

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

**MAESTRÍA EN DERECHO
MENCION EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRESTACION
DEFICIENTE DE SERVICIOS PUBLICOS O POR LOS ACTOS DE
SUS FUNCIONARIOS Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE
REPETICION**

AUTOR

DR. HERNAN ESTUARDO SALTOS ALVAREZ

2007

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de este trabajo un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Dr. Hernán Saltos Alvarez

Quito, 28 de junio de 2007.

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

**MAESTRIA EN DERECHO
MENCION EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRESTACION
DEFICIENTE DE SERVICIOS PUBLICOS O POR LOS ACTOS DE
SUS FUNCIONARIOS Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE
REPETICION**

AUTOR

DR. HERNAN ESTUARDO SALTOS ALVAREZ

TUTOR

DR. GENARO EGUIGUREN VALDIVIESO

2007

RESUMEN

El tema materia de esta tesis comprende cuatro partes: (i) La realización de un análisis conceptual, doctrinario y jurídico del servicio público, las condiciones para su prestación y sus características principales. (ii) La responsabilidad del Estado frente a los particulares en la dotación de servicios públicos: regulación, control y vigilancia; y, la obligación indemnizatoria del Estado por la prestación deficiente de servicios públicos. (iii) La acción de repetición, dificultad legal para ejercerla y el análisis del proyecto de Ley presentado al Congreso Nacional. (iiii) El análisis comparativo con legislaciones extranjeras y, finalmente, el resultado de la investigación de los fallos que sobre la materia han expedido los tribunales de justicia de la República.

Si bien la pregunta central de este estudio se remite a la dificultad de ejercer el derecho de repetición previsto en la Constitución por la ausencia de un marco legal procedimental, considero necesario señalar que el enfoque general del estudio del derecho de repetición en el Ecuador, así como el análisis del proyecto de Ley presentado por iniciativa del Procurador General del Estado al Congreso Nacional, y el ensayo sobre legislación comparada; constituyen un trabajo inédito sobre esta materia; por tanto, reviste singular importancia desde el punto de vista académico, debiendo resaltar que complementariamente a la investigación positivista, el trabajo se respalda doctrinariamente, recurriendo al aporte teórico sustentado por varios connotados tratadistas como Bielsa, García de Enterría, Díez, Marienhoff y otros que se señalan en la bibliografía.

DEDICATORIA

A mi esposa Rosa Mercedes, por su apoyo moral, intelectual y profesional.

A mis compañeras y compañeros de aulas que laboran en la Procuraduría General del Estado con quienes a base de sacrificio y entrega logramos llegar al final de este nuevo reto académico.

AGRADECIMIENTO

Al señor doctor Genaro Eguiguren Valdivieso, ilustre catedrático de la Universidad Andina Simón Bolívar, en reconocimiento a la excelencia y a su calidad humana.

TABLA DE CONTENIDOS

TEMA: LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRESTACIÓN DEFICIENTE DE SERVICIOS PÚBLICOS O POR LOS ACTOS DE SUS FUNCIONARIOS Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE REPETICIÓN.

INTRODUCCIÓN.....7,8

CAPÍTULO I

1.1 NOCIÓN CONCEPTUAL Y DOCTRINAL DE SERVICIO PÚBLICO.....9,10,11,12,13,14,15

1.2 CONDICIONES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: EFICIENCIA, RESPONSABILIDAD, UNIVERSALIDAD, ACCESIBILIDAD, CONTINUIDAD Y CALIDAD.....16,17,18,19,20,21,22,23,24,25,26,27,28,29,30

CAPÍTULO II

2.1 LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LOS PARTICULARES EN LA DOTACION DE SERVICIOS PÚBLICOS: REGULACIÓN, CONTROL Y VIGILANCIA.....31,32,33,34

2.2 OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA POR PARTE DEL ESTADO POR LA PRESTACIÓN DEFICIENTE DE SERVICIOS PÚBLICOS.....35,36,37,38,39

CAPÍTULO III

3.1 LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.....40,41,42,43,44,45,46,47,48,49

3.2 DIFICULTAD PARA EJERCERLA50,51,52,53,54,55

3.3 ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR.....56,57,58

CAPÍTULO IV

4.1 ANÁLISIS COMPARATIVO CON LEGISLACIONES EXTRAJERAS QUE REGULAN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE REPETICIÓN.....59,60,61,62,63,64

4.2 INVESTIGACIÓN DE FALLOS DICTADOS POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DEL ECUADOR SOBRE EL DERECHO DE REPETICIÓN PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.....65

- CONCLUSIONES.....66

- RECOMENDACIONES.....67

- BIBLIOGRAFIA.....68,69,70

- ANEXOS

INTRODUCCIÓN:

Una de las causas de mayor desorden y más graves consecuencias en el funcionamiento de la administración pública en el país, es la irresponsabilidad de los servidores públicos en el desempeño de sus cargos, lo cual deviene en la obligación de las instituciones del Estado de indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen, como consecuencia de la prestación deficiente de servicios públicos o de los actos de los empleados o funcionarios públicos.

Lo anterior está recogido por nuestra Constitución Política, misma que en su Art. 20 establece todo un régimen de responsabilidad administrativa, según el cual, el Estado responderá patrimonialmente por los daños que le sean imputables, causados por la acción u omisión de los funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos. Asimismo, la Carta Fundamental establece el deber del Estado para repetir contra el funcionario o empleado que haya causado los perjuicios por efecto de su conducta gravemente dolosa o culposa.

Si bien el inciso tercero del Art. 18 de la Constitución Política de la República señala que no podrá alegarse falta de Ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en la Carta Magna, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos; hay que advertir que, en la práctica la falta de una ley que determine el procedimiento para hacer efectivo el derecho de repetición, vuelve inaplicable el ejercicio de esta acción prevista en el Art. 20 de la Constitución; de ahí que se justifica plenamente el análisis del tema materia de esta tesis,

con el que espero presentar un aporte significativo para los estudiosos del derecho.

En un país infestado por la corrupción, lo menos que se puede aspirar es que la Función Legislativa ejerza el poder de policía legislativa en el sentido de regular mediante Ley el derecho de repetición reconocido en la Constitución, elaborando un instrumento para combatir la descomposición administrativa, que propenda a la moralización y a la eficiencia de la función pública y que genere un efecto preventivo sobre la actuación de los servidores públicos, sin perjuicio del fin retributivo económico que cumpliría hacer efectivo el citado derecho de repetición.

CAPITULO I

1.1 NOCION DOCTRINAL Y CONCEPTUAL DE SERVICIO PUBLICO.

El concepto de servicio público nació y floreció en Francia, como una actividad de determinado tipo realizada por la administración pública en forma directa o indirectamente a través de concesionarios y fue la noción que sirvió de base para la construcción del viejo Derecho Administrativo¹. Posteriormente, este concepto fue perdiendo importancia, hasta quedar restringido al mostrarse como un régimen jurídico especial en determinado tipo de actividad.

Actualmente la tendencia conceptual de servicio público tiende a definirlo como toda actividad directa o indirecta de la administración pública, cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por el propio Estado y cuyo objetivo es la satisfacción de las necesidades colectivas por un procedimiento de derecho público; es decir, un régimen a través del cual se satisfacen las necesidades colectivas que se caracteriza por la subordinación de los intereses privados al interés general.

En consecuencia, el objeto o finalidad del servicio público es satisfacer una necesidad pública, o necesidad de interés público que significa la suma de las necesidades individuales; no presupone necesariamente que todos los individuos de la sociedad deben tenerla, sino que sólo una mayoría de ellos la tiene².

¹ Gordillo Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, FDA. 2006, Cap. VI.

² Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho Administrativo, Tomo III, TEA, Buenos Aires, 1951, pag.51.

Existen criterios antagónicos con relación a la noción conceptual de “servicio público”; sin embargo, creo importante resaltar dentro de esta investigación dos corrientes doctrinarias, las cuales han centrado su análisis en la diferenciación que existe entre quien es el **prestador** del servicio público y la **necesidad** que con el mismo se satisfaga.

La concepción orgánica de servicio público define o conceptualiza al servicio público en función del ente o persona que lo presta o realiza. Obviamente, esta corriente doctrinaria ha tenido una clara evolución, pues en un principio únicamente se consideraba que los órganos estatales estaban en capacidad de satisfacer servicios públicos, mas la evolución conceptual de esta corriente ha concluido en que el servicio público puede ser también atendido por entes o personas privadas como así ocurre en el caso de los concesionarios. Al respecto, el tratadista Miguel S. Marienhoff señala: “*cuando en esta materia se habla de criterio orgánico se entiende referir al que solo considera servicio público la actividad satisfecha por la Administración Pública directamente por sí o indirectamente por intermedio de concesionarios*”³

La concepción orgánica, brevemente reseñada en las líneas anteriores, tiene como opuesta a la concepción “**funcional**”, conocida también como sustancial o material que define al servicio público basada en la naturaleza o características de la **necesidad** que se satisfaga. Por tanto para quienes comparten esta corriente funcional habrá servicio público tanto en el evento

³ Marienhoff Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Tercera Edición Actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pag. 20.

que lo preste o satisfaga la administración pública, directa o indirectamente, como en el caso que lo presten los particulares o administrados, **siempre y cuando se satisfaga una determinada necesidad que reúna ciertos caracteres**. Es decir para esta corriente funcional el elemento “*público*” de la expresión “*servicio público*” no se refiere al ente o persona que lo realiza o presta, sino que está referido al destinatario de dicho servicio que no es otro que el público en general.

