuatoriano restituir los derechos del afectado, así como el pago de la correspondiente indemnización.

CONCLUSIONES

Como resultado del tema analizado se ha podido llegar a las siguientes conclusiones:

1) El Estado es la asociación humana más compleja que el hombre ha podido crear, al hablar de Estado de derecho debemos entender como el Estado sometido al derecho, mismo que tiene como elementos esenciales: la población que lo integra, el fin que persigue, el territorio en el cual se desenvuelve, el gobierno que lo dirige, el poder que ostenta y regula la relación que se da entre los administrados y de estos con la administración.

   Esta súper estructura creada por el ser humano a decir de muchos autores es el último eslabón de la cadena evolutiva, en lo referente a formas de asociación es creada con el fin de regular la vida en sociedad y evitar abusos entre administrados, velar por el cumplimiento de derechos y garantizar un efectivo desenvolvimiento y desarrollo de cada individuo. El poder que tiene el Estado no debe ser entendido como instrumento de fuerza y opresión sobre los administrados más bien debe entenderse como medio de servicio para la realización de fines específicos destinados a brindar un óptimo desarrollo y garantizar los derechos establecidos en las normas que los regulan. Y en caso de en uso de ese poder actué la administración ya sea por si misma o por sus delegados y genere daños o perjuicios a los administrados se vuelve indispensable que repare el daño causado y se haga responsable del mismo. Teniendo luego el derecho de repetir la acción en contra del funcionario o servidor que origino el daño causado.
2) Si bien el Estado es responsable de su actuar en sus inicios los campos de acción a los cuales se limitaba su actuar eran restringidos, en la actualidad el campo de actuación del Estado es demasiado amplio al igual que las actividades que deben estar a su cargo por lo que muchas de ellas se encuentran en muchos casos delegados o concesionados a particulares, mismos que son responsables de obrar de manera correcta, pues el actuar ineficiente genera responsabilidad no solo para los que tienen a su cargo la delegación o concesión sino que el Estado también es responsable.
3) Con el avance y la evolución del derecho se ha vuelto sumamente importante crear un sistema de frenos y contrapesos es así que nuestra actual Constitución de la República del Ecuador ha creado una distribución de poderes en cinco funciones fundamentales, buscando que no se centralice todo en una sola persona esto con el fin de evitar el abuso de poder, situación que se ha dado a lo largo de la Historia por muchas veces en el Ecuador, de lo cual el único perjudicado resulta ser siempre el pueblo Ecuatoriano.
4) De lo manifEstado en líneas anteriores una de las funciones del Estado es la

administrativa, misma que debe responder por su acción u omisión generadora de perjuicios a los administrados y al Estado.

5) De la irresponsabilidad del Estado en sus inicios, con la evolución del mismo y basándonos en el FALLO BLANCO piedra angular del Derecho Administrativo, se generan importante avances los cuales siguen en evolución hasta nuestros días, pues de un Estado irresponsable se llega al Estado responsable no solo por la acción sino también por la omisión de sus funcionarios que igual puede causar perjuicio al administrado.
6) De lo manifEstado en líneas anteriores se vuelve sumamente necesario que si el Estado se hace responsable por su acción u omisión también responsabilice a los funcionarios o servidores públicos que fueron quienes produjeron la situación dañosa al administrado, pues es justo que si el Estado es condenado al pago de valores por el actuar de un funcionario, el mismo responda por sus actos.
7) No solo el funcionario o servidor es responsable por la acción u omisión de su actuar frente a los administrados sino también es responsable ante el Estado, pues con su acción u omisión no solo produce daño a los administrados sino también puede producirlo a la administración.
8) La proporcionalidad en soportar las cargas por los administrados debe ser uniforme para todos, cuando un administrado soporta una carga excesiva se lesiona sus derechos, esto se basa en un principio el cual nadie está obligado a soportar una carga o un sacrificio especial que no es justo y en caso de que se dé el Estado se hace responsable por los daños que sufra el administrado.
9) La responsabilidad en el avance y la evolución histórica pasa de ser una irresponsabilidad absoluta a la responsabilidad civil, continua evolucionando hasta las actuales teorías en las cuales encontramos responsabilidad administrativa, civil e indicios de responsabilidad penal, en países con un mayor avance legislativo existen la responsabilidad extracontractual por el actuar de sus funcionarios en nuestro caso nos hace falta realizar reformas para poder aplicar esta figura judicial tan necesaria para que el Estado no se siga viendo perjudicado por el actuar de la administración pública.
10) En nuestro sistema nos encontramos con la responsabilidad objetiva y la responsabilidad directa
    a. Responsabilidad objetiva: misma que se sustenta en el daño que sufre el particular por el actuar de la administración.
    b. Responsabilidad directa: el Estado está obligado a hacerse responsable, por los daños que pudiera haber cometido a un particular en el ejercicio de sus funciones, este daño puede ser causado por acción u omisión de sus funcionarios o servidores públicos, teoría que se fundamenta en que el actuar

