



La responsabilidad extracontractual del Estado por falta o deficiencia en la prestación del servicio público de salud frente a la emergencia sanitaria decretada por el COVID19

The extra-contractual responsibility of the State for lack or deficiency in the provision of the public health service in the face of the health emergency decreed by COVID19

Centro Sur.
Social Science Journal
Marzo 2021 – E4
<http://centrosureditorial.com/index.php/revista>
eISSN: 2600-5743
revistacentrosur@gmail.com

Atribución/Reconocimiento-
NoComercial-CompartirIgual 4.0
Licencia Pública Internacional —
CC BY-NC-SA 4.0
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/legalcode.es>

Angie Sánchez Erazo¹
Freddy Soria Cevallos²
Jorge Cedeño León³
Cristian Bustamante Segovia⁴

Resumen

El artículo aborda los elementos de la responsabilidad extracontractual a partir del fundamento doctrinal, constitucional establecido en el Art. 11 numeral 9 y de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Nacional de Justicia, en el caso específico por la falta o deficiente prestación del servicio público de salud. En la parte central de la investigación se establecen los presupuestos que deben configurarse para demandar al Estado ecuatoriano la reparación por un daño antijurídico provocado por la falta o deficiente prestación del servicio público de salud y se analizan las teorías de imputación de la responsabilidad extracontractual del Estado. El tema es novedoso, puesto que la emergencia sanitaria aún se mantiene y además porque se evidencia que el Estado, de inicio no contaba con recursos, protocolos e instrumentos necesarios para prestar el servicio público de salud de manera oportuna y eficiente, ante el

contagio masivo de personas con COVID19.

1

Palabras Clave: extracontractual, estado, Covid19

Abstract

The article addresses the elements of non-contractual liability based on the doctrinal, constitutional foundation established in Article 11, numeral 9 and the jurisprudence developed by the National Court of Justice, in the specific case due to the lack or deficient provision of the public service of Health. In the central part of the investigation, the budgets that must be configured to demand the Ecuadorian State reparation for unlawful damage

caused by the lack or deficient provision of the public health service are established and the theories of imputation of the extra-contractual responsibility of the State are analyzed. The issue is novel, since the health emergency is still ongoing and also because it is evident that the State did not initially have the resources, protocols and instruments necessary to provide the public health service in a timely and efficient manner, in the face of massive contagion people with COVID19.

Key words: extracontractual, state, Covid19

Introducción

En el marco global de la pandemia del COVID19, que afecta a todos los Estados del mundo, es necesario analizar en el caso específico del Ecuador cómo opera la responsabilidad extracontractual del Estado por falta o deficiencia en la prestación del servicio público de salud, considerando que esta institución jurídica está textualmente reconocida en la Constitución del 2008 y que, tanto la emergencia sanitaria decretada por el gobierno central como las medidas dictadas por el COE Nacional, hasta el momento no pueden contener los contagios, teniendo como graves problemas: el aumento progresivo del número de contagiados, el aumento de muertos y un sistema de salud colapsado.

En este contexto, se hace necesario preguntarse ¿el Estado ecuatoriano es responsable en sentido amplio por falta o deficiencia en la prestación del servicio público de salud? O será que ¿la pandemia puede considerarse como caso fortuito o fuerza mayor, siendo una causal de eximente de responsabilidad del Estado? o ¿existe una corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en cuanto a las medidas de seguridad? Precisamente estas interrogantes serán absueltas en el desarrollo del presente trabajo que propone analizar la responsabilidad del Estado a la luz de la doctrina, del ordenamiento jurídico ecuatoriano y de la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, para arribar a los presupuestos propios que deben configurarse para que se determine la responsabilidad extracontractual y las teorías de imputación.

La importancia del tema radica en proponer académicamente los límites de la responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano, estableciendo los elementos que deben configurarse para que una persona tenga derecho a demandar al Estado

para solicitar la reparación del daño derivado de la falta o deficiencia en la prestación del servicio público a causa de la emergencia sanitaria.