Las corrientes orgánica y funcional nos llevan a advertir la existencia de servicios públicos propios e impropios. Los servicios públicos propios son aquellos que presta o debe prestar el Estado directamente o por concesionario. Los servicios públicos impropios, si bien tienen en común con los anteriores que están orientados a satisfacer en forma más o menos continua necesidades colectivas; no obstante, en este caso, no es el Estado quien los presta, sino que únicamente los regula.

Según la doctrina orgánica, de hecho, no pueden existir servicios públicos impropios, pues para ésta corriente, únicamente el Estado directa o indirectamente es el prestador de servicios públicos. Frente a este criterio, existen múltiples tratadistas de Derecho Administrativo que, por el contrario, aceptan la coexistencia de servicios públicos propios con servicios públicos impropios, considerando a éstos últimos como aquellos que constituyen “*una actividad privada situada entre la actividad pública y el comercio privado puro y*

simple, lo cual le atribuye caracteres singulares que justifican un correlativo tratamiento jurídico”⁴

El experto administrativista Rafael Bielsa en su obra “Derecho Administrativo” señala, al referirse al concepto de servicio público, lo siguiente: **“El concepto de servicio público prácticamente se ciñe al de servicio propio. Es servicio público propio, toda acción o prestación (diferenciase desde luego, la acción de la prestación) realizada por la Administración Pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía”⁵**

Conviene en este punto, aprovechando la transcripción textual de la definición dada por el tratadista Bielsa, resaltar aquellas características que debe cumplir la *necesidad* a satisfacerse para que se configure efectivamente la existencia de un servicio público. La mayoría de expositores coinciden al respecto en el sentido que la necesidad o interés que se satisfaga debe ser de carácter general; entendiendo por tal una suma apreciable de concordantes intereses individuales. Sin embargo la determinación de este carácter de generalidad resulta una tarea muy difícil ya que es una cuestión circunstancial que depende del país que se trate, del grado de evolución de dicho país, de sus costumbres, de su ambiente físico y social. *“La determinación de cuándo se*

⁴ Marienhoff Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Tercera Edición Actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pag 26

⁵ Bielsa Rafael, Derecho Administrativo, Tomo I, Sexta Edición, La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora, Buenos Aires, 1980, pags. 462 y 463.

está en presencia de una actividad de “interés” general es, pues, una cuestión contingente, circunstancial o imprecisa”⁶.

Un segundo elemento importante para concluir que existe un servicio público en estricto sentido es la presencia de **un régimen jurídico especial**. Lógicamente el imperio de este régimen jurídico especial es concordante con los principios que rigen la doctrina orgánica, pues para ésta, al ser el Estado el único ente llamado a prestar servicios públicos, resulta evidente que se estará en presencia de un servicio público si éste se halla asistido, protegido por el imperium de la ley y del poder de policía; v.g.: la administración de justicia, los servicios de seguridad exterior e interior, agua potable, energía eléctrica, transporte público. No obstante, este criterio excluiría la posibilidad de que existan los servicios públicos impropios, de ahí que no resulte adecuado, desde mi particular punto de vista, coincidir totalmente, con la corriente orgánica, pues la experiencia a nivel mundial ha corroborado extensamente la vigencia de los servicios públicos impropios, es decir aquellos que si bien por su naturaleza no derivan de un acto estatal expreso o de un hecho o acto de la Administración Pública, no por eso dejan de tener el alcance y contenido de un servicio público en función de la satisfacción de una real necesidad de carácter general, v.g.: servicio de automóviles de alquiler, actividad de los proveedores de artículos de primera necesidad en las ciudades.

De otra parte, el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual del Profesor Guillermo Cabanellas define al servicio público como el concepto capital del

⁶ Marienhoff Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Tercera Edición Actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pag. 34

Derecho Público y Administrativo que ha de satisfacer una necesidad colectiva por medio de una organización administrativa o regida por la administración pública.

Autores como Sarmiento García⁷ sostienen que el concepto de servicio público además de no haberse perfilado ni sumariamente por la legislación, constituye uno de los más imprecisos dentro del derecho público, “pudiendo afirmarse que los conceptos de servicio público son tantos como autores se han ocupado del mismo”. Empero este mismo autor, propone una definición descriptiva de servicio público que complementa los conceptos parciales de otros tratadistas, entendiéndolo por tal a la **“actividad administrativa desarrollada por entidades estatales o por su delegación, que tienen por finalidad satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva, mediante prestaciones materiales en especie, periódicas y sistemáticas, que constituyen el objeto esencial de una concreta relación jurídica con el administrado y asegurada por normas y principios que tienden a dar prerrogativas de derecho público a quien la cumple para permitirle la mejor satisfacción de las necesidades colectivas.”**

En conclusión, servicio público no es meramente un concepto jurídico; es ante todo un hecho, una realidad; de ahí que las declaraciones de cualquier autoridad pública manifestando que tal o cual actividad constituye un servicio público no tendrían ninguna trascendencia y no pasarían de ser simples

⁷Sarmiento García Jorge H, Los Servicios Públicos, revista Mundo Jurídico, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1994, pag. 67.

declaraciones, en tanto no exista de por medio una real y efectiva satisfacción de una necesidad de interés general.

Una vez delimitada, sino completamente al menos razonablemente, la noción conceptual de servicio público resulta imperativo, como corolario del análisis precedente, pasar a referirnos a los rasgos más importantes de los servicios públicos:

- a)** Tanto para la doctrina orgánica como para la funcional o material, todo servicio público debe ser prestado bajo un criterio técnico gerencial y con cuidadosa consideración a las funciones del proceso administrativo: planificación, coordinación, dirección, control y evaluación;
- b)** El servicio público debe funcionar de manera permanente, es decir en forma regular y continua para que pueda satisfacer necesidades de las comunidades por sobre los intereses de quienes los prestan;
- c)** La prestación del servicio público no puede perseguir como principal propósito el lucro, en otras palabras, el interés de la colectividad prevalece respecto del interés del prestador del servicio, ya sea éste persona, organismo, entidad pública o privada.
- d)** El servicio público generalmente es prestado por un organismo público, mas su prestación puede ser realizada por particulares bajo la autorización, control, vigilancia y fiscalización del Estado, con estricto apego al ordenamiento jurídico.

1.2 CONDICIONES PARA LA PRESTACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS: EFICIENCIA, RESPONSABILIDAD, UNIVERSALIDAD, ACCESIBILIDAD, CONTINUIDAD Y CALIDAD

El servicio público tiene ciertas características que son inherentes a su propia naturaleza y sin la presencia de éstas su noción conceptual quedaría desvirtuada.

Estos caracteres integran lo que podría denominarse el “*sistema jurídico*” de los servicios públicos o el “*status jurídico*” de los servicios públicos, de ahí que todo aquello que atente a tal sistema o status se considera ajurídico o contrario a derecho; así por ejemplo la ilicitud de la huelga en la prestación de servicios públicos ó la ilicitud de una caprichosa negativa a brindar un servicio a una o varias determinadas personas.

La doctrina en general reconoce varios caracteres del servicio público: continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad. Algunos expositores suelen hablar indistintamente de uniformidad o igualdad; y de generalidad o universalidad.

Otros tratadistas, como es el caso del administrativista Miguel Marienhoff, identifican entre los caracteres fundamentales o esenciales del servicio público a la obligatoriedad al punto de llegar a afirmar que “*De nada valdría decir que*

*el servicio público debe ser continuo, regular, uniforme y general, si quien debe prestarlo realizarlo no estuviere “obligado” a hacerlo”.*⁸

El inciso segundo del Art. 249 de la Constitución Política de la República, señala lo siguiente: “El Estado garantizará que los servicios públicos prestados bajo su control y regulación, respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad continuidad y calidad; y velará para que sus precios o tarifas sean equitativos”.

Analizaremos a continuación, en forma más detenida, los principales caracteres del servicio público.

EFICIENCIA.- La eficiencia en la prestación de servicios públicos constituye la capacidad para lograr un fin empleando los mejores medios posibles que, en condiciones ordinarias, propende a la optimización; la eficiencia de la prestación del servicio público, depende de seguir estrictamente los lineamientos de la planificación, pero es conocido que la planificación debe ser flexible, pues existen variables influyentes, especialmente las del entorno que producen cambios que de no poderse actuar en ellos podrían conducir al fracaso, a una prestación deficiente del servicio público.

En resumen, la eficiencia en el servicio público, no significa simplemente el logro de la prestación del servicio, sino de hacerlo con los mínimos costos económicos y sociales, propendiendo siempre a la “buena calidad” o “excelencia” del servicio.

⁸ Marienhoff Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Tercera Edición Actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pags. 62 y 63.

RESPONSABILIDAD.- La responsabilidad del Estado en la dotación de servicios públicos, alude a las obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos a los prestadores de los servicios con el fin de garantizar la consecución de determinados objetivos de interés público. La Constitución Política de la República determina que será de responsabilidad del Estado, la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar.

UNIVERSALIDAD O GENERALIDAD. La universalidad o generalidad es asimismo otro carácter reconocido por la doctrina que significa que todos los habitantes tienen derecho a usar los servicios públicos de acuerdo con las normas que regulan a éstos.

