

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

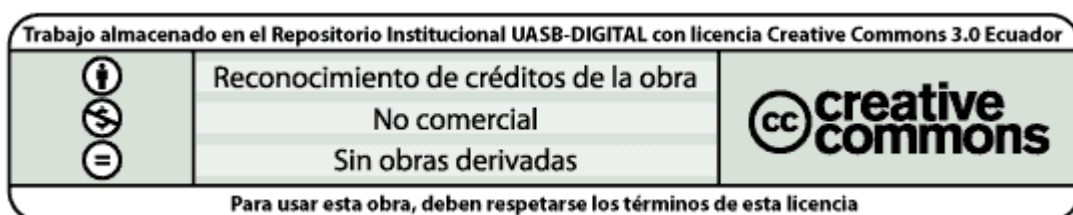
Mención en Derecho Administrativo

La acción de repetición en la legislación ecuatoriana

Autora: Johana Elizabeth Herrera Zambrano

Tutora: María del Carmen Jácome Ordóñez

Quito, 2016



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Johana Elizabeth Herrera Zambrano, autora de la tesis intitulada *La Acción de Repetición en la Legislación Ecuatoriana*, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha:

Firma:

Resumen

El tema materia de esta tesis comprende dos partes: (i) La responsabilidad del Estado análisis conceptual, doctrinario y jurídico de la responsabilidad directa, indirecta, patrimonial, contractual, extracontractual, análisis de las teorías de responsabilidad del Estado para profundizar sobre la acción de repetición, generalidades y características, objetivos, evolución histórica, evolución constitucional en nuestra legislación. (ii) Fundamentos constitucionales y legales de la acción de repetición, el servicio público, los servidores públicos y sus tipos de responsabilidades como las responsabilidades administrativa y civil, la acción de repetición a través de la historia constitucional, la acción de repetición en la constitución de la república del 2008, la acción de repetición en la normativa vigente, la acción de repetición en materia constitucional, procedimiento actual, el legitimado activo, requisitos de la demanda, documentos que debe acompañar a la demanda , Juez competente, la acción de repetición en el Código Orgánico de la Función Judicial, Procedimiento, De la jurisdicción Contencioso Administrativa, Recurso de Apelación, el análisis comparativo con la legislación colombiana, requisitos para la acción de repetición, aspectos sustanciales, procesales.

Si bien en la norma actual no existe un procedimiento específico y eficaz para demandar la acción de repetición hasta obtener una sentencia ejecutable, el problema central radica precisamente en la dificultad de ejercer el derecho de repetición. El Estado ecuatoriano incorporó a la acción de repetición a partir del 2008 en la Constitución de la República, sin brindarle la importancia que la misma posee dado que se realizaron reformas a leyes existentes tal como es la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Código Orgánico de la Función Judicial, los cuales no poseen un procedimiento claro y uniforme que permita ejercerla.

Palabras clave: Acción de Repetición, responsabilidad del Estado, servidor público, procedimiento inadecuado, derecho comparado, supremacía de la norma.

A quienes son un instrumento de amor para mi vida, Dios, mi esposo Arturo, mis hijos Rodrigo y Sofía, mi Padre, Madre y Hermanos, con su apoyo y palabras bondadosas apoyaron el presente estudio hasta su finalización.

Un profundo y sincero agradecimiento a la Dra. María del Carmen Jácome, quien con su valioso conocimiento, experiencia y dirección, enriqueció el presente trabajo, mi respeto y consideración. A la Ilustre Universidad Andina Simón Bolívar donde se forman y egresan profesionales con los más altos conocimientos.

Tabla de contenidos

Introducción	8
Capítulo primero: Responsabilidad del Estado	10
1. La responsabilidad directa del Estado.....	15
2. Responsabilidad indirecta del Estado	18
3. La responsabilidad patrimonial del Estado	20
3.1. La responsabilidad contractual del Estado	20
3.2. Responsabilidad extracontractual del Estado	21
4. Teorías de la responsabilidad del Estado	24
4.1. Teoría de la representación.....	25
4.2. Teoría organicista	26
4.3. Teoría de la proporcionalidad de las cargas	27
4.4. Teoría de la responsabilidad por riesgo	29
4.5. Teoría de la equidad	31
4.6. Teoría de la estricta justicia.....	32
Capítulo segundo: El servicio público	35
1. Los servidores públicos.....	37
1.1. Tipos de responsabilidades del servidor público	39
1.1.1. La responsabilidad administrativa o disciplinaria.....	40
1.1.2. La responsabilidad civil.....	42
Capítulo tercero: La acción de repetición	45
1. Definición	45
2. Finalidad.....	46
3. Objetivo de la acción de repetición	46
4. Generalidades y características de la acción de repetición.....	47
5. Evolución histórica de la acción de repetición	51
6. Fundamentos constitucionales y legales	54
6.1. La acción de repetición en la Constitución de la República de 2008	56

6.2. La acción de repetición en la normativa vigente	59
6.3. La acción de repetición en materia constitucional	60
7. Procedimiento	66
7.1. El legitimado activo de la acción de repetición	68
7.2. Requisitos de la demanda	69
7.3. Documentos que deben acompañar a la demanda	70
7.4. Sujeto pasivo o parte demandada	70
7.5. Prescripción de la acción de repetición	70
7.6. Juez competente para conocer la acción de repetición	70
8. La acción de repetición en el Código Orgánico de la Función Judicial	71
8.1. Procedimiento.....	72
8.1.2. De la jurisdicción contencioso administrativa	76
8.1.3. El recurso de apelación.....	76
9. Falencias	79
10. Análisis del derecho comparado	79
10.1. La acción de repetición en Colombia	80
10.1.1. Requisitos para la acción de repetición.....	82
10.1.2. Aspectos sustanciales de la acción de repetición	83
10.1.3. Aspectos procesales de la acción de repetición	83
Conclusiones y recomendaciones	88
1. Conclusiones	88
2. Recomendaciones	91
Bibliografía	92

Introducción

El derecho de repetición se revela como la herramienta legal a partir de la cual el Estado posee el derecho de repetir en contra de los funcionarios públicos que hayan ocasionado daños y perjuicios a la propiedad pública o privada, debido a acciones u omisiones ya sea por inobservancia de los parámetros legales existentes, dolo o culpa.

El objetivo del derecho de repetición está dado por lograr la recuperación de los recursos económicos que el Estado ha indemnizado a los afectados, siendo según lo estipulado por el Art. 11 numeral 9 de la Constitución de la República responsabilidad de cancelación de los daños, pero con el derecho a repetir contra los funcionarios responsables que deberán asumir el pago de dicha indemnización.

Tal y como queda expuesto en el Art. 233 de la Constitución de la República ningún servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en ejercicio de sus funciones u omisiones, de modo que la repetición se revela como el recurso legal capaz de garantizar una mayor responsabilidad por parte de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Queda claramente establecido que no existirán excepciones independientemente del cargo o jerarquía del funcionario público, siendo todos susceptibles a la acción de repetición por parte del Estado.

A partir de la expedición de la Constitución de la República en octubre del 2008, varios cuerpos legales han incorporado al sistema jurídico nacional normas relacionadas con el ejercicio del derecho de repetición como el artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Orgánica del Servicio Público en su artículo 134, y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional a partir del artículo 67 y siguientes. En esta última norma se establece como tal el procedimiento a seguir para ejercer la acción de repetición, sin embargo, estas normas no regulan exhaustivamente dicha acción, provocando vacíos legislativos.

En la actualidad, con la regulación de la acción de repetición que existe, los jueces que conocen las causas, no se pronuncian sobre el dolo o la culpa grave de los funcionarios o servidores públicos y el grado de responsabilidad de los mismos frente a un daño causado, en consecuencia es preciso determinar oportunamente quién

responderá por los montos indemnizatorios derivados de las sentencias internas e internacionales cuando el Ecuador deba pagarlos.

En estas circunstancias, el derecho de repetición en el Ecuador en la práctica no ha sido efectivo, por las dificultades que la normativa actual presenta al funcionario responsable -legitimado activo- (máxima Autoridad o Procurador General del Estado) que debe iniciar la acción. Dado que la problemática subsiste y de no haber una disposición concreta que defina a quién corresponde la facultad de determinar la responsabilidad, es necesario establecer los parámetros y reglas, en función de las cuales, la autoridad de la institución vinculada con el daño causado y que haya tenido que asumir el costo para el Estado, ejerza el derecho de repetición como un deber irrenunciable y no potestativo en contra de los servidores o funcionarios previamente identificados.

Capítulo primero

Responsabilidad del Estado

En consideración a las doctrinas especializadas, las cuales establecen dos etapas en la responsabilidad del Estado, una primera etapa, en la cual los gobernantes se revelaron como totalmente irresponsables, es decir el antiguo régimen y una segunda etapa en la cual queda consagrada la responsabilidad del Estado en el concepto de Estado de Derecho, el cual se define como el accionar de instituciones subordinadas a un sistema de leyes y fundamentos jurídicos que exponen con claridad las acciones a ser llevadas a cabo con el objetivo de lograr equidad, igualdad y respeto entre todos los componentes de la sociedad.

El tratamiento brindado a la responsabilidad producto de la actuación entre las personas en el antiguo régimen el cual se extendió desde la antigüedad hasta la edad media fue desigual y superfluo existiendo principios en la época que abarcaban la responsabilidad privada y la responsabilidad de los gobernantes de forma tal que tales elementos eran solo posibles de ventilar entre iguales, es decir el pueblo no poseía el derecho a reclamar los daños o perjuicios productos de la acción de la nobleza o el clero debido a que los actos llevados a cabo por dichas instituciones se justificaban como un poder divino sin que existiese responsabilidad pública.

Tomando en cuenta los diferentes aspectos de la responsabilidad privada el Dr. Humberto Pérez plantea que: “El resarcimiento e indemnización abarcan los principios fundamentales de la jurisprudencia universal, revelándose en tales acciones los fundamentos de la justicia en los que se manifiesta el *suacuique culpa nocet*, es decir el daño que uno siente o recibe por culpa de un tercero, debe imputársele al mismo y no a otros”¹. Queda claramente establecido que en el antiguo régimen los individuos respondían y resarcían sobre aquellos daños llevados a cabo desde el punto de vista de relaciones privadas, pero las relaciones que se establecían con los gobernantes, estaban marcadas por la intransigencia de la nobleza y el clero, sin que existiera posibilidad alguna de discutir las disposiciones tomadas por aquellos o reclamar la responsabilidad de los actos.

¹ Humberto Pérez, *Responsabilidad del Estado* (México D.F.: Azteca, 2012), 58.

En la Edad Moderna, el Estado fue considerado como la organización jurídico-político de la sociedad con potestades públicas derivadas de la potestad del Estado o *iusimperium*, llevadas a cabo por sus funcionarios quienes en sus inicios fueron investidos de la total responsabilidad de sus acciones de tal modo que el Estado, no poseía ningún tipo de responsabilidad ante posibles daños hasta el momento en el que se decide como principio general la responsabilidad de la administración pública.

Por su parte Luis Ortega Álvarez afirma que: "...La segunda etapa se caracteriza por la imputación de los daños producidos exclusivamente a los agentes públicos culpables, habida cuenta que la propia Declaración de Derechos de 1789 se remitía a estos agentes en su artículo 15 para responsabilizarlos de los daños administrativos: la *société a le droit de demandercompte á tout agente public* de son administración (...) Como es tradición en el sistema francés, la evolución de la institución de la responsabilidad de la Administración obedece a la acción jurisprudencial del Consejo de Estado. A partir del arrét Blanco de 1873, se afirma en Francia el principio general de responsabilidad patrimonial de la administración sobre bases distintas a las del Derecho Civil, en las que juega un factor fundamental la incorporación, junto a la noción de culpa, la del funcionamiento de un servicio público, lo que origina el concepto de *faute de service*...Este proceso evoluciona igualmente desde el mero reconocimiento de los denominados actos de gestión, hasta que, a partir del arrét Tommaso Greco de 1905, se extiende la declaración de responsabilidad patrimonial a los actos de imperio..."²

En el año de 1789 la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la República Francesa afirmaba que la sociedad tenía el derecho a reclamar aquellos daños producidos por los agentes públicos de la administración, es decir reconocía que podía existir un daño a particulares por parte de los administradores públicos (actos de gestión) y de los órganos estructurales o instituciones públicas (actos de autoridad) sin reconocer en ningún momento la responsabilidad del Estado, tal como queda señalado en el Art. XV, el cual señala que: "La sociedad tiene derecho a pedir a todos sus agentes cuentas de su administración".³

² Luis Ortega, *Historia Revolucionaria del Estado* (Madrid: Gran Angular, 2011), 168.

³ *Ibíd.*, 169

En 1873 el Consejo de Estado Francés, eliminó la distinción entre los actos de gestión y autoridad llegando a la conclusión de que todo acto administrativo está estrechamente relacionado con la responsabilidad del Estado, aunque la misma podría estar dada por la falta de servicio o falta personal.

La falta de servicio se pone de manifiesto al llevarse a cabo las funciones del Estado y como consecuencia de la misma producirse un daño, haciéndose referencia al funcionamiento irregular de las administraciones públicas por causas como negligencia, desconocimiento, inconformidad o sobreactuación pudiéndose demostrar que la institución pública es responsable del error cometido por sus funcionarios, es decir las disposiciones de la institución pública a ser cumplida por los funcionarios provocaron un daño o perjuicio al ciudadano.

En el caso de falta personal se reconocía que aquellos funcionarios públicos que al cumplir con sus obligaciones llevaban a cabo acciones con la intención de provocar un daño o de otro modo se extralimitaban en las funciones conferidas a los mismos eran responsables del daño causado a un individuo o a un grupo de ellos y no será la institución pública a la que representan la responsable de tales acciones

Tal teoría no podía establecer con exactitud si la falta tenía un carácter de servicio o personal por parte del agente público, admitiéndose la coexistencia de ambas responsabilidades con la finalidad de eliminar los inconvenientes derivados de tal interrogante, es decir se admitió la existencia de la falta de servicio y de personal eximiendo al Estado de culpa justificando tal decisión como consecuencia de los riesgos propios de la administración pública.

En 1905 a través del arrét Tommaso Greco, el cual señala: *“L'arrét Tommaso Greco étend aux services de police le principeselonlequell'administrationestpécuniairement responsable des fautes de service commises par ses agents”*, que traducido significa “el acuerdo Tommaso Greco entiende que los servicios de la policía y la administración son responsabilidad pecuniaria de las faltas en el servicio llevadas a cabo por sus agentes”,⁴ se extendió la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado a los actos de gobierno, es decir no solamente se reconocía la obligación del Estado para con el patrimonio histórico de la

⁴Ibíd., 170.

nación, sino también la responsabilidad del Estado ante daños ocasionados al patrimonio privado por el desarrollo de actividades estatales.

Se evidencia que desde la instauración del Estado de Derecho, (el Estado en el que los gobernantes y gobernados deben acatar un orden jurídico) las diferentes potestades públicas se llevan a cabo a través de instituciones u órganos estatales considerado como la entidad gubernativa permanente a través del cual el Estado realiza un aspecto o una parte de su actividad general, los cuales se manifiestan en la labor de sus funcionarios públicos o titulares del órgano del estado, que son los hombres por medio de los cuales se realiza la actividad del Estado o la persona física que desempeña actual o temporalmente las funciones públicas que el órgano implica, por ejemplo: La Presidencia de la República es un órgano estatal, mientras que la persona que actualmente la desempeña es su titular, por tanto, siendo los funcionarios públicos quienes ejercen la representación del Estado en esfera de su competencia, ejecutan actos de significación jurídica y son los que responde plenamente a las necesidades de los ciudadanos, se desprende su responsabilidad ante los perjuicios ocasionados a particulares como consecuencia de actividades estatales.

Quedando claramente establecido que los titulares de los órganos del poder público poseen plena responsabilidad de antemano o a priori sin excepciones de sus acciones ante la sociedad debiendo regular las mismas en conformidad con el ordenamiento jurídico existente o preceptos legales, teniendo de igual forma la obligación posterior de asumir los perjuicios ocasionados a particulares.

El ex presidente Rodrigo Borja Cevallos, en su obra *Principios de Derecho Político y Constitucional* plantea un estudio de las formas de gobierno y las divide en monarquía y república, en los que el uno constituye la negación del otro, porque señala que en la “Monarquía el Jefe de Estado lo es una persona legal y constitucionalmente irresponsable, determinada de por vida y por lo común según el principio hereditario y en la República todas las funciones del Estado se ejercen en función del principio de la vocación y de la aptitud personales, todos los funcionarios son responsables”.⁵ Por lo que siguiendo la línea de un Estado de Derecho y con referencia a la república se

⁵ Rodrigo Borja, *Principios de Derecho Político y Constitucional* (Quito: Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1964), 182.

caracteriza en que no reconoce dinastía ni familias con derecho a gobernar hereditariamente al Estado, todo ciudadano que reúne las condiciones legales puede aspirar a ocupar las más altas funciones públicas y no hay funcionario irresponsable de sus actos, todos tiene atribuciones limitadas.

En un primer momento, se determina que la monarquía en Inglaterra es la forma de gobierno en que se ejerce el poder de modo ilimitado, vitalicio y jurídicamente irresponsable y en que el gobernante, que lleva el título de rey o monarca, llega a su posición de mando por la vía hereditaria, es decir, en conformidad con las leyes que rigen la sucesión de la corona entre los miembros de la dinastía, por lo que en Inglaterra durante el siglo XVI al XVIII se puede apreciar que existió la monarquía absoluta, concentrando en el monarca la totalidad de los poderes y eximiéndole de toda vinculación jurídica, régimen que culminó con la transformación revolucionaria de Francia en 1789, período en el cual partimos el presente estudio.

Sin embargo, abundando el estudio del régimen británico en Inglaterra, se puede apreciar que con el apareamiento de la monarquía constitucional o parlamentaria en la que el rey es el jefe del Estado pero en que las facultades reales de gobierno residen en el primer ministro, el gabinete y el parlamento, se salvaguarda a la monarquía de la responsabilidad política, en otras palabras no se reconoce responsabilidad, culpas o fallas por parte del soberano, siendo imposible llevar acciones legales contra el mismo, dado que la figura real posee un carácter tradicional, simbólico y de unidad nacional, sin intervenir en las reuniones de gabinetes de ministros encargados de tomar las decisiones de Estado, por lo que toda responsabilidad del Estado recaerá sobre los mismos y en ningún momento sobre la figura real, estableciéndose como responsable de las decisiones o voluntades reales que puedan influenciar a los ministros y cámaras de comunes un ministro responsable, siendo los consejeros del rey los signatarios de los actos del mismo, los cuales con el devenir del tiempo se transformaron en ministros, dando origen al gabinete en el cual se abordarían los diferentes aspectos de la vida y desarrollo político, económico y social del reino de Inglaterra.

En definitiva la responsabilidad estatal en las monarquías constitucionales salvaguarda a las clases sociales del antiguo régimen, es decir nobleza y clero, los cuales en caso de cometer errores que afecten a los ciudadanos serán juzgados y sancionados

con un sistema legal benigno en el cual no son procedentes prácticas deshonrosas, mientras que el pueblo común es sometido a un sistema común duro e infame.

La responsabilidad del Estado siguiendo la línea republicana, está dada por brindar seguridad a sus ciudadanos enfrentando decididamente aquellas acciones ilegítimas de la potestad del Estado que vulneran los derechos de los ciudadanos y también enfrentando la deficiente prestación de servicios públicos causantes de perjuicios que deberán ser reparados por el Estado, así como los daños ocasionados por sus funcionarios durante el ejercicio de la actividad estatal, existiendo en tal caso una responsabilidad directa, verificándose el derecho de repetición como herramienta legal a través de la cual el funcionario asumirá su responsabilidad.

1. La responsabilidad directa del Estado

La responsabilidad directa del Estado se manifiesta por los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de la actividad estatal, tomándose en cuenta que los funcionarios públicos son representantes del Estado instruidos, formados y colocados por el Estado en las funciones a ser desempeñadas en la prestación del servicio público, siendo obligación del Estado asumir la reparación del daño causado por sus funcionarios.

Al respecto la catedrática de la Universidad de Palermo, Lucía Álvarez señala que: “todas las personas que el Estado designa para desempeñarse en funciones por él encomendadas son en general agentes suyos, por lo tanto, órganos de él. Por ello, no son “independientes”. Cuando actúan en el ejercicio aparente de las funciones que les han sido encomendadas, actúan como órganos del Estado, o sea, actúa directamente el Estado a través de ellos. La responsabilidad del Estado es, en consecuencia —en estos casos—, siempre directa; pues no tiene el Estado “agentes,” esto es, personas humanas, que no sean órganos suyos”.⁶

La responsabilidad directa del Estado, queda de manifiesto cuando el funcionario de la institución estatal, en el cumplimiento de las funciones públicas encomendadas al mismo provoca un daño a particulares, siendo obligación del Estado por ser el responsable directo de tal daño asumir la reparación de los daños causados al particular,

⁶ Lucía Álvarez, *El Estado y sus variantes* (Buenos Aires: Gaucha, 2010), 87.

así por ejemplo los funcionarios públicos encargados de construir una carretera proyectada y aprobada por un organismo del Estado dañan la propiedad privada de un particular, ajustándose a las funciones encomendadas en el servicio público, el daño provocado califica como responsabilidad directa del Estado.

