

UCUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

La acción de repetición como consecuencia de la reparación estatal de violaciones constitucionales y legales producidas por el servicio público.

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales.

Autor:

Olga Maricela Arias García

CI: 0104945811

Correo electrónico: m-arias2011@hotmail.com

Director:

Dr. Álvaro Javier Méndez Álvarez

CI: 0104120522

Cuenca, Ecuador.

19–Septiembre-2022

RESÚMEN.

Conforme el objeto de estudio del presente trabajo, se analiza que el problema en la aplicación de la normativa existente para exigir la acción de repetición a favor del estado, es la aplicación de normas existentes en la normativa supletoria para cada procedimiento distribuido en los distintos cuerpos legales aplicables. De tal manera que, se ha considerado esta solución posible a la justificación de falta de claridad en la regulación de la acción de repetición, para que el estado deje el rol de responsable y asuma un papel de acreedor frente a los servidores públicos, por quienes asumió inicialmente una obligación de pago.

Palabras clave: Acción de Repetición. Responsabilidad del Estado. Servidor público. Sanción.

ABSTRACT:

According to the object of study of the present work, it is analyzed that the problem in the application of the existing regulations to demand the action of repetition in favor of the state, is the application of existing rules in the supplementary regulations for each procedure distributed in the different applicable legal bodies. Thus, this solution has been considered possible to the justification of lack of clarity in the regulation of the action of repetition, so that the state leaves the role of responsible and assumes the role of creditor against the public servants, for whom it initially assumed an obligation to pay.

Keywords: Action of Repetition. Responsibility of the State. Public servant. Sanction.

ÍNDICE DEL TRABAJO

RESÚMEN.....	2
ABSTRACT:	3
ÍNDICE DEL TRABAJO	4
LICENCIA Y AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL	7
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL	8
DEDICATORIA.	9
.....	9
AGRADECIMIENTOS.	10
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO UNO.....	13
LOS FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.	13
1.1. Hitos Históricos.....	13
1.1.1. Antecedentes de la Responsabilidad del Estado.....	13
1.1.2. La responsabilidad del Estado en Francia.	14
1.2 La responsabilidad del Estado.	16
1.2.1 Concepto de responsabilidad.....	19
1.2.2 Tipos de Responsabilidad Estatal.	21
1.2.2.1 Responsabilidad Directa.....	21
1.2.2.2 Responsabilidad Indirecta.....	22
1.2.2.3 Responsabilidad Patrimonial.....	23
a) Responsabilidad Contractual.....	23
b) Responsabilidad Extracontractual.	24
1.2.2.4 Responsabilidad Extrapatrimonial.	26
1.2.2.5 Responsabilidad del Estado.	26
a) Actos de Justicia a cargo de la Función Judicial.....	27
b) Acto legislativo a cargo de la Función Legislativa	27
c) Hechos y actos administrativos de la Administración Pública.	29

1.3 Teorías sobre la Responsabilidad del Estado.....	30
1.3.1 Teoría de la Representación.....	31
1.3.2 Teoría organicista.....	31
1.3.3 Teoría de la proporcionalidad de las cargas.....	33
1.3.5 Teoría de la equidad.....	35
1.3.6 Teoría de la estricta justicia.....	36
1.4 El hito histórico y el nacimiento del Derecho a la Repetición en Ecuador.....	37
1.5 Sobre la responsabilidad de los servidores públicos.....	40
1.5.1 Teorías sobre la posibilidad de responsabilidad de los servidores públicos.....	42
1.5.1.1 Teoría de la irresponsabilidad del funcionario.....	42
1.5.1.2 Teoría de la responsabilidad compartida y acción de repetición.....	42
1.5.1.2.1 Sentencia Laurelle.....	43
1.5.1.2.2 Sobre la acción de repetición.....	44
1.5.2 Las características y principios de la acción de repetición.....	46
1.5.3 Instrumentos Internacionales y Constitución Ecuatoriana.....	48
CAPÍTULO 2.....	51
LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN LA NORMATIVA INFRA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA.....	51
2.1 Sobre la acción de repetición.....	51
2.1.1 Presupuestos para la declaratoria de responsabilidad patrimonial en la acción de repetición del Estado.....	53
2.1.1.1 Requisitos de procedibilidad.....	57
2.1.1.2 Prueba de la condena.....	59
2.1.1.3 El pago realizado por el Estado.....	61
2.1.2 La imputación de la responsabilidad del servidor.....	62
2.1.2.1 Responsabilidad administrativa.....	63
2.1.2.2 Responsabilidad civil.....	65
2.1.2.3 Responsabilidad penal.....	66
2.1.2.4 De la culpa grave de los servidores.....	67
2.1.2.5 Del Dolo.....	69

2.1.2.6 Presunción de responsabilidad y la inversión de la carga de la prueba a favor del Estado.....	70
2.2 La acción de repetición en la LOGJCC.....	72
2.3 La acción de repetición en el COA.....	77
2.4 La acción de repetición en el COFJ.....	79
2.5 La acción de repetición en la LOSEP.....	80
CAPÍTULO 3.....	82
LA APLICABILIDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR.....	82
3.1 Nociones generales para su aplicabilidad.....	82
3.1.2 Consideraciones sobre lo pagado por el Estado y la obligación de repetir.....	83
3.1.3 La subjetividad en la repetición.....	86
3.1.4 Aspectos procesales de la acción de repetición.....	87
3.2 Los problemas y las soluciones en la acción de repetición.....	88
3.3 Los retos de la acción de repetición.....	93
Conclusiones.....	95
Recomendaciones.....	96
Bibliografía.....	97

Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

Olga Maricela Arias García, en calidad de autora y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "La acción de repetición como consecuencia de la reparación estatal de violaciones constitucionales y legales producidas por el servicio público", de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca; 19-09-2022



Olga Maricela Arias García

C.I: 0104945811

Cláusula de Propiedad Intelectual

Olga Maricela Arias García, autora del trabajo de titulación: “La acción de repetición como consecuencia de la reparación estatal de violaciones constitucionales y legales producidas por el servicio público”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca; 19-09-2022



Olga Maricela Arias García

C.I: 0104945811

DEDICATORIA.

Dedicado a mis padres, quienes con su amor y sabiduría han logrado guiarme por el sendero del bien, siendo la base para el desarrollo de mi vida personal y académica. A mi familia, quienes, a través de su entendimiento, comprensión y porque no decirlo sacrificio me han apoyado y encaminado en la realización y culminación de este proyecto. A todos quienes siguieron depositando su confianza en mí; y me han dado su apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTOS.

Agradezco de forma primordial a Dios, por haberme regalado la vida, y permitirme compartir este proceso académico con mi extraordinaria familia (papi, mami, hermanos, hijas); agradezco a la Universidad de Cuenca, a mis docentes; quienes con su gran sabiduría se han esforzado por guiarme en una de las más nobles profesiones que existe; a mi tutor quien con sus consejos a logrado guiarme con éxito a la culminación de este proyecto. Finalmente, gracias Darwin, porque sé que no ha sido un proceso sencillo, llegar hasta aquí, pero con tu apoyo incondicional, lo he logrado han dado su apoyo incondicional.

INTRODUCCIÓN

La acción de repetición se configura como una garantía del Estado, para precautelar los recursos económicos estatales y que con ello ha indemnizado a quienes se han visto afectados; y a su vez se trata de un mecanismo para compensar el accionar u omisión del servidor público ya sea por inobservancia de los parámetros legales, o que su actuar encaja con la culpa grave o dolo; estableciéndole la responsabilidad del ejercicio de sus funciones, pudiendo el Estado recuperar los valores a los que fue condenado a cancelar. Adicionalmente, esta acción emite un mensaje que promueve un trabajo más responsable y moral del servicio público, de tal forma que, la finalidad de la acción es tutelar el interés público (Espín, 2015, p.70); finalidad de la cual será abordado el presente trabajo de investigación.

El Estado al ser representante de todos los intereses y administrador del patrimonio de todos los ecuatorianos se encuentra en la obligación de tutelar su debido manejo y mantenimiento, de aquí en adelante radica la importancia de soportar lo menos posibles en gastos no necesarios y emprender cuanta acción sea necesaria para recuperar dineros cancelados por causas imputables a servidores públicos identificables. La acción de repetición, por responsabilidad del servicio público bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano tiene varias vías de ejecución; puesto que permite recuperar recursos estatales erogados por dolo o culpa grave de los servidores públicos, y que según normativa legal nos establezca; así; según lo estipulado por el art. 11 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador; “responsabilidad de cancelación de los daños, pero con el derecho a repetir contra los funcionarios responsables que deberán asumir el pago de dicha indemnización”.

Por ende, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), regula esa responsabilidad de los servidores públicos o de los servidores judiciales; en caso que

por su trabajo se haya declarado la reparación integral material al Estado en garantías jurisdiccionales o en sentencia de organismos internacionales. Por otro lado, se encuentra la acción de repetición regulada en el Código Orgánico Administrativo (COA) en caso de declaratoria de responsabilidad extracontractual o terminación convencional.

Finalmente, tenemos la prevista en el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) la cual implica la responsabilidad en la prestación de servicios contra los servidores públicos, no solo los judiciales, sino también los administrativos; así como en la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP) que prevé la repetición contra funcionarios por el pago de remuneraciones no percibidas de servidores suspendidos o destituidos, actos que se hayan declarado nulos o ilegales judicialmente.

Todos los cuales prevén situaciones, procedimientos y tiempos distintos para accionar contra los servidores, por los pagos hechos o que debe hacer el Estado. Por estos marcados procesos para ejercer la acción de repetición contra los servidores públicos por su responsabilidad, se plantea el tema de investigación a fin de clarificar cómo debe aplicarse cada una de la normativa indicada, así como qué normativa se puede aplicar de manera supletoria a cada caso a fin de ejercitar esta acción.

CAPÍTULO UNO

LOS FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.

1.1. Hitos Históricos.

1.1.1. Antecedentes de la Responsabilidad del Estado.

Antes del nacimiento del derecho administrativo, existieron varias posiciones respecto de la responsabilidad del Estado; inicialmente se creía en la completa irresponsabilidad de este frente a los daños que eventualmente produce al pueblo, esta idea se sostuvo gracias al principio *superanitas e imperium*; por el cual existía una confusión de lo público con lo privado. Especialmente esta teoría sirvió de fundamento en las monarquías, donde se sostuvieron y legitimaron debido a su efecto de intangibilidad del monarca; además, por esto se tuvo como una verdad absoluta que el Estado no podía cometer errores y como consecuencia, no podía ser sujeto de responsabilidades tal como reseña William Guillermo Jiménez (2013); precisando que inicialmente la responsabilidad se ligó directamente con la dignidad humana, es decir, desde el momento que las civilizaciones tomaron consciencia que los gobernados tenían derecho a que se respetara diversas esferas de sus vidas, especialmente la patrimonial, apareció la obligación estatal de reparar los daños que ocasionare en el quehacer diario de la administración hacia los administrados. En efecto, la historia muestra que estos hechos tuvieron sus primeros albores en la *polis* en Grecia y la *civitas* en Roma (p.65).

Asimismo, en la misma época romana apareció el denominado “fisco” entendido como una especie de persona moral, la cual estuvo separada del gobernante y del mismo Estado; esta persona se compuso básicamente de los bienes públicos y era precisamente contra ella que se ejercían las acciones indemnizatorias como se cita en la Prensa Cajar (2005). Otro resquicio se

encontró en la concepción de Aristóteles sobre la función reparatoria del derecho, por lo cual, la justicia correctiva debía estar presente en las acciones de todos, especialmente de los gobernantes (ibidem), en adición, la responsabilidad estatal se empezó a esbozar en las relaciones entre particulares, es decir, en el derecho civil.

Sin embargo, si identificamos la responsabilidad del Estado así no podemos confundirlo con la responsabilidad de sus funcionarios, pues hay necesidad de diferenciarlo del responsable - persona natural-, por cuanto el Estado es el primero a quien se exige reparar; por ende, si dicha reparación es económica emerge el derecho que tiene el Estado de repetir el pago contra el responsable, en cuanto sea aplicable.

Así, el derecho de repetición parte del concepto mismo de responsabilidad por ocasionar daños, y más contra el responsable de dicho perjuicio. De tal manera, encontramos el primer antecedente de la acción de repetición en Francia para el año 1783 en los denominados “actos de gestión”; luego en la Revolución Francesa del 14 de julio de 1789 fue a través de la Declaración de los Derechos Fundamentales del Hombre y del ciudadano donde se instituyó la reparación de daños y perjuicios contra agentes públicos culpables de dañar la propiedad privada, como lo reseña Maribel Muñoz (2019).

1.1.2. La responsabilidad del Estado en Francia.

Durante la revolución francesa, respecto de la concepción de la responsabilidad del Estado no hubo cambios significativos, ya que, si bien fue el fin de las monarquías, se mantuvo el poder en otro tipo de soberano; el pueblo que sustituyó al monarca como dueño de soberanía, teniendo como consecuencia de ello, que el Estado se consideró al servicio del pueblo, y por eso no podía

hacer daño mucho menos debía asumir ningún tipo de responsabilidad; sin embargo, el funcionario a título personal sí asumía los perjuicios causados por su accionar u omisión. Esto se mantuvo hasta el siglo XIX para luego dar paso hacia la concepción de la responsabilidad estatal indirecta, la cual se desarrollará más adelante, donde la responsabilidad estatal significa responder patrimonialmente por culpa in vigilando o in eligiendo (Prensa Cajar, 2005, párr.5-7).

Estos orígenes revolucionarios del derecho administrativo cobran fuerza mediante el fallo Blanco del 8 de febrero de 1873 en Francia donde se desarrolló la teoría de la responsabilidad estatal indirecta, el cual se fijó que las responsabilidades por los daños causados por los empleados del Estado no podían regirse por el Código Civil, dado que dicha situación no era general ni absoluta. Es decir, se verificó que la norma civil era insuficiente para solucionar los problemas que se presentaban en la administración porque dicho cuerpo jurídico no poseía reglas especiales que observasen las necesidades del servicio, en armonía con las necesidades estatales y los derechos de los ciudadanos. Como consecuencia se cambió la competencia y se declinó estos tipos de problemas a las autoridades administrativas como lo cita Aníbal Zárate (2016).

Luego, en 1895 y los años posteriores se comenzó a teorizar la responsabilidad directa del Estado en Francia; lo cual fue posible luego de la sentencia Cames; que aborda el caso de un obrero de apellido Cames, quien trabajó en un arsenal y fue herido por un volante metálico. Se entabló la respectiva demanda y en medio del juicio no hubo prueba de culpa o negligencia, ni del trabajador ni del arsenal. Siendo que en primera instancia se dispuso una indemnización a favor del trabajador, pero esta resolución fue apelada. En medio del siguiente recurso se decidió que la responsabilidad recaía sobre el Estado, considerando el tribunal que no hubo culpa ni negligencia del demandante. Sin duda esta sentencia cambió el paradigma que se mantuvo, puesto que, si con el Código Civil el demandante debía probar la culpa del demandado, gracias

al principio de equidad desarrollado por los tribunales sólo se necesitó que el demandante probara que no fue ni su negligencia ni culpa.

Pero luego de dicho caso, llegó la sentencia que marcaría el establecimiento de esta teoría en los tribunales y fue el caso *Guissez, Cousin et Oriolle v. Teffaine*; caso que abordó la muerte de Teffaine, quien falleció en un accidente de un remolcador, como consecuencia de este desenlace la viuda demandó a los dueños del remolcador y al constructor de la caldera que explotó. En la primera instancia los demandados fueron absueltos, por ende, la viuda apeló teniendo como fallo que los dueños del remolque fueron encontrados responsables y el constructor de la caldera obligado a indemnizar a los dueños. En definitiva, el tribunal encontró que los dueños tenían responsabilidad con Teffaine por un contrato y como una extensión de la norma aplicable del Código Civil. Pero en casación este criterio se fijó en que la responsabilidad del dueño se mantenía pese a que su defensa se apoyara en la tesis que hubo defectos de fabricación de la máquina como cuenta Jaime Navarrete (1978).

1.2 La responsabilidad del Estado.

Como lo hemos expuesto hasta ahora, hablar de la responsabilidad del Estado, en su sentido amplio, es remontarse a épocas no tan lejanas; ya que, inicialmente preponderó la teoría de la irresponsabilidad del Estado; en el sentido que únicamente son responsables las personas particulares por los daños que ocasionalmente producen sus actos. Sin embargo, con el devenir del tiempo como lo expone Israel Soler y William Jiménez (2009), y principalmente a partir del fallo Blanco, que ya se explicó, jurisprudencialmente se abrió camino a la responsabilidad estatal, en aquella sentencia claramente se indicó que era inaplicable la normativa civil para que el Estado responda por daños a particulares. Por cuanto ésta carece de reglas especiales que

“varían según las particularidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses particulares” (p. 75). Y precisamente, como lo indica Johanna Herrera (2016), la responsabilidad estatal surge al existir subordinación del Estado mismo- y por ende de sus funcionarios- a la norma, en pro de alcanzar el respeto, igualdad y la equidad en la sociedad; conllevando a la seguridad del ciudadano de un resarcimiento en caso de un actuar ilegítimo, daños ocasionados por los funcionarios y la eventual deficiencia en la prestación de los servicios públicos.

A partir del desarrollo y crecimiento que dio la doctrina y la jurisprudencia al derecho administrativo, ha emergido la necesidad de limitar la responsabilidad estatal en consideración que, como ente jurídico, no actúa de manera directa sino por intermedio de funcionarios (Soler & Jiménez, 2009, p. 75). Con estas precisiones se ha diferenciado la responsabilidad personal de los funcionarios, de la responsabilidad de la administración; estribando en que la responsabilidad del funcionario se da como una “falta personal” a diferencia si es una “falta en el servicio”.

Avanzando en el desarrollo jurisprudencial surgió, a través del fallo Lareulle de 1951 en Francia, la responsabilidad del funcionario frente a la administración; para ello el Estado, a fin de garantizar el resarcimiento de los daños a la víctima, se convirtió en una suerte de garante de la responsabilidad frente a sus agentes, facilitando que la víctima pueda demandar a ambos o por separado; dándose de este modo lo que hoy conocemos como el derecho a la repetición a favor del Estado, en virtud que los funcionarios responden ante el Estado por sus fallas personales (Soler & Jiménez, 2009, p. 76).

Previo a analizar la responsabilidad estatal, es imperante abordar las diferencias existentes entre responsabilidad y responsable a fin de clarificar los fundamentos mismos de la acción de repetición. Señalado así, debemos precisar los “sentidos” de estas dos palabras: primero, la

responsabilidad es un deber que nace del ejercicio de un determinado rol y “responsable como titular de ese rol”; segundo, la responsabilidad como “sinónimo de capacidad y responsables como persona con capacidad”; tercero, tenemos la responsabilidad como “sinónimo de causalidad y responsable como causante” y finalmente cuarto, tenemos la responsabilidad “sinónimo de sancionabilidad y responsable como persona sancionable” indica Hart citado por Hernán Vélez (2015). Pero que, en definitiva, para que exista responsabilidad jurídica se requiere “ser destinatario de una norma jurídica, como persona o como persona con una característica adicional y haberse incumplido, por propia mano o a veces por la mano de otra persona, su orden o transgredido su prohibición, en forma tal que con ello se active la posibilidad jurídica y legítima de padecer una sanción” (Vélez, 2015, p. 149). Siempre teniendo presente que, entre la sanción jurídica, la responsabilidad jurídica y la persona, generan una interacción sistemática que en caso de fallo conlleva la sanción jurídica a la persona destinataria de un mandato o prohibición por su grado de responsabilidad y que, para el objeto de este estudio, calza perfectamente al hablar de la responsabilidad del Estado y de la responsabilidad de sus funcionarios o de quien detente actuar por el Estado.