Esto quiere decir que el servicio público es para todos, no para determinada persona. Todos los habitantes tienen derecho al servicio con arreglo a la Ley y a los reglamentos que lo regulan. Esta característica de generalidad del servicio público, puede estar condicionado con la utilización necesaria del servicio por los administrados, cuando el orden jurídico así lo establezca. Verbigracia: El servicio de recolección de basura, no sólo es general sino obligatorio. Así lo establece la respectiva Ordenanza Municipal.

La generalidad implica que el servicio público puede ser exigido y usado por todos los habitantes y el Estado optará por medidas de acción positiva que

garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato en lo concerniente a los usuarios del servicio.

ACCESIBILIDAD.- El concepto de accesibilidad, en mi opinión, se circunscribe, en lo principal, a considerar que un servicio público de interés general debe prestarse u ofrecerse a un precio asequible de manera que sea accesible para todos. Es importante resaltar que la aplicación de este principio de accesibilidad promueve o contribuye a la cohesión económica y social de una población.

No es posible determinar los criterios que deben utilizarse o tomarse como referentes para definir qué se entiende por precios asequibles. Esta definición va a depender de las condiciones particulares y coyunturales de cada Estado; estos criterios podrían fijarse por ejemplo tomando en cuenta el precio de una canasta de servicios básicos en relación con la renta disponible de ciertas categorías de clientes; se debería igualmente tomar en cuenta a las necesidades y capacidades de los grupos marginales y vulnerables.

En todo caso, lo más importante desde mi punto de vista, es que una vez establecido un nivel de accesibilidad, el Estado garantice su cumplimiento, estableciendo mecanismos de control de precios eficientes, lo cual permitirá incluso focalizar determinadas subvenciones a favor de las personas indigentes.

La accesibilidad es una noción relativa y contextual por lo que resulta una tarea muy compleja el definirla, pues depende mucho del alcance y contexto del cuestionamiento.

Resulta también importante puntualizar que, tratándose de servicios públicos, no es posible explicar esta condición de accesibilidad sin referirse a la comunidad de discapacitados, pues justamente esta comunidad ha contribuido a nivel mundial al desarrollo de la noción de accesibilidad, de ahí que podamos afirmar que un servicio público es asequible cuando es fácil de ser usado, visitado o accedido en general por todas las personas, especialmente por aquellas que poseen algún tipo de discapacidad.

Sin restar importancia a la definición expresada en el párrafo precedente es igualmente oportuno añadir que la accesibilidad puede ser también conceptualizada en función de los intereses o necesidades de una determinada comunidad o localidad; así por ejemplo, para ciertos ámbitos, la accesibilidad puede estar referida a la conectividad, para otros a los medios económicos, a la infraestructura, a los medios cognitivos y a la educación.

CONTINUIDAD.- Los servicios públicos de interés general deben garantizar una prestación ininterrumpida de los mismos, dado que la continuidad del servicio contribuye a la *eficiencia* del servicio y a la satisfacción efectiva del requerimiento público, todo lo cual permitirá, además, disponer en forma *oportuna* del servicio esperado.

Cabe agregar que el carácter de continuidad depende en gran medida de la necesidad que se quiera satisfacer. Desde esta perspectiva la doctrina diferencia entre la continuidad absoluta y relativa. Los servicios de carácter permanente o constante requieren una continuidad absoluta, tal por ejemplo el servicio de agua potable o el de energía eléctrica. Por el contrario, en los servicios de carácter intermitente la continuidad es relativa, así ocurre verbigracia con el servicio de bomberos o el servicio de instrucción primaria que no se presta todo el año sino tan solo una parte de él.

En este punto, es necesario advertir que algunos tratadistas suelen hablar indistintamente de continuidad y regularidad; empero, debe aclararse que este carácter de regularidad significa que el servicio público debe prestarse de acuerdo con la reglamentación vigente; la regularidad se vincula con la regulación técnica del servicio mismo.

La regularidad como característica del servicio público significa que éste debe ser prestado con sujeción a reglas, normas positivas o condiciones preestablecidas.

“Regularidad quiere decir conformidad a reglas y condiciones preestablecidas, lo cual es un insalvable pleonasma”.⁹

Por tanto, no debe confundirse continuidad con regularidad, ya que continuo es lo que funciona sin interrupción, mas regular es lo que funciona

⁹ Gordillo Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, FDA. 2006, Cap. VI.

acompañadamente, siguiendo un ritmo. Por ejemplo el servicio de ferrocarriles es un servicio que funciona en forma continua, pero a la vez en forma regular pues está supeditado a la observancia de estrictos controles y horarios preestablecidos.

Si una anomalía funcional “traba los servicios, es necesario entonces restablecer la continuidad y la regularidad de ellos y poner término a la anarquía y a la arbitrariedad. Para impedir esto el poder público interviene. En ciertos casos debe extenderse la acción del Estado hasta coordinar los servicios públicos, cuando el interés general lo justifica.”¹⁰

Este carácter de continuidad podría considerarse que únicamente favorece o beneficia al usuario; sin embargo la práctica ha demostrado que la continuidad redundaría definitivamente en beneficio del proveedor del servicio, por lo que, en la gran mayoría de legislaciones, no ha sido necesario imponer legalmente a los operadores de servicios una obligación de continuidad. No obstante este carácter de continuidad ha llevado a la mayoría de países a *“encontrar la forma de conciliar este requisito con el derecho de huelga de los trabajadores y con el respeto del Estado de Derecho”¹¹.*

Pero no solo la huelga de los trabajadores atenta contra este carácter de continuidad de servicio público, el mismo efecto ocasiona el paro de los trabajadores. La huelga al suspender al suspender la actividad pertinente,

¹⁰ Bielsa Rafael, Derecho Administrativo, Tomo I, Sexta Edición, La Ley Sociedad Anónima, Editora e Impresora, Buenos Aires, 1980, pag. 466.

¹¹ Rubio Luis A., Seminario Internacional Asociación Público Privada para la Provisión de Servicios de Infraestructura “Conceptualización y formas de financiamiento”, Río de Janeiro, 2003, pag. 18

paraliza la prestación del servicio público; por esta razón la doctrina fomenta la prohibición del derecho de huelga en materia de servicios públicos y de ahí que numerosas Constituciones se ocupan de la huelga restringiendo o al menos limitando este derecho. Al respecto, la Constitución Política de la República del Ecuador, en el artículo 35, número 10 dispone:

“Se reconoce y garantiza el derecho de los trabajadores a la huelga y el de los empleadores al paro de conformidad con la ley’.

‘Se prohíbe la paralización, a cualquier título, de los servicios públicos, en especial los de salud, educación, justicia y seguridad social; energía eléctrica, agua potable y alcantarillado; procesamiento, transporte y distribución de combustibles; transportación pública, telecomunicaciones. La ley establecerá las sanciones pertinentes.’”

La expresada prohibición a la paralización de los servicios públicos en nuestro país, lejos de implicar una restricción de la libertad individual, refleja una restricción que se impone como lógica aplicación del principio de continuidad inherente al sistema jurídico que rige los servicios públicos.

No está por demás señalar que la norma constitucional en ciernes, constituye lo que en el argot jurídico ecuatoriano se denomina “letra muerta”, puesto que no se la cumple. Trabajadores de la salud, incluidos médicos, odontólogos, obstetras, enfermeras, etc.; profesores; empleados de la administración de justicia; trabajadores del Seguro Social; trabajadores de las empresas eléctricas; trabajadores de las empresas de agua potable y alcantarillado;

trabajadores y empleados de Petroecuador; distribuidores de combustibles; choferes; propietarios de vehículos que prestan el servicio de transporte público; trabajadores de las empresas de telecomunicaciones; etc. etc. , continuamente y sin ningún reparo, paralizan los servicios públicos que prestan, siempre exigiendo “conquistas salariales” o la derogatoria de normas de regulación y control, sin que se hayan aplicado las sanciones que prevé la Ley; todo lo contrario, los gobernantes de turno, se han visto obligados a suscribir ciertos “convenios” absurdos e ilegales con los “paralizados” comprometiendo recursos del presupuesto estatal para atender sus demandas a fin de lograr que los trabajadores, empleados o asociaciones gremiales (vg. Los distribuidores de combustibles) depongan la medida de hecho.

CALIDAD.- La definición, supervisión y ejecución de los requisitos en materia de calidad se ha convertido en uno de los elementos claves de la regulación de los servicios de interés general por parte de las autoridades públicas, es decir por el Estado.

En cuanto a calidad cabe señalar que en la gran mayoría de países, incluso aquellos en los cuales se ha implantado una corriente liberal, no se ha dejado el mantenimiento y el desarrollo de la calidad de los servicios únicamente en manos de las fuerzas del mercado. Por esta razón, en casi todas las comunidades, Estados, circunscripciones territoriales, existe una legislación comunitaria básica que define, condiciones en materia de calidad de los servicios de interés general, por ejemplo aspectos relacionados con la

seguridad, exactitud y la transparencia de la facturación, la cobertura territorial y la protección contra la interrupción del servicio.

Asimismo, en la gran mayoría de los Estados, sobre todo aquellos con cierto grado de desarrollo, existe para el poder público la exigencia de supervisar y garantizar el cumplimiento de las normas de calidad; e incluso el deber de informar sobre el cumplimiento de tal condición y sobre el rendimiento efectivo de los operadores de servicios.