El catedrático Ramón Estrada explica que la responsabilidad total del Estado, hace alusión a la obligación por parte del mismo, a reparar los daños causados por sus órganos, acciones que afectan los intereses de los ciudadanos, siendo una responsabilidad total del Estado la plena reparación tanto económica, moral y psicológica de la víctima.⁷

Es de destacar que la responsabilidad del Estado también se manifiesta en la consecución de acciones erróneas de los diferentes órganos estatales materializándose la responsabilidad extracontractual del Estado, y en consecuencia se debe proceder a la reparación. El tratadista Carlos Gutiérrez señala que la responsabilidad total del Estado, queda de manifiesto en conductas si bien dañosas no necesariamente culposas, tomando como ejemplo aquellos daños que puedan ocasionar la ejecución de trabajos públicos o daños que de forma anónima son causados por la administración pública o un prestador de servicios privados sin que se pueda palpar un autor humano en específico a través del cual se pueda individualizar el daño.⁸

También los daños del servicio público con o sin intencionalidad, se revelan como una responsabilidad total del Estado, dicho daño puede manifestarse como consecuencia de omisiones administrativas, las mismas que son producto de la falta de realización de las acciones claramente especificadas en las ordenanzas de los diferentes organismos públicos.

Para hacer referencia a la responsabilidad total del Estado no es elemento suficiente que el daño se manifieste como anónimo sino que el mismo debió haber sido actuado por agentes durante el ejercicio de su función, es decir el mismo será realizado en horas de trabajo y en el lugar correspondiente, manteniendo una estrecha relación con las funciones a ser desempeñadas por los agentes.

⁷ Ramón Estrada, *Responsabilidad del Estado* (Madrid: Zabala, 2010), 94.

⁸ Carlos Gutierrez, *Los derechos humanos y las responsabilidades del Estado* (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2008), 76.

Se evidencia la responsabilidad total del Estado cuando se producen daños causados por la deficiente prestación de servicios públicos, en la construcción o mejoramiento de redes de comunicación, alcantarillado, carreteras, entre otros; los cuales puedan ocasionar algún tipo de daño a la propiedad privada de forma intencionada, inintencionada o por insuficiencias en la materialización de tales obras se produzcan daños o perjuicios a las personas que hiciesen uso de las mismas.

Por otra parte, el Dr. Juan Linares manifiesta que: “Es responsabilidad total del Estado cuando existen daños causados en forma anónima por la administración pública o el prestador privado del servicio, sin que el autor humano, concreto y personal del daño sea individualizado”.⁹ Quedando de manifiesto este tipo de acciones en errores de construcción de carreteras, campañas de vacunación, entre otras acciones que subvenciona el Estado para mejorar su servicio público pero que no están exentas de errores humanos, los cuales debe asumir íntegramente el Estado al no poderse señalar un responsable concreto y personal de tales acciones.

Se evidencia la responsabilidad total del Estado, en aquellos daños producidos por el servicio público bien o mal ejercido, es decir trámites aduanales, permisos de circulación, entre otros aspectos tratados y concedidos por órganos estatales que por omisión o error del mismo no cumplen con las necesidades de los solicitantes, no existiendo un responsable directo de tal violación al verificarse que es una acción producto de la violación normativa existente.

Al hacer referencia a la responsabilidad total del Estado, es imprescindible que quede claramente especificado que el daño o perjuicio haya sido cometido “en ejercicio” y “con ocasión”, de la función ejercida por el órgano o aparato estatal, traducándose tal afirmación en que no solamente se deba hacer referencia a que las acciones se llevaron a cabo en el lugar y horas determinadas de la jornada laboral, sino que también tales acciones estén íntimamente relacionadas con el desempeño y función del organismo estatal.

⁹ Juan Linares. *La responsabilidad civil del empleado público*. (México D.F.: Estudios Legales, 2010), 37.

2. Responsabilidad indirecta del Estado

La responsabilidad indirecta del Estado se verifica como consecuencia de un daño o perjuicio provocado por un funcionario público que durante el ejercicio de sus funciones sobrepasa los límites que le confiere tal cargo, pudiéndose en tales casos deber a la intencionalidad de provocar un daño o al ejercicio de abuso de poder, es decir extralimitándose el funcionario en el cumplimiento de sus funciones públicas.

El profesor de la Universidad de Madrid, Mariano Delgado explica que: “la responsabilidad indirecta del Estado surge de que un dependiente suyo comete un daño en ejercicio aparente de sus funciones”.¹⁰ La responsabilidad indirecta del Estado corresponde a hechos y actos llevados a cabo por agentes públicos en el cumplimiento aparente de sus funciones, es decir, los funcionarios públicos llevan a cabo las funciones encomendadas directamente a los mismos, pero sobrepasan los límites existentes y conferidos a su autoridad, verificándose un abuso de poder que puede ser doloso, o aluciándose al deseo de brindar un mejor servicio, pero en cualquier caso ocasionan un daño a particulares, el cual no es consecuencia directa de una orientación dada por la institución estatal, sino por la iniciativa personal del funcionario.

Así por ejemplo, los funcionarios públicos encargados de construir una carretera proyectada y aprobada por un organismo del Estado dañan la propiedad privada de un particular, como consecuencia de decisiones personales del funcionario las cuales no se limitan las funciones encomendadas por la institución pública, el daño provocado califica como responsabilidad indirecta del Estado, debido a que a pesar de no ser el Estado el responsable del daño causado a la propiedad privada es su funcionario ubicado, capacitado y dirigido por la institución pública quien produce el daño.

El investigador Bartolomé Fiorini explica que: “La responsabilidad parcial del Estado queda de manifiesto en los actos de autoridad llevados a cabo por el mismo, manifestándose como principales causas de la responsabilidad parcial del Estado la falta de servicios y la falta de personal”.¹¹ De la cita anterior se infiere que los actos de autoridad se, definen como aquellos realizados por la autoridad pública en los cuales es palpable una desigualdad de derechos inmersa en un dominio de las relaciones de poder,

¹⁰ Mariano Delgado. *El Estado Español* (Madrid: Tical, 2011), 175.

¹¹ Bartolomé Fiorini. *Relación entre los actos de autoridad y la responsabilidad parcial del Estado*. (Buenos Aires: Palermo, 2009), 54.

debe tomarse en cuenta que la administración pública está regida por principios de subordinación caracterizándose por las diferencias existentes en el trato de la administración pública hacia sus administrados.

Puede afirmarse que la relación entre la administración pública y administrados está regida por principios de subordinación observando dicha relación desde el punto de vista de los subordinados, mientras que si se aborda tal relación desde la administración a los administrados la relación se rige por un principio de supraordinación o igualdad de condiciones. La Dra. Teresa Mariño, docente de la Universidad Nacional de Colombia señala que: “Las acciones negativas e impropias de los funcionarios y empleados del Estado son actos de gestión en los que queda comprometida la responsabilidad económica de la administración”.¹² Es decir, los daños ocasionados por los funcionarios son una responsabilidad a ser reparada por el Estado.

Si los actos perjudiciales se catalogaran como actos de autoridad, no existe responsabilidad por parte del Estado, debido a que tales decisiones no se promovieron a partir del carácter patrimonial del Estado, sino de su soberanía, siendo responsable de tales acciones los administrativos, debiendo reparar el daño en la medida que fueron ocasionados. La falta de servicio destaca como una de las causas de la responsabilidad parcial del Estado en los actos de autoridad, manifestándose la misma al momento de cumplirse la función con un daño palpable para los administrados, es decir el órgano estatal lleva a cabo sus funciones de forma ineficiente provocando daños y perjuicios a los ciudadanos.

Otro elemento en el que queda de manifiesto la responsabilidad parcial del Estado son aquellas medidas erróneas tomadas por un organismo estatal, con la finalidad de depurar su organización y funcionamiento, decisión que se toma a nivel administrativo sin que exista una participación directa del Estado.

También se hace evidente la responsabilidad parcial del Estado en la adopción de medidas fuera de contexto, sobreactuadas e inconsecuentes, adoptadas en el seno de la dirección de organismos públicos con la finalidad de brindar un mejor servicio público, causando daños y perjuicios, situación en la que el Estado no interviene de forma

¹² Teresa Mariño, *El Derecho Administrativo* (Bogotá: Patria, 2011), 84.

directa. Queda de manifiesto cuando el funcionario público en ejercicio de sus funciones se sobrelimita llevando a cabo actos y hechos que afectan a los ciudadanos.

La profesora Teresa Arboleda afirma que: "...otro elemento que manifiesta de forma plena la responsabilidad parcial del Estado de los actos de autoridad está dada por la falta de personal".¹³ Es decir aquellas acciones y actitudes en las que se manifiesta una extralimitación de los funcionarios pertenecientes a organismos estatales en sus atribuciones con la intencionalidad de ocasionar un daño violando los derechos individuales de los administrados.

3. La responsabilidad patrimonial del Estado

Se define como la obligación del Estado a resarcir aquellos daños producto de su actividad administrativa irregular que provoque afectaciones a bienes o derechos de los particulares, la misma será objetiva y directa, existiendo el pleno derecho de los particulares a una reparación en conformidad con las bases, límites y procedimientos previamente plasmados en la ley.

La responsabilidad patrimonial del Estado se divide en responsabilidad contractual y extracontractual.

3.1. La responsabilidad contractual del Estado

La responsabilidad contractual se define 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.

El Profesor de la Universidad de Madrid José Sánchez¹⁴ explica que la responsabilidad contractual se define como el conjunto de normas o contratos de los cuales se desprende una obligación, es decir una acción o abstención de llevar a cabo actividades reguladas por contratos legales, creándose un compromiso amparado por la legalidad que garantiza el cumplimiento de las metas propuestas, que de no ser respetado será sancionado.

¹³ Teresa Arboleda, *La Responsabilidad del Estado* (Madrid: Cervantes, 2010), 59.

¹⁴ José Sánchez, *La Responsabilidad Civil* (Madrid: Océano, 2010), 124.

Es de destacar que aquellos compromisos contraídos a través de contratos deberán ser llevados a cabo de forma total y en el periodo de tiempo acordado evitándose de esta forma posibles sanciones, solamente podrá incumplirse los compromisos contraídos a través de contrato como consecuencia de casos fortuitos o fuerza mayor. La responsabilidad contractual del Estado garantiza claramente las acciones jurídicas a ser tomadas en aras de garantizar la legalidad¹⁵ y el Estado de Derecho haciendo de la responsabilidad contractual un eslabón imprescindible en el cumplimiento de la ley.

Entonces queda claramente establecido el papel protagónico del Estado como precautelador del cumplimiento de la Responsabilidad contractual garantizándose de esta forma el respeto a la legalidad y el Estado de Derecho, elementos que se traducen en orden social, político, económico y jurídico en la nación. La responsabilidad contractual del Estado está caracterizada por su completo apego a la política, planes y programas a los que se encauza el cumplimiento de los fines para los cuales se celebró el contrato, garantizándose que los servicios satisfagan plenamente las necesidades de las entidades contratantes y al mismo tiempo velando porque los ofertantes posean las capacidades financieras, técnicas y legales que se traduzcan en un cumplimiento total del contrato.

De la responsabilidad contractual del Estado, emergen una serie de delitos, entre los cuales se destaca el peculado por apropiación, es decir los funcionarios sacan provecho personal de los bienes del Estado, el enriquecimiento ilícito es otro delito estrechamente relacionado dado que los funcionarios incrementan de forma injustificada su patrimonio, lucrando con bienes del Estado, también el tráfico de influencias del servidor público es uno de los delitos que más afecta a la responsabilidad contractual del Estado dado que los servidores públicos hacen uso indebido y en beneficio propio de las influencias inherentes al cargo que ostentan obteniendo beneficios personales.

3.2. Responsabilidad extracontractual del Estado

Se define la responsabilidad extracontractual como aquella en la que no se verifican vínculos jurídicos entre las partes involucradas pero de existir hechos dañosos

¹⁵ El principio de legalidad se define como la prevalencia de la ley sobre las actividades y funciones de orden público, quedando claramente establecido que las actividades y funciones provenientes del Estado estarán firmemente regidas por la legalidad y no por voluntades o deseos individuales.

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.

Por su parte el tratadista José Guerrero, en su obra *La Responsabilidad Extracontractual del Estado* manifiesta que: “La responsabilidad del Estado extracontractual es la consecuencia de una violación, no de una obligación contractual, es decir una obligación contraída a través de un contrato, sino una violación en el actuar o conducta de cualquier órgano del Estado que no hace referencia a un acuerdo previo de voluntades con el damnificado”.¹⁶

La responsabilidad extracontractual del Estado puede ser resultado de actos o hechos ejecutivos, legislativos, judiciales o administrativos, en el caso de responsabilidad extracontractual ejecutiva, se produce cuando el Presidente de la República en goce de sus funciones realiza decretos ejecutivos que extralimitan sus atribuciones presidenciales, o en caso de que el Presidente tome decisiones que afecten los intereses de la población en general tal como sería el caso de declararse dictador.

La responsabilidad extracontractual legislativa del Estado hace referencia al daño o perjuicio resultante de una ley aprobada por la Asamblea Nacional, quedando claramente definido que todo daño proveniente de una ley tendrá una responsabilidad extracontractual administrativa del Estado. El catedrático Alfonso Padilla por su parte indica que: “La responsabilidad extracontractual producto de actos judiciales hace referencia a aquellas acciones legales en las que una persona es condenada en primera instancia y absuelta en última instancia o del mismo modo procesada y detenida siendo luego sobreseída de forma definitiva”.¹⁷ Quedando de evidencia una conducta judicial irregular o regular de culpabilidad o no, siendo en la mayoría de los casos la responsabilidad extracontractual judicial resultante de una conducta legítima y no culpable.

La responsabilidad extracontractual por hechos y actos administrativos se manifiesta con mayor intensidad que la responsabilidad legislativa y judicial del Estado, tomándose en cuenta que los órganos del Estado son desempeñados y administrados por

¹⁶ José Guerrero, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. (México D.F.: Trillas, 2012), 46.

¹⁷ Alfonso Padilla, *La Responsabilidad del Estado* (Madrid: Océano, 2012), 68.

personas físicas, cuya voluntad es imputable al Estado manifestándose como suya propia, es decir el Estado puede actuar culposamente a través del desempeño de sus órganos.

La responsabilidad extracontractual se clasifica en subjetiva y objetiva, siendo subjetiva cuando la misma es asumida por el Estado como consecuencia de actos u omisiones de sus funcionarios, situación que se traduce en daños o perjuicios ilegítimos a particulares, tal como lo explica el Dr. José García Falconí al señalar: “Es aquella que asume el Estado sobre los actos y omisiones de sus agentes que hubieren ocasionado un daño o un perjuicio ilegítimo a los particulares”,¹⁸ siendo imprescindible que para existir responsabilidad subjetiva se pruebe de forma obligatoria la existencia de un perjuicio consecuencia de acciones dolosas o culposas por parte de los funcionarios públicos.

Para establecer la responsabilidad subjetiva del Estado, es necesario definir lo que es el dolo, entendiéndose al mismo como aquella voluntad deliberada de llevar a cabo una infracción con pleno conocimiento de su ilicitud, es decir se viola la ley con malicia persiguiendo el objetivo de dañar a terceros o incumplir con obligaciones contraídas.

De igual forma es necesario definir a la culpa, la cual debe ser entendida como la acción negligente en la que se omite de forma voluntaria las consecuencias posibles y predecibles del hecho que se lleva a cabo, es decir es imprescindible para poder referirse a la culpabilidad de un hecho que el mismo haya sido realizado de forma imprudente y sin tomar en cuenta las medidas necesarias que garantizaran la efectividad de la acción.

Se manifiesta la responsabilidad extracontractual del Estado de forma directa o subjetiva al ser un responsable del daño ejecutado con culpabilidad o negligencia un funcionario¹⁹ de un órgano estatal, y de forma indirecta o subjetiva al Estado por ser su delegado particular el causante del hecho que ocasiona daño a otro. La responsabilidad extracontractual subjetiva es consecuencia directa del ineficiente servicio, y de la existencia de culpa, lo que se traduce en la inhabilidad y falencia de los funcionarios del

¹⁸ José García Falconí, *Las Garantías Constitucionales en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y la Responsabilidad Extracontractual del Estado* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001), 179.

¹⁹ El funcionario es todo aquel trabajador que se desenvuelve laboralmente en directa dependencia de un organismo público del Estado, realizando actividades inherentes a la administración y gobierno.*

* Francisco Granados, *Realidad Histórica del Estado* (Editorial Tikal).

Estado al asumir sus responsabilidades, ocasionándose daños o perjuicios a particulares, siendo de vital importancia que se pruebe la existencia de dolo, culpa o negligencia por parte del servidor público.

La responsabilidad extracontractual objetiva es definida por el Dr. José García Falconí como aquella asumida por el Estado para la satisfacción y reparación de daños o perjuicios existentes como consecuencia de un daño y vínculos de causalidad entre los perjuicios ocasionados y las acciones de los delegados, diferenciándose de la responsabilidad subjetiva en el aspecto en el cual no es necesario probar que dicho perjuicio fue ocasionado con dolo o culpa por parte del delegado, sino solamente se asume la responsabilidad a través de la prueba de existencia del daño o el vínculo existente entre la causa, el perjuicio ocasionado y la acción del funcionario público.

La responsabilidad del Estado extracontractual administrativa objetiva, se define claramente en el artículo 11, numeral 9, inciso 1 de la Constitución de la República del Ecuador y prescribe: “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”.²⁰ Se especifica claramente que las acciones de los funcionarios estatales que causen daño o perjuicio o violen en algún sentido los derechos de los particulares deberán ser reparados de forma inmediata adjudicándole tal violación al órgano estatal en el cual se desempeña el funcionario.

La responsabilidad del Estado extracontractual administrativa objetiva está estrechamente vinculada a las irregularidades durante el proceso que atentan contra el cumplimiento cabal de la legalidad y por ende contra las normas básicas del debido proceso.

4. Teorías de la responsabilidad del Estado

Partiendo desde el punto de vista que las obligaciones emanadas de las responsabilidades de los funcionarios de órganos estatales son traspasadas al Estado, el

²⁰ Ecuador, “Constitución de la República del Ecuador”, en *Registro Oficial No. 449* (20 de octubre de 2008), 4.

Estado será el responsable en todo caso de tales acciones que se traduzcan en un daño a ser reparado, de ahí el postulado de diversas teorías que fundamentan la responsabilidad del Estado.

4.1. Teoría de la representación

Sostenida principalmente por los civilistas, sus principales defensores son Meucci y Chironi. Esta teoría se basa en la posición del representante que realiza actos de los cuales responde el representado; en este caso el representante es el funcionario y el representado la Administración. La responsabilidad tiene su fundamento según esta teoría, en la elección del representante frente al representado²¹.

El catedrático Rafael Bielsa al respecto señala: “La teoría de representación se basa en la relación establecida entre el funcionario y el representado en este caso la administración encargada de la selección de sus funcionarios”.²² Por lo que los, daños o perjuicios causados por empleados, agentes o servidores será responsabilidad directa de la administración. Establece una relación estrecha entre la administración pública que selecciona, capacita y posiciona al funcionario, de tal modo que las acciones del mismo repercuten de forma directa sobre la institución pública.

De acuerdo a lo expresado por la autora Lorena González: “La teoría de la representación enfoca toda responsabilidad en el Estado”.²³ En este caso, la administración como representante tangible de aquellos funcionarios a través de cuyas acciones u omisión se crean daños y perjuicios siendo la administración quien deberá asumir la reparación integral de los perjudicados, de tal modo que comprende a todas las ramas del gobierno, los legisladores al dictar las leyes, los administradores al ejecutarlas y los jueces al administrar justicia obran en nombre y representación del pueblo y por ello son responsables.

Muchos tratadistas opinan que esta teoría sería aceptable si se considerase representante a los funcionarios y representado a la Administración, pero como no es así, debido a que la Administración no es la que elige, sino que son elegidos por otros funcionarios y éstos a su vez por otros, por lo que, uno y otros serían responsables. La

²¹ Julio Altamira Gigena. *Responsabilidad del Estado*. (Buenos Aires: Depalma, 1973), 74.

²² Rafael, Bielsa. *Derecho Administrativo*. (París: Carrefour, 2010), p.139

²³ Lorena González, *El Estado y su responsabilidad* (Montevideo: Palma, 2012), 58.

responsabilidad siguiendo esta corriente, se diluiría, resultando prácticamente imposible exigir a alguien la indemnización y más bien “la responsabilidad sería de los funcionarios que eligieron al que ocasionó el daño o el perjuicio”.²⁴

A la par con esta teoría, el problema se plantea cuando el funcionario ha causado daño sin culpa de éste o en el supuesto de que exista culpa concurrente entre el funcionario y el Estado.

Por último, los partidarios de esta teoría someten al derecho civil las relaciones del Estado con los funcionarios, lo que está en contradicción con la doctrina moderna, la misma que considera el vínculo que une al funcionario con el Estado como una relación de derecho público regido por el principio de la subordinación²⁵.

4.2. Teoría organicista

Su creador es Gierke, para quien ve en las personas jurídicas un conjunto de órganos, los mismo que a su criterio, son importantes a tal punto que si desaparecen, desaparecerían también las personas jurídicas, es decir, el agente público es un órgano del Organismo que es la Administración Pública y todo lo que actúa el agente público, lo realiza por la administración pública y ésta es la responsable.