La salud como servicio público en el Ecuador: fundamento doctrinal y constitucional

Dromi, jurista en Derecho Administrativo, sostiene que el servicio público “es una organización de medios para una actividad o función estatal”. Precisamente el término público es lo que diferencia al servicio público de cualquier otro servicio, considerando que este indicativo le otorga la condición de la obligatoriedad de ser suministrado por el Estado, a partir del fin del servicio que responde al interés público, el régimen jurídico al que se somete su prestación; y, de los destinatarios o usuarios del servicio: la población. Por lo tanto, el servicio público que está a cargo del Estado está destinado para satisfacer las necesidades de las personas y debe estar regulando en un régimen especial de Derecho Público.

Montaña Plata, jurista colombiano que se ha dedicado al estudio del servicio público, comenta que: “con la expedición de la Constitución colombiana de 1991 cambió la concepción de servicio público en dicho país, porque no se continuó expresando que el Estado tenía el deber de entregar, de proveer o de prestar, como menciona la Constitución ecuatoriana, sino de asegurar la prestación del servicio”. De allí se entiende, que el Estado no solo que entra a regular la prestación de los servicios públicos a su cargo, como un privilegio normativo, sino que tiene la obligación jurídica de prestarlo, es decir, conllevando explícitamente la firmeza en el cumplimiento de asegurarlo: la obligatoriedad de entregar, proveer o prestar el servicio público.

Por otro lado, Borja con una metodología conceptual afirma que: “los servicios son las prestaciones de la administración central o descentralizada del Estado para satisfacer las necesidades fundamentales de la población en forma continuada, uniforme e igualitaria”, pues si bien, los todos los servicios tienen a satisfacer necesidades generales, resulta que los servicios públicos son prestaciones buscan la satisfacción concreta de necesidades colectivas, que están directamente relacionadas con derechos fundamentales: agua, transporte, energía eléctrica, telefonía, salud, alumbrado y otros. Sin embargo, cada Estado internamente reconoce jurídicamente los servicios públicos, entonces ¿cuáles son los servicios públicos a cargo de un Estado? los que sean determinados por la Constitución o la ley de un determinado país.

No obstante, de la obligatoriedad de prestar el servicio público por parte del Estado, resulta que la realidad muestra cómo, no siempre, el Estado puede por sí solo, satisfacer de forma oportuna esas necesidades colectivas, necesitando no solo de la iniciativa privada sino de los recursos privados, de tal forma que persona privadas materialicen el ejercicio y realización de las actividades relacionadas a los servicios públicos, pero siempre bajo su control y regulación.

El servicio público en el Ecuador es considerado como toda actividad a cargo del Estado, que puede ser suministrado de manera directa o indirecta por la administración pública, puesto que éste tiene la obligación de asegurarlo, regularlo y

controlarlo, a fin de que sea prestado de conformidad con los principios contemplados en el segundo inciso del Art. 314 de la Constitución de la República del Ecuador: “El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad”.

La Constitución del 2008 reconoce los servicios públicos a cargo del Estado ecuatoriano en dos disposiciones distintas: por una parte, en el mismo Art. 314 antes citado, en el inciso primero que estipula: “Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley”; y, por otra parte, en el Art. 326 numeral 15 que dispone: “15. Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios”.

Como se denota, en la segunda disposición constitucional se reconoce a la salud como servicio público, es por ello por lo que corresponde al Estado, no solo regularlo y controlarlo, sino prestarlo de manera eficiente mediante un régimen que permita satisfacer la salud como derecho de toda la población y materializar el interés general. Es necesario precisar que el Estado ecuatoriano si puede delegar la prestación del servicio en aquellos casos que establezca la ley tal como lo contempla el Art. 316 de la Constitución ecuatoriana⁵: “El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades”, con lo que se justifica la prestación de los servicios públicos por parte del sector privado, que coadyuva a satisfacer necesidades colectivas.

Así también, es relevante mencionar que la Constitución de la República del Ecuador no define al servicio público propiamente, lo cual genera algunos inconvenientes al momento de accionar su prestación al Estado, sea a través de una petición, reclamo administrativo o una demanda judicial, más aun, cuando se desconoce que muchos servicios públicos, si bien son prestados por persona privadas, siguen siendo responsabilidad del Estado, generándose dudas en la vía a escoger por parte del ciudadano cuando son deficientes y han causado un perjuicio, puesto que éste no conoce con exactitud cuál es el juez competente que pueda sustanciar una demanda. Precisamente por ello, antes de la entrada en vigor de la Constitución del 2008 y del Código Orgánico de la Función Judicial, se generaron conflictos de competencia entre jueces de lo civil y jueces de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, que en la actualidad se encuentran superados en la práctica judicial, pero que a falta de una definición constitucional sigue generando dudas en los administrados.