Ahora bien, respecto de la responsabilidad como tal, es importante señalar los tipos de responsabilidad que posee un Estado; como son la responsabilidad directa y la responsabilidad indirecta. En el primer caso, existe responsabilidad directa cuando hay daños imputables al funcionario en el ejercicio de la actividad del Estado y es directa ya que, el Estado actúa a través de ellos (Herrera, 2015, p. 15). En este punto también resulta imperante hablar de la responsabilidad total del Estado reflejada como la obligación de realizar una reparación económica, moral y psicológica a las víctimas tal como indica Ramón Estrada, citado por Herrera (2015, p. 16), aunque dicha responsabilidad total del Estado puede provenir de acciones dañosas, pero no necesariamente culposas. En el segundo caso, la responsabilidad indirecta se

puntualiza que ésta proviene, asimismo, del actuar de un funcionario del Estado pero que, se extralimita en sus competencias asignadas sobrepasando los límites que posee su autoridad; esto trae la idea de la responsabilidad parcial del Estado. Y esta última, la responsabilidad extracontractual, es por la cual surge la acción de repetición que posee el Estado contra la persona que actuó a su nombre.

En el contexto jurídico estatal determinadas acciones llevan consigo consecuencias, las cuales pueden ser positivas y negativas. En el caso de ser negativas esto conlleva el efecto de ser sancionadas y no solo en un sentido restrictivo de la palabra, la cual generalmente se asocia a los tipos penales, sino a los diferentes tipos de sanciones negativas - y de las positivas- que pueden presentarse en la esfera jurídica. Pero a efectos de este trabajo, como lo indica Hernán Vélez (2015) consideraremos las sanciones jurídicas como consecuencias directas de la responsabilidad, en el sentido que a las personas eventualmente se les eliminan o privan bienes jurídicos por la comisión u omisión de determinados actos. Esto es entendible ya que la teoría de responsabilidades como se ha dicho tiene un origen en el derecho civil como parte del derecho privado, pero que aplicado al derecho administrativo, parte del derecho público y se sanciona en “actos jurídicos coactivos de privación de parte del patrimonio económico” (p.135).

1.2.1 Concepto de responsabilidad.

La responsabilidad como expone Israel Soler y William Jiménez (2009) debe entenderse como la obligación de asumir las consecuencias de los actos, omisiones o hechos antijurídicos que lesionan un interés legítimo. Dicha responsabilidad la pueden asumir tanto las personas naturales como las jurídicas y dependerá de la rama del derecho para definir cuál será la consecuencia. Así; en materia penal la consecuencia será asumir una pena por cuanto es una responsabilidad

personal en tanto que en materia civil y administrativa es de carácter patrimonial que consiste en pagar los daños (p 74). Para Ramiro López (2008) define a la responsabilidad como el deber de sufrir las penas establecidas para los delitos o faltas y la capacidad de aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario (p. 346).

Es necesario entonces, recordar los orígenes mismos de la responsabilidad, así Agustín Gordillo (2013) indica los componentes clásicos de la denominada responsabilidad civil que no es más que la antesala de la responsabilidad del Estado. De tal manera precisa que su existencia se supedita a confluir tres elementos 1.- El daño material debe ser apreciable de manera pecuniaria, 2.- debe haber antijuridicidad, es decir que el daño sea provocado ilegítimamente y 3.- que exista dolo, culpa o negligencia de la persona que cometió. Es así que dada la evolución de las mismas concepciones civilistas, y más las del Estado y su responsabilidad, nos dejan hoy la tendencia que éste debe responder por los daños no solo ilegítimos sino también en aquellos que existan daños lícitos (p. 538), de tal manera que la responsabilidad del Estado siempre deberá ser indemnizada.

Es así que surge la responsabilidad objetiva del Estado, en el caso ecuatoriano recogida a partir del art. 11 numeral 9 de la Constitución de la República, donde se impone la obligación del Estado a reparar las violaciones de los derechos de los particulares, ya sea por falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos o por las acciones u omisiones de los funcionarios en el desempeño de sus cargos. Así como lo expone Álvaro Ojeda, la responsabilidad objetiva del Estado supera la teoría de la responsabilidad subjetiva, primando “el criterio del daño efectivamente sufrido por la víctima usualmente por la deficiente prestación del servicio público y si la víctima debía soportarlo” (Boletín Institucional, 2016. p. 10).

Ahora bien, alrededor de esta teoría surgen las denominadas responsabilidades directas o indirectas del Estado, desde diferentes perspectivas y de variados autores, su diferenciación se puntualiza en aspectos como la naturaleza de la persona que ocasiona el daño, como funcionario o dependiente del Estado, por los actos y por los hechos que emanan del Estado o según si su actividad es legítima o ilegítima; particularidades que son los puntos clave para distinguir esta responsabilidad estatal.

1.2.2 Tipos de Responsabilidad Estatal.

1.2.2.1 Responsabilidad Directa.

En la teoría clásica de la responsabilidad en materia civil, esta responsabilidad se entiende atribuible de resarcir los daños ocasionados a quien directamente los realizó por un hecho propio. Desde el criterio de distinción de las personas que representan la voluntad del Estado, se indica que habría responsabilidad directa de este, solo cuando actúa un funcionario, y no un dependiente; comprendiendo a aquellos que realizan las actividades materiales de ejecución; sin embargo, no se puede considerar esta diferenciación ya que todo aquel que trabaje para el Estado lo representa y actúa directamente como parte de él (Gordillo, 2013, p. 546), en ese sentido siempre habrá responsabilidad directa del Estado por actuación de un servidor público. Desde otra perspectiva, se dice que existe responsabilidad directa del Estado cuando el daño se originó en un acto de la administración y no en los hechos administrativos; sin embargo, tampoco es aceptada ya que existen hechos que obligan directamente al Estado (Ibidem, p. 549). En definitiva, existe esta responsabilidad cuando un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones ocasiona un daño.

Entonces; la responsabilidad del Estado está latente en el desarrollo de sus funciones, las cuales deben desenvolverse en la forma debida y cuando esto no sucede aquel deberá asumir los costos independientemente de la actitud del agente estatal. Esta responsabilidad se le imputa al Estado por la mala praxis al fallar en su deber de eficiencia en la actuación de sus órganos, por lo cual se dice que aquí la responsabilidad es objetiva según Carlos Botassi (2011).

1.2.2.2 Responsabilidad Indirecta.

Con lo expuesto anteriormente, la responsabilidad indirecta del Estado será entonces aquella en la que el Estado actúa a través de sus entidades descentralizadas que poseen personalidad jurídica propia (Gordillo, 2013, p. 551). Por cuanto, si bien es cierto el daño se produce de la actuación de las instituciones descentralizadas, de sus dependientes; éstas fueron creadas y son controladas por el Estado central, he ahí la principal diferencia con la teoría de responsabilidad directa y la perspectiva de algunos autores de sustentarla por las actuaciones de sus “funcionarios” y de sus “dependientes”.

Por otro lado, existen autores que señalan que esta teoría surge cuando el funcionario estatal se extralimita en sus funciones, es decir cuando actúa con dolo y la intención de causar daño o en ejercicio de abuso de poder (Herrera, 2019, p.18); sin embargo, como contrapartida a esta posición hay que tener presente que aún en esta situación los funcionarios siguen actuando como agente estatal y por ende comparten la responsabilidad directa (Gordillo, 2013, p. 550).

Aunque, ciertos tratadistas apuntan que esta responsabilidad corresponde al Estado, debido al accionar de sus funcionarios, en consideración de dos razones: 1.- porque el funcionario actúa valiéndose de los medios que le proporciona el Estado como empleado y 2.- porque le corresponde a este último ser diligente y cuidadoso en la elección de su personal. En definitiva,

responde por el accionar ilícito de terceros y dicha conducta ineludiblemente excede el mandato, por lo tanto, esto comporta una actuación dolosa o culposa (Botossi, 2011, p. 66).

1.2.2.3 Responsabilidad Patrimonial.

La responsabilidad patrimonial del Estado se refiere al deber legal del Estado de reparar los daños y perjuicios causados a otros sujetos de derecho como una derivación de sus actividades como administración. Inicialmente, esta responsabilidad de origen civil, se basa en el principio de culpabilidad que, dentro del derecho administrativo, se dio paso como objetiva y directa; y bajo estas premisas es que se constituyó como un derecho del administrado para la defensa de sus garantías patrimoniales como lo dice Teresa Acosta-Penco (2016). Dentro de este tipo de responsabilidad estatal encontramos las siguientes:

a) Responsabilidad Contractual.

Dentro de la responsabilidad patrimonial del Estado encontramos la responsabilidad contractual y extracontractual del mismo. En el primer caso la responsabilidad de indemnizar pecuniariamente al perjudicado nace de las obligaciones pactadas dentro de un contrato debidamente deliberado por el Estado. Es decir, existe responsabilidad contractual en virtud de un conjunto de normas o contratos de las cuales se desprende una determinada obligación. Dicha obligación se traduce en acciones o abstenciones de realizar determinadas acciones amparados jurídicamente; por ende, nace la obligación de indemnizar al acreedor los perjuicios ocasionados por el incumplimiento o cumplimiento tardío de una obligación como lo indica Ramiro García (2005). En esa virtud, dentro de esta responsabilidad nace la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. Dichas indemnizaciones pueden ser de dos formas: 1) La indemnización compensatoria que consiste en la suma de dinero que se debe al acreedor y trata de compensar lo que habría conseguido con el cumplimiento cabal de la

obligación; y 2) La indemnización moratoria que se refiere a la indemnización pecuniaria que reemplaza el cumplimiento a tiempo de las obligaciones, es decir emerge como producto del retraso del cumplimiento, que puede producirse a causa de varios sucesos como el desequilibrio financiero en el contrato, la teoría de la imprevisión, el simple incumplimiento del Estado “hecho del príncipe” como lo reseña Juan Castro (2018).

Por lo expuesto podemos simplificar a la responsabilidad contractual del Estado como el “conjunto de consecuencias jurídicas devengadas de un contrato el cual crea las premisas que obligan a las partes involucradas a dar cumplimiento a los acuerdos plasmados previamente so pena de incurrir en incumplimiento y ser sancionados” (Herrera, 2015, p. 20). Este concepto nos lleva a la premisa que, para que exista este tipo de responsabilidad debe existir previamente un contrato legalmente celebrado entre el Estado y la víctima del daño.

b) Responsabilidad Extracontractual.

Respecto de la segunda situación que presenta la responsabilidad patrimonial estatal encontramos a la responsabilidad extracontractual. Ésta se refiere a la responsabilidad que surge de una conducta de los órganos del Estado que no tienen como origen un pacto previo con la víctima del daño (Gordillo, 2013, p. 539). Así, la responsabilidad extracontractual del Estado nace en la actuación de sus órganos, de las distintas funciones del Estado que tradicionalmente son el ejecutivo, el legislativo y judicial; pero que pueden ampliarse como el caso ecuatoriano donde no son tres sino cinco. Retomando la idea, este tipo de responsabilidad mayoritariamente nace por los hechos o actos administrativos, los cuales sin duda son los que originan mayor número de obligaciones de resarcimiento pecuniario por los detrimentos sufridos por los particulares; daños que se imputan a la negligencia o culpa del Estado, quien actúa a través de sus

funcionarios (ibidem, p. 545). Por eso surge la denominadas responsabilidades directas e indirectas del Estado que ya se ha explicado.

Se debe tener presente que cuando se habla de la responsabilidad extracontractual del Estado hay que identificar los factores que deben presentarse para que esta se configure como tal, así el primer factor en incidir es el daño. Para lograr ese cometido debemos diferenciar que no todo daño per se, activa la responsabilidad extracontractual del Estado; pues si existe daño, pero hay causas de exclusión que no existe responsabilidad del Estado. Entonces, existe exoneración de responsabilidad cuando hay; 1.- causa exclusiva y determinante de un tercero o de la víctima, 2.- fuerza mayor o caso fortuito y 3.- cuando el daño es jurídico, por lo cual la víctima tiene la obligación de soportarlo. Esto quiere decir que el daño debe ser antijurídico para que pueda configurarse como obligación del Estado; por ende, debe ser cierto, concreto, determinado y personal tal como expone Wilson Ruiz (2016). Por lo tanto, existe antijuridicidad en el daño cuando los daños que sufren los administrados van más allá de los límites jurídicos que una persona debe tolerar en pro de contribuir al interés colectivo (ibidem).

A modo de conclusión tenemos que la responsabilidad extracontractual del Estado es “aquella en la que no se verifican vínculos jurídicos entre las partes involucradas pero de existir hechos dañosos causantes de perjuicios existirá la necesidad de reparar a la víctima debido a que la responsabilidad nace al momento de ser causado el daño, debiendo asumir el autor de dichas acciones las consecuencias de las mismas” (Herrera, 2015, p. 21); en tal caso, se considera como autor al Estado, quien para recuperar lo pagado le nace el derecho de repetición.

1.2.2.4 Responsabilidad Extrapatrimonial.

La responsabilidad extrapatrimonial del Estado corresponde al deber legal que tiene, con relación a la reparación a la lesión causada que ha afectado un derecho que no es susceptible evaluarse en dinero. Sin embargo, se habla de que este tipo de derechos son indemnizables, pero su principal dificultad es que en realidad no son propiamente reparables, a pesar que se indemnice este no permite a la víctima volver a su Estado anterior; teniendo que muchas veces a este tipo de daños se los corresponde al daño moral, y su valoración en sí no existe. Al indemnizarse a la víctima no se reemplaza un patrimonio, sino se lo agranda. Como lo menciona, Parellada, Carlos. “la doctrina prevaleciente y la mayoría de la jurisprudencia le atribuyen un carácter resarcitorio, apelando a la función satisfactiva del dinero, el cual posibilita acceder a gozos sustitutivos de la lesión extrapatrimonial sufrida por la víctima” (p. 361, 362); entonces, aquello se refiere a la cuantificación y valoración, ya que al ser daños que afectan a los bienes inherentes a la persona y no a su patrimonio, ha producido un gran problema al momento de establecer un valor económico que resarza el daño, tomando no como una indemnización, sino como una compensación, tratando de disminuir la aflicción causada por ese daño.

1.2.2.5 Responsabilidad del Estado.

En el contexto del Estado social y de derecho nacen estos diferentes tipos de responsabilidad estatal como por acto judicial, por acto legislativo y por hechos y actos administrativos. Lo cual responde a la lógica del poder estatal dividido en las tres clásicas funciones de un Estado soberano. Esas responsabilidades, sin duda, son tipos de naturaleza extracontractual.

a) Actos de Justicia a cargo de la Función Judicial.

La responsabilidad por acto judicial recae en el Estado cuando existen actos judiciales típicos, es decir de la administración de justicia. Por ende, este tipo de responsabilidad se excluye cuando hay daños provocados por el órgano judicial cumpliendo sus funciones administrativas, en ese caso se estaría en una responsabilidad administrativa y no judicial. Continuando con la idea, hay responsabilidad por acto judicial cuando hay una conducta judicial ilegítima o legítima culpable o no (Gordillo, 2013, p. 540). Además, se sostiene que al declararse este tipo de responsabilidad lo que se busca es combatir la “arbitrariedad, el abuso, el exceso, el ejercicio desproporcionado, las omisiones y la inactividad” como aborda Jaime Santofimio (s/f). Entonces, como lo indica el autor, esta responsabilidad tiene que ver directamente con el cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva porque impone a los jueces, a los auxiliares de justicia e incluso a los particulares de una actuación judicial, en todas sus fases, evitar dilaciones y entorpecimientos innecesarios y que promuevan la impunidad que desprotejan los derechos legítimos de los ciudadanos. De ahí se entiende que existe responsabilidad del Estado en la administración de justicia porque genera vulneración de una pluralidad de derechos, bienes e intereses; por ello en el régimen de responsabilidad hay que tener presente tres elementos: 1.- el daño antijurídico, 2.- el juicio de imputación y 3.- la reparación integral (ibidem, pp. 15-17).

b) Acto legislativo a cargo de la Función Legislativa

Si bien es cierto el Estado a través de su función legislativa se encuentra en posición de crear las Leyes para todo el pueblo y para sus mismas autoridades, este poder se le ha investido de manera constitucional y a priori no debería acarrear responsabilidad. Sin embargo, existen situaciones excepcionales donde el Estado puede ser responsable por estos actos; así, cuando hay un perjuicio especial a un ciudadano cabe este tipo de responsabilidad debido a que existen

perjuicios desproporcionados y desiguales entre los ciudadanos, de tal manera que con ello no se puede aplicar la equidad; por tanto, cuando haya daños materiales habrá la obligación de indemnizar. Asimismo, existe esa obligación estatal cuando hay un enriquecimiento sin causa de la administración como consecuencia de una Ley, ya que viola el principio de justicia. Igualmente, hay responsabilidad por este acto cuando de manera expresa hay sustitución del derecho contenido en la Ley por una indemnización (Gordillo, 2013, pp. 543-544).

En efecto, Manuel Diez (s/f) expresa que existe en el ordenamiento jurídico la jerarquía normativa donde prima la Constitución y por consecuencia, se presume la constitucionalidad de todas las Leyes pese a que puedan no serlo. Sin embargo, el Estado conservará la obligación de responder por los daños que cause la aplicación de las Leyes, independientemente de su constitucionalidad o no. Y, para que exista la obligación estatal por responsabilidad legislativa debe responder a una Ley que emane de la función legislativa estatal. Además, existirá responsabilidad siempre que se presente estas situaciones: 1.- Cuando la misma Ley reconoce una indemnización por el daño que cause. 2.- Que la Ley no refiera absolutamente respecto de los daños que cause y 3.- cuando existen Leyes que expresamente nieguen todo derecho de indemnización.

En el primer caso la solución es fácil, más en el segundo caso, se han esbozado dos grupos: el que rechaza la responsabilidad del Estado y el otro que conteste con la responsabilidad estatal por el acto legislativo. Quienes apoyan la irresponsabilidad del Estado se fundamentan en que los actos legislativos son actos del soberano y que únicamente se sujetan al límite constitucional, por consecuencia el pueblo no puede pedir indemnizaciones por actos legítimos. Más todavía, en los supuestos de inconstitucionalidad de la Ley, lo más que puede hacer el juez sería declararla y aun así no existiría obligación estatal. Otro criterio que apoya esta posición es que las Leyes crean, modifican o derogan derechos que se generaron con otras Leyes y por lo tanto no puede ser responsable el Estado por derechos preexistentes. En adición, también se indica

que la Ley tiene el carácter de ser general y no está dirigida a un individuo en particular, esto le vuelve imposible generar daños. Como corolario de este argumento es que el juez no puede señalar indemnizaciones que la Ley no señala. Todos estos criterios se han desechado y generalmente no se los considera por la evolución del derecho administrativo no solo por la doctrina sino también por la jurisprudencia que han establecido la responsabilidad objetiva estatal.

Por lo expuesto y como contrapartida, quienes sostienen la responsabilidad del Estado por acto legislativo lo hacen en consideración de la igualdad de las cargas públicas, por ende, si una Ley impone cargas a todos, pero de forma excepcional perjudica a uno, tiene la obligación de responder. De igual manera si una Ley genera una expropiación a favor del Estado donde se monopoliza actividades que deben realizar los particulares, evidentemente existe la obligación de indemnizar; e independientemente, si la Ley es o no constitucional, o que niegue expresamente una indemnización cabe la responsabilidad del Estado. De ahí es imperante que se verifiquen las siguientes situaciones: que medie un daño, que ese daño sea producto de una Ley formal ya sea constitucional o no y que haya una relación de causalidad entre el daño sufrido y el acto legislativo (Diez, s/f, p.p. 430- 434). Así se mantiene latente la responsabilidad del Estado por acto legislativo.

c) Hechos y actos administrativos de la Administración Pública.

Sin duda este tipo de responsabilidad del Estado es la más común en comparación a los tipos judicial y legislativo. En cuanto esta responsabilidad se imputa al Estado que actúa de manera culposa a través de sus órganos administrativos; pese que, al respecto, se han dado varias diferenciaciones procurando identificar si dentro de este tipo de responsabilidad se actúa de manera directa o indirecta (Gordillo, 2013, pp. 545-546), es menester indicar que lo referente a

estas posiciones ya se ha desarrollado en los acápites anteriores y llegado a la conclusión que es directa.

