

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

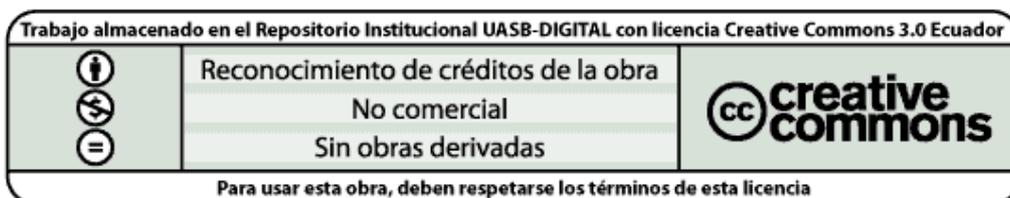
Programa de Maestría en Derecho Administrativo

Problemática en torno a la determinación de la cuantía en la indemnización por responsabilidad extracontractual del Estado en el marco de los derechos de los administrados

Autora: María Fernanda Granda Paz

Tutora: Dra. María del Carmen Jácome

Quito, 2016



Cláusula de cesión de derechos de publicación de tesis

Yo, María Fernanda Granda Paz, autora de la tesis intitulada “Problemática en torno a la determinación de la cuantía en la indemnización por responsabilidad extracontractual del Estado en el marco de los derechos de los administrados”, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

23 noviembre de 2016

Firma:

Resumen

La problemática que gira en torno a la ausencia de criterios unificadores que determinen qué parámetros deben considerar los jueces para cuantificar la indemnización de la responsabilidad extracontractual del Estado, en el Ecuador, puede ser un tema conocido por los abogados en libre ejercicio, juristas o los mismos jueces que lidian con ello a diario, este trabajo va más allá de evidenciar esta problemática, al identificar jurisprudencia internacional que determina principios o métodos que son de utilidad en la labor judicial, pretende contribuir con una propuesta que contiene una forma de cuantificación con miras a garantizar la defensa de los derechos de los administrados, lejos de ser un trabajo concluido, invita a la reflexión y contribución de todos a quienes está dirigido: abogados, jueces, estudiantes y profesores, con el objeto ambicioso de consolidarse como una guía para la determinación de la indemnización por responsabilidad extracontractual del Estado.

Dedicatoria

A mi madre, amiga incondicional, testigo del esfuerzo de cada día...

A mi padre, por brindarme ejemplo de superación académica...

A Luis que con su amor y comprensión ha acompañado y motivado cada paso

A Mily por su ternura y cariño, para quien trato de ser el mejor ejemplo posible...

Agradecimiento

A Dios, por bendecir mí día a día con fortaleza para lograr cumplir esta meta

A mis padres, por ser los primeros en confiar en este sueño

A mi tío Geovanni por su acogida generosa y su motivación constante

A mi tutora, Dra. María del Carmen Jácome, por su tiempo, su colaboración y sobre todo por su disposición para guiar este trabajo

Tabla de contenido

Introducción	7
Capítulo primero	8
La responsabilidad extracontractual	8
1. Nociones generales sobre la responsabilidad extracontractual del Estado	8
2. Elementos de la responsabilidad extracontractual	16
2.1 Daño.....	16
2.2 Nexo causal.....	28
2.3 Imputación del Estado	32
2.4 Culpa.....	35
Capítulo segundo	38
Métodos o principios que deberían guiar la cuantificación de la indemnización	38
Casos prácticos del cálculo de la cuantía por indemnización, traídos desde la jurisprudencia.....	38
2.1 Principio de Proporcionalidad	58
2.2 Principio de Equidad.....	63
2.3 Principio de Reparación Integral	65
2.3.1 Proceso fijado por la Corte Constitucional a efectos de la reparación económica por parte del Estado por vulneración de derechos	70
2.3.2 Breve estudio de sentencias emitidas por la Corte Constitucional en las que se ha considerado la interpretación contenida en la sentencia 011-16-SIS-CC	74
Capítulo tercero.....	86
Parámetros objetivos para la cuantificación del daño.....	86
3.1 Caso de muerte	86
3.2 Incapacidad total permanente	89
3.3 Incapacidad parcial permanente	92
3.4 Problemática identificada y perspectivas de solución	93
4. Conclusiones y Recomendaciones.....	95
Bibliografía	98

Introducción

Para responder a la pregunta que guió esta investigación fue necesario identificar primero los elementos teóricos que en el Ecuador configuran la responsabilidad extracontractual del Estado, para lo cual se recurrió en primer lugar a la jurisprudencia nacional la que fue complementada con doctrina altamente especializada en el tema; sentada esta base conceptual, se la plasmó en el primer capítulo, a continuación en el segundo capítulo, se imprime el resultado del estudio de la jurisprudencia internacional de altos Tribunales, reconocidos por el desarrollo que han tenido sobre el tema, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Consejo de Estado colombiano, con el análisis de sus fallos, se determinan en el segundo capítulo tres principios que orientan la labor judicial de cuantificar lo que en primeras líneas de la investigación se denominó indemnización, con el estudio realizado se distingue a la indemnización propia de la teoría civil de la reparación integral que resultó ser el término más adecuado.

Con la fuerte convicción de que el tercer capítulo de este trabajo, que contiene una propuesta, una forma de cuantificación que responda al Estado constitucional de Derechos, que cumpla con el deber de reparar de forma integral a las víctimas de su actuación u omisión que causa daño, le es necesario la contribución de profesionales que conocen ampliamente del tema, invito a su lectura y crítica constructiva a todos aquellos a quienes nos apasiona el Derecho Administrativo, segura de que una investigación seria puede contribuir desde la academia, a consolidar el respeto de la dignidad y el patrimonio de los ciudadanos.

Capítulo primero

La responsabilidad extracontractual

En este capítulo se aborda a la responsabilidad extracontractual desde varias esferas: doctrina, jurisprudencia nacional e internacional y normas constitucionales las que se complementan y permiten brindar ideas claras sobre la definición, régimen constitucional, finalidad, elementos y características particulares de esta institución jurídica.

1. Nociones generales sobre la responsabilidad extracontractual del Estado

En doctrina existen diversos criterios para definir a la responsabilidad extracontractual, el profesor Obdulio Velásquez Posada, por ejemplo, reconoce la complejidad que reviste delimitar a esta institución jurídica, lo cual puede explicarse debido, bien a su origen en la teoría de la responsabilidad civil o a las distintas denominaciones con las que se la conoce.¹

Sin embargo de la complejidad que reviste, algunos autores la han definido de la siguiente forma:

Velásquez por ejemplo, recurre en su obra, a una de las acepciones dadas por la Real Academia española que la define como una obligación de reparar y satisfacer, definición que permite acercarse a la responsabilidad como una institución jurídica.

Para los profesores Allan Brewer Carías y Jaime Santofimio Gamboa la responsabilidad extracontractual del Estado constituye “el mecanismo de cierre del sistema de protección y garantía patrimoniales de los ciudadanos frente a la acción del poder público en cualquiera de sus manifestaciones”²

Su definición, se desprende un tanto de su concepción legalista y se acerca cuanto más a un enfoque de protección de derechos humanos frente al poder irrefutable del Estado.

¹ Obdulio, Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual*, 21ra ed., (Bogotá: Temis 2009), 4-24.

² Alan Brewer Carías y Jaime Santofimio Gamboa, *El control de convencionalidad y la Responsabilidad del Estado*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012), 2.

En su acepción legal, es indiscutible que el aforismo que explica su origen es el conocido *Neminem laedere*, que entraña la esencia de la responsabilidad, *Nadie puede causar daño a otro*, en caso de trasgresión es que se configura la responsabilidad.

De forma coincidente con lo expresado en cuanto a la problemática de definición de la institución jurídica estudiada, se ha de considerar al pensamiento del tratadista García Enterría quien denomina “instituto resarcitorio” a “aquel por el cual el Estado está obligado a reparar los daños acaecidos en los ciudadanos”, este tratadista le otorga una definición individual de acuerdo al tipo de conducta que ocasiona el daño, en este sentido, afirma que cuando el daño es provocado por una actuación ilícita se denomina propiamente responsabilidad.³

Mientras que cuando el motivo del daño es una actuación lícita de la Administración, esta se denomina indemnización en derecho público, existe además una tercera especie a la que García denomina “suerte de cajón de sastre” donde a su parecer se ha aglutinado a la doctrina por riesgo y las intervenciones antijurídicas sin culpa. Sobre ésta el autor señala: “Esta tercera fórmula de carácter residual nace a raíz de la II Guerra Mundial con el objeto de cubrir todos los supuestos que generan posibles consecuencias dañosas para los ciudadanos”.⁴

Lo dicho por García de Enterría, lejos de simplificar la definición de responsabilidad extracontractual, señalando una denominación única omnicompreensiva, se adentra en un ejercicio teórico minucioso que en la praxis solo permite evidenciar que tanto la actividad regular como la irregular es causa de resarcimiento por parte del Estado, con independencia del nombre que revista y se ha citado con el objeto de demostrar que la doctrina no es pacífica en cuanto a la construcción homogénea de la definición de responsabilidad extracontractual, lo que a su vez irriga en los ordenamientos jurídicos de cada Estado una configuración distinta, tal es el caso mexicano en el que el régimen de responsabilidad patrimonial solo cubre la actuación ilícita de la Administración cuando ha causado daño, excluyéndose el derecho de la víctima a ser resarcida cuando el daño causado es la actividad lícita de la Administración.

³ Eduardo, García Enterría, *Derecho Administrativo*, Tomo II, 2da ed., (Madrid: Civitas, 1991), 354-65

⁴ *Ibíd.* 355.

Respecto a su denominación y normas que le son aplicables Dromi puntualiza:

En principio no son aplicables en materia de responsabilidad del Estado, los principios del Derecho civil. El Derecho Público por iniciativa jurisprudencial, ha elaborado una serie de reglas específicas para regularla. Se la llama todavía, a veces, responsabilidad civil del Estado pero es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica responsabilidad del Derecho privado, ni es tampoco civil en el sentido de regirse por las normas de dicho Código.⁵

Lo afirmado por el autor justamente complementa el que la responsabilidad extracontractual no cuente con una definición única, así como tampoco su denominación lo sea, ya que recibe varias denominaciones, por lo que más allá de cómo se denomine lo que ayuda a identificarla son sus elementos, Obdulio Velásquez integra a los elementos de la responsabilidad en una fórmula en la cual se proponen los siguientes:

R= Responsabilidad

C= Conducta

c= culpa

D= Daño

N= Nexo causal

La fórmula utilizada es:

$$R = (C + c + D + N)$$

Cuya interpretación es la siguiente: para conocer si se configura la responsabilidad, el juez debe apreciar que exista= Conducta, culpa o dolo, Daño antijurídico, personal y cierto y Nexo causal.

Velásquez señala que la única exclusión que reviste su fórmula es la presencia de la culpa para regímenes de responsabilidad subjetiva del Estado, elemento que desaparece al tratarse del régimen de responsabilidad objetiva, manteniendo el resto de elementos.

⁵ Roberto, Dromi, *Derecho Administrativo*, 12va ed., (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2009), 1023.

La fórmula sugerida por el autor otorga la claridad necesaria para individualizar por sus elementos jurídicos a la responsabilidad extracontractual del Estado, cuyo régimen de acuerdo a nuestra Constitución no prioriza ni un régimen subjetivo ni tampoco un régimen objetivo, dejando en manos del juez su configuración en base al caso concreto.⁶

Para los profesores Brewer y Santofimio: “los sistemas de imputación objetiva no tienen sitio ni en la doctrina ni mucho menos en la jurisprudencia, manteniendo la responsabilidad por culpa, pero una culpa objetiva por defectuoso funcionamiento de los servicios”⁷

Lo afirmado por los autores es concordante con el antecedente histórico de la responsabilidad extracontractual en el fallo Arret Blanco al que se le atribuye que la responsabilidad del Estado se haya construido sobre la definición de servicio público.

En nuestra Constitución lo que se reconoce es la obligación que tiene el Estado y sus delegatarios de reparar las violaciones a los derechos humanos causados por las acciones u omisiones de sus funcionarios o empleados públicos en el desempeño de sus cargos, así como por la deficiente prestación de los servicios públicos.

Observemos las disposiciones constitucionales tanto de la Constitución de 1998, artículo 20, cuanto de la actual carta fundamental, artículo 11 número 9:

Constitución 1998	Constitución 2008
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.	El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio
Las instituciones antes mencionadas	De una potestad pública, estarán

⁶ El fundamento para realizar esta afirmación es que en nuestra Constitución, artículo 11 número 9 la configuración de responsabilidad del Estado se presenta tanto en el supuesto de falla del servicio que doctrinariamente se reconoce como un régimen subjetivo cuanto en el accionar u omisión de los servidores en ejercicio de la función pública, lo que es propio de un régimen objetivo.

⁷ Alan Brewer Carías y Jaime Santofimio Gamboa, *El control de convencionalidad*, 42.

<p>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.</p>	<p>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. 23 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.</p>
--	--

Las diferencias entre ambas disposiciones constitucionales se encuentra en:

- a) La actual Constitución en el artículo 11 número 9, concibe no solo al accionar de los funcionarios públicos como causal de responsabilidad sino también a la omisión de los funcionarios, situación que en la Constitución de 1998 no era factible
- b) La actual configuración constitucional de la responsabilidad extracontractual prevé casos puntuales en los que el Estado será responsable, enlista los siguientes casos: detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso, lo que define a la responsabilidad del Estado en consecuencia a la violación de garantías judiciales, lo que podría ser apreciado como una

limitación a la configuración de la responsabilidad extracontractual que no se aprecia en la Constitución de 1998.

En este punto, es pertinente citar la interpretación que realizó la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional del artículo 20 de la Constitución política de 1998, al respecto la Corte afirmó:

El régimen de responsabilidad patrimonial pública, establecido en nuestro ordenamiento jurídico no puede ser considerado subjetivo en el sentido de que no se encuentra fundado en el clásico criterio de culpabilidad, cuya asignación implica un reproche a la conducta del sujeto que provoca el daño. En materia de responsabilidad pública por la deficiente prestación de servicios públicos o por los actos de funcionarios y empleados públicos, de los que se desprende un perjuicio para los administrados sería irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado de reparar el daño sufrido por el administrado, la intencionalidad con la que los sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones. Ello no significa que la intencionalidad no sea importante en el sistema de responsabilidad, pues, como lo establece el inciso segundo de la norma analizada la calificación de la culpabilidad de los funcionarios o empleados públicos determina la posibilidad de que el Estado pueda repetir en su contra los perjuicios económicos que tuvo que asumir frente a los administrados.⁸

Lo afirmado por la Sala deja entrever que en base al criterio de culpabilidad no se construye el régimen de responsabilidad extracontractual en la Constitución del 1998, como tampoco sucede en la configuración actual que quedó expuesta, si bien el aporte que realiza la interpretación que se transcribe es que del criterio de culpabilidad no se desatiende por completo, sin embargo de que no sea un elemento de la responsabilidad extracontractual, su presencia permite la acción de repetición del Estado contra el funcionario que causa el daño.

Precisamente son los fallos de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y los fallos de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional los que han identificado con sus decisiones el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha señalado dentro del juicio 19-2005 que:

⁸ Ecuador, *Gaceta judicial de la Corte Suprema de Justicia*, serie XVIII, número 8, julio-septiembre 2009, 3023.

Son presupuestos materiales para la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual, la existencia de un daño material o moral, la culpabilidad del sujeto y una relación de causa-efecto, entre el hecho ilícito y el daño producido. En el caso de las actividades riesgosas, la culpa se presume de tal forma que le corresponde al sujeto demostrar que su conducta se ha ajustado al nivel de diligencia que la ley exige en su actividad.⁹

En el razonamiento propuesto, la Sala identifica que la estructura jurídica de la responsabilidad extracontractual se compone de tres elementos que se pueden considerar como generales (daño material o moral, culpabilidad del sujeto y relación causa-efecto) y enseguida afirma un caso de excepción que puede darse sobre “actividades riesgosas” régimen en el cual no se prescinde de la culpabilidad sino que se presume su existencia.

Al parecer este pronunciamiento se estaría orientando, al tener en cuenta el elemento culpabilidad, por un régimen subjetivo de responsabilidad extracontractual en ambos casos, ya que inclusive en “actividades riesgosas” en que la doctrina señala existe un régimen objetivo, la Sala considera también presente la culpabilidad bajo presunción.

Con objeto de determinar de forma más clara el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, el mismo fallo señala:

Determinado el carácter de la responsabilidad extracontractual del Estado, como una responsabilidad por la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas o en sus bienes, es decir, demostrado el daño indemnizable hay que determinar la vinculación de la relación causa-efecto de la actividad pública con el referido daño.¹⁰

Es decir, la conceptualización de la Sala prescinde del elemento subjetivo – culpa- y centra su caracterización en la injusticia e ilicitud de los efectos en las personas o sus bienes, para lo cual es necesario la presencia de un daño demostrable y el nexo causal de la actividad pública con el daño.¹¹

⁹ Ecuador, *Gaceta Judicial de la Corte Suprema de Justicia*, Serie XVIII, Número 5, septiembre 2007-octubre 2008, 2037

¹⁰ Ecuador, *Gaceta Judicial de la Corte Suprema de Justicia*, Serie XVIII, Número 5, septiembre 2007-octubre 2008, 2038.

¹¹ En sentencias de años posteriores los fallos de los distintos Tribunales de lo Contencioso Administrativo recogerán no solo la afectación en las personas o en sus bienes sino también en el

Este último criterio de la Sala sobre el origen de la responsabilidad extracontractual dada por la ilicitud de sus resultados es un criterio que se ha reiterado en múltiples ocasiones, por lo que ha de apreciarse como un punto cardinal en esta tesis, dada la tarea compleja de encontrar puntos coincidentes en los fallos de los órganos jurisdiccionales competentes en cuanto al tema se refieren.¹²

Como se dijo en líneas precedentes, lo que permite identificar la estructura jurídica de la responsabilidad extracontractual son sus elementos que ya han sido expuestos y se estudian con mayor detenimiento a continuación; es importante antes de adentrarnos más en el tema, identificar la finalidad de la responsabilidad extracontractual para lo cual es pertinente citar a la profesora Lucinda Villamar quien señala: “La institución de la responsabilidad patrimonial del Estado no solo tiene como finalidad la reparación del daño, que fortalece la confianza en el derecho y la respetabilidad del Estado, sino el mejoramiento de la calidad de la actuación administrativa”.¹³

En coincidencia con lo afirmado por la profesora Villamar se han expresado Brewer y Santofimio al señalar:

El reconocimiento de la responsabilidad supone tanto un derecho de configuración legal a la indemnización por los daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos como la búsqueda de la eficacia en el ejercicio de la actividad administrativa, sin limitarse a un simple control, sino promoviendo la eficaz y oportuna prestación de los servicios y el cumplimiento de las funciones que la Constitución le asigna a la Administración Pública.¹⁴

Justamente esta doble finalidad de la responsabilidad extracontractual es de la que se desprende la importancia de su estudio, el que la calidad en la actuación

medio ambiente. Véase la Resolución 228-08, proveniente de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, 21 de julio de 2008.

¹² Véase: Ecuador, *Gaceta Judicial de la Corte Suprema de Justicia*, Serie XVIII, Número 4, mayo-agosto 2007, 1620-1621; *Gaceta Judicial de la Corte Suprema de Justicia*, Serie XVIII, Número 5, septiembre 2007-octubre 2008, 2037; *Gaceta Judicial de la Corte Suprema de Justicia*, Serie XVIII, Número 8, julio-septiembre 2009, 3022.

¹³ Lucinda, Villamar Corrales, “La Justicia Administrativa, el procedimiento administrativo y la responsabilidad patrimonial del Estado”. En: Cisneros Farías German, Fernández Ruiz Jorge, López Olvera Miguel Alejandro. *Justicia administrativa, II Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, (México: Instituto de investigaciones Jurídicas. 1ra ed.2007), 578.

¹⁴ Allan Brewer Carías y Jaime Santofimio Gamboa, *El control de convencionalidad*, 39.

administrativa pase de ser un anhelo a ser una realidad, afianzando la confianza en el derecho.

Para efectos de este trabajo se considerará a la responsabilidad extracontractual del Estado, una institución jurídica de derecho público que se constituye al presentarse: la acción u omisión del agente estatal o delegatario, el daño antijurídico y el nexo causal, que tiene por efecto el derecho de la(s) víctima(s) o perjudicado(s) a una indemnización cuya cuantía debería observar los principios de equidad, proporcionalidad y reparación integral.

2. Elementos de la responsabilidad extracontractual

Los elementos de la responsabilidad extracontractual que a continuación se desarrollan son aquellos que han sido determinados en los fallos de la ex Corte Suprema de Justicia y que se han reiterado por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, estos son: el daño, nexo causal y el título de imputación, puntualizando sus características, tipos de daños, causas en las que se quebranta el nexo causal y los títulos de imputación reconocidos en la doctrina: daño especial, falla en el servicio y riesgo excepcional, además se ha desarrollado el elemento culpa a efectos de determinar su configuración, sin embargo de no ser un elemento que la Corte Nacional lo haya desarrollado como elemento de la institución.

2.1 Daño

Se ha catalogado con independencia de su definición, como el elemento sine qua non de la responsabilidad extracontractual del Estado, viene a constituirse como la piedra angular de la institución jurídica que nos ocupa, lo que no supone afirmar que su sola presencia da lugar a la constitución de la responsabilidad del Estado, pero sí denota su trascendencia. Como señaló el profesor Chapus: “la ausencia del perjuicio es suficiente para hacer vano cualquier intento de comprometer la responsabilidad del Estado”.¹⁵

Con un enfoque clásico se puede afirmar que por daño se entiende toda afectación a un bien jurídico protegido, la evolución en la doctrina se ha hecho

¹⁵ Rene, Chapus, *Droit Administratif General*, (París, 1985).citado por Juan Carlos Henao, El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés (1998): 7.

presente ampliando esta afectación no solo a un bien jurídico protegido sino también a un interés legítimo.

Zannoni ha definido al daño en los siguientes términos: “Menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio, dejando por fuera el aspecto moral o espiritual.”¹⁶

La definición dada por Zannoni, restringe el concepto de daño a una de sus especies, el daño material, el mismo que se estudiará más adelante, por la que la definición se trae a colación con objeto de evidenciar únicamente sus limitaciones.

El tratadista colombiano Henao señala que el daño “es la medida del resarcimiento, si esta se supera se presenta el enriquecimiento sin causa a favor de la víctima, en cambio sí se indemniza por debajo de éste, se produce el empobrecimiento sin justa causa para la víctima.”¹⁷

Esta apreciación del autor es aceptable por su implicación práctica en cuanto a la cuantificación de la indemnización por responsabilidad del Estado, su importancia es evidente dado que este principio ha sido expuesto por Tribunales nacionales¹⁸ así como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁹.