La responsabilidad extracontractual del Estado fue reconocida también en la anterior Constitución Política de 1998, pero que tuvo como antecedente jurídico la Ley de Modernización del Estado y Privatización del Sector Público creada en 1993, cuyo objetivo fue efectivizar la prestación del servicio público de forma eficiente. Dicha norma constitucional ayudó a sentar las primeras bases jurisprudenciales respecto de

la responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano, que definitivamente la Constitución del 2008 desarrolló, aunque no de forma adecuada, lo que es importante mencionarlo, aunque no es parte del objeto central de la presente investigación.

Responsabilidad extracontractual del Estado: elementos, títulos de imputación y reparación

Bajo la premisa del derecho civil “todo aquel que cause un daño está obligado a repararlo”, se entiende que para que una persona sea responsable de algo, debe haberse producido una actuación imputable a la misma, sin ello no se genera la obligación de reparar. En este sentido, es necesario analizar cuando el Estado ecuatoriano es responsable extracontractualmente y cómo se genera la obligación de reparar los perjuicios ocasionados.

El fundamento constitucional de la responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano se encuentra contemplado en el Art. 11 numeral 9 de la Constitución de la República, mismo que contempla lo siguiente:

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

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

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

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

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

Esa es la base constitucional, que, si bien ha contribuido al reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Ecuador, encuentra algunos cuestionamientos, uno de ellos, la falta de determinación de los elementos que configuran la responsabilidad. Siendo así, y para efectos de resolver el problema propuesto, se hace necesario analizar los presupuestos que configuran la responsabilidad, puesto que no están determinados en la propia norma constitucional, ni en el Código Orgánico de la Función Judicial, ni tampoco han sido desarrollados en cada uno de los tipos de responsabilidad contemplados en el Art. 11 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador, en la jurisprudencia.

Pues bien, para que se configure la responsabilidad del Estado es necesario tres elementos:

1. Demostrar que existió una actuación de la autoridad, constitutiva o no de falla

del servicio, dependiendo del régimen a aplicar.

2. Identificar cual fue la actuación jurídica que ocasionó el daño antijurídico: es decir, se debe determinar la fuente del daño antijurídico.

3. La existencia del nexo causal: causa-efecto entre la actividad de la autoridad y la causa del perjuicio, para que se pueda imputar responsabilidad.

En cuanto a la primera, se hace necesario e importante identificar la autoridad pública o el particular con funciones públicas, que sería presuntamente responsable, para identificar la naturaleza jurídica y poder saber el régimen del derecho y la competencia.

En cuanto a la segunda, es relevante preguntarse ¿por qué el perjuicio es el eje central de la responsabilidad del extracontractual? Pues bien, es simple y complejo a la vez, pero, si no hay perjuicio no hay responsabilidad. En este sentido, el daño es “la lesión a un interés tutelado y el perjuicio es el efecto de ese daño”. Por lo tanto, una cosa es el hecho dañino, otra el daño y el perjuicio, que es el que en últimas debe repararse.

Los perjuicios tienen que cumplir con los siguientes requisitos:

1. Debe ser antijurídico;
2. Debe reposar sobre una situación jurídicamente protegida;
3. Solo quien lo sufre es quien solicita la reparación: es personal;
4. Debe ser cierto: la existencia del perjuicio debe materializarse;
5. Debe ser directo: la consecuencia de ese hecho objetivo que se llama daño.

Para que el perjuicio sea reparable, deben concurrir las cinco condiciones citadas, sin perjuicio de los diferentes escenarios en los que se presente al amparo de la teoría de la falla en el servicio, considerando que cuando se quiera imputar responsabilidad por otra teoría, el perjuicio debe cumplir 2 condiciones:

1. Que sea anormal: que sea particularmente grave
2. Que sea especial: se debe identificar las víctimas que sufrieron ese daño antijurídico.