de un funcionario público es actuar propio del Estado y no de un particular.

11) Cuando un funcionario público en su actuar genera un daño o lesión a un administrado este es responsable por sus actos u omisiones, si bien la institución de la responsabilidad extracontractual está basada en Principios constitucionales, realizando reformas a la Ley Orgánica del Servicio Público se puede hacer uso de esta institución y que no quede solo en meros enunciados liricos.
12) Los funcionarios y servidores públicos actúan de manera irresponsable en Nuestro Ordenamiento Jurídico porque tienen la certeza de que no existen acciones de repetición por su actuación, en cuanto esta institución se viabilice en nuestro sistema y se dé una aplicación real los funcionarios y servidores públicos van a ser mucho más pulcros y correctos en su actuar.
13) De lo antes mencionado y analizado la ley de la contraloría general del Estado podemos llegar a la conclusión que esta institución regula la responsabilidad del funcionario o servidor público con el Estado situación en la que no interviene el administrado perjudicado, es decir el Estado es responsable directo por el actuar de sus funcionarios.
14) La constitución actual del Estado Ecuatoriano le asigna una gran responsabilidad frente a los administrados y le hace responsable al Estado por la correcta prestación de servicios públicos, genera y desarrolla responsabilidades en caso de que no se cumplan.

RECOMENDACIONES

Para que la figura jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado deje tenga una efectiva vigencia se recomienda:

1) Que el Estado capacite a los funcionarios y servidores públicos para que se brinde servicios públicos de óptima calidad buscando no afectar a los administrados con su actuación.
2) Que se informe al servidor público de que sus acciones u omisiones generan responsabilidades mismas de las cuales es responsable el funcionario público con el Estado.
3) Capacitar a la colectividad e informar que la administración publica en su actuar es responsable tanto por sus acciones como por sus omisiones, no existen actos que realiza la administración pública sin responsabilidad.
4) Que se reforme el cuerpo normativo de la Ley Orgánica del Servicio Público, para que se pueda hacer efectivo el uso de la figura jurídica de la responsabilidad extracontractual.

5) En caso de que exista responsabilidad extracontractual del Estado por su acción u omisión y genere responsabilidad extracontractual del funcionario o servidor público esta debe ventilarse ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo

6) Concientizar a los funcionaros judiciales, sobre la celeridad que debe darse a los casos de responsabilidad extracontractual por el perjuicio causado a la administración, para que sean despachados de manera oportuna y ágil
7) Implementar vías o medios en los cuales los administrados que se vean perjudicados en el actuar de la administración puedan hacer efectivos sus derechos es decir que se pueda acceder a la justicia sin tantas trabas y que no implique un costo que perjudique al administrado.

BIBLIOGRAFÍA

Algorri, L. (2011). *Ponencias. La División y Legitimidad del Poder Político.* México: Plataforma Democrática.

Álvarez, J. (2014). *Proyecto de Reforma al Código Penal del Estado de Tlaxcala.* Tlaxcala: Congreso de Estado.

Asamblea Nacional (2008). *Constitución de la República.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Asamblea Nacional (1998). *Constitución Política Ecuador.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Armienta, G. (2013). La privatización de los servicios públicos municipales, una necesidad para la democracia y una realidad IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 86-99.

Ayala, D. (2011). *Orden Jerárquico de la Norma Constitucional y su Injerencia en el Derecho Administrativo.* Quito: UDLA.

Ayala, M. I. (2012). *Propuesta de evaluación del desempeño laboral para la Empresa CERAGEM en la ciudad de Cuenca.* Cuenca: Universidad de Cuenca.

Barrientos, M. (2008). DEL DAÑO MORAL AL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL: L A SUPERACIÓN DEL PRETIUM DOLORIS. *Revista chilena de derecho*, 85-106.