Es criterio de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema el señalar que del daño:

Es jurídicamente relevante sea cierto, actual o futuro. Se entiende por daño cierto, la afectación probada a un interés jurídicamente protegido; es actual, el daño que ya se ha producido, v.gr, el daño emergente; y es futuro, el daño que objetivamente se espera, v.gr, el lucro cesante.²⁰

Es criterio de la Sala otorgar vital importancia a que el daño se encuentre probado y una vez cumplida esta circunstancia lo divide en daño emergente y lucro

¹⁶ Eduardo, Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, (Buenos Aires: Astrea, 3ra Ed., 2005) ,1.

¹⁷ Juan Carlos, Henao, *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, 1ra Ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998), 21.

¹⁸ Ecuador, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, caso Varela Cassis vs Estado ecuatoriano, Juicio 46-2008, 25 de agosto de 2009.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, García Ibarra y otros vs. Ecuador, 17 de noviembre de 2015.

²⁰ Ecuador, *Gaceta Judicial de la Corte Suprema de Justicia*, Serie XVIII, Número 5, septiembre 2007-octubre 2008, 2037.

cesante, que se detallan más adelante, mientras que autores como Henao o Mazeud, se han preocupado en marcar diferencias entre el daño y el perjuicio, en este orden de ideas, Mazeud señala que el daño “es el detrimento causado a la cosa, a un objeto material, mientras que perjuicio es el daño que recibe el dueño de la cosa por su destrucción o deterioro.”²¹

La diferencia realizada por el autor deja entrever que el perjuicio sería el efecto en las personas del daño dirigido a los bienes, es decir entre ellos existe una relación de causalidad, en palabras del tratadista Henao “esta distinción es útil porque permite conocer en cabeza de quien recae la posibilidad de obtener indemnización”.²²

Respecto a la indemnización es preciso preguntarnos ¿a quién le corresponde probar la existencia del daño? Parecería evidente por una regla procesal común a todos los juicios, recogida en nuestro ordenamiento por el Código Orgánico General de Procesos en el artículo 169, que la carga de la prueba de los hechos afirmados recae en la parte actora, quien los ha propuesto.

La doctrina más calificada también señala que la prueba del daño recae en la víctima, sin embargo de tales apreciaciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en casos emblemáticos como *García Ibarra y otros vs Ecuador* que: “No es necesario demostrar el daño moral o inmaterial de los padres de la víctima; por ejemplo derivado de la muerte cruel de sus hijos, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el suplicio de su hijo.”²³

Lo afirmado por la Corte, constituiría una excepción a la regla de la carga probatoria sobre la víctima respecto a la existencia del daño, que resulta consecuente con el sufrimiento de la parte lesionada y sin duda le beneficiaría procesalmente, a su vez este alto tribunal internacional de justicia ha limitado esta excepción al daño inmaterial o también denominada daño moral, cuyo contenido se estudiará en lo posterior.

²¹ Chabbas, Mazeud, Tunc, *Traité de la responsabilité civile, delictuelle et contractuelle, t II*, (París, 1970).citado por Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual*, (2009): 229.

²² Henao, *El daño: análisis comparativo* 98-99.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *García Ibarra y otros vs. Ecuador*, 17 de noviembre de 2015.

En el país existen contradicciones respecto a la necesidad de que la víctima pruebe el daño moral, en algunas ocasiones se ha afirmado que la existencia de ese daño se deduce de los hechos probados²⁴ y en otras ocasiones se ha evidenciado que solo la prueba del daño moral ha dado lugar a su indemnización, en este sentido se ha manifestado la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en el caso María Célida Cagape García contra Emelmanabí:

En cuanto al daño, si lo que se pretende es la reparación de daños materiales, o también llamados patrimoniales, se deberá probar que efectivamente el hecho dañino produjo una pérdida o disminución patrimonial (daño emergente); o que el hecho impidió o impedirá el ingreso patrimonial previsto (lucro cesante). De igual manera para pretender el resarcimiento de un daño inmaterial o extrapatrimonial, el demandante deberá probar que el hecho que provocó el daño le produjo un sufrimiento, dolor o angustia psicológica o que por el efecto del daño sus relaciones sociales, familiares o con el mundo exterior se vieron gravemente afectadas.²⁵

Dadas las decisiones contradictorias, para efectos de asegurar el reconocimiento judicial de la indemnización por daño moral, es recomendable que con los medios probatorios permitidos por la ley, se justifiquen en el proceso, las afectaciones psicológicas que pudieran resultar por la actuación del Estado.

Como se dijo en las primeras líneas de este apartado, la sola existencia del daño no presupone per se, que se declare la responsabilidad del Estado, el profesor Henao señala que hay dos posibles hipótesis en las que no obstante su existencia, el daño no es indemnizable, estas circunstancias son:

a) Situación exonerativa: En la que no se puede atribuir el daño al demandado, o; b) Cuando el imputado no tiene deber de repararlo, porque el daño producido no tiene la característica de ser antijurídico y quien lo sufre está obligado a soportarlo.²⁶

La primera circunstancia es aplicable en Colombia, cuya jurisprudencia ha identificado dos requisitos para la configuración de la responsabilidad extracontractual: el daño y la imputación del Estado, bajo cualquier título.

²⁴ Véase el caso Ecuador, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, Varela Cassis vs Estado ecuatoriano, Juicio 46-2008, 25 de agosto de 2009.

²⁵ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Recurso de Casación 293-2009, 4 de marzo de 2013.

²⁶ Henao, *El daño: análisis comparativo*, 8.

En el caso del Ecuador aun en presencia del daño y el título de imputación es necesario contar con el tercer elemento que es el nexo causal entre el daño acaecido y el título de imputación atribuible al Estado, por lo que la primera circunstancia definida por el tratadista Henao debe ser modificada señalando que se presenta una situación exonerativa cuando el daño no se puede atribuir al Estado bajo ningún título de imputación y tampoco existe un nexo causal, necesario para su configuración, de acuerdo a la jurisprudencia nacional.

En este sentido de configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado se ha manifestado la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional en el caso María Célida Cagape García contra Emelmanabí:

Entonces, lo que se deberá determinar para llegar a concluir que existe el deber de reparación es la presencia de los tres elementos que la doctrina especializada ha identificado: el daño, el nexo causal y el título de imputación. Es válido afirmar que si falta uno de estos elementos, el deber de reparar nunca se presenta; es decir, que el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado se fundamenta en la verificación de los elementos que quedan señalados, debiendo el juzgador analizar los elementos probatorios que configuren la existencia del daño, del nexo causal entre la causa del hecho dañino y la víctima, y la imputación jurídica de ese hecho a su causante; solo así nacerá la obligación del Estado para reparar íntegramente los perjuicios irrogados al particular.²⁷

En cuanto a la segunda hipótesis en la que no obstante la existencia del daño éste no es indemnizable, planteada por el tratadista Henao, nos encontramos ante la ausencia de antijuridicidad del daño, esta circunstancia es común tanto para el caso colombiano que el autor describe, cuanto para el caso ecuatoriano, como se observa a continuación es indispensable que el daño provocado sea antijurídico para que configure la obligación del Estado de resarcir.

2.1.1 Características del daño

El tratadista Zannoni, citado tantas veces en este trabajo, señala que tres son las características del daño, éste debe ser: cierto, personal y antijurídico.²⁸

²⁷ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Recurso de casación 293-2009, 4 de marzo de 2013, 7.

²⁸ Eduardo, Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, 3ra ed., (Buenos Aires: Astrea, 2005) ,44.

Señala el autor, a la certidumbre del daño se llega con los medios probatorios aportados por las partes en el proceso, esta certidumbre se opone a pretensiones del actor que se basen en lo “conjetural o hipotético”.²⁹

Que el daño sea cierto no se opone a que éste se presente en el futuro, el daño futuro también es cierto y por lo tanto es indemnizable, el profesor Velásquez Posada refiere ejemplos de daño futuro en su obra, como: la pérdida de oportunidad de recuperar la salud, de ganar un concurso, obtener un ascenso, entre otros.³⁰

Velásquez deja claro que las pérdidas de oportunidad, se consideran un daño, y son indemnizables, sin embargo reconoce la dificultad que reviste la determinación del monto a indemnizar.

Nuestra jurisprudencia, en este sentido ha señalado:

Es jurídicamente relevante el daño cierto, sea este actual o futuro: se entiende por daño cierto, la afectación probada a un interés jurídicamente protegido; es actual, el daño que ya se ha producido v.gr., el daño emergente; y es futuro, el daño que objetivamente se espera, v.gr., el lucro cesante.³¹

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la entonces Corte Suprema ha acogido el desarrollo doctrinal que existe sobre el daño, y en su fallo ha reconocido que el daño es cierto con indiferencia de si ya se ha producido o se espera objetivamente se produzca.

La segunda característica del daño, señalada en doctrina es que éste sea personal, respecto a este punto, el profesor Velásquez afirma que la característica de personal no es esencial al daño, reviste más bien un problema de orden procesal que determina en cabeza de quien recae la legitimación para reclamar una indemnización.³²

La tercera característica del daño es la antijuridicidad, este elemento es reconocido como esencial al daño, la antijuridicidad, supone que el daño sea contrario a derecho, es decir contrario a cualquiera de sus fuentes: Constitución, ley, doctrina, tratados internacionales de derechos humanos, jurisprudencia, inclusive

²⁹ *Ibíd.*, 55.

³⁰ Obdulio, Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual*, 235.

³¹ Ecuador, Gaceta Judicial de la Corte Suprema de Justicia, Serie XVIII, No 4, Mayo-Agosto 2007, 1620.

³² Obdulio, Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual*, 265.

políticas públicas que son de obligatoria aplicación por todos los funcionarios o servidores públicos, de acuerdo a los principios que rigen la aplicación de los derechos de conformidad con el artículo 11 número 8 de la Constitución.

Merkl denominó al principio que reconoce las diversas fuentes de derecho, principio de juridicidad, éste supone que el Estado no solo se somete a la ley, bajo la óptica reduccionista de considerarla como única fuente de derecho, el principio en mención también se ha denominado bloque de constitucionalidad respecto a la administración pública.³³

Por lo tanto, todo daño será antijurídico si es contrario a cualquiera de las fuentes del derecho que un Estado reconoce como tales, esto es justamente lo que diferencia a un Estado de otro, lo que su concepción particular entienda por fuente de derecho.³⁴

Cuando el daño no ostenta la característica de antijuridicidad no es indemnizable, Velásquez Posada refiere un ejemplo en el que se presenta esta hipótesis, señala el autor que, el daño que se causa en las seguridades de un inmueble por una orden legal de allanamiento, no es indemnizable por carecer del elemento antijurídico. Continúa Velásquez por exponer los casos en que de acuerdo a la Ley Aquilia, antecedente remoto de la responsabilidad extracontractual, pese a haberse causado daño este no era indemnizable, esta situación se presentaba cuando existía:

- Consentimiento de la víctima
- Legítima defensa
- Estado de necesidad³⁵

De las circunstancias se puede apreciar con claridad meridiana porque esta ley constituyó un antecedente remoto de la responsabilidad del Estado, esta norma jurídica tuvo un carácter civilista de la responsabilidad generada por los daños causados por particulares.

³³ Eduardo García de Enterría, Eduardo y Tomas Ramón Fernández Tomas, *Curso de Derecho Administrativo I*, 3ra ed., (Madrid: Civitas, 1991), 446.

³⁴ *Ibíd.*, 439.

³⁵ Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual*, 240.

En la responsabilidad del Estado no cabría la circunstancia ni del consentimiento de la víctima ni de la legítima defensa, dado el hecho de que los funcionarios públicos materializan el accionar del Estado a través de sus acciones u omisiones que en el ejercicio de sus cargos excluyen a casos donde se pueda concebir legítima defensa o consentimiento de la víctima.

Respecto al caso de Estado de necesidad, este debería modificarse de la concepción del derecho civil a un régimen de derecho público que en nuestra Constitución se denomina Estado de excepción de conformidad con los artículos 164, 165 y 166 de la carta magna.

Esta sí puede ser considerada una circunstancia en la cual causado un daño, este no sea antijurídico, pues el fundamento sea la misma Constitución, siempre que se respeten los límites señalados en este cuerpo normativo respecto a los principios y los derechos que pueden suspenderse o limitarse.

Velásquez afirma finalmente que las circunstancias enumeradas que constituyen eximentes de responsabilidad son diferentes de lo que el autor denomina “causa extraña” título en el que se aglutina: fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima y el hecho exclusivo de un tercero.

Estas circunstancias serán estudiadas en este trabajo en el apartado que se refiere al nexo causal como elemento integrador de la responsabilidad extracontractual.

2.1.2 Daño material

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en el caso *Gonzales Lluy y otros contra Ecuador* que el daño material abarca “la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso.”³⁶

Lo señalado por este alto tribunal desglosa qué elementos se deben considerar cuando de cuantificar el daño material se trata, observa la afirmación de la Corte

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia en el caso *Gonzales Lluy y otros vs Ecuador*, 1 de septiembre de 2015, párrafo 115.

tanto el daño emergente como el lucro cesante que componen el daño material o denominado patrimonial por afectar de forma directa el patrimonio de la víctima.

Para otros autores que diferencian entre daño y perjuicio, como María Cristina Isaza, el término correcto es “perjuicio patrimonial” el mismo “está representado por las consecuencias o repercusiones del daño en la esfera económica del reclamante”.³⁷

De forma indiferente a como se denomine, lo que es de resaltar en ambas concepciones es que el daño material se circunscribe a la afectación económica que por motivo del hecho se ha presentado en el patrimonio de la víctima.

Para efectos de cuantificación, Isaza señala que el daño material reviste menos complejidad pues se produce sobre los bienes materiales que por tener un valor comercial permiten establecer cuál es el costo de su reemplazo.

2.1.2.1 Daño emergente

Equivale al desembolso de dinero que por motivos del hecho dañino tuvo que realizar la víctima o sus familiares, autores como Isaza señalan que existen dos tipos de daño emergente:

- a) Daño emergente pasado o consolidado
- b) Daño emergente futuro³⁸

El daño emergente pasado o consolidado es aquel en el que efectivamente se han realizado gastos con motivo del hecho, y lo que se pretende es un reembolso del valor pagado, que como se dijo deberá ser probado en el proceso por la víctima, desembolsos por motivo de: gastos funerarios, tratamientos médicos, curaciones, intervenciones quirúrgicas, fármacos, etc, todo aquello que tenga una relación directa con el hecho acaecido.

El daño emergente futuro, es aquel en el cual el desembolso aún no se realiza pero se espera de forma objetiva se lleve a cabo, dadas las circunstancias del hecho que ocasionó el daño.

³⁷ Isaza Posse, María Cristina, *De la cuantificación del daño*, 21ra ed., (Bogotá: Temis S.A, 2009) ,19.

³⁸ *Ibíd.* 21-24.

El tratadista Henao señala por ejemplo que en este tipo de daño, denominado por Isaza daño emergente futuro, se encontrarían valores relativos a intervenciones quirúrgicas reconstructivas que deberán realizarse en la víctima, si en el caso correspondiere.³⁹

También señala que en el caso francés en este tipo de daño emergente futuro se considera el valor de los tickets de viaje, para la víctima y un acompañante, si por ejemplo su tratamiento debe proseguir en el exterior o de la compra de un perro lazarillo si la víctima sufre de ceguera por motivo del hecho dañino.

Por su lado, Henao en lugar de clasificar al daño emergente en pasado o futuro, cita en su obra dos casos de daño emergente, el primero en las personas y el segundo en los bienes.⁴⁰

Del daño emergente en las personas se refieren a su vez dos casos específicos, cuando el hecho dañino causa la muerte de la víctima y cuando el hecho dañino produce lesiones en la víctima.

Para el primer caso, los gastos que pueden ser restituidos son: gastos funerarios, egresos patrimoniales, obligaciones contraídas a causa de la muerte, merma del activo o incremento del pasivo sea para la herencia o para la víctima en general.

Mientras que en el segundo caso de lesiones, se debe considerar todos los gastos realizados por motivo de la recuperación de la salud de la víctima, tratamientos, medicamentos, cirugías, etc.

Sin duda, cada caso particular abonará rubros diferentes, lo importante es destacar que Isaza y Henao coinciden en que todos estos gastos son restituidos cuando cumplen el requisito de ser el resultado directo del hecho dañino.

Para concluir con la distinción de casos planteado por Henao, el segundo grupo se refiere a daño emergente en los bienes, en este caso la víctima deberá recibir la cantidad de dinero necesario para reemplazar el bien, en caso de destrucción total, o para repararlo, dado su aminoración parcial.

³⁹ Henao, *El daño: análisis comparativo*, 12-13.

⁴⁰ *Ibíd.*, 4-24.

Agrega además el autor, que para efecto de reparación se deben tomar en cuenta “todas las erogaciones que son consecuencia de la privación del bien”, como por ejemplo el que se contrate un bien de similares características para reemplazo transitorio.⁴¹

Henao realiza una metáfora para ejemplificar la importancia del monto de indemnización, señala que esta se compara con un taxímetro en el que cada centavo cuenta y acerca a la víctima a una indemnización plena.

2.1.2.2 Lucro Cesante

Este se refiere a todos los ingresos que la víctima o su familia dejaron de percibir con motivo del hecho dañino, ingresos que en condiciones normales hubieran recibido fruto de la actividad laboral por su oficio o profesión.

Con el mismo criterio que se aplicó para el daño emergente, Henao descompone al lucro cesante en dos grupos: lucro cesante en lesión que sufre una persona y lucro cesante cuando la lesión es a un bien.⁴²

Cuando de la lesión que sufre la persona se haya ocasionado su muerte, los deudos tienen derecho a que se les indemnice por el dinero que dejaron de recibir de la víctima, para que esta indemnización proceda es necesario según Henao que se pruebe que la víctima proporcionaba con sus ingresos una ayuda económica a la persona que reclama la indemnización.

Cuando la lesión que sufre la víctima no acaba con su vida, la indemnización deberá cubrir la pérdida o mengua que se origina en su incapacidad laboral de acuerdo a su tipo.

Henao en su obra informa que en Colombia la aplicación de la cuantificación de la indemnización por lucro cesante ha generado dudas de si el juez debe en caso de incapacidad parcial del trabajo, decidir en abstracto.

En lo que respecta al Ecuador no existe certidumbre sobre el punto referido en los fallos, a nivel de Tribunales de única instancia se ha resuelto sobre la disyuntiva de forma variada ,en el caso citado Varela Cassis, la víctima sufrió una cuadriplejía a

⁴¹ Henao, *El daño: análisis comparativo* 22.

⁴² *Ibíd.*, 27-50.

causa del hecho dañoso, que le dejó una incapacidad definitiva permanente, en la demanda afirmó que su profesión era ser buzo, el Tribunal no consideró su profesión y al momento de resolver decidió otorgarle el valor económico equivalente a dos canastas básicas familiares por mes, multiplicadas por el número de años de lo que le restara de vida de acuerdo a la expectativa de un ecuatoriano varón.⁴³

Es decir el Tribunal optó por cuantificar en abstracto la incapacidad laboral de la víctima, la sentencia comentada quedó en firme, toda vez que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia rechazó el recurso de casación contra la sentencia proveniente del tribunal a quo.

2.1.3 Daño inmaterial

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado en la sentencia *García Ibarra y otros vs Ecuador* que el daño inmaterial:

Puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia.⁴⁴

Lo dicho por la Corte le otorga amplitud al concepto daño inmaterial, pues no se reduce a sentimientos en particular como la angustia, tristeza o el dolor, que suelen ser comunes a las definiciones que de forma escueta realizan las leyes, la amplitud del concepto se debe a que los términos utilizados como: aflicciones, alteraciones o menoscabo de valores, pueden agrupar a innumerables sentimientos que en las personas puede variar de un caso a otro y que bajo la óptica de la Corte deberán ser todos considerados bajo el concepto de daño inmaterial, además este daño no solo debe ser considerado cuando lo experimenta la víctima sino también sus allegados o miembros de su familia.

El tratadista Velásquez refiere que ya en la Ley Aquilia se reconocía la dificultad de la cuantificación del daño inmaterial, cuando el Digesto señalaba que:

⁴³ Ecuador, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro. 4, caso *Varela Cassis vs el Estado ecuatoriano*. Sentencia 25 de agosto de 2009, 1330.

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *García Ibarra y otros vs Ecuador*, Sentencia 17 de noviembre de 2015, 59.

“Aunque una cicatriz pueda deformar no es posible una valoración económica, porque el cuerpo de un hombre libre no tiene valor”.⁴⁵

Esta afirmación ha tenido eco en la doctrina ya que distintos autores han señalado que es inmoral intentar indemnizar con bienes materiales, valores de orden espiritual.

Recuérdese también la crítica que recibió una de las primeras sentencias del Consejo de Estado francés que recogió el concepto de daño moral en 1954, al señalarse que “las lágrimas nunca se amonedan.”

Velásquez al respecto toma partido por oponerse a estas críticas, señalando que la justificación de la indemnización por daño inmaterial es la dignidad de la persona humana; a la vez ha reconocido la imposibilidad de una valoración económica exacta del daño moral debido a que no es propiamente una indemnización la que recibe la víctima porque su objeto no obedece al principio de indemnidad sino “a lo sumo es una simple satisfacción por el daño causado que compense o suprima la aflicción producida por el hecho dañoso”.⁴⁶

La posición beligerante en doctrina se expresa como un antecedente histórico, pues en la actualidad la indemnización por daño moral no solo que goza de reconocimiento pacífico en la doctrina sino que también es parte del ordenamiento jurídico, por ejemplo nuestro Código Civil recoge esta posibilidad en el artículo 2232.

2.2 Nexo causal

Este elemento es propio de la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado según nuestra jurisprudencia, por lo que a continuación para desarrollar este componente se tendrá como referente varios fallos de la Corte Nacional de Justicia.

Los referidos fallos en primer lugar sintetizan que elementos deben relacionarse mediante un nexo de causalidad, en este sentido la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional señaló:

⁴⁵ Obdulio, Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual*, 248.

⁴⁶ *Ibíd.*, 254-55.

Los elementos fundamentales de esta teoría, trazados desde la perspectiva del Derecho Privado, han sido ya definidos por la Corte Suprema de Justicia, en múltiples ocasiones...; i) La relación causal **entre el hecho ilícito y el daño considerados, se ha de calificar con criterios de razonabilidad por parte de los juzgadores, en cada caso concreto**; esta Sala entiende que las distintas teorías sobre la calificación del nexo causal, que han sido proveídas por la doctrina, son para el juzgador una guía importante, pero no limitan su facultad de calificar los hechos relevantes sobre las circunstancias específicas de los asuntos puestos a su consideración.-(Énfasis añadido) ⁴⁷

La Sala con su afirmación deja claro que fue la Corte Suprema la que sentó los elementos fundamentales de la responsabilidad y estos elementos no han sido modificados en el tiempo, pues en los actuales casos se siguen reiterando, como se muestra en el ejemplo, además se reconoce la libertad del juez de actuar con discrecionalidad respecto a la calificación que considere pertinente sobre el nexo causal entre el hecho dañino y el daño, bajo el único criterio de razonabilidad.