Por lo tanto, lo que caracteriza a los perjuicios en estos casos es la excepcionalidad. Una vez analizados los dos primeros elementos, es necesario desarrollar brevemente el tercero: la existencia de un nexo causal. Como ya se indicó, el daño es un presupuesto indispensable para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado, en este sentido, debe existir la relación entre la acción lesiva de un sujeto y este daño, independientemente de que teoría de imputación se vaya a aplicar.

Debe existir una relación entre el daño y la actuación imputable del Estado, a través de cualquiera de sus funciones, instituciones, dependencias, gobiernos o empresas

públicas, es decir, el daño debe ser el efecto o el resultado de la actuación de cualquiera de los órganos que conforman el sector público, de acuerdo con la estructura orgánica del Ecuador contemplada en el Art. 225 de la Constitución.

Los perjuicios pueden ser patrimoniales y extrapatrimoniales, de ellos dependen el tipo de reparación. En cuanto a los patrimoniales se hace referencia al patrimonio, que es cuantificable porque se ubican en la esfera externa de la persona, es decir, son tasables en dinero y se pueden reparar mediante la indemnización; mientras que, los inmateriales, se refieren a fuero interno de la persona, relativos a los valores morales y sentimentales, por lo tanto, difícilmente cuantificables porque el sufrimiento no se puede tasar en dinero, pero si pueden repararse mediante una compensación pecuniaria.

Por otro lado, la tipología de los perjuicios responde a tres casos: daño emergente, lucro cesante y el daño moral, que se conceptualizan así:

1. El lucro cesante es todo lo que deja de entrar al patrimonio de la víctima, a consecuencia de ese hecho objetivo que se denomina daño. Se puede monetizar, probando que ha dejado de ingresar al patrimonio de la víctima.
2. El daño emergente: todo lo que sale del patrimonio de la víctima, a consecuencia de ese hecho objetivo de denomina daño.
3. El daño moral: es el perjuicio inmaterial, reconocido por la jurisprudencia, como el sufrimiento interno, en el marco psicológico del perjudicado, “de la afectación que provoca el hecho dañino en la vida social y en las relaciones del perjudicado, tanto con otras personas, como con las cosas materiales, llamado daño a la vida de relación en la doctrina italiana, y alteración en las condiciones de existencia, en la doctrina francesa”.

A partir de esa tipología se reconocen las formas de reparación, definida como las acciones tendientes a volver o a dejar a la víctima al estado anterior al daño, por ello, al amparo de esta institución jurídica se reconoce el principio del no enriquecimiento injusto: la víctima no puede salir enriquecida ni empobrecida con la reparación.

El Ecuador reconoce la reparación integral en el Art. 78 al decir que: “Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado”⁸. Esta disposición constitucional está acorde al criterio de la figura de la reparación integral reconocida, implementada y desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Doctrinalmente, existen algunos mecanismos de reparar, que se citan a continuación:

1. En el caso de los perjuicios patrimoniales o materiales se aplican: la restitución: la reparación in natura: es la ideal para volver las cosas al estado anterior cuando eso es posible; cuando no se pueda aplicar la restitución como forma de reparar, se aplica la indemnización para reparar los perjuicios materiales.
2. En el caso de los perjuicios inmateriales, se aplica la compensación

pecuniaria como forma de reparación.

3. Así también se han reconocido las medidas de rehabilitación: pueden ser individuales: afectaciones psicofísicas; y, colectivas, reconstrucción de la confianza del administrado frente a quien produjo el daño: derecho a la verdad, no repetición.

4. Y finalmente, en se han reconocido las medidas simbólicas: disculpas públicas, monumento, y muchas otras.

En este marco de análisis del régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado es necesario analizar las causales de exoneración que son:

1. La Fuerza mayor: misma que debe ser imprevisible, irresistible (que no se pueda evitar este hecho de la naturaleza) y externa a la autoridad pública.

2. Caso fortuito: que debe ser imprevisible, irresistible, a diferencia de la fuerza mayor que es externa a la autoridad pública, ésta es interna a la autoridad público

y es el avance de la tecnología no permite establecer de forma cierta que fue lo que ocurrió.