Por consecuencia, en la teoría organicista se afirma que todo funcionario público es un órgano integral del Estado y la administración pública, no existiendo una diferenciación definida entre las acciones del funcionario público y de la administración.

El especialista Francés Jorge Teissier manifiesta, que: “La teoría organicista considera a los funcionarios órganos del Estado y de la administración pública, sin que pueda dilucidarse una independencia entre la acción del individuo y la acción de la administración pública”,²⁶ Lo que evidencia la existencia de un pleno paralelismo y correspondencia en las acciones de los individuos y las acciones de la administración pública. Tal teoría considera que las acciones individuales de los funcionarios públicos responden plenamente al accionar y política de la administración pública, razón por la cual es la administración pública la encargada de responder por las acciones de los funcionarios públicos.

²⁴ Ob. Cit. Altamira, Responsabilidad del Estado, 74.

²⁵ *Ibíd.*, 75.

²⁶ Jorge Teissier, *La Responsabilidad Civil del Estado* (París: Plus, 2012), 67.

El doctor Juan Rivero, en su tratado “*El deber administrativo*” explica que: “La teoría organicista plantea que la estructura de la administración pública se desprende directamente de la acción individual de sus funcionarios”.²⁷ Es decir si los mismos se conducen con eficiencia, eficacia y capacidad la administración pública se revela del mismo modo, es decir existe una acción directamente proporcional entre la acción individual y el desempeño de la administración pública.

En el caso de que los funcionarios mantengan una postura indiferente, negligente y de omisión el funcionamiento global de la administración pública está caracterizada por su ineficacia e ineficiencia, pudiéndose comprobar en ambos casos la estrecha vinculación existente entre los funcionarios y la administración pública.

De ahí que la teoría organicista identifique plenamente las faltas, negligencias e ineptitudes individuales con el que hacer colectivo asumiendo de esta forma la responsabilidad plena de la administración pública ante los errores y faltas cometidas por sus funcionarios. La teoría organicista en conclusión no delimita la responsabilidad individual de la responsabilidad del Estado, fusionando ambas, dado que todo representante o funcionario de la administración pública es parte integral de la estructura estatal, por lo que sus acciones se revelan como acciones del Estado y no de un individuo.

En definitiva, para esta teoría lo que hace un órgano, lo hace en nombre de la persona jurídica, y para sustentar lo dicho existe un ejemplo clásico: “el hombre es responsable de los trabajos que realiza con sus manos por lo que todo lo que hace la mano del hombre responde a éste”²⁸; por consecuencia, cuando los agentes públicos cometen una falta, es responsabilidad del Estado.

4.3. Teoría de la proporcionalidad de las cargas

Formulada por Jorge Tessier, quien para formularla se basaba en el artículo 13 de la Declaración de los Derechos de 1789, que disponía: “...unos ciudadanos no deben sufrir más que otros las cargas impuestas en interés de todos”; y también en la fórmula que reza: “Las necesidades de la vida en sociedad y la existencia misma del Estado

²⁷ Juan Rivero, *Deberes Administrativos* (Madrid: Lavallo, 2010), 92.

²⁸ Ob. Cit. Altamira. Responsabilidad del Estado, 76.

imponen a todos los ciudadanos, para que gocen de organización y de sus servicios, la obligación de soportar sin indemnización, salvo que el legislador haya decidido otra cosa, todas las consecuencias perjudiciales derivadas del ejercicio legal y regular del poder público y del funcionamiento normal de los servicios de interés general”²⁹.

La teoría de proporcionalidad de las cargas plantea que es inmoral que exista una diferenciación en las cargas impuestas a los ciudadanos, siendo lo correcto una contribución homogénea que garantice el resarcimiento y reparación de los daños ocasionados por el Estado.

El Profesor Manuel Waline señala que: “La teoría de proporcionalidad³⁰ de cargas afirma que no debe existir una diferenciación en las cargas impuestas a los ciudadanos, es decir que todos deberán contribuir del mismo modo en el resarcimiento y reparación a aquellos que hayan sido lesionados por accidentes del poder público”.³¹Es, decir que cuando el Estado ejecuta un acto que perjudica a un habitante haciéndole sufrir un daño injusto, con respecto a los demás ciudadanos, está obligado a indemnizar ese daño para no romper el principio de equidad, de igualdad, que ampara por igual a todos los habitantes.

Tal teoría ratifica la necesidad de que en bien del desarrollo común, el individuo soporte sin ningún tipo de reparación de los daños sufridos como consecuencia del ejercicio legal y regular del poder público. Quedando también claramente establecido en la teoría de proporcionalidad de cargas que de ser ejecutado un acto por el Estado que perjudique a un ciudadano, será obligación del Estado proceder a la reparación como requerimiento para mantener los postulados de equidad e igualdad para todos los ciudadanos.

El Jurista Jonas Hans, manifiesta que: “La teoría de proporcionalidad de cargas asume que la reparación solamente será viable por deficiencia, omisión o dolo de la

²⁹ Ob. Cit. Altamira. *Responsabilidad del Estado*, 77.

³⁰ El principio de proporcionalidad hace referencia a la necesidad de hacer uso indebido de las sanciones de tal modo que se sobreactuó la ley, imponiéndose penas injustas a los infractores.*

* Manuel Waline, *Tratado Elemental de Deberes Administrativos* (Barcelona, Editorial Nuevos Tiempos, 2011), 66.

³¹Ibíd. Waline. *Tratado Elemental de Deberes Administrativos.*, 66.

administración pública, pero en caso de una actuación regular y continúa de la administración pública y que exista daños a terceros no se procederá a la reparación”.³²

Tal teoría afirma que en caso de existir daño se procederá a la reparación, la cual se realizará a partir de los recursos existentes en el erario público lográndose de esta forma una distribución proporcional entre todos los miembros de la colectividad, lo cierto es que si hay daño debe repararse y esta reparación estará a cargo de quien la produjo: la Administración.

4.4. Teoría de la responsabilidad por riesgo

Sustentada principalmente por Duguit, quien sostiene: “La responsabilidad del Estado, no se puede edificar más que sobre la idea de un seguro social soportado por la caja colectiva, en provecho de aquellos que sufren en perjuicio originado por el funcionamiento de los servicios públicos, que se realizan en provecho de todos”.³³

Duguit también considera que esto se vincula por sí mismos a la idea existente en los pueblos modernos, de igualdad de todos ante las cargas públicas. De manera que si resulta de la intervención estatal un perjuicio especial para algunos, la colectividad debe repararlo sea que por parte de los agentes públicos exista o no exista culpa. Convirtiéndose el Estado, de esta manera, en una especie de asegurador del riesgo resultante de su intervención.

La teoría de la responsabilidad por riesgo, se enfoca en la existencia de un riesgo real en toda acción social, siendo imprescindible que exista un erario estatal que asuma los gastos por reparación producto de las acciones erróneas del servicio público. El experto en Derecho Constitucional Pablo Larrañaga, indica que: “La teoría de la responsabilidad por riesgo aborda el hecho de que toda acción social posee un riesgo social el cual deberá ser solventado por el Estado. De tal forma que es imprescindible la existencia de un seguro social financiado por una caja colectiva que pueda asumir las reparaciones hacia aquellos ciudadanos perjudicados por el funcionamiento del servicio público”.³⁴

³²Jonas Hans, *El principio de Responsabilidad* (Barcelona: Herder, 2012), 52.

³³ Julio Altamira, *Responsabilidad del Estado* (Buenos Aires: Depalma, 1973), 75.

³⁴ Pablo Larrañaga, *El concepto de Responsabilidad del Estado* (México D.F.: Fontamara, 2010), 127.

Es decir que, la responsabilidad de la Administración Pública existe cuando durante la prestación de un servicio público, se ocasione un daño a un individuo o a un grupo de personas; la posibilidad de ocasionar algún daño constituye un riesgo, de allí entonces la responsabilidad por riesgo.

Es de destacar que en dicha teoría se recalca la importancia de la actividad del Estado llevada a cabo siempre en la materialización de un interés colectivo, por lo que las cargas producto de la reparación no deberán nunca afectar a unos ciudadanos más que a otros, ni a unas instituciones estatales más que a otras tomándose en cuenta el principio de riesgo social que entraña todo tipo de acción dirigida al mejoramiento social, por lo que, no se reconoce la responsabilidad específica de los órganos estatales como deficiencias propias de los mismos.

Toda acción de perjuicio³⁵ fomentada por funcionarios públicos deberá ser compensada por una caja colectiva garantizándose en todo caso la intervención del Estado, reconociéndose la responsabilidad de la administración pública en toda acción de dolo, omisión o ineptitud llevada a cabo por funcionarios públicos, asumiéndose tales acciones como un riesgo inherente a la actividad del Estado, justificándose de esta forma su plena intervención y resarcimiento del daño a partir de los recursos existentes en el seguro social. La teoría de responsabilidad por riesgo establece la obligatoriedad de reparar de forma particular a los operarios por parte de los empresarios independientemente del grado de culpabilidad de los mismos en los accidentes de trabajo.

La teoría de responsabilidad por riesgo se apoya en la necesidad de reparar a los afectados por acciones de órganos estatales a partir de la existencia de un seguro social no asumiéndose en ningún caso de forma particular por el órgano estatal infractor la responsabilidad de reparar sino recayendo tal acción en el seguro social financiado por la caja colectiva.

³⁵ Se define como toda acción que ocasione alteraciones o daños por causas como negligencia, dolo o impericia definición creada a partir de lo expuesto por Paloma Bilbao.*

* Paloma Bilbao, *El derecho Administrativo del Estado* (Madrid: Gran Angular, 2012), 207.

4.5. Teoría de la equidad

Sostenida por Mayer quien afirmaba que: “La indemnización existirá siempre que el Estado haya obtenido alguna ventaja en detrimento excepcional de un administrado”³⁶. Para que una persona sea acreedora de una indemnización, deben existir las siguientes condiciones:

1. Que el daño sea causado por la Administración Pública;
2. Que ese daño rompa la equidad, castigando al individuo de una manera injusta y desigual; y,
3. Que el daño se manifieste en un perjuicio material para el individuo, de manera que por parte del Estado se dé una especie de enriquecimiento sin causa³⁷.

La teoría de la equidad plantea que todos los daños ocasionados por el Estado serán asumidos por el mismo, pero en los casos en los que sus organismos sean responsables del daño los mismos deberán asumir la reparación a los perjudicados.

La Jurista Uruguaya Leonor Ramírez por su parte coincide y explica que: “La teoría de la equidad plantea que la reparación procederá siempre que el Estado haya obtenido ventajas en detrimento de los administrados, especificándose que aquellas acciones del poder público que ocasionen daños y perjuicios a los administrados serán reparados plenamente por aquellos órganos estatales específicos causantes del daño”.³⁸La teoría de la equidad incluye la imposibilidad de que la reparación sea asumida por los recursos provenientes del erario público por considerarse tal acción como tentativa contra los intereses del patrimonio de los particulares.

No considerándose equitativa el peso de la reparación sobre otros sujetos que no sean aquellos que ocasionaron de forma directa el daño por sus acciones negligentes de omisión, independientemente que los mismos sean parte funcional y organizacional de una estructura del Estado en específico, debiendo ser tal estructura estatal la responsable directa de la reparación.

³⁶ Otto, Mayer. *Derecho Administrativo Alemán*. (Trad. Española B.s. As. 1949), 222.

³⁷ Ob. Cit. Altamira. *Responsabilidad del Estado*, 84.

³⁸ Leonor, Ramírez. *Teorías del Estado*. (Montevideo: Estudios Jurídicos, 2010), 127.

De acuerdo al reconocido tratadista Eugenio Larrea: “Tal teoría también estipula un conjunto de condiciones que regulan el hecho de la indemnización”.³⁹ Dicho autor especifica que serán reparados los afectados de acciones que emanen directamente de la responsabilidad de la administración pública que se traduzca en destrucción y daño a valores pecuniarios o acciones que atenten contra el normal desenvolvimiento de los administrados, tales como comercio, economía, industria, entre otras.

También se aborda el hecho de que toda acción de la administración pública que atente contra la equidad existente y propicie un castigo injusto y desigual deberá ser reparado por el órgano estatal o de la administración pública en específico que lo cometa.

4.6. Teoría de la estricta justicia

Formulada por el doctor Félix Sarría, cuya tesis propugnaba que: “La responsabilidad del Estado surge por el hecho mismo de las personas o de las cosas que tiene a su servicio”⁴⁰. La teoría de la estricta justicia afirma que el Estado es sinónimo de justicia pero la misma puede ser violada al pretenderse distribuir la carga pública a consecuencia de un daño entre todos los ciudadanos, situación que atenta contra las libertades y derechos individuales.

La Profesora de la Universidad México Internacional, Belén Castillo señala que: “La teoría de la estricta justicia se desprende directamente del principio basado en la responsabilidad inherente del Estado por las personas y cosas a su servicio”.⁴¹ Se destaca el vínculo existente entre la teoría de la estricta justicia y la responsabilidad plena del Estado ante cualquier tipo de obra pública que lesione a terceros. Complementándose dicha teoría con los principios de equidad, justicia y lógica en las relaciones generadas por el derecho.

Tal teoría se sustenta en requisitos como que entre el hecho y el daño medie una razón de efecto y causa, llevándose a cabo el mismo sin ningún tipo de responsabilidad por el afectado, pudiéndose percibir el daño de forma permanente, accidental, efectiva, material y valorable desde el punto de vista económico. La tratadista española Paloma

³⁹ Eugenio Larrea, *Análisis crítico de la Responsabilidad del Estado* (Buenos Aires: Legal, 2013), 62.

⁴⁰ Ob. Cit. Altamira Julio. *Responsabilidad del Estado*, 85.

⁴¹ Belén Castillo, *Teorías y Responsabilidades del Estado* (México D.F.: Océano, 2013), 84.

Bilbao, señala al respecto que: “La teoría de la estricta justicia considera como imprescindible la equidad entre el daño ocasionado y la indemnización brindada considerando también como necesario que dicha indemnización sea asumida por el órgano estatal específico causante del daño”.⁴² Lo cual constituye a la teoría como una fusión de teorías anteriores en la que la lógica juega un papel preponderante.

Finalmente, el profesor Julio Altamira afirma que de cualquier forma que el Estado actúe éste es responsable; y siempre, “que el funcionario, empleado o agente de la administración, o el funcionario normal o anormal causa un daño actual, directo y extraordinario a la persona o bienes de un administrado, debe indemnizarse; pero con la condición de que aquéllos hayan obrado dentro de sus funciones, en actos de servicio o usando de los medios que el Estado les proporciona para realizarlos; solamente debe relevárselo de esa obligación, cuando el funcionario o agente se haya extralimitado ostensiblemente en el ejercicio de las funciones.”⁴³

Siendo como es el Estado, autoridad o gobierno de la sociedad, conduce a la comunidad hacia un fin, el mismo que no puede ser otro que el bien común; es por ello que se ha dicho que Estado es la autodeterminación soberana de la sociedad que necesariamente debe estar enmarcada en la justicia. De manera que, compartiendo el criterio generalizado entre los tratadistas, el fundamento doctrinario de la responsabilidad de todo Estado es el bien común; fundamento que, en lo que respecta a la legislación ecuatoriana, tiene asidero jurídico en la Ley Fundamental y en algunas leyes especiales, que mencionan entre los derechos deberes y garantías de las personas y del Estado, el derecho de repetición y hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleador, por dolo o culpa grave judicialmente declarada.

Cabe señalar que la Constitución Ecuatoriana al respecto señala que todo órgano del poder público es responsable y no puede ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución de la República del Ecuador y en las demás leyes.

⁴²Ob. Bilbao. El derecho Administrativo del Estado. 116.

⁴³Ob. Cit. Altamira, Responsabilidad del Estado, 86-7.

Capítulo segundo

El servicio público

El artículo 227 de la Constitución de la República, establece que: “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”, si bien el servicio público presupone usualmente una organización de esos elementos y actividades para un fin, por lo que, la idea de organización es inseparable de la noción de servicio público.

Los términos, “servicio” implica una actividad, acción; y “público” porque quien realiza tal actividad es el Estado, en su contexto para el tratadista Agustín Gordillo, “el servicio público no es cada acción o prestación considerada en sí misma, sino en todo caso la actividad tomada como conjunto, consustanciada con la organización que efectúa tales acciones o prestaciones”,⁴⁴ por lo que, el objetivo final de un servicio público es la satisfacción de las necesidades generales de la colectividad.

El doctor Marco Morales en su libro *Manual de Derecho Administrativo* señala que el “el servicio público es uno de los objetivos o materiales de la administración pública y es la herramienta para la consecución de sus objetivos, los servicios y prestaciones públicas por tanto no son políticas ni cometidos, sino tan solo operaciones que realizan para alcanzar la consecución de los mismos”.⁴⁵ En ese contexto el administrado, en la actualidad no demanda tan solo acción a los gestores públicos, sino que el servicio público que recibe sea de calidad, por lo que la organización del Estado ha de responder con mayor eficiencia, empleando la mayor eficiencia. Por ello, es de entender que el control debe ir ligado a la juridicidad y a la calidad del servicio público.

Al hablar de los servicios públicos, el tratadista Roberto Dromi señala que: “se refiere a las prestaciones que cubren necesidades públicas o de interés que explicitan las funciones-fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros, mediando concesión,

⁴⁴ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II (Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1991), 13.

⁴⁵ Marco Morales Tobar. *Manual de Derecho Procesal Administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010), 394.

licencia, permiso, autorización o habilitación pero siempre bajo fiscalización estatal. Es decir puede tratarse de la provisión de agua, luz, gas, teléfonos, como de la prestación de servicios de educación, salud, transporte, seguridad”.⁴⁶

La profesora Dra. Lourdes Espinoza⁴⁷, explica que el servicio público constituye el conjunto de actividades llevadas a cabo por instituciones del Estado con el fin de satisfacer necesidades básicas que permitan la vida digna y el confort necesario en la sociedad para garantizar niveles de crecimiento y desarrollo estables. En tal sentido, la naturaleza jurídica del servicio público se manifiesta cuando la institución que tiene a cargo la prestación, opera dentro del área de su competencia o del objeto para el cual fue creada y reglamentada por su respectiva ley; además de ello es necesario que exista generalidad, entendiéndose que cualquier persona puede acceder a él cuando se den las circunstancias que se requieren para ello. Por ejemplo: para acceder al servicio que presta un hospital del sistema de salud pública, se requiere que el paciente acuda voluntariamente a la institución, evidenciándose la generalidad del servicio sin restricción alguna.

Ahora bien, respecto al control del servicio público el profesor Marco Morales señala que consiste necesariamente en la revisión de si las actuaciones del gobernante, administrador, legislador o agente público en general se ha ceñido al sentido de la juridicidad, sino y también a la calidad y calidades con la que se otorga la prestación estatal, su oportunidad, coste y precio”.⁴⁸

Así mismo, el artículo 11, numeral 9 inciso segundo, hace referencia a la prestación de servicios impropios, que conforme a la doctrina son los que están ejecutados por un particular, a través de delegatarios, concesionarios, asociación o participación, en la gran mayoría de casos se trata de concesionarios, en cuyo caso el prestador del servicio público asume para sí todas las responsabilidades.

De la lectura del libro *Procesos Constitucionales en el Ecuador* en el que el doctor Rafael Oyarte Martínez es el coordinador, señala el texto escrito por el doctor Ramiro Rivadeneira Silva, quien afirma: “La delegación que realice el Estado a los particulares no le exime de su control que de manera principal le permita velar para que

⁴⁶ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 2001), 693.

⁴⁷ Lourdes Espinoza, *Funcionamiento de la Administración Pública* (México D.F.: Azteca, 2012), 97.

⁴⁸ Ob. Cit. Morales Tobar. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 397.

tales servicios respondan al interés público, puesto que de lo contrario sería una actividad más en el libre juego del mercado, modelo que, en tales casos, no ha sido instituido por la norma constitucional”.⁴⁹

En el tema de prestación de servicio público el principal problema que tenemos en nuestro país, es lo centralizado que es el Estado, para el doctor Genaro Eguiguren: “La centralización consiste en otorgar todas las facultades a los órganos centrales que abarcan la totalidad de los fines del Estado la realiza en forma directa el órgano u órganos centrales [...]”.⁵⁰ Es decir cuando nos referimos a un Estado Centralizado hacemos referencia a una concentración en el Ejecutivo, de toda la prestación de servicios, salud, vivienda, trabajo, todo lo monopoliza el Estado, por lo que debido al crecimiento de las necesidades colectivas, a la amplitud del ámbito de la actividad pública y a la complejidad de las acciones que debe desarrollar la administración pública, este sistema aparece como insuficiente, eso ha conllevado a que haya muchos juicios de responsabilidad del Estado, porque el estado se vuelve un prestador de servicios público de todo, hace que tenga demasiada responsabilidad en manos del Estado, entonces sería mejor que el Estado no trate de centralizar toda la actividad de tal manera que no tenga tanta responsabilidad en el aparato estatal.

En definitiva, la compleja realidad política y social demuestra que las autoridades administrativas de los órganos centrales son materialmente incapaces de arrogarse toda una serie de actividades que una elemental racionalización asignaría a múltiples órganos competentes, por lo que en la actualidad la centralización resulta un contrasentido y un anacronismo, y que, por lo mismo, el pretender que el jefe del Ejecutivo tenga la suma de todas las competencias y la facultad de intervenir en todas las prestaciones de servicios es algo imposible.