En adición a la idea anterior, Wilson Ruiz (2011) señala que la responsabilidad del Estado por los actos administrativos legítimos, pese a su naturaleza si produce daño, debe ser resarcido; surgiendo la obligación de indemnización, pues si bien el Estado genera actos administrativos siguiendo las pautas legales señaladas y motivando su decisión; no es menos cierto que dicha actuación genera un desbalance entre las cargas públicas que los ciudadanos están obligados a tolerar, por lo cual se produce un daño antijurídico que debe ser reparado al particular que lo sufrió.

Es preciso en este punto nombrar que, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, por medio del Código Orgánico Administrativo (en adelante COA), existen diferentes tipos de actuaciones administrativas y son: 1.- el acto administrativo, 2.- el acto de simple administración, 3.- el contrato administrativo, 4.- el hecho administrativo y 5.- el acto normativo de carácter administrativo (art. 89). De todos ellos pueden desprenderse variadas situaciones que conlleven responsabilidad estatal y por ende la reparación al detrimento económico que sufrió el Estado a través de la acción de repetición.

1.3 Teorías sobre la Responsabilidad del Estado.

Al hablar de las teorías de la responsabilidad del Estado es necesario considerar que, como se dijo anteriormente, debe haber un daño; y a partir de ese daño se debe configurar un perjuicio para las víctimas; perjuicio que no debe tenerse como sinónimo del daño sino como una consecuencia del mismo. Entendida así nace la responsabilidad extracontractual del Estado

porque existe correspondencia entre el daño y los perjuicios sufridos por las víctimas. A partir de dicha diferenciación nacen varias teorías al respecto del origen mismo de la responsabilidad estatal y tenemos las siguientes:

1.3.1 Teoría de la Representación.

Esta es una teoría de corte civilista que sostiene que los funcionarios públicos actúan como representantes del Estado, de tal manera que el Estado como representado debe responder por las acciones de sus representantes; así se pone de manifiesto la responsabilidad estatal por la culpa “in eligendo o in vigilando” el Estado responde dada su falta de vigilancia y la mala elección en sus funcionarios. Ahora bien, al indicar que esta es una teoría civilista mal puede calzar de manera perfecta para el derecho administrativo; ya que directamente la administración estatal no escoge a sus agentes estatales, sino que esto se realiza por un proceso de selección que pasa por varios filtros y varias personas, en este caso si se acogiera esta teoría se aceptaría que todos quienes intervinieron en dicho proceso son responsables, problema que se acentúa más en los funcionarios estatales que se eligen mediante un proceso de votación popular; llegando a entorpecer el proceso de reparación del daño porque los responsables sería todo el pueblo tal como lo indica Rosario López (2004). En conclusión, esta teoría se queda sin fundamento ya que se torna imposible aplicarla.

1.3.2 Teoría organicista.

Esta teoría trae la idea que el agente estatal es igual a un órgano del organismo que es el Estado, por lo cual no puede haber una diferenciación entre sus acciones como funcionario y la misma

actuación estatal (Herrera, 2016, p. 26). Otra característica de esta teoría es la diferenciación entre los directores y representantes del Estado de los auxiliares y dependientes. En el primer grupo se encuentran aquellos órganos depositarios de la voluntad del Estado y en los segundos la actuación de los funcionarios públicos, pero sin ser representantes del Estado. De esta clasificación deriva la responsabilidad directa del Estado cuando actúan los representantes y la indirecta cuando actúan los dependientes del Estado; dicha puntualización serviría para identificar las indemnizaciones que debe pagar el Estado. Tesis que quedó sin sustento, ya que hay dificultad para diferenciar tanto a unos como a los otros, tomándola de igual forma como inequitativa en el sentido que todas las personas que laboran en el sector público son responsables de actos culposos en sus cargos a cualquier título o no lo son para que la responsabilidad sea indirecta (Jiménez, 2013, p. 72).

Asimismo, lo indica José Miguel Valdivia (2006) esta teoría lo que busca es compactar la personalidad jurídica del Estado; en tanto que esta es un artificio, una ficción jurídica quien no puede expresar directamente su voluntad sino lo hace por medio de los órganos que vendrían a ser las distintas funciones del Estado, no exclusivamente los funcionarios; por ende, solo podrían ser órganos aquellos con poder de decisión y no los agregados, que pueden generar responsabilidad en el Estado, pero por hecho ajeno. Es imperante resaltar que dentro de esta teoría donde se identifican los órganos estatales, existen dos elementos: uno que sería objetivo que vendría a ser la competencia y otro subjetivo que es el funcionario que actúa (López, 2004, p.6).

En definitiva, esta teoría permitía distinguir dentro el servicio público quienes eran las personas con capacidad de decisión y de obligación para el Estado. Algunos tratadistas como Mauricio Hauriou, utilizaron esta teoría para sustentar la responsabilidad directa del Estado, sosteniendo que todos los agentes públicos podían considerarse órganos; ya que, todos los agentes llevaban

a la responsabilidad administrativa siempre que mantuvieran en los límites de sus funciones pues la personalidad de la persona (servidor público) se fusiona y desaparece en el órgano colectivo que sería el servicio público.

1.3.3 Teoría de la proporcionalidad de las cargas.

Cuando hemos hablado que dentro de la sociedad las personas tienen derechos y obligaciones frente al Estado, figura la imposición de soportar por parte de estos ciertos daños lícitos. El problema surge entonces cuando el particular recibe más cargas de las que equitativamente le corresponderían frente al demás conglomerado dentro de la comunidad. Así esta teoría encuentra su fundamento en lo inmoral que implica la diferenciación entre las cargas que se imponen a los ciudadanos, pues lo acertado sería una distribución homogénea (Herrera, 2016, p. 28).

Asimismo, esta teoría plantea mantener el principio de igualdad entre los ciudadanos de un Estado en la medida que cuando alguien se ve afectado por un daño injusto es obligación estatal indemnizarlo ya que nadie está en la obligación de soportar cargas impuestas en beneficios de todos y solo él sufrir el daño. Esta teoría se ha refutado por cuanto sostiene que únicamente los daños injustos deberían ser compensados o indemnizados por el Estado, sin embargo, la tendencia de hoy es que todo daño, incluso los lícitos deben ser pagados por el Estado (López, 2004, p. 6).

De otro lado Viviana Ponce de León (2015) explica que esta teoría busca conciliar los intereses públicos y privados en el ámbito de la actividad legítima del Estado, por lo tanto, solo pueden considerarse una carga legítima de soportar aquellas que están inspiradas en el bien común en

el beneficio de colectividad y por el interés general. Por ello los daños incidentales no pueden ser considerados como una carga legítima que deba soportar un ciudadano. Es así, que dentro de esta teoría para que pueda existir una carga deben confluír los siguientes requisitos: primero, solo pueden ser fuentes de carga los actos de autoridad estatal lícitos o legítimos que nazcan de la debida ponderación de los intereses de todos los involucrados. En segundo lugar, el Estado que impone la carga debe perseguir la satisfacción de un interés común, pues es este el que dota de legitimidad el accionar del Estado al imponer las cargas. En tercer lugar, se encuentra que la imposición de la carga debe ser el medio necesario para poder conseguir ese interés general. Lo más destacable de esta teoría es que se diferencia de los daños por cuanto esta es plenamente determinada ex ante, lo que diferencia del daño ex post.

1.3.4 Teoría de la responsabilidad por riesgo.

Esta teoría explica que la acción del servicio público y del accionar de los funcionarios en su quehacer diario trae consigo un riesgo, y en virtud de ello si se llega a causar algún daño en esa esfera impera la obligación estatal de resarcirlo (López, 2004, p. 6). Es decir, esta teoría explica que en toda acción social hay un riesgo, pero no excluye que el accionar erróneo de los funcionarios deba ser recompensado; puesto que siempre está latente el riesgo de ocasionar un daño a los administrados. Por lo tanto, dado el riesgo social eminente que existe en el desarrollo de las actividades del Estado no puede señalarse una responsabilidad específica a los órganos del Estado sino a todo el Estado como tal; de ahí que los perjuicios son compensados por una caja colectiva (Herrera, 2016, p.30).

Además, como lo indica Pablo Perrino (2006) la teoría de riesgo tiene tres diferentes posturas: en primer lugar, la teoría del riesgo creado que considera al dueño “guardián de las cosas riesgosas”, se dedica a actividades que por su naturaleza o por la forma en que las desempeña, generan riesgos potenciales a terceros y está en la obligación de responder por los daños que se derivan de ellos. Así también está en la obligación de hacerse responsable de los daños quien introduce a la comunidad situaciones que posibiliten de mayor forma los riesgos de producir daños. En segundo lugar, está la teoría del riesgo beneficio que sugiere que tiene la obligación de responder la persona que ocasiona un riesgo y obtiene un beneficio de dicho riesgo citando a Leandro Castelli (2014). Y, finalmente como tercero tenemos la teoría del acto anormal que tiende a limitar a la teoría del riesgo creado, pues sostiene que quien genera un riesgo no necesariamente será responsable y debe asumir las consecuencias únicamente cuando son extraordinarias que resultan de una actividad fuera de lo normal.

1.3.5 Teoría de la equidad.

Dentro de esta teoría encontramos que existe responsabilidad del Estado y que este debe indemnizar por los daños provocados cuando haya percibido alguna ventaja frente al detrimento de un administrado, detrimento que Mayer lo catalogaba como excepcional. Además, para que el administrado tenga el derecho a ser indemnizado por el Estado, era necesario que cumpla con las siguientes condiciones: 1.- que exista un daño ocasionado por la administración pública que emane directamente de la fuerza que surge de ella; no importa cómo se ejerció esa fuerza, siendo indiferente si esa fuerza fue producto de las personas al frente de la administración o si fue producto de las cosas de la administración; si fue un acto de autoridad imponiendo una restricción o anulando un derecho, que sea producto de la existencia o supresión de una obra o

que sea producto de la destrucción de valores pecuniarios, que sea producto del quehacer legal y legítimo del funcionario o ilegítimo del mismo, etc. 2.-Que el daño friccion la equidad por lo cual le coloque al ciudadano en un castigo injusto y desigual. 3.- que exista un perjuicio material tal como cita Carlos Muller (1978).

Asimismo, esta teoría consagra que las reparaciones sean asumidas por recursos del erario público, por cuanto esto es perjudicial a los intereses de los particulares en su patrimonio. Así se garantiza la equidad entre quienes no fueron agentes directos del daño ocasionado, frente a quienes sí ocasionaron el daño ya sea por acciones u omisiones, independientemente si son parte funcional u organizacional del Estado; por ello debe ser la estructura estatal quien debe responder directamente (Herrera, 2016, p.31).

1.3.6 Teoría de la estricta justicia.

En esta teoría tenemos como exponente a Félix Sarria (en Muller, 1978) quien sostuvo que hay responsabilidad del Estado por el “hecho mismo” de las cosas y personas que tiene a su servicio, por lo tanto, existe una responsabilidad directa del Estado que se justifica plenamente. Así dentro de esta teoría el autor plantea que hay varios factores y supuestos que justifican la obligación del Estado en responder. Por ejemplo, la equidad donde el concepto de rol primordial responsabiliza al Estado y está implícito el principio de la justicia que debe observarse dentro del derecho. Principios que tienen que estar presentes al distribuir entre los ciudadanos la carga pública del daño, sea previsible o no, causado del servidor o de las cosas del servicio público. Para su configuración en responsabilidad estatal deben existir los siguientes requisitos: Primero que medie una razón de causa y efecto entre el hecho y el daño. Segundo, que éste ocurra sin culpa del damnificado, es decir, que no sea producto de su propia obra. Y tercero, que el daño sea

efectivo ya sea de manera permanente o accidental y, sea apreciable económicamente o material.

Belén Castillo (2013) complementa esta teoría, al señalar que esta responsabilidad estatal nace de la responsabilidad inherente entre el Estado, las personas y bienes a su servicio; por ende, existe responsabilidad del Estado en toda obra que perjudique a terceros, así dentro de esta teoría están implícitos los principios de equidad, justicia y lógica.

1.4 El hito histórico y el nacimiento del Derecho a la Repetición en Ecuador.

Recapitulando, luego del desarrollo de los diferentes tipos y teorías sobre la responsabilidad estatal, diferentes Estados han incorporado en sus legislaciones la obligación y el derecho que tiene el Estado de recuperar lo que ha pagado por concepto de indemnizaciones imputables al daño cometido por sus servidores e imputables a la responsabilidad como Estado. Por lo cual surgió el derecho a la repetición, que en Ecuador fue incorporada expresamente en la Constitución de 1979; sin embargo, previamente en la Constitución de 1967, pese a que no se hacía referencia expresa al derecho de repetición del Estado sí se abordaba la obligación que tenían los funcionarios, ya sea de las entidades de derecho público y las entidades semipúblicas, de indemnizar por los perjuicios que causaren en los bienes y derechos de los particulares como consecuencia de sus actividades y la de sus empleados en el desempeño de su cargo. Además, se empezó a hablar implícitamente del derecho de repetición al decir que “No obstante, lo establecido en el Inciso anterior, el Estado y más entidades antes mencionadas, harán efectiva la responsabilidad de sus funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave, hubieren perjudicado al Estado o a los particulares. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados será establecida por los jueces competentes” (Art. 27).

En cambio, en la Constitución de 1979, claramente en su art. 20 refirió por primera vez de forma explícita del derecho a la repetición al prescribir que; “El Estado y más entidades del sector público están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que se les irrogaren como consecuencia de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos. Las entidades antes mencionadas, en tales casos, tienen derecho de repetición y hacen efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave, judicialmente declarados, hubieren causado los perjuicios”. Contenido que, más o menos, se mantuvo en la Constitución del año 1998 en la cual igualmente en el mismo art. 20 se señaló lo siguiente; “Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios 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”. Asimismo, esta Constitución instituyó directamente la responsabilidad del Estado por error judicial y declaró el derecho del Estado con el derecho de repetición contra los jueces en su art. 22 que señaló; “El Estado será civilmente responsable en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los supuestos de violación de las normas establecidas en el art. 24. El Estado tendrá derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable”.

Todos estos cambios de lenguaje frente al derecho de repetición contemplados en las constituciones permitieron que finalmente para la Constitución de 2008 en el texto definitivo se contemplara este derecho del Estado, como un principio del ejercicio de derechos, contemplado

en el art. 11 numeral 9 que reza; “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 con 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”.

Además, en la parte respectiva del art. 290 frente al endeudamiento público en su numeral 5 se indicó que; “Se procederá a la impugnación de las deudas que se declaren ilegítimas por organismo competente. En caso de ilegalidad declarada, se ejercerá el derecho de repetición”. Estos cambios en cuanto al derecho de repetición dentro de la legislación ecuatoriana permiten dilucidar que existe una evolución normativa en el sentido que cada vez se amplía el espectro sobre el ejercicio de esta acción y que, en el desarrollo del capitulo se irá desarrollando cómo se ha regulado cada una de las situaciones señaladas en la Constitución. Así pues, surgió y se mantiene esta acción dentro de nuestra carta fundamental como un derecho del Estado, y por su medio de los ecuatorianos, para recuperar el patrimonio que fue pagado por responsabilidad directa y subjetiva de los funcionarios estatales.

De igual forma la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en adelante LOGJCC, contempla los aspectos legales inmersos a la responsabilidad estatal y repetición contra funcionarios públicos, manifestando en su art. 20 que si se declara responsabilidad estatal, el juez (a), remitirá el expediente a la máxima autoridad competente, con el fin de llevar a cabo las acciones administrativas correspondientes; así mismo en su art. 67 establece que la repetición dada contra servidores públicos o judiciales se producirá como consecuencia a la violación de los derechos en el ejercicio de sus funciones, del cual el Estado se vio obligado a reparar el daño que se dio por aquellas acciones u omisiones.

Cabe recalcar que el Estado ecuatoriano ha suscrito y ratificado tratados internacionales entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, existiendo sentencias ratificadas por estos organismos contra el Estado ecuatoriano en el que sentencia al pago de indemnizaciones, por causales antes mencionadas.

1.5 Sobre la responsabilidad de los servidores públicos.

Hasta este punto hemos enfatizado lo relacionado a la responsabilidad estatal y que eso no es óbice para declarar y cobrar por la responsabilidad de los servidores públicos. Por eso es imperante abordar la responsabilidad de los servidores públicos como personas naturales que ocasionan daños, los cuales conllevan su responsabilidad. Tal como lo expone la Contraloría General del Estado (s/f), los servidores públicos adquieren obligaciones legales con el fin de precautelar el orden administrativo desde el momento que se posesionan en sus cargos, y que, dado su incumpliendo nacen una serie de responsabilidades que los servidores públicos tienen que asumir. Precisamente esas responsabilidades aparecen de los actos o de las omisiones de

los servidores en el ejercicio de sus funciones y por la actividad positiva (actos) que realicen, pueden ser declarados responsables uno o varios sujetos. En cambio, por la omisión se entiende aquello que el servidor ha dejado de ejecutar pese a tener la obligación legal, contractual o por competencias; por ello estas pueden ser culposas o intencionales. En la primera se encuadran aquellas situaciones por falta de diligencia o cuidado, en tanto que en la segunda consiste en el designio de la actuación del servidor para obtener un resultado dañoso (p. 149).

Al respecto Vicente Torre (2019) indica que si bien es cierto quien asume la responsabilidad de los daños que ocasionalmente se producen a los administradores el Estado, no es menos cierto que cuando se habla de la deuda pública las acciones dolosas e ilícitas que se imputan a los funcionarios genera su responsabilidad directa; por lo tanto, la responsabilidad civil, en este caso, de los servidores públicos debe establecerse, dado a que sus actuaciones producen un daño a los particulares y al erario público por ende debe demandarse de manera inmediata y directa. Esto permite que la responsabilidad civil de los funcionarios se convierta incluso en una herramienta útil para el combate de delitos que perjudican a la administración y al pueblo mismo como es la corrupción.

En efecto, María Rivas (2003) precisa que para poder entender la responsabilidad de los servidores públicos hay que partir de la diferenciación del control y del significado mismo de la responsabilidad dentro del derecho administrativo. Al respecto indica que dentro del sector público deben existir constantes controles regulados por la Ley u otros tipos normativos a fin que los recursos públicos sean bien utilizados.

Existen posiciones entre las cuales destacan criterios que convergen en que, cuando el ciudadano perjudicado entabla la demanda por los daños al Estado, debería plantearla en conjunto contra el Estado y contra el funcionario que le ocasionó el daño. La importancia que el

funcionario también sea sancionado pecuniariamente por su hecho dañoso esta investida de importancia en la medida que, fija los límites a la negligencia y arbitrariedad eventuales de los servidores públicos. Esto en virtud que las sanciones económicas permiten las prevaricaciones de los funcionarios públicos y que sus acciones queden en la impunidad (Gordillo, 2013, pp. 324-325).

1.5.1 Teorías sobre la posibilidad de responsabilidad de los servidores públicos.

1.5.1.1 Teoría de la irresponsabilidad del funcionario.

Inicialmente no se consideró que existiera responsabilidad del funcionario frente a la administración al no considerarse importante en las relaciones jurídicas frente al Estado; por ende, si el funcionario ocasionaba algún daño al particular, cabía la responsabilidad directa del funcionario. Sin embargo, a partir de hitos históricos en Francia se reconoció que existe una responsabilidad entre el funcionario frente al Estado (Jiménez, 2013, p.76). Aunque para alcanzar esa idea debieron pasar años de creer en la irrelevancia del accionar del funcionario para con la administración hasta llegar a considerarse imperante para el desarrollo del derecho administrativo y dar paso a la teoría de la responsabilidad compartida y el nacimiento de la acción de repetición.