3. Culpa exclusiva de la víctima: solo culpa exclusiva exonera de responsabilidad al Estado.

4. Hecho de un tercero: comparte las tres condiciones: imprevisible, irresistible (que no se pueda evitar este hecho de la naturaleza) y externa a la autoridad pública, pero aquí está involucrado la voluntad de un ser humano.

Es preciso indicar que ninguna de las causales de exoneración de responsabilidad opera de la misma manera, considerando que la fuerza mayor y la culpa de la víctima pueden exonerar en cualquier escenario de responsabilidad, mientras que el hecho de un tercero y el caso fortuito solo exoneran de responsabilidad al Estado en teoría de imputación de falla del servicio.

Finalmente, para efectos de concluir este punto, es necesario analizar los sistemas de responsabilidad extracontractual:

1. Sistema subjetivo que es la regla general y que gira en torno a la falla del servicio. En Colombia la responsabilidad bajo el sistema subjetivo es la regla general.

2. Sistema objetivo, que es la excepción y que gira en torno a la idea de que una actuación lícita del estado puede comprometer la responsabilidad.

Si bien, el estado ecuatoriano tiene por regla general la responsabilidad extracontractual objetiva, tampoco la encuentra debidamente desarrollada de tal manera que el administrado sepa cuando realmente puede demandar al Estado, ni tampoco la legislación es clara para que los Tribunales Distritales y Salas Especializadas de lo Contencioso Administrativa, puedan resolver cada caso en particular de manera acertada.

El Código Orgánico General de Procesos en su Art. 326, entre las acciones especiales reconoce “b) La responsabilidad objetiva del Estado”⁹, pero no establece las condiciones, ni presupuestos que deben configurarse para que sea determinada en

contra del Estado ecuatoriano, más se limita esta norma procesal a desarrollar el proceso que debe seguirse en la tramitación de estas acciones.

La responsabilidad del Estado por riesgo excepcional y por daño especial se fundamentan así: en la primera debe configurarse el riesgo, es decir, cuando el Estado emplea medios o utiliza recursos, colocando a los administrados en riesgos que jurídicamente no debe soportar; mientras que, en la segunda, si bien existe una actividad legítima del Estado, la actividad rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas y a la ley, provocando un daño grave y especial, que no puede ser encasillado en otros regímenes de responsabilidad.

Fundamento jurisprudencial de la responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano

El desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, como máximo órgano jurisdiccional en la justicia ordinaria, que tiene a su cargo el conocimiento y resolución de los recursos extraordinarios de casación, en el tema específico de la responsabilidad extracontractual del Estado no ha sido amplio. Debido a aquello, se citan 4 fallos referenciales: los dos primeros tienen como fundamento la Constitución Política de 1998, el tercero tiene como fundamento la anterior Constitución y la actual; y, el último únicamente la Constitución del 2008.

La Corte Nacional de Justicia en el año 2009 en un inicio no hablaba de responsabilidad extracontractual del Estado sosteniendo que, en un inicio por razones de soberanía, el poder público no podría ser responsabilizado por actos que se expedían en el marco de la potestad pública, es decir, consideraban a la responsabilidad del Estado y la soberanía como conceptos contrapuestos. Luego, cita la Corte¹⁰ que: “está consagrado el Principio de Responsabilidad del Estado y consecuentemente la justiciabilidad de sus actuaciones. Con respecto al Estado, como persona de derecho público que es, sólo es posible hablar de responsabilidad civil por los daños y perjuicios que por medio de sus agentes cause”, como se denota, este órgano jurisdiccional hacía referencia a la responsabilidad civil.

Luego la Corte Nacional de Justicia reconoce la responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano, fundamentando en que este régimen de responsabilidad se vincula con las razones que sustentan la existencia misma del Estado, bajo el cual: “si existe un hecho dañino, que causa perjuicios indemnizables a un particular, que atribuya jurídicamente por cualquiera de los títulos de imputación al Estado o a sus agentes, nace el deber de reparar los perjuicios, sean éstos materiales o inmateriales”. No obstante de ese reconocimiento, la Corte sostuvo que era necesario que concurrieran tres elementos fundamentales: “el daño, el nexo causal y el título de imputación”, argumentando que si faltaba alguno de dichos elementos, no se configuraba el deber jurídico de reparar por parte del Estado, reconociendo el régimen de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, por lo que corresponde a la parte que demanda, probar la materialización de esos elementos y al juzgador, el análisis de los elementos probatorios para determinar la

responsabilidad y la obligación de reparar del Estado, puesto que solo así nace el deber de resarcir los perjuicios irrogados al particular.