1. Los servidores públicos

En nuestra legislación ecuatoriana la Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP define al servidor público como:

⁴⁹ Rafael Oyarte Martínez, coord., *Procesos Constitucionales en el Ecuador* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2005), 118.

⁵⁰ Genaro Eguiguren, *Nuevas Instituciones de la Contratación Pública*. (Quito: Corporación Editora Nacional, 2001), 108.

Art. 4.- Servidoras y servidores públicos.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Las trabajadoras y trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo.⁵¹

La Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP tiene la misma consideración entre servidores o funcionarios públicos como las personas que trabajan y prestan servicio en instituciones del Estado, llevando a cabo funciones o dignidades que afecten directamente los servicios públicos y los niveles de satisfacción de los ciudadanos. El funcionario público es la célula funcional del Estado, es a través de su desempeño que se asegura la correcta disposición de los recursos materiales del Estado, por lo que si se verifica que actuó con dolo o culpa grave deberá responder por los actos en que se condene al Estado a hacer una reparación económica.

Por lo tanto el Estado asumirá la indemnización producto del daño o perjuicio causado a los ciudadanos por el mal desempeño de los servidores públicos, de comprobarse su actuación negligente, responderán ante las autoridades competentes y serán sujetos de la acción de repetición con el fin de resarcir los recursos económicos entregados como indemnización del daño.

Ahora bien, el experto administrativista Roberto Dromi señala que: “no hay distinción entre funcionarios y empleados, esto es, entre personas que deciden en representación de la voluntad estatal y personas que ejecuten esas decisiones en relación de dependencia. Todos los agentes del Estado, cualquiera que sea su naturaleza, jerarquía o función, asumen el carácter de órganos del Estado. De ello resulta que si todos los agentes del Estado son órganos suyos, entonces la responsabilidad de aquél por los hechos o actos de sus agentes será siempre directa”.⁵²

Por su parte el tratadista Raúl Castillo,⁵³ explica que el empleado público es la persona que labora para una institución estatal y ejecuta las acciones producto de decisiones tomadas por funcionarios públicos, los cuales poseen la capacidad de tomar decisiones, mientras que el empleado público no posee la misma, limitándose a la ejecución de tales disposiciones, es decir el empleado público de cometer actos

⁵¹ Ecuador, “Ley Orgánica del Servicio Público” en *Registro Oficial No. 294* (6 de octubre de 2010), artículo 7.

⁵² Ob. Cit. Dromi. *Derecho Administrativo*, 1088.

⁵³ Raúl Castillo, *El servidor público español* (Madrid: Cervantes, 2012), 205.

perjudiciales durante el ejercicio de su función pública será sujeto de medidas disciplinarias tomadas por los funcionarios del Ministerio al cual pertenece en concordancia con la legalidad existente. Con estas consideraciones, es mi criterio que el Estado asumirá la indemnización producto del daño o perjuicio causado a terceros por el mal desempeño de los funcionarios o de los empleados públicos; es decir de los servidores públicos, los cuales responderán ante las autoridades competentes y serán sujetos de la acción de repetición con el fin de resarcir los recursos económicos entregados como indemnización del daño.

1.1. Tipos de responsabilidades del servidor público

La Constitución de la República del 2008 derogó los anteriores artículos sobre Acción de Repetición (los artículos 20 y 22 de la Constitución del 1998) y mantuvo la responsabilidad administrativa, civil y penal de los servidores públicos por sus actos y omisiones de acuerdo al artículo 233 de la Carta Magna.

Partiendo desde la premisa que el funcionario público actúa siguiendo las pautas y normativas dictadas por organismos superiores es de destacar que no siempre su desempeño estará comprendido por el marco legal existente, pero del mismo modo debe tomarse en cuenta que las acciones del funcionario público siempre y sin ninguna excepción estará dirigido a satisfacer los intereses comunes y no particulares.

Varios investigadores sobre los tipos de responsabilidad del funcionario público tales como el Dr. René Vallejo⁵⁴ consideran que los tipos de responsabilidad del funcionario público pueden ser resumidos en responsabilidad administrativa, civil y penal; siendo el principio de responsabilidad la capacidad de imputar conductas infractoras que emanen del accionar del funcionario público, en caso de extralimitaciones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, siendo la responsabilidad del funcionario público la institución básica del Estado de Derecho y garantía del respeto a los elementos legales plasmados en la Constitución de la República.

La Contraloría General del Estado tiene, entre sus facultades, las de determinar responsabilidad administrativa y civil culposa e indicios de responsabilidad penal, que se

⁵⁴ René Vallejo, *La responsabilidad del servidor público* (México D.F.: Trillas, 2013), 108.

relacionen con las gestiones que controla este órgano y que se refieren básicamente al uso de recursos del Estado conforme lo determina el artículo 211 y 212 No. 2 de la Constitución del Estado, por lo que a la Contraloría General del Estado le corresponde la “potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal”.⁵⁵

Las principales fuentes normativas de estas responsabilidades son la Ley Orgánica de Responsabilidades⁵⁶ y el Reglamento de responsabilidades⁵⁷. Se hace referencia a la responsabilidad del funcionario público como el elemento legal que garantiza el cumplimiento de las atribuciones y deberes de los funcionarios públicos, de forma tal que no exista impunidad para cualquier tipo de acción con dolo o culpa que afecte el desempeño del Estado y que viole la normativa jurídica existente.

1.1.1. La responsabilidad administrativa o disciplinaria

De acuerdo con el ordenamiento jurídico del país no hay servidor exento de responsabilidad, el Estado tiene la obligación de asegurar el correcto funcionamiento de los servicios a su cargo por lo que debe exigir a los agentes públicos el ejercicio de sus deberes y eventualmente sancionar a quienes incurran en faltas.

Para el tratadista Hermán Jaramillo Ordóñez: “La responsabilidad administrativa se origina de las “faltas” cometidas por el servidor público en el ejercicio de sus actividades. Esta responsabilidad es eminentemente disciplinaria y su fin no es otro que asegurar el fiel cumplimiento de los deberes inherentes a la función que desempeña el servidor, como el de respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución, las Leyes y Reglamentos y más disposiciones expedidas[...]”,⁵⁸ esta definición de responsabilidad administrativa atañe al campo eminentemente disciplinario atribuido a los servidores públicos del Estado quienes deberán estar sujetos a determinadas reglas de conducta con sujeción a los deberes y obligaciones del cargo, que determinarán el comportamiento en el ejercicio de sus funciones. La conducta o comportamiento de un sujeto destinatario de

⁵⁵ Ecuador, “Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado” en *Registro Oficial No. 595* (12 de junio de 2002), Art. 39.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ Ecuador, “Reglamento Susutitutivo de Responsabilidades”, en *Registro Oficial No. 386* (7 de octubre de 2006), 18.

⁵⁸ Hernán Jaramillo Torres, *Manual de Derecho Administrativo* (Loja: Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Loja, 1999), 297.

la ley disciplinaria que se constituya en trasgresión de la misma y por lo cual deba imponérsele una sanción, es lo que se conoce como falta disciplinaria.

La responsabilidad administrativa del funcionario público de acuerdo con lo expresado por el Dr. Javier de la Vega, puede ser definida como:

Las faltas en las que incurre el funcionario público como la consecuencia de la no acatación de obligaciones u prohibiciones previamente comprendidas en el marco legal de la LOSEP, de modo que se originan faltas administrativas, las cuales darán lugar a sanciones administrativas, posteriores a un procedimiento con independencia de otras responsabilidades, dando como resultado un control efectivo de los actos de la administración.⁵⁹

En definitiva, la responsabilidad administrativa es cuando el servidor se le impone una sanción por faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones. La sanción que se impondrá al servidor público dependerá de la categoría de falta que haya cometido, serán desde amonestaciones verbales o escritas y multa hasta suspensión temporal o destitución de las funciones que desempeña el servidor público.

La responsabilidad administrativa se revela como la más amplia de las responsabilidades, abarcando las medidas disciplinarias, quedando claramente establecido por la LOSEP las prohibiciones y limitaciones del servidor público, las cuales en caso de ser infringidas por el servidor o de evidenciarse extralimitaciones en sus funciones el funcionario público recaerá en la responsabilidad administrativa que también se determinarán por otras instituciones tal y como queda expuesto en el artículo 226 de la Constitución las servidoras y los servidores estarán sujetos al principio de legalidad los cuales se determinan las causas que dan lugar a las sanciones establecidas de acuerdo a la gravedad de la falta.

Se puede deducir que la primera responsabilidad que posee el funcionario público es administrativa, siendo el informe preliminar realizado en la institución, la que permitirá ejercer el derecho de repetición, tal como lo señala el Art. 69 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. La acción de repetición nace de la responsabilidad administrativa, siendo la investigación previa realizada en la institución, la que permitirá ejercer el derecho de repetición, tal como lo señala el

⁵⁹ Javier Vega, *La responsabilidad del servidor público* (Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura Argentina, 2011), 257.

artículo 69 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, éste y las sanciones disciplinarias impuestas a los servidores, podrán contradecirse en vía jurisdiccional ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

La responsabilidad administrativa antecede a la responsabilidad civil como consecuencia de actividades culposas o negligentes del servidor público causantes de daños a ciudadanos o al patrimonio del Estado, siendo la responsabilidad civil a su vez determinada solamente por la Contraloría General del Estado una vez determinada la responsabilidad administrativa.

1.1.2. La responsabilidad civil

Se ha analizado en el capítulo anterior que la culpa o dolo puede ser por acción u omisión y que la obligación de pagar nace cuando alguna persona natural o jurídica resulta perjudicada como consecuencia de la violación de los deberes legales preexistentes. Por consecuencia, la responsabilidad civil, nace cuando la acción u omisión del servidor público genera daños en el patrimonio del Estado o de sus instituciones, así como también cuando ese perjuicio se ocasiona al patrimonio de los administrados.

La indemnización o la obligación de pagar el perjuicio comprende el daño emergente en exclusiva o el daño emergente conjuntamente con el lucro cesante, entendiéndose por daño emergente al causado a un bien material sin perjuicio de la actividad económica que realiza el propietario, así por ejemplo: si al construir una carretera, se afecta una propiedad de tal forma que la misma es inhabitable, la institución pública causante del daño deberá indemnizar al propietario por el valor de la casa, pudiendo la institución ejercer la acción de repetición contra él o los funcionarios que provocaron el daño.

Mientras que se evidencia el daño emergente conjuntamente con el lucro cesante cuando se produce un detrimento a un bien material con perjuicio de la actividad económica que desempeña, así por ejemplo al construir una carretera, se afecta una propiedad en la cual el propietario poseía un restaurante, de tal forma que la misma es inhabitable, la institución pública causante del daño deberá indemnizar al propietario por el valor de la casa más los haberes que el propietario deja de percibir , pudiendo la

institución ejercer la acción de repetición contra él o los funcionarios que provocaron el daño

Para el especialista en Derecho Administrativo Nelson López Jácome, la responsabilidad civil requiere:

1. Que el daño sea causado por un servidor público.
2. Que el daño sea consecuencia de dolo o culpa del servidor
3. Que el daño sea cierto y determinado y,
4. Que la norma jurídica establecida mande a pagar los daños ocasionados.⁶⁰

Por consecuencia, se llama responsabilidad civil por cuanto la consecuencia de la acción u omisión, determina la obligación del servidor público de responder económicamente por el daño causado. Es una responsabilidad extraída del derecho civil; en razón de que constituye una compensación por el perjuicio generado, el cual debe ser susceptible de una percepción económica concreta.

La responsabilidad civil es manejada por el derecho público siempre y cuando la ley obligue al Estado, por medio de sus instituciones, a establecerlas, cuantificarlas, imponerlas y recuperar el valor del daño ocasionado. Daño que siempre se verifica en contra de los recursos públicos. Pero es manejada por el derecho civil en el caso de que el perjudicado se accione directamente en contra del servidor público que ocasionó el perjuicio.

El Dr. José García Falconí en su tratado la Indemnización estatal y sus repercusiones explica: “Que debe tomarse en cuenta que en instancias administrativas al hacer referencia a la responsabilidad civil culposa de los funcionarios públicos deberán probarse aquellas acciones u omisiones que denoten impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación o negligencia, con el objetivo de posteriormente permitir las acciones de repetición por parte del Estado contra el o los funcionarios responsables”.⁶¹

Para el estudio del derecho de repetición, la legislación ecuatoriana y concretamente el Art. 11 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador determina la responsabilidad civil como un hecho público, en razón de que el Estado,

⁶⁰ Nelson López Jácome, *La Responsabilidad Administrativa, Civil y Penal* (Quito: Ediciones Nina, 2006), 111.

⁶¹ José García Falconí, *La indemnización estatal y sus repercusiones* (Quito: Ediciones Conejo, 2010), 245.

sus delegatarios concesionarios están obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares, por los perjuicios que sufran por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos o por las acciones u omisiones de sus funcionarios y empleadas o empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

En definitiva, la responsabilidad civil de los funcionarios públicos es el elemento que garantiza la inexistencia de impunidad en aquellas acciones marcadas por el dolo o culpa cuyas consecuencias generen responsabilidad de indemnización al Estado, constituyéndose la responsabilidad civil de los funcionarios en el elemento de regulación a las negligencias y arbitrariedades de los servidores públicos.

Después de estudiar las diferentes teorías de responsabilidad del Estado, se establece con claridad que el Estado, posee la necesidad u obligación de reparar o satisfacer aquellos daños o perjuicios a particulares derivados del ejercicio de la acción pública, brindándose a los mismos una indemnización que logre resarcir el daño, pero al mismo tiempo es evidente que el Estado posee pleno derecho de repetir contra los funcionarios responsables o agentes de tales daños o perjuicios, como consecuencia de actitudes de omisión, abuso de poder, negligencia, entre otras.

Capítulo tercero

La acción de repetición

1. Definición

El tratadista ecuatoriano, Doctor Jorge Zavala Egas, en su libro “Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”, define a la acción de repetición “como instrumento, herramienta o mecanismo judicial, de naturaleza civil, dado que tiende a compensar al Estado mediante retribución patrimonial por parte de cualquier sujeto que, en ejercicio de una función pública, no sólo administrativa, con dolo o culpa, expidió una resolución o ejecutó un acto a consecuencia del cual se produjo la indemnización reparatoria a cargo del Estado que este pagó como consecuencia de una condena, nacional o internacional, de acuerdo reparatorio, transacción o por otro modo de terminación de un litigio”.⁶²

El tratadista venezolano Emilio Delgado, explica que: el “derecho de repetición es aquella acción a través de la cual el Estado brinda una respuesta efectiva a aquellas acciones causantes de daño de tal modo que se garantice una relación de igualdad y equidad entre el Estado y sus administrados, asegurándose que los medios y efectos económicos a ser utilizados en el resarcimiento del daño sean sufragados por el funcionario o servidor público que cometió la infracción”.⁶³

Partiendo de esa definición, la acción de repetición es el medio judicial que la Constitución y la Ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de los funcionarios o ex funcionarios el reintegro del monto de la indemnización, que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena establecida en una sentencia judicial, en un proceso de garantías jurisdiccionales o de un organismo internacional e protección de derechos, una vez declarado dolo o culpa grave, por tanto, busca responsabilizar patrimonialmente frente al Estado al servidor que en ejercicio de sus funciones causó un daño antijurídico por el cual debe responder el Estado.

⁶² Jorge Zavala Egas. Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (Quito: Edilex S.A., 2012), 200.

⁶³ Emilio Delgado, *La indemnización como derecho universal* (Caracas: Macmillan, 2011), 129.

Debe ser entendida esencialmente como una herramienta para conseguir la eficiencia, transparencia y responsabilidad de la función pública y generar un efecto preventivo sobre el actuar de los servidores del sistema de justicia más no de sancionar al funcionario.

Entonces, la naturaleza jurídica de la acción de repetición es la de una institución jurídica, pues se constituye en un conjunto de principios generales de derecho, normas jurídicas, derechos, acciones que regulan determinada situación jurídica relevante que tiene por objetivo la satisfacción de fines sociales.

2. Finalidad

La acción de repetición persigue una finalidad de interés público que se concreta en la protección integral del patrimonio público, en aras de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción de los intereses generales.

3. Objetivo de la acción de repetición

Es de destacar que la acción o derecho de repetición tiene como principal objetivo lograr la declaración y efectividad de responsabilidad patrimonial en aquellos casos en los que se verifique que por la acción grave o dolosa de funcionarios públicos durante el ejercicio de sus funciones han llevado a cabo perjuicios en el orden jurídico, afectando el derecho de terceros, siendo obligación del Estado reparar los daños ocasionados desde el punto de vista material a través de sentencia o resolución definitiva para lograr una protección y respeto de los derechos humanos, así como también de las garantías jurisdiccionales existentes.

Por consecuencia, el objetivo principal de la acción de repetición es lograr el reintegro de los valores que el Estado ha erogado como consecuencia de una sentencia sea constitucional o internacional de derechos humanos. Para el efecto, debe señalarse que en todo caso es responsabilidad directa de la máxima autoridad de entidades o instituciones públicas causantes del daño la determinación de los funcionarios responsables del daño, incluso si los mismos han cesado sus funciones al momento de la demanda.

Con el objetivo de viabilizar la acción de repetición la reparación al perjudicado en consecuencia del daño efectuado, es decir una vez materializada la sentencia condenatoria y ejecutoriada, se iniciará la acción de repetición a través de la cual se exigirá al funcionario o servidor público responsable del daño la reparación pagada por el Estado.

De acuerdo con lo expresado en el Art. 11 numeral 9, se consagra a la acción de repetición como la facultad del Estado a través de la cual se ejerce dicho derecho contra los delegatarios, concesionarios y personas que actúen en ejercicio de la potestad pública, quedando establecido que los mismos estarán obligados a reparar los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos o por acciones u omisiones de funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus actividades.

5. Generalidades y características de la acción de repetición

De las obligaciones existentes por parte del Estado en la reparación de daños ocasionados por acciones ilícitas de sus órganos se desprende la acción de repetición, la cual se lleva a cabo contra funcionarios, los cuales como resultado de sus actitudes dolosas o gravemente culposas han sido responsables de los daños antijurídicos pudiendo el Estado solicitar a los mismos el reintegro de lo pagado a los afectados.

La repetición es un término cuyas raíces se encuentran en el vocablo latino *repetitio-onis*, lo que se traduce en acción o efecto de repetición, abordado en el contexto jurídico como la acción de reclamación, reposición y demanda, siendo actualmente considerada la repetición como el conjunto de acciones y estrategias legales dirigidas al justo reclamo a errores o faltas que poseen un efecto perjudicial sobre terceros.

La acción de repetición se enfoca en la necesidad de recuperar los recursos económicos invertidos por el Estado en la compensación del daño producido a particulares por la mala acción de sus delegados de forma extracontractual, obligándose al responsable directo del daño a resarcir al Estado tales recursos.

La prestación de los servicios públicos hacen responsable directo al Estado, por cualquier tipo de violación o daño que afecte a personas naturales o jurídicas, no

aplicando en tal caso la acción de repetición, dado que dicha acción recae dentro de la responsabilidad total del Estado, es decir aquellas acciones contractuales causantes de violaciones o daños a particulares por funcionarios públicos, serán asumidos totalmente por el Estado, debido a que el mismo es el responsable de capacitar a sus funcionarios. Sin embargo, al no existir una relación contractual y ser perjudicadas las personas naturales o jurídicas por acciones de omisión o con dolo, llevadas a cabo por funcionarios de organismos del Estado, 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.

El trabajo de investigación reúne pronunciamientos judiciales⁶⁴ relacionados con la acción de repetición, que acercados al estudio doctrinario se ha logrado destacar las siguientes características de la acción de repetición:

Se evidencia que, para que proceda la acción de repetición, debe comprobarse la existencia de dolo o culpa grave (o es lo uno o es lo otro) de los servidores y servidoras públicos en el ejercicio de sus funciones, cuyas definiciones son:

a.1. Dolo

El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro⁶⁵, el comportamiento voluntario y deliberado al momento de llevar a

⁶⁴Ecuador, Tribunal de lo Contencioso Administrativo: planteado por el Director General del IESS contra Octavio Reyes Lucas y otros, “Sentencia”, primera instancia, *Juicio No.17811-2013 – 3707*, 30 de abril de 2015.

Ecuador, Tribunal de lo Contencioso Administrativo: planteado por el Ministerio de Salud Pública contra Jorge Andrade Gaibor y otros, “Sentencia”, primera instancia, *Juicio No. 17811-2014-0259G,2* de abril del 2015.

Ecuador, Tribunal de lo Contencioso Administrativo: planteado por Viteri Acurio Roberto Efraín contra Procurador General del Estado, “Sentencia”, primera instancia, *Juicio No.17811- 2013-1148*, 23 de junio del 2015.

Ecuador, Tribunal de lo Contencioso Administrativo: planteado por el Ministerio de Relaciones Exteriores contra Ángel Plutarco Naranjo, “Sentencia”, primera instancia, *Juicio No.17811- 2013-15969,21* de septiembre del 2015.