Nuestro país recientemente se incorpora a esta corriente mundial tendente a la regulación y control de la calidad los bienes y servicios de interés general. En el Suplemento del Registro Oficial No. 26 de 22 de febrero de 2007, se publicó la **“Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad”** a través de la cual se declara como política de Estado la demostración y la promoción de la calidad en los **ámbitos público y privado**, como un factor fundamental y prioritario de la productividad, competitividad y del desarrollo nacional.

En dicho cuerpo legal, se establecen como principios rectores del sistema ecuatoriano de calidad, la equidad, la equivalencia, la participación, la excelencia y la información. Dentro del ámbito de aplicación de dicha Ley, están todos los bienes y servicios, nacionales o extranjeros, que se produzcan, importen y comercialicen en el país, según corresponda, a las actividades de evaluación de la conformidad y a los mecanismos que aseguran la calidad así como su promoción y difusión.

Igualmente es importante destacar que el cuerpo legal en ciernes, se remite a los estándares internacionales de calidad y se reconocen las definiciones que constan en las Normas ISO 17000, el Vocabulario Internacional de Metrología VIM y las definiciones que se reconocen en el Acuerdo de Barreras Técnicas al Comercio, OTC de la Organización Mundial de Comercio OMC.

Finalmente, y pese a que nuestra Constitución no se refiere a la UNIFORMIDAD como característica principal para la prestación de servicios públicos, por la importancia que reviste este principio desde el punto de vista doctrinario, me referiré al mismo en este trabajo.

La uniformidad o igualdad constituye otro carácter esencial del servicio público y se traduce en que todos los habitantes en igual situación tienen derecho a exigir y recibir el servicio en igualdad de condiciones. No obstante cabe aclarar que en situaciones desiguales se justifica una prestación del servicio sujeta a normas o condiciones distintas; verbigracia: los abonados de guía telefónica que quieren un resaltado especial deben pagar una tarifa más costosa que aquellos que figuran en condiciones normales.

Esta característica resulta de la aplicación en el ámbito del servicio público, del principio consagrado en el número 3 del Art. 23 de nuestra Constitución Política que determina que todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación de ninguna naturaleza; por tanto, el servicio público debe prestarse en igualdad de condiciones, pero ello no impide que se establezcan diversas categorías de

usuarios, siempre que se dé el mismo tratamiento a todos los que estén en la misma situación como usuarios del servicio público.

El principio de uniformidad, en lo concerniente al usuario, se aplica tanto a las cargas del servicio como a sus beneficios. La tarifa, tasa o precio del servicio debe ser igual para todos los usuarios que se encuentren en igualdad de condiciones.

Es necesario resaltar en este punto añadir que este carácter de uniformidad resulta aplicable con más agudeza en los denominados servicios públicos “*proprios*” a los que anteriormente nos hemos referido, en tanto que no es muy evidente en aquellos servicios denominados como “*impropios*” En todo caso vale resaltar que la mencionada igualdad de trato en la prestación de servicios públicos no es sino un corolario del principio de igualdad ante la ley que se encuentra consagrado en las Cartas Fundamentales de las Naciones.

Finalmente, es importante destacar en esta investigación, **el precio** de los servicios públicos, es decir el carácter retributivo de los mismos, si éstos han de ser prestados en forma gratuita, onerosa o lucrativa.

La gratuidad significa que el servicio será prestado sin que los usuarios abonen suma alguna por tal prestación.

El servicio público es oneroso, cuando el usuario debe abonar una suma en pago por la prestación que le es suministrada, o sea en este caso el servicio ya no gratuito, pero de todas formas no se llega a lucrar. El Estado busca cubrir alguna parte del costo del servicio a prestar, es decir, se **subsidia** en parte el costo del servicio público.¹²

En lo referente a la parte económica de los servicios públicos, es necesario citar el caso del servicio público que genera lucro, el cual se da cuando el importe que abona el usuario cubre el costo de la prestación más un porcentaje en concepto de ganancia a favor de quien presta el servicio.

Por retribución se entiende lo que el administrado debe pagar: el precio, tarifa o tasa del servicio.

La aplicación del vocablo tarifa, según algunos administrativistas, es incorrecto, por el hecho que el mismo es el resultante de la lista de los precios o tasas. O sea, hablando con propiedad, se debe mencionar exclusivamente precios o tasas que es lo que el usuario abona o paga por utilización de un servicio público.

En estos dos conceptos, tasa y precio, podemos encontrar una diferencia ya que la tasa es la retribución correspondiente a los servicios públicos cuya utilización es legalmente obligatoria para el administrado. En cambio, el precio

¹² En nuestro país, la ausencia de estudios técnicos para focalizar los subsidios, genera desequilibrios presupuestarios.

es la retribución correspondiente a los servicios cuya utilización es facultativa para el usuario.

Debe existir proporcionalidad entre la tasa o precio y el costo del servicio, y aunque la referida proporcionalidad no constituye un principio absoluto sino relativo, y aunque es difícil llegar al equilibrio de la ecuación tasa y/o precio – costo, lo cierto es que la fijación de la tasa debe relacionarse con bases reales, hechos.

Ahora bien, para la eficacia jurídica, las tarifas aplicables en los servicios públicos deben ser establecidas o aprobadas por la autoridad correspondiente.

En el caso de servicios públicos propios, prestados directamente por el Estado, las tarifas las establece éste. Si dichos servicios públicos son prestados por concesionarios, las tarifas deben ser aprobadas por el concedente, sin perjuicio de la intervención del concesionario en la fijación de la tarifa, intervención que encuentra su validez por la obvia incidencia que en las tarifas puede tener sobre la ecuación económica – financiera de la concesión. Esta premisa, de que las tarifas sean aprobadas por la autoridad pública (el concedente) constituye una condición en toda concesión de servicios públicos.

La contrapartida de la tasa es la eficaz prestación del servicio, o sea, se requiere que haya una prestación efectiva del mismo y que el servicio sea puesto a disposición del usuario. En nuestro país, si una tarifa se considera irrazonable, injusta o desproporcionada, el administrado, en aplicación de la

Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, puede concurrir ante la Defensoría del Pueblo para establecer si la fijación de un monto de una tarifa implica una violación de la garantía de proporcionalidad, esto es lo que justifica el accionar judicial, si se constata que es afirmativa la petición, dicha Dependencia se encuentra facultada para rever el precio fijado por la prestación del servicio público.

Como corolario de esta enumeración de las características de los servicios públicos, vale citar la concepción de Burgos y Marchand¹³ que señalan: “Los aludidos caracteres integran el sistema jurídico del servicio público de modo que todo lo que atente contra dicho sistema debe ser tenido por antijurídico. De ello deriva que los mismos constituyen deberes de quien tenga a su cargo la prestación de un servicio público, por ende al término de los mismos hallamos los derechos correspondientes en la persona de los usuarios o consumidores de la prestación pública”.

¹³ Débora Burgos y Mercedes Marchand, “Responsabilidad de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos” Jurisprudencia Argentina, Boletín 26-II-97.

CAPITULO II

2.1.- LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LOS PARTICULARES EN LA DOTACION DE SERVICIOS PUBLICOS: REGULACION, CONTROL Y VIGILANCIA.

De conformidad con el Art. 249 de la Constitución Política de la República, será **responsabilidad del Estado** la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la Ley.

De la norma constitucional transcrita, se puede advertir que la Carta Magna, diferencia, en primer término, lo que significa la “provisión” de servicios públicos, es decir, suministrar los servicios que se detallan en la norma constitucional de manera obligatoria; y, en segundo lugar, en la referencia que hace a la “prestación”, que constituye la forma de proveer los servicios públicos.

En cuanto a la **regulación, control y vigilancia** de la prestación de servicios públicos, el inciso final de la invocada norma constitucional, determina que el Estado garantizará que los servicios públicos prestados bajo su **control y**

regulación, respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, continuidad y calidad; y velará para que sus precios o tarifas sean equitativos.

Los principios enunciados en esta norma constitucional, han sido analizados en forma individualizada desde el punto de vista doctrinario y conceptual, en el número 1.2 del Capítulo I del presente trabajo.

En consonancia con la aplicación de los principios constitucionales contemplados en el invocado Art. 249 de la Constitución Política de la República, el Art. 92 ibídem, determina que la Ley establecerá los mecanismos de **control de calidad, los procedimientos de defensa del consumidor, la reparación e indemnización por deficiencias, daños y mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos** no ocasionados por catástrofes, caso fortuito o fuerza mayor. La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en su Art. 1, señala que el objeto de dicho cuerpo legal es normar las relaciones entre proveedores y consumidores promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre las partes. Por su parte el Art. 32 de la citada Ley Orgánica de Defensa del Consumidor prevé que las empresas encargadas de la provisión de servicios públicos domiciliarios, sea directamente o en virtud de contratos de concesión, están obligadas a prestar servicios eficientes, de calidad, oportunos, continuos y permanentes a precios justos.

El Título X de la Constitución Política de la República se ocupa de definir las competencias de los denominados “Organismos de Control del Estado” entre los que están: La Contraloría General del Estado, La Procuraduría General del Estado, El Ministerio Público, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, y las Superintendencias de Compañías, de Bancos y de Telecomunicaciones.