En el 2016, al resolver un caso propuesto antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 2008, la Corte Nacional de Justicia hace una transición en la sentencia, incluyendo en su fundamento jurídico tanto a la Constitución Política de 1998 como a la Constitución vigente, indicando que: "...el origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no proviene de que los actos o hechos sean ilícitos, sino que se mira la injusticia que producen las acciones u omisiones de los entes estatales obligados legalmente a prestar un determinado servicio público". Vemos como la Corte reconoce la teoría de la falla en el servicio público para imputarle responsabilidad al Estado, considerando que ya no reconoce la ilicitud o la licitud de los actos sino el deber de prestar de forma eficiente los servicios públicos a su cargo.

La sentencia madre, por así decirlo, expedida recientemente en un caso que incluso provocó la proposición de una acción extraordinaria de protección que fue aceptada y bajo la cual se expidió nuevamente una sentencia, fue el conocido juicio por la muerte de la ex Ministra Guadalupe Larriva y su hija Claudia Ávila Larriva, misma que fue expedida el 7 de septiembre de 2018 y que determinó como características de la responsabilidad objetiva, las siguientes:

1) El daño antijurídico entendiéndose que es la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar. 2) Esta responsabilidad administrativa objetiva engloba diferentes aspectos a considerar dentro de la consideración de por qué se produjeron tales deficiencias del servicio por parte del Estado, siendo particularmente relevante la consideración del riesgo que conlleva el servicio o actividad pública en cuestión. 3) Para que se configure la responsabilidad por daño antijurídico se requiere la existencia de dos condiciones: que exista un daño de esa naturaleza y que dicho daño sea imputable fáctica y jurídicamente a una persona de derecho público, condiciones que vienen a constituirse así en los elementos de la responsabilidad desde la perspectiva de esta teoría. 4) Que el daño sea antijurídico implica que no todo perjuicio debe ser reparado, pues solo será aquel que sea antijurídico, para cuya calificación habrá que acudir a los elementos propios del daño, así como a la verificación de la ausencia de causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.

La sentencia citada, no sólo que reconoce las características citadas, sino que además propone una nueva forma de calcular la indemnización como forma de reparación, considerando que anteriormente se había considerado, de forma amplia y general, sin más análisis, las indemnizaciones ordenadas en el marco de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; por ello se convierte en una de las fuentes jurisprudenciales más importantes en la institución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Ecuador.

Responsabilidad del Estado ecuatoriano por deficiente o falta de prestación del servicio público de salud en el marco de la pandemia por COVID19

Es necesario abordar este punto indicando que una parte de los juristas considera que la pandemia por el COVID19 es un hecho, que puede ser perfectamente catalogado como fuerza mayor, surtiendo los efectos propios en la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano, por cuanto, a decir de esta parte de la doctrina, no cabría exigir por esto, la reparación por parte del Estado.

No obstante, si bien la pandemia fue imprevisible, no configura del todo el elemento de la irresistibilidad, puesto que si bien, es externa a la administración pública, resulta que ésta pudo haber evitado a tiempo la propagación del virus en el territorio ecuatoriano, considerando que se presentó en China desde diciembre del año 2019 y fue recién el 11 de marzo de 2020 que se decreta la emergencia sanitaria en todo el país, sin que antes se tomaran algunas medidas que controlaran la situación de manera oportuna y adecuada, al amparo de la prestación de la salud como servicio público a cargo del Estado ecuatoriano.

Si bien, los ciudadanos podrían demandar al Estado por responsabilidad extracontractual en el marco de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional, COE Nacional e incluso por los Gobiernos Autónomos Descentralizados, es preciso fijar cuando se configura esta responsabilidad enfocado en el servicio público de la salud, que es el objeto central de esta investigación.