1.5.1.2 Teoría de la responsabilidad compartida y acción de repetición.

La teoría de la irresponsabilidad del Estado deja de preponderar en el derecho administrativo a partir de la sentencia francesa Laurelle del 28 de julio de 1951; por medio de la cual se sostuvo que, aunque exista casos de responsabilidad personal de los funcionarios dentro o fuera de sus funciones debían responder ante la administración, pudiendo repetir de manera directa o en

llamamiento de garantía contra los funcionarios, aquello que pagó por concepto de daños a particulares, considerando que la responsabilidad entre la administración y sus agentes no se excluía sino por el contrario era concurrente; y como consecuencia se podía demandar al Estado, al agente o a ambos. Quedando latente el derecho de repetición del Estado contra el funcionario (Jiménez, 2013, p.76).

De cierta manera como se expone en Grands Arrêts (2017) el fin que únicamente sea la administración quien respondiera, incluso por faltas personales de sus funcionarios, fue el de evitar que las víctimas cobraran dos indemnizaciones por el mismo hecho. A partir de la sentencia Delville en Francia se determinó que únicamente ante los jueces administrativos se pueda pedir las respectivas indemnizaciones a favor de las víctimas de la administración y de sus funcionarios; considerando que las víctimas eran las únicas que estaban provistas de protección, a diferencia del Estado que tenía que asumir toda la responsabilidad sin poseer ninguna protección de su erario público. Es decir, el interés general era soslayado por la irresponsabilidad de los agentes públicos.

1.5.1.2.1 Sentencia Laurelle.

Esta sentencia que fue el hito histórico para marcar la responsabilidad de los funcionarios por el desempeño de sus funciones frente al Estado y el inicio mismo de la acción de repetición. Se expone en esta, que; “aunque las entidades públicas no puedan exigir a sus funcionarios y agentes que asuman responsabilidad pecuniaria alguna por las consecuencias perjudiciales de sus faltas en el servicio, no ocurre lo mismo cuando el perjuicio causado a dichas entidades es imputable a faltas personales, disociables del ejercicio de sus funciones”.

Los antecedentes de este caso se resumen en la demanda que propuso una víctima mujer tras ser atropellada por un vehículo militar conducida por un agente militar. Dicha demanda fue planteada contra el Estado quien fue condenado a indemnizarla por no haber incurrido en su obligación de resguardar los vehículos de su propiedad y su control en su utilización (responsabilidad objetiva). Como consecuencia de ello el Estado repitió lo condenado contra el militar Laurelle pues sus acciones fueron para fines personales; es entonces, a partir de esta sentencia que el juzgador francés, y por consecuencias varios países más, buscó un efecto moralizador frente a los funcionarios públicos a fin que tengan mayor responsabilidad personal. Esta sentencia entonces diferenció que el Estado actúa por sus propios derechos y no como representante de la víctima para demandar a su agente el reintegro del dinero pagado como indemnización; configurando que primero el Estado debe pagar el daño a la víctima para luego repartir la cuantía de la indemnización entre el Estado y sus agentes culpables (Arrets, 2017, pp. 550-562).

1.5.1.2.2 Sobre la acción de repetición.

Al hablar sobre la acción de repetición, desde la arista de su aplicación surgen distintas perspectivas. Pues si partimos del fin mismo de esta acción, tenemos que es de “interés público” ya que su finalidad es proteger el patrimonio estatal. De ahí que ésta se configure en una herramienta “para conseguir la eficacia y moralidad de la función pública” (Carillo y Amaya, 2014, p. 10). En todo caso, se puede colegir, distintas situaciones frente a la acción de repetición. Así para Oscar Amaya, Alejandro León y Paula Ortega (2010) dicen que ésta posee un carácter preventivo. Además, que solo puede activarse cuando exista el daño y éste se ha ordenado sea cancelado por parte del Estado. Por tanto, operará al verificarse las siguientes razones:

a) el incumplimiento de deberes y obligaciones que recaen sobre las autoridades estatales y la violación o desconocimiento de la normatividad legal y los reglamentos que establecen el marco de sus actuaciones. b) La declaración judicial de que ha habido en un caso concreto una falla del servicio cumple una función de diagnóstico acerca de lo que fue la actuación administrativa. c) En atención de la función pedagógica que les compete a las autoridades judiciales, como consecuencia del reproche y la sanción que derivan de la declaratoria de la falla en el servicio, este título de imputación constituye una admonición para que hacia el futuro se eviten actuaciones susceptibles de condena por parte de las autoridades judiciales. d) Para efectos de la acción de repetición, que se podría brindar, ejercer con posterioridad en contra de los funcionarios comprometidos, la falla del servicio constituye el título de imputación que mayor claridad brinda acerca de la actuación que se habrá de juzgar con posterioridad en dichos procesos de repetición tal como lo recoge Héctor Patiño (2011).

De ahí que la acción de repetición tenga su derivación de la teoría del órgano que se refiere a; “una teoría de imputación; ella determina bajo qué circunstancias el acto de un agente público puede ser imputado al ente público de que se trate. En el terreno de la responsabilidad, esa utilidad inmediata de la teoría debería traducirse en el establecimiento de una responsabilidad directa del ente público (A). Esa vocación inmediata de la teoría conduce a preguntarse sobre la responsabilidad indirecta, o más generalmente sobre la extensión de la responsabilidad pública (B)”. La cual de cierta manera también parte de la teoría de la ficción respecto de la personalidad jurídica del Estado, en el sentido que permite justificar la responsabilidad estatal, específicamente su responsabilidad directa, en palabras de José Valdivia (2006).

Como consecuencia de esa teoría es que surge la concepción de la obligación de responder de los funcionarios; además, que asuma la responsabilidad por los daños que ocasiona su actuar ilegítimo, que yace en la misma relación que mantiene con el Estado. Es decir, entre el Estado y el funcionario existe una relación contractual de naturaleza diversa como laboral, civil o administrativa y en virtud de esa relación contractual que une al Estado con su funcionario es que encuentra fundamento la acción de repetición; que se basara en la responsabilidad compartida del Estado con el servidor público; ya que es quien se convierte en garante frente a la víctima, cancelando el daño causado.

1.5.2 Las características y principios de la acción de repetición.

Cuando se habla de las características que se debe cumplir para que proceda la acción de repetición, es necesario iniciar señalando que esta acción únicamente resulta cuando le precedió una erogación económica por parte del Estado al ser señalado responsable por acción u omisión así “aplicaría la acción de repetición con la finalidad de determinar con exactitud el daño causado, la reparación a ser aplicada y el responsable directo del daño o perjuicio con la finalidad de que el mismo asuma plenamente su responsabilidad” (Herrera, 2016, p. 48). Esto configura la primera característica de la acción de repetición, al ser el resultado de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Sin embargo, conforme el Estado no puede actuar directamente por ser un ente abstracto, impone la actuación de un legítimo representante suyo o funcionario; este sería la segunda característica de la acción de repetición, que para que proceda debe existir una persona natural responsable directa del daño; asimismo, el daño producido debe ser a consecuencia de la acción

u omisión del funcionario en su actuar como tal, y que la consecuencia dañosa proceda del dolo o culpa del funcionario, característica fundamental señalada por la doctrina y la jurisprudencia.

Ahora según su naturaleza de acción conforme lo indica Yudy Carrillo y Marilexandra Amaya (2014), la acción de repetición es una acción constitucional de carácter legal, es una acción de carácter civil patrimonial, es una acción autónoma y es secundaria. Respecto de ser una acción constitucional de carácter legal, para el caso ecuatoriano por ser regulada como un principio de aplicación de derechos y ser desarrollada en distintos cuerpos legales vigentes en Ecuador. Al ser una acción de carácter civil patrimonial, se refiere a su fin reparador y que se enfoca en obtener un reembolso de lo pagado por el Estado. Es autónoma en tanto no se ejecuta dentro del proceso que declara la responsabilidad del Estado. Y es secundaria en el sentido que para activarla previamente debe existir una sentencia condenatoria contra el Estado o cualquier otro mecanismo de solución de controversias que reconozca indemnización patrimonial contra el Estado por la conducta dolosa o culposa grave del agente estatal (p.681).

En cambio, desde la perspectiva procedimental las características que se debe cumplir para que opere la acción de repetición parten del elemento objetivo y subjetivo. En el primer caso exige que: 1. La entidad pública haya sido condenada al pago de un valor determinado y que la entidad haya pagado la totalidad del daño a la víctima. 2. Como elemento subjetivo que, la condena que sufre la entidad estatal sea a causa de conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex funcionario (Carillo y Amaya, 2014, p. 682).

1.5.3 Instrumentos Internacionales y Constitución Ecuatoriana.

Dentro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 68 se identifica en su numeral dos que: “la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”. Apartado que permite materializar las órdenes contenidas en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, contra los Estados sentenciados; pero que, al remitirse al derecho procesal interno de cada país, de cierta manera los cumplimientos de las sentencias podrán ser más fáciles en unos Estados a diferencia de otros, como se expone por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2002). Asimismo, de acuerdo al art. 2 del mismo instrumento legal se encuentra la obligación de los Estados de adoptar regulaciones dentro del derecho interno que en definitiva permitan la ejecutoria de los fallos emitidos por la CIDH (p.48). Sin duda, las sentencias que han emanado de la CIDH obligan a los Estados, donde se incluye Ecuador, a su desarrollo institucional como lo expone Andrés Rousset (2018 en Laura Camarillo y Andrés Rousset).

Se alude a estas opiniones sobre el art. 68 numeral 2 de la Convención, en la medida que, al menos en la responsabilidad internacional que mantiene el Estado ecuatoriano; ésta es originaria de un eventual ejercicio de la acción de repetición; ya que, conforme la Carta Magna ecuatoriana ningún servidor o servidora público se exenta de responsabilidades por los actos u omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones. Por ello mantienen responsabilidad administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos (art. 233). Que para el estudio en concreto sería aplicable la responsabilidad civil, lo cual se refuerza, al ya citado art. 11 numeral 9 Constitucional.

Además, en el mismo articulado se detalla los supuestos fácticos que deberán entenderse existe una responsabilidad del servidor público. Y en primer lugar menciona la falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos que se originan ya sea en los actos u omisiones de los servidores en el desempeño de su cargo. Los servicios públicos entrañan en sí mismo el desarrollo económico y social por cuanto éstos permiten fundamentalmente la lucha contra la pobreza y su eliminación, como concepto manejado por la Organización Internacional de Trabajo (2021). A renglón seguido la norma constitucional es enfática en indicar que el Estado -en caso de pagar las indemnizaciones por daños- debe ejercer de manera inmediata el derecho de repetición contra el obligado directo del daño. Es decir, contra la persona responsable sin que esto le exima de las responsabilidades civiles, penales y administrativas a las que haya lugar.

Luego la norma alude directamente contra su función de administrar justicia e impone obligaciones de reparación contra el mismo Estado; al rezar que; el Estado es responsable de detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por las distintas violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Claro está, en esta situación deberá prevenirse un juicio que declare la existencia de estas faltas para que el Estado sea responsable y en caso de ser sancionado pecuniariamente y posterior a su pago a la víctima deba inmediatamente repetir lo pagado. Sin embargo, establece una clara exigencia la norma constitucional al decir “declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos”; condición que obliga iniciar una acción primero de declaratoria de responsabilidad del servidor para que proceda el cobro, siendo aquí donde inician las trabas prácticas, conforme se analizará posteriormente.

En este punto es predominante ratificar que la acción de repetición dentro de su característica de prevención de daños, en la práctica pierde esa esencia ya que la compensación económica que se le impone al Estado no suele cumplirse a cabalidad ya que:

La compensación o indemnización es una medida fundamental dentro del proceso de reparación, pues simbólicamente permite que el Estado reconozca su nivel de responsabilidad; es además una de las medidas que las personas víctimas consideran más significativas pues a través de esta buscan satisfacer algunas de sus necesidades básicas. Sin embargo, la forma en que las compensaciones se han llevado a cabo han impactado negativamente en la identidad, formas de relación, escalas morales de las personas víctimas, pues ha Estado caracterizada por la inmersión de estas personas en una larga espera y en un marco que, según los textos revisados, sigue siendo poco reparador (Villa, Londoño y Barrera, 2015, p. 232).

Ello conlleva pues que no se cumpla con la denominada reparación integral, y por ende la no activación de la acción de repetición.

CAPÍTULO 2.

LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN LA NORMATIVA INFRA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA.

2.1 Sobre la acción de repetición.

El derecho de repetición se perfila como un instrumento legal desde el cual el Estado tiene derecho a exigir la reparación a los funcionarios públicos que hayan provocado daños a la propiedad pública o privada, por acciones u omisiones, ya sea por violación de parámetros legales de vigencia, fraude o posibilidad de engaño. La Procuraduría General del Estado ecuatoriano (2020) indica que con esta acción se pretende hacer efectiva la responsabilidad por hechos antijurídicos protagonizados por la acción u omisión, gravemente culposa o dolosa no solo de los funcionarios sino también de los dignatarios que actúan a nombre del Estado.

De esta manera, la acción se encuentra determinada en distintos cuerpos jurídicos, pero su horizonte es básicamente defender el interés público. Así tiene dos fines identificados con claridad: (1) “buscar la recuperación del dinero pagado por el Estado a las víctimas de violaciones de derechos humanos, con lo cual se protege el patrimonio público; y, (2) perseguir y prevenir conductas constitutivas de daño antijurídico, con lo cual se constituye en una herramienta para conseguir la eficiencia de la función pública y la sujeción de quienes actúan a nombre del Estado a la Constitución y la Ley, como garantía a los ciudadanos de que no se volverán a vulnerar sus derechos por parte de personas investidas de autoridad o función pública” (párr. 6).

Dada esta situación, Quevedo (2010) expone que la acción de repetición debe iniciarse aún sin importar el origen de la responsabilidad del funcionario o empleado público ya que como consecuencia de su acción u omisión termina en la reparación del daño por parte del Estado.

Dicha acción es imperante que se cumpla porque resulta en un beneficio colectivo que es precautelar el interés común. Es así que la norma constitucional señala como obligación del Estado repetir lo pagado contra el funcionario o persona responsable lo cual debería hacerse de manera inmediata, puesto que la naturaleza misma del derecho de esta acción lo convierte en irrenunciable, a diferencia de la materia civil donde tiene sus primeros albores la acción de repetición.

Lo expuesto es razonable ya que, los funcionarios o cualquier persona que actúe a nombre del Estado, no solo adquieren derechos al momento de aceptar un cargo público o prestar servicios públicos, también adquieren una serie de obligaciones que deben observar al momento de ejecutar su actuar como órgano o representante del Estado; y entre ellos figura las responsabilidades patrimoniales como consecuencia directa del actuar contrario al principio de legalidad. Se sostiene lo dicho en virtud que cada tarea que se desarrolla en el cargo público es igual al ejercicio de la competencia asignada a cada entidad u organismo público como explican Enrique Gil Botero y Jorge Rincón (2017).

La Corte Constitucional (2021) se ha pronunciado frente a las situaciones en que el Estado incurre en gastos económicos por la activación de mecanismos destinados a determinar su responsabilidad; que, dada la situación, tiene que efectuar la acción de repetición conforme el art. 67 de la LOGJCC; en todo caso cuando nos referimos a esta acción, como lo definen Rodrigo Patiño y Teodoro Pozo (2009), estaremos frente al “derecho que tiene el Estado para exigir que se le devuelvan los valores que debió pagar, por culpa o responsabilidad probada de un funcionario”. En conclusión, en esta acción se aplica el principio de responsabilidad del funcionario público que no se encuentra exento de responsabilidades en función de su cargo (Const, art. 233).

Finalmente, ante las puntualizaciones que distintos cuerpos normativos refieren a la acción de repetición, la Procuraduría General del Estado presentó un proyecto de Ley denominada Ley Orgánica de Repetición (2021) en donde se detalla en el Art. 1 que este proyecto tiene por objetivo la declaración de la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa de los funcionarios del sector público cuando el Estado tenga que reparar materialmente en los siguientes escenarios:

- (1) reparación mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales;
- (2) en dictamen o resolución definitiva de un ente internacional referente a la protección de derecho;
- (3) dictamen arbitral emitido por un organismo de solución de controversias y por último
- (4) en una sentencia que declare la responsabilidad del Estado.

La Ley Orgánica de Repetición elaborada por la Procuraduría General del Estado fue un proyecto presentado el 1 de julio del año presente, su fin es fusionar en una sola normativa toda la materia jurídica que se halla extendida en diferentes Leyes. Hasta la actualidad, no existen una nueva proclamación con respecto al Estado en el que se encuentra este proyecto de Ley. Si este es aprobado, la Ley velará por garantizar el patrimonio de Ecuador además de tener un marco normativo que permita una aplicabilidad rápida y sobre todo correcta del procedimiento de repetición.

2.1.1 Presupuestos para la declaratoria de responsabilidad patrimonial en la acción de repetición del Estado.

Como se ha venido desarrollando hasta este punto, la acción de repetición que tiene el Estado frente a sus funcionarios se funda en la relación contractual de carácter administrativo y el ejercicio irregular de sus funciones que es el equivalente a decir que existe una violación del contrato. Al regirse por los preceptos legales y constitucionales, esta relación contractual obliga

que el comportamiento del servidor público deba ceñirse al ordenamiento jurídico y por lo tanto está obligado a observar las reglas técnicas y éticas del cargo que ocupa (Rengel, 2017).

Sin embargo, como toda acción se sujeta a ciertos presupuestos que deben cumplirse para poder ejercitarla pues de no hacerlo no operaría su activación y bajo esta situación se cobijarían aquellas circunstancias en las que la actuación ha sido legal y legítima, por lo que se excluye de responsabilidad al funcionario. Aquí es posible ejemplificar la responsabilidad de los legisladores en el ejercicio de sus funciones legislativas quienes, al crear y promulgar una Ley, dentro de la legislación ecuatoriana, se encuentran exentos de responder por los daños civiles que puedan surgir de dicha competencia siendo el responsable de asumir esos riesgos y daños el Estado (Rengel, 2017, p.32).

Además, al momento de ejercer esta acción hay que considerar que esta es de carácter de conocimiento en Ecuador; si bien es cierto existe una presunción de culpabilidad del servidor, dentro del proceso se corroborará este particular siempre considerando la naturaleza obligatoria de su ejercicio por parte del Estado, que por competencias correspondería a la Procuraduría General del Estado; esta acción se encuentra garantizada no solo en la Constitución sino también en distintos cuerpos normativos legales. Es así que la acción de repetición se configura como autónoma de los efectos penales y administrativos que pueda enfrentar el funcionario por un mismo hecho. Igualmente, junto con esa característica también está el carácter de ser una acción secundaria; en el sentido que para que proceda primero debe mediar una sentencia o cualquier otro acto donde conste la obligación del pago por parte del Estado hacia el particular. Por mandato constitucional es obligatoria y, doctrinariamente, procede por culpa grave o dolo del funcionario (Rengel, 2017, p. 29) además de ser personalísima, porque es de exclusiva acción estatal (Proyecto de Ley de Repetición, 2021, art.4).

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)

La repetición contra servidoras y servidores públicos por violación de derechos se encuentra detallada en el capítulo X de esta Ley. El art. 67 establece el objeto y ámbito donde se explica que la repetición tiene por objetivo hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de servidores públicos en sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante un proceso de garantías jurisdiccionales.

En Ecuador se establece que previo al proceso judicial existe una fase administrativa donde se busca identificar al presunto funcionario responsable directo de los daños ocasionados por su acción u omisión culposa grave o dolosa. Esta fase es la que se encuentra descrita en el art. 69 donde señala que; previo a iniciar con la demanda se debe realizar un proceso para determinar la identidad de las personas presuntamente responsables. Además, si existe dentro de la institución de donde emergió el acto u omisión por la cual fue sancionado el Estado, un proceso administrativo sancionatorio es suficiente para iniciar la respectiva demanda.

Código Orgánico General de Procesos (COGEP)

En el Código Orgánico General de Procesos se establece específicamente que; “en los casos en que la sentencia declare la responsabilidad de las autoridades, servidoras o servidores públicos en el desempeño de sus cargos o las personas de derecho privado que ejerzan potestad pública en virtud de concesión o delegación a la iniciativa privada, se ordenará que se inicie el proceso de repetición contra todos aquellos, quienes tendrán responsabilidad solidaria hasta la solución total de la obligación” (COGEP, 2015). La repetición se sustanciará ante las o los juzgadores de lo contencioso administrativo mediante procedimiento ordinario.