Continúa el mismo fallo por señalar la operación intelectual que debe realizar el juez, una vez que el daño ha sido justificado en el proceso:

Definido el carácter de la responsabilidad extracontractual del Estado, como una responsabilidad por la injusticia o ilicitud de los efectos de la actividad pública en las personas, bienes o el ambiente, es evidente que, demostrado el daño indemnizable, **resta únicamente determinar la vinculación, en una relación de causa-efecto, de la actividad pública de la que se trate con el referido daño**. Se trata, pues, de atribuir los efectos dañinos a la realización de una actividad pública específica. En este sentido, **las instituciones del Estado únicamente podrán oponerse a las pretensiones resarcitorias del administrado que hubiese sufrido un daño demostrado e indemnizable, si prueban que los efectos dañinos se derivan de fuerza mayor o caso fortuito, por el hecho de un tercero o por culpa de la víctima**. Se hace notar, sin embargo, que la responsabilidad extracontractual del Estado no se enerva si la afectación a las personas, sus bienes o al ambiente, no son atribuibles de manera exclusiva a las circunstancias eximentes de responsabilidad enunciadas. ⁴⁸

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional señala con claridad que la operación intelectual debe encaminarse a determinar qué actividad pública específica generó el daño, allí hallará el nexo causal que configura la responsabilidad, lo dicho es trascendente porque si este nexo causal se rompe por los

⁴⁷ Ecuador, *Gaceta Judicial de la Corte Suprema de Justicia*, Serie XVIII, No 4, Mayo-Agosto 2007, 1620.

⁴⁸ Ecuador, *Gaceta Judicial de la Corte Suprema de Justicia*, Serie XVIII, No 4, Mayo-Agosto 2007, 1622.

eximentes de responsabilidad que el mismo fallo enuncia: fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o la culpa de la víctima, no ha lugar de la responsabilidad y por lo tanto no hay nada que compensar.

La última frase del citado fallo refiere una posibilidad en la que existiendo una causa eximente, ésta no extingue el deber de resarcir por parte del Estado, es la posibilidad que se presenta cuando la causa eximente no es exclusiva en causar el daño, puede darse entonces una mixtura en la que el daño se deba por ejemplo a fuerza mayor, un derrumbe en la carretera, que ocasiona la muerte de 7 de las 10 personas que se encontraban en un vehículo, las otras 3 mueren porque al llegar al centro de salud son víctimas de una deficiente prestación del servicio de salud pública, en el ejemplo respecto a la muerte de las 7 personas, la fuerza mayor rompe el nexo causal y extingue la posibilidad de configuración de responsabilidad del Estado; mientras que en el segundo supuesto de la muerte de las otras 3 personas sí puede configurarse la responsabilidad del Estado debido a que el derrumbe acaecido si bien se considera fuerza mayor no es causa exclusiva del daño sino que la afectación en sus vidas se presenta por una posible deficiencia en la prestación del servicio de salud.

2.2.1 Causas en las que el nexo causal se quebranta

Son dos las causas en las que el nexo causal se rompe y se torna imposible la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado, en el Ecuador, estas son: fuerza mayor o caso fortuito y la culpa de la víctima, como veremos a continuación.

2.2.1.1 Fuerza mayor o caso fortuito

Es necesario remitirse a normas civiles que definan esta figura ante la carencia de autonomía del Derecho Administrativo.⁴⁹

El artículo 30 del Código Civil señala: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

⁴⁹ Tomas, De la Cuadra Salcedo, Lección 1 el Derecho Administrativo (2012), <<http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-derecho-administrativo/lecciones-1/Leccion1.pdf>>Consulta:13 de agosto de 2016.

Por fuerza mayor se entenderán a aquellos sucesos que provienen de la naturaleza y por caso fortuito aquellos sucesos que provienen de la voluntad de una persona, en ambos casos guardan la similitud de ser irresistibles y producirse de forma extraña a la voluntad de quien sufre sus efectos en sí mismos, en sus bienes o en el ambiente.

2.2.1.2 Culpa de la víctima

Para que esta circunstancia se torne en causa eximente de responsabilidad es necesario que sea exclusiva y no concurrente con la actuación del agente dañoso.

La culpa según Medina Alcoz se debe entender en sentido amplio y no en sentido estricto como la omisión de un deber jurídico, pues no existe en el ordenamiento el deber de cuidar de uno mismo.

En sentido amplio Medina define a la culpa como el “desacierto en el obrar que perjudica al propio autor”, y se refiere a la contribución activa de la misma y no a una sola condición, Medina señala que toda víctima contribuye de forma pasiva con el hecho dañino porque se encuentra en el lugar donde se produce, más esta colaboración que la autora denomina “pasiva” no es relevante para efectos jurídicos, sino únicamente la contribución activa que se traduce en una conducta adecuada a la producción del daño.⁵⁰

Se considera en oposición a Medina que la víctima no colabora de forma pasiva en el hecho dañino por estar en el lugar donde se produce, este reconocimiento daría lugar a pensarse de que uno tiene la culpa por el lugar donde decide estar, del daño que le pueda ocasionar un suceso, de otro lado se comparte la idea de que solo la contribución activa y exclusiva de la víctima en la producción del daño es causa eximente.

Continúa la autora por afirmar que, en los ordenamientos de procedencia romana, es aplicable la regla de Pomponio: “Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligetur damnum sentire”, que significa: el daño que uno produce por su culpa, se entiende que no lo padece.

⁵⁰ María, Medina Alcoz, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, (Madrid: Dykinson, 2003), 126.

La regla es aplicable al Ecuador porque nuestro ordenamiento al igual que el de la mayoría de países de América latina tiene origen en el sistema continental romanista.

Medina radica el fundamento de que la culpa exclusiva de la víctima exonere de responsabilidad extracontractual del Estado, en el principio de autorresponsabilidad o también denominado responsabilidad negativa.

Este principio no tiene mayor desarrollo en doctrina, pero de este axioma se conoce que tiene su origen en el saber italiano, que lo explica señalando que sería inmoral que quien se cause a sí mismo un daño reclame una indemnización a un tercero.

2.3 Imputación del Estado

Bajo esta denominación se agrupan algunas de los títulos de imputación bajo los cuales el Estado es declarado responsable y obligado a indemnizar a las víctimas y/o sus familiares.

Para los catedráticos Brewer Carías y Santofimio el juicio de imputación está compuesto por dos ámbitos, el ámbito técnico que hace referencia a la relación de causalidad y el ámbito jurídico en el que se indaga qué deberes normativos o positivos son incumplidos, omitidos, cumplidos defectuosamente o existe inactividad respecto de su eficacia.⁵¹

Es el segundo ámbito el que se expone en este trabajo, que trata de explicar de forma sucinta cada uno de los títulos de imputación que no son dispuestos por una ley sino que su origen es doctrinario y jurisprudencial, como observamos a continuación.

2.3.1 Daño especial

Se ocasiona cuando la administración pública aun actuando lícita y legalmente causa un perjuicio al particular, su fundamento se origina en el principio de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas, Ruiz Orejuela señala en su obra que cuando todos los ciudadanos soportan por igual las cargas públicas, no hay

⁵¹ Allan Brewer Carías y Jaime Santofimio Gamboa, *El control de convencionalidad*, 56.

nada que indemnizar pero cuando uno soporta una carga especial, surge el deber de indemnizar a éste último.⁵²

En el mismo sentido se manifiesta Otto Mayer quien afirma:

La actividad del Estado no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado al cual los individuos pertenecen; por lo tanto nada se puede cambiar. Pero a partir del momento en que estos perjuicios afectan a un individuo de manera desigual y desproporcionada, empieza a actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material (...) habrá lo que se llama el sacrificio especial que debe indemnizarse.⁵³

Es decir el título de imputación del Estado denominado daño especial se produce ante un desequilibrio en la distribución de cargas públicas que no se origina en la ilicitud de su actos, sino en actos que aun siendo lícitos rompen esta igualdad.

De los fallos provenientes de los órganos jurisdiccionales competentes no se observa en el Ecuador, la referencia a este título de imputación; al contrario en Colombia, Ruiz ejemplifica algunos casos conocidos por el Consejo de Estado colombiano, como por ejemplo: la destrucción de un inmueble ubicado en Medellín durante la puesta en marcha de un operativo del “Comando antiextorsión y secuestro”, su reclamación dio lugar a que el Consejo reconozca que el Estado colombiano era responsable por los daños causados en la propiedad de los demandantes, bajo el título de imputación por daño especial.⁵⁴

El fallo en mención nos brinda claridad respecto a la amplitud del daño especial al señalar:

Cuando la actividad de la administración deba cumplirse en salvaguarda de los cometidos que tiene que desarrollar y de los intereses generales que deba proteger y daña a alguien en forma excepcional en su vida, honra o bienes le está imponiendo a ésta una carga especial que no tiene por qué sufrir aisladamente.

De lo que se puede apreciar que hay daño especial no solo cuando se causa un perjuicio en los bienes de un ciudadano sino también en su vida o su propia honra.

⁵² Wilson, Ruiz Orejuela, *Responsabilidad del estado*, 18.

⁵³ Otto, Mayer, *Derecho administrativo alemán*, Tomo IV, (Buenos Aires:Depalma,1954), 217.Citado por Agustín Gordillo en Teoría General del derecho Administrativo(Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo,1984),542.

⁵⁴ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo Sección tercera, fallo de 28 de julio de 1987, exp.9983, CP Carlos Betancourt Jaramillo.

2.3.2 Falla en el servicio

Este título de imputación se desglosa en tres categorías de acuerdo a Ruiz Orejuela, estas son:

- a) Falla por retardo: Se presenta en el caso de que el retardo en adoptar decisiones por parte de la administración cause daño antijurídico.
- b) Falla por omisión: Se traduce en la absoluta ausencia de acción cuando existía un deber para cumplir por la administración. Ejemplo: Requerimiento del servicio de agua potable sin que el Estado de respuesta alguna.
- c) Falla por defectuoso funcionamiento de la administración: Irregularidades que provocan prestación de un mal servicio por parte de la administración que devienen en delitos, impericia o excesos.⁵⁵

Los fallos de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo no han acogido esta clasificación más detallada del título de imputación que comprende la falla en el servicio que queda expuesta, sino que han optado por calificar de modo general como deficiente prestación de servicios públicos tal como se señalaba en la Constitución de 1998, artículo 20 y que se mantiene en nuestra Carta magna vigente en el artículo 11 número 9.⁵⁶

2.3.3 Riesgo excepcional

Se presenta en los eventos de actividades peligrosas, el profesor Ruiz Orejuela cita algunos casos en los que se puede presentar este tipo de riesgo: cuando se utiliza armas de dotación oficial, en la conducción de vehículos, redes de energía eléctrica, atentados terroristas entre otros.

En estos casos, señala el autor, lo que el demandante debe acreditar es que la actividad peligrosa fue la causa del daño, cuya reparación solicita.

De presentarse este título de imputación el Estado, solo le resta, cuando corresponda, alegar fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa de la víctima, quedando excluido el caso fortuito que no exime de responsabilidad al Estado, pues en este supuesto no rompe el nexo de causalidad.

⁵⁵ Wilson Ruiz Orejuela, *Responsabilidad del Estado*, 1-12

⁵⁶ Véase los casos: Sentencia de 25 de agosto de 2009 proveniente del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo número 4 dentro del proceso 46-2008, Varela Cassis contra el Estado ecuatoriano; Sentencia de 18 de noviembre de 2008 proveniente del mismo Tribunal dentro del proceso 100-2003, Cajape García contra la Corporación Nacional de Electricidad regional Manabí.

La Corte Nacional de Justicia sí ha optado por este título de imputación para declarar la responsabilidad del Estado, que la ha fundamentado en la siguiente forma:

El Estado compromete su responsabilidad cuando en su actividad estatal desarrollada en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un “riesgo de naturaleza excepcional”, que dada su particular gravedad excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de tal actividad pública.⁵⁷

Es decir el fundamento para declarar bajo este título de imputación, la responsabilidad extracontractual del Estado, es la igualdad en la distribución de las cargas públicas al igual que en el título de imputación del daño especial, como se había indicado en líneas precedentes.

Cuando esta igualdad se rompe entonces da lugar a que el Estado se encuentre en obligación de reparar ya que uno o varios administrados han sido afectados en su persona o sus bienes por el riesgo excepcional al que han sido expuestos por la actividad riesgosa en que se ha inmiscuido el Estado en beneficio de la comunidad.

En el caso que se comenta la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, decidió, bajo el fundamento expuesto:

Declarar que las Fuerzas Armadas colocaron a la menor fallecida, Srta. Claudia Fernanda Larriva Ávila, en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella de manera alguna tenía la obligación de soportar; por lo que se aceptan parcialmente las demandas presentadas (...) en contra del Estado ecuatoriano

Por lo que el riesgo excepcional sí se configura en un título de imputación ya que ha sido acogido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, alto órgano de justicia en materia de legalidad.

2.4 Culpa

Factor subjetivo, cuya recepción como elemento de la responsabilidad extracontractual no es pacífica en la doctrina, tratadistas como Wilson Ruiz Orejuela señalan que la culpa sí es elemento de la responsabilidad extracontractual, pero en el

⁵⁷ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Resolución del Recurso Extraordinario de Casación 139-2010, 24 de agosto de 2012.

tipo de culpa anónima, funcional u orgánica que es atribuible al Estado mismo y no al agente que causa el daño.⁵⁸

Gil Botero afirma, en contraposición con Ruiz, que el concepto de culpa resulta insuficiente para fundamentar nuevas formas de responsabilidad, por lo que se debe superar la conceptualización de su presencia como elemento integrador de la responsabilidad extracontractual.⁵⁹

Además de su insuficiencia, como la cataloga Orejuela, existen otras causas por las que no se la considera como elemento de la responsabilidad, al respecto el profesor Raúl Letelier Wartemberg señala que al analizar las características de la responsabilidad extracontractual, una de sus notas esenciales es ser un tipo de responsabilidad objetiva atribuida a una persona jurídica, es decir, al Estado.⁶⁰

Al tratarse de una persona jurídica se destierra la posibilidad de que se pueda apreciar la culpa con la que omite o actúa la administración para ser considerada a efectos de la configuración de la responsabilidad extracontractual.

El preguntarse sobre si la culpa es o no elemento de la responsabilidad deviene en un cuestionamiento que se refiere a su fundamentación, para los juristas Velásquez Posada y Paola Daza el cuestionamiento es planteado de forma incorrecta por la doctrina ya que la presencia de la culpa responde al tema del título jurídico por el que la administración tiene la obligación de reparar lo que es distinto de la fundamentación de la responsabilidad.⁶¹

Según Daza el título jurídico es la razón próxima y puede ser múltiple, sea la culpa, el daño o el riesgo, mientras que el fundamento de la responsabilidad es la razón última o definitiva que hace posible que el sujeto responda, este fundamento en su consideración es la libertad humana.

⁵⁸ Wilson Ruiz Orejuela, *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*, 1ra edición, (Bogotá: Ecoe ediciones.2013), 156.

⁵⁹ Enrique Gil Botero, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, (Bogotá: Temis, 2015) ,178.

⁶⁰ Raúl Letelier Wartemberg, “Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado”, *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XXIII,348.

⁶¹ Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual*. Vigésima primera edición, (Bogotá: Temis, 2009), 36.

De la culpa existen varias clasificaciones, así los autores han optado por distintas especies de culpa, unos la clasifican en subjetiva, aquella que atañe al ánimo del agente dañoso, este tipo de culpa se la conoce también como culpa moral.

Otro tipo será la culpa objetiva a la que se refería Orejuela, para determinar su existencia es necesaria un ejercicio intelectual de comparación de la conducta o comportamiento de una persona con otra, prudente y diligente, lo que constituye un tipo de culpa en abstracto

En cuanto a la acogida que el elemento culpa ha tenido por parte de la ex Corte Suprema o actual Sala de lo contencioso Administrativo de la Corte Nacional de justicia, como se dijo en líneas precedentes el elemento culpa ha sido citado por los fallos pero este elemento no ha sido desarrollado por los órganos jurisdiccionales que sí se han referido con detenimiento sobre el daño, el título de imputación y el nexo causal.

La omisión del juzgador se puede entender al considerar que si el régimen constitucional de donde se desprende el de responsabilidad no excluye ninguna forma en la cual a través del título de imputación existan causas en las que el Estado no esté obligado a reparar, sería limitante el que la Corte se incline por considerar a la culpa como elemento lo que constituiría que a través de la jurisprudencia existan causas en las que ante la ausencia de la culpa el Estado no repare a los ciudadanos por su acción u omisión.

Este primer capítulo ha dado a conocer los rasgos comunes y a su vez las diferencias que existen de la responsabilidad extracontractual, desde su configuración en la Constitución de 1998 y la actual Constitución, para su definición se consideró necesario recurrir a criterios doctrinarios de relevancia a fin de brindar una perspectiva diversa sobre su conceptualización, en cuanto a los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual éstos se han constituido sobre el desarrollo jurisprudencial de la ex Corte Suprema de Justicia y actual Corte Nacional, determinando que son tres sus elementos: daño, nexo causal y título de imputación.

Capítulo segundo

Métodos o principios que deberían guiar la cuantificación de la indemnización

Los profesores Brewer Carías y Santofimio Gamboa señalan respecto a la responsabilidad extracontractual que:

En el moderno derecho administrativo y en la construcción de la Responsabilidad Extracontractual del Estado lo relevante es la víctima y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos y de los derechos humanos.⁶²

Con este enfoque amplio es que se pretende dar a la víctima la importancia que merece dentro de la institución jurídica de la responsabilidad extracontractual, permitiéndonos estudiar qué principios podrían guiar al juez en su labor cuantificadora a fin de garantizar al ciudadano una real tutela judicial efectiva y la concreción del principio de igualdad.

Antes de adentrarnos en los principios que deberían ser considerados por los jueces para cuantificar el daño, es preciso analizar fallos de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional del Ecuador, para puntualizar como se ha realizado esta labor y si responden o no a alguna metodología o fija parámetros objetivos.

Casos prácticos del cálculo de la cuantía por indemnización, traídos desde la jurisprudencia

A continuación se analizan tres casos que fueron conocidos por distintos tribunales de lo contencioso administrativo en única instancia y que por la interposición de recurso extraordinario de casación llegaron a conocimiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

A. Caso Larriva

Acontecimiento que dio lugar al juicio

Accidente aéreo ocurrido con los helicópteros Gazelle E-343 y E-360 del Grupo de Aviación del Ejército # 15 denominado “Paquisha” acaecido el 24 de enero

⁶² Allan Brewer Carías Alan y Jaime Santofimio Gamboa, *El control de convencionalidad*, 34.

de 2007, en el que fallecieron siete personas, entre ellas, la entonces Ministra de Defensa, Dra. Teresa Guadalupe Larriva Gonzales, y su hija Claudia Ávila Larriva.

Demanda

Los señores Delfilio Larriva Polo, Teresa Gonzales Harris y otros en sus calidades de abuelos paternos y maternos de la Srta. Claudia Larriva, presentan recurso de plena jurisdicción o subjetivo ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en Cuenca, la pretensión de la demanda fue obtener una indemnización, de cuatro millones de dólares, por la responsabilidad extracontractual del Estado, configurada en virtud del accidente que acaeció “producto de errores de diversa índole de quienes tuvieron a su cargo y bajo su responsabilidad el transporte de varias autoridades...entre Montecristi y Manta, en el ejercicio de actividades oficiales, y el manejo de aeronaves siniestradas...”

Los demandantes argumentan que antes de acudir a este órgano jurisdiccional, elevaron la petición de indemnización al señor presidente de la República, en virtud del artículo 28 de la Ley de Modernización y el art. 23 número 15 de la Constitución vigente a la época, al no recibir respuesta oportuna ha operado el silencio administrativo positivo a su favor, por lo tanto ahora exigen en sede judicial la mencionada indemnización.

Contestación a la Demanda

La Dirección Regional de la Procuraduría, contesta a la demanda interponiendo excepciones como las siguientes:

- Negación categórica de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda
- Improcedencia de la Acción
- Incompatibilidad de acciones
- Falta de determinación del objeto de la demanda

Sentencia

El Tribunal al dictar sentencia tiene en cuenta los siguientes puntos referenciales:

Con respecto a las excepciones propuestas por la Procuraduría las desecha todas, con respecto a la primera señala que el único efecto que tiene es trasladar la carga de la prueba al accionante, con respecto a la segunda excepción-improcedencia de la acción- el Tribunal señala que “el ERJAFE no es cuerpo normativo solvente, para regular derechos constitucionales, por lo dispuesto en el artículo 141 numeral 1 y 272 de la Carta Política y su débil poder, para ser superior a una norma de carácter legal...(refiriéndose a la Ley de Modernización), considera que no es procedente la excepción señalada y por tanto la descarta”, con respecto a la tercera excepción-incompatibilidad de acciones- por considerar que ambas partes han concebido la causa como de conocimiento por haber solicitado prueba en el respectivo termino también desecha esta excepción y finalmente la cuarta excepción es desechada por cuanto el Tribunal observa que lo que el accionante solicita está dentro de la competencia del mismo ya que debe pronunciarse al respecto de la pertinencia o no del reclamo.

En el considerando noveno de la demanda el tribunal señala que:

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos orienta la forma en la que debe procederse para reparar e indemnizar los daños provocados a las personas. Su naturaleza y monto...dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores⁶³

Bajo esta premisa el tribunal fija los siguientes parámetros (aspectos en forma individual):

“Claudia Fernanda Ávila Larriva: 1. La señorita fallece el 24 de enero de 2007, cuando tenía la edad de 15 años, 2. La expectativa de vida de una ecuatoriana es la de 73 años. 3. La vida productiva, en general comienza a los 18 años; 4. La expectativa de trabajo puede concluir voluntariamente a los 65 años de edad, de los afiliados a la Seguridad Social; 5. Las posibilidades de obtener recursos económicos dependerán de la formación académica, de las actividades a las que se pueda dedicar y emprender, el éxito, que se puede tener....Dra. Guadalupe Larriva Gonzales, se tiene situaciones como las

⁶³ Ecuador, Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 3 , Sentencia de 14 de enero de 2010, Juez ponente: Dr. Pablo Cordero Díaz , Juicio 139-2010.

siguientes: 1. Fallece a la edad de 50 años; 2. Con una expectativa de vida igual a la de Claudia Ávila Larriva, su hija. 3. La vida productiva, que le restaba, teniendo el parámetro señalado para su hija es de 15 años, en el supuesto de acogerse a la jubilación por Seguridad Social. 5. Las posibilidades de obtener recursos económicos tiene igual situación que la analizada para su hija Claudia. **Todo lo dicho evidencia una relatividad, y una situación absolutamente rebatible, lo cual pone de manifiesto que para este Tribunal, determinar el monto adecuado, justo, preciso y no rebatible, no está a su alcance, puesto, que todo punto de partida, toda referencia será cuestionable.**”⁶⁴ (Énfasis añadido)

Siguiendo en el considerando Noveno y luego del análisis realizado en el acápite anterior el Tribunal finalmente determina:

Por los antecedentes expuestos, este Tribunal, toma un **punto de referencia** aunque también rebatible y es el de la profesora Consuelo Benavides Cevallos a quien el Estado ecuatoriano, el 12 de junio de 1998, le había entregado un cheque por un millón de dólares de los Estados Unidos de América a los padres de la señorita Benavides Cevallos, siendo de resaltar que la Corte Interamericana, aprueba en todos los términos la propuesta de solución amistosa, por encontrarse ajustada la propósito de la Convención Americana....Sentado este precedente, que como se manifestó, también puede ser objetado y en busca de una determinación que se aproxime a un precio justo y de equilibrio se fija en un millón de dólares por Claudia Fernanda Ávila Larriva; y en un millón de dólares por la Doctora Guadalupe Larriva.