La responsabilidad extracontractual en el marco de la salud debe configurar la deficiencia o la falta de prestación del servicio público. En este sentido, la eficiente prestación del servicio público de salud se ejecuta cuando el sistema de salud pública se hace cargo de todas las consecuencias del estado de salud del paciente, desde que éste se pone bajo el cuidado del servicio público; es decir, cuando el Estado no cuenta con la medicina suficiente para el paciente, el personal médico oportuno y hospitales adecuados, se configuraría la deficiente prestación del servicio público de salud.

En cambio, la falta de prestación del servicio público en el marco de la pandemia COVID19 se relaciona con el colapso de la capacidad hospitalaria de atención, que no le permite acceder a las personas con COVID19 o con otras enfermedades, acceder a camas hospitalarias, especialmente a las camas de las Unidades de Cuidados Intensivos, cuyas muertes derivadas de la falta de atención médica, pueden generar la responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano.

Sin embargo, la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la deficiente o la falta de prestación del servicio público de salud no puede ser ilimitada, desmedida e irracional, puesto que sigue en vigencia la regla antes analizada que establece que deben configurarse los tres elementos establecidos en líneas anteriores.

Conclusiones

Es evidente que el Poder Ejecutivo, liderado por el actual Presidente de la República, el Vicepresidente, los Ministros de Estado y demás autoridades desconcentradas, ha expedido y ejecutado una serie de medidas en el plano de la emergencia sanitaria, pero que no han logrado contener la propagación del contagio ni controlar la atención hospitalaria, que se encuentra colapsada, lo que deja la puerta abierta posibles futuras reclamaciones de responsabilidad extracontractual, ya sea por daños materiales como por daños inmateriales, derivados directamente por los actos y decisiones adoptadas durante el estado de excepción.

El administrado debe probar la concurrencia de los presupuestos analizados para configurar la responsabilidad extracontractual del Estado por falta o deficiencia en el servicio público de salud: la actuación de la autoridad pública, constitutiva de la falta o deficiente suministro del servicio público de salud, el daño debe ser antijurídico y debe existir el nexo causal.

Se debe reflexionar la institución de responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano desde una óptima responsable que permita consolidarse como un instrumento realmente eficiente y efectivo en beneficio de quienes realmente haya sufrido un daño antijurídico que haya generado un perjuicio que deba ser reparado por el Estado, para no volverla una figura desproporcional y desmedida en contra del Estado.

Surge una realidad que hasta hace poco era invisible: existen víctimas globalizadas, que cada Estado de acuerdo a su normativa interna debe reparar a la luz de la óptica del principio de solidaridad y además surge la necesidad de desarrollar el derecho anticipativo en el marco de la responsabilidad extracontractual, contrario al derecho reactivo que reacciona cuando ya han ocurrido las situaciones jurídicas, en el caso que se analiza la afectación al derecho a la salud, cuando lo que se requiere es aproximar al derecho administrativo a un derecho anticipativo como regla general, dejando al segundo, como la regla excepcional.

Referencias

- Borja, Rodrigo. Enciclopedia Jurídica HZ, 3ª. ed. México DF: FCE, 2003, p. 1264.
- Dromi, Roberto. Derecho administrativo. Buenos Aires: Gaceta Jurídica, 2004, p. 57.
- Montaña Plata, Alberto. El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá: UEC, 2002, p. 94.
- Código Orgánico General de Procesos, Asamblea Nacional, Registro Oficial Suplemento N° 506 de 22 de mayo de 2015.
- Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Constituyente, Montecristi: Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008.
- Corte Nacional de Justicia. Primera sentencia emitida en el caso Guadalupe Larriva, Gaceta Judicial 12 de 24 de agosto de 2012.
- Corte Nacional de Justicia. Gaceta Judicial. Año CXIII. Serie XVIII, No. 13. Página

5633, 9 de mayo del 2013.

Corte Nacional de Justicia. Expediente de Casación 93. Registro Oficial Edición Jurídica N° 101 de 20 de mayo de 2016.

Corte Nacional de Justicia. Sentencia del 10 de septiembre de 2018 emitida dentro del juicio 17741-2010-0139.