Otro punto importante a destacar es que se indica que cuando el Estado o las instituciones comprendidas en el sector público asuman la responsabilidad de reparar o cuando hayan sido condenadas a reparar materialmente mediante sentencia, en un proceso que declare la vulneración de los derechos de la naturaleza, el Estado ejercerá el derecho de repetición, de conformidad con el procedimiento previsto en la LOGJCC, art.40.

Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ)

Como contrapartida a lo indicado, en materia jurisdiccional el Código Orgánico de la Función Judicial; en adelante COFJ, diferencia tipos de responsabilidad variable. Al respecto se indica que hay acciones por error judicial, retardo injustificado, inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso. En todos los casos, para que proceda la responsabilidad del Estado cabe primero que judicialmente se lo haya declarado para que luego ante la justicia administrativa el perjudicado o sus representantes ejerzan la acción por las indemnizaciones que se crea asistido.

Para dichas situaciones la Procuraduría General del Estado demanda la repetición contra el Consejo de la Judicatura, quien debe informar al juzgado para que les cite a los funcionarios que participaron en la causa; dichos funcionarios en ese proceso deben justificar que su actuar no fue ni por dolo, ni negligencia y si no lo hacen se declara la responsabilidad del Estado quien debe pagar e inmediatamente el Consejo de la Judicatura mediante proceso coactivo debe cobrar lo pagado a los servidores (COFJ, art. 33).

Ley Orgánica del Servicio Público

Por otro lado, en la Ley Orgánica del Servicio Público se establecen situaciones administrativas que, si se declara la responsabilidad del Estado, da lugar a la acción de repetición sobre los

servidores responsables. Específicamente en el art. 46 se establece que; para que proceda esta acción es necesario que exista el pronunciamiento judicial que la destitución o suspensión de un servidor público fue ilegal o nula; y solo en estos casos procederá la repetición, pero, además se indica que para que proceda la repetición es imperante que exista una sentencia judicial donde se señale al servidor responsable ya sea por dolo o culpa grave. De la misma manera, en el mismo cuerpo legal se indica en el art. 134 el derecho de repetición para las autoridades nominadoras de la función ejecutiva cuando comprometan recursos económicos relacionadas al gasto de personal sin observar las políticas o las resoluciones que para la materia dicte el Ministerio de Trabajo.

2.1.1.1 Requisitos de procedibilidad.

Con respecto a los requisitos de procedibilidad de la acción de repetición se hace referencia a aquellos presupuestos que debe reunir el Estado para el pleno ejercicio de la acción. Para ejemplificar estos requisitos, se mencionará al caso colombiano; puesto que su norma jurídica se encuentra más desarrollada sobre el tema y da pautas para que proceda dicha acción. Legi Ámbito Jurídico (2021) menciona que los requerimientos para la procedibilidad son: 1.- Que exista un documento válido que obligue al Estado a reparar el daño; 2.- que el demandado sea o haya sido servidor público o particular pero que haya ejercido funciones públicas al momento de ocurrir el daño; 3.- el pago en dinero al destinatario y 4.- la atribución de la conducta del demandado que causó el daño como culpa grave o dolo. De la misma manera se indica que se debe probar, independiente de la ratio decidendi de la sentencia de responsabilidad del Estado, que el daño provenga de la acción u omisión del demandado y que esa actuación tenía como fin realizar un hecho ajeno a la finalidad del Estado que equivale al dolo y que esta actuación pueda calificarse como “infracción directa a la Constitución o a la Ley”; o, como una omisión inexcusable o extralimitación de sus competencias dentro del ejercicio de su función.

Para el caso ecuatoriano, se resume en la realización del pago por parte del Estado y la imputación al servidor público por su actuación u omisión ya sea por culpa grave o por dolo. Dadas las dificultades prácticas para el ejercicio de la acción de repetición en Ecuador, la Procuraduría General a través de su proyecto de Ley Orgánica de Repetición dicta como requisitos de procedibilidad algunos presupuestos que varían dependiendo de la naturaleza de la responsabilidad que haya asumido el Estado y dependiendo del órgano estatal que produjo la responsabilidad. Como la acción de repetición dentro de Ecuador se encuentra en distintos cuerpos legales, su procedibilidad puede variar dependiendo las circunstancias legales. Por ello con el proyecto de Ley se procura unificar los requisitos que deberá probar el Estado en la vía jurisdiccional para que proceda la repetición; así se indica en el art. 5 y 6 del proyecto legislativo que previo a la presentación de la demanda se debe realizar una investigación y un informe de investigación de los servidores públicos.

Este proyecto de Ley es vinculante a varias ramas del Derecho y a los diferentes Códigos tipificados y normados en la Ley Ecuatoriana tales como: el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) y en el Código Orgánico Administrativo (COA), los cuales al analizarlos podemos referirnos a lo siguiente: al cometer errores ya sea por dolo o por omisión en el cumplimiento de sus deberes, acarreará responsabilidad civil o administrativa y la reparación integral al Estado por parte del funcionario público, esto a consecuencia del daño ocasionado a la persona que haya sido vulnerada sus derechos. Un ejemplo claro es lo suscitado comúnmente en los concursos de Méritos y Oposición en los cuales por tráfico de influencias se termina declarando ganadores a personas que no hayan sido vencedores en el mismo proceso, de esta manera se declarara la responsabilidad civil y administrativa tanto de destitución por infracciones graves y a su vez el derecho del Estado de exigir la devolución de sus valores por el daño causado a la persona que debió haber sido declarada como vencedor de dicho proceso, y a su vez la

imputación de la pena necesaria a los Funcionarios responsables a causa del cometimiento del hecho tal como está normado en el COA en sus art. 330 y 331 Núm. 1,2,3.

De ser aprobado, este Proyecto de Ley garantizará tanto los principios constitucionales de celeridad procesal y debido proceso al enmarcar lo expuesto anteriormente, ya que de esta manera se efectiviza un Informe que sustente la Reparación Integral pretendida por parte del Estado a los funcionarios públicos que por dolo u omisión causaren daño al mismo Estado. Sin embargo, el informe se convierte en uno más de los documentos adjuntos y hasta cierto punto, habilitantes para poder presentar la respectiva demanda; también se debe presentar junto a la demanda, la sentencia, laudo, auto, resolución o auto definitivo donde se ordena la reparación material al Estado; anexando el justificativo de pago de la reparación realizada por el Estado.

2.1.1.2 Prueba de la condena.

Al hablar de la condena como presupuesto para ejercitar la repetición a favor del Estado, se hace alusión a la prueba de la condena del Estado como responsable por su mala, deficiente o ausencia en la prestación de servicios públicos, por violar los derechos de los administrados o faltar a sus compromisos previamente aceptados. Esa condena hace referencia a la sentencia, mediación, laudo o auto definitivo donde se declaró o aceptó la responsabilidad del Estado. De tal manera, se reduce a la documentación que sustente dicha situación jurídica del Estado. Por consiguiente, se regirá a las reglas generales de la prueba documental.

En tal caso, la decisión que declaró la responsabilidad estatal pasaría a considerarse como actividad probatoria; es decir, se convierte en parte del “conjunto de actos que es necesario llevar a cabo en un proceso judicial para poder afirmar que algo está probado”, en sí sería el documento que lleva a la certeza al administrador de justicia que se cumple con este principio de prejudicialidad y por lo tanto le lleva al convencimiento del resultado probatorio que existió la

condena estatal a indemnizar, conceptos abordados por Ferrer Beltrán citado por Gabriel Pérez (2019).

En este punto es necesario hacer la precisión sobre aquellos aspectos necesarios para ser considerados prueba judicial. Al respecto Hernando Devís Echandía (2019) precisa tres requisitos para perfeccionarse como prueba judicial: “el vehículo, medio o instrumento, el contenido sustancial, o mejor dicho esencial (para evitar que el lector tome la palabra como opuesta a procesal, con lo cual se desvirtuaría el concepto, y la entienda como sustancia o esencia de la prueba), y el resultado o efecto obtenido en la mente del juez” (p.28).

Para el caso de la prueba de la condena del Estado, el instrumento de la prueba será el documento que contenga la obligación del Estado de responder; ahora, conforme las reglas generales de la prueba este documento, entendido como; “producto de un acto humano perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera” según Hernando Devís Echandía (2019b, p. 486). Para el presente caso la prueba documental es de naturaleza declarativa dado que el juez reconoce la violación de deberes estatales y su correspondiente responsabilidad. En este caso como es la respectiva Ley la cual exige este documento, se convierte en “una formalidad *ad substantiam actus*, además de ser un medio de prueba, es también un requisito material para la existencia o validez del respectivo acto jurídico” (Echandía, 2019b, p. 501). Como consecuencia de ello se entiende como esencial, para poder ejercitar la acción de repetición a favor del Estado y contra el servidor público responsable, pues de no cumplirse con este requisito sería improcedente la acción. En definitiva, y conforme el art. 211 del COGEP la prueba de la decisión o resolución contra el Estado deberá realizarse con la respectiva notificación o citación contra quien se va a interponer la demanda de repetición.

2.1.1.3 El pago realizado por el Estado.

Al igual que la prueba de la condena del Estado, la prueba del pago hecho por el Estado será una formalidad ad substantiam actus; que de igual forma recaerá en un documento escrito declarativo que de fe que se ha realizado el pago. En este sentido hay que tener presente que la certificación o el comprobante de pago no puede ser emitido por la misma entidad que realizó el pago; es decir, la certificación o recibo de pago para que prueba la erogación fiscal realizada debe ser emitida por el agente cobrador (banco, cooperativa), donde el beneficiario de dicho pago ha señalado para que se depositen los respectivos valores que le pertenecen como reparación a los daños sufridos.

A diferencia de la prueba de la condena del Estado, esta prueba documental que también nace de un acto humano y que implica la voluntad y consciencia de seres humanos; en esta prueba documental se hará énfasis en el hecho que va a representar (Echandía, 2019b, p. 527). Ese hecho ineludiblemente será el haber cancelado en su totalidad lo resuelto contra el Estado.

En todo caso para que la prueba de la condena del Estado y del pago realizado por parte del Estado tengan existencia jurídica deberá concurrir: a) que se trate de una cosa o un objeto, con aptitud representativa, formado mediante un acto humano; b) que represente un hecho cualquiera; c) que tenga una significación probatoria; d) los requisitos especiales del documento público y e) el requisito de la firma en los documentos públicos y privados (Echandía, 2019b, pp. 526-527).

Además, como todo documento para su validez como medio de prueba debe reunir requisitos como: el no haberse realizado en Estado de inconsciencia, ni en virtud de la fuerza, la coacción o el dolo que en el ejercicio administrativo y para los efectos del ejercicio de la repetición es una circunstancia con probabilidades bajas de suceder con frecuencia; sin embargo, que por eso no

puede dejarse de lado su consideración. En definitiva, se entiende por este requisito lo relacionado a su contenido y no a su forma, asimismo, se debe garantizar que dicha prueba se haya llevado al proceso por un modo legítimo entendido como que la prueba documental que no se encontraba en poder, en este caso del Estado, se haya obtenido por medio legítimos y legales. Para el caso de instrumentos públicos, se debe verificar que se hayan cumplido las formalidades exigidas por la Ley para su formación bajo sanción nulidad, que, en el peor de los escenarios, dependiendo de los documentos, pueden tener validez de documentos privados. Otro requisito es que si se trata de copias estas deben cumplir con los requisitos exigidos por la Ley para su plena validez, y como ya se ha indicado eventualmente se requerirá del cumplimiento del art. 211 del COGEP. De la misma manera es necesario que el documento se haya llevado y se haya admitido al proceso en oportunidad y con los requisitos legales ya que si no se presenta en la oportunidad procesal debida, se corre el riesgo de causar una nulidad procesal que le restaría de valor probatorio. Finalmente, se encuentra el caso de la ilicitud del objeto o la causa del acto documentado que se refiere a la validez del documento como tal sin embargo es el objeto o la causa del acto documentado el cual presenta problemas para la validez de la prueba (Echandía, 2019b, pp. 532-535).

En todo caso, todos estos son los requisitos que deberá reunir el documento que acredite que el pago fue hecho por el Estado a favor del administrado, en los lugares que previamente se le ha designado para realizarse.

2.1.2 La imputación de la responsabilidad del servidor.

Asumiendo que un servidor público actúa de acuerdo con directivas y reglamentos dictados por una autoridad superior, se debe enfatizar que sus actividades no siempre estarán protegidas por

el marco legal existente, pero que es necesario tomar en cuenta sobre las acciones de los servidores públicos que están siempre y sin excepción, dirigidas a la satisfacción del bien común y no de los intereses privados. Algunos investigadores sobre los tipos de responsabilidades de los servidores públicos argumentan que los tipos de responsabilidades de los funcionarios públicos se pueden resumir en responsabilidad administrativa, civil y penal. El principio de responsabilidad es la capacidad de prevenir violaciones derivadas de la conducta de los servidores públicos, en el caso de exceso de personal en el desempeño de sus funciones, la responsabilidad de los servidores públicos es la institución básica de la Ley y velar por el respeto a los elementos legales consagrados en la Constitución de la República (Vallejo, 2014).

El Contralor General del Estado tiene el poder de determinar la responsabilidad administrativa y civil y los signos de responsabilidad penal, relevantes para sus esfuerzos de control y principalmente con el propósito de utilizar los recursos estatales; tal como lo definen los arts.211 y 212 de la Constitución del Estado, el Contralor del Estado tiene; "la facultad exclusiva de determinar la responsabilidad administrativa y civil y demostrar la responsabilidad penal".

En Ecuador, con respecto a estas responsabilidades, el marco normativo está compuesto por la Ley Orgánica de Responsabilidades y el Reglamento de Responsabilidades. En la Ley se hace referencia a la responsabilidad del servidor público como el elemento legal que avala el cumplimiento de las facultades y deberes de los servidores públicos, de tal manera que no exista impunidad para cualquier tipo de acción con dolo o culpa que afecte la actuación del Estado y que transgreda la normativa legal vigente.

2.1.2.1 Responsabilidad administrativa.

Según el ordenamiento jurídico nacional, no existe un funcionario público exento de responsabilidad, y el Estado está obligado a garantizar el funcionamiento debido de los servicios

bajo la responsabilidad de los funcionarios, por lo que ejercen sus obligaciones ante las autoridades públicas y en última instancia se debe exigir sanciones para aquellos que cometan faltas.

“La responsabilidad administrativa surge de las faltas cometidas por el funcionario público en el ejercicio de sus labores. Este tipo de responsabilidad es predominantemente disciplinaria y su objetivo es afirmar el desempeño de los deberes inherentes a la función que realiza el servidor, como el de respetar, efectuar y hacer cumplir las Leyes, Reglamentos y disposiciones existentes” (Vallejo, 2013). Esta definición de responsabilidad administrativa concierne al campo eminentemente disciplinario atribuido a los funcionarios del Estado quienes deberán someterse a normas de conducta determinadas con sujeción a los deberes y obligaciones del cargo que poseen, que establecerán el comportamiento en el desempeño de sus actividades.

¿Cómo se ejecutará la sanción administrativa? La sanción administrativa que se encuentre bajo la figura de dolo o culpa grave se puede ejecutar de forma jerárquica; es decir, esto se realizará por la máxima autoridad de la entidad donde desempeñe sus labores el funcionario público que se encuentre implicado, por lo tanto, será una sanción administrativa disciplinaria (Santamaría, 2016). Todos los funcionarios públicos están obligados a realizar sus actividades de forma eficaz sin ninguna excepción, por ende, el Estado tiene el compromiso de exigir un buen desempeño por parte de las personas y exigir que el trabajo sea eficiente.

La responsabilidad administrativa resulta ser la mayor responsabilidad, incluida la acción disciplinaria, que la Ley Orgánica del Servicio Público establece expresamente en cuanto a prohibiciones y limitaciones del funcionario, quien, en caso de incumplimiento por parte del funcionario o evidencia de más allá de sus funciones, será el servidor público sujetos a la responsabilidad administrativa que también será determinada por las instituciones. La

responsabilidad primordial de los funcionarios públicos es la responsabilidad administrativa, que es el informe inicial que se elabora en la organización, que les permitirá ejercer el derecho de repetición, tal como se indica en el Art. 69 de la LOGJCC.

2.1.2.2 Responsabilidad civil

La responsabilidad civil es una materia de derecho público porque la Ley obliga al Estado, a través de sus instituciones a establecer, cuantificar, imponer y recuperar el valor del daño causado; los daños siempre se verifican con los recursos públicos; pero es de aplicación según el derecho civil en los casos en que la parte lesionada haya actuado directamente contra el agente causante del daño.

Esta responsabilidad surge cuando el acto u omisión de un funcionario público ocasiona daños a la propiedad del Estado o sus agencias, así como cuando dicho daño ocurre a la propiedad de los ciudadanos. Narváez (2017) sobre la responsabilidad menciona que; “es la obligación de resarcir o reparar, que nace para una persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y con la cual no la liga ningún nexo contractual legal; es decir, nace para quien simple y llanamente ocasiona un daño a otra persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica previa” (pág. 17).

La responsabilidad civil por culpa o dolo ya sea por acción u omisión en donde una persona natural o jurídica es afectada a razón de la deficiencia en las labores encargadas a dicho funcionario, aparecerá cuando se ocasione daños al patrimonio del Estado y de igual forma cuando ese acto dañe el patrimonio de los administradores. En resumen, la responsabilidad civil de los servidores públicos es un factor para asegurar que no exista sanción por los actos marcados como fraude o fechoría, y las consecuencias derivadas de la responsabilidad para

indemnizar al Estado. La responsabilidad de los servidores públicos en el componente de gestión se debe a la negligencia y arbitrariedad de los funcionarios.

2.1.2.3 Responsabilidad penal

Los funcionarios públicos no solo pueden ser considerados responsables administrativa o civilmente por sus acciones u omisiones, sino que, por supuesto, pueden ser procesados penalmente si sus actos fraudulentos o reprobables se incluyen en la categoría de delitos. Al respecto, Ivanega (2008) sustenta que la responsabilidad analizada consiste en; “actos dolosos o negligentes que establecen violaciones que el Código penal considera, criminales”.

Por otro lado, Greppi (2003) establece que “La responsabilidad penal es la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto por el Derecho Penal al deber de afrontar las consecuencias que impone la Ley; dichas consecuencias se imponen a la persona cuando se le encuentra culpable de haber cometido un delito o haber sido cómplice de éste. La responsabilidad penal la impone el Estado, y consiste en una pena que busca castigar al delincuente e intentar su reinserción para evitar que vuelva a delinquir” (pág. 51).

Específicamente, la responsabilidad penal de los funcionarios públicos se deriva de omisiones o actos, pero con la diferencia de que estos actos constituyen delitos tipificados en la norma nacional, por lo tanto, merecen ser sancionados y que son penas que se encuentran preestablecidas en este tipo de conductas; por lo tanto, esta responsabilidad se originará como consecuencia de las transgresiones a las normas legales, de tipo penal, por parte de los servidores públicos, actos que también constituyen indisciplina y falta de cuidado en el cumplimiento de sus obligaciones, deberes y prohibiciones, soslayando además las normas que rigen el orden público y social.

Después de examinar las diversas teorías de la responsabilidad del servidor público, se concluye que el Estado tiene la necesidad u obligación de reparar el daño o la pérdida en que las personas han incurrido como resultado del desempeño de sus funciones oficiales, y proporcionarles una compensación que haría posible reparar este daño; pero, también demuestra que, dado escenarios de negligencia, abuso de poder o perjuicios, el Estado tiene pleno poder de exigir a los responsables o al agente responsable de dicho daño o pérdida.

2.1.2.4 De la culpa grave de los servidores.

Cuando se habla de la culpa grave de los servidores, para que se les impute la responsabilidad directa por el daño irrogado en el ejercicio de sus funciones, se referencia en la Legislación cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución, a la Ley, o de una extralimitación u omisión inexcusables del ejercicio de sus funciones. En este caso se verifica una presunción de culpa a favor del Estado por concurrir las siguientes causas: a) cuando existe una violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho; b) al existir una carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable; c) por la existencia de omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error-inexcusable; d) violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención (p. 14-15).