La parte resolutive de la sentencia determina “se acepta la demanda en los términos detallados en el considerando noveno, disponiendo que los pagos se realicen en el plazo de sesenta días a contarse desde la ejecutoria de esta sentencia, se tendrá en cuenta para los fines consiguientes el derecho de repetición...”⁶⁵

⁶⁴ Ibidem

⁶⁵ Ibidem

Recurso de Casación

Es interpuesto por la Dirección Regional de la Procuraduría General del Estado, en contra de la sentencia expedida por el Tribunal, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, por las siguientes causales:

- Causal primera del artículo 3 de la Ley de casación, por falta de aplicación de los artículos 2220 y 2230 del Código Civil.
- Causal tercera de la misma disposición, por falta de aplicación de los artículos 113,115 y 116 del Código de Procedimiento Civil
- Causal cuarta, por omisión de resolver en la sentencia todos los puntos de la litis.
- Causal quinta, por cuanto el fallo materia del recurso no contiene los requisitos exigidos por la Ley.

Considerandos del recurso interpuesto

El Tribunal ante la presentación del recurso y una vez que fue admitido a trámite inicia por analizar la causal quinta, recogiendo lo afirmado por el recurrente que señalo que la sentencia debía decidir con claridad los puntos que fueran materia de la resolución, afirma a su vez “que la sentencia en cuestión contradice las normas jurídicas, todo esto por carecer de motivación, no ser clara, la reconocer el mismo juzgador que los criterios de valoración ...son rebatibles en especial el considerando noveno”.

Con base a esta argumentación del recurrente:

El Tribunal se percata de que efectivamente la sentencia del Tribunal de instancia no es nada clara, al pretender aplicar a este caso un precedente judicial que nada tiene que ver con el caso en cuestión...como el de la profesora Consuelo Benavides Cevallos que se trató ante la CIDH con alegaciones entre otros aspectos de desaparición forzosa y tortura por los

órganos de seguridad del Estado, son temas que en forma alguna nada tienen que ver con el caso que aquí se ventila..⁶⁶

Con este razonamiento el tribunal pasa a analizar la configuración de la responsabilidad extracontractual, en primer término refiriéndose a la evolución doctrinario de esta institución, para concluir señalando que:

Efectivamente estamos ante un claro caso de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado...pero únicamente con relación a la Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva..pues la señorita era menor de edad, no pertenecía a las Fuerzas Armadas y tampoco estuvo entre las invitadas oficiales al acto castrense en el cual ocurrió su fallecimiento...debiendo el Tribunal tomar en cuenta los artículos 2220 y 2230 del Código Civil. 2 En el caso de la Doctora Guadalupe Larriva Gonzales, se desempeñaba como Ministra de Defensa...voluntariamente se expuso al riesgo que conlleva trasladarse en una herramienta de guerra, en plena demostración de ejercicios bélicos, autorizando además el traslado de su hija.⁶⁷

Fijación del monto de la indemnización por responsabilidad extracontractual del Estado

Al declarar el Tribunal que la sentencia subida en grado incurrió en la causal quinta del artículo tres de la Ley de Casación, y luego del considerando expresado en el anterior acápite, el tribunal declaró que: “El Estado, en la persona institucional de las fuerzas Armadas, colocó a la Señorita Claudia Fernanda Ávila Larriva en una situación de riesgo de naturaleza excepcional que ella no tenía obligación de soportar.”

Continuando con esta deducción el tribunal afirma:

Respecto a la indemnización que debe ser pagada por el fallecimiento de la señorita...tal consideración queda a criterio de este Tribunal de Casación **teniendo en cuenta las circunstancias del caso, pues no hay una fórmula única, taxativa a la cual recurrir.** (Las negrillas me pertenecen).Consta en el proceso el acta de finiquito y descargo suscrita el 26 de abril de 2007, de la cual aparece que la H. Junta de Defensa Nacional contrato una póliza de seguros de responsabilidad civil de aeronaves No. MTRX-000000-2183 para pasajero con Interoceánica C.A de Seguros y Reaseguros, en la cual se fija el monto de la indemnización en USD 75.000,00 por muerte de cada pasajero. Las compañías de seguros tienen cálculos actuariales muy complejos y basados en muchísimas variables...por lo que este tribunal decide tomarlo en

⁶⁶ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 24 de agosto de 2012, Juez ponente: Dr. Álvaro Ojeda, Juicio 139-2010.

⁶⁷ *Ibidem*

cuenta como un punto de referencia válido...Ahora bien las Fuerza Armadas coloco a la fallecida Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva, en una situación de riesgo de naturaleza excepcional que ella de manera alguna estaba en la obligación de soportar...Todo esto hace que se considere que la indemnización por la muerte de la Señorita debía ser el doble a lo calculado en la póliza de seguros.⁶⁸

Sentencia del recurso

1) Se casa la sentencia, expedida por el Tribunal, expedida el 14 de enero de 2010, 15h25.

2) Se declara que las Fuerzas Armadas colocaron a la menor fallecida, en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella de manera alguna tenía la obligación de soportar; por lo que se aceptan parcialmente las demandas...

3) El Ministerio de Defensa Nacional(a nombre, en el presente caso del Estado ecuatoriano y de las Fuerzas Armadas) indemnizará con ciento cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América a los familiares de la Señorita Claudia Ávila Larriva.

4) Se tomará la siguiente medida de satisfacción y de no repetición: El Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas...enviará a los familiares de la Srta. Larriva una carta en la cual indique que se han tomado las medidas necesarias de seguridad de las diferentes ramas de las Fuerzas Armadas., para que nunca más vuelva a ocurrir un accidente similar...

5) Se conmina a la Procuraduría General del Estado, para que en el presente caso, recurra a las instancias administrativas y judiciales competentes para que a nombre del Estado, instaure los procedimientos y procesos pertinentes con miras al derecho de repetición.

Análisis del caso respecto a la indemnización

El fallo de única y definitiva instancia contiene crasos errores como lo que se mencionan a continuación:

En el considerando noveno el tribunal pretende analizar individualmente las circunstancias del fallecimiento de la Srta. Claudia Fernanda y la Dra. Guadalupe

⁶⁸ *Ibíd*em

Larriva, mencionando su edad, compartiendo el mismo segundo parámetro de la esperanza de vida de una mujer ecuatoriana, la vida productiva, la expectativa de trabajo, las posibilidades de obtener recursos económicos diciendo sobre este último que dependerá de la formación académica, las actividades realizadas, el éxito que se pueda tener; sin embargo de hacer estos enunciados, el tribunal no arriba a diferencias trascendentales entre estos parámetros comparables entre las víctimas.

Luego de mencionar estos parámetros de forma incompleta y sin lograr mayores diferencias, el Tribunal finalmente los desecha y opta por el camino de tomar como “punto de referencia” la indemnización recibida por los padres de la profesora Consuelo Benavides, víctima de desaparición forzosa y tortura, precedente que no tiene cabida alguna en el caso que debía resolver.

En el fallo no se encuentra motivación alguna que justifique la decisión del tribunal con respecto al monto de la indemnización o pretenda explicar el porqué de sus considerandos, sino que en su lugar emite una sentencia que reconoce en varios puntos su condición de “rebatible”, careciendo de los elementos que deben caracterizar una sentencia como: ser congruente, inequívoca y no contradictoria.

Cuando la sentencia es atacada con el Recurso de Casación interpuesto por la Dirección de la Procuraduría General del Estado, las alegaciones del recurrente con respecto a los vicios de la sentencia convencen al mismo y éste casa la sentencia, pasando a afirmar que la responsabilidad extracontractual se había configurado sí pero únicamente en la persona de la Srta. Claudia Ávila Larriva y al analizar la cuantía de la indemnización, tomó otro “punto de referencia” el valor de la póliza de seguros contratada por las Fuerzas Armadas que por muerte de un pasajero asciende al valor de 75 000 dólares de los Estados Unidos de América y en consideración de las circunstancias en las que falleció la Srta. Ávila Larriva determinan que se le debe otorgar el doble, es decir, 150 000, valor que recibirán sus familiares que interpusieron la demanda. Como observamos ambos tribunales toman puntos de referencia distintos y subjetivos, bajo diferentes consideraciones y razonamientos por lo que los valores son tan diferentes y ambos dejan de lado la individualidad de cada uno de las víctimas y las circunstancias particulares de la pérdida de sus vidas.

B. Caso Emelmanabí

Acontecimiento que dio lugar al juicio

Deficiente prestación del servicio público de electricidad que estaba a cargo de la Corporación Nacional de Electricidad S.A Regional Manabí antes Empresa Eléctrica de Manabí que ocasionó la muerte del Señor Pastor Leonardo Zambrano Zambrano acaecido el 14 de mayo del 2002.

Demanda

La demanda fue presentada el 27 de agosto de 2003 ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Portoviejo, por la señora María Célida Cajape García por sus propios y personales derechos y por los que representa de sus hijas menores de edad Génesis Dayana y Leonela Diammey Zambrano Cajape luego de relatar los fundamentos de hecho con respecto a las circunstancias en las que sucedió el fallecimiento de su conviviente y alegar que la causa de este suceso fue a consecuencia de la descarga eléctrica recibida por el mal estado y la forma anti técnica con que estaba ubicado el tendido eléctrico en la parroquia rural de Calderón en el cantón de Portoviejo, señala que el fundamento de derecho de la misma se encuentra en los artículos 23 no.1, 26 y 27, 18,20,192 y 249 de la Constitución de 1998 vigente a esa época, así como en los artículos 209,210,211 y 212 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, entre otros cuerpos legales como la Ley del Sector Eléctrico, su reglamento y normas del Código Civil.

La pretensión de la demanda es que se condene a la Empresa Eléctrica de Manabí a pagar una indemnización por concepto de daños, perjuicios y daño moral por la deficiente prestación del servicio eléctrico

Contestación a la demanda

Tanto la Procuraduría como Emelmanabí presenta las siguientes excepciones que son comunes en la contestación a la demanda:

1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda
2. Improcedencia de la demanda
3. Falta de derecho de la actora para proponer la demanda

Emelmanabí también presenta otras excepciones de forma individual:

4. Falta de legitimación del derecho de la actora para plantear la demanda toda vez que comparece alegando un derecho de unión de hecho que no se encuentra justificado procesalmente.
5. Incongruencia de la demanda
6. Prescripción de la acción
7. La incompetencia del tribunal en razón de la materia

Sentencia del Tribunal

Al pronunciarse el Tribunal sobre las excepciones desecha seis de las siete propuestas por los demandados, aceptando únicamente la cuarta excepción ya que el Tribunal determina:

Se acoge la excepción por cuanto la actora no justifica en el proceso conforme a derecho la existencia de la unión de hecho”, sin desconocer por supuesto que si la actora no tiene legitimación para reclamar la indemnización por sus propios y personales derechos, si la tiene en cambio respecto de sus hijas menores de edad por la representación legal que tiene de conformidad con los artículos 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, 28 y 300 del Código Civil y el artículo 34 del Código de Procedimiento Civil.⁶⁹

Considerandos de la sentencia

- La acción propuesta se refiere a responsabilidad extracontractual del Estado prevista en el artículo 20 de la Constitución Política.
- Son presupuestos materiales de la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual, la existencia de un daño material o moral, la culpabilidad del sujeto y una relación de causa y efecto entre el hecho ilícito y el daño producido.
- El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la licitud de sus actos o hechos, sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas o sus bienes. El comportamiento de un funcionario o empleado público es, a efecto del

⁶⁹ Ecuador, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 18 de noviembre de 2008, Juicio 293-2009.

régimen de responsabilidad extracontractual, atribuible al Estado mismo, cuando se analizan sus relaciones con el administrado.

- Los daños morales que han sufrido las menores Génesis Dayana y Leonela Diammey Zambrano Cajape se encuentran probados en el proceso: a) Partida de defunción del señor Pastor Leonardo Zambrano Zambrano, padre de las menores. b) Informe pericial que consta a fojas 180 a 183 del que se desprende que la Empresa Eléctrica Manabí brinda servicio de energía eléctrica en el sitio la Balsa de la Parroquia Calderón del cantón Portoviejo y que la causa del fallecimiento del señor Pastor Leonardo Zambrano Zambrano, fue a consecuencia de la descarga eléctrica recibida por el mal estado y la forma anti técnica con que estaba ubicado el tendido eléctrico...Los daños morales constatados son indemnizables..., porque son ciertos, esto es probados, actuales, en el caso de cada una de las menores en la presente causa; objetivamente esperables (futuros) en lo que concierne a la imposibilidad que las menores tienen de proveerse de los medios para la subsistencia y educación, por la falta de amparo y protección que le brindaría su padre, una vez que tengan edad suficiente para ello estos daños son injustos e ilícitos.

- En lo que respecta al nexo causal...se desprende: a) EMELMANABI S.A tiene a su cargo la actividad de distribución de energía eléctrica y que está sujeto al control y regulación de CONELEC ..., lo que le vuelve responsable, es una actividad de riesgo y, como tal, presupone eventuales afectaciones a los administrados, que exceden lo que les es exigible individualmente, por la ventaja colectiva que significa realizar la actividad en tales condiciones.

- Las causas eximentes, que modifican la atribución del efecto dañoso a la actividad pública, en la relación causal anotada son la fuerza mayor o el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima, siempre que se justifique su exclusividad como factor generador del daño. Lo que no se ha probado en el presente caso.

En el considerando décimo sexto se determina que por todas estas consideraciones el tribunal encuentra a Emelmanabí responsable de los daños morales producidos en las menores Zambrano Cajape y al entrar a materia de la

indemnización el Tribunal se acoge a la Convención Interamericana sobre derechos humanos en su artículo 63.1, al proceder a cuantificar la indemnización se está a lo dispuesto en el artículo 2232 del código civil que dispone que queda a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización por lo que se declara que la “reparación de los perjuicios morales solo busca atenuar el efecto anímico y psicológico condena al pago de cincuenta mil dólares(50 000,00) por este concepto”, como mecanismo adecuado a la ejecución de esta sentencia se dispone que Emelmanabí constituya un fideicomiso mercantil cuyo patrimonio autónomo sea el que las menores reciban por la indemnización, cuyas únicas beneficiarias sean las niñas Zambrano Cajape y que en el contrato de fideicomiso conste que este debe desembolsarse mensualmente la suma de cuatrocientos dólares hasta que Leonela Diammey cumpla la mayoría de edad, entonces el valor que reste deberá repartirse entre ambas en igual cantidad.⁷⁰

Recurso de Casación

De la sentencia emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo nro. 4, el 18 de noviembre del 2008, se interponen sendos recursos de casación tanto por la actora cuanto por la Procuraduría y por la empresa Emelmanabí, en lo que atañe a la cuantificación de la indemnización, que es el tema que nos ocupa, la actora alega “en lo principal que el Tribunal de instancia perjudicó sus intereses y de sus hijas al no haber reconocido daños materiales que debieron ser resarcidos; adicionalmente, sostiene que no se ha reconocido la calidad de sucesoras de sus hijas respecto a su padre fallecido, omitiendo la indemnización por esta situación....La recurrente alega que la sentencia desconoció la representación legal que tiene sobre sus hijas menores de edad al haber ordenado la constitución de un fideicomiso que administre la suma indemnizatoria.

Sentencia del recurso

La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional al resolver sobre los puntos propuestos determina con respecto a que no se ha reconocido daños materiales y que la sentencia incurre en el vicio de mínima petita, causal cuarta del artículo tres de la Ley de Casación, que es improcedente el

⁷⁰ Ibídem

reclamo de la actora pues el juzgador resolvió de acuerdo a lo propuesto por la demandante sin que exista un tema pendiente de resolución.

En cuanto al no reconocimiento del tribunal de la representación legal que la señora Cajape tiene sobre sus hijas y por esta razón la constitución del fideicomiso mercantil para que administre los fondos que por concepto de indemnización recibiría, la Sala determina que en aplicación del principio del interés superior del niño preceptuado en el art. 44 de la Constitución y 11 del Código de la niñez y Adolescencia la decisión del tribunal se ajusta al ejercicio efectivo de los derechos de las menores por lo tanto desecha también este argumento de la recurrente.

En cuanto a las otras causales alegadas por las instituciones mencionadas en sus recursos, ninguna de ellas logra que la Sala case la sentencia y por no referirse a la indemnización por responsabilidad extracontractual del Estado, no se desarrollan en este trabajo.

En su resolución la Sala decide rechazar los recursos de casación interpuestos.⁷¹

Análisis del caso respecto a la indemnización

La sentencia del tribunal es bastante clara con respecto a la constitución de responsabilidad extracontractual del Estado, repitiendo una vez más los elementos traídos de la doctrina: daño, nexos causal e imputación, requisitos que se prueban en el proceso con diligencias como el informe pericial que denotan el deficiente servicio público de electricidad prestado por Emelmanabí y el daño sobre el cual el tribunal reconoce que existe por la partida de defunción del señor Zambrano.

Los distintos criterios sobre la aplicación o no de normas civiles a esta institución jurídica de la responsabilidad extracontractual aún se mantienen en los fallos puesto que el Tribunal para fijar la cuantía de la indemnización recurre al artículo 2232 del Código Civil, mientras que en la sentencia de la Corte Nacional, sala de lo contencioso administrativo en el punto 3.3.5 de la sentencia del recurso afirma: “la responsabilidad del Estado no puede estudiarse en las normas civiles que

⁷¹ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Recurso de Casación 293,2009,4 de marzo de 2013.

regulan la responsabilidad extracontractual, sino en base a principios y doctrinas de derecho administrativo” .

Al fijar la cuantía de la indemnización el tribunal de única instancia se orienta por la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores y al tener en cuenta este principio y al estar dentro de su prudencia la cuantía de acuerdo al mencionado artículo 2232 del Código Civil la fija en 50 000, 00 dólares, nótese que los magistrados no realizan un análisis de parámetro alguno para cuantificar este valor, simplemente concluyen que como reparación de los perjuicios morales se pretende atenuar el efecto anímico y psicológico sufrido por las menores Zambrano Cajape.

C. Caso Varela Cassis

Acontecimiento que dio lugar al juicio

Accionar de funcionarios públicos (policías en servicio activo) que ocasionaron la cuadriplejía permanente del señor Fabrizio Fernando Varela Cassis accidente ocurrido el 27 de octubre del 2001.

Demanda

El Sr. Varela Cassis demanda a los señores: presidente de la República, procurador general del Estado, ministro de Gobierno y al Comandante General de la Policía, por los hechos acaecidos el 27 de octubre de 2001, fundamentos de derecho de su demanda los sustenta en los artículos: 20, 23 numerales 1, 2,5,17,20,26 y 27; arts. 35, 37, 40, 42, 43, 47,48 y 49 de la Constitución (98) así como también arts. 209 al 213 del Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva y el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Los fundamentos de hecho de la demanda se atañen a describir la persecución vehicular y el disparo del Sargento Henry Cedeño, sin motivo alguno, en contra de su persona, con una carabina de uso policial a consecuencia de lo cual quedó cuadripléjico de modo permanente, sin la posibilidad de desempeñar trabajo alguno.

Señala además que el sargento ya ha sido juzgado por la justicia penal y condenado a prisión en la primera instancia y ratificado en segunda por lo que ya no debe probar que estos daños fueron causados por el gendarme.

En sus demanda se puede apreciar la siguiente argumentación: “He debido cumplir con la exigencia perversa de certeza y determinación judicial inobjetable de responsabilidad subjetiva del agente del Estado causante del daño, creada contra legem, por la Procuraduría General del Estado, que ha convertido en subjetiva la responsabilidad objetiva del Estado, ...consignada en el oficio 017301 de 15 de junio de 2005”.

Para hacer efectivo su derecho a la indemnización por la responsabilidad extracontractual del Estado ha acudido a diferentes autoridades públicas siendo esta última el presidente de la República que ha respondido a su petición el 19 de diciembre de 2007, por el que se niega a reconocer directamente la responsabilidad, por lo tanto, señala que desde esta época debe ser contado el plazo que tiene para interponer esta demanda.

En cuanto a la cuantificación de la indemnización cita algunos parámetros que deberán ser analizados por el tribunal como los siguientes:

- Gastos médicos que incluyen: fisioterapia, rehabilitación, cuidados intensivos, etc que ascienden a cuatro cientos mil dólares.(400.000)
- Gastos de manutención de su familia(Esposa e hijo cuya existencia se sustenta con la partida de matrimonio y de nacimiento respectivas) que ya no podrá asumir por la incapacidad permanente que sufre, precisa que al ser de 1000 dólares mensuales, proyectado a 25 años, necesitará por lo menos 300 000 dólares .
- Salarios mensuales que como buzo profesional percibía por el valor de 2.500 dólares mensuales y que proyectados a 44 años de trabajo ascienden 1 200 000 dólares.
- Daño psicológico y cuadro de depresión individual y familiar los estima en 1 000 000 de dólares.

Por todo lo expuesto el actor solicita al tribunal que condene mediante sentencia a que se le pague justa indemnización, en el monto que defina un informe

pericial objetivo por los daños y perjuicios causados por los agentes de policía en un acto de servicio en el que portaban uniforme policial.

Contestación a la demanda

En la contestación a la demanda se presenta las siguientes excepciones comunes en la persona de los demandados:

1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda
2. Improcedencia de la acción
3. Falta de identidad del demandante
4. Prescripción del derecho para exigir la indemnización
5. Incompetencia del Tribunal
6. Falta de derecho del actor

Sentencia del Tribunal

El tribunal aprecia luego de declarar su competencia para conocer esta controversia, el análisis de las excepciones presentadas las cuales son rechazadas todas, trascendiendo una de ellas referida a “Falta de identidad del demandante” argumentada por la Procuraduría, por cuanto no se estampó la huella digital en presencia del actuario conforme lo dispone el artículo 1010 del Código Civil, en virtud de lo cual el tribunal aplica la disposición contenida en el artículo 192 de la Constitución que dispone “que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades” , por lo que rechaza esta excepción a su vez expresando que el accionante incluso acudió al tribunal con ocasión de la audiencia de estrados y esto fue observado por el Tribunal.