Ecuador, Tribunal de lo Contencioso Administrativo: planteado por la Presidencia de la República contra Jorge Daniel Cadena Chávez y otros, “Sentencia”, primera instancia, *Juicio No.17811- 2013-1284,19* de diciembre del 2014.

cabo una infracción con pleno conocimiento del carácter ilícito de la misma, es decir, aquellas acciones que ocasionen un daño a la propiedad pública o privada por parte de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones deberán ser compensados por el Estado aplicándose posteriormente a la reparación la acción de repetición.

a.2. Culpa grave

Independientemente de las causas que conllevaron a la realización de tal acción las consecuencias de dicho acto se traducen en daños o perjuicios que ocasionan un quebrantamiento de la legalidad existente, así como un daño de carácter público o privado por lo que existe la culpa.

Es importante remitirnos a lo que dispone el artículo 29 del Código Civil: “La ley distingue tres especies de culpa o descuido, culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo...”

De manera que la determinación de la responsabilidad subjetiva, es decir verificar si el agente actuó con dolo o culpa grave, juega un papel importante para determinar la conducta del servidor estatal, porque no cualquier actuación administrativa implica que se puede iniciar una acción de repetición en contra de aquél, sino aquella que puede considerarse como dolosa o gravemente culposa.

b. Daño indemnizable

El tratadista colombiano Juan Carlos Henao, señala que: “El daño o lesión es un requisito indispensable para la existencia de responsabilidad, pero cuya sola presencia no convierte de suyo a quien lo sufre en acreedor de una indemnización. El daño debe ser probado por quien lo sufre, so pena de que no proceda su indemnización”.⁶⁶

Por lo que queda claro que para que proceda el daño indemnizable este ha de ser efectivo, material e individualizado, sin que sea permitido alegar la responsabilidad del funcionario a través de supuestos perjuicios no producidos.

⁶⁵José García Falconí. La Demanda Civil de Daños y Perjuicios y Daño Moral por Responsabilidad Subjetiva en contra de los Jueces, Fiscales y Defensores Públicos. (Ediciones RODIN Quito-Ecuador, 2010), 239.

⁶⁶ Juan Carlos Henao, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho Colombiano y Francés (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 1998), 38-9.

c. Efectuada solamente en actos de autoridad del derecho público

Otra característica para aplicar la acción de repetición, está dada porque solamente podrá ser efectuada en los actos emitidos de autoridad del derecho público en ejercicio de sus competencias, en uso de las potestades que la norma jurídica le atribuye a dicha autoridad, que le son conferidas para el cumplimiento de las responsabilidades que le han asignado.

d. Perceptible a la propiedad pública o privada

El doctor Luis Hidalgo López considera que los requisitos indispensables para la existencia de la acción de repetición están dados por aspectos tales como que se produzca un daño, perceptible a la propiedad pública o privada tanto por elementos en los que quede de manifiesto el dolo o intencionalidad o en aquellos casos en el que la acción se lleve a cabo por desconocimiento o impericia.

Es de destacar el daño a la propiedad pública o privada como condición indispensable para llevar a cabo la acción de repetición, pudiéndose cuantificar desde el punto de vista económico el daño producido y siendo el mismo compensable.

e. Acto imputable

Otra característica de la acción de repetición está dada por que el acto sea imputable, es decir que se pueda determinar con exactitud la magnitud del daño ocasionado, así como los responsables del mismo, de forma tal que se logre punir tales actos.

f. Nexo causal

En la acción de repetición el nexo causal es entre el hecho antijurídico y los demandados, es decir que como consecuencia de los actos indebidos llevados a cabo por el funcionario público, se desprendan repercusiones que afecten el desempeño social o privado, resultante directo de las acciones indebidas de dolo, impericia o desconocimiento del funcionario público.

De lo expuesto, si dichas características se enlazan en el ámbito procesal, la acción de repetición tiene elemento subjetivo y objetivo, haciéndose efectiva de la siguiente manera:

1. Que la entidad pública haya sido condenada en sentencia constitucional al pago de un valor determinado. Elemento objetivo para iniciar la acción: sentencia-pago.
2. Que la entidad haya pagado totalmente a la víctima de daño la suma determinada en la sentencia condenatoria. Elemento objetivo para iniciar la acción: sentencia y pago.
3. Que la condena se haya producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario público. Elemento subjetivo, que determina la responsabilidad del agente.

En forma adicional, es indudable que debe existir un procedimiento previo:

La entidad accionante debió luego de hacer un proceso serio y sucinto determinar las responsabilidades de cada persona, su grado de participación y cuál fue su accionar negligente que condujo a la Entidad al pago de un valor determinado, y luego cada servidor o funcionario de los nominados le corresponderá justificar su actuación pero, dentro del juicio y ante una de las Salas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, organismo este que es quién determinará la procedencia o no del derecho de repetición y sus responsables o no.

Si bien en nuestra legislación la acción de repetición puede provenir de acuerdo a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y al Código Orgánico de la Función Judicial, dichos cuerpos legales serán estudiados en el segundo capítulo, además de sentencias emitidas por la Corte Constitucional u Organismo Internacional de Derechos Humanos.

5. Evolución histórica de la acción de repetición

La repetición y la indemnización quedaron claramente establecidas dentro de la legalidad romana al tomarse en consideración ciertos aspectos necesarios para la

materialización de tales medidas, siendo la primera la existencia de un daño o perjuicio material, también tomándose en cuenta el daño social o moral que ocasionaba tal infracción, incluyéndose por primera vez en el derecho el término injurioso y como último aspecto a tomar en cuenta para poder llevarse a cabo la repetición e indemnización debía circunscribirse a un daño causado por una persona, de forma negligente o por omisión.

Por su parte el tratadista uruguayo Gonzalo Rivera, explica que la repetición como herramienta legal se desarrolló desde los inicios del derecho romano, pasando por la normativa jurídica del Reino de Castilla⁶⁷ reflejada en el cuerpo normativo denominado las siete partidas y posteriormente desarrollándose tales aspectos con profundidad en el Código Napoleónico.⁶⁸

Tales órganos legales sentaron las bases para que la repetición fuese abordada en los códigos legales vigentes como herramienta capaz de lograr un reconocimiento exacto de las responsabilidades ante daños y perjuicios, así como las medidas a ser tomadas para lograr una reparación plena de los perjudicados. En 1789 en la Declaración de Derechos Fundamentales del Hombre y del Ciudadano se abordó la acción de repetición hacia agentes públicos culpables manifestando la necesidad de la responsabilización de daños producidos a la propiedad privada en ejercicios de sus funciones públicas, siendo originalmente concebida como la reparación de daños y perjuicios.

En 1783 el Sistema Francés reconoce que la acción de repetición llevada a cabo por las instituciones cuyos funcionarios violen o afecten la propiedad privada recaerá sobre la acción jurisprudencial del Consejo de Estado quedando en evidencia el reconocimiento de poder repetir en los actos de gestión, más no de los de autoridad. En 1905 a partir del acuerdo de Tommaso Greco se extendió la acción de repetición a los actos de autoridad, es decir aquellos llevados a cabo por las instituciones estatales, y no solo las acciones cometidas por los funcionarios públicos.

⁶⁷ El Reino de Castilla fue una extensión política y social ubicada en la península española en el cual se desarrollaron los aspectos de mayor relevancia del Derecho Canónico, descripción basada en lo expuesto por Levi Marrero en el libro *Historia Antigua y Medieval*, perteneciente a la Editorial Océano.

⁶⁸ Ob. Cit. Padilla. *“La Responsabilidad del Estado”*. Recopilación legal revolucionaria para la época que sirvió como base para el desarrollo de la jurisprudencia moderna.

Ahora bien es importante señalar que la Acción de Repetición, es una institución jurídica para la recuperación de la confianza en la Administración Pública del País; fue creado para la defensa del patrimonio del Estado en donde se busca principalmente la recuperación pecuniaria de lo que el Estado la entidad pública, asumen como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de uno o de varios agentes. Esta creación ha sido interpretada como el medio judicial más eficaz que la Constitución y la Ley ha otorgado a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios el reintegro de la indemnización que se ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena al Estado. Entonces, se entendería como la facultad que permite al Estado ejercer una acción en contra del funcionario que haya ocasionado pérdidas económicas a la Administración por obrar con culpa grave, negligencia en el ejercicio de su potestad pública y que en virtud de ello ha ocasionado que el Estado, previa sentencia ejecutoriada repare al administrado.

Ratificándose del mismo modo el derecho a la repetición a favor del Estado y en contra del funcionario ineficiente con la finalidad de rescatar los recursos económicos destinados a la indemnización de los afectados evitando de esta forma un daño económico al erario público. Se evidencia que la responsabilidad del Estado queda plenamente reconocida en la Constitución de la República del Ecuador asumiendo el mismo de forma directa la reparación producto de las acciones ilícitas de sus empleados y funcionarios con el objetivo de satisfacer las necesidades de terceros afectados y lograr el pleno respeto al Estado de Derecho existente en el país.

Se concluye que el proceso de responsabilidad del Estado ante las acciones ilícitas llevadas a cabo por sus empleados y funcionarios ha sido paulatino reconociéndose progresivamente la necesidad no solamente de dar pleno cumplimiento a las obligaciones del Estado con sus gobernados, procediendo a la indemnización de los daños y perjuicios que pueda provocar el funcionamiento de la administración pública representada por funcionarios públicos, sino también la necesidad de llevar a cabo acciones de repetición contra los infractores de forma tal que se garantice la recuperación de los recursos del erario público utilizados en el pago de las indemnizaciones.

6. Fundamentos constitucionales y legales

La acción de repetición en nuestro país ha sido elevada a norma constitucional en el año 1979; y, ya se ha dicho que en la actual Constitución de la República del año 2008, la acción de repetición consta en el inciso tercero del artículo 11 numeral 9; además que cuenta con sustento legal que es justamente la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre del 2009.

El Estado debe respetar, proteger y promover los derechos fundamentales de los ciudadanos, lo cuales propenden el bien común. La Constitución ecuatoriana responde a esta finalidad señalando en su texto como deber primordial del Estado el asegurar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 3 numeral 1, lo cual concuerda al reconocer que “el más alto deber del Estado, consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución” como señala el artículo 11 numeral 9 de la Carta Magna.

Por su parte el doctor Rafael Oyarte, señala que:

El principio de juridicidad implica el respeto al Derecho en su concepción más amplia, es decir tanto el Derecho positivo, como los principios generales del derecho que son la expresión del Derecho Natural. El principio de control establece la necesidad de que los órganos del poder público fiscalicen el respeto a la juridicidad. El principio de responsabilidad implica que la violación a la juridicidad tenga consecuencias jurídicas.⁶⁹

En un Estado de Derecho en el que todos los hombres, principalmente los gobernantes, están obligados a someter todos sus actos a la juridicidad, al control y responsabilidad de sus actos, todo acto ilícito que provoque un daño o afectación a los ciudadanos o al patrimonio nacional, será sancionado independientemente de la jerarquía o cargo que ocupe el funcionario público causante del mismo como consecuencia de acciones de dolo u omisión.

Tal y como queda plasmado en la Carta Magna del 2008, la cual indica que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, definido como una forma particular de expresión, caracterizado por la existencia de una Constitución material y rígida, el carácter normativo y vinculante de la misma; y, el control judicial de

⁶⁹ Rafael Oyarte. Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado. (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014), 64.

constitucionalidad en cabeza de un órgano especializado que tiene la potestad de interpretar, en última instancia la Constitución, indicando que una Constitución es material cuando “contiene normativamente un conjunto de principios, valores y derechos que definen normativamente los fines del Estado”.⁷⁰

Si bien, el derecho de repetición se revela como la garantía al cumplimiento del más alto deber del Estado dado por respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución de la República, plasmándose la obligatoriedad de repetir contra los funcionarios que por acción culposa o dolosa, u omisión causan daño a los particulares, siendo el Estado el encargado de indemnizar los daños, y por ende el que goza del derecho de repetir contra los funcionarios públicos.

El artículo 11 numeral 9 de la Constitución del Ecuador del 2008, dispone que:

El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios y funcionarias y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

El artículo anterior aborda de forma concisa la obligación de indemnización por parte del Estado, con respecto a sus delegatarios y concesionarios que lleven a cabo acciones durante el ejercicio del servicio público que afecten los intereses de los ciudadanos, ejerciendo de forma inmediata la acción de repetición en contra de los funcionarios responsables de violaciones por acciones u omisiones.

En consecuencia, se evidencia la obligatoriedad del Estado de reparar las violaciones de los derechos a los particulares por sus funcionarios tal y como queda expuesto en la Constitución de la República por causas que pueden ir desde la falta o

⁷⁰ Ecuador, “Sentencia No. 002-08.SI.CC de la Corte Constitucional en transición”, en *Suplemento del Registro Oficial No. 487* (10 de diciembre de 2008).

deficiencia en la prestación de los servicios hasta acciones u omisiones de los funcionarios en la prestación del servicio público.

Sin embargo, la acción de repetición, procede en el caso de que exista una sentencia específica que configure el dolo o la culpa grave, una vez que cuente con ello, es el Estado el obligado directo a subsanar e indemnizar el daño - sentencia que disponga una indemnización y la iniciación de un proceso de repetición - para con el ciudadano de que sus bienes y derechos deben ser protegidos y asegurados, por ejemplo toda persona que se cree afectada por el funcionamiento de un servicio público, cuenta con la potestad jurídica de reclamar al Estado la correspondiente indemnización pecuniaria, pero para que el Estado recupere tal indemnización, debe haberse declarado judicialmente el dolo o culpa grave incurrida por el servidor público para repetir contra él.

Queda de manifiesto el derecho del Estado de repetir contra aquellos funcionarios cuyas responsabilidades hayan sido legalmente demostradas, quienes deben responder por aquellos actos en el que se condene al Estado a hacer una reparación económica, a fin de recuperar el dinero destinado a la indemnización de los afectados, tal acción se lleva a cabo sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles y administrativas, labor que deviene de la Contraloría General del Estado.

6.1. La acción de repetición en la Constitución de la República de 2008

La Constitución ecuatoriana en su artículo 52, aborda dentro de los derechos la garantía a los ciudadanos y ciudadanas a reclamar la reparación de las violaciones y perjuicios ocasionados por el ejercicio de instituciones públicas llevado a cabo por delegatarios, concesionarios, servidores y funcionarios, lo cual da origen a la acción de repetición por parte del Estado contra el funcionario responsable.

La Carta Magna mantiene plenamente el régimen de responsabilidad objetiva de la administración pública, garantizándose de esta forma que aquellos civiles que han sufrido daños en sus derechos subjetivos como consecuencia del ejercicio y prestación de los servicios públicos puedan llevar a cabo acciones legales contra el Estado con el objetivo de lograr una reparación del daño sufrido, siendo derecho del Estado repetir

contra los funcionarios públicos que hayan cometido el daño, de tal forma que se recupere el dinero entregado.

Por su parte el artículo 11 numeral 9 inciso segundo establece la obligatoriedad y responsabilidad del Estado por la falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos asumiendo el mismo la reparación correspondiente a los civiles afectados por la acción u omisión de los funcionarios públicos, es decir garantizar los derechos plasmados en la Constitución, siendo premisa fundamental el respeto por parte del Estado a los intereses y bienes de los ciudadanos, independientemente de su posición social, poder adquisitivo, cultura y características personales.

En el tercer inciso del mismo artículo y numeral se establece dos características fundamentales de la acción de repetición la inmediatez y el carácter punitivo y reparador sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. Queda expuesta la obligación del Estado de repetir contra los funcionarios públicos causantes de daños a civiles durante el ejercicio de sus funciones, de ser demostrado que las acciones fueron llevadas a cabo con dolo o intencionalidad, o por irresponsabilidad manifiesta en el desempeño del cargo público.

El artículo 11 reafirma la plena responsabilidad de los funcionarios públicos por las acciones llevadas a cabo durante el ejercicio de sus funciones existiendo la posibilidad por parte de los administrados que consideren que tal acción ha provocado daños y perjuicios a su bien patrimonial, reclamar el resarcimiento de los mismos y el Estado por su parte mantiene la prerrogativa de llevar a cabo acciones de repetición contra los funcionarios responsables por sus acciones u omisiones.

Siguiendo con la norma constitucional el artículo 226 establece con claridad las competencias y facultades a ser ejercidas por los servidores públicos, plasmándose que dichas acciones deberán ser coordinadas con el objetivo de garantizar el correcto funcionamiento de los organismos públicos y las acciones de indemnización a aquellos ciudadanos afectados por el desempeño de funcionarios pertenecientes a las instituciones del Estado, afirmando del mismo modo la acción de repetición del Estado contra dichos funcionarios.

La norma constitucional en el artículo 229 plantea que las personas que pertenecen a la administración pública, distinguiéndose las mismas como

responsabilidad del Estado, siendo sus acciones u omisiones responsabilidad directa de entidades del servicio público. Razón por la cual las acciones u omisiones realizadas por los servidores públicos que dañen el patrimonio de terceros deberá ser reparado por el Estado y será el Estado quien ejerza la acción de repetición contra el funcionario responsable del daño.

Por su parte en el primer inciso del artículo 233 de la Constitución evidencia la inexistencia de impunidad para las acciones llevadas a cabo por los servidores públicos, u omisiones siendo plenamente responsables de las mismas durante el ejercicio de sus funciones, asumiendo responsabilidades administrativa, civil o penal por el manejo y administración de los fondos, bienes o recursos públicos, es decir el Estado posee la acción de repetición contra los funcionarios responsables de daños a civiles, debiendo los mismos de ser probada su culpabilidad compensar los recursos entregados por el Estado en compensación al daño sufrido.

El segundo inciso del mismo artículo determina que la responsabilidad por los actos llevados a cabo durante el ejercicio de las funciones públicas por funcionarios y servidores no serán prescriptibles, así como las acciones para punir los mismos, llevándose a cabo la acción de repetición por parte del Estado contra el funcionario responsable inclusive en ausencia del mismo, estableciéndose claramente las sanciones a los delitos a ser cometidos durante el ejercicio de la función pública, tales como el peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

Se concluye que ningún servidor público gozará de impunidad por los actos u omisiones llevadas a cabo durante el desempeño de sus funciones, asumiendo plena responsabilidad civil, administrativa y penal por los mismos, estableciéndose la obligatoriedad por parte del Estado de respetar plenamente los derechos garantizados en la Constitución y en específico la acción de repetición contra funcionarios.

También se evidencia la existencia de un régimen disciplinario eficiente y efectivo capaz de punir a los funcionarios en ejercicio de su dignidad pública de comprobarse que han llevado a cabo acciones que afectan los intereses o bienes privados, siendo obligación del Estado llevar a cabo la acción de repetición contra el funcionario infractor que permita la recuperación de los recursos económicos desembolsados por el Estado.

Del estudio de la norma constitucional antes referida puedo establecer como principios dentro de nuestro Estado de Derechos y Justicia, lo siguiente:

- a) El Estado tiene el deber y la obligación de garantizar la plena vigencia y aplicación de los derechos de las personas;
- b) La obligación del Estado se traslada no solo a los servidores públicos, sino también a toda persona que actúe ejerciendo una potestad pública y ocasione un daño o perjuicio a una tercera persona;
- c) La obligación de reparar a cargo del Estado, sus delegatarios y terceros en general relacionados con él se materializa no sólo en los actos de gobierno, de gestión pública, sino también en las relaciones con el servicio público;
- d) Todos los funcionarios públicos pertenecientes a cualquiera de las cinco funciones del Estado, deberán responder por sus acciones u omisiones causantes de perjuicios a terceros;
- e) Se resalta la responsabilidad de los jueces y demás servidores de la Función Judicial por la deficiente prestación del servicio público;
- f) Sea cual fuere la autoridad pública causante del perjuicio o responsable por su acción u omisión, corresponde al Estado pagar la correspondiente indemnización al perjudicado, la cual involucra resarcimiento de perjuicio materiales y morales;
- g) Habiendo pagado el Estado una indemnización por el perjuicio causado por un servidor público deberá éste en forma inmediata, repetir el pago o reclamar al causante directo del daño la devolución o reembolso de los dineros cancelados por concepto de indemnización al perjudicado; y, finalmente,
- h) El Estado ejercerá en forma inmediata la acción de repetición contra las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales.

6.2. La acción de repetición en la normativa vigente

La acción de repetición como herramienta legal para la recuperación de los bienes o recursos económicos desembolsados por el Estado en concepto de pago de indemnizaciones a terceros afectados por el desempeño irregular de funcionarios o empleados públicos, se encuentra establecida en la siguiente normativa.

A pesar de que la Constitución de 1998 observaba la acción de repetición dentro de sus disposiciones legales como mecanismo a través del cual el Estado podía recuperar los valores entregados por concepto de indemnización a civiles como consecuencia de daños y perjuicios resultantes de acciones dolosas y culposas de funcionarios públicos en el ejercicio del cargo público.

La misma no tuvo la acogida y el respaldo esperado como consecuencia de la inexistencia de leyes complementarias que permitiesen materializar la normativa legal existente, siendo hasta la aprobación y posterior aplicación de la Constitución del 2008 que se plasma la normativa legal aunque dispersa que permite iniciar los procesos de repetición contra los funcionarios públicos.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece que para iniciar la acción de repetición es necesario que exista una sentencia en la cual quede plasmada la responsabilidad del Estado ante la violación del derecho del perjudicado, con lo cual se deberá dar inicio a dicha acción, iniciando su trámite en sede administrativa, al señalar a la máxima autoridad de la institución pública la responsabilidad de identificar al o los presuntos infractores.