Por lo tanto, se puede decir, como lo señalan Matías Cikato, Carlos Loaiza, Valentina Olazábal, Mercedes Otegui (2012), la culpa se presenta como un criterio que permite transferir los perjuicios económicos que provienen del evento dañoso del patrimonio de la víctima hacia quien provocó el daño; para ello se requiere hacer un parangón entre la conducta culposa de un comportamiento diligente a fin de verificar el daño culposo; siempre considerando que en la culpa

el factor de previsibilidad es fundamental; por lo tanto, en la culpa se hará referencia a lo que el agente “no ve lo que todos pueden ver” (pp.199-200).

Los mismos autores se refieren a que la culpa se refiere a no acatar una regla en el comportamiento que se concreta en un deber de diligencia; por lo cual, se puede decir que la culpa grave no es más que un actuar grosero e inexcusable, pero carente de la intención de dañar. En ese sentido es que se la puede asimilar como el *dolo eventual*; en el que se dice que este tipo de culpa se refiere como consecuencia de un acto o un hecho que ante las demás personas es, riesgosa y peligrosa, pero aun así se decide mantener la conducta y no tomar medidas que eviten los desastres (Cikato y otros, 2012, pp. 202-203).

Entonces, para señalar la culpa en el responsable directo, es vital el elemento de la previsibilidad de carácter objetivo, es decir, involucra la falta de previsión real con la imprevisión presunta y dotarle de un criterio objetivo por medio de tomar una media del comportamiento medio de previsibilidad de los hombres en general y no de la persona concreta. Por lo tanto, esta conducta culpable grave se refiere a la no observancia de normas expresas, negligencia, impericia o imprudencia del agente que le dan una excesiva confianza o un desinterés absoluto (Cikato y otros, 2012, pp. 203-204). En este sentido hay que considerar que el servidor público actúa bajo la relación laboral o por delegación del Estado, por lo tanto, debe ser instruido al iniciar cada puesto de trabajo. Además, se entiende debe estar capacitado para el cargo a desempeñar, por lo cual se verificará un hecho ilícito por parte del servidor el cual debe ser enlazado a un nexo causal entre el incumplimiento de normas, negligencia, imprudencia o impericia con el acto dañoso y el resultado de daño al final.

Dentro de nuestra legislación, concretamente en el Código Civil en su art. 29 sigue desde la misma perspectiva en la definición de la culpa grave y textualmente prescribe; “Culpa grave,

negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo”. Al respecto del tema se debe indicar como ya lo ha indicado la ex Corte Suprema de Justicia citada en la sentencia 0541-2009 de la Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia (2008) dentro de la cual se indica; “responde de la culpa levísima, debe extremar el cuidado. El más mínimo descuido, le impone responsabilidad; en cambio, el responsable de culpa grave, sólo tiene responsabilidad cuando incurre en actos groseros de descuido [...] cuando no emplea en la custodia de la cosa aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”.

2.1.2.5 Del Dolo.

Cuando se habla de dolo debemos precisar las diferencias que esta figura comprenden tanto en materia civil como en materia penal. En el primer caso, como ya se desarrolló en el acápite anterior, por definición del art. 29 del Código Civil se asimila la culpa grave con el dolo. Al decir, en la parte pertinente del articulado se dice; “Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo”. También, la norma legal precitada refiere al dolo como aquella conducta que se manifiesta en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.

El dolo como requisito para que se configure la responsabilidad del servidor público, y su diferenciación de la culpa grave solo importará en la responsabilidad contractual más no en la responsabilidad extracontractual; esto en el sentido del resultado final, producto del daño irrogado al administrado. Tal como lo desarrolla Cristian Banfi del Río (2017), el dolo produce la responsabilidad en este caso de los servidores públicos directamente, ya que supone que la actuación fue ilícita intencional y que, el momento que se somete a la decisión del juez, el

juzgador debe hacer un balance entre los intereses de las víctimas y los intereses de los autores del daño; por lo cual en materia civil también puede entenderse que existe dolo cuando hay turbaciones que exceden la tolerancia. Por ello para que se configure la intencionalidad esta tiene que relacionarse con la causalidad en la ocurrencia del daño y así se verifique que ha procedido el dolo. De tal manera que, para la prueba del dolo, en los procesos que determinen la responsabilidad del servidor público, debe existir una “manifestación externa y concreta de un ánimo de perjudicar, impulsado por una motivación que debe evidenciarse a través de un acto, omisión o hecho administrativo” (Rengel, 2017, p. 70).

En tal sentido tanto para determinar la culpa grave o el dolo en la actuación de los servidores públicos es necesario que se recurra a la Ley Orgánica de Servicio Público (en adelante LOSEP), COFJ, y reglamentos como el de la Contraloría General del Estado puesto que, en dichos cuerpos normativos existe a detalle las obligaciones y prohibiciones de los servidores públicos. Más que todo, considerar que una actuación dolosa trae consigo la consciencia en el actuar de los servidores públicos y que el momento que sus actuaciones se alejan de las prescripciones legales pueden llegar a sancionarse como conductas dolosas.

2.1.2.6 Presunción de responsabilidad y la inversión de la carga de la prueba a favor del Estado.

En nuestra legislación ecuatoriana no existe un sistema de presunción de responsabilidades que permitan facilitar la prueba de la intencionalidad del actuar de los servidores públicos (Rengel, 2017, p.78) para poder ejercitar la acción de repetición y sea quizá este uno de los principales impedimentos para poder ejercitar esta acción; pues dentro del ordenamiento jurídico prima la presunción de inocencia.

A diferencia, de Colombia se puede encontrar estas figuras jurídicas que facilitan, en cierto punto, la práctica del ejercicio de repetición; pues al respecto en la Ley que norma la repetición reviste presunciones que procesalmente le impone al funcionario o ex funcionario desvirtuar lo que la Ley prescribe. Al respecto la Ley 678 del 2001 establece cuándo existe presunción de dolo o culpa grave respecto de los servidores. Así señalan los siguientes artículos:

Art. 5.- Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado. Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas: 1. Obrar con desviación de poder. 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento. 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración. 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado. 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

Art. 6.- Culpa grave. Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas: 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho. 2. Carencia o abuso de competencia para proferir la decisión anulada, determinada por error inexcusable. 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable. 4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

Tanto el art. 5 y 6 de la referida Ley colombiana han sido analizadas constitucionalmente y se han declarado exequibles, a excepción del art. 6 numeral 4 que previamente decía; “Violar manifiesta e inexcusablemente [...]”, lo cual fue eliminado al declararse inexecutable, es decir contrarios a la Constitución colombiana (Ley 678).

Pese a ello, y a los años de vigencia de esta Ley existen dificultades que no permiten la total eficacia en el ejercicio de esta acción en Colombia debido a problemas prácticos vinculados a la lentitud del sistema judicial, falta de diligencia y seguimiento a los procesos de repetición, dificultades procesales en la interpretación de las normas que regulan la repetición y falta de voluntad política para efectuar correctivos para garantizar la eficacia de la repetición (Rengel, 2017, p. 99).

2.2 La acción de repetición en la LOGJCC.

Dentro de este cuerpo normativo se hacen varias precisiones para el ejercicio de esta acción; aspectos como los requisitos para presentar la demanda, el ámbito de aplicación, la legitimación activa, aspectos previos, trámite y sentencia. Así inicia en su art. 67 señalando el ámbito y objeto de la Ley; se dice que el fin es declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de los servidores públicos en sus funciones siempre que el Estado ecuatoriano es condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos. Lo destacable en esta norma es que, para los fines de repetición se asimila a servidores públicos a aquellas personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector

público; de la misma manera se enfatiza que la prescripción de esta acción será de tres años que se contabilizan desde el pago hecho por el Estado.

Como previamente se ha abordado, es la máxima autoridad de la entidad responsable quien debe asumir el patrocinio de esta causa a nombre del Estado y debe interponer la demanda ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente; es menester precisar que en las distintas provincias del Ecuador no existen Salas de lo Contencioso Administrativo sino únicamente Tribunales de única instancia, quienes son los encargados de conocer y resolver las acciones contra el Estado y ellos serán los concedores de las demandas por repetición que se presenten. Ahora bien, si el pago se ha realizado por un Gobierno Autónomo Descentralizado debe intervenir en la acción el representante legal de la institución; pero en ambos casos para la defensa de los intereses del Estado debe intervenir el Procurador General del Estado como máxima autoridad y responsable directa de la violación de derechos pues será quien asume el patrocinio directo de la causa. Todo esto lo regula el art. 68 y también prevé que a fin de recuperar lo pagado por el Estado, cualquier juez debe notificar a la máxima autoridad de la entidad o del representante legal del GAD que ha sido declarada responsable y a la Procuraduría, de las sentencias o autos definitivos en los procesos de garantías jurisdiccionales. Así mismo se faculta a cualquier persona para que dé a conocer al Procurador General la existencia de una sentencia, auto definitivo o resolución de un organismo internacional competente en la cual se ordena la reparación material al Estado a fin de ejercitar la repetición.

Lo curioso de esta norma es que permite que cualquier persona pueda interponer la repetición sin que ello lo vuelva parte procesal; para lo cual se obliga al juzgado que conoce la acción, a comunicar inmediatamente a la máxima autoridad de la entidad correspondiente para que asuma el patrocinio de la causa. Quienes conjuntamente con el Procurador General, o su delegado, no pueden excusarse de participar en el procedimiento de repetición y en caso de no demandar la

repetición o asumir el patrocinio pueden ser sujetos de una acción por incumplimiento en su contra.

Al respecto de esta norma es imperante comentarla conforme lo previsto en el art. 146 del Código Orgánico General de Procesos; en adelante COGEP; pues, si bien lo previsto en el inciso anterior alude que puede presentarse la repetición por cualquier persona pero que es el Procurador General, la máxima autoridad o el representante legal del GAD quien debe ejercitarla, puede darse la situación que dicha acción se encuentre incompleta o confusa lo cual, a fin de no proseguirla, permite que el juez al solicitar la acción de los legitimados activos en la causa se les otorgue el término legal de los 5 días a fin de completar o aclarar lo presentado por el particular; esto permitiría que se subsane errores y que se siga con el trámite. Sin embargo, dado el tiempo corto que posee la autoridad competente en este caso quizá sean pocos los casos en los cuales se pueda cumplir con lo previsto en el art 68 de la LOGJCC y el 146 del COGEP.

Ahora bien, tenemos el requisito de procedibilidad previsto en esta Ley para presentar la demanda de repetición y que se refiere a una investigación previa; esta investigación se refiere a la obligación que tiene la máxima autoridad de la entidad para determinar, previa a la presentación de la demanda, la identidad de las personas presuntamente responsables de la violación o violaciones de derechos. La imposición que hace el art 69 de la Ley debe ser observada por la máxima autoridad de dicha institución aun cuando los presuntos responsables ya no trabajen para la institución. En caso que no se determine la imposición legal, se faculta al Procurador presentar la demanda contra de la máxima autoridad de la entidad. Por tal motivo, dicha autoridad puede alegar en el proceso de repetición la imposibilidad de identificación o paradero de los presuntos responsables; aunque será el juez quien debe valorar si dicha excepción de fondo es suficiente para no imputarle la responsabilidad a la máxima autoridad.

Dentro de este contexto cabe cuestionar si realmente la exigencia legal se encuentra en armonía

con el principio de justicia, en el sentido que, es dable que se responsabilice a la máxima autoridad por la culpa grave o el dolo de alguien más; guarda armonía esta disposición con los preceptos constitucionales y las reglas básicas de la imputación de la responsabilidad civil. Lo dicho se fundamenta en que el representante legal o máxima autoridad no es representante del funcionario responsable y éste a su vez posee plena capacidad para actuar, lo cual, civilmente hace inviable esta suerte de responsabilidad solidaria implícita.

Retomando la idea, este requisito de investigación puede suplirse en caso que exista un proceso administrativo sancionatorio al interior de la institución accionada y que, dentro de ese proceso se haya determinado la responsabilidad de la persona o personas contra quienes se debe interponer la acción de repetición. A fin de dotar de celeridad para el ejercicio de la repetición el legislador señaló que la investigación a la que se refiere el art. 69 deba realizarse en el término de veinte días y que luego de dicho tiempo se obliga ya el inicio de la demanda.

A renglón seguido, en el art. 70 se presenta los requisitos que debe contener la acción de repetición: primero, como las reglas generales, se debe indicar la identificación de la parte demandada y determinar la institución que provocó la violación de derechos; segundo, se debe exponer los antecedentes del hecho, los derechos violados y la reparación material que ya se ha realizado por parte del Estado; tercero, se debe proponer los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la acción. También se debe colocar como pretensión el pago de lo erogado por el Estado por concepto de reparación material. Como parte fundamental para garantizar el cobro, se debe solicitar medidas cautelares reales; he aquí un punto importante en esta acción de conocimiento, pues permite solicitar medidas cautelares únicamente las reales a diferencia de otros procesos de conocimiento que no lo facilitan.

De la misma manera como requisitos para proceder con la calificación de la demanda se debe adjuntar:

a) La sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos, en el que se ordena la reparación material al Estado. b) El justificativo de pago por concepto de reparación material realizado por el Estado. En caso de que la demanda sea interpuesta por una persona o personas particulares, éstos no estarán obligados a adjuntar el justificativo de pago.

Estos sin duda son requisitos sine qua nom se puede dar paso a la calificación de la demanda.

Finalmente, esta Ley ratifica que la competencia recae en los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en procedimiento ordinario con la participación como parte procesal del Procurador General del Estado; permitiendo esta demanda la reforma para lo previsto en el inciso cuarto del art. 68. En la sentencia se declara la responsabilidad del o los demandados y se ordena el pago al Estado estableciendo la forma y el tiempo en que deberá realizarse; asimismo, si existe más de un responsable la norma señala que el monto de pago de cada uno se establecerá, en función de los hechos y el grado de responsabilidad; lo cual se confronta con lo previsto en el COGEP en su art. 328 sobre la responsabilidad solidaria de todos los implicados hasta la solución o pago total. Personalmente se cree que conforme la regla de temporalidad al tratarse de dos Leyes orgánicas que abordan el mismo tema, se debe aplicar lo previsto en el COGEP pues así se permitiría el cobro a todos y se evitaría entrar en la discusión de los grados de responsabilidad de cada sentenciado.

También dada la responsabilidad solidaria facilitaría el no dejar en Estado de necesidad a las personas responsables como estable el mandato legal. Por otro lado, cuando el Estado hubiere sido condenado al cumplimiento de la obligación de dos o más plazos, la sentencia en el juicio de repetición debe condenar a las personas responsables, al pago de las obligaciones vencidas reclamadas, pero la ejecución debe comprender las que se hubiesen vencido posteriormente, hasta la total cancelación de lo pagado por el Estado, de acuerdo a lo previsto en el COGEP, sobre la ejecución de pensiones periódicas o el cumplimiento de obligaciones a plazo. De la sentencia se podrá interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

2.3 La acción de repetición en el COA.

El Código Orgánico Administrativo regula la repetición como consecuencia de la responsabilidad extracontractual del Estado. Por tal motivo, se entiende que habrá repetición cuando el Estado ha provocado un daño por sus actuaciones u omisiones aún lícitas siempre que el administrado perjudicado no tenía la obligación jurídica de soportarlo. El daño también puede provenir de los delegatarios y concesionarios del Estado; donde asumen directamente el daño y el Estado lo hace solo de manera subsidiaria (art. 330). Pero el derecho de repetir contra los funcionarios solo surge por las acciones u omisiones del servidor público que generaron el daño por culpa grave o dolo (art. 333) y que ocasionaron el daño calificado en el particular.

Al respecto debe entenderse como daño calificado a aquel que la persona no tiene la obligación jurídica de soportar o que resulte de la violación del principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas y se deriva específica e inmediatamente de la acción u omisión de las administraciones públicas (art. 334).

Un punto interesante respecto de la repetición en los casos previstos en este Código se refiere a lo previsto en el art. 339; donde se establece la solidaridad en la responsabilidad por los daños ocasionados por la gestión conjunta de varias administraciones públicas pues en este caso cómo se puede identificar la individualidad de los responsables subjetivos; o en el mejor de los casos, quién de las instituciones ejerce la repetición. Situación que puede presentar una eventual solución por el inciso segundo del mismo artículo al señalar que; “en otros supuestos de concurrencia de varias administraciones públicas en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada administración pública atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención”.

Por otro lado, y a diferencia de lo regulado por la LOGJCC, el art. 344 del COA señala que, para ejercitar la repetición debe haberse efectuado el pago completo de la respectiva indemnización del Estado luego de haberse declarado su responsabilidad extracontractual y que dicho trámite de repetición se lo hace en la vía ordinaria prohibiendo expresamente la reconvención. Igualmente señala que la responsabilidad de los servidores debe ser declarada judicialmente y que si son varias las instituciones declaradas responsables, deben proponer la demanda en forma conjunta si los demandados tienen el domicilio en el mismo distrito judicial, sino deben coordinar la presentación de las demandas. Sin embargo, al igual que la LOGJCC, se señala que el valor de las reparaciones cuando hay pluralidad de servidores responsables, se debe distribuir conforme la responsabilidad y grado de participación y como diferencia con la mencionada Ley, la prescripción de esta acción regulada en este Código es de cuatro años que se cuentan desde la fecha que se efectuó el pago único o desde el último pago que realizó el Estado cuando haya cancelado en cuotas; además también procede la repetición conforme lo indicado cuando hay terminación convencional.

2.4 La acción de repetición en el COFJ.

El COFJ regula la repetición contra los funcionarios de la función judicial por la inadecuada administración de justicia, por revocatoria o reforma de sentencia condenatoria; por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Y el legitimado activo es el Director General del Consejo de la Judicatura, esto en virtud que el mismo es legitimado pasivo en las demandas que reclaman la responsabilidad estatal en los casos señalados.

De tal manera que acorde a lo previsto en el art. 33 de este cuerpo legal el Estado debe ejercer inmediatamente el derecho de repetición contra las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades, administrativas, civiles y penales. De haber varios responsables, todos quedarán solidariamente obligados al reembolso del monto total pagado más los intereses legales desde la fecha del pago y las costas judiciales. En este caso se impone a la Procuraduría General del Estado la obligación de efectuar todas las acciones a fin de que los intereses del Estado no se vean conculcados y los recursos motivo de indemnización sean recuperados, puesto que si no cumple este mandato legal esto puede ser causal de destitución.

Bajo lo dicho, se indica que una vez que se cita con la demanda por responsabilidad al Consejo de la Judicatura, éste debe pedir al juzgado de la causa que se cuente como partes procesales con las servidoras o servidores que hayan intervenido en los actos que se alegan fueron violatorios de los derechos del perjudicado; para lo cual debe citárseles en sus domicilios o en sus lugares de trabajo. Una vez citados los servidores están obligados a comparecer al juicio donde tienen las más amplias garantías para ejercer su derecho a la defensa, pero fundamentalmente deben aportar toda la prueba de que dispongan para demostrar que los actos

que originaron los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia suya, sino acaso fortuito o a fuerza mayor. A renglón seguido taxativamente la norma prohíbe al juzgador considerar como causa de justificación el error inexcusable ni la existencia de orden superior jerárquica.

Luego de sustanciado el proceso y si en la sentencia ejecutoriada se declara que los servidores no han justificado su conducta, se resuelve que el Estado pague la indemnización por daños y perjuicios y por daño moral y que, de inmediato el Consejo de la Judicatura inicie el procedimiento coactivo contra los servidores responsables para el reembolso de lo que el Estado deba pagar al perjudicado. En este supuesto legal, tenemos un modelo parecido al llamamiento en garantía que se contempla en la legislación colombiana y se tiene como eficaz para la recuperación de los recursos públicos. Cabe en este punto enfatizar que no todo error es imputable a responsabilidad estatal, tal como lo recoge Jaime Vidal, Viviana Díaz y Gloria Rodríguez () pues para que exista responsabilidad del Estado, y por consiguiente derecho a repetición, debe existir una falla en la administración de justicia en casos muy especiales “de ostentible y manifiesta contradicción con la Ley”. Por ello queda por fuera de esta situación el error conceptual, de ahí que para que exista daño por la administración de justicia debe ser de “especial entidad” y no cualquier error del juzgador.