Consideraciones de la sentencia

El Tribunal al dictar sentencia realiza las siguientes puntualizaciones a cerca del caso:

- En el considerando sexto el tribunal reconoce que: “El problema jurídico que se plantea, está referido a la responsabilidad extracontractual del Estado, por lo que es pertinente, que este Tribunal

exponga los criterios sobre este tema, que constituyen precedentes jurisprudenciales”

- “La responsabilidad extracontractual del Estado hace parte, pese a la especialidad derivada del desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal en el Derecho Administrativo, de la construcción de una teoría general de la responsabilidad.”

- “El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos sino en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, en los bienes y en el ambiente.”

- El Estado no responde por los perjuicios que su actividad pueda provocar en las personas, los bienes o el ambiente, **como lo hace toda persona por el hecho de los que estuvieran bajo su cuidado o dependencia**, según el régimen previsto en el artículo 2220 y siguientes del Código Civil. Esto se debe a que la responsabilidad que se deriva del ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de sus deberes como sujetos de la actividad pública. El comportamiento de un funcionario o empleado público es, a efectos del régimen de responsabilidad analizado atribuible al Estado mismo...(Las negrillas me pertenecen).

- En cuanto a la afectación ilícita se refiere esta calificación está ligada a los deberes constitucionales de los administrados, en el sentido de que nadie puede ser obligado a asumir un sacrificio individual sino media un deber constitucional que se lo haya impuesto...resulta claro que no se puede esperar que Fabricio Francisco Varela Cassis, deba sufrir un disparo mortal por parte de un miembro de la fuerza pública (Policía Nacional), que le ocasionó una paraplejía permanente; daños materiales y morales que deben ser reparados en razón de la responsabilidad extracontractual del Estado.

- En cuanto a daños materiales y morales, El Tribunal afirma se encuentran probados en el proceso, por fotografías, certificados médicos, informe pericial, copias de recetas y facturas “de lo que se puede inferir razonablemente que tanto el actor como su familia han sufrido daño moral vinculado con el cambio trascendental en su forma de vida. Aunque los efectos psicológicos y anímicos...no se encuentran acreditados.”

- En lo que respecta al nexo causal...este Tribunal ha llegado a la convicción de que los daños probados e indemnizables tienen como causa adecuada, el hecho de las heridas graves que sufrió Fabrizio Fernando Varela Cassis, causado por el Sargento de Policía Nacional Henry Adalberto Cedeño Alcívar.⁷²

Al entrar en materia de indemnización el tribunal se refiere al artículo 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y al estar a lo dispuesto en el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil considera los siguientes parámetros:

Indemnización por daños materiales causados

- Dos canastas básicas familiares por cada mes por el tiempo de esperanza de vida de un ecuatoriano varón (OMS 70 años), según el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos a julio de 2009 se encuentra en 521.73 dólares por dos 1.043.46 dólares por cuarenta y seis años da un total de 575.989.92 dólares de los Estados Unidos de América.
- Por gastos médicos se reconoce la cantidad de 50 000 dólares de los Estados Unidos de América.

Indemnización por daño moral

- Como reparación de perjuicios morales que solo busca atenuar el efecto anímico y psicológico se fija la suma de 100 000 dólares de los Estados Unidos de América.

Dando un total de 725.989.92 dólares de los Estados Unidos de América.

Por lo que el tribunal decide aceptar la demanda y condenar al Estado ecuatoriano al pago del valor referido por los daños materiales y morales que ha sufrido el Señor Varela Cassis, por la negativa intervención de un miembro de la Fuerza Pública, concediéndoles el termino de 60 días para efectuarlo.

⁷² Ecuador, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4, Sentencia de 25 de agosto de 2009, Juez ponente: Dr. Antonio Hualpa Bello, Juicio 46-2008.

Recurso de Casación

El Recurso de Casación admitido en este caso es el propuesto por la procuraduría general del Estado en contra de la sentencia dictada por el Tribunal el 25 de agosto de 2009, fundamentándose en las causales primera y segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, por la aplicación indebida del artículo 38 de la Ley de Modernización y la falta de aplicación de los artículos 6 literal c) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, artículo 31 literal d) del Código de Procedimiento Penal, artículos 346 y 349 del Código de Procedimiento Civil.⁷³

Sentencia del recurso

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional señala en cuanto al artículo 38 de la Ley de Modernización que no existe aplicación indebida pues el acontecimiento que genera el juicio constituye un hecho de la administración y el tribunal es competente para conocer este tipo de controversias.

Los artículos señalados del código adjetivo civil se refieren a las solemnidades comunes a todos los juicios, sin que el recurrente determine cuál de estas se ha omitido en el caso sub judice, dejando entonces a la presunción de la Sala a cuál de ellas se refiere, por lo que por los constantes argumentos del recurrente sobre la competencia del tribunal aquo se presume se refiere a ella rechazando tal acusación por carecer de lógica una vez que se ha resuelto lo pertinente en el artículo 38 de la Ley de Modernización que determina la competencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

Al referirse en cambio al artículo 31 literal d) del Código de Procedimiento Penal en el que se prescribe que en materia de indemnizaciones es competente el presidente de la Corte policial, la Sala deja en claro que si la indemnización estaría encaminada en contra del policía que ha sido sentenciado penalmente sería aplicable tal norma, pero como el caso que origina este recurso no es en contra del sentenciado

⁷³ La referencia a este recurso se realiza para guardar concordancia con la estructura del trabajo y brindar al lector una visión global del proceso, aun a pesar de que en el caso que nos ocupa el recurso no se refiere a la cuantificación de la indemnización sino a la competencia del tribunal para fijarla.

sino del Estado ecuatoriano en virtud del régimen de responsabilidad extracontractual, se rechaza también tal acusación.⁷⁴

Por estas consideraciones la Sala rechaza el recurso de casación interpuesto.

Análisis del caso respecto a la indemnización

De los casos analizados, este es el primero en que encontramos que el Tribunal al dictar sentencia y cuantificar la indemnización por daños materiales, toma como parámetros, circunstancias que individualizan a la víctima como la esperanza de vida de un ecuatoriano varón según la Organización Mundial de la Salud y los aplica al multiplicarlos por dos canastas básicas mensuales, considerando este valor desde cifras elaboradas por el Instituto Nacional de Censos y Estadística al año en que se emite la sentencia, 2009.

Para el Tribunal, no obstante no haberse probado el daño moral tanto en la persona de la víctima cuanto en sus familiares, resulta de fácil deducción su existencia, por el cambio trascendental en su forma de vida y al cuantificar estos daños, repite la fórmula del caso Emelmanabí de que el fijar este valor tiene como efecto “atenuar el efecto anímico y psicológico” del Señor Varela y su familia.

Nótese que en este caso la Procuraduría General del Estado, vulnera el derecho de la víctima al introducir un requisito de “procedibilidad” para la indemnización, siendo necesario que un órgano jurisdiccional competente determine primero la responsabilidad penal del agente de policía como autor del hecho dañoso, desconociendo la naturaleza objetiva de la responsabilidad extracontractual del Estado.

El tribunal al analizar el caso sometido a su conocimiento deja claro que estando el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado supeditado a la doctrina y jurisprudencia del Derecho Administrativo no se puede desconocer que esta institución es parte de la teoría general de la responsabilidad y los elementos de la misma ya han sido trazados desde la perspectiva del Derecho privado y han sido definidos por la Corte Suprema de Justicia.

⁷⁴ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Recurso de casación 55-2011, 10 de marzo de 2011.

**Cuadro Comparativo de los parámetros seleccionados por los órganos
jurisdiccionales en casos analizados**

Caso	Reparación fijada por el TCA	Parámetro	Reparación fijada por la SCA de la CNJ	Parámetro
Larriva	1.000.000 usd	Caso Consuelo Benavides contra Estado ecuatoriano	150.000 usd	Doble de una póliza de seguro responsabilidad civil de aeronaves
Emelmanabí	50.000 usd perjuicio moral	Prudencia del juez (Art.2220 CC)	Confirma sentencia subida en grado	XX
Varela Cassis	725.989.92 usd	Canasta básica familiar; esperanza de vida, sexo, gastos médicos	Confirma sentencia subida en grado	XX

Fuente: Ecuador, Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 3 , Sentencia de 14 de enero de 2010, Juez ponente: Dr. Pablo Cordero Díaz , Juicio 139-2010.
Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 24 de agosto de 2012, Juez ponente: Dr. Álvaro Ojeda, Juicio 139-2010.
Ecuador, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 18 de noviembre de 2008, Juicio 293-2009.
Ecuador, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4, Sentencia de 25 de agosto de 2009, Juez ponente: Dr. Antonio Hualpa Bello, Juicio 46-2008.
Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Recurso de casación 293,2009, 4 de marzo de 2013.

Elaboración propia

A continuación observaremos los principios que han sido acogidos por tribunales de justicia internacionales al momento de cuantificar los daños en materia de responsabilidad extracontractual de Estado.

2.1 Principio de Proporcionalidad

Su aplicación ha tenido como objeto la resolución de problemas jurídicos constitucionales en cuanto a la ponderación entre derechos y principios. El profesor Mauricio Maldonado Muñoz afirma que la denominación- principio de proporcionalidad- es asimilado por el derecho continental europeo, que en países de habla hispana como Argentina se conoce a esta misma estructura con el nombre de

principio de razonabilidad, que en opinión de Muñoz es más adecuada puesto que permite identificar a este principio tomando en cuenta su contenido en tres subprincipios denominados: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.⁷⁵

El salto de este principio del derecho constitucional al campo del Derecho Administrativo se debe a autores como Sarmiento que lo han utilizado con el objeto de que se constituya en una herramienta útil de control utilizada por el juez frente a la actividad administrativa.

La segunda aplicación que ha recibido este principio en materia contencioso administrativa es la que se estudiará a profundidad en este trabajo, esta aplicación se refiere a su utilización como metodología para cuantificar el daño moral cuando se ha configurado la responsabilidad extracontractual del Estado.

Su aplicación por parte de los jueces en un caso concreto no ha estado libre de críticas, al efecto el tratadista Carlos Bernal Pulido señala que los detractores de este principio basan su oposición en tres problemas fundamentales que se constatan al emplearlo, los cuales son:

- a) Indeterminación de la ponderación: La objeción mantiene que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en donde se ponderan principios.
- b) Inconmensurabilidad en la ponderación: Sostiene que la ponderación es irracional porque implica la comparación de dos magnitudes que, debido a sus radicales diferencias, no serían comparables, por no tener los principios un elemento común ni una unidad de medida aplicable.
- c) Imposibilidad de predecir sus resultados: Todos los resultados de la ponderación serían particulares, dependerían de las circunstancias de cada caso y no de criterios generales. Por consiguiente, las decisiones judiciales que emergen de la ponderación conformarían una jurisprudencia ad hoc, que tendería a magnificar la justicia del caso concreto mientras, correlativamente, sacrificaría la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho.⁷⁶

Como se observa en la crítica que se realiza se considera al principio o test de proporcionalidad más cerca de la subjetividad del juez que de la objetividad que debe revestir una decisión jurisdiccional.

⁷⁵ Mauricio Maldonado Muñoz, “El Principio de Razonabilidad y su aplicación al estudio de validez de las normas jurídicas”, *Ius Humani: revista de derecho*, Vol. 3(2012/2013):139-74.

⁷⁶ Carlos, Bernal Pulido, “La racionalidad de la ponderación” en Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007).

Reconocerlo como un principio que orienta la cuantificación de la indemnización por responsabilidad extracontractual no significa el desconocer la crítica que ha generado su aplicación; su reconocimiento se aprecia para efectos de esta tesis como un loable intento de unificar los criterios jurisdiccionales al momento de determinar la suma que la víctima del daño producido por el Estado tiene derecho a recibir, sin vulnerar el principio de igualdad y el derecho al acceso a la tutela judicial efectiva e imparcial.

El Consejo de Estado colombiano es pionero en la aplicación del principio de proporcionalidad, bajo la estructura de los tres subprincipios que lo conforman quien en su jurisprudencia ha determinado:

- a) La aplicación del test de proporcionalidad es una de las metodologías aplicables para la tasación y liquidación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral.
- b) El fundamento para la aplicación del principio de proporcionalidad es una perspectiva desde un juicio de igualdad y la necesidad de ponderar ante la indeterminación y vaguedad para resolver la tensión que pueda representar la tasación y liquidación de los perjuicios morales cuando se pone en juego la tutela de derechos como la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal (enmarcado dentro del concepto global de dignidad humana), y el respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones, por medio de la lógica de la subsunción.
- c) La metodología del test de proporcionalidad, busca como objetivos: i) que haya una acreditación o prueba mínima del perjuicio moral en cabeza de los demandantes, sin que sea suplida por la simple presunción jurisprudencial de aflicción o, por las reglas de la experiencia del juzgador (suficientes para el reconocimiento del perjuicio, pero no para la tasación y liquidación), sino que debe reunir la mayor cantidad de elementos posibles a valorar, advirtiéndose las limitaciones que tiene el juez para tasar en cabeza de qué personas cabe afirmar una mayor intensidad del dolor moral o aflicción, que en otras; así mismo, ii) se busca la aplicación, en sede del contencioso administrativo, del principio de proporcionalidad, el cual no está vedado o prohibido de aplicación, ni se puede considerar solamente como una herramienta para resolver las tensiones constitucionales entre derechos, intereses y principios, sino que cabe afirmarlo, a partir del sub-principio de ponderación y del principio de la razonabilidad, en sede de la liquidación de los perjuicios morales, de tal manera que el juez oriente su raciocinio desde una perspectiva jurídica, teniendo en cuenta los mínimos criterios objetivos empleados para la tasación (una “crítica frecuente a la ponderación es que la Corte (americana) no cuenta con un criterio objetivo para valorar o comparar los intereses en juego (...)).
- d) Los criterios objetivos que se han fijado para apreciar el perjuicio moral son: i) el dolor sufrido, ii) la intensidad de la congoja; iii) la cercanía con el ser perdido, iv) derecho (s) vulnerado (s) –considerar, especialmente, la vulneración de derechos humanos, o del derecho internacional humanitario-, v) la conformación del núcleo familiar, vi) las diversas relaciones y vii) la valoración ponderada de lo que

representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción (de verse con el fallecimiento de sus familiares; o por la pérdida de bienes muebles o inmuebles).⁷⁷

Lo afirmado por los fallos del Consejo de Estado colombiano deja entrever que: El alto órgano jurisdiccional reconoce la discrecionalidad del juez para seleccionar las metodologías que va a emplear para tasar el monto que recibirá la víctima por daño moral. La necesidad de recurrir al principio de proporcionalidad se torna evidente toda vez que la subsunción no se puede aplicar porque no existe norma a la que se supedita la cuantía de la indemnización, el ejercicio de aplicar el principio de proporcionalidad es una manifestación de la ponderación que atiende a las circunstancias particulares de la víctima sin desconocer como señaló el mismo Consejo de Estado que: “No porque se deba estar a las condiciones particulares de la víctima no va a ser posible que con el tiempo la jurisprudencia pueda identificar patrones fácticos similares en varios casos, que en virtud del principio de igualdad, reclamen soluciones iguales.”

A continuación se desarrolla el contenido que ha dado el Consejo de Estado al test de proporcionalidad basado en sus tres subprincipios:

2.1.1 Test de idoneidad

Consiste en establecer si el monto a cuantificar debe ser adecuado para contribuir a compensar, como mínimo (y no a dejar indemne plenamente), adecuadamente el perjuicio que se produce en la víctima y en sus familiares, atendiendo a las circunstancias de cada caso.

2.1.2 Test de necesidad

Busca determinar que la compensación de los perjuicios morales sea consecuente con el objetivo de reparar lo más integralmente posible, pero sin desbordar la razonabilidad de la medida, teniendo en cuenta la inconmensurabilidad y la imposibilidad de encontrar un valor económico que permita dejar plenamente indemne a la víctima y los familiares que padecen un sufrimiento o aflicción.

⁷⁷ Véase las sentencias del Consejo de Estado colombiano en los casos: Argenis Vaca y otros contra el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, acción de reparación directa, Radicación número 730012331000199901967 01 (24.734), Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 27 de febrero de 2013; Gilvio López y otros contra Nación - Ministerio De Defensa - Armada Nacional, acción de reparación directa (Apelación Sentencia Expedientes Acumulados 9780, 9781 Y 9784), radicación número 68001-23-15-000-1994-09780-01(22491)A , Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 20 de marzo de 2013; Mauricio Andrés López Giraldo y otro contra la Nación, Ministerio de Educación nacional , Departamento de Tolima, acción de reparación directa, Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 29 de agosto de 2012; Esnelida Ramírez Rendón contra el Departamento de Risaralda y Municipio de Balboa, acción de reparación directa, radicación número 66001-23-31-000-2001-00098-01(24884), Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 6 de marzo de 2013.

2.1.3 Test de proporcionalidad

Con la aplicación del tercer sub principio se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de acuerdo a) las circunstancias de cada caso (cuando se trata de muerte: violenta, debida a la actividad médica, en accidente de tránsito, en actividad riesgosa -electrocución, por ejemplo-, de infante, de menor de edad, de mujer -cabeza de familia, por ejemplo-, de padre soltero, de persona de la tercera edad, de persona discapacitada, de miembro de una comunidad étnica, de miembro de comunidad LGBT, etc.; cuando se trata de lesiones: de acto violento, debida a actividad médica, en accidente de tránsito, en actividad riesgosa -electrocución por ejemplo-, de infante, de menor de edad, de mujer -cabeza de familia, por ejemplo-, de padre soltero, de persona de la tercera edad, de persona discapacitada, de miembro de una comunidad étnica, de miembro de comunidad LGBT, etc.; cuando se trata de tortura; cuando se trata de desplazamiento forzado: donde cabe tener en cuenta la pertenencia a una comunidad étnica, campesina o de especial protección; cuando se trata de acto sexual; cuando se trata de la privación de la libertad; cuando afecta el honor y la honra; cuando afecta bienes -muebles o inmuebles- fruto de actos violentos, etc.); b) con la consideración según la cual la medida de la compensación debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental, apego, capacidad de discernimiento del dolor (en función de la edad, formación y condiciones personales) (...), amor y solidaridad; c) finalmente, con la exigencia según la cual quien afirma la existencia del perjuicio moral tiene una mínima carga para su cuantificación, ya que de sólo de contarse con la presunción de aflicción como criterio, la determinación de su “quantum” obedecerá a los mínimos a reconocer en atención a las circunstancias de cada caso y a los mencionados criterios mínimos objetivos que generalmente sean aplicables, teniendo en cuenta, además, como criterios adicionales para ponderar la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada), o la limitación al ejercicio del derecho a la libertad, al honor, o cuando se trata de la pérdida de muebles o inmuebles.⁷⁸

⁷⁸ Véase las sentencias del Consejo de Estado colombiano en los casos: Argenis Vaca y otros contra el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, acción de reparación directa, Radicación número 730012331000199901967 01 (24.734), Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 27 de febrero de 2013; Gilvio López y otros contra Nación - Ministerio De Defensa - Armada Nacional, acción de reparación directa (Apelación Sentencia Expedientes Acumulados 9780, 9781 Y 9784), radicación número 68001-23-15-000-1994-09780-01(22491)A , Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 20 de marzo de 2013; Mauricio Andrés López Giraldo y otro contra la Nación, Ministerio de Educación nacional , Departamento de Tolima, acción de reparación directa, Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 29 de agosto de 2012; Esnelida Ramírez Rendón contra el Departamento de Risaralda y Municipio de Balboa, acción de reparación directa, radicación número 66001-23-31-000-2001-00098-01(24884), Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 6 de marzo de 2013.

En lo que respecta a sentencias en el Ecuador no existe la aplicación del principio o test de proporcionalidad bajo la estructura que se evidencia en este apartado con la configuración en tres subprincipios que quedan expuestos, por lo que se ha recurrido a los fallos del Consejo de Estado colombiano que constituyen una guía referencial dada su innovadora aplicación.

2.2 Principio de Equidad

Si bien este principio no es común que se cite para efectos de cuantificar los daños, es recogido en esta tesis porque tanto el Consejo de Estado colombiano⁷⁹ cuanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo han considerado como un principio idóneo para este fin.⁸⁰

En países como Italia o Perú su aplicación se justifica desde el reconocimiento en sus ordenamientos jurídicos internos, concretamente en sus Códigos Civiles. Las disposiciones de estos cuerpos normativos señalan que cuando no ha sido posible probar por parte de la víctima la afectación extrapatrimonial de sus derechos subjetivos o intereses legítimos, el juez debe cuantificar los daños de forma equitativa.

Los profesores Felipe Osterling Parodi y Alfonso Rebaza González consideran que existen dos etapas en cuanto al análisis de responsabilidad civil se refiere: i) la determinación de responsabilidad, donde se analizan los elementos de la responsabilidad civil (a saber, daño, antijuridicidad, culpa y causalidad) y, solo en caso que se logre establecer responsabilidad, ii) la cuantificación de los daños.⁸¹

Como se dijo en el primer capítulo de esta tesis, la responsabilidad extracontractual parte de la teoría de la responsabilidad civil, por lo que lo expuesto por ambos profesores tiene cabida para efectos de este capítulo, ya que estos dos

⁷⁹ Colombia, Consejo de Estado, Gilvio López y otros contra Nación - Ministerio de Defensa - Armada Nacional, acción de reparación directa (Apelación Sentencia Expedientes Acumulados 9780, 9781 y 9784), radicación número 68001-23-15-000-1994-09780-01(22491)A , Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 20 de marzo de 2013, 53.

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso García Ibarra y otros contra el Estado ecuatoriano, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia 17 de noviembre de 2015, pr.195.

⁸¹ Felipe Osterling Parodi y Alfonso Rebaza González, “La Equidad y su función cuantificadora de los daños de imposible probanza. a propósito del artículo 1332° del Código Civil” <<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20equidad%20y%20su%20funcion%20cuantificadora.pdf>>.Consulta: 15 octubre de 2016.

momentos son plenamente aplicados a la determinación de la responsabilidad extracontractual.

Osterling y Gonzáles reconocen que la aplicación del criterio de equidad es posible solamente en la segunda etapa del análisis, es decir, cuando de cuantificar los daños se trata.

La limitación que tiene la aplicación del principio de equidad supone que sólo se ha de aplicar cuando esté fuera del alcance de la víctima probar el daño de forma eficiente, por lo que el juez conocerá de este principio en caso de daño o perjuicio extrapatrimonial, pues el daño patrimonial es a todas luces más fácil de probar en virtud del lucro cesante y el daño emergente.

Los profesores Osterling y González señalan que para aplicar la equidad es indiferente la fuente de donde provenga bien puede ser contractual como tener un origen extracontractual, y en su obra refieren dos ejemplos de aplicación del principio de equidad a perjuicio inmaterial se trata de lo que denominan “pérdida de una chance” y el “daño moral”.⁸²

Para la pérdida de chance se considerará para efectos de cuantificación el valor de la oportunidad que ha sido frustrada, lo que resulta complejo dado su carácter variable, existirá entonces una relación directa y proporcional entre las probabilidades de obtener el chance y la indemnización que se determine, por lo que a mayor probabilidad de obtener la oportunidad mayor indemnización y a menor probabilidad de obtener la oportunidad menor cantidad de indemnización se deberá determinar.