En lo referente al control y regulación de bienes y servicios públicos referidos en este capítulo, es necesario resaltar que de los organismos de control del Estado enunciados, únicamente las Superintendencias de Bancos y Seguros, y de Telecomunicaciones se encargan de la vigilancia y control de las instituciones del sistema financiero público y privado y de las telecomunicaciones, en su orden, que constituyen servicios públicos.

En mi opinión, la normatividad positiva que regula la **regulación, control y vigilancia** de los servicios públicos en el Ecuador, es incipiente, incompleta y dispersa y lo que es mas grave aún es que no se aplica, resultado otro caso de lo que se denomina “letra muerta” referida en el caso de la prohibición de paralizar los servicios públicos. Los organismos y entidades del sector público que se encargan de este cometido: regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, igualmente, resultan ineficientes, por que no están preparados para adecuar los estándares internacionales de calidad de los bienes de consumo y de los servicios públicos, a nuestra realidad nacional.

Con la expedición de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, se pretendió amparar al usuario de servicios públicos, sin embargo, la Ley, hasta la presente

fecha, no se aplica en su totalidad, ni se han creado las unidades administrativas que manda ese cuerpo legal para que se encarguen de proteger al usuario del servicio público o de bienes de consumo y de sancionar a quien incumple la Ley.

La nueva Constitución Política de la República, debería contemplar la creación de una Superintendencia de Servicios Públicos como un órgano autónomo del Estado, que tenga a su cargo la regulación, supervisión, aplicación y control de la prestación de los servicios de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias, etc., en su carácter de Ente Regulador de estos servicios públicos. Ello significa que debe tratarse de un Ente Regulador universal, independiente del Ejecutivo.

2.2 OBLIGACION INDEMNIZATORIA POR PARTE DEL ESTADO POR LA PRESTACIÓN DEFICIENTE DE SERVICIOS PUBLICOS.

El Art. 20 de la Constitución Política de la República, textualmente señala 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 o empleados, en el desempeño de sus cargos”. (lo resaltado, fuera de texto)

Al referirse la norma constitucional en ciernes (Art. 20) a la obligación del Estado de “indemnizar a los particulares”, se está apartando del concepto antes enunciado, puesto que, cuando se trata del reconocimiento de compensaciones económicas por perjuicios que las instituciones del Estado irroguen a los particulares, estaríamos hablando de **resarcimiento** que tiene su origen en la actuación ilegal de la administración.

No obstante, prescindiendo del contenido semántico de los términos “indemnización y resarcimiento”, hay que advertir que el espíritu del precepto constitucional invocado, es de compensar económicamente a los particulares que hubieren sido afectados o perjudicados por la prestación deficiente de servicios públicos o por los actos de los empleados o funcionarios estatales en el desempeño de sus cargos.

El Art. 92 de la Constitución Política de la república, prevé que la ley establecerá los mecanismos de control de calidad, los procedimientos de defensa del consumidor, la **reparación e indemnización por deficiencias, daños y mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos**. A su vez, el inciso primero del Art. 28 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor señala que serán solidariamente responsables por las indemnizaciones civiles derivadas de los daños ocasionados por vicio o defecto de los bienes o **servicios prestados**.

El referido inciso primero del Art. 20 de la Constitución Política de la República, señala, en lo principal, que la obligación indemnizatoria del Estado deviene por “la prestación deficiente de servicios públicos” o por los actos de sus funcionarios o empleados en el desempeño de sus cargos”.

Entonces, qué debe entenderse por “prestación deficiente de servicios públicos”.

Existe prestación deficiente de servicios públicos, cuando el funcionario o empleado por negligencia, omisiones, errores, extralimitación de atribuciones, etc., en el desempeño de su cargo, ha causado perjuicios a los particulares. La prestación deficiente de servicios públicos tiene dos formas diversas: una positiva y una negativa; es decir, puede consistir en un hacer o en un no hacer, lo que en Derecho se conoce como la acción o la omisión. Entonces, la prestación deficiente de servicios públicos puede darse por negligencia o por descuido del agente prestador del servicio. La ley no excluye de

responsabilidad al agente que de manera inintencional irroge perjuicios a los particulares como consecuencia de la prestación deficiente del servicio público.

Es necesario aclarar que la norma constitucional en estudio, hace responsable de la indemnización por prestación deficiente de servicios públicos, únicamente al Estado. Dejando a salvo el derecho del mismo a repetir en contra del funcionario o empleado causante del perjuicio.

En el año 2002, mediante Decreto Ejecutivo No. 3389, publicado en el Registro Oficial No. 733 de 27 de diciembre de 2002, el Presidente de la República reformó el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, determinando en sus Arts. 209 al 212, el procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a la que se refiere el Art. 20 de la Constitución Política de la República, disponiendo que los particulares exigirán directamente a la Administración Pública Central o Institucional, de la Función Ejecutiva, ante el órgano de mayor jerarquía, las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio o por el funcionamiento de los servicios públicos. La reclamación será puesta en conocimiento de la procuraduría General del Estado, para efectos del patrocinio del Estado. El Art. 212 ibídem, manda que si el órgano competente de la respectiva Administración Pública niega la indemnización reclamada, en forma total o parcial, o se abstiene de pronunciarse en el plazo de tres meses, el interesado tendrá derecho a la acción contenciosa ante el tribunal de lo Contencioso Administrativo competente.

Si bien, a través de esta normatividad secundaria, se ha determinado –en el ámbito de la función ejecutiva exclusivamente- el procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado contemplada en el primer inciso del Art. 20 de la Constitución Política de la República, hay que advertir, que en lo concerniente al derecho de repetición, que será analizado en el Capítulo III de la presente investigación, no se dice mayor cosa en el referido Estatuto, puesto que únicamente se remite, en forma ambigua a lo que se manifiesta en la norma constitucional, sin que, en ningún caso, se diga algo sobre el marco procedimental para ejercer tal derecho.

Cabe resaltar que el invocado Art. 20 de la Constitución Política de la República, hace extensiva la responsabilidad de indemnizar a terceros, a los **concesionarios y delegatarios de servicios públicos**. Disposición, a mi entender, controversial, puesto que el concesionario tiene la obligación de prestar el servicio público al cual se ha comprometido contractualmente, y la administración, debe facilitarle su cumplimiento, delegándole las facultades necesarias para su objetivo. La delegación es determinada; “esto es, limitada por el objeto y el fin de la concesión...”¹⁴, pactados contractualmente, instrumento (el contrato) en el que se insertan previamente las cláusulas respectivas que determinan las responsabilidades en el caso de la prestación deficiente de los servicios concesionados y, de ser el caso, la obligación de indemnizar por los daños que el servicio público concesionado pueda causar a terceros.

¹⁴ Bielsa Rafael, Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial la Ley, Buenos Aires, 1980.

Consecuentemente y en esta hipótesis, la responsabilidad de indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen por la prestación deficiente de servicios públicos, en el caso de los **concesionarios y delegatarios**, se estaría duplicando, puesto que, por una parte, los perjudicados podrían reclamar la indemnización al amparo de lo previsto en los Arts. 209 al 212 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, y por otro lado, los delegatarios y concesionarios también tendrían que responder por las obligaciones adquiridas contractualmente, lo cual podría devenir en la injusticia. La Ley debería expresamente determinar la responsabilidad extracontractual¹⁵ por daños a terceros ocasionados por la prestación del servicio de los concesionarios y delegatarios.

Al respecto, Marienhoff¹⁶ señala: “La responsabilidad que puede derivar del contenido de la concesión –de su texto y modalidades- no le corresponde al concesionario, sino al concedente. La responsabilidad del concesionario se limita a los daños que causare en ejercicio de la concesión, pero al margen de su texto y contenido”.

¹⁵ Bidart Campos, Germán J., El derecho constitucional del poder, tomo I, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1967 pág. 26: “La responsabilidad extracontractual por actos o hechos administrativos es, desde el punto de vista práctico, cuantitativamente la causa más frecuente de daños, dado el carácter inmediato, permanente y continuo de la actividad administrativa exteriorizada a través de los tres órganos del poder”.

¹⁶ Mareinhoff Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, tomo II, Editorial Abelardo Perot, Buenos Aires, pag. 615.

CAPITULO III

3.1.- LA ACCION DE REPETICION

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la expresión de “repetir” como la acción de reclamar contra terceros, a consecuencia de evicción, pago o quebranto que padeció el reclamante”.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual del Profesor Guillermo Cabanellas, conceptúa el vocablo “repetición” como: “El derecho y la acción para reclamar y obtener lo pagado indebidamente o lo anticipado por cuenta de otro”.

La acción de repetición es una acción de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que, como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa, haya dado lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una decisión judicial, administrativa, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

En cuanto al ejercicio de la acción de repetición, cabe resaltar que éste solamente se podrá incoar cuando los funcionarios o empleados “por dolo o culpa grave judicialmente declarada” hayan causado los perjuicios; es decir

que, para que exista responsabilidad de los funcionarios o empleados públicos con fines de resarcimiento o reposición de los valores pagados por el Estado por concepto de indemnización, debe existir una declaratoria previa de culpa grave o dolo por parte de un Juez de Derecho.

El inciso segundo del Art. 20 de la Constitución Política de la República, textualmente dice: “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”.

Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente prestador del servicio público, o los funcionarios o empleados públicos, han tenido la intención positiva de realizar un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

Según Francisco Carrara el dolo es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley¹⁷.