2.5 La acción de repetición en la LOSEP.

Como es conocido esta Ley regula todo en cuanto a los servidores públicos tal como sus nombramientos, obligaciones, derechos, su remoción, etc. Y en este último caso, se señalan las acciones que poseen los servidores públicos para hacer valer sus derechos; así en el art. 46 sostiene que los servidores que han sido suspendidos o destituidos pueden demandar o recurrir ante la Sala de lo Contencioso Administrativo o ante los jueces o tribunales competentes del

lugar donde se origina el acto impugnado o donde este haya producido sus efectos para el reconocimiento de sus derechos.

Si como consecuencia de ese ejercicio la sentencia es favorable a sus pretensiones y se declara nulo o ilegal el acto; además de fallar que el servidor destituido sea restituido a su puesto de trabajo, se cumple con lo ordenado una vez que se ejecutorie la sentencia. Asimismo, en la sentencia que declara a favor del servidor se determinan los valores que dejó de percibir como remuneración y se los manda a pagar con sus respectivos intereses. Si la sentencia determina que la suspensión o destitución fue ilegal o nula, la autoridad, funcionario o servidor causante será pecuniariamente responsable de los valores a erogar y, en consecuencia, el Estado ejercerá en su contra el derecho de repetición de los valores pagados, siempre que judicialmente se haya declarado que la servidora o el servidor haya causado el perjuicio por dolo o culpa grave. La sentencia se notificará a la Contraloría General de Estado para efectos de control.

Se debe iniciar una acción judicial contra el responsable para poder ejercitar la repetición lo cual, se sujeta a las reglas del COGEP y a las señaladas por la LOJGCC por no existir otro procedimiento. Igualmente se ejerce esta acción con las autoridades nominadoras de las entidades de la Función Ejecutiva que comprometan recursos de carácter económico relacionados con gastos de personal, al margen de las políticas y resoluciones emitidas por el Ministerio del Trabajo (art. 136); de igual manera se detalla en esta Ley la repetición que puede ejecutarse contra las autoridades y funcionarios del Ministerio de Trabajo por el ejercicio indebido de sus facultades que causen daño y perjuicio al interés público o a terceros, siempre que se haya accionado en lo Contencioso administrativo y se haya declarado judicialmente la responsabilidad por los daños ocasionados (Disposición General Vigésima Tercera)

CAPÍTULO 3.

LA APLICABILIDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR.

3.1 Nociones generales para su aplicabilidad.

En los capítulos anteriores se ha dado a conocer que, la acción de repetición es un instrumento legal para declarar la responsabilidad por parte de los funcionarios del Estado y reembolsar las sumas pagadas por el mismo, debido a la negligencia o conducta dolosa o culposa en el desempeño de sus labores; figura que comprende una acción jurisdiccional decretada desde la Constitución Política de 1998, el cual dicha acción no podía ser ejecutada por la falta de un procedimiento establecido; posterior; con la creación de la Constitución de la República en el año 2008 y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), se estableció el proceso para el ejercicio de la acción de repetición contra funcionarios públicos. Seguido; el Código Orgánico de la Función Judicial, establece diferentes normas para sustanciar los procedimientos de la acción de repetición por la existencia de una administración incompetente de justicia, con el propósito de recuperar el dinero desembolsado por responsabilidad de los actos de un servidor público.

Constitucionalmente, es obligación del Estado ejercer de inmediato la acción de repetición a quienes hayan causado el daño y por consiguiente una reparación económica. Uno de los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico ecuatoriano es la certeza jurídica, por lo que cuando se ha reclamado responsabilidad económica por faltas graves o fraudes cometidos por servidores públicos en el desempeño de sus funciones, el Estado puede verse obligado a reparar el daño causado, de forma inmediata, por mandato Constitucional y demás Leyes, es decir, debe restituir lo que ha pagado, utilizando los mecanismos legales que se han implementado para tal efecto.

El Ecuador, es un país garante de derechos; obligado a velar por la efectividad de los mismo previstos en su legislación, por lo que; la actuación de los funcionarios judiciales y de sus servidores públicos, debe cumplir con los principios y disposiciones que emanan de la Constitución de la República, garantizándolos e implementado sus debidas sancionando derivadas de las violaciones o vulneraciones de los derechos de los ciudadanos. El Estado ha implementado el derecho de repetición en la Constitución de la República, en la LOGJCC y demás cuerpos normativos tratados en este trabajo de investigación; para tener una garantía real y aplicable en contra de sus servidores públicos.

En Ecuador; para poder ejercer el derecho de repetición y llamamiento de garantías en vigencia contra el servidor público, es preciso que; se ordene a la persona a reparar el daño causado como producto de fraude o negligencia; que el daño producido sea fruto de la conducta dolosa o culposa; que el Estado haya pagado el monto indemnizatorio determinado en sentencia, y, en definitiva, que se cumpla dentro del plazo reglamentario para el ejercicio de este derecho (Vallejo, 2013). A pesar de que existe un cuerpo normativo sobre este derecho y diferentes pautas que indican cómo se debe proceder, es necesario analizar a profundidad otros aspectos, por ejemplo; qué es lo que sucede en la legislación ecuatoriana y cómo procede, y definir cuáles son las falencias y posibles soluciones sobre la acción de repetición en Ecuador y determinar si puede existir una verdadera aplicabilidad.

3.1.2 Consideraciones sobre lo pagado por el Estado y la obligación de repetir.

De acuerdo a lo desarrollado hasta este punto, es indubitable que la acción de repetición en Ecuador no es facultativa para los servidores y entidades de control; por el contrario, se vuelve una obligación imperativa dada desde la Constitución de la República y la Ley; con el fin de

precautelar los intereses colectivos y patrimoniales del Estado, sus mandantes y del pueblo. Por tal motivo, es obligación de las respectivas funciones del Estado generar las respuestas necesarias para viabilizar su ejercicio, desde la generación de legislación clara y oportuna como, de su aplicación de jueces probos, que faciliten su ejercicio de acuerdo a las reglas de interpretación legal para encontrar las soluciones ante las dificultades legislativas que se encuentran en el camino, ya que resultaría improcedente creer que se puede normar absolutamente todo, y so pretexto de ello alegar falta de normativa para el ejercicio de la acción.

Se debe considerar que todo daño tiene un origen, producto de la acción u omisión humana, lo cual deriva en la responsabilidad del actor directo, que para efectos es el servidor público (incluso los particulares como delegatarios o concesionarios de las facultades estatales), y no se puede dejar de ejercer la acción porque no existe una persona identificable. Esto se sostiene ya que, dentro de la administración pública todo tiene un registro y siempre incluye a personas detrás de cada actuación. Los servidores públicos, al ser personas se encuentran dotados de capacidad y voluntad, producto de la libertad que tienen para actuar; es decir, se consideran dueños de sí mismos; por ende, responsables de sus acciones y las consecuencias que estas conlleven; como lo expreso Diego Velasco (2014).

Por lo tanto, la actuación de los servidores públicos en interacción con los demás miembros de la sociedad siempre trae consecuencias, sean estas positivas o negativas; considerando que, quien se encuentre investido de la obligación de prestar sus servicios hacia otros; y quien tiene su legítimo derecho del cumplimiento de esas obligaciones legales, no pueden soportar daños más allá de los exigidos legal o constitucionalmente; así como tampoco puede el Estado soportar exclusivamente los perjuicios que fueron ocasionados por personas identificables, generando el derecho de reparación, pues lo que se busca es el bien y el interés común de la sociedad. Para tal caso es imperante que concurren los siguientes requisitos: 1.- La existencia de una relación

jurídica entre víctima, poseedor del derecho; y, el victimario; con la obligación de hacer o no hacer; 2.- La presencia de un acto lesivo cuyo resultado es el daño; es decir, es el acto consciente y libre que originó el daño (Velasco, 2014, p. 98). Precisamente conforme este último requisito es que se imputa la responsabilidad del servidor y su obligación legal de pagar, lo que en algún momento el Estado le dio pagando.

No siempre hay una relación jurídica directa entre, quien debe responder el daño y la víctima, por cuanto el daño se mira de acuerdo a las condiciones propias de la víctima; configurándose una relación jurídica indirecta, considerando que; todos son miembros de la sociedad y tienen cargas y beneficios que permiten alcanzar el bien común. Ahora bien, hay que tener presente que en materia administrativa la responsabilidad jurídica se la considera como una sanción jurídica que, priva – elimina bienes jurídicos por la comisión u omisión de actos; por ello la responsabilidad jurídica debe entenderse como un Estado jurídico intermedio que coloca a una persona entre el incumplimiento de un mandato o prohibición legal y la correspondiente imposición de la sanción; teniendo como consecuencia que el infractor se somete de manera concreta a la sanción jurídica, que se le ha impuesto y debe cumplir por no haber observado o desconocer el mandato o prohibición. En consecuencia, solo pueden ser responsables jurídicamente, el destinatario de una norma jurídica, directamente como persona o como una persona con características especiales y haber incumplido por sí mismo o por un tercero la orden, o haber incurrido en una prohibición; tal como lo dice Hernán Vélez (2015); teniendo como resultado que el Estado tiene derecho de repetir contra el servidor o servidores responsables.

Por otro lado, también puede ocurrir responsabilidad por un hecho, cuando se origina de la existencia de un beneficio social y el riesgo generado para ese beneficio. Es así que debe responder la persona que, aunque directamente no causó el daño conforme la “justicia distributiva” dentro de la sociedad, se convierte en obligado indirecto, poseedor de obligaciones;

ya que, dado los riesgos socialmente aceptados, se le ha dotado de una compensación o preponderancia (Velasco, 2014, p. 102).

3.1.3 La subjetividad en la repetición.

La responsabilidad objetiva del Estado es el antecedente de la repetición contra los funcionarios. Para identificar la repetición dentro de la responsabilidad objetiva del Estado hay que tener en cuenta los siguientes requisitos: 1.- la existencia de una lesión a un interés legítimo patrimonial o extrapatrimonial a través del daño y la inexistencia de los causales de justificación que obligue a la víctima a soportarlos; 2.- la existencia de un factor de atribución, considerando el riesgo que lleva el servicio o actividad pública; 3.- la posibilidad de imputar jurídicamente ese daño a la persona causante (funcionario público) y, 4.- el nexo causal en su sentido normativo, entendido como la correlación con los títulos de imputación (Ojeda, 2016, p. 10). Entonces, la repetición está implícita en la responsabilidad del Estado.

En ese contexto, para que le Estado pueda repetir lo pagado contra el funcionario, los actos o las omisiones no pueden ser imputados a la persona jurídica estatal; ya que, el ejercicio de la función pública es previsible dentro de ciertos parámetros, y esto es lo que caracteriza que sea el Estado esa persona jurídica (Velasco, 2014, p. 112) que asuma únicamente las indemnizaciones por los daños ocasionados; pero, cuando el funcionario actúa por su propia esfera, provoca que no haya relación de causalidad entre el daño y las funciones de la persona que lo ocasionó, por lo tanto, se da la existencia de una responsabilidad directa por actuar individualmente fuera de sus competencias. Estos son los denominados actos personalísimos de los funcionarios porque no son actos de la ejecución del servicio (Velasco, 2014, 113) y son los que originan la obligación de pagar lo que ya erogó el Estado.

Es menester tener presente que; la acción de repetición, como lo dice Oscar Müller (2012); de naturaleza como responsabilidad civil, es el resarcir pecuniario del funcionario público, por la afectación al patrimonio público; por lo tanto, la obligación se ve reflejado en la obligación de devolución al Estado lo pagado por su acción u omisión, puede tener como fundamento un contrato, la relación servidor -Estado u obligación extracontractual, por daño moral ocasionado. Por lo mismo; debemos considerar que, la responsabilidad de los funcionarios supone la correspondencia entre la culpabilidad y la sanción, tal como lo expone Ana Fierro (2017). Al cumplir con su función de orientar y sanear el quehacer en la actividad pública, permite mejorar la calidad del servicio, al motivar a los agentes estatales a desenvolverse en el cumplimiento máximo y eficiente de sus funciones, porque, la repetición hace que aquellos funcionarios se responsabilicen de sus actos; como lo exponen Luis Bravo y Joaquín Córdoba citados por José García (2017); evitando que solo el Estado asuma los daños en su patrimonio; a diferencia de este, la repetición se convierte en subjetiva para cuyo ejercicio debe ser individualizada, a más de estar dotada como una modalidad de acción de garantía constitucional de acuerdo al art. 11 numeral 9 de la Constitución.

3.1.4 Aspectos procesales de la acción de repetición.

La acción de repetición es la herramienta mediante la cual el Estado tiene el derecho a juzgar a sus funcionarios quienes han ocasionado daños o perjuicios a terceros, sea por inobservancia de las leyes, dolo o negligencia. Se debe establecer de forma clara cuál es el debido proceso a seguir de modo que aquellas pruebas o evidencias revele la magnitud del daño realizado, por ende, también la responsabilidad de los funcionarios, tomando en cuenta los montos cuantiosos destinado al pago de indemnizaciones a las personas afectadas de las cuales el Estado se ha

hecho responsable, debido a las acciones ilícitas de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones.

Su objetivo es la de obtener la reparación parcial o total de los recursos económicos estatales debido a las indemnizaciones realizadas a los afectados; tal como lo hemos mencionado en los capítulos anteriores; lo establecido por el art. 11, numeral 9 de la Constitución de la Republica al hablar de la responsabilidad de pago de daños, y el derecho de repetir contra quienes lo han provocado. De igual forma lo expresa el art. 233 del mencionado cuerpo legal; en el que se establece que ningún servidor público estará excepto de responsabilidad por los actos que este hubiese provocado en ejercicio de sus funciones; quedado claro que; ningún funcionario quedará exento de la responsabilidad de sus actos, independientemente de su cargo o jerarquía que ostente.

A partir de este cuerpo legal, varios cuerpos legales han incorporado normas relacionadas al ejercicio de la acción de repetición; así el art. 33 del COFJ; el art. 134 de la LOSEP; el art. 67 y siguientes de la LOGJCC; sin dejar de lado la acotación de que; estas normas exhaustivamente no regulan dicha acción, provocando en sí, vacíos legislativos.

3.2 Los problemas y las soluciones en la acción de repetición.

Los principales problemas que se desarrollarán en este apartado son: (a) Dispersión normativa y (b) Falta de claridad con el tipo de procedimiento.

a) **Dispersión normativa**

En la legislación ecuatoriana existen contradicciones legales que crean una dispersión normativa. “La dispersión normativa se presenta cuando el régimen jurídico de una materia se caracteriza por la falta de unidad en la legislación que la regula” (Hernández, 2013). Esta dispersión normativa se da por la existencia de la LOGJCC y la Ley de la Contraloría. Como indica la LOGJCC la investigación sobreentiende que los funcionarios o ex funcionarios deben estar, hasta cierto punto, advertidos del inicio de la repetición; además, indica como un requisito de prejudicialidad una sentencia ejecutoriada, que establezca la responsabilidad de los funcionarios. Presentándose en este punto mayor conflictividad, debido a que, no existe parámetros para determinar administrativamente la responsabilidad de los funcionarios.

Por otra parte, la Contraloría General del Estado, en el art. 212 numeral 2. refiere; “Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la Ley: [...] 2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado”. Dicho texto se desarrolla en la Ley de la Contraloría General del Estado que además señala en su art. 34 como una función de esta dependencia institucional; “Establecer responsabilidades individuales administrativas, por quebrantamiento de las disposiciones legales, reglamentarias y de las normas de que trata esta Ley; responsabilidades civiles culposas, por el perjuicio económico sufrido por la entidad u organismo respectivo, a causa de la acción u omisión de sus servidores, e indicios de responsabilidad penal, mediante la determinación de hechos incriminados por la Ley” y a continuación prevé; “Una vez ejecutoriada la resolución que establezca la responsabilidad civil culposa, solicitar al juez correspondiente que dicte medidas cautelares civiles en contra de la autoridad, dignatario, funcionario o servidor público responsable, a fin de

garantizar la reparación de los daños y perjuicios ocasionados y precautelar los intereses públicos”.

Relativo al enunciado, encontramos un conflicto debido a que; no existen parámetros claros para determinar administrativamente la responsabilidad de los funcionarios; la confrontación entre los dos cuerpos normativos nace de la prerrogativa constitucional que da competencia para determinar responsabilidades de los funcionarios a la Contraloría General del Estado; por lo tanto, se origina un primer conflicto entre la Ley de la Contraloría General del Estado y la LOGJCC.

Otro problema que surge de las dos legislaciones indicadas y que provocan esta dispersión está en la determinación de los responsables. En la LOGJCC se determina que la investigación se encuentra a cargo de los miembros de la misma institución; mientras que, en la Ley de la Contraloría está la desempeña funcionarios neutrales, dependientes de la contraloría (Enríquez, 2017, p. 111), por ello los problemas prácticos del ejercicio de la acción de repetición se encuentra desde el inicio mismo de la acción.

María del Refugio Macías, Gloria Puente y Nayelli Cabrera (2016) indican que, en los procedimientos donde se vaya a establecer responsabilidades a los servidores públicos, es necesario garantizar los derechos humanos que la Constitución de la República los garantizó; a más de respetar aquellos derechos mínimos como aquellas reglas concernientes al debido proceso. Pese a aquello, nace una duda en cuanto a la investigación pre procesal que menciona la LOGJCC, el cual es; si dentro de esta se respeta el derecho al debido proceso y a la legítima defensa; o, si se tutelan esos derechos, pero únicamente en el juicio.

b) Falta de claridad con el tipo de procedimiento

Frente al procedimiento establecido en la LOGJCC que indica que; el procedimiento de la acción de repetición es un proceso ordinario, por lo tanto, de conocimiento, existen distintas posiciones según este argumento, a través de este proceso se debe declarar la responsabilidad de los funcionarios o ex funcionarios, lo cual se ha ratificado por la Sala especializada de la Corte Nacional de Justicia a través del fallo del proceso 1441-2015 Resolución N°1070-2016 21 de septiembre de 2016; donde se confirma el procedimiento como ordinario.

Esto es contrario al criterio de instancia que identificó al proceso de repetición como de ejecución, esto en realidad y en “estricto derecho” expedido por el Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito en el juicio 17811-2013-15969, provoca la falta de competencia por parte del juez administrativo para declarar la responsabilidad o no; por dolo de los funcionarios. Para entender esta falta de competencia, es imperante entender que la naturaleza de la acción de repetición, en estricto derecho, no es de conocimiento sino de ejecución (Enríquez, 2017, p. 119).

Por otro lado, en las consideraciones hechas por la Sala en la sentencia del 21 de septiembre de 2016 el juez Álvaro Ojeda, sostuvo, en cambio, que la acción de repetición es de una naturaleza de conocimiento especial y que, por tanto, dentro del proceso que se inicia contra el o los servidores; el juez debe declarar o no su responsabilidad en base a las pruebas que se produzcan en dicha audiencia.

Las soluciones que pueden plantearse para este tipo de problemas son las siguientes:

a) Soluciones para la dispersión normativa

Respecto a los problemas por las contradicciones que se encuentran en los distintos cuerpos normativos, es necesario que los juzgadores apliquen el principio de la Ley superior, es decir, el

orden jerárquico de las Leyes deberá ser respetado. La Ley posterior prevalece sobre la anterior. Entender la jerarquía de Leyes ayuda a desarrollar un marco jurídico de normas legales y reglamentarias claras y sobre todo consistentes marco para las elecciones.