Para ejemplificar lo expuesto, los tratadistas Osterling y González citan la pérdida de chance cuando por error de un abogado que no presenta la acción dentro del tiempo, el cliente se queda sin recuperar una acreencia pendiente; en el ejemplo, habría que evaluar qué probabilidades hubiera tenido esta acción de prosperar de haber sido presentada ante el órgano jurisdiccional y qué probabilidades de no obtener sentencia favorable hubiera tenido, por lo que el juez se podrá ayudar del cálculo matemático correspondiente.⁸³

⁸² *Ibid.*, 5.

⁸³ Felipe Osterling, *La Equidad y la function cuantificadora*, 8.

Lo dicho no significa que solo se tengan que considerar elementos cuantitativos de probabilidades sino también se deben de tomar en cuenta dos elementos adicionales: cualitativos y aleatorios.

Si de elementos cualitativos se trata habría que observar si en el ejemplo del abogado que provoca la pérdida de chance de su cliente, éste contaba con un título valor que reúna las condiciones legales necesarias para exigir su pago o no, y en cuanto a elementos aleatorios, considerar la decisión del juez.

Respecto al daño moral, el profesor Osterling señala que el primer paso para cuantificarlo será determinar si la afectación moral que sufre una persona tiene efectos patrimoniales. Si la respuesta es negativa, como forma de reparación, el juez podría ordenar: medidas de satisfacción, no repetición o reconocimiento, que tienen como objeto volver las cosas a su estado anterior lo que Osterling denomina una “reparación in natura”.⁸⁴ Si por el contrario la afectación moral sí tiene efectos patrimoniales se deberá condenar al responsable a pagar una suma de dinero que será determinada de acuerdo al caso, esta suma de dinero tiene en palabras de Osterling la finalidad de “aliviar las repercusiones dinerarias que haya podido causar el agravio”.

⁸⁵ Es decir un fin compensatorio y no indemnizatorio.

2.3 Principio de Reparación Integral

El concepto de reparación integral se origina en el derecho internacional de los Derechos Humanos, al efecto el profesor Jhoel Escudero señala que “son dos las finalidades de este principio, el contribuir a la realización de la justicia y el combatir la impunidad.”⁸⁶

Este principio se encuentra previsto en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la vigencia de la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional que materializa la obligación positiva de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos de adaptar sus ordenamientos internos a fin de que guarden conformidad con los postulados de este instrumento internacional.

⁸⁴ *Ibíd.*, 11.

⁸⁵ *Ibíd.*, 13.

⁸⁶ Jhoel Escudero, “Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral y su complicado desarrollo en Ecuador”, *Manual de justicia constitucional ecuatoriano: (Cuadernos de trabajo, No. 4, 2013): 273.*

Es así como el artículo 63.1 de la Convención dispone que:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá así mismo si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de estos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

La disposición que se cita, lejos de retirar de las espaldas de los Estados suscriptores la responsabilidad que tienen frente a los administrados, señala la obligación de la Corte frente a la vulneración de derechos, que como se aprecia va mucho más allá de la entrega de una indemnización sino que persigue garantizar al lesionado el goce del derecho o libertad conculcado y la reparación de las consecuencias de la vulneración de derechos, lo que se conoce como la regla *restitutio in integrum*.

Es este criterio el adoptado por la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en sus disposiciones, de entre las cuales se señala que toda sentencia deberá indicar qué medidas de reparación integral se deben adoptar de acuerdo al caso, la pertinencia del establecimiento de medidas de reparación integral para las garantías jurisdiccionales de: *hàbeas corpus*, *hàbeas data*, acción extraordinaria de protección, así como en las acciones tanto de incumplimiento y las de inconstitucionalidad.⁸⁷

Ahora bien, es pertinente señalar a continuación ¿en qué consiste la reparación integral? ¿Se trata acaso de un concepto jurídico indeterminado o existe definición de esta institución en la norma u otras fuentes de derecho?

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala en el artículo 18:

Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho,

⁸⁷Véase los artículos 17,45,49,63,165 y 137 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009. Última modificación 22 de mayo de 2016.

la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.

En la sentencia o acuerdo reparatorio deberá constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo siguiente.

La persona titular o titulares del derecho violado deberán ser necesariamente escuchadas para determinar la reparación, de ser posible en la misma audiencia. Si la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, que deberá realizarse dentro del término de ocho días.

De la disposición transcrita se puede colegir que: la reparación integral comprende: el goce del derecho o libertad conculcado, el restablecimiento a la situación anterior a la violación, la compensación económica, rehabilitación, medidas de satisfacción, de no repetición y de reconocimiento; que tanto la reparación de daño material como el inmaterial tienen finalidad compensatoria y que ésta debe observar las circunstancias del caso y la afectación al proyecto de vida, lo que más llama la atención de la disposición es que para efectos de reparación no se utiliza la denominación- víctima- que es tradicional al sistema americano de derechos humanos sino que utiliza el término “personas titulares del derecho violentado”, lo que deja la duda:¿ si el derecho violentado es la vida, los familiares podrán ser escuchados y tendrán acceso a la reparación o estarían fuera de estas posibilidades por la configuración legal que tiene la reparación integral?

Lo destacado por la norma legal citada, es que guarda sintonía con jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha definido en qué consiste la reparación al señalar: “Las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones ocurridas. Su naturaleza y monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial”.

88

Para el profesor Escudero la reparación integral se encuentra enmarcada por parámetros tales como: restauración, compensación, rehabilitación y satisfacción, lo que deviene en que la reparación este integrada por medidas materiales (económicas) e inmateriales (reconocimiento del daño) y la garantía de no repetición (políticas públicas).⁸⁹

Como se puede apreciar una reparación va mucho más allá de una indemnización que solo se ocupa de los daños materiales ocasionados, se puede decir además que la indemnización es propia de la teoría de la responsabilidad, mientras que la reparación integral tiene asidero en el derecho público, con gran raigambre constitucional e internacional.

Es conveniente en este punto explicar ¿por qué se ha de aplicar este principio al momento de cuantificar los daños provocados a los ciudadanos por la acción u omisión del Estado en sede contencioso administrativa?

La razón se encuentra en el control de convencionalidad que los jueces en general deben realizar, este control constituye una obligación, dado que el Ecuador es suscriptor de la Convención Americana de Derechos Humanos, y como se expresó en líneas anteriores este instrumento internacional reconoce la obligación del Estado de reparar por los daños irrogados a los ciudadanos, así también lo expresa nuestra Constitución en el artículo 11 número 9 y para abundar aún más en lo expuesto lo ha señalado con claridad la Corte Interamericana de Derechos Humanos al afirmar que: “Ante un caso de violación de derechos, la reparación integral constituye un deber jurídico propio del Estado”⁹⁰. En este sentido la Corte Interamericana a depositado en

⁸⁸ Corte Interamericana de derechos Humanos, Caso Acevedo Jaramillo y otros vs Perú, Excepciones preliminares, fondo reparaciones, y costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C, No144, párrafo 175

⁸⁹ Jhoel Escudero, *Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral*, 277.

⁹⁰ Véase los casos: Corte Interamericana de Derechos Humanos, García Ibarra y otros vs Ecuador, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015,

el poder judicial el control de convencionalidad en su vertiente nacional al señalar que: “Los órganos del poder judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad ex officio entre normas internas y la Convención americana, evidentemente en el marco de sus competencias y las regulaciones procesales pertinentes” .⁹¹

Lo dicho por la Corte es claro al evidenciar que el control de constitucionalidad es diferente del control de convencionalidad y que ambos tipos deben ser ejercidos por el poder judicial, dentro del marco de las competencias y normas procesales correspondientes.

De conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial la competencia para conocer las controversias que susciten entre los ciudadanos y el Estado recae en las salas de lo contencioso administrativo de la Corte Provincial, que nunca fueron creadas, por lo que la competencia se mantiene en los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo que son los llamados en primer lugar a realizar un control de convencionalidad al juzgar la vulneración de derechos llevada a cabo por acción u omisión de los servidores públicos, así como los concesionarios y delegatarios, es entonces en este momento que deberán observar principios como el de reparación integral que se estudia en este apartado.

Ahora es conveniente, expresar que este principio también ha sido objeto de críticas tal como lo reconoce la doctora María Jimena Cadavid Martínez que recoge la posición de autores como Juana Inés Acosta que señala que la reparación integral tiene vacíos y falencias aun en el mismo sistema americano, pues medidas ordenadas por la Corte no han sido cumplidas y resulta complejo su implementación en los Estados americanos.^{92 93}

párrafo 188; Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 157; Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 128; y Caso Cepeda Vargas vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 167.

⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Trabajadores cesados del Congreso vs Perú, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia

⁹² Juana Inés Acosta López, Diana Bravo Rubio, “El Cumplimiento de los Fines de Reparación Integral de las Medidas Ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos énfasis en la experiencia colombiana”, Law: Revista colombiana de derecho internacional, No.13 (Noviembre 2008):323-362.

En sintonía con lo expresado por Juana Inés Acosta, el profesor Jhoel Escudero ha señalado que la implementación de un efectivo derecho a la reparación es complejo debido a la falta de mecanismos coercitivos por parte de la Corte Interamericana para hacer cumplir sus fallos, el autor puntualiza además que del análisis realizado a las sentencias de la Corte que condenan al Ecuador ninguna se ha cumplido integralmente.⁹⁴

No obstante el reconocimiento que hace el profesor Escudero de la falta de cumplimiento de las medidas, señala que ni la falta de voluntad del Estado ni la demora en la ejecución de las sentencias son criterios suficientes para descalificar el uso del principio de reparación integral.

Este último criterio expresado por Escudero es orientador al igual que la conclusión que alcanza el trabajo de María Jimena Cadavid Martínez que señaló:

El concepto jurídico y moral de la reparación integral no es un concepto jurídico acabado, pese a que tenga sustento legal y jurisprudencial tanto nacional como internacional, pues aun caben interpretaciones, modificaciones y avances dentro de su aplicación, desarrollo y concreción.⁹⁵

Esta tesis se identifica con ambos criterios que permiten reconocer las limitaciones del alcance de este principio sin perder de vista que su aplicación para efectos de cuantificar el daño es de indudable valía.

2.3.1 Proceso fijado por la Corte Constitucional a efectos de la reparación económica por parte del Estado por vulneración de derechos

De conformidad con el artículo 19 de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, en caso de que la reparación implique el pago al afectado, la determinación de su cuantía está a cargo de dos jurisdicciones distintas, dependiendo de quién sea el obligado, en este sentido el artículo señala:

Art. 19.- Reparación económica.- Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular;

⁹³ María Jimena Cadavid Martínez, “El principio de reparación integral en la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Cuaderno semillero: revista de derecho internacional y derechos humanos, Vol II, No. 1(marzo-septiembre 2014):15-27.

⁹⁴ Jhoel Escudero, *Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral*, 280.

⁹⁵ María Jimena Cadavid Martínez, *El principio de reparación integral*, 11.

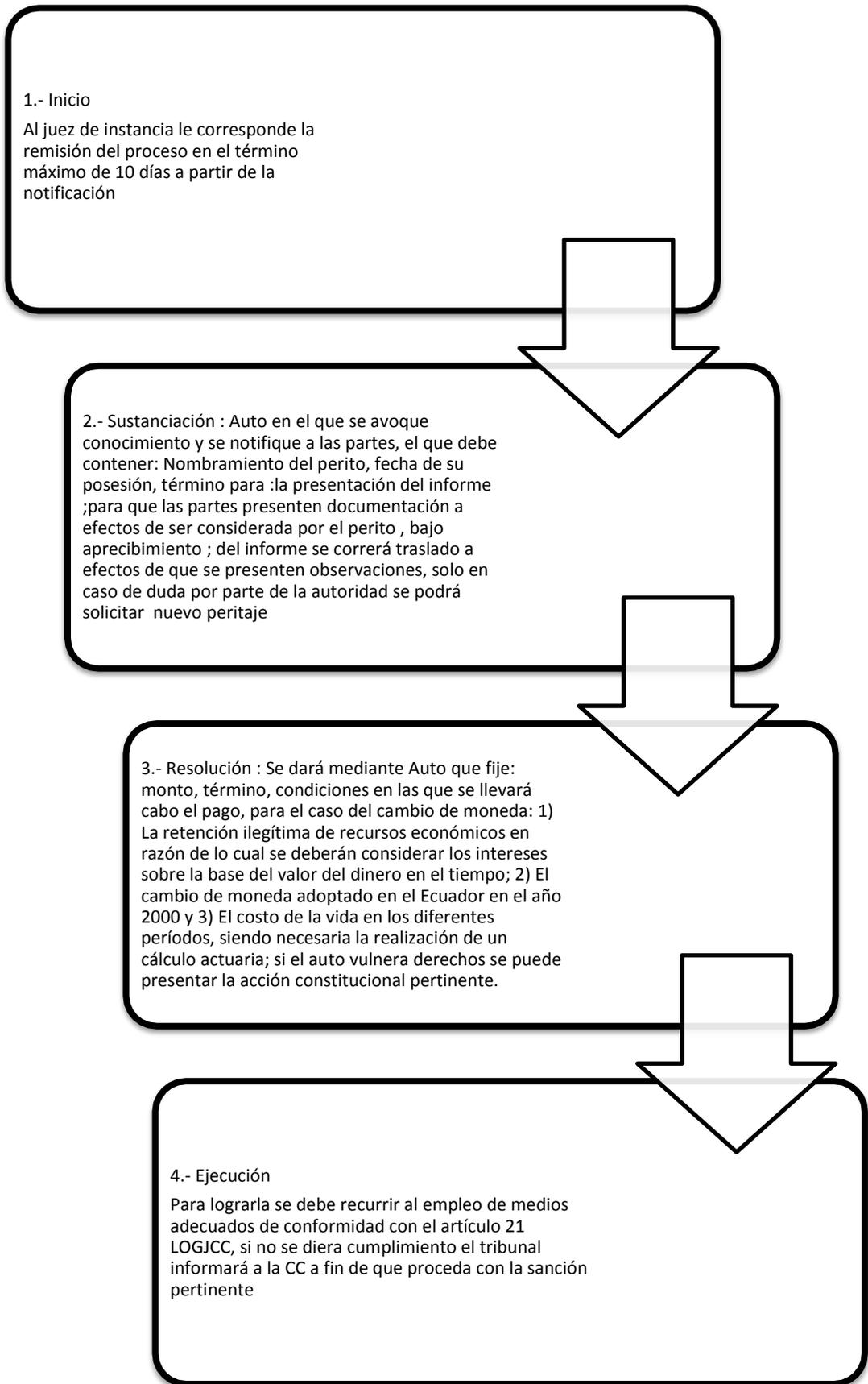
y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. Solo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite.

La disposición transcrita ha sido objeto de que la Corte Constitucional emita regla jurisprudencia a efecto de su interpretación, la Corte ha sido enfática al señalar que el proceso por el cual se determina la reparación económica no constituye la oportunidad para que los jueces del tribunal Contencioso Administrativo se pronuncien sobre la existencia o no de la vulneración de derechos, sino que se trata de la sustanciación de un proceso de ejecución con miras a cuantificar la suma de dinero que el Estado a de cancelar a la víctima.⁹⁶

La Resolución de la Corte Constitucional que se cita, no ha sido la única con miras a establecer reglas jurisprudenciales, respecto a la reparación económica, es así que la Corte emitió sentencia 011-16-SIS-CC en la que resolvió, en consideración a la competencia prevista en los artículos 436 números 1y 6 de la Constitución, interpretar con efecto erga omnes el artículo 19 de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, fijando el proceso por el cual el Tribunal de lo Contencioso Administrativo debe fijar el monto a pagar por parte del Estado, en los siguientes términos:

El proceso tendrá las siguientes etapas:

⁹⁶ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia 004-13-SAN-CC, 13 de junio de 2013.



Fuente: Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia 011-16-SIS-CC, 22 de marzo de 2016 .Elaboración propia

A efectos del análisis de la sentencia que se grafica es importante destacar los siguientes puntos:

a) Competencia de la Corte Constitucional

Para emitir la sentencia la Corte aduce realizar una interpretación del artículo 19 de la LOGJCC, que señala se hace necesaria dada la falta de uniformidad y celeridad con que los tribunales de lo contencioso administrativo sustancian la determinación de la reparación económica, pero el ejercicio de fijar el proceso por el cual el tribunal debe sustanciar el proceso de ejecución en materia de reparación económica, rebasa su competencia de interpretación, al crear un proceso cuyo desarrollo no se halla previsto ni en la Constitución ni en ley alguna.

No sería objeto de cuestionamiento si el proceso para fijar la cuantía del valor a cancelarse estaría a cargo de la misma Corte Constitucional pues en este caso bastaría una resolución interna de conformidad con el artículo 191 número 8 de la LOGJCC, que determine el proceso a la cual la Corte adecue su sustanciación, pero debido a la misma interpretación que la Corte realiza es otro órgano de la función jurisdiccional quien tiene a su cargo esta labor, el proceso que la Corte fija devendría en un atentado contra el principio de independencia, previsto en el artículo 168 número 1 de la Constitución.

Por lo que a efectos de que la decisión de la Corte Constitucional se apegue al principio de legalidad previsto en el artículo 226 de la Constitución, debería modificarse la regla jurisprudencial prevista en la sentencia 004-13-SAN-CC para que sea la misma Corte quien conozca del proceso por el cual se fije la cuantía de la reparación económica y el proceso de sustanciación quede indemne frente a cualquier cuestionamiento.

b) Nódulo crítico en cuanto al pago de honorarios del perito

Sin embargo del cuestionamiento respecto a la competencia de la Corte Constitucional para emitir la interpretación, objeto de análisis, se considera necesario que a fin de asegurar que se lleve a cabo la el informe pericial, la corte determine un mecanismo por el cual se asegure la celeridad en el pago de honorarios profesionales a favor del perito a fin de que no se dilate la sustanciación por falta de desembolso por parte del Estado de estos haberes.

c) Nódulo crítico en cuanto impugnación del auto resolutorio

A fin de que no atentara contra el principio de celeridad previsto para las garantías jurisdiccionales, el que se puede distorsionar si el Estado interpone una acción contra el auto resolutorio que fije la cantidad de la reparación económica, la Corte debería considerar el hecho de que el auto resolutorio solo pueda ser objeto de impugnación por parte del ciudadano a favor del cual se fija la reparación económica ya que es el único en la relación procesal al cual le asisten derechos, diferente del Estado a quien le asisten potestades y esta investido de poder público.

2.3.2 Breve estudio de sentencias emitidas por la Corte Constitucional en las que se ha considerado la interpretación contenida en la sentencia 011-16-SIS-CC

Como se dijo en líneas precedentes de conformidad con la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, las medidas de reparación integral deben ser ordenadas en las sentencias de: *hàbeas corpus*, *hàbeas data*, acción extraordinaria de protección, así como en las acciones tanto de incumplimiento como en las de inconstitucionalidad, por lo que a efectos de ampliar el papel que ha tenido la Corte Constitucional en materia de reparación económica, se ha seleccionado a las sentencias dictadas en acciones de incumplimiento a efectos de conocer si la Corte ha ordenado la aplicación de la interpretación contenida en la sentencia 011-16-SIS-CC, para determinar lo se ha recurrido a la página web institucional de la Corte Constitucional que contiene 55 sentencias emitidas de esta garantía, en lo posterior al 22 de marzo de 2016 y a la tesis de Susana Toral, sobre el seguimiento de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional.⁹⁷

Al azar se han seleccionado cuatro sentencias cuya breve revisión se realiza a continuación:

a) Sentencia N.º 021-16-SIS-CC

La sentencia de la que se acusa incumplimiento es la signada con el número 146-14-SEP-CC dictada dentro del caso N.º 1773-11-EP, el 1 de octubre de 2014, por la Corte Constitucional del Ecuador.

En lo que respecta a reparación económica la Corte dispuso:

El Municipio del Distrito Metropolitano de Quito pague a los accionantes un valor que considere la afectación económica que en estos diez años se generó

⁹⁷ Susana Toral, “El proceso de seguimiento de sentencias en la justicia constitucional como garantía efectiva de los derechos constitucionalmente reconocidos” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 111-49.

a los seis hermanos de la familia Ramírez, en cuanto tuvieron que arrendar viviendas ajenas. ii. Que el Municipio de Quito pague a los accionantes una cantidad económica que solvete el valor del menaje de hogar que se perdió en la acción de derrocamiento. iii. Que el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito pague a los accionantes un reconocimiento de todos los gastos generados por los servicios judiciales contratados durante estos años, dadas las condiciones socioeconómicas de los accionantes. iv. Disponer que el órgano judicial correspondiente, en sede contencioso administrativa, en el plazo de 60 días desde la notificación de la presente sentencia, informe a esta Corte sobre su cumplimiento.⁹⁸

La sentencia de la Corte Constitucional aceptó la acción de incumplimiento y ordenó en cuanto a reparación material que el Municipio pague en el término de 30 días la cantidad de 176.039,64 usd a favor de la familia Ramírez Enríquez, monto que fue determinado por los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N.º 1, mediante auto resolutorio del 15 de febrero de 2016, dictado dentro del proceso de ejecución de reparación económica N.º 17811-2014 -1658.

En el caso es de notar que pese a que la expedición de la sentencia es posterior a la interpretación dada por la Corte respecto a la forma en que se debe sustanciar el proceso para determinar la cantidad a pagarse por parte del Estado, la parte dispositiva de la sentencia no hace referencia a aquella interpretación puesto que el Tribunal con fecha anterior a su vigencia ya ha determinado que cantidad debe pagar el Municipio.

b) Sentencia N.º 028-16-SIS-CC

En el caso se acusa de incumplimiento parcial de la Resolución N.º 0088-09-RA dictada por la Segunda Sala de la Corte Constitucional, para el período de transición, el 30 de junio de 2009.

La sentencia cuyo incumplimiento se demanda resolvió:

Revocar la resolución adoptada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo; y en consecuencia conceder el amparo solicitado por el recurrente; 2.- Devolver el expediente al Juez de origen para los fines contemplados en el Art. 55 de la Ley de Control Constitucional.⁹⁹

La sentencia de la Corte aceptó la acción de incumplimiento y en el número cuarto de sus disposiciones, respecto de reparación material manifestó:

⁹⁸ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N.º 146-14-SEP-CC, 1 de octubre de 2014.

⁹⁹ Ecuador, Corte Constitucional, Segunda Sala, Resolución N.0088-09-RA, 30 de junio de 2009.