Se presume que existe dolo por parte del prestador del servicio o de los funcionarios o empleados en el desempeño de sus cargos, por las siguientes causas:

¹⁷ Carrara Francisco, Derecho Penal, Primera Edición, Editorial Harla, México. 1997

- a) Haber sido judicialmente declarado responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado, sea por la prestación deficiente de servicios públicos, o por los actos de funcionarios o empleados.

- b) 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.

- c) 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.

- d) Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

Culpa grave. La conducta del prestador del servicio o del funcionario o empleado del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la Ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

- a) Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.

b) Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.

c) Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error -inexcusable.

d) Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

La acción de repetición prevista en el invocado inciso segundo del Art. 20 de la Constitución Política de la República, debe ser entendida esencialmente como una herramienta para alcanzar la moralidad y la eficiencia en la administración pública, generando un efecto preventivo respecto de la actuación de los servidores públicos, sin perjuicio del fin retributivo que prevé tal disposición constitucional, al contemplar la recuperación de los dineros que el Estado ha pagado por concepto de indemnización (resarcimiento).

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, **adicionalmente al derecho de repetición contemplado de manera general en el inciso segundo del Art. 20 de la Constitución Política de la República**, existen un sinnúmero de normas constitucionales, legales y reglamentarias que pretenden hacer efectivo el derecho de repetición, tanto por el caso de prestación deficiente de servicios públicos o por los actos de funcionarios o empleados estatales, en el desempeño de sus cargos, como por otras causas. Empero, como la parte

medular de esta tesis se refiere a la imposibilidad de ejercer la acción de repetición por la ausencia de un marco legal que establezca el procedimiento para hacer efectivo este derecho constitucional, me permito detallar y comentar a continuación la legislación positiva ecuatoriana sobre el tema del derecho de de repetición:

- Según el Art. 22 de la Constitución Política de la República, 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 del debido proceso contempladas en el Art. 24 ibídem.

De acuerdo a lo señalado en el segundo inciso del citado Art. 22, el **Estado tendrá derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable.**

- En la práctica (pese a que también constituye letra muerta), el Estado Ecuatoriano se reserva el **Derecho de Repetición** (conforme al invocado Art. 22 de la Constitución Política de la República) contra aquellas personas que resulten responsables de la violación a los derechos humanos mediante sentencia definitiva, firme, dictada por los tribunales del país, o cuando se hubieren determinado responsabilidades administrativas, de conformidad con el artículo **8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.**

- En el Art. 91 de la propia Constitución Política de la República se señala que el Estado, sus delegatarios y concesionarios, serán responsables por los daños ambientales, en los términos señalados en el Art. 20 ibídem. Es decir, que según esta norma constitucional, existe la obligación del Estado de **indemnizar** a los particulares por los daños ambientales causados y de **proponer la acción de repetición** en contra del agente que por culpa grave o dolo judicialmente declarada, haya causado los perjuicios.

En este contexto, la Ley de Gestión Ambiental en su Art. 41, prevé que con el fin de proteger los derechos ambientales individuales o colectivos, se concede acción pública a las personas naturales, jurídicas o grupo humano, para denunciar las normas de medio ambiente, sin perjuicio de que se pueda proponer la acción de amparo constitucional prevista en la Constitución.

- El inciso tercero del Art. 92 de la Constitución Política de la República, determina que el Estado y las entidades seccionales autónomas **responderán civilmente por los daños y perjuicios causados a los habitantes**, por su negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo y por la carencia de los servicios que hayan sido pagados.

En consonancia, el Art. 28 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, señala que serán **solidariamente responsables por las indemnizaciones** civiles derivadas de los daños ocasionados por vicio o defecto de los bienes o servicios prestados, los productores, fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, quien haya puesto su marca en la cosa o servicio y, en general, todos aquellos cuya participación haya influido en dicho daño. Como se puede advertir, en este caso, se habla de **una responsabilidad solidaria la cual deviene del ejercicio del derecho de repetición.**

- Asimismo, hay que considerar que la acción de repetición también está contemplada en la Ley de Contratación Pública Codificada, el Art. 77 de ese cuerpo legal, **responsabiliza en forma solidaria, personal y pecuniaria, al funcionario del Estado** o de la entidad del sector público contratante, que por su acción hubiese ejecutado u ordenado ejecutar indebidamente una de las garantías establecidas en esa Ley. En igual responsabilidad incurrirá el Estado cuando por su omisión no se ejecutare una garantía, existiendo causa legal para ello.
- La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA; también contempla entre sus disposiciones, la previsión de ejercer la acción de repetición. Así, en el inciso tercero del Art. 46 de la LOSCCA, se señala que en caso de fallo favorable por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo para el servidor público que ha sido

destituido o suspendido de sus funciones, si la sentencia determina que la destitución o suspensión fueron ilegales, y nulas, 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 el funcionario haya causado el perjuicio por dolo o por culpa grave**”. (lo resaltado, fuera de texto)

- Igualmente, el Art. 136 de la citada Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOSCCA, determina que las autoridades nominadoras de las entidades y organismos del sector público contempladas en el Art. 101 ibídem, que comprometan recursos de carácter económico relacionados con gastos de personal, al margen de las políticas y Resoluciones emitidas por la Secretaría Nacional Técnica de Remuneraciones del Sector Público SENRES, serán destituidas y responsables personal y pecuniariamente, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales a las que hubiere lugar. **“Las entidades antes mencionadas ejecutarán el derecho de repetición contra él o los funcionarios responsables, de conformidad con lo establecido en el Art. 20 de la Constitución Política de la República”.**
- El Art. 205 de la Ley de Mercado de Valores prevé que las personas naturales y jurídicas que infrinjan dicha Ley o sus reglamentos, y que por

ello ocasionen daños a terceros, serán solidariamente responsables y deberán indemnizar los perjuicios causados, en conformidad con el derecho común. El inciso segundo de dicha disposición señala lo siguiente: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución Política de la República, si los perjuicios hubieren sido ocasionados por resoluciones o actos del Consejo Nacional de Valores, o de la Superintendencia de Compañías, estos organismos, de ser procedente, **tendrán derecho de repetición** en contra de los funcionarios o empleados que tuvieren la responsabilidad directa en la realización de tales hechos, caso contrario por los perjuicios irrogados responderá el Superintendente de Compañías o los miembros del Consejo Nacional de Valores”.

De la lectura de esta norma, la interrogante se radicaliza, ¿ante quien se sustancia la acción de repetición?. ¿Habrá algún caso (desde la vigencia de esta Ley, que data de julio de 1998), en que se haya aplicado esta disposición y se ha incoado alguna acción de repetición en contra del Superintendente de Compañías o de alguno de los miembros del Consejo Nacional de Valores?.

- El Art. 213 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva prevé que los funcionarios y el personal de servicio de las administraciones públicas que **hubieren incurrido en dolo o culpa** que generaron el daño resarcido por ésta a los particulares, responderán por lo indemnizado, siempre que se hubiere efectuado el pago al o a los particulares por parte de aquella.

A través de la presente investigación se ha podido determinar que éstas son las principales normas constitucionales, legales y estatutarias en las que está contemplada la acción de repetición; empero, cabe aclarar que esta prerrogativa también está inserta aunque en forma ambigua en otras disposiciones legales como son el Art. 278 del Código Tributario y el Art. 18 de la Ley de Desarrollo Hídrico de Manabí.

Es necesario advertir que ninguna de las normas: constitucionales, legales y estatutarias que se refieren al derecho de repetición y que se citan en el presente capítulo, establecen procedimiento alguno para hacer efectivo el derecho de repetición; de ahí deviene la imposibilidad de ejercitar la acción pertinente, como se sostiene en el contenido del siguiente numeral del presente Capítulo de la presente tesis.

3.2.- DIFICULTAD PARA EJERCER LA ACCION DE REPETICION

Si bien el inciso tercero del Art. 18 de la Constitución Política de la República señala que no podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en la Carta Magna, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos; hay que advertir que, en la práctica, la falta de una ley que determine el procedimiento para hacer efectivo el derecho de repetición, vuelve inaplicables las disposiciones contenidas en los Arts. 20, 22, 91 y 92 y de la Constitución Política de la República y de las normas legales que se refieren a esta acción, mismas que han sido singularizadas y analizadas en el Capítulo precedente.

De acuerdo con la Constitución Política de la República, para que prospere la responsabilidad del funcionario se exige que el perjuicio de la entidad sea la consecuencia de una conducta gravemente culposa o dolosa de su agente. En consecuencia, la Ley que viabilice el ejercicio de la acción de repetición, necesariamente, deberá contener, entre otros, las respuestas a los ciertos interrogantes, la mayoría de los cuales no han sido considerados en el proyecto de ley que se elaboró en al Procuraduría General del Estado y fue remitido al Congreso Nacional, en ejercicio de la atribución contenida en la letra j) del Art. 3 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

La normatividad adjetiva que esencialmente debe contener la Ley para el

Ejercicio de la Acción de Repetición, debe considerar los siguientes aspectos:

1.- ¿Qué el juez o autoridad está investido de la facultad para declarar dolo o culpa grave?

Respuesta: El Juez que conoció y resolvió la causa declarando la responsabilidad objetiva del Estado, debe pronunciarse sobre si el agente causante de la prestación deficiente de servicios públicos o de los actos que señala la norma constitucional incurrió en dolo o culpa grave.