Específicamente para el problema de determinación de responsables, se pueden plantear soluciones legales en base a legislaciones de otros países. En la legislación colombiana, existe el denominado “llamamiento en garantía del servidor”; a fin de combatir los problemas de orden práctico de la repetición, esta figura jurídica previene que dentro del proceso donde se sentencia sobre la responsabilidad o no del Estado donde el tercero (servidor o ex servidor) es llamado a intervenir en ese proceso. Dicho llamamiento tiene el fin que el tercero indemnice por los perjuicios ocasionados para que sea citado y comparezca a dicho proceso y se resuelva sobre la mencionada relación. Lo cual aplicado a nuestra legislación equivale a una reestructuración del procedimiento fijado en el COFJ y que viabilice la repetición contra el funcionario responsable.

b) Soluciones para la falta de claridad en cuanto al tipo de procedimiento

Lo ideal sería establecer un único criterio para definir al procedimiento de la acción de repetición. La claridad es uno de los rasgos básicos para la ejecución viable y aplicable de qué tipo de procedimiento es la acción de repetición. Uno de los requisitos previos cruciales para una Ley clara es el lenguaje apropiado de los textos de los actos legales. Es decir, referido tanto al vocabulario como a la sintaxis de estos textos. Por lo tanto, para que la Ley sea clara, el legislador debe seguir reglas específicas con respecto a los aspectos lingüísticos de la elaboración de Leyes; además de tener en cuenta este aspecto importante para la claridad de las Leyes, debe existir un análisis exhaustivo considerando: teoría, doctrina y casos prácticos de otros países con el fin de poder establecer un único criterio aplicado a la acción de protección y su ejecución en Ecuador.

Sin embargo, si se consideran los diferentes criterios para establecer qué tipo de procedimiento es, que aquí deberá primar el principio non bis in ídem. “Conforme a este principio se procura impedir que un hecho que ha sido sancionado o que ha servido de base para la agravación de una pena, sea utilizado nuevamente, de este modo, si un hecho ya ha sido tomado en consideración para la aplicación de una pena o circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, no es lícito volver a tenerlo en cuenta por segunda o ulterior vez para los mismos efectos” (Gómez, 2017). Por lo tanto, en un juicio, se deberá determinar un único principio para que el servidor público sea juzgado, se deberá definir si se lo tomará como un procedimiento ordinario, de ejecución o de conocimiento especial.

3.3 Los retos de la acción de repetición.

La acción de repetición presenta diferentes retos y son los siguientes:

Uno de los retos que se imponen a la acción de repetición es de índole político; dado que para su éxito es necesario que se superen los intereses políticos y personales que, eventualmente, envisten a los funcionarios encargados de la investigación y determinación de los responsables de ocasionar los daños, lo cual, se supera con la plena intervención de terceros tal como lo prevé la Ley de la Contraloría General del Estado; situación que va de la mano con la ética y la transparencia que debe actuar el funcionario para no caer en la corrupción que campea en el medio.

El segundo reto es el corto tiempo para la prescripción de la acción; los tropiezos que pueden tener los funcionarios y el mismo Estado para cumplir las exigencias legales para su ejercicio por falta de tiempo, son condicionantes para que la efectividad del ejercicio de la repetición sea

posible. Es necesario una ampliación de los tiempos de prescripción a fin de esquivar los problemas que se presentan y poder entablar la acción.

Le tercer reto que debe superarse son las medidas cautelares; estas no deben ser opcionales sino ser una imposición legal para que se solicite al momento de presentar la demanda o incluso de oficio, dado que esta acción, si bien procedimentalmente es de conocimiento, facilita que, llegada la sentencia, en caso de ser favorable para la repetición, esta no tenga dónde ejecutarse puesto que los implicados pueden desaparecer su patrimonio con el fin de no perderlo. Deben plantearse provisiones legales para asegurar el cobro en caso de sentencia. Así será necesario efectivizar el cobro del mismo y no sólo la declaratoria de responsabilidad subjetiva del funcionario, esto en confrontación de no dejar en Estado de pobreza a los sentenciados.

Cuarto reto es generar una mejor organización en las instituciones como en las tareas encargadas a recursos humanos a fin de permitir que el ejercicio de la repetición sea viable en aspectos como los previstos en el art. 68 de la LOGJCC y 146 del COGEP. Es importante evitar la falta de tiempo para cumplir con los requisitos de estas acciones o cuando, hipotéticamente un particular presente la acción y el legitimado activo estatal la ejercite subsanando errores que pudo cometer el particular.

Conclusiones.

1.- La repetición es una acción que tiene su origen en el establecimiento de responsabilidad del Estado.

2.- Se encuentra regulada dentro de la legislación ecuatoriana y no es una posibilidad su accionar, sino por el contrario se vuelve una obligación que se impone a quienes tienen la competencia para ejercitarla, incluso bajo penas tan drásticas como la destitución de funcionarios.

3.- Al existir varios cuerpos normativos que regulan y hacen referencia a esta acción esto provoca que no exista uniformidad para regular esta acción, lo cual genera contradicciones que no facilitan su ejercicio.

4.- Los vacíos legales, pueden superarse con soluciones legales del mismo ordenamiento jurídico, como las señaladas en el Código Orgánico General de Procesos y que pueden aplicarse principios de interpretación.

5.- Se verifica que siempre existe la obligación de repetir contra los funcionarios cuando existe condena del Estado ya sea por acciones constitucionales y legales. Pese a que el procedimiento sea distinto, sin embargo, no puede alegarse que no existe claridad para el ejercicio de cada uno, pues la normativa expresamente ha señalado cuándo aplicar uno y otro, y, en caso de contradicciones las soluciones se encuentran dadas.

Recomendaciones.

Identificados los problemas y las soluciones que abordan la acción de repetición se recomienda profundizar en el estudio de la unificación de la legislación al respecto, para evitar las contradicciones que se han encontrado en este trabajo. Pero, sobre todo, para facilitar el ejercicio del Estado para recuperar el erario para su patrimonio.

Crear un procedimiento uniforme para ejercer la acción de repetición; del cual se tenga en consideración lo expuesto en la Constitución de la República, en LOGJCC, en el COFJ; entre otros, entorno a la determinación de la responsabilidad dada por el servidor público.

Se recomienda realizar estudios a profundidad sobre las condicionantes tanto en juzgadores cuanto en servidores públicos que no facilitan el ejercicio de la acción para identificar los problemas que afronta la repetición y estudiar sus soluciones.

Bibliografía.

Revistas indexadas.

Acosta-Penco, T. (2016). La responsabilidad patrimonial de la administración por información errónea en la doctrina del Consejo de Estado. *Revista Digital de Derecho Administrativo Universidad Externado de Colombia*.

Banfi del Río, C. (2017). Relevancia del dolo en la responsabilidad extracontractual chilena: una relectura desde el derecho inglés. *Revista de Derecho Coquimbo*, 24. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532017000200069

Botassi, C. (2011). Fundamentos jurídicos de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho argentino. *Derecho PUCP*, 469–486. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656148023>

Castro, J. (2018). Alcance del principio *Iura Novit Curia* en la responsabilidad del Estado colombiano. *Vlel*, 13.

Cikato, M., Loaiza, C., Olazábal, V., & Otegui, M. (2012). Culpa Grave: análisis conceptual y contenido en la jurisprudencia nacional. *Revista Derecho de La Universidad de Montevideo*. <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Cikato-Loaiza-Olazabal-y-Otegui-Culpa-grave-analisis-conceptual-y-contenido-en-la-jurisprudencia-nacional.pdf>

Enríquez, G. (2017). Ineficacia de la acción de repetición. *Ius Humani Revista de Derecho*, 6. [file:///C:/Users/G/Downloads/Dialnet-IneficaciaDeLaAccionDeRepeticion-5877165 \(1\).pdf](file:///C:/Users/G/Downloads/Dialnet-IneficaciaDeLaAccionDeRepeticion-5877165%20(1).pdf)

Gómez González, Rosa Fernanda. (2017). El non bis in ídem en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (49), 101-138. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512017000200101>

Hernández, R. d. (2013). Derecho ambiental: dispersión normativa y corrupción. *Revista El Mundo del Abogado* Núm. 174, 19-22.

Jiménez, W. G. (2013). Origen y Evolución de las Teorías sobre responsabilidad estatal.

Diálogos de Saberes Universidad Libre y ESAP.

<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/1832/1366>

León, V. P. de. (2015). La noción de carga pública y su función en la jurisprudencia del tribunal Constitucional chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 42. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300005

Müller, O. (2012). La responsabilidad civil del servidor público en el combate a la corrupción. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales Universidad Nacional Autónoma de México*, 57, 165–185. <file:///C:/Users/G/Downloads/42124556007.pdf>

Navarrete, J. (1978). *El origen de la responsabilidad civil objetiva en el derecho aéreo.* <file:///C:/Users/G/Downloads/Dialnet-ElOrigenDeLaResponsabilidadCivilObjetivaEnElDerech-2649275.pdf>

Page, Olof (2018). Corrupción institucional. *Veritas Revista de Filosofía y Teología*. 41. [fecha de consulta 25 de abril de 2020]. ISSN: 0717-4675. Disponible en: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/2911/291157943001/index.html>.

Pérez, G. (2019). Prueba legítima y verdad en el proceso penal II: la dependencia epistémica de la prueba. *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía Del Derecho*.
<https://www.redalyc.org/journal/3636/363664341003/>

Perrino, P. (2006). La responsabilidad del Estado ocasionado por el riesgo o vicio de las cosas. *Revista de Derecho Universidad Católica Del Norte*, 13.
<https://www.redalyc.org/pdf/3710/371041318006.pdf>

Sarmiento E., Juan Pablo (2016). La responsabilidad contractual por los riesgos previsibles, entre la autonomía de la voluntad privada y la rigurosidad de las normas de contratación pública. *Revista Derecho del Estado*, (37),189-211. [fecha de Consulta 28 de abril de 2020]. ISSN: 0122-9893. Disponible en:
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=3376/337650446006>

Soler, I. Jiménez, W. (2009). La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función pública: luces y sombras. Estado del arte. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 9(16), 73–89. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=100212247006>

Sommer, Christian (2018). La imprescriptibilidad de la acción reparatoria por crímenes de lesa humanidad y la responsabilidad del Estado. Comentarios sobre la jurisprudencia y la legislación argentinas. *Revista Derecho del Estado*. 41. [fecha de consulta 25 de abril de 2020]. DOI: [10.18601/01229893.n41.11](https://doi.org/10.18601/01229893.n41.11). Disponible en:
<https://www.redalyc.org/jatsRepo/3376/337657562011/html/index.html>

Torre, V. (2020). Responsabilidad civil de los funcionarios públicos por el uso indebido de la deuda pública. *IUS Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla AC*, 14.
<https://www.redalyc.org/journal/2932/293265423016/>

- Ulloa, L. F. (2018). Otra mirada a la responsabilidad del Estado frente al lavado de activos y la captación masiva y habitual de dineros del público. *IUTSA*.
<https://www.redalyc.org/journal/5603/560360439002/>
- Valdivia, J. M. (2006). Teoría del órgano y responsabilidad pública en la Ley de Bases de la administración del Estado. *Revista de Derecho*, 19.
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000200007
- Velasco, D. (2014). Fundamentos de la responsabilidad del Estado y del funcionario. *Revista de Derecho de La Universidad de Montivideo*, 7, 95–123. <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2014/10/Velasco-Fundamento-de-la-Responsabilidad-del-Estado-y-del-Funcionario.pdf>
- Vélez, H. (2015). La responsabilidad jurídica: una aproximación al concepto, relación con otros conceptos jurídicos fundamentales y su funcionamiento. *Revista de La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UPB*, 45, 127–151.
<http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v45n122/v45n122a06.pdf>
- Villa, Juan David, & Londoño Díaz, Daniela, & Barrera Machado, Daniela (2015). Reparación a las víctimas de dictaduras, conflictos armados y violencia política en sus componentes de compensación, satisfacción, rehabilitación y no repetición... el ágora usb, 15(1),217-240. [fecha de Consulta 25 de abril de 2020]. ISSN: 1657-8031. Disponible en:
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=4077/407747671012>
- Yáñez, Diego, & Pabón –Giraldo, Liliana, & Santos –Ibarra, Jennifer (2019). Orden de condena de perjuicios en abstracto en la acción de tutela: subreglas en su inaplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista Derecho del Estado*, [fecha de consulta

25 de abril de 2020]. DOI: [10.18601/01229893.n42.12](https://doi.org/10.18601/01229893.n42.12). Disponible en:
<https://www.redalyc.org/jatsRepo/3376/337659164012/html/index.html>.

Zárate, A. (2016). Editorial. *Revista Digital de Derecho Administrativo Universidad Externado de Colombia*.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4756/5674#:~:text=La>
idea de los orígenes, para la prestación de un servicio.

Libros.

Arrets, G. (2017). *Jurisprudencia Administrativa del Consejo del Estado Francés*. (21st ed.).

NIPO AEBOE. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-86_2

Castillo, B. (2013). *Teorías y responsabilidades del Estado*. Océano.

Diez, M. (n.d.). *Responsabilidad del Estado por actos legislativos*.

https://www.ancmyp.org.ar/user/CONTINUACION-ANALES/44_TOMO II.PDF

Echandía, H. D. (2019). *Teoría General de la Prueba Judicial* (V. P. de Zabalía (Ed.); Tercera).

Alberti 835. Tomo I

Echandía, H. D. (2019). *Teoría General de la Prueba Judicial* (V. P. de Zabalía (Ed.); Tercera).

Alberti 835. Tomo II

Fierro, A. (2017). *Responsabilidad de los servidores públicos del castigo a la confianza*

(Primera).

https://books.google.com.ec/books?id=HCITDwAAQBAJ&pg=PT6&hl=es&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false

Gil, E., & Rincón, J. (2017). *La responsabilidad patrimonial del servidor público*.

<https://books.google.com.ec/books?id=rIE-DgAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=derecho+a+la+repeticion&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwjAm9aGgc7yAhUHRjABHR4dCxMQ6AEwB3oECAQQAg#v=onepage&q&f=false>

Gordillo, A. (2013). *Tratado del derecho administrativo y obras selectas* (Segunda Ed).

https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/tomo8.pdf

López, R. (2008). *Pequeño diccionario Jurídico Elemental* (Primera). Aplicaciones Gráficas.

Macías., M. del R., Puente, G., & Cabrera, N. (2016). El debido proceso en el procedimiento de responsabilidad administrativa del servidor público. In *El debido proceso Una visión teórica Tomo II* (pp. 95–111). Tirant Lo Blanch.

file:///C:/Users/G/Downloads/1._La_oblitaoriedad._pag._59-74-with-cover-page-v2.pdf

Patiño, R., & Pozo, T. (2009). *Léxico Jurídico Tributario* (Segunda). Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario.

Quevedo, René (2010). Derecho de repetición. Corporación de Estudios y Publicaciones:

Guayaquil. Recuperado de: <https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/08/derecho-de-repeticion.pdf>

Ruiz, W. (2011). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Bogotá: Ecoe.

Ruiz, W. (2016). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes* (Tercera). ECOE Ediciones.

<https://books.google.com.ec/books?id=t6UwDgAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=libros+sobre+la+responsabilidad+del+Estado&hl=es->

419&sa=X&ved=2ahUKEwip7af845ryAhVkJDQIHRFUAlwQ6AEwAHoECAYQAg#v=onepage&q=libros sobre la responsabilidad del Estado&f=false

Santofimio, J. (n.d.). *Responsabilidad del Estado por actividad judicial*.
<https://books.google.com.ec/books?id=jfUeDgAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=historia+de+la+responsabilidad+del+Estado&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwix5fp4rHyAhWvTTABHRThBHE4ChC7BTAGegQIAxAH#v=onepage&q&f=false>

Publicaciones.

Alzate, J. (2017). La acción de repetición. *Procuraduría General Del Estado*.
http://www.pge.gob.ec/images/2017/casos/seminarios/ponencias/Accion_de_Repeticion_final.pdf

Castelli, L. (2014). *Código Civil y Comercial: teoría del riesgo provecho*. Marval O´farrell Mairal.
<https://www.marval.com/publicacion/codigo-civil-y-comercial-teoria-del-riesgo-provecho-11873>

Estos son los presupuestos constitucionales para la aplicación de la acción de repetición.
(2021). Legis Ámbito Jurídico.

Evolución histórica de la responsabilidad estatal. (2005). Prensa Cajar.
<https://www.colectivodeabogados.org/historia-de-la-responsabilidad-estatal/>

García, J. (2017). Acción de repetición. *Derecho Ecuador.Com*.
<https://www.derechoEcuador.com/accion-de-repeticion>

García, R. (2005). *La responsabilidad contractual*. Derecho Ecuador.Com.
<https://www.derechoEcuador.com/la-responsabilidad-contractual>

Hernández, R., & Bolívar, J. (2017). *¿Cuáles son las deficiencias de la acción de repetición frente a la buena gestión que debe adelantar la administración pública?*
<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2024/Hernandezrosa2017.pdf?seque>

Ojeda, Á. (2016). La responsabilidad objetiva del Estado en la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia. *Boletín Institucional Corte Nacional de Justicia*, 25, 10–17.
<https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/binstitucional/boletincnj025.pdf>

Procuraduría General del Estado ecuatoriano. (2020). *Tres casos emblemáticos donde se aplica la acción de repetición*. Boletín de Prensa.
http://www.pge.gob.ec/images/2020/boletines/bp31/BP31_Tres_casos_emblematicos_en_que_se_aplica_la_accion_de_repeticion_02.pdf

Quevedo, R. (2010). *Derecho de Repetición*. 208. <https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/08/derecho-de-repeticion.pdf>

Rivas, M. (2003). Las responsabilidades de los servidores públicos y terceros. *Derecho Administrativo*.

Salcedo, Ernesto. (2020). Teoría General del Proceso. Recuperado de:
<https://es.slideshare.net/neantohi/procesos-de-conocimiento-y-de-ejecucin#:~:text=Los%20procesos%20de%20conocimiento%20tienen,ejecutivo%20con%20fuerza%20de%20ejecutivo>

Normas y Sentencias.

Caso 17811-2013-15969, (2013).

Código Orgánico Administrativo, (2017).

Código Orgánico de la Función Judicial, (2009).

Constitución del Ecuador, Pub. L. No. Decreto Legislativo 0 (2008).

Ley 678, (2001). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/Ley_0678_2001.html

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, (2009).

https://www.ces.gob.ec/lotaip/Anexos_Generales/a2/Reformas_febrero_2020/LEY

ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL.pdf

Ley Orgánica de Servicio Público, (2010).

Resolución 1070-2016, (2016).

Sentencia 02091 de 2018 Consejo de Estado, (2018).

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=85860>

Sentencia 0541-2009, (2009). <https://vlex.ec/vid/-412506362>

Tesis

Campbell, Fanny (2016). Incidencia de la inacción del derecho de repetición sobre las sentencias de la CIDH contra el Estado ecuatoriano. (Proyecto de titulación de posgrado Universidad Católica Santiago de Guayaquil). Guayaquil Ecuador. Recuperado de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/5965/1/T-UCSG-POS-MDC-59.pdf>

Espín, C. (2015). *La responsabilidad del Estado y el ejercicio del derecho a la repetición*. [Universidad San Francisco de Quito]. <https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/6187/1/127442.pdf>

Herrera, Johanna (2016). La acción de repetición en la legislación ecuatoriana. (Tesis posgrado Universidad Andina Simón Bolívar). Quito Ecuador. Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4876>.

López, R. (2004). *La responsabilidad patrimonial del Estado hasta antes de la reforma constitucional de 2002*. Universidad Autónoma de México.

Muller, C. (1978). *La responsabilidad extracontractual del Estado* [Universidad del Salvador]. <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/1004b9f7434d5ff106256b3e006d8a6f/67142fe620fbcc5406256b3e00747b36?OpenDocument>.

Rengel, P. (2017). *El ejercicio del derecho de repetición del Estado frente a los funcionarios públicos*. [Universidad Andina Simón Bolívar]. [https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5818/1/T2386-MDE-Rengel-El ejercicio.pdf](https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5818/1/T2386-MDE-Rengel-El%20ejercicio.pdf)