El Código Orgánico de la Función Judicial aborda la acción de repetición contra funcionarios judiciales en los casos en los que las acciones llevadas a cabo por los mismos hayan sido causa de pago o indemnización a los administrados, llevándose a cabo por parte del Estado la acción de repetición a través de la cual el funcionario judicial deberá resarcir al Estado los recursos utilizados en la indemnización de los perjudicados.

Aunque es de señalarse que debido a la falta de un procedimiento uniforme de la acción de repetición, hasta el momento no se ha logrado recuperar los valores erogados por el Estado.

6.3. La acción de repetición en materia constitucional

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional por su parte aborda claramente los aspectos legales concernientes a la responsabilidad y repetición en su artículo 20, el cual explica que en caso de demostrarse la responsabilidad estatal, el juez o jueza deberá remitir a la máxima autoridad o entidades

competentes el expediente con el objetivo de llevar a cabo las acciones administrativas correspondientes.

En caso de desconocerse la identidad del funcionario o funcionarios responsables de la violación los jueces remitirán el expediente a las autoridades públicas correspondientes con el objetivo de determinar sus identidades, así como responsabilidades.

El Capítulo X de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que se refiere a Repetición contra servidoras y servidores públicos por violación de derechos, explica en su artículo 67⁷¹ que la repetición contra las y los servidores públicos y judiciales se produce como consecuencia de la violación de derechos en el ejercicio de sus funciones, y es el Estado obligado a reparar el daño ocasionado por tal acción u omisión.

El Art. 67 plasma claramente el objetivo de la acción de repetición, dado por declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial como resultado de acciones dolosas o culposas graves por parte de servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, dado el caso en el que el Estado haya sido condenado a reparar económicamente a través de sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales, o en una sentencia o resolución definitiva dada por un organismo internacional de protección de derechos. También se aborda en dicho artículo, que la acción de repetición prescribirá en un plazo de tres años contando a partir de la realización del pago hecho por el Estado, de no llevarse a cabo en el plazo señalado, la acción de repetición prescribirá.

Por otro lado, la nación ecuatoriana ha suscrito y ratificado varios tratados internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros, existen en la actualidad sentencias de esos organismos internacionales que han mandado al Estado ecuatoriano a pagar indemnizaciones.

En esta parte, es preciso realizar una diferenciación respecto de las sentencias de la Corte Constitucional y las emitidas por la Corte Interamericana de Derechos

⁷¹ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 22.

Humanos. Debo indicar de manera ejemplificativa un fallo de la Corte Constitucional, Sentencia No. 004-13.SAN CC de 13 de junio de 2013 en el que dentro de las medidas de reparación se ordenó que el Ministerio de Relaciones Exteriores realice medidas de reparación y ejerza el derecho de repetición.⁷²

El fallo de la Corte Constitucional, Sentencia No. 004-13.SAN CC de 13 de junio de 2013, señala:

3.1. Disponer que el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, pague al accionante el valor del vehículo objeto de la presente acción, en función del valor del avalúo comercial del mercado local a la fecha de la presente sentencia; 3.2. Disponer que el órgano judicial correspondiente, en sede contencioso administrativa, en el término de 30 días desde la notificación de la presente sentencia, informe a esta Corte sobre su cumplimiento; 3.3. Disponer que el Ministerio de Relaciones Exteriores investigue el caso y sancione al o los funcionarios responsables del incumplimiento, debiendo, en atención a lo previsto en el artículo 11, numeral 9 numerales segundo y tercero de la Constitución de la República y el artículo 67 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ejercer de forma inmediata el derecho de repetición en contra de los responsables.

En efecto, dicha sentencia mandó a que el Ministerio de Relaciones Exteriores ejerza la acción de repetición en contra de los funcionarios públicos ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sustanciándose el juicio No. 17811-2013-15969, sentencia expedida el 21 de septiembre del 2015, que rechazó la demanda propuesta, en definitiva por haber realizado el procedimiento administrativo previo de investigación ordenado en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional.⁷³

Es diametralmente distinto un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros casos, cito el caso de González Lluy y otros Vs. Ecuador, sentencia de 1 de septiembre de 2015 que en ninguna parte habla del inicio de una acción de repetición, en el presente caso el Estado fue declarado responsable por violación de los derechos humanos otorgándole una indemnización que engloba una reparación integral inclusive ordena que el Estado deba realizar un programa para

⁷² Corte Constitucional Ecuador, “Sentencia”, Juicio No. 004-13.SAN CC”, 13 de junio de 2013.

⁷³ Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en Quito, “Sentencia”, Juicio No. 17811-2013-15969, 21 de septiembre de 2015.

capacitación de funcionarios en salud sobre mejores prácticas y derechos de los pacientes.⁷⁴

En los casos de la Corte Interamericana el Estado podría repetir en contra de los funcionarios pero eso ya es cuestión interna del Estado (por violaciones graves de los derechos humanos) siempre y cuando haya efectuado y/o completado el pago, ahí se puede demandar la acción de repetición, siempre y cuando en un proceso administrativo se demuestre que actuó con dolo o mala fe.

La acción de repetición solamente podrá ser ejercida por el Estado debido a la relación de interdependencia que se establece entre los funcionarios y empleados públicos que representan al Estado, ya que sus acciones están plenamente identificadas con la institución estatal a la que pertenecen, siendo el servidor responsable de las acciones u omisiones de sus funcionarios, razón por la cual es condenado el Estado por las violaciones cometidas y asume la indemnización a los perjudicados.

La Garantía de no repetición establecida en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se refiere a que se tomarán todas las medidas legales y administrativas dirigidas a evitar que violación a un derecho fundamental tal y como es la salud no sea violado nuevamente por acciones semejantes o iguales a las que dieron lugar a tal violación.

Es importante señalar que existe una diferencia entre la garantía de no repetición y la acción de repetición, dado que la garantía de no repetición se enfoca en el conjunto de estrategias y medidas a ser tomadas para evitar que actos dolosos o culposos llevados a cabo por funcionarios públicos puedan volver a suceder. Mientras que la acción de repetición hace referencia a las acciones tomadas por el Estado luego de indemnizar a las víctimas de acciones dolosas o culposas de sus funcionarios públicos contra dichos funcionarios con la finalidad de materializar la restitución de los recursos económicos y materiales entregados por concepto de indemnización a la víctima.

La doctrina señala que el Estado ejercerá la acción de repetición a fin de recuperar los valores pagados siempre que judicialmente se haya declarado que el funcionario haya causado el perjuicio por dolo o culpa grave. Por su parte el Art. 68 de

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso de González Lluy y otros vs. Ecuador, “Sentencia”, 1 de septiembre de 2015.

la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ratifica el derecho de toda persona de poner en conocimiento de la Procuradora o Procurador General la existencia de sentencia, auto definitivo o resolución de organismos internacionales en las cuales se ordena la reparación.

Siendo el Art. 70 de dicha ley, inciso a), el encargado de reafirmar que las sentencias o auto definitivos en procesos de garantías jurisdiccionales, sentencias o resolución definitiva de organismos internacionales de protección de derechos en la que se ordene la reparación material del estado deberá ser adjuntada a la demanda presentada en la Corte Constitucional.

La legitimación para ejercitar la acción de repetición está dada por la consecución y respeto a un protocolo establecido con el objetivo de garantizar la legalidad y viabilidad del recurso de repetición, garantizándose de esta forma la sanción a los funcionarios públicos que cometan acciones que causen algún tipo de daño. La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional aborda en su Art. 68⁷⁵ la legitimación activa de la acción repetición, puntualizando las responsabilidades en la investigación previa a la demanda y estableciendo los periodos de tiempos previstos para llevar a cabo tales acciones, también se reconocen los aspectos que deberán estar contenidos en la demanda de repetición.

El trámite a seguir con sus periodos de tiempo para viabilizar el proceso de repetición, también se abordan aspectos de la sentencia y se especifican los recursos a ser utilizados en el fallo en el caso en el que el tribunal no emita un fallo que satisfaga a las partes en conflicto.

Por su parte el Art. 69⁷⁶ delimita las acciones a ser llevadas a cabo por las máximas autoridades con el objetivo de identificar a la persona o las personas responsables de la violación o violaciones de los derechos, incluso si los servidores se encuentran en el momento de la investigación en el ejercicio de sus funciones. De no identificarse al responsable o los responsables de la violación o violaciones el Procurador General del Estado presentará la demanda contra la máxima autoridad de la institución pública, del mismo modo de existir un proceso de sanciones dentro de la

⁷⁵Ecuador, Ley Orgánica De Garantias Jurisdiccionales y Control Constitucional, 22.

⁷⁶ *Ibíd.*

entidad contra el funcionario público causante de la violación o violaciones, el mismo podrá ser utilizado por el Estado como prueba para llevar a cabo la acción de repetición.

El proceso de investigación deberá ser llevado a cabo por las autoridades competentes por un periodo que no se extienda más allá de los 20 días, siendo el tiempo límite para que el procurador o procuradora general presenten la demanda contra el funcionario presuntamente responsable o máximas autoridades de la institución pública. El Art. 70⁷⁷ a su vez especifica claramente los diferentes aspectos a ser abordados en la presentación de la demanda, declarándose como imprescindible que en la misma consten nombres y apellidos de la personas o personas demandadas, así como el nombre de la institución a la cual pertenece el o los funcionarios públicos.

También deberán estar contenidos dentro de la demanda aspectos como los antecedentes que provocaron el hecho ilícito, especificándose del mismo modo los derechos que han sido violados y cuantificándose con exactitud los recursos utilizados por el Estado con vistas a satisfacer la reparación material o indemnización de los perjudicados.

Estarán contenidos entre los aspectos a ser abordados en la demanda los fundamentos de hecho y derecho que sirvan de basamento a la acción de repetición, especificándose la cuantía del pago realizado por el Estado por concepto de reparación material, incluyéndose la solicitud de medidas cautelares reales en caso de considerarse necesaria la aplicación de las mismas para garantizar la presencia de los presuntos culpables durante el proceso.

Además deberá adjuntarse en la demanda la sentencia o auto definitivo en el proceso de garantías jurisdiccionales o la sentencia o resolución definitiva emitida por un organismo internacional en la que se indica la necesidad de reparación material al Estado, deberá del mismo modo contener la demanda, el justificativo de pago por concepto de reparación material realizada por el Estado.

El cuerpo legal explica en el Art. 71 se enfoca en el trámite a ser llevado a cabo durante el proceso de repetición contra servidoras o servidores públicos por violación de derechos, llevándose el mismo a cabo en la sala de lo contencioso administrativo de la Corte Provincial competente, la cual procederá a la calificación de la demanda y citación

⁷⁷ *Ibíd.*, 23.

inmediata del o los funcionarios demandados, y de desconocerse los responsables citará a la máxima autoridad estatal en un periodo de tiempo que no sobrepasará los 15 días.

La audiencia se iniciará en el momento en la que se lleve a cabo la contestación de la demanda y el anuncio de pruebas por parte del servidor o servidores públicos presuntamente responsables, quedando expuestos del mismo modo los argumentos y pruebas presentadas por el procurador o procuradora, pudiéndose de forma excepcional para lograr clarificar el caso ordenar la práctica de pruebas en la audiencia.

La siguiente y última audiencia es de prueba y resolución, en la que las partes presentará la documentación sustentadora de la prueba y una vez analizada y valorada, Tribunal emitirá sentencia en forma verbal y posteriormente escrita, en la que declarará, de encontrar fundamentos, la responsabilidad de la persona o personas demandadas por la violación de derechos que generaron la obligación del Estado de reparar materialmente y además ordenará a la persona o personas responsables a pagar al Estado lo erogado por concepto de reparación material.

También si existiese varios responsable la sentencia establecerá, en función de los hechos y el grado de responsabilidad, el monto que deberá pagar cada responsable y en ningún caso, la sentencia podrá dejar en estado de necesidad a la persona responsable. Quedan claramente establecidos en la Ley de Garantías Jurisdiccional y Control Constitucional los aspectos a ser abordados por el legitimado activo del proceso de repetición, contra servidoras o servidores públicos por violación de derechos, así como la institución encargada de llevar a cabo la investigación previa a la demanda y aspectos a ser contenidos en la misma.

7. Procedimiento

Como queda señalado en el Art. 71 inciso primero de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente procederá a calificar la demanda y citar de forma inmediata a los funcionarios demandados, a la máxima autoridad de la entidad y al Procurador General del Estado, convocándose a una audiencia pública a materializarse en un término máximo de 15 días.

El segundo inciso del Art. 71 de la misma ley dispone que la audiencia se iniciará con la contestación de la demanda y el anuncio de prueba de parte del funcionario público, existiendo la posibilidad de que la máxima autoridad de la institución pública, así como el Procurador General del Estado expongan sus argumentos u anuncios de prueba, cumpliéndose con el principio de buena fe y lealtad procesal y principio dispositivo señalado en el Art. 168 numeral 6 de la Constitución de la República y Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En la audiencia se fijarán fecha y hora de la audiencia de prueba y resolución a llevarse a cabo en un término máximo de 20 días a partir de la primera audiencia, dándose cumplimiento al Art. 75 de la Constitución de la República que garantiza el derecho a una justicia expedita, así como los elementos legales contenidos en el Art. 20 del Código de la Función Judicial que abordan en principio de celeridad en la administración de justicia.

El último inciso del Art. 71 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala que en la audiencia de prueba y resolución se escucharán los alegatos y valorarán las pruebas presentadas en plena concordancia con el debido proceso y derecho de las partes a ser escuchadas en igualdad de condiciones, tal y como queda señalados en los Arts. 76 y 77 de la Constitución de la República.

Ateniéndose a los aspectos legales comprendidos en el Art. 72 de la misma ley se dictará la sentencia en la audiencia de prueba y resolución previa deliberación de forma verbal declarándose de existir los fundamentos la responsabilidad de la persona o personas demandadas por la violación de derechos causantes de la obligación del Estado de reparar materialmente, y además se ordenará a los funcionarios responsables cancelar los valores erogados por el Estado por concepto de reparación material.

La notificación de la sentencia será llevada a cabo por escrito fundamentándose sobre la declaratoria de dolo o culpa grave en contra del servidor público, preestableciéndose la forma y el tiempo a cancelar los valores económicos erogados por el Estado por concepto de reparación material, debe señalarse que en ningún caso y en concordancia con los elementos legales expuestos en el Art. 72 se dejará en estado de necesidad al funcionario responsable.

Tal y como queda expuesto en el último inciso del Art. 72 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la ejecución de la sentencia se tramitará de conformidad con las reglas del juicio ejecutivo. En contraste a los aspectos legales contenidos en el Art. 73 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se podrá interponer el recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

El Art. 20 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional aborda la responsabilidad y repetición como acciones a ser llevadas a cabo posterior a la declaración de violación del derecho, procediendo el Juez o Jueza declarar sentencia de responsabilidad del Estado o de la persona en particular.

7.1. El legitimado activo de la acción de repetición

Como queda expuesto en el Art. 68 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la máxima autoridad de la entidad responsable deberá asumir el patrocinio de la causa a nombre del Estado, es decir interpondrá la demanda ante el juez correspondiente con el fin de reintegrar al Estado los recursos cancelados en concepto de indemnización. En lo referente a la comparecencia de terceros el Art. 12 del cuerpo legal especifica la posibilidad de que las personas con interés en la causa podrán presentar un escrito de *amicus curiae*, admitido en el expediente con la finalidad de hallar una mejor resolución de la causa con anterioridad a la sentencia.

La investigación previa a la demanda en conformidad a lo contenido en el Art. 69 de la misma ley especifica que la máxima autoridad de la entidad determinará anterior a la presentación de la demanda la identidad de las personas presuntamente responsables de la violación o violaciones de derechos, tal acción se llevará a cabo incluso en contra de los presuntos responsables que no continúen trabajando en la institución.

De no poderse determinar la identidad de los responsables el Procurador General presentará la demanda en contra de las máximas autoridades de la institución pública, verificándose la causal de imposibilidad para identificar el paradero de los presuntos responsables de la violación de derechos, como alegación de las máximas autoridades de la institución en el proceso de repetición. De existir un proceso administrativo

sancionatorio en la institución en el cual se haya determinado la responsabilidad de los funcionarios contra los que se interpondrá la acción de repetición, dichos elementos conformarán las bases para iniciar el proceso de repetición.

La investigación prevista en el Art. 69 no podrá prolongarse más allá de un término de 20 días, transcurridos los mismos la máxima autoridad de la institución o Procurador General del Estado deberá presentar la demanda.

7.2. Requisitos de la demanda

Los requisitos de la acción de repetición quedan claramente señalados en el Art. 70 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, detallándose entre los mismos el nombre y apellido del funcionario demandado y determinación de la institución en la cual trabaja el funcionario. También se detallarán los antecedentes que dieron lugar al hecho, derecho violados y reparación material realizada por el Estado, especificándose los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la acción de repetición, la presentación del pago de los valores materiales cancelados por el Estado por concepto de reparación material y la solicitud de medidas cautelares reales si fuesen procedentes.

El tercer numeral del Art. 70 establece la necesidad de determinar los fundamentos de hecho y de derecho, es decir se debe determinar la causa o la relación existente entre los hechos y su figura legal. El cuarto numeral del Art. 70 por su parte hace referencia a la pretensión de lo pagado por el Estado en concepto de reparación material de los daños causados, siendo necesario que el actor demandante establezca con claridad las prestaciones que exige en su demanda, es decir la reintegración económica de lo pagado por el Estado.

El Art. 70 en su numeral 5 precisa la que de considerarlo necesario el actor demandante puede solicitar la aplicación de medidas cautelares, las mismas que se encuentran contenidas en el Art. 87 de la Constitución de la República y el Art. 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Las medidas cautelares a ser aplicadas deben ir en adecuadas a la violación que se desea evitar, es decir en ningún caso se podrá hacer uso de medidas privativas de la libertad.

7.3. Documentos que deben acompañar a la demanda

El Art. 70 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, indica que debe acompañarse a la demanda la sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o una sentencia definitiva de un organismo internacional de protección de derechos en el que se ordene la reparación material del Estado. También deberá adjuntarse a la demanda el justificativo de pago por concepto de reparación material realizado por el Estado, siendo obligatorio para que la demanda sea procedente que se adjunten los documentos anteriormente mencionados.

7.4. Sujeto pasivo o parte demandada

La demanda se interpondrá contra uno o varios funcionarios presuntamente responsables de acciones causantes de daño a civiles o patrimonio del Estado, incluso de haber cesado los mismos sus funciones en la institución pública.

7.5. Prescripción de la acción de repetición

Por su parte el Art. 67 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su último inciso dispone la prescripción de la acción en un plazo de tres años contados a partir de la realización del pago hecho por el Estado.

7.6. Juez competente para conocer la acción de repetición

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su Art. 68 dispone que la demanda se interpondrá ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial Competente, pero tomándose en cuenta que en la actualidad no se verifican salas de lo contencioso administrativo en las cortes provinciales la acción de repetición se presenta ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo correspondiente.

En la actualidad se verifica un problema en cuanto a la denominación de la sala en la cual se llevará a cabo la acción de repetición, haciendo la ley referencia a Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial Competente, verificándose en su lugar que en realidad las acciones de repetición son solventadas en tribunales independientes, los cuales no pertenecen a las Cortes Provinciales de Justicia,

destacándose tales tribunales como intermedios distritales y en plena concordancia con las Resoluciones No. 54 de 11 de junio de 2013 y No. 61 de 28 de junio de 2013.

Se evidencia la existencia de Tribunales de lo Contencioso Administrativo en ciudades como Quito, Guayaquil, Cuenca, Portoviejo, Ambato y Loja, por lo que no se puede hacer referencia a indefensión, cumpliéndose cabalmente los aspectos legales señalados en el Art. 11 de la Constitución que garantizan los principios para el ejercicio de los derechos de aceptarse las demandas de repetición en los tribunales contenciosos administrativos anteriormente mencionados.

8. La acción de repetición en el Código Orgánico de la Función Judicial

El Código Orgánico de la Función Judicial señala el alcance de la responsabilidad del Estado por los actos judiciales como consecuencia de error judicial, retardo injustificado deficiente o inadecuada administración de justicia, violación de derecho a la tutela judicial efectiva y por violación de los principios y reglas del debido proceso.

Respecto al error judicial el tratadista Jorge Bustamante Alsina afirma que: “Es todo acto judicial ejecutado por el juez en el proceso, que resulta objetivamente contradictorio con los hechos de la causa con el derecho y la equidad, desviando la solución del resultado justo al que naturalmente debió llegar. Es así que error judicial es un verdadero acto ilícito o contrario a la ley, cometido por el juez, sea por acción u omisión en el curso del proceso sometido a su jurisdicción”⁷⁸.

En nuestro ordenamiento jurídico, el error judicial es el reconocimiento por parte del Estado, a través de recurso de revisión de que una sentencia penal condenatoria contiene una flagrante equivocación respecto a la culpabilidad del condenado. Constituye el acto u omisión de la administración de justicia, que por no ser consecuente con los hechos de la causa, ser contrario a la normativa que se debía aplicar o a la equidad, genera un daño injustificado a quien acudió en busca de la tutela judicial efectiva de sus derechos.

A continuación enuncio la normativa jurídica que regula la acción de repetición en el Código Orgánico de la Función Judicial:

⁷⁸ Jorge Bustamante Alsina. *Responsabilidad del Estado por error judicial*. (Editorial La Ley Buenos Aires, 1996), B314.