2.- ¿Está facultado el Juez que conoce la demanda inicial en la que los particulares reclaman indemnizaciones (por la prestación deficiente de servicios públicos o como consecuencia de actos ilegítimos de los funcionarios y empleados públicos) para determinar en sentencia que ha existido culpa grave o dolo en las actuaciones del demandado o de *terceros*?

Respuesta: Actualmente, el Juez no está facultado para el efecto. No hay norma legal que posibilite su accionar. La Ley debe considerar expresamente esta atribución.

3.- O, al prever el aludido inciso segundo del Art. 20 que el dolo o culpa grave sean "*judicialmente declarados*", ¿deberá instaurarse un juicio independiente para el efecto?

Respuesta: En otros países, una vez que se ha declarado la responsabilidad

patrimonial del Estado, se instaura un juicio o sumario administrativo en el que se decide sobre la responsabilidad del agente causante del perjuicio.

4.- ¿Por su naturaleza retributiva, de contenido económico y de cumplimiento obligatorio cuando el daño causado en razón de la condena contra el Estado: la acción de repetición es una acción civil ?.

Respuesta: es una acción civil; empero, la propia norma constitucional da lugar a la iniciación de acciones penales.

5.- Cuál es la autoridad que en nombre y representación de "*las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios*" tiene la facultad para incoar la acción de repetición: ¿El Procurador General del Estado; El Contralor General del Estado o el representante legal de la entidad que pagó la indemnización?

Respuesta: La Ley correspondiente deberá normar qué autoridad debe interponer el reclamo.

6.-En los organismos y entidades del sector público con personería jurídica, que comparecen a juicio por sí mismos (no los representa el Procurador), iniciarían la acción de repetición sus titulares: ¿y si éstos (los representantes legales de la entidad) son responsables del perjuicio, quien formula la demanda?.

Respuesta: Para evitar conflictos de intereses, debe ser una sola autoridad del

Estado la que tenga la atribución de incoar las acciones de repetición a nivel nacional.

7.- La acción de repetición, podrá ejercitarse en contra de los funcionarios de la administración de justicia (incluidos los de la rama de justicia policial y militar, que tienen sus juzgados y Cortes propios en razón del fuero) ?.

Respuesta: El Art. 22 de la Constitución Política de la República, no hace ninguna distinción respecto de los jueces militares y policiales; sin embargo, en ninguno de los proyectos de Ley remitidos al Congreso por el Procurador General del Estado, se menciona este particular.

8.- ¿En qué tiempo caduca el derecho para incoar la acción de repetición ?.

Respuesta: Conforme al derecho comparado, en legislaciones de otros países La facultad de la administración para incoar la acción de repetición caduca en dos años.

9.- Para que proceda esta acción ¿debe existir un fallo condenatorio contra la entidad o el funcionario público responsable ?.

Respuesta: Por supuesto, el inciso segundo del Art. 20 de la Constitución Política de la República señala claramente que se hará efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que por dolo o culpa grave **“judicialmente declarada”** hayan causado los perjuicios.

10.- ¿Es condición de procedibilidad la declaratoria judicial de responsabilidad patrimonial del Estado?

Respuesta: Resulta obvio que si no existe pago de indemnización y la declaratoria judicial de culpa grave o dolo, no procede la acción de repetición.

11.- ¿En el ejercicio de la acción de repetición, le incumbe al demandante *probar* la culpa grave o el dolo del funcionario?

Respuesta: Dijimos que la determinación de dolo o culpa grave debe ser una acción previa a la instauración de la acción de repetición, por tanto, no cabría prueba en ese sentido dentro del juicio de repetición.

12.- ¿Para establecer la “responsabilidad penal” de los funcionarios y empleados causantes de los perjuicios por la prestación deficiente de los servicios públicos o como consecuencia de actos ilegítimos por acción u omisión, la acción penal debe iniciarse previamente, simultáneamente o ulteriormente a la acción civil?

Respuesta: Pese a que la Ley que se dicte sobre la materia, debe normar este aspecto, en mi opinión, la responsabilidad penal de los agentes debe ser determinada de manera ulterior a las acciones civiles o administrativas.

De los interrogantes expresados y de las respuestas dadas, claramente se

puede inferir que para que el Estado pueda ejercer el derecho de repetición previsto en la Constitución, es indispensable que exista una Ley que viabilice el procedimiento para incoar la acción pertinente.

3.3.- ANALISIS DEL PROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE REPETICION EN EL ECUADOR

(ANEXO 1)

Mediante oficio No. 8845 de 17 de mayo de 2004, el señor Procurador General del Estado, fundamentado en el Art. 125 de la Constitución Política de la República, presentó ante el H. Congreso Nacional el proyecto de Ley que Regula el Derecho de Repetición.

A fines del mes de julio de 2007, la Procuraduría General del Estado ha decidido retirar el proyecto enviado en el año 2004 al Congreso Nacional, "...por estimar que existen omisiones y falencias que podrían dificultar su implementación", a la vez que presenta un proyecto sustitutivo que contiene veinte y un artículos, tres disposiciones transitorias y una disposición final.

La iniciativa para la presentación del proyecto de Ley por parte del Procurador General del Estado, está respaldada por el literal J) del Art. 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. El proyecto contempla la posibilidad de repetir contra los funcionarios o empleados que por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios y que, en un régimen de responsabilidad directa y objetiva del Estado, se le imputen a éste por los particulares lesionados patrimonialmente.

Sin que particularmente coincida totalmente con los términos en que han sido concebidos dichos documentos, ni con las fórmulas procedimentales insertas

en los mismos, es de advertir que se trata de un esfuerzo mas en la lucha contra la corrupción.

La Comisión Especializada Permanente de lo Civil y Penal, en sesión celebrada el 26 de octubre de 2004, ha emitido informe favorable para primer debate, insertando varias modificaciones al proyecto inicial remitido por el Procurador General del Estado.

En lo principal, la antedicha Comisión Legislativa, ha incluido en el Art. 1 del proyecto, como inciso segundo, el contenido del Art. 22 de la Constitución Política de la República que se refiere a la responsabilidad civil del Estado en los casos de error judicial, por (I) inadecuada administración de justicia; (II) por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y, (III) por los supuestos de violación de las normas establecidas en el Art. 24 ibídem que se refiere al derecho al debido proceso. Concluye la norma en mención (Art. 22 de la Constitución) que el Estado tendrá derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable.

Independientemente de las observaciones que ha realizado la Comisión Especializada Permanente de lo Civil y Penal del H. Congreso Nacional, al proyecto de ley presentado por el Procurador General del Estado, considero importante señalar, en términos generales que, en opinión del autor de este trabajo, se habría incurrido en error en el texto del proyecto, puesto que, en lo fundamental, se estaría invirtiendo el procedimiento que, por sindéresis jurídica, se debería observar; esto es, que primero debe mediar la declaratoria judicial

de dolo o culpa grave, y luego interponerse la acción de repetición. En el proyecto se señala el marco procedimental para presentar la acción de repetición y posteriormente, al referirse a la sentencia, se prevé que la misma determinará simultáneamente la existencia de dolo o culpa grave y la repetición, en contra del agente de la administración pública.

Cabe señalar que en ninguno de los proyectos de Ley, se ha considerado que la acción de repetición también debe enderezarse contra los *ex servidores públicos*, cuando su conducta negligente, enmarcada dentro de los criterios de culpa grave o dolo ha generado a la entidad la obligación de pagar una suma de dinero.

Igualmente, no se ha incluido en los proyectos de Ley norma alguna para hacer extensivo el alcance de la Ley a los particulares que transitoriamente desempeñen funciones públicas como el contratista, el interventor, el consultor y el asesor, en lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que éstos suscriban con las entidades estatales.

CAPITULO IV

4.1.- ANALISIS COMPARATIVO CON LEGISLACIONES EXTRAJERAS QUE REGULAN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE REPETICION

El Derecho Comparado actual tiende abiertamente a reconocer la responsabilidad patrimonial del Estado, tanto en el ámbito administrativo, como en el judicial y legislativo. El fundamento actual de la responsabilidad estatal, es el Estado de Derecho y sus presupuestos, cuya finalidad última es proteger a los gobernados en sus derechos. La responsabilidad del Estado, en sus facetas: Estado Legislador, Estado Juzgador y Estado Administrador viene a constituir un principio rector y por tanto, parte integrante de su sistema de garantías sociales y políticas¹⁸. Asimismo, el Derecho Comparado, propende a hacer extensivo el ejercicio del derecho de repetir en contra de los funcionarios o empleados que hayan causado los daños y por los cuales el Estado se ha visto en la obligación de indemnizar a los perjudicados.

Este análisis comparativo comprende la normatividad positiva que sobre el derecho de repetición rige en las repúblicas de Colombia y de México.

Según el derecho positivo de la República de Colombia, la acción de repetición es un acción civil, por su naturaleza retributiva, de contenido económico y de obligatorio cumplimiento cuando el daño causado razón de la condena contra

18 G. Jellinek, "Teoría General del Estado", México: Fondo de Cultura Económica, nov. 2000. -- 687 p.

el Estado, haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de su agente. Esta acción como su nombre lo indica, permite a la entidad pública condenada en un proceso de responsabilidad por sus actos, hechos o contratos, repetir contra un servidor o ex servidor, cuando considere que éste, en razón de su conducta dolosa o gravemente culposa en ejercicio de sus funciones, haya podido ser la causa de la responsabilidad que se le imputó a aquella.