Batista, E. C. (2010). La función social de la propiedad: la recepción de León Duguit en Colombia. *Revista Criterio Jurídico*, 59-90.

Bielsa, R. (1964). *Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Heliasta.

Cabanellas, G. (2009). *Diccionario Jurídico Elemental de Derecho Razonado.* Buenos Aires: Heliasta.

Calafell, J. (1979). Los Servicios Públicos. *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 191-209.

Casermeiro, M. B. (21 de Abril de 2015). *La Calidad en los Servicios Públicos*. Obtenido de http://www.salta.gov.ar/descargas/archivos/ocspdfs/ocs_la_calidad_en_los_servicios_pub licos.pdf

CIIFEN. (22 de Abril de 2015). *Definición de Riesgo*. Obtenido de http://www.ciifen.org/index.php?option=com_content&view=category&id=84&layout=blog&Itemid=111&lang=es

Código Civil del Ecuador. (2013). *Código Civil del Ecuador,.* Quito: Corporación de Estudios

y Publicaciones.

Código Orgánico de la Función Judicial. (2012). *Código Orgánico de la Función Judicial.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Congreso de la República de Perú. (2007). *Proyecto de Ley al Servicio de Transporte Público.*

Lima.

COOTAD. (2014). *Código Orgánico Territorial, Autonomía y Descentralización.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Corte Constitucional del Ecuador. (2008). *Juicio No. 194-2008- Sala de lo Contencioso Administrativo.* Quito: Registro Oficial.

Corte Constitucional Ecuador. (2010). *Ratio No. 026-10-SCN-CC .* Quito: Corte Constitucional Ecuador.

De Conceptos. (22 de Abril de 2015). *De Conceptos.com*. Obtenido de http://deco

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (1789). *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.*

Díazgranados, S. (2001). *Responsabilidad del Estado por Daño Especial.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Dromi, J. (1998). *Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.

Electricidad, C. N. (2015). Resolución No. CNEL-GR-01-0063. Guayaquil: Empresa Eléctrica

Pública Estratégica.

ERJAFE. (2011). *Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.*

Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Farías, M. V. (2010). *Estrategias de Mejoramiento de las Estructuras Organizativas y de Planificación de las formas micro-financieras comunitarias en los cantones de Portoviejo, Jipijapa y Montecristi desarrollado por Plan Internacional, durante el período Septiembre 2009 a Fe.* Portoviejo: Universidad Técnica de Manabí.

Flores, X. (2009). *Las Acciones Afirmativas.* Guayaquil: El Telégrafo.

Gaete, R. (2008). Aplicaciones de la responsabilidad social a la nueva gestión pública. . *Doc. aportes adm. pública gest. estatal*.

Gómez, F. (22 de Abril de 2015). *Responsabilidad Civil ex delicto*. Obtenido de Universidad Pompeu Fabra: www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/T11.pdf

Gordillo, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas.* Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Guechá, C. (2011). La Falla en el Servicio: Un imputación tradicional de Responsabilidad del Estado. *Revista Prolegómenos-Derechos y Valores*, 95-109.

Guerra, Y. (2009). Conceptos sobre la responsabilidad estatal: una aproximación a la responsabilidad del Estado por Terroristas. *Revista de Derecho Principia Iuris No. 12*.

Guerrero, F. (2013). *Impugnación en sede administrativa de las responsabilidades civiles culposas determinadas por la Contraloría General del Estado.* Quito: UDLA.

Henao, J. (2008). *Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hierro, L. (1996). El Imperio de la Ley y la Crisis de la Ley. *Proyecto de Investigación DGICYT*, 287-308.

Jaramillo Hernán. (2005). *Manual de Derecho Administrativo.* Loja: UTPL.

Jaramillo, M. (2011). *El nuevo modelo de Estado en el Ecuador: Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia.* Quito: Universidad San Francisco de Quito.

Jurisprudencia Corte Constitucional de Colombia. (2015). *Sentencia No. C-549/93.* Bogotá: Corte Constitucional de Colombia.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (2010). *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. (2011). *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

LOGJCC. (2011). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

López, N. (2004). *El Procedimiento previo a la Destitución de Empleados Públicos.* Quito: Editor Luis Bolívar Marín.