La determinación del monto de reparación económica que se dispone en el numeral 3 de esta sentencia a favor del señor Mauricio Alfonso Mosquera Larrea, corresponderá a la jurisdicción contencioso administrativa, de conformidad con la regla jurisprudencial dictada por la Corte Constitucional en la sentencia N.º 004-13-SAN-CC emitida dentro de la causa N.º 0015-10-AN, aprobada por el Pleno de este Organismo el 13 de junio de 2013; así como la tramitación establecida en la sentencia N.º 011-16-SIS-CC, dentro del caso N.º 0024-10-IS.¹⁰⁰

En el caso la Corte Constitucional realizando una interpretación teleológica de la sentencia cuyo incumplimiento se demanda, ordena la reparación económica a favor del recurrente, para lo cual dispone se realice su cuantificación en apego a la interpretación contenida en las sentencias que citan a efectos de ilustrar la actuación del tribunal competente.

c) Sentencia N.º 039-16-SIS-CC

Resuelve la acción de incumplimiento de la sentencia del 27 de junio de 2014, emitida por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Azuay dentro de la acción de protección N.º 01113-2014-2097.

La sentencia de la cual se acusa incumplimiento dispuso:

La Rectora del Plantel, en el plazo máximo de diez días presentará la información correspondiente al Ministerio de Salud Pública para que se le haga constar dentro del Manual de Descripción, Valoración y Clasificación de Puestos de Odontóloga del Colegio "Luis Monsalve Pozo" y sea aprobado por el Ministerio de Relaciones Laborales, desde la emisión de la Acción de Personal No. 014 de fecha 19 de marzo del 2013, y que en su parte pertinente dice "Rectifica la calificación de régimen laboral de la Ley Orgánica de Educación Intercultural a la Ley Orgánica de Servicio Público, de María Elena Rocha Romero, de Profesora-Odontóloga a Odontóloga del Colegio Luis Monsalve Pozo, de la provincia del Azuay, de conformidad con la lista de asignaciones adjuntas", con la finalidad de que se revise la escala de remuneración mensual unificada de la servidora o servidor que por efectos del cambio de régimen laboral deba sujetarse a la Ley Orgánica de Servicio Público.¹⁰¹

La Corte Constitucional decidió aceptar la acción de incumplimiento planteada y como medida de reparación económica dispuso:

La reparación económica que corresponda respecto de la diferencia entre los valores que percibió la hoy accionante desde la emisión de la Acción de Personal N.º 014 del 19 de marzo del 2013 y los que debió percibir por estar incluida en el Manual de Descripción, Valoración y Clasificación de Puestos de Odontóloga del Colegio "Luis Monsalve Pozo" en la escala salarial que le corresponde, se la determinará en la vía contencioso administrativa, de conformidad con el artículo 19 de la Ley Orgánica de

¹⁰⁰ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N.º 028-16-SIS-CC, 8 de junio de 2016.

¹⁰¹ Ecuador, Corte provincial de Azuay, sala civil y mercantil, Sentencia 01113-2014-2097, 27 de junio de 2014.

Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y las reglas jurisprudenciales con efecto erga omnes establecidas por la Corte Constitucional mediante sentencia N.º 011-16-SIS-CC, dentro del caso N.º 0024-10-IS.¹⁰²

d) Sentencia N.º 040-16-SIS-CC

Resuelve la acción de incumplimiento planteada por Ileana Leticia Mera Montalván de la sentencia N.º 258-15-SEP-CC dictada el 12 de agosto de 2015 por la Corte Constitucional en la acción extraordinaria de protección N.º 2184-11-EP.

La sentencia cuyo incumplimiento se acusa determinó en cuanto a reparación integral:

3. Como medidas de reparación integral se dispone lo siguiente: 3.1. Dejar sin efecto la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, el 14 de septiembre de 2011. 3.2. Dejar en firme la sentencia dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Santo Domingo de los Tsáchilas el 02 de agosto de 2011. En ese sentido, se dispone que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Santo Domingo de los Tsáchilas, a través de su alcalde o alcaldesa y del jefe o jefa del Departamento de Recursos Humanos, incorpore a la señora Iliana Leticia Vera Montalván, a través de un contrato de servicios ocasionales, a su puesto de trabajo o a uno del mismo rango y remuneración, en un término de 5 días a partir de la notificación de esta sentencia, al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Santo Domingo de los Tsáchilas.¹⁰³

Al conocer de la acción propuesta la Corte declaró que sí existió incumplimiento y a efectos de reparación económica resolvió:

3. Disponer que el que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Santo Domingo de los Tsáchilas, a través de su alcalde y del jefe o jefa del Departamento de Recursos Humanos incorpore a la señora Iliana Leticia Vera Montalván, a través de un contrato de servicios ocasionales, a su puesto de trabajo o a uno del mismo rango y - remuneración hasta que se realice el correspondiente concurso de selección de méritos y oposición en un término de 5 días a partir de la notificación de esta sentencia, al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Santo Domingo de los Tsáchilas, y que pague a la señora Vera Montalván las remuneraciones dejadas de percibir por la accionante durante todo el tiempo que fue separada de su cargo hasta su reincorporación. 4. La determinación del monto de reparación económica que se dispone en el numeral tercero de esta sentencia a favor de la señora Iliana Leticia Verá Montalván corresponderá a la jurisdicción contenciosa administrativa, de conformidad con la regla jurisprudencial dictada por la Corte Constitucional en la sentencia signada con el N.º 004-13-SAN-CC emitida dentro de la causa N.º 0015-10-AN, aprobada por el Pleno de este Organismo el 13 de junio de 2013.

¹⁰² Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia 039-16-SIS, 13 de julio de 2016.

¹⁰³ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia 040-16-SIS, 13 de julio de 2016.

Por lo que se reitera la aplicación de la interpretación contenida en la Sentencia 011-16-SIS-CC que la Corte mantiene, actuación que da fe respecto a la uniformidad de criterio respecto al proceso que debe adoptar el Tribunal para fijar la cuantía de la reparación material.

A continuación se observa una metodología aplicada por jueces extranjeros en cuanto a la reparación del daño inmaterial.

2.4 Método de Baremos

Esta metodología ha sido aplicada en países como España y Colombia, por citar algunos ejemplos, consiste en la aplicación de una tabla que presenta valores fijos e inamovibles que se deben aplicar para casos concretos cuando se evidencian daños patrimoniales o extra patrimoniales.

En palabras del abogado Carmen Rodrigo de Larrucea el método de baremos constituye un:

Mecanismo meta jurídico de homogenización de decisiones judiciales. Su objetivo principal es tasar la prueba de los daños a fin de reducir la dispersión de los montos indemnizatorios, limitando de este modo la competencia del poder judicial en el conocimiento y decisión de las causas, y evitando la lotería judicial.¹⁰⁴

Es decir su aplicación tiene por finalidad unificar las decisiones judiciales en cuanto a los montos indemnizatorios, nótese que no se habla aquí ya de una reparación sino que se refiere a una indemnización que es propia del derecho civil.

En las primeras líneas se dijo que este método ha sido aplicado por países como Colombia y España, si bien ambos Estados los han aplicado, estas tablas que concretan el método de baremos han tenido un origen y un alcance distinto en estos países, que se explican a continuación a fin de ejemplificar sus situaciones particulares.

En Colombia ha sido el Consejo de Estado el que a través de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo mediante acta de 28 de agosto de 2014 ha dispuesto los referentes para la reparación de daños inmateriales teniendo en cuenta tres tipos de perjuicio inmaterial que de acuerdo a su jurisprudencia se han identificado:

¹⁰⁴ Carmen Rodrigo de Larrucea, El Baremo Europeo: Criterios de Inclusión y Exclusión de Daños. Derecho Comparado. Referencias al ordenamiento jurídico español<<http://www.legislativa.es>>.

- 1) Perjuicio moral
- 2) Daño inmaterial por afectación relevante a bienes constitucionales o convencionales amparados
- 3) Daño a la salud.

Al tratarse de perjuicio moral el Consejo ha estimado necesario apreciar tres casos:

a) Perjuicio moral en caso de muerte

Para cuantificar se aprecian dos parámetros: 1) el grado de afectividad de los familiares con la víctima, traducido en cinco niveles que van desde las relaciones afectivas conyugales y paterno filiales hasta relaciones afectivas no familiares-terceros damnificados y 2) el salario mínimo, como se ilustra en la siguiente tabla:

Tabla No 1

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Fuente: Consejo de Estado de Colombia ¹⁰⁵

b) Perjuicio moral en caso de lesiones

Los parámetros que se utilizan en este caso son tres: Nivel de afectividad con la víctima (mismos niveles que se aplican para el perjuicio moral en caso de muerte), gravedad de la lesión catalogado en seis niveles que va desde una gravedad que comprende el ser igual o superior al 50% hasta el último nivel que equivale a que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 1% y el tercer parámetro que es el salario mínimo.

¹⁰⁵ Acta de 28 de agosto de 2014 que dispuso los referentes para la reparación de daños inmateriales, 6.

Tabla No.2

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Fuente: Consejo de Estado de Colombia¹⁰⁶

c) Perjuicio moral por privación injusta de la libertad

Los parámetros a utilizar en este caso son: Término de privación injusta de la libertad que va desde que éste sea inferior o igual a 1 mes hasta un plazo superior a 18 meses; el segundo parámetro es el nivel de afectividad con la víctima y el tercer parámetro es el salario mínimo vital.

Como se precia en la siguiente tabla:

Tabla No. 3

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1º de consanguinidad	Parientes en el 2º de consanguinidad	Parientes en el 3º de consanguinidad	Parientes en el 4º de consanguinidad y afines hasta el 2º	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

Fuente: Consejo de Estado de Colombia¹⁰⁷

¹⁰⁶ Ibid.7

¹⁰⁷ Ibid., 9.

Antes de exponer la siguiente tipología de perjuicio inmaterial es pertinente exponer que el acta en la que se fijan estas tablas contempla excepciones a las reglas en los tres casos expuestos, estas excepciones ya no se presentan en tablas sino que señalan que la indemnización podrá ser de hasta el triple de lo previsto en las reglas siempre que se justifique que la intensidad y gravedad del daño moral y esté acompañado de una motivación suficiente por parte del juez.

Estas excepciones implican una válvula de escape para que los jueces no se conviertan en meros autómatas de tablas valorativas sino que atiendan a las circunstancias del caso concreto sujeto a su decisión, acatando los límites previstos en las mismas excepciones a fin de no quebrantar el principio de igualdad en perjuicio de los particulares.

2) Daño inmaterial por afectación relevante a bienes constitucionales o convencionales amparados

Para este caso el documento expedido por el Consejo de Estado no fija parámetros sino que se limita a señalar que deberán otorgarse por parte de los jueces medidas de reparación integral no pecuniarias.

4) Daño a la salud

Para cuantificarlo se observan dos parámetros: gravedad de la lesión y el salario mínimo vital que va desde de 10 a 100, tal como se evidencia en la tabla:

Tabla No. 4

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD REGLA GENERAL	
Gravedad de la lesión	Víctima directa
	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Fuente: Consejo de Estado de Colombia ¹⁰⁸

Este mismo perjuicio inmaterial observa de acuerdo a la resolución del Consejo de Estado otra tabla que ampara el caso en el que el daño a la salud sea de

¹⁰⁸ Ibid.11.

mayor intensidad y gravedad, sin dejar de fijar un techo, como se observa a continuación:

Tabla No. 5

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD	
CONCEPTO	CUANTÍA MÁXIMA
REGLA GENERAL	100 S.M.L.M.V.
REGLA DE EXCEPCIÓN	400 S.M.L.M.V.

Fuente: Consejo de Estado de Colombia ¹⁰⁹

Hasta aquí se ha expuesto como el método de baremos se aplica en Colombia a través de las tablas que se encuentran en el documento que expidió el Consejo de Estado, a continuación se observa la aplicación de este método en España.

En España el Método de Baremos cobró auge a partir de la expedición de la Resolución del Comité de ministros del Consejo de Europa 75 / 7 relativa a las reparaciones de daños en caso de lesiones corporales y de fallecimiento.

Esta Resolución lejos de establecer tablas con valores únicos de indemnización fijó principios que servirían para guiar la tarea del juez, teniendo como punto de partida la reparación integral.

La Comunidad Europea también tuvo entre sus prioridades conocer sobre la factibilidad de armonizar sus legislaciones internas para unificar las decisiones judiciales sobre la valoración de los daños denominados psicofísicos o no económicos, en 1999 conformó una Comisión liderada por el profesor Busnelli Lucas que culminó con la propuesta de: “Racionalización de la valoración médico legal de los perjuicios no económicos” presentada en la Academia Europea de Derecho, realizada en Tréveris, Alemania. ¹¹⁰

Esta propuesta de Busnelli fue enmarcada en materia de seguros dado que la Unión Europea no es competente para emitir directrices en materia de derecho civil. Al desarrollar su proyecto Busnelli encontró que los ordenamientos jurídicos internos de cada país que conforman la Unión Europea presentaban diferentes tipologías de

¹⁰⁹ Ibid. 13.

¹¹⁰ Constituye una tercera categoría del daño, diferente y autónoma del daño patrimonial y del daño extrapatrimonial, que fue ideada para superar las limitaciones de fuente legal que recibía la valoración del daño extrapatrimonial, como la que contiene el artículo 2059 del Código Civil de Italia que señala que solo procede indemnización de daño moral si proviene de ilícito civil.

daños no económicos y que las indemnizaciones eran tan diversas que no solo se diferenciaban de un Estado a otro, sino que dentro de un mismo Estado existía diferentes criterios judiciales para valorar el daño.

Dada esta realidad el profesor Busnelli llevó a cabo lo que en palabras del tratadista Larrucea se denomina “tabulación vinculante”, esta tabulación no estaría por supuesto libre de carga valorativa pues Larrucea señala que debió basarse en principios como:

- Principio de la dignidad de la persona humana: que garantice que toda persona que sufra una lesión de su integridad psicofísica sea indemnizada
- Principio de la protección de la salud, común a todas las constituciones europeas
- Principio de igualdad: que impone una evaluación objetiva y una indemnización uniforme del daño.¹¹¹

Estos principios si bien son abstractos se llegan a cristalizar desde el momento que el proyecto de Busnelli señala qué tipos de perjuicios se consideran dentro de la categoría de perjuicio psicofísico que aborda su propuesta, estos perjuicios son de tipo: estético, sexual, a actividades de ocio y dolores excepcionales, lo que excluye la aplicación del baremo a daños patrimoniales y al daño moral, que no es susceptible de constatación médica.¹¹²

De lo expuesto se puede apreciar que ambas formas de aplicar el método no incluyen a todo tipo de daño sino que se limitan a una de sus categorías, en el caso de Colombia la aplicación del método de baremos se limita al perjuicio inmaterial mientras que en el caso de España, que pertenece a la Comunidad Europea la aplicación de la tabulación se da únicamente al daño psicofísico, por lo que ninguna de las dos aplicaciones responde a una reparación integral del daño, lo que sí es de reconocer es que este sistema de valoración no puede ser perdido de vista por este trabajo busca definir al menos de forma general qué métodos o principios son los más idóneos para guiar la actividad del juez en su tarea valorativa a fin de que su decisión no afecte el principio de igualdad de las personas, principio que cobra mayor sentido si de resarcir el daño provocado por el Estado se trata.

¹¹¹ Carmen de Larrucea, *El Baremo Europeo* 6.

¹¹², *Ibid.*, 8

En lo que al Ecuador respecta, si bien no se ha considerado principios o métodos que hayan acogido los jueces al momento de cuantificar los daños, no es menos cierto que haya sido objeto de casación el que en la sentencia de única instancia no se cuantifiquen los daños en apego a derecho, lo descrito se evidencia en el caso 298-2001 por el cual la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema señaló:

(...) tan arbitrario como la fijación de la indemnización por parte del interesado es la fijación realizada por el tribunal, que en el caso, habiendo limitado su acción a la calificación del acto impugnado y no habiendo dispuesto la práctica de pruebas que le conduzcan al establecimiento del real valor de la indemnización, en aplicación de la facultad contenida en el artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no teniendo criterios reales para ello, no estaba atribuida de la facultad de señalar el monto de dicha indemnización.

En la ratio decidendi esta sentencia dispuso:

Se casa la sentencia impugnada únicamente en lo que se refiere a la fijación del monto de indemnización, disponiéndose que mediante procedimiento sumarísimo de ejecución de la sentencia se establezca, por peritos y otros medios el valor de la indemnización que el Estado debe cancelar al recurrente.¹¹³

Con interpretación teleológica se puede llegar a afirmar que la Sala lo que pretende con el fallo al casarlo es asegurar que la indemnización sea fijada conforme a derecho para lo cual cita el artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, disposición por la cual el Tribunal está en la obligación de ordenar prueba a fin de obtener “criterios reales” como señaló el tribunal de casación que permitan una indemnización atendiendo a las características particulares del caso.

El Tribunal de Casación reconoce en la parte dispositiva de la sentencia el límite a su actuación que al no ser un tribunal de segunda instancia, opta porque sea un perito quien determine la indemnización que se deba desembolsar a favor del administrado.

Esta sentencia contribuye a esta tesis y en especial a este capítulo pues desde el más alto tribunal de justicia en el Ecuador se considera necesario los siguientes presupuestos para que la indemnización se considere ha sido dictado con apego a derecho: a) Que atienda a criterios reales y b) Que estos criterios reales se originen

¹¹³ Ecuador, Gaceta judicial de la Corte Suprema de Justicia, Serie XVII, número 11, enero-abril 2003, 3665.

en la práctica de pruebas y c) Que el administrado no haya aportado al proceso pruebas de la indemnización que deberá recibir, no le arrebató su derecho a obtenerla, sobre él descansa la prueba del daño que le cause el Estado, ante esta circunstancia es sobre el juez que recae la obligación de ordenar prueba para determinar la cuantía de la indemnización.

La facultad de que el Tribunal Contencioso Administrativo disponga la práctica de pruebas se mantiene en el ordenamiento jurídico, no obstante la derogación de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la disposición legal que prevé esta facultad es el artículo 80 del Código Orgánico General de Procesos, la misma guarda concordancia con el artículo 98 del cuerpo normativo que señala, que en sentencia se debe fijar el importe de daños y perjuicios y si esto no fuera posible se deberá sentar las bases sobre las cuales se deba practicar la liquidación.

Ya sea para fijar el valor de daños y perjuicios o para sentar las bases, el juez debe contar con las pruebas necesarias que le permitan determinar una de aquellas opciones en cumplimiento a lo dispuesto por la norma procesal.

Capítulo tercero

Parámetros objetivos para la cuantificación del daño

En este capítulo se brinda una propuesta concreta que puede servir de guía para los jueces en la determinación de la reparación económica por responsabilidad extracontractual del Estado, para lo cual se consideran parámetros objetivos en tres casos: muerte, incapacidad total permanente, incapacidad parcial permanente, considerando la variable de si la víctima mantenía su hogar o no, para efectos de lucro cesante.

La propuesta parte de la disposición contenida en el artículo 98 del Código orgánico general de procesos que determina:

Resolución que condene a indemnización. El juzgador fijará en la sentencia o auto interlocutorio el importe de daños y perjuicios que deberá pagar la parte condenada a la contraparte, si aquellos han sido objeto de la demanda. De no ser posible esta determinación, establecerá las bases sobre las cuáles deberá practicarse la liquidación.¹¹⁴

Por lo que al hacerse necesario que el juzgador determine el monto o siente las bases de la indemnización, es preciso se establezcan parámetros objetivos que sirvan para efectos de la liquidación.

La adopción de los casos y los parámetros que a continuación se proponen sería pertinente sean adoptados por la Sala de lo contencioso administrativo de la Corte Nacional de justicia y una vez que se hayan reiterado, a través de una resolución adoptada por el pleno de este organismo se eleven a precedente jurisprudencial obligatorio y tenga los efectos previstos en el artículo 182 del Código orgánico de la función judicial.¹¹⁵

3.1 Caso de muerte

En caso de que el Estado por su acción u omisión haya causado la muerte, para efectos de reparación material debe observar:

3.1.1 Primer caso: Si la persona que fallece mantenía económicamente a su familia

¹¹⁴ Código orgánico general de procesos, Registro Oficial No. 517, 8 de junio de 2015.

¹¹⁵ Código de la función judicial, Registro Oficial Suplemento No. 38, 17 de julio de 2013.

Se deberá apreciar lucro cesante que la familia dejará de percibir debido a la muerte de esta persona, para cuantificar el lucro cesante en este caso se debe considerar los siguientes parámetros:

Edad que tenía la víctima

Esperanza de vida de un hombre o mujer de acuerdo al INEN

Número de cargas familiares y las edades de las personas que la víctima mantenía con sus ingresos

Nivel de ingresos anuales demostrados en el proceso, sino acoger el criterio del salario básico vigente al año en que acaeció la muerte.

Porcentaje de inflación anual

Con estos parámetros se debe restar el número de años que la víctima le quedaría de vida de acuerdo a la esperanza dada por el INEN, ejemplo si la víctima falleció a los 28 años y la esperanza de vida de un ecuatoriano según el INEN era de 75 años , tendremos el primer valor de 47 años.

A este valor se le debe multiplicar por el valor de ingresos anuales que percibiría la víctima por su trabajo, ejemplo: En caso de no haberse demostrado el valor de sus ingresos se debería presumir que al menos la víctima ganaba el salario básico que al año 2016¹¹⁶ es de 366 USD por 14 (teniendo en cuenta dos salarios 13er y 14 sueldos) da lugar a 5124 USD anuales que se deben a su vez multiplicar por el número de años que para efectos del ejemplo eran 47 por 5124 da un total de 240.828 USD que deberán ser repartidos en partes iguales para el número de personas cuya manutención dependía de la persona fallecida, y se deberá mantener , en el caso de la (el) cónyuge de por vida y en caso de hijos hasta la edad de 21 años,¹¹⁷ la lista de beneficiarios no debería ser un tema de extrema rigurosidad, en caso de que existan personas que sin ser familiares eran mantenidos por la víctima, deberá considerarse las pruebas que se hayan aportado para estos efectos. A este resultado se deberá multiplicar el porcentaje de inflación anual. El número de cargas

¹¹⁶ El año que servirá de referencia para considerar el salario básico, es el año en el cual acaeció la muerte o se dio la incapacidad como se expone en los ejemplos subsiguientes

¹¹⁷ Edad que de acuerdo al artículo 4 número 2 del Código de la Niñez y Adolescencia es procedente que se cancele la pensión de alimentos a favor de los hijos.

familiares servirá para efectos de los porcentajes que cada uno de ellos recibirá del lucro cesante que le correspondería a la víctima.

Para efectos de daño emergente se debe considerar los gastos médicos, funerarios, legales en que incurrieron los familiares por motivo de la muerte y cualquier otro gasto que fueran justificados en el proceso y se hayan llevado a cabo por motivo de la muerte, por los familiares de la víctima.

Para efectos de cuantificar el daño inmaterial se considera pertinente la aplicación del test de proporcionalidad en los términos de sus subprincipios, para lo cual se toma como referencia la aplicación que ha realizado de este principio el Consejo de Estado colombiano en las sentencias identificadas en el segundo capítulo de esta tesis.