8.1. Procedimiento

Las reglas dirigidas a la sustentación de los procesos sustanciados por el mal funcionamiento de la administración de justicia se establece en el Código Orgánico de la Función Judicial en su Título I, Capítulo III, evidenciándose la acción de repetición llevada a cabo por el Estado contra jueces, fiscales y defensores públicos responsable de daños a administrados.

El artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial, señala:

En los casos contemplados en el artículo anterior, el Estado ejercerá en forma inmediata 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.⁷⁹

El artículo anteriormente señalado especifica que la acción de repetición por parte del Estado contra jueces, fiscales y defensores públicos será presentado de forma inmediata en los casos contemplados en el Art. 32 del mismo cuerpo legal, los cuales son: errores judiciales, retardos injustificados, inadecuada administración de justicia, violación al derecho a la tutela judicial efectiva, violaciones de principios y reglas del debido proceso, reformas o revocatorias de sentencias condenatorias, relacionadas con los recursos de revisión o prisión preventiva, siendo posteriormente sobreseído o absuelto mediante providencia ejecutoriada.

El principio de responsabilidad constante en el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República, reglado en el artículo 32 el Código Orgánico de la Función Judicial, prevé el deber del Estado de reparar a la persona que haya sufrido pena como resultado de una sentencia condenatoria que hubiese sido reformada o revocada en virtud de un recurso de revisión, pero para ello la propia sentencia de revisión debe fijar el derecho a reclamar indemnización.

En otras palabras para reclamar una indemnización del Estado por error judicial no es suficiente que los accionantes del juicio hayan sido absueltos; es indispensable que una sentencia de revisión reconozca y establezca concurrentemente el deber de

⁷⁹ Ecuador, “Código Orgánico de la Función Judicial”, en *Registro Oficial No. 544* (9 de Marzo de 2009), 13.

indemnizar sin otra razón que la actuación dolosa de alguno de los sujetos procesales; o del fiscal o del Juez que intervinieron en la causa.

De otro modo se puede entender que el artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial, que refiere al derecho de los funcionarios públicos presuntos responsables del daño ocasionado a la defensa, a través de la aportación de pruebas que demuestren que el daño no fue producido con dolo o negligencia, pero señalándose también que no será causa justificativa los errores inexcusables⁸⁰ o existencia de ordenes jerárquicas superiores, es decir, dicha norma legal dispone que en el caso de error judicial, el Estado pague la indemnización por daños o perjuicios si en la sentencia ejecutoriada, la dictada dentro del recurso de revisión, se declarada que las servidoras o servidores no han justificado su conducta y se demuestre que los actos que originaron los perjuicios se debieron al dolo o negligencia suya.

El Consejo de la Judicatura es el legitimado pasivo para estas acciones el “Director General...”; en tal situación, haciendo el llamado al servidor judicial con la finalidad de que comparezca en juicio como respuesta a los perjuicios ocasionados, destacándose que las reclamaciones prescribirán en cuatro años contados a partir del cometimiento del último acto violatorio del derecho del perjudicado.

Inicialmente quien ejercía la representación legal, judicial y extrajudicial de la Función Judicial era el Presidente del Consejo del Judicatura, después hubo una reforma como resultado del Referéndum y Consulta Popular del 2011, en el que por consulta se aprobó y por tanto reformó el Código Orgánico de la Función en cuanto a las funciones del Director General del Consejo de la Judicatura, entre otras, el “*Art. 280.- Funciones.- A la Directora o al Director General le corresponde: ...2. Ejercer la representación legal Judicial y extrajudicial de la Función Judicial*”, reforma legislativa publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 490 del 13 de julio del 2011.

⁸⁰ Jaime Manuel Marroquín Zaleta. El error inexcusable como causa de responsabilidad administrativa. (México Distrito Federal, CSJN, 2001), 15.*

*Define al error inexcusable: “Se verifica cuando el juez o magistrado en el ejercicio de su actividad jurisdiccional, ha actuado de manera manifiestamente equivocada en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la Ley ocasionando un daño efectivo evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupos de personas”

En resumen, para el caso ecuatoriano, toda indemnización pagada por el Estado en los casos de error judicial, está atada a la responsabilidad dañosa judicialmente demostrada de los operadores de justicia en tanto y en cuanto el Estado, tiene la obligación ulterior de repetir el pago si a consecuencia de esas actuaciones dañosas debió pagar, de conformidad con el artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial analizado. Dicho de otro modo el Estado no está obligado a indemnizar si primero no se demuestra la conducta dañosa de los jueces, porque la ley no prevé el pago sin la posibilidad de repetirlo contra quienes lo ocasionaron.

El Código Orgánico de la Función Judicial observa plenamente el derecho por parte del Estado de la acción de repetición contra funcionarios de la administración de justicia, cuyas acciones u omisiones hayan sido causa de perjuicios a civiles, estableciéndose que dichas reclamaciones prescribirán en un plazo no mayor a los 4 años tomándose en cuenta el periodo en el que se llevó a cabo el acto violatorio del derecho del perjudicado.

La repetición de lo pagado por el Estado en el caso de inadecuada administración de justicia y por revocatoria o reforma de sentencia condenatoria queda plasmada en el Art. 33 del Código Orgánico de la Función Judicial, estableciéndose de inmediato la acción de repetición por parte del Estado contra las personas responsables de daños producidos sin perjuicio de responsabilidades administrativas, civiles y penales, de verificarse varios responsables los mismos quedarán solidariamente obligados al reembolso del monto total pagado, incluyéndose los intereses legales desde la fecha del pago y costas judiciales.

Es evidente que los servidores judiciales independientemente del cargo que ocupen o la importancia de la actividad en la cual se desempeñan no gozarán de impunidad ante errores cometidos con dolo o intencionalidad en el ejercicio de sus funciones, revelándose el derecho del Estado de repetir contra los mismos de probarse la responsabilidad de los funcionarios públicos.

El Art. 20 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional aborda la responsabilidad y repetición como acciones a ser llevadas a cabo posterior a la declaración de violación del derecho, procediendo el Juez o Jueza declarar sentencia de responsabilidad del Estado o de la persona en particular.

Aquellos casos en los que se verifique responsabilidad estatal se remitirá el expediente a las máximas autoridades de la entidad responsable con el objetivo de iniciar las acciones administrativas correspondientes y en casos en los que la violación de derechos se tipifique como delito se remitirá el expediente a la Fiscalía General del Estado.

Ahora bien, el error judicial en el ámbito penal, supone sobre los hechos del caso y la consiguiente aplicación del derecho a hechos que no existen, puede producirse por deficiencias procesales, circunstancias fortuitas, coincidencias fatales o fraguada, viciadas por el error, el odio o los perjuicios; por parcialidad o error de los peritos, etc; en este caso la reparación se extiende a aquellas personas que son detenidas y encarceladas preventivamente para facilitar la comprobación de los hechos y asegurar la acción punitiva del Estado, resultando posteriormente sobreseídas o absueltas al acreditarse su inocencia, en estos casos el sujeto pasivo del error judicial se vio privado del ejercicio de sus derechos; alejado de su familia; privado de su trabajo, humillado moralmente.

En definitiva, el Estado es un sujeto de derecho y obligaciones cuya actuación está regida por el Derecho Público, por principio es dentro de este marco, pues que encuentra asidero la responsabilidad del Estado por errores judiciales, porque no puede concebirse un Estado irresponsable.

La acción de repetición en el ámbito del Código Orgánico de la Función Judicial busca responsabilizar patrimonialmente frente al Estado al servidor judicial que en el ejercicio de sus funciones causó actos judiciales irregulares, por el cual debe responder el Estado, debe ser entendida esencialmente como una herramienta para conseguir la eficiencia, transparencia y responsabilidad de la función judicial y generar un efecto preventivo sobre el actuar de los servidores del sistema de justicia más no de sancionar al servidor judicial, bajo ese escenario considero que el Consejo de la Judicatura debería darles garantías a los jueces para que puedan desarrollar su función, ya tienen bastante, primero con una evaluación constante, con metas que cumplir, con control disciplinario frecuente, para que por sus actuaciones tengan que responder por daños y perjuicios, en este caso, deberían ser casos excepcionales en los cuales se evidencie que se actuó de mala fe, que definitivamente hubo mala fe en la actuación.

El doctor Jorge Zavala, señala que: “ el Juez sólo está sometido a la Constitución y a la Ley, esto es, al Derecho y esta sumisión es el fundamento de su independencia”,⁸¹ por lo que se entiende que los jueces han de ser independiente, en otras palabras, estar sometidos al ordenamiento jurídico en sus actuaciones, sin duda alguna deben estar controlados disciplinariamente pero sólo para controlar sus desviaciones y abusos de poder en perjuicio de los derechos subjetivos.

La existencia de la figura legal de la acción de repetición conlleva la necesidad de que los ciudadanos que desempeñen cargos públicos en determinado momento puedan responder con su patrimonio cuando y como consecuencia de su mal actuar, se ha generado una responsabilidad económica en contra del estado

Finalmente del estudio efectuado, se evidencia que no hay un procedimiento claro, si bien está prescrito, se siguen juicios de repetición pero no tenemos un procedimiento, como hacemos ese camino?, no existe una vía, lo que genera inseguridad al ciudadano.

8.1.2. De la jurisdicción contencioso administrativa

En concordancia con los aspectos legales expuestos en el Art. 68 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional el juez deberá poner en conocimiento de las máximas autoridades de la institución pública y del Procurador General la sentencia o auto definitivo de un proceso de Garantías Jurisdiccionales o del representante legal del gobierno autónomo descentralizado.

8.1.3. El recurso de apelación

El artículo 73 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, señala que, de las sentencias de repetición se interpondrá recurso de apelación. Al referirnos al recurso de apelación, el doctor Alvaro Mejía Salazar, Docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, sostiene que: “la apelación es aquella vía de impugnación ordinaria por medio de la cual, una parte

⁸¹Ob. Cit. Zavala. La Agonía del Derecho, 38.

solicita que el superior revise la actuación del inferior, pretendiendo su revocatoria, reforma o sustitución”⁸².

Por su parte, el tratadista Juan Carlos Muñoz Torres, en su libro *Recursos Jurisdiccionales*, señala que el recurso de apelación: “es la expresión concreta de la doble instancia, es la forma en que se hace efectivo el principio de revisión de una resolución judicial determinada. Por su intermedio se revisan todas las cuestiones de hecho y de derecho que el recurrente somete a la consideración del tribunal de alzada”.⁸³

La apelación tiene por objeto una resolución judicial, procurar la mejor justicia, el mayor acierto, es un acto procesal, pueden hacer uso las partes en el proceso o bien terceros que se encuentren debidamente legitimados y se interpone dentro un plazo o término que la ley señala.

Aquí se verifica la existencia de una antinomia, por una parte la normativa constitucional señala que la Corte Nacional de Justicia es un Tribunal de Casación; por otro lado, resulta incompatible que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional permita que de la sentencia en una acción de repetición se interponga recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

En tal sentido, las sentencia que devienen de acciones de repetición y que contengan errores de derecho produce un efecto más grave que un error de hecho, por lo que la posibilidad de presentar Recurso de Apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional que menciona la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales resulta imposible, ilógico, en tanto cuanto el Tribunal de Casación se halla limitada analizar cuestiones de puro derecho que el casacionista obligatoriamente debe precisar, señalando, de manera puntual y concreta, dónde se produjo la violación de la Ley.

Hemos dicho entonces, que la Corte de Casación tiene como finalidad la exacta observancia del conocimiento de las leyes, que se aplique la correcta interpretación de la

⁸² Alvaro Mejía Salazar. *Los Medios de Impugnación ante el Proceso y el Procedimiento Contemporáneo*. (Ediciones Legales Quito-Ecuador, 2013), 86.

⁸³ Juan Muñoz Torres. *Recursos Jurisdiccionales* (Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Técnicas S.A., 2004), 51.

norma general y abstracta de los casos, pero debe tomarse en cuenta que los destinatarios son los jueces inferiores quienes deben conocer el alcance de las leyes que deben aplicar.

El artículo 2 de la Ley de Casación, establece que el recurso de casación procede bajo dos supuestos: 1) contra autos y sentencias que pongan fin a un proceso de conocimiento, dictados por las cortes superiores o los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo; 2) contra providencias expedidas por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo en fase de ejecución de las sentencias dictadas en proceso de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decidido en el fallo contradicen lo ejecutado.

De modo que, si se toma en cuenta el criterio expuesto en sentencias internas de que para que opere la acción de repetición, que en estricto derecho es un proceso de ejecución y no de conocimiento, el derecho del recurrente de plantear un medio de impugnación “recurso de apelación” ante la Corte Nacional como Tribunal de Casación se encuentra menguado porque procede sólo en procesos de conocimiento y no de ejecución.

De acuerdo al tenor literal de la ley no se podría presentar apelación porque no tiene competencia la Corte Nacional de Justicia, viviendo en un estado constitucional de derechos y justicia que nos sometemos a lo que dice la Constitución y a la naturaleza de sus Instituciones, la naturaleza, la esencia de la Corte Nacional de Justicia es convertirse en un tribunal de casación no de apelación.

Cabe precisar que nuestra legislación ha encasillado a la acción de repetición como un proceso de ejecución, así lo han dicho varias sentencias emitidas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sin embargo, considero importante señalar la definición de proceso de ejecución, de Vicente Gimeno Sendra, quien sostiene “se puede entender por proceso de ejecución el conjunto de actividades procesales tendientes a la realización de un derecho subjetivo reconocido en un “título de ejecución”.⁸⁴ Así mismo, la Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo III,

⁸⁴ Vicente Gimeno Sebdra y otros, *Derecho Procesal Administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1992), 698.

sobre el proceso de ejecución coincide que: “Tal proceso requiere necesariamente la existencia de un título de ejecución”.

Ante las definiciones de proceso de ejecución referidas, debo precisar que en verdad la acción de repetición en el Ecuador, se lo trata como un proceso de conocimiento, como se ha visto, como se ha tramitado y porque he litigado en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se abre la prueba, se evacúa la prueba, en realidad se sustancia como un proceso de conocimiento, aun cuando la doctrina y sentencias judiciales afirman que es un proceso de ejecución, en nuestra legislación, se tramita como un proceso de conocimiento porque se actúa igual que el resto de juicios.

9. Falencias:

1. Las Instituciones responsables del pago, no realizan correctamente una investigación previa que identifique a los presuntos responsables.

2. Existe un vacío al omitir regular lo que ocurre cuando se condena al Estado a pagar valores en pagos parciales o cuotas.

3. La norma no regula la presentación de la demanda, cuando hay más de una entidad responsable, para evitar la presentación de demandas conjuntas.

4. El Juez debería ordenar medidas para precautelar el pago.

5. No existen datos exactos que muestre la realidad de los dineros que paga el Estado, frente al porcentaje que recupera a través este mecanismo.

10. Análisis del derecho comparado

El objetivo del derecho comparado está dado por la finalidad de lograr el reconocimiento y responsabilidad patrimonial del Estado en los ámbitos ejecutivo, legislativo judicial y administrativo, siendo el Estado de Derecho el fundamento de la responsabilidad Estatal dada por la necesidad de proteger con efectividad los derechos de los gobernados.

En esta parte del estudio se analizará de manera sucinta lo que ocurre en legislaciones latinoamericanas como Colombia.

10.1. La acción de repetición en Colombia

El tratadista Hernán Buenaño⁸⁵, explica que la Constitución de la República de Colombia aborda la acción de repetición como una herramienta civil de naturaleza retributiva y contenido económico de obligatorio cumplimiento, que satisfaga los recursos desembolsados por el Estado a los perjudicados, siendo responsabilidad pecuniaria de los funcionarios o empleados públicos responsables por acciones dolosas o culposas en el ejercicio de sus funciones públicas.

La acción de repetición es reconocida en la Constitución colombiana como la herramienta legal aplicable a entidades públicas con la finalidad de reconocer e identificar a los funcionarios o empleados responsables de actos ilícitos causantes de daños o perjuicios a intereses públicos o de terceros. El Art. 90 de la Constitución de la República de Colombia indica que: “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”.⁸⁶

Se especifica también en la Constitución Colombiana que el Estado posee la acción de repetición contra ex servidores de comprobarse que sus acciones durante el ejercicio de las funciones públicas como resultado de conductas dolosas o gravemente culposas hayan sido responsable de daños o perjuicios a los intereses públicos o de terceros.

La Ley 678 del 2001 que aborda los aspectos jurídicos de la acción de repetición en la legislación colombiana reglamentó la determinación de responsabilidades patrimoniales de los agentes del Estado a través de la acción de repetición, quedando la misma claramente definida en su Art. 2, el cual señala que: “La Acción de Repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex-servidor público que a causa de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará

⁸⁵ Hernán Buenaño, *La Acción de Repetición en el Derecho Colombiano* (Bogotá: Rialp, 2013), 158.

⁸⁶ René Quevedo, *Derecho de Repetición* (Guayaquil: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010), 47.

contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial”.⁸⁷

El objetivo de dicha ley estuvo dado por lograr la recuperación efectiva de los recursos económicos del patrimonio estatal utilizados en acciones de compensación a los perjudicados por conductas dolosas o culposas de sus funcionarios o empleados en el ejercicio de sus actividades de carácter público, responsabilizando a los infractores y obligándolos a resarcir la totalidad de dichos recursos al Estado.

En la ley se reafirmó el deber por parte del Estado de dar inicio a la acción de repetición reglamentándose la misma de manera general a diferencia de lo observado en el Art. 90 de la Constitución Política de Colombia el cual no propuso cambios sustanciales en el manejo jurisprudencial de la acción de repetición sin que existiese el deber por parte del Estado de iniciar la acción de repetición reglamentándose la misma en la ley 678 del 2001.

Mediante la ley anteriormente expuesta Colombia reglamentó la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos, así como también la de aquellos particulares que desempeñan acciones públicas, brindando al Estado la posibilidad de a través de la acción de repetición recuperar los recursos económicos destinados a las indemnizaciones de terceros como consecuencia de las acciones dolosas o gravemente culposas de empleados y funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

Dicha normativa reguló los daños antijurídicos causantes del derroche del dinero público exigiéndose a los funcionarios públicos a través de la misma un mejor desempeño en sus funciones, así como la protección del patrimonio público so pena de tener plena responsabilidad penal, fiscal o disciplinaria en respuesta a actuaciones dolosas o gravemente culposas causantes de perjuicios.

Puede deducirse de la normativa anteriormente señalada se transformó en un elemento de regulación y exigencia de la responsabilidad civil de los agentes estatales durante su desempeño en entidades públicas, ratificando la acción de repetición como la estrategia de recuperación de los recursos económicos pagados por el estado a los perjudicados de acciones dolosas y culposas de los agentes estatales.

⁸⁷ Congreso Nacional de Colombia, “Ley 678 de 2001 No. 44509”, en Diario Oficial (4 de agosto de 2001).

10.1.1. Requisitos para la acción de repetición

La acción de repetición deberá ser antecedida por una condena patrimonial al Estado, por un daño antijurídico procedente de una sentencia judicial, conciliación o mecanismo alternativo de solución de conflictos y posteriormente se procederá a la acción de repetición en contra de funcionarios, ex funcionarios estatales o particulares en ejercicio de función pública con el objetivo de establecer si el daño se produjo con dolo o culpa grave y determinar con exactitud la proporción del mismo.

De probarse el dolo o culpabilidad en el daño causado por el funcionario público se exigirá el reembolso económico que tuvo que asumir el Estado en el pago de indemnizaciones a los perjudicados, la cancelación de tales haberes será total o parcial en dependencia del grado de responsabilidad del funcionario.

El primer requisito para materializar la acción de repetición será la condena contra el Estado, el cual abarca todo tipo de procesos tales como acciones constitucionales que podrán ser acciones populares, de grupo y de tutela que dan lugar a condenas contra el Estado y por ende inicio a la acción de repetición contra el o los agentes responsables.

La conciliación según la posición adoptada por el Consejo de Estado se ha transformado en un mecanismo de condena a partir del cual se da lugar a la repetición, es decir la condena pos acciones constitucionales o conciliación implicarán la procedencia de la acción de repetición como desenlaces de litigios de los que se desprenden condenas de tipo patrimonial al Estado, evidenciándose de forma total o parcial que la causa del daño antijurídico estuvo dada por la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal.

Otro requisito de procedibilidad de la acción de repetición está dado por la materialización del pago íntegro de la condena al perjudicado por parte del Estado, iniciándose la acción de repetición a partir del pago efectivo de la suma indemnizatoria por la entidad estatal condenada.

Actualmente existe la obligación del Estado en llevar a cabo la acción de repetición contra aquellos servidores públicos causantes de daños como consecuencia de dolo o culpa grave, siendo dicha obligación no solamente una exigencia abstracta sino el

procedimiento a través del cual materializar una sentencia condenatoria que garantice el buen funcionamiento público y el castigo a aquellos funcionarios infractores.