LOSEP. (2012). *Ley Orgánica de Servicio Público.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Marcone, J. (2005). Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. *Andamios*, 123-148.

Mesa, A. (2013). *El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima. Hacia una teoría del precedente administrativo en Colombia.* Medellín: Universidad de Antioquía.

Mogrovejo, D. (2009). La Responsabilidad Estatal en la Constituciòn del Ecuador de 2008.

Revista de Derecho UASB Ecuador, 71-93.

Muñoz, G. A. (2010). *Responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano por la acción u omisión de sus funcionarios.* Quito: UDLA.

Ochoa, G. (2012). *La Responsabilidad extracontractual del Estado por deficiente prestación de servicios públicos, alcances y efectos en nuestra legislación.* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Ossorio, M. (2009). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.* Guatemala: Datascam.

Oxford Dictionaries. (21 de Abril de 2015). *Oxford Dictionaries*. Obtenido de Generalidad: http://www.oxforddictionaries.com/es/definicion/espanol/generalidad

Páez, D. (2012). *Responsabilidad del Estado en caso de quebrantamiento de la ecuación económico-financiera en un contrato administrativo de prestación de servicios*

petroleros, como aquellos renegociados en noviembre del 2010 en el Ecuador. Quito: Universidad San Francisco de Quito.

Paz, L. N. (2014). *Diseño de Modelo de Negocio Canvas para Banco Solidario.* Quito: Universidad Internacional del Ecuador.

Pereira, U. T. (21 de Abril de 2015). *Universidad Tecnológica de Pereira*. Obtenido de http://univirtual.utp.edu.co/pandora/scripts/oar/oar.php?

Pérez, E. (2009). *Derecho Administrativo.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Pesántez, P. (2010). *Propuesta de un nuevo sistema de administración para las empresas del sector agropecuario del Azuay.* Cuenca: Universidad de Cuenca.

Pirota, M. (2005). *Responsabilidad del Estado: Evolución y Etapas.* Panamá: Defensoría del Pueblo de la República de Panamá.

Registro Oficial 339. (2008). *Sentencia No. 168-07 Sala de lo Contencioso Administrativo.*

Quito: Registro Oficial.

Reyna, L. V. (2008). Los Servicios Públicos en el Perú: Una visión preliminar. *UNAM*, 589-600.

Rodríguez, F. (21 de Abril de 2015). *Derecho Público - Servicios Públicos*. Obtenido de http://www.feliperodriguez.com.ar/wpcontent/uploads/2013/02/DEREHO-PUBLICO- SERVICIOS-PUBLICOS.pdf

Rodríguez, M. (2007). *La acción ejecutiva ante la jurisdicción administrativa.* Quito: Administrative procedure.

Salazar, B. (2012). *Limitaciones jurídicas de la propiedad privada con respecto a la función social y ambiental estipulada en la Constitución de la República del Ecuador.* Loja: Universidad Nacional de Loja.

Saltos, H. (2007). *La Responsabilidad del Estado por la prestación deficiente de*

servicios públicos o por los actos de sus funcionarios y el ejercicio del Derecho de Repetición. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Sánchez, W. (Julio de 2011). *Aclaraciones prácticas respecto a algunas leyes mexicanas sobre nacionalidad y extranjería*. Obtenido de EUMED: www.eumed.net/rev/cccss/13/

Servicio Nacional de Contratación Pública. (07 de Febrero de 2015). *Portal Compras Públicas.*

Recuperado el 07 de Febrero de 2015, de www.portal.compraspublicas.gob.ec

Silva, B. (2012). *Evaluación Ambiental: impacto y daño. Un análisis jurídico desde la perspectiva científica.* Alicante: Universidad de Alicante.

Silva, E. V. (1995). *Derecho administrativo chileno y comparado: el servicio público.* Chile: Administrative Law.

Suing, J. (2009). *Derecho municipal y legislación ambiental.* Loja: UTPL.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2006). Jurisprudencia . En S. C. Nación, *Semanario Judicial de la Federación* (pág. 1412). México D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

UNAM. (2009). Responsabilidad Civil por productos. En UNAM, *Responsabilidad Civil* (págs.

19-29). México: Biblioteca Jurídica.

UNICEF. (22 de Abril de 2015). *El Reconocimiento de los Derechos Humanos en la Historia*.

Obtenido de www.voicesofyouth.org/.../el-reconocimiento-de-los-derechos-humanos