Para efectos de cuantificar el daño inmaterial se deberá entonces apreciar las condiciones de la persona fallecida, la primera condición ya se menciona en este análisis, el de ser cabeza de hogar, es decir sustentar con sus ingresos a su familia, otro parámetro a considerar es si la víctima pertenecía a un grupo de atención prioritaria de acuerdo al artículo 35 de la Constitución, las condiciones en las que se ha dado la muerte de la víctima, ejemplo: muerte violenta previa tortura, muerte por electrocución, muerte por accidente de tránsito, muerte por el desarrollo de actividad riesgosa, muerte por actividad médica, entre otras.

En segundo lugar apreciar el sufrimiento causado a los familiares de la persona fallecida, considerando si tienen uso de razón de la pérdida, si ha sufrido trastornos en su personalidad, si la afección sentimental acaecida ha derivado en un estado permanente de depresión, angustia, ansiedad u otras o al menos han representado un estado circunstancial de alguno de estos sentimientos de aflicción, considerando el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de que respecto a los padres, hijos o cónyuge de la persona fallecida se debe presumir que han experimentado dolor, pues este resulta de una condición natural de consanguinidad.

A los dos criterios ya expresado hay que añadir el criterio de que el fin de la indemnización no es resarcitorio pues no puede devolver las cosas a su estado anterior sino que persigue un fin compensatorio y la condición final de que pese a las

presunciones que se pudieran deducir de la sola descripción de los hechos, la carga probatoria se conserva en hombros del demandante.

Acogiendo el principio de reparación integral, es necesario que el juez ordene medidas de satisfacción y/o no repetición, ya que la institución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado también debería tener un fin correctivo que asegure la no repetición de las conductas u omisiones que dieron lugar a la condena del Estado.

3.1.2 Segundo caso: Muerte en que la persona fallecida no hubiera sido cabeza de hogar, o no hubiera estado en edad de ser económicamente activo(a)

No será adecuado cuantificar lucro cesante, lo que sí cabe es la cuantificación del daño emergente para lo cual se deberá considerar los mismos gastos que para el primer caso, es decir gastos médicos, funerarios, legales y todos aquellos que hayan sido realizados con motivo de la muerte.

Para efectos de la cuantificación del daño inmaterial se recomienda aplicar el test de proporcionalidad en los mismos términos referidos en el caso anterior, y adicionar las medidas de no repetición o satisfacción que le juez considere necesarias a efectos del principio de reparación integral.

3. 2 Incapacidad total permanente

Para efectos de cuantificar el daño que se traduce en invalidez total permanente se debe cuantificar el lucro cesante ya que la condición incapacitante es tal que la persona quedará privada de realizar cualquier trabajo que le asegure los medios suficientes para su manutención y la de su familia.

Para el caso se apreciara igual los dos casos previstos para el caso de muerte:

3.2.1 Primer caso: Si la persona que sufre la invalidez permanente era jefe de hogar, mantenía con sus ingresos a su familia

En cuanto al daño material se debe considerar, el lucro cesante en atención a los siguientes parámetros:

Edad que tiene la víctima al momento de quedar incapacitado

Esperanza de vida de un hombre o mujer de acuerdo al INEN

Número de cargas familiares y las edades de las personas que la víctima mantenía con sus ingresos

Nivel de ingresos anuales demostrados en el proceso, en caso de no haberse demostrado acoger el criterio del salario básico vigente al año en que acaeció la incapacidad

Porcentaje de inflación anual

Con estos parámetros se debe proceder a restar el tiempo de esperanza de vida otorgado por el INEN de la edad que tenía la víctima al momento del siniestro que ocasionó su incapacidad, este valor que resulta en años se debe multiplicar por el valor monetario en dólares que la víctima hubiera percibido por su trabajo en caso de no haber quedado incapacitado, en caso de que no demuestre cuáles eran sus ingresos anuales se debe considerar el salario básico de un trabajador en general vigente al año en el que acaeció el suceso, a este valor anual en dólares hay que multiplicar el porcentaje de inflación reportado en el año del siniestro.

Para efectos de daño emergente se debe considerar los gastos de atención de salud, de rehabilitación física, de intervenciones quirúrgicas, de medicación, así como los gastos legales en que incurrió la víctima por motivo del accidente que ocasionó su incapacidad para reclamar la indemnización a la que tiene derecho y todos aquellos gastos adicionales que se realizaron por motivo del daño ocasionado.

Con el objeto de cuantificar el daño inmaterial se considera necesario aplicar el mismo principio de proporcionalidad, atendiendo las condiciones particulares distintas de una incapacidad permanente a una situación de muerte.

Debe apreciarse entonces si la incapacidad se provocó por accidente aéreo, tránsito, en alta mar, si fue el resultado de exceso en el uso de la fuerza pública, si la víctima pertenece a un grupo de atención prioritaria en los términos expresados en la Constitución,

En segundo lugar es de apreciar el sufrimiento en la víctima y el causado a sus familiares, considerando si ha sufrido trastornos en su personalidad, si la afección sentimental acaecida ha derivado en un estado permanente de depresión, angustia,

ansiedad u otras o al menos han representado un estado circunstancial de alguno de estos sentimientos de aflicción.

A los dos criterios ya expresado hay que añadir el criterio de que el fin de la indemnización de daño inmaterial no es resarcitorio pues no puede devolver las cosas a su estado anterior sino que persigue un fin compensatorio y la condición final de que pese a las presunciones que se pudieran deducir de la sola descripción de los hechos, la carga probatoria se conserva en cabeza del demandante.

Acogiendo el principio de reparación integral, es necesario que el juez ordene medidas de satisfacción y/o no repetición, ya que la institución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado también debería tener un fin correctivo que asegure la no repetición de las conductas u omisiones que dieron lugar a la condena del Estado.

3.2.2 Segundo Caso: Incapacidad permanente se constituye sobre una persona que no mantenía a su familia, o no se encontraba en la edad de ser económicamente activa

En este caso dado que la persona no mantenía un hogar o no era por la edad económicamente activo, no se debe cuantificar el lucro cesante, lo que sí cabe respecto al daño material es la cuantificación del daño emergente presente y el futuro, para efectos de daño emergente presente se deben considerar los valores que los familiares ya han sufragado por la incapacidad de la víctima como por ejemplo: intervenciones quirúrgicas, costos de prótesis, atención médica u hospitalaria, medicamentos, etc.

Mientras que para efecto de daño emergente futuro se debe considerar:

Edad de la víctima

Esperanza de vida de un hombre o mujer de acuerdo al INEN

Valor de una canasta básica

Con estos tres parámetros se debe realizar una operación parecida para los casos ya expresados, se debe restar a la edad que reporta el INEN como esperanza de vida de la edad que tiene la víctima al momento de acaecer la incapacidad, a este resultado se le debe multiplicar el valor de una canasta básica por doce que será el

equivalente al año y resultado de esta operación tendremos el valor del daño emergente futuro.

Para efectos de la cuantificación del daño inmaterial la consideración es la misma de aplicación del principio de proporcionalidad, por el cual gracias a los test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto se podrá valorar las condiciones particulares de la víctima, los sentimientos de aflicción tanto de la víctima como de sus familiares si estos fueron pasajeros o repercutieron de forma permanente en su personalidad y la consideración final de ser una indemnización compensatoria que se otorgará previa actividad probatoria dentro del proceso por parte de la víctima.

Así como aquellas medidas de reparación integral que sean necesarias de acuerdo con el criterio judicial.

3. 3 Incapacidad parcial permanente

Para efectos de cuantificación del daño material se debe apreciar tanto lucro cesante cuanto daño emergente; para efectos de lucro cesante se considerará los siguientes parámetros:

Edad de la víctima

Esperanza de vida de un varón o mujer de acuerdo al INEN

Porcentaje de incapacidad

Nivel de ingresos mensuales/anuales demostrados en el proceso, sino se llegaron a demostrar acoger el criterio del salario básico mensual vigente al año en que acaeció la incapacidad parcial

Con estos datos se debe restar la esperanza de vida otorgada por el INEN de la edad que tiene la víctima al momento de ocasionarse su incapacidad, obtenido este valor se debe apreciar a continuación que porcentaje de incapacidad presenta la víctima y este porcentaje será el que determine el valor del salario básico que reciba, por ejemplo si la incapacidad es de un 35%, la víctima recibirá al mes el 35% de un salario básico, en caso de haberse demostrado los ingresos mensuales de la víctima, del valor demostrado se deberá considerar el porcentaje de incapacidad y otorgarse este porcentaje del ingreso mensual, multiplicado por catorce, para conocer el valor

que corresponde a cada año y multiplicarlo por el número de años que fue determinado en primer término.

Para efectos de daño emergente se considerará los gastos que tengan relación con el hecho que ocasionó la incapacidad parcial, gastos de atención médica, hospitalaria, intervenciones quirúrgicas, gastos legales en que haya incurrido la víctima para hacer valer sus derechos, así como aquellos gastos que se esperan realizar debido a la incapacidad parcial de la víctima, por ejemplo gastos por tratamiento de rehabilitación, por medicamentos, por atención médica en caso de que lo requiera, así como operaciones reconstructivas que tuvieron lugar de acuerdo a la incapacidad.

Para efectos de cuantificar el daño inmaterial, se tendrá en cuenta el principio de proporcionalidad atendiendo a las circunstancias particulares de la víctima, sentimientos de aflicción ocasionados sean estos permanentes o pasajeros en la víctima y sus familiares, fin compensatorio de la indemnización y carga de la prueba en responsabilidad del actor en el proceso.

3.4 Problemática identificada y perspectivas de solución

En el Ecuador no existen criterios unificadores al momento de cuantificar los daños provocados por la responsabilidad extracontractual del Estado, no son ni los principios, ni metodología alguna la que guía la labor de los jueces en esta tarea.

Esta carencia deviene en una falta de predictibilidad de la cuantía de la indemnización determinada en los fallos judiciales lo que atenta contra el principio de igualdad de las personas, así como también omite el cumplir con una reparación integral prevista por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Si bien los principios al ser considerados mandatos de optimización no arrojan una respuesta única, o una única forma de cuantificar los daños, sí sirven como directrices que pueden guiar esta tarea ineludible.

Si no se aplican principios o parámetros objetivos para cuantificar los daños el reconocer que el Estado es responsable, no es suficiente puesto que la víctima es privada de una tutela judicial efectiva frente a sus legales requerimientos.

Ante esta problemática es pertinente su abordaje desde varias aristas, una es la concientización de los jueces de su responsabilidad en aplicar el control de convencionalidad cuando de juzgar vulneración de derechos se trata, otra es la apreciación de sentencias como las del Consejo de Estado colombiano o las de la misma Corte Interamericana que plantean principios que en nuestra realidad jurídica pueden ser plenamente aplicables y una tercera es la consideración de que la jurisdicción contenciosa administrativa es plenaria lo que debe dar lugar al activismo judicial en busca de criterios que permitan unificar su labor cuantificadora, que sin desmerecer los aportes de tribunales internacionales o de países vecinos, recaerá siempre en sus prolijas decisiones.

4. Conclusiones y Recomendaciones

El desarrollo doctrinario de la responsabilidad extracontractual ha permitido que esta institución evolucione de un criterio clásico civilista de constituirse en la obligación de reparar y satisfacer, a establecerse como una garantía a favor del respeto de la dignidad y el patrimonio de los ciudadanos, frente a la acción del poder público, esta evolución no prescinde del todo del elemento civilista que es la fuente que le da origen y permite la superación de lagunas jurídicas, sino que se amplía hacia la exigencia de un abordaje constitucional que busca ir más allá de un reconocimiento de los derechos hacia su efectivo ejercicio.

Pero no es su evolución lo único que nos muestra la doctrina sino la amplia gama de denominaciones que recibe la institución, bien la llamen algunos reconocidos tratadistas responsabilidad extracontractual civil, mientras que otros la denominan responsabilidad patrimonial o indemnización en derecho público, para todos los efectos la denominación deviene en intrascendente, lo que resulta importante son sus elementos que la catapultan a ser una interesante construcción permanente por parte de los órganos de justicia en cada Estado.

En el Ecuador a la configuración de la responsabilidad extracontractual no le ha sido ajena el nutrirse de la jurisprudencia, es en este sentido que los fallos de la Sala de lo contencioso administrativo de la ex Corte Suprema y actual Corte Nacional de Justicia, han determinado a sus elementos integradores en: daño, nexo causal y título de imputación del Estado, aunque por momentos ha sido errática la inclusión del elemento culpa, el máximo órgano de justicia se ha decantado de manera acertada por excluir este elemento a efectos de no limitar la institución, respetando el propio régimen constitucional que le asiste cuya configuración no se inclina ni por un régimen subjetivo ni tampoco por un régimen objetivo.

Al referirse al régimen constitucional es indispensable señalar que la configuración actual es más amplia que la construcción del régimen constitucional sobre la responsabilidad extracontractual de 1998, por dos motivos en particular: 1) La omisión del funcionario público también genera responsabilidad y 2) se plantea casuística específica amplia, que al presentarse daría lugar a responsabilidad del Estado.

El cambio de paradigma del criterio civilista a uno constitucionalista en cuanto a la responsabilidad extracontractual, no es el único que se ha verificado, también se halla el re direccionamiento en el objeto de su estudio, por el cual la doctrina ya no se agota discutiendo sobre la prevalencia de un régimen objetivo sobre uno subjetivo, ni viceversa, sino que se ha centrado en la tutela de los derechos humanos frente al Estado y a su vez ha sustituido el criterio de indemnización por uno de reparación integral que ha encontrado eco inclusive en el ordenamiento jurídico en el país.

Para cuantificar la “indemnización” que se ocasiona por la responsabilidad extracontractual del Estado, respecto al daño material, no es que no exista la formulación de criterios objetivos, estos sí se han aplicado por Tribunales en el país, lo que no existe es un criterio de unificación para estos parámetros, a esto se debe que en los casos analizados en la tesis se encuentra que al cuantificar, cierto tribunal ha fijado criterios como: canasta básica familiar, esperanza de vida de la víctima según Inec, pero en otros casos se ha aplicado criterios disímiles como una póliza de seguro privado y en otro se ha fijado montos sin justificar motivadamente a que se deben, de ahí la necesidad de proponer la unificación de criterios, considerando para los casos planteados en el tercer capítulo los parámetros que se proponen y una vez que sean materia de reiteración se eleven a precedente por parte de la Corte Nacional de justicia, con los efectos previstos en el artículo 182 del Código orgánico de la función judicial.

Respecto a la indemnización del daño inmaterial, el escenario es distinto, en este tipo de afectación no existe por parte de los tribunales en el país la formulación criterios objetivos o la aplicación de algún principio que guie al juez en su labor cuantificadora, dada esta realidad es que se ha recurrido a sentencias provenientes del Consejo de Estado colombiano y a jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos, de los que se ha extraído tres principios y un método, principios de: proporcionalidad, equidad, reparación integral y el método de baremos, entre los cuales resultan idóneos los tres principios que en cuanto mandatos de optimización no determinan el monto ni una tabla fija para determinar la cuantía sino que se limitan a guiar su labor dejando en sus manos la construcción diaria del derecho co un amplio margen de acción se descarta la aplicación del método de baremos debido a que su aplicación devendría en convertir al juez en un autómatas de una tabla pre

elaborada, que puede no obedecer a la realidad, considerando que la casuística por la que el Estado puede ser declarado responsable es indefinida.

La falta de uniformidad tanto por los tribunales de lo contencioso administrativo cuanto por la Sala de lo contencioso administrativo de la Corte Nacional para cuantificar la indemnización a favor del ciudadano cuando se ha configurado la responsabilidad extracontractual, no es la única que se ha verificado en este trabajo, también se ha identificado que la falta de uniformidad respecto al proceso por el cual se determina la reparación económica prevista en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a cargo de los mismos órganos de justicia, acompañado de la falta de celeridad para esta determinación, ha sido una de las motivaciones para que la Corte Constitucional alegando la competencia prevista en el artículo 436 números 1 y 6 de la Carta fundamental, se permita realizar una interpretación del artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en la sentencia 011-16-SIS-CC, por la cual se ha determinado el proceso judicial que debe seguir el Tribunal Contencioso Administrativo para fijar la reparación económica, interpretación que a criterio personal rebasa la competencia otorgada por la Constitución porque no se limita a identificar el sentido literal o teleológico de la norma sino que crea un proceso en el cual se determinan etapas que los tribunales deben cumplir, lo que devendría en una vulneración al principio de dependencia previsto en el artículo 168 número 1 de la Constitución.

Bibliografía

- Acosta López, Juana Inés y Bravo Rubio Diana. “El Cumplimiento de los Fines de Reparación Integral de las Medidas Ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos énfasis en la experiencia colombiana”. *Law: Revista colombiana de derecho internacional*. No.13 (Noviembre 2008):323-362.
- Bernal Pulido, Carlos. “La racionalidad de la ponderación” en Miguel Carbonell. *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.2007.
- Brewer Carías Alan y Santofimio Gamboa Jaime. *El control de convencionalidad y la Responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2012.
- Cadavid Martínez. María Jimena. “El principio de reparación integral en la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Cuaderno semillero: *Revista de Derecho Internacional y derechos humanos*. Vol II. No.1. marzo- septiembre 2014.
- Chapus, Rene. *Droit Administratif General*. París. 1985. En Eduardo Zannoni *.El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea. 3ra Ed. 2005.
- Colombia, Consejo de Estado, Argenis Vaca y otros contra el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, (acción de reparación directa), Radicación número 730012331000199901967 01 (24.734), Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 27 de febrero de 2013.
- Colombia, Consejo de Estado, Esnelida Ramírez Rendón contra el Departamento de Risaralda y Municipio de Balboa, (acción de reparación directa), Radicación número 66001-23-31-000-2001-00098-01(24884), Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa,6 de marzo de 2013.
- Colombia, Consejo de Estado, Gilvio López y otros contra Nación - Ministerio De Defensa - Armada Nacional,(Apelación Sentencia Expedientes Acumulados 9780, 9781 y 9784), Radicación número

- 68001-23-15-000-1994-09780-01(22491)A , Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 20 de marzo de 2013.
- Colombia, Consejo de Estado, Mauricio Andrés López Giraldo y otro contra la Nación, Ministerio de Educación nacional , Departamento de Tolima, (acción de reparación directa) Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 29 de agosto de 2012.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección tercera, fallo de 28 de julio de 1987, exp.9983, CP Carlos Betancourt Jaramillo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acevedo Jaramillo y otros vs Perú, Excepciones preliminares, fondo reparaciones, y costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cepeda Vargas vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso García Ibarra y otros vs Ecuador, 17 de noviembre de 2015.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso García Ibarra y otros contra el Estado ecuatoriano, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia 17 de noviembre de 2015.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gonzales Lluy y otros vs Ecuador, 1 de septiembre de 2015.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, García Ibarra y otros vs. Ecuador, 17 de noviembre de 2015.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Trabajadores cesados del Congreso vs Perú, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia fecha
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador, 17 de noviembre de 2015.

De la Cuadra Salcedo Tomas, Lección 1 el Derecho Administrativo(2012):,<<http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-derecho-administrativo/lecciones-1/Leccion1.pdf>>

De Larrucea. Carmen Rodrigo. El Baremo Europeo: Criterios de Inclusión y Exclusión de Daños. Derecho Comparado. Referencias al ordenamiento jurídico español<<http://...>>.

Dromi, José Roberto. Derecho Administrativo. Doceava Edición. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2009.

Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia 011-016-SIS-CC, 22 de marzo de 2016.

Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia 021-016-SIS-CC, 27 de abril de 2016.

Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia 028-016-SIS-CC, 8 de junio de 2016.

Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia 039-016-SIS-CC, 13 de julio de 2016.

Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Recurso de casación 293-2009, 4 de marzo de 2013.

Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Resolución del Recurso Extraordinario de Casación 139-2010, 24 de agosto de 2012.

Ecuador, Gaceta judicial de la Corte Suprema de Justicia, Serie XVII, número 11, enero-abril 2003, 3665.

Ecuador, Gaceta Judicial de la Corte Suprema de Justicia, Serie XVIII, Número 4, mayo- agosto 2007.

Ecuador, Gaceta Judicial de la Corte Suprema de Justicia, Serie XVIII, Número 5, septiembre 2007-octubre 2008.

Ecuador, Gaceta judicial de la Corte Suprema de Justicia, Serie XVIII, Número 8, julio-septiembre 2009.

Ecuador, Gaceta judicial de la Corte Suprema de Justicia, serie XVIII, número 8, julio-septiembre 2009, 3023.

- Ecuador, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo número 4, Cajape García contra la Corporación Nacional de Electricidad regional Manabí, 18 de noviembre de 2008.
- Ecuador, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, Varela Cassis vs Estado ecuatoriano, Juicio 46-2008, 25 de agosto de 2009.
- Escudero, Jhoel “Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral y su complicado desarrollo en Ecuador”. Manual de justicia constitucional ecuatoriano: Cuadernos de trabajo. No. 4.2013.
- Felipe Osterling Parodi y Alfonso Rebaza González, “La Equidad y su función cuantificadora de los daños de imposible probanza. a propósito del artículo 1332° del Código Civil” <<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/La%20equidad%20y%20su%20funcion%20cuantificadora.pdf>>.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomas Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. 3ra Edición. Madrid: Civitas, 1991.
- García Enterría, Eduardo, Derecho Administrativo, Tomo II, Segunda Edición. Madrid: Civitas. 1991.
- Henaó, Juan Carlos. *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. 1ra Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998.
- Isaza Posse, María Cristina. *De la cuantificación del daño*. Vigésima primera edición. Bogotá: Temis S.A, 2009.
- Maldonado Muñoz, Mauricio. “El Principio de Razonabilidad y su aplicación al estudio de validez de las normas jurídicas”. *Ius Humani: Revista de Derecho*, Vol. 3.2012/2013.
- Mayer, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tomo IV. Buenos Aires: Depalma, 1954. En Agustín Gordillo. *Teoría General del derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de derecho Administrativo. 1984.
- Mazeud, Tunc Chabbas, *Traité de la responsabilité civile, delictuelle et contractuelle, T II*, (París, 1970). Citado por Obdulio Velásquez Posada, Responsabilidad civil extracontractual. 2009.
- Medina Alcoz. María. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*. Madrid: Dykinson. 2003.

- Ruiz Orejuela, Wilson. *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Primera Edición. Bogotá: Ecoe Ediciones.2013.
- Toral, Susana. “El proceso de seguimiento de sentencias en la justicia constitucional como garantía efectiva de los derechos constitucionalmente reconocidos”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016.
- Velásquez Posada, Obdulio. *Responsabilidad civil extracontractual*. Vigésima primera edición. Bogotá: Temis, 2009.
- Villamar Corrales, Lucinda. “La Justicia Administrativa, el procedimiento administrativo y la responsabilidad patrimonial del Estado”. En: Cisneros Farías German, Fernández Ruiz Jorge, López Olvera Miguel Alejandro. Justicia administrativa, II Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo. México: Instituto de investigaciones Jurídicas. 1ra ed, 2007.
- Zannoni, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. 3ra Edición. Buenos Aires: Astrea, 2005.