10.1.2. Aspectos sustanciales de la acción de repetición

Tal y como se plasma en la Ley 678 del 2001 entre los aspectos sustanciales de la acción de repetición destacan la naturaleza, es decir la acción civil de carácter patrimonial, a través de la cual es declarada la responsabilidad patrimonial del o los agentes estatales, la acción de repetición es una acción subsidiaria o secundaria, suponiéndose previamente la declaración de responsabilidad estatal a través de sentencia o métodos alternativos de solución de conflictos como consecuencia de daños antijurídicos imputables al Estado, comprobándose que dicha condena haya sido ocasionada por la conducta dolosa o gravemente culposa del o los agentes estatales.

Es de destacar también el carácter resarcitorio, no sancionatorio, es decir el objetivo de la acción de repetición está dado por recuperar los recursos económicos indebidamente pagados por el Estado de forma tal que la acción de reparación deberá recaer sobre el patrimonio del o los funcionarios estatales responsables.

También la acción de repetición tendrá un alcance a servidores, ex servidores públicos y los particulares que se desempeñen en funciones administrativas abarcando a consultores, asesores, contratistas e interventores, es decir, se caracterizará por su legitimación pasiva. La acción de repetición está marcada por su dependencia del elemento subjetivo, es decir la exigencia de existencia culpa grave o dolo por parte del agente estatal investigado, sin que exista inmunidad para los servidores públicos, garantizándose de esta forma el buen funcionamiento administrativo y el respeto por parte de los funcionarios a la legalidad existente.

10.1.3. Aspectos procesales de la acción de repetición

Los aspectos procesales de la acción de repetición se encuentran plasmados en los artículos 7 al 16 de la Ley 678 del 2001, de modo que:

El procedimiento abarcará los aspectos legales necesarios para efectivizar la responsabilidad de los servidores públicos, dirigiéndose las acciones al reembolso de los recursos económicos pagados al Estado por concepto de indemnización, concentrándose

las acciones en la reparación directa, siendo la repetición una secuela o prolongación de la misma.

La jurisdicción facultada para llevar a cabo la acción de repetición será la Contenciosa Administrativa, debido a que la acción de repetición posee un carácter administrativo aunque de contenido civil, siendo el juez competente para dar solución a la acción de repetición el mismo que conoció el proceso de responsabilidad del Estado.

La legitimación por activa se llevará a cabo por la entidad afectada dentro de los seis meses siguientes al pago de la condena, de forma concurrente el Ministerio Público y Ministerio de Justicia y del Derecho a través de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, siendo necesaria que la acción de repetición sea promovida a través del Ministerio Público sin que ningún ciudadano de forma autónoma pueda dar inicio a la acción.

No es posible que entidades legitimadas desistan de la acción de repetición, pudiendo solicitar la entidad demanda el decreto de medidas cautelares tal y como lo señala la ley para garantizar el pago de una caución que cubra los eventuales perjuicios que se le puedan causar al funcionario estatal demandado con las medidas.

La acción de repetición caducará al término de dos años contados a partir del pago íntegro de la condena por parte de la institución estatal responsable, estableciéndose por la Corte Constitucional que en los casos en los que la institución lleve a cabo el pago de la condena en cuotas el inicio del cómputo de caducidad será a partir de los 18 meses siguientes a la ejecución de la sentencia, tal y como queda señalado en el Art. 177 inciso 4 del decreto 01 de 1984, siendo reducido el término de 18 a 10 meses posterior a la entrada en vigencia de la Ley 1437 del 2011 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo, tal y como queda señalado en el Art. 192.⁸⁸

La Ley 678 del 2001 en su Art. 10⁸⁹ detalla el procedimiento a ser seguido en concordancia con los elementos contenidos en el Código Contencioso Administrativo para la acción de reparación directa, el cual señala que se procederá en una primera etapa a la demanda, contestación de la misma, proposición de excepciones y solicitud de

⁸⁸Colombia, “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia”, en Ley 1437 (2011), 30.

⁸⁹ *Ibíd.*, Ley 678 (2001), 4.

pruebas. Una segunda etapa se enfoca en la audiencia de pruebas, la cual es regida por el Art. 181 del Código Contencioso Administrativo,⁹⁰ limitando dicha acción a 15 días y fijando fechas de audiencia de alegaciones que no superen los 20 días.

Una tercera etapa está basada en la audiencia de alegaciones y juzgamiento en concordancia con el Art. 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,⁹¹ garantizándose la atención a los alegatos, e informándose la audiencia de forma oral y consignada por escrito dentro de los 10 días siguientes.

El Art. 11⁹² de la Ley 678 del 2001 especifica que la acción de repetición caducará al término de 2 años contados a partir de la fecha siguiente al pago efectuado por la entidad pública con el objetivo de indemnizar a terceros afectados por las acciones ilícitas de funcionarios y empleados públicos. La acción de repetición en Colombia destaca como la herramienta legal de plena funcionalidad que regula la acción de los funcionarios públicos y garantiza la recuperación de los recursos económicos dispuestos por el Estado para la cancelación de indemnizaciones producto de acciones u omisiones dolosas o culposas causantes de daños a civiles.

El procedimiento de la acción de repetición en Colombia no se evidencia como completamente efectivo dado que el mismo posee algunas falencias tales como la insuficiencia de probatoria para demostrar la culpabilidad del funcionario o ex funcionario contra el cual se repite. Además la ley colombiana señala el término de dos (2) años para iniciar la Acción de Repetición, contados a partir de que se produjo el pago de la condena, o del último pago si se hizo en cuotas. No obstante, las entidades han interpretado mal esta disposición, considerando que el término para pagar la condena es indefinido, confusión producida a partir de sentencia de constitucionalidad C- 832 de 2001, en la cual se establece que debido a la falta presupuestaria de las instituciones públicas se determina como indefinido el tiempo de pago de las instituciones hasta que sea aprobado el pago.

Mientras que el Art. 177 del Código Contencioso Administrativo explica que la entidad cuenta con un término máximo de dieciocho (18) meses para pagarle a la parte

⁹⁰ *Ibíd.*, Ley 1437 (2011), 28.

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² *Ibíd.*, Ley 678 (2001), 4.

avante del proceso la condena impuesta, haciéndose evidente la negligencia de las instituciones para realizar la acción de repetición.

La acción de repetición por poseer un carácter estatal, deberá en todo momento estar respaldada por principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, de modo que se garantice un proceso administrativo que de plena respuesta a las necesidades y exigencias de un aparato estatal cada día con mayores dificultades en lograr un control efectivo de sus funcionarios y empleados públicos.

Por tanto, se deberán establecerse con claridad los pasos a seguir durante el procedimiento administrativo, de modo que no puedan ser pasadas por alto pruebas o evidencias que revelen la magnitud del daño realizado, así como la responsabilidad de los funcionarios, tomándose en cuenta los cuantiosos montos económicos destinados por el Estado al pago de indemnizaciones a personas afectadas por las acciones ilícitas de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

La acción de repetición se revela como la herramienta legal a partir de la cual el Estado posee el derecho de juzgar a los funcionarios públicos que hayan ocasionado daños y perjuicios a la propiedad pública o privada, debido a sus acciones ya sea por inobservancia de los parámetros legales existentes, dolo o negligencia.

El objetivo de la acción de repetición está dado por lograr la recuperación parcial o total de los recursos económicos destinados por el Estado a la cancelación de la indemnización de los afectados, siendo según lo estipulado por el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República responsabilidad de cancelación de los daños efectuados a la propiedad pública o privada del Estado pero con el derecho a repetir contra los funcionarios responsables que deberán asumir el pago de dicha indemnización al Estado.

Tal y como queda expuesto en el artículo 233 de la Constitución de la República ningún servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en ejercicio de sus funciones u omisiones, de modo que la repetición se revela como el recurso legal capaz de garantizar una mayor responsabilidad por parte de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Queda claramente establecido que no existirán excepciones independientemente del cargo o jerarquía del funcionario público, siendo todos susceptibles a la acción de repetición por parte del Estado de comprobarse la responsabilidad del funcionario en relación a sus actos que provoquen perjuicios al Estado o propiedad privada.

A partir de la expedición de la Constitución de la República en octubre del 2008, varios cuerpos legales han incorporado al sistema jurídico nacional normas relacionadas con el ejercicio de la acción de repetición como el artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Orgánica del Servicio Público en su artículo 134, y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional a partir del artículo 67 y siguientes. En esta última norma se establece como tal el procedimiento a seguir para ejercer la acción de repetición, sin embargo, estas normas no regulan exhaustivamente dicha acción, provocando vacíos legislativos.

Conclusiones y recomendaciones

1. Conclusiones

Después de realizar el estudio se determinó que para llevar a cabo el ejercicio de la acción de repetición existe un conjunto de dificultades que no permiten que la misma se desarrolle correctamente.

1. El Estado ecuatoriano incorporó a la acción de repetición a partir del 2008 en la Constitución de la República, sin brindarle la importancia que la misma posee dado que se realizaron reformas a leyes existentes tal como es la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Código Orgánico de la Función Judicial, los cuales no poseen un procedimiento claro y uniforme que permita ejercer la acción de repetición.
2. Existe un débil procedimiento para ejercer la acción de repetición ya que la misma se encuentra contenida para dos casos específicos, el primero dado por garantías, es decir el que se encuentra contenido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el segundo caso se encuentra dado por el error judicial contenido en el Código Orgánico de la Función Judicial, razón por la cual es necesario crear una ley general que sea aplicable a todos los servidores públicos.
3. El informe desprendido de la investigación previa en muchas ocasiones es presentado por la Máxima Autoridad sin determinar la identidad de los responsables, debido a que la autoridad encargada de realizar la investigación no logra esclarecer los hechos por falta de pruebas, razón por la cual el inicio de la acción de repetición ya se encuentra viciado y condenado al fracaso porque si no se conoce la identidad de los responsables no se puede iniciar la acción de repetición.
4. Lo anteriormente expuesto impide al juez declarar sentencia de repetición sobre los funcionarios responsables, ya que se desconoce la identidad o si se la conoce no se ha determinado el grado de responsabilidad, lo cual dificulta el juicio de repetición que posee un carácter de ejecución, ya que el mismo se basará en los

aportes materiales que debían ser entregados por la institución pública en el informe de la investigación previa.

5. Al no poderse determinar el grado de responsabilidad de los funcionarios públicos se hace imposible llevar a cabo acciones de repetición contra los mismos, perpetuándose la impunidad a pesar del daño que puedan causar los funcionarios públicos al Estado en el ejercicio de sus funciones, de la falta de determinación de responsabilidad principal, solidaria o por órdenes superiores pueden devenir violaciones de otros derechos, tales como el encontrar culpable y separar de su cargo a un funcionario completamente inocente del mismo.
6. El proyecto de Ley propuesto por el Asambleísta Mauro Andino en el año 2009, para ejercer la acción de repetición una vez estudiado a profundidad se revela como poco procedente y falto de aporte a la aplicación de la acción de repetición, revelándose en el mismo falencias tales como la impunidad del Presidente de la República o Asambleístas a ser susceptibles a la acción de repetición, propuesta que entra en contradicción directa con el artículo 233 de la Constitución, el cual reconoce que ningún servidor público estará exento de responsabilidad por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones independientemente de su jerarquía, brindar excepcionalidad también a los Asambleístas en cuanto a sus opiniones, decisiones o actos producto del ejercicio de sus funciones.
7. La acción de repetición en nuestra legislación se lo trata como un juicio de conocimiento, si bien se ha expuesto en sentencias internas que es estrictamente de ejecución, se lleva a cabo en nuestra legislación como juicio de conocimiento, respetando el derecho a la defensa de las partes procesales y cumpliendo con el debido proceso.
8. Dentro del juicio de acción de repetición, las partes tienen derecho a presentar pruebas y a contradecir las que se presenten en su contra, por lo que el Juez deberá apreciarla en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la Ley sustantiva para la existencia o validez de los actos.
9. En la actual regulación de la acción de repetición, los jueces que conocen las causas, no se pronuncian sobre el dolo o la culpa grave de los funcionarios o

servidores públicos y el grado de responsabilidad de los mismos frente a un daño causado, en consecuencia es preciso determinar oportunamente quién responderá por los montos indemnizatorios derivados de las sentencias internas e internacionales cuando el Estado Ecuatoriano deba pagarlos.

2. Recomendaciones

1. Elaborar un proyecto de ley que aborde el ejercicio de la acción de repetición de una manera seria y responsable de modo que se garantice la capacidad de defensa por parte del Estado ante acciones dolosas o culposas de sus funcionarios en ejercicio de sus funciones.
2. Crear un procedimiento uniforme para ejercer la acción de repetición en el cual se considere lo dispuesto en la Constitución de la República, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, en el Código Orgánico de la Función Judicial y otros, entorno a la determinación de la responsabilidad del servidor público.
3. Establecer el procedimiento de pago del funcionario declarado responsable, evaluando el Juez competente, la capacidad de pago del funcionario y estableciendo la forma de pago a fin de evitar dejar al servidor o funcionario público en estado de necesidad.
4. Es necesario se garantice el respeto al debido proceso, entendiéndose al debido proceso como un principio legal por el cual el gobierno de un país se encuentra obligado a respetar y hacer respetar todos los derechos legales que posee una persona según la Constitución y la Ley.
5. Establecer el derecho que toda persona posee a la tutela judicial efectiva, en la cual se respete su derecho constitucional a la defensa, por lo cual es de destacar que la defensa es el elemento sobre el cual se basa todo proceso legal, lográndose a través de la misma la igualdad de todos los seres humanos, independientemente de su origen social, poder económico o influencias políticas.
6. De lo evidenciado en el estudio constitucional ecuatoriano se hace urgente crear un procedimiento que permita ejercer la acción de repetición en sede jurisdiccional, con el objetivo de rescatar los valores entregados por el Estado en concepto de indemnización.
7. Capacitar a los servidores públicos en las actividades propias de su cargo, para de esta forma evitar el cometimiento de infracciones que puedan devenir en procesos de acción de repetición.

Bibliografía

- Altamira Gigena, Julio. *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- Álvarez, Lucía. *El Estado y sus variantes*. Buenos Aires: Gaucha, 2010.
- Arboleda, Teresa. *La Responsabilidad del Estado*. Madrid: Cervantes, 2010.
- Bielsa, Rafael. *Derecho Administrativo*. París: Carrefour, 2010.
- Bilbao, Paloma. *El derecho Administrativo del Estado*. Madrid: Gran Angular, 2012.
- Borja, Rodrigo. *Principios de Derecho Político y Constitucional*. Quito: Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1964.
- Buenaño, Hernán. *La Acción de Repetición en el Derecho Colombiano*. Bogotá: Rialp, 2013.
- Bustamante Alsina, Jorge. *Responsabilidad del Estado por error judicial*. Editorial La Ley Buenos Aires, 1996.
- Castillo, Belén. *Teorías y Responsabilidades del Estado*. México D.F.: Océano, 2013.
- Castillo, Raúl. *El servidor público español*. Madrid: Cervantes, 2012. 205.
- Ecuador. Corte Constitucional en transición. “Sentencia”. *Juicio No. 002-08.SI.CC*. 10 de diciembre de 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso de González Lluy y otros vs. Ecuador: Sentencia de 1 de septiembre de 2015”.
- Delgado, Emilio. *La indemnización como derecho universal*. Caracas: Macmillan, 2011.
- Delgado, Mariano. *El Estado Español*. Madrid: Tical, 2011.
- Colombia. Congreso Nacional de Colombia. “Diario Oficial Año CXXXVII No. 44509”. *Ley 678 de 2001*. Agosto de 2001. 4.
- Colombia, “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia”, en *Ley 1437*, 2011.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura Argentina, 2001.
- Eguiguren, Genaro. *Nuevas Instituciones de la Contratación Pública*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2001.

- Espinoza, Lourdes. *Funcionamiento de la Administración Pública*. México D.F.: Azteca, 2012.
- Estrada, Ramón. *Responsabilidad del Estado*. Madrid: Zabalía, 2010.
- Fiorini, Bartolomé. *Relación entre los actos de autoridad y la responsabilidad parcial del Estado*. Buenos Aires: Palermo, 2009.
- García Falconí, José. *La Indemnización estatal y sus repercusiones*. Quito: Ediciones Conejo, 2010.
- García Falconí, José. *Las Garantías Constitucionales en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y la Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001.
- González, Lorena. *El Estado y su responsabilidad*. Montevideo: Palma, 2012.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1991. XIII-2.
- Francisco Granados, *Realidad Histórica del Estado* (Editorial Tikal).
- Guerrero, José. *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. México D.F.: Trillas, 2012.
- Gutiérrez, Carlos. *Los derechos humanos y las responsabilidades del Estado*. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2008.
- Hans, Jonas. *El principio de Responsabilidad*. Barcelona: Herder, 2012.
- Henao, Juan. *Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho Colombiano y Francés*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 1998.
- Jaramillo Torres, Hernán. *Manual de Derecho Administrativo*. Loja: Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Loja, 1999.
- Larrañaga, Pablo. *El concepto de Responsabilidad del Estado*. México D.F.: Fontamara, 2010.
- Larrea, Eugenio. *Análisis crítico de la Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Legal, 2013.
- Linares, Juan. *La responsabilidad civil del empleado público*. México D.F.: Estudios Legales, 2010.

- López Jácome, Nelson. *La Responsabilidad Administrativa, Civil y Penal*. Quito: Ediciones Nina, 2006.
- Mariño, Teresa. *El Derecho Administrativo*. Bogotá: Patria, 2011.
- Marroquín Zaleta, Jaime Manuel. *El error inexcusable como causa de responsabilidad administrativa*. México Distrito Federal, CSJN, 2001.
- Mayer, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Trad. Española B.s. As., 1949.
- Mejía Salazar, Alvaro. *Los Medios de Impugnación ante el Proceso y el Procedimiento Contemporáneo*. Ediciones Legales Quito-Ecuador, 2013.
- Morales Tobar, Marco. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.
- Muñoz Torres, Juan. *Recursos Jurisdiccionales*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Técnicas S.A., 2004.
- Ortega, Luis. *Historia Revolucionaria del Estado*. Madrid: Gran Angular, 2011.
- Oyarte, Rafael. *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- Padilla, Alfonso. *La Responsabilidad del Estado*. Madrid: Océano, 2012.
- Pérez, Humberto. *Responsabilidad del Estado*. México D.F.: Azteca, 2012.
- Quevedo, René. *Derecho de Repetición*. Guayaquil: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.
- Ramírez, Leonor. *Teorías del Estado*. Montevideo: Estudios Jurídicos, 2010.
- Ecuador. “Ley Orgánica del Servicio Público”. En el *Registro Oficial No. 294*. 6 de octubre de 2010.
- Ecuador. “Reglamento Susutitutivo de Responsabilidades”. En el *Registro Oficial No. 386*. 7 de octubre de 2006.
- Ecuador. “Constitución de la República del Ecuador”. En el *Registro Oficial No. 449*. 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. “Código Orgánico de la Función Judicial”. En el *Registro Oficial No. 544*. 9 de marzo de 2009.
- Ecuador. “Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado”. En el *Registro Oficial No. 595*. 12 de junio de 2002.

- Ecuador, Ley Orgánica De Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En *Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52*. 22 de octubre de 2009.
- Ecuador, Corte Constitucional en transición”, en *Suplemento del Registro Oficial No. 487*, “Sentencia” No. 002-08.SI.CC, 10 de diciembre de 2008.
- Ecuador, Tribunal de lo Contencioso Administrativo: planteado por el Director General del IESS contra Octavio Reyes Lucas y otros, “Sentencia”, primera instancia, *Juicio No.17811-2013 – 3707*, 30 de abril de 2015.
- Ecuador, Tribunal de lo Contencioso Administrativo: planteado por el Ministerio de Salud Pública contra Jorge Andrade Gaibor y otros, Sentencia”, primera instancia, *Juicio No. 17811-2014-0259G*, 2 de abril del 2015.
- Ecuador, Tribunal de lo Contencioso Administrativo: planteado por Viteri Acurio Roberto Efraín contra la Procuraduría General del Estado, Sentencia”, primera instancia, *Juicio No.17811- 2013-1148*, 23 de junio del 2015.
- Ecuador, Tribunal de lo Contencioso Administrativo: planteado por el Ministerio de Relaciones Exteriores contra Ángel Plutarco Naranjo, Sentencia”, primera instancia, *Juicio No.17811- 2013-15969*, 21 de septiembre del 2015.
- Ecuador, Tribunal de lo Contencioso Administrativo: planteado por la Presidencia de la República contra Jorge Daniel Cadena Chávez y otros, Sentencia”, primera instancia, *Juicio No.17811- 2013-1284*, 19 de diciembre del 2014.
- Ecuador, Corte Constitucional Ecuador, “Sentencia”, Juicio No. 004-13.SAN CC”, 13 de junio de 2013.
- Rivero, Juan. *Deberes Administrativos*. Madrid: Lavallo, 2010.
- Sánchez, José. *La Responsabilidad Civil*. Madrid: Océano, 2010.
- Sebdrá Vicente Gimeno y otros, *Derecho Procesal Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.
- Teissier, Jorge. *La Responsabilidad Civil del Estado*. París: Plus, 2012.
- Vallejo, René. *La responsabilidad del servidor público*. México D.F.: Trillas, 2013.
- Vega, Javier. *La responsabilidad del servidor público*. Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura Argentina, 2011.
- Waline, Manuel. *Tratado Elemental de Deberes Administrativos*. Barcelona: Nuevos Tiempos, 2011.

Zavala Egas, Jorge. *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Edilex S.A., 2012.

Zavala Egas, Jorge. *La Agonía del Derecho*. Guayaquil: Edino, 2008.