Con antelación a la Constitución Política de 1991 la figura jurídica de la acción de repetición era considerada como una institución de carácter legal, pues sólo la establecía en el artículo 78 del Código Civil. A partir de 1991, la Constitución Política le otorgó canon constitucional, conforme reza su Art. 90:

Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

En la legislación colombiana, esta acción busca responsabilizar patrimonialmente frente al Estado, al funcionario que en ejercicio de sus funciones actúa con dolo o culpa grave, causando un daño antijurídico por el cual debe responder el Estado, ya sea como consecuencia de una condena de

carácter judicial, o como producto del acuerdo al cual llega con el perjudicado, para evitar un proceso de terminarlo anticipadamente.

Los únicos legitimados para iniciar la acción de repetición son la entidad directamente perjudicada, el Ministerio Público, y el Ministerio de Justicia y del Derecho. La entidad condenada deberá ejercitar esta acción en un plazo no superior a los seis meses siguientes al pago total efectuado.

Es una acción constitucional, toda vez que fue consagrada expresamente en la Constitución Política (inciso segundo, Artículo 90).

Es de carácter legal, pues su desarrollo se encuentra consagrado expresamente en la ley.

Es obligatoria. Cuando se observa que el servidor público actuó con dolo o culpa grave, la entidad deberá repetir.

Para que proceda esta acción debe existir un fallo condenatorio contra la entidad pública responsable o un auto aprobatorio de la conciliación o acta de conciliación u otro documento que acredite el arreglo, contrato de transacción, pero es indispensable que el valor de la condena o la conciliación haya sido pagada total y efectivamente.

Son dos (2) los requisitos sustanciales para la procedencia de la acción.

a) Debe existir daño en contra de la entidad por el pago de una sentencia condenatoria de carácter indemnizatorio o de una conciliación debidamente aprobada.

b) Fallos condenatorios contra la entidad pública responsable. La acción de repetición es, entonces, la consecuencia o prolongación de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa o controversias contractuales, según el caso. En otras palabras, es condición de procedibilidad la declaratoria judicial de responsabilidad patrimonial del Estado.

Esta es una acción dirigida contra el servidor, ex servidor o particular que desempeñe funciones públicas, cuando por su conducta negligente, enmarcada dentro de los criterios de culpa grave o dolo ha generado a la entidad la obligación de pagar una suma de dinero.

De acuerdo con la Constitución Política y la Ley, para que prospere la responsabilidad del funcionario se exige que el perjuicio de la entidad, concretado en el pago de la suma ordenada o conciliada, sea la consecuencia de una conducta *dolosa o gravemente culposa de su agente*. *(El segundo inciso del Art. 20 de la Constitución Política de la República del Ecuador, también prevé la declaratoria previa de dolo o culpa grave)*. La normatividad aplicable para determinar la culpa del funcionario estableciendo si actuó con culpa grave o dolo, conforme los hechos o actuaciones que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la entidad, será la que en la época en que acaecieron los hechos se encontraba vigente.

En Colombia, la acción de repetición es de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, específicamente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del domicilio del demandado. El término de caducidad para iniciar la acción de repetición es de dos años contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad. En cualquiera de los casos, para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es necesario que el valor de la condena o de la conciliación haya sido pagado total y efectivamente.

En la República de México, en el año 2004, se ha expedido la “Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado”, en cuyo capítulo V, Arts. 31 al 35, se prevé que el Estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización cubierta a los particulares cuando, previa sustanciación del procedimiento administrativo disciplinario previsto en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos se determine su responsabilidad, y que la falta administrativa haya tenido el carácter de infracción grave. El monto que se exija al servidor público por este concepto formará parte de la sanción económica que se le aplique.

La gravedad de la infracción se calificará de acuerdo con los criterios que establece la invocada Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

La legislación Mexicana, establece criterios para calificar la gravedad de la

infracción, entre éstos: Los estándares promedio de la actividad administrativa, la perturbación de la misma, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional y su relación con la producción del resultado dañoso.

Los servidores públicos podrán impugnar las resoluciones administrativas por las que se les imponga la obligación de resarcir los daños y perjuicios que el estado haya pagado con motivo de los reclamos indemnizatorios respectivos, ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Tanto en Colombia como en México, la acción de repetición es de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Lo cual difiere de lo contemplado en el proyecto de Ley ecuatoriano que manda a sustanciar la acción de repetición en los Juzgados de lo Civil.

4.2 INVESTIGACIÓN DE FALLOS DICTADOS POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DEL ECUADOR SOBRE EL DERECHO DE REPETICIÓN PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

(ANEXO 2)

De la investigación realizada se ha podido determinar que no hay evidencia procesal de sentencias que se hayan dictado *expresamente* por concepto de acciones de repetición incoadas por las entidades del Estado en aplicación del inciso segundo del Art. 20 de la Constitución Política de la República, con arreglo a lo señalado en el Art. 134 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Revisadas las sentencias de casación dictadas por las tres salas de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia se advierte que en más del cincuenta por ciento de dichos fallos se condena a las entidades del sector público al pago de indemnizaciones laborales; sin embargo, igualmente, no hay evidencia que, a partir de la vigencia de la actual Constitución Política de la República, agosto de 1998, se haya instaurado ninguna acción de repetición.

Las sentencias que se acompañan a este trabajo, se refieren a la repetición por pago indebido, aclarando que ninguna de ellas se ha dictado en aplicación del mentado inciso segundo del Art. 20 de la Constitución Política de la República.

CONCLUSIONES

Como se puede apreciar en líneas precedentes, la cultura de la acción de repetición se aplica en otros países latinoamericanos, puesto que existe todo un procedimiento reglado para el ejercicio de este derecho. En mi opinión, este marco procedimental extranjero (especialmente el contenido en la Ley colombiana), se puede asimilar fácilmente a nuestra realidad jurídica, a través del *comparativismo*. No obstante, los proyectos de Ley que se han presentado al Congreso Nacional para ejercer la acción de repetición distan mucho, en todo sentido, de la Ley que regula el ejercicio de este derecho en Colombia.

Pese a tratarse de una ley cuya aplicación resulta indispensable para el ejercicio de un derecho constitucional, el H. Congreso Nacional se ha demorado tres años en el tratamiento del proyecto presentado por el Procurador General del Estado, sin que hasta la presente se haya señalado fecha para que el aludido proyecto sea sometido a segundo debate.

A esto se agrega el hecho de que el actual Procurador General del Estado, ha procedido a retirar el proyecto inicial “por estimar que existen omisiones y falencias que podrían dificultar su implementación” (sic), formulando un nuevo proyecto, mismo que, aparte de incurrir en las mismas omisiones del precedente y que fueron analizadas en el capítulo correspondiente, contiene errores “agregados” de fondo y forma que deberán ser analizados por el H. Congreso Nacional.

RECOMENDACIÓN

Es de esperar que la Asamblea Constituyente que dictará la nueva Constitución Política de la República, aclare, compendie y viabilice el ejercicio del derecho de repetición en el Ecuador contenido en la Carta Magna, disponiendo además la expedición de una ley específica que regule el procedimiento para incoar la acción correspondiente. La expedición de una herramienta efectiva para combatir la corrupción administrativa en el país -dado sus altos índices-, que propenda a la moralización y eficiencia, resulta imperativa, ya que generaría un efecto preventivo sobre la actuación de los servidores públicos, sin perjuicio del fin retributivo económico que cumpliría hacer efectivo el derecho de repetición.

BIBLIOGRAFÍA:

Altamira Gigentat Julio, Responsabilidad del Estado, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973.

Bielsa Rafael, Derecho Administrativo, tomo V, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1980.

Bidart Campos, Germán J., El Derecho Constitucional del Poder, tomo I, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1967.

Carrara Francisco, Derecho Penal, Primera Edición, Editorial Harla, México. 1997.

Débora Burgos y Mercedes Marchand, “Responsabilidad de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos” Jurisprudencia Argentina, Boletín 26-II-97.

Fiorini Bartolomé, Derecho Administrativo, tomo II, Editorial Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 1976.

G. Jellinek, Teoría General del Estado, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

García de Enterría Eduardo, Curso de Derecho Administrativo, tomo II. Editorial Thomson Civitas. Madrid. 2004.

Gordillo Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, FDA. 2006.

Jéze Gastón, Principios Generales del Derecho Administrativo, Editorial Depalma, Buenos Aires. 1949.

Marienhoff Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo tomo II, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires. 1981.

Tamayo Jaramillo Javier, La Responsabilidad del Estado, Editorial Temis, Bogotá Colombia. 2000.

Zavala de González Matilde, Resarcimiento de Daños, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

Codificación a la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Registro Oficial No. 321 de 13 de abril de 2004.

Codificación a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público. Registro Oficial No. 16 de 12 de mayo de 2005.

Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Suplemento del Registro Oficial No. 116 de 10 de julio de 2000.

Ley de Contratación Pública Codificada. Suplemento del Registro Oficial No. 622 de 19 de julio de 2002.

Ley de Gestión Ambiental Codificada. Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 10 de septiembre de 2004.

Ley del Mercado de Valores Codificada. Suplemento del Registro Oficial No. 215 de 22 de febrero de 2006.

Ley del Sistema Ecuatoriano de Calidad, Registro Oficial No. 26 de 22 de febrero de 2007.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

ANEXOS

