

353.46
R618a



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL



TESIS FINAL

PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAGISTER EN
DERECHO ADMINISTRATIVO

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

**LA ACCIÓN DE REPETICIÓN ESTATAL ECUATORIANA COMO
POSIBLE INSTRUMENTO DE ABUSO DE PODER**

Autora:

Dra. María Dolores Rivas Casaretto

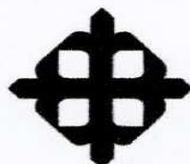
Director Académico:

Dr. Alejandro Pérez Hualde

Director Metodológico:

Dr. Nicolás Rivera Herrera, M.Sc.

Guayaquil, 28 de mayo de 2014



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL



TESIS FINAL

PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAGISTER EN
DERECHO ADMINISTRATIVO

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

**LA ACCIÓN DE REPETICIÓN ESTATAL ECUATORIANA COMO
POSIBLE INSTRUMENTO DE ABUSO DE PODER**

Autora:

Dra. María Dolores Rivas Casaretto

Director Académico:

Dr. Alejandro Pérez Hualde

Director Metodológico:

Dr. Nicolás Rivera Herrera, M.Sc.

Guayaquil, 28 de mayo de 2014

ASOCIACIÓN DE DENOMINACIONES DE NORMAS UNIFORMES DE
ENTIDADES PÚBLICAS

DEDICATORIA

A la memoria de mi madre, Dolores María, porque me dio amor y ejemplo.

A mi padre, Raimundo Manuel, por ser mi gran consejero.

A mi unigénita, Ericka María, por ser la razón de mi vida.

A mi tía Manuela Enriqueta, porque es mi apoyo constante.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento al Director Académico de esta tesis, doctor Alejandro Pérez Hualde y al Director Técnico, doctor Nicolás Rivera, por su dedicación a la revisión del texto, por sus observaciones, correcciones y sabias sugerencias.

A los juristas entrevistados: Dr. Nicolás Parducci Sciacaluga, Dr. Jorge Zavala Egas y Dr. Joffré Campaña Mora.

A los colegas y profesionales que aportaron con sus diálogos e ideas: Dr. Fernando Yávar Núñez, Dr. René Quevedo, Ab. George Muñoz Holguín y Psic. Ivanna Arellano.

Y, a mis amigos, colegas, compañeros de labores, profesionales, servidores públicos, servidores judiciales y demás ciudadanos que cooperaron con sus respuestas y criterios a las encuestas plasmadas en este trabajo investigativo.

ABREVIATURAS DE DENOMINACIONES DE NORMAS JURÍDICA Y DE ENTIDADES PÚBLICAS

CRE	Constitución de la República del Ecuador
CCC	Codificación del Código Civil
CCPC	Codificación del Código de Procedimiento Civil
LOPGE	Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado
LOCGE	Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado
COFJ	Código Orgánico de la Función Judicial
LOGJCC	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
LOSEP	Ley Orgánica del Servicio Público
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
ERJAFE	Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva
MRL	Ministerio de Relaciones Laborales
CNJ	Corte Nacional de Justicia
CPJG	Corte Provincial de Justicia del Guayas
SENAE	Secretaría Nacional de Aduana del Ecuador
SENAGUA	Secretaría Nacional del Agua

INTRODUCCIÓN

La administración de un Estado se manifiesta a través de la atención que éste dé a sus habitantes. Esa atención consiste en prestar servicios públicos, los cuales deben ser de óptima calidad para satisfacer las necesidades de la ciudadanía.

El manejo de la administración estatal está a cargo del recurso humano denominado "servidor público", término doctrinario y legal que incluye dos categorías jerarquizadas: autoridades o categoría de mando y funcionarios o subalternos, todos ellos con cargos específicos y con responsabilidades determinados por leyes y reglamentos, teniendo más responsabilidades los servidores de mayor jerarquía.

El recurso humano estatal es también conocido con el término "talento humano" porque a más de ser un recurso, es el factor del Estado que piensa, tiene afectos y ejecuta la administración pública desarrollando la prestación de servicios a los habitantes. Como los servicios públicos deben tener óptima calidad, todos quienes integran el talento humano son responsables por sus actos y por los contratos que suscriban a nombre de la institución a la que pertenezcan.

La responsabilidad del servidor público se deriva de la que tiene el Estado para con sus habitantes, naciendo ésta de la inexistente o deficiente prestación de los servicios que debe darles e indemnizando a los ciudadanos afectados por esa falta o deficiencia. Esta situación jurídica está enmarcada en el ámbito judicial al ser el juez la autoridad estatal ante quien los afectados presentan su demanda por daños ocasionados y, por ende, es quien decide si hay lugar o no al pago de indemnizaciones.

Cuando el Estado es condenado judicialmente a indemnizar a los afectados, como producto de su responsabilidad en prestar servicios públicos, y que estos sean de óptima calidad, al ejecutar el pago nace su derecho a repetir por lo pagado contra el servidor o los servidores

responsables por el daño ocasionado. En la República del Ecuador, la responsabilidad del Estado por su falta o por su mala prestación de servicios públicos está en la Constitución, al igual que el derecho de éste de repetir contra los servidores incurso en la responsabilidad por el daño ocasionado.

El derecho de repetición es una institución jurídica del Derecho Civil que data del Derecho Romano de la era republicana en Roma, y está inmerso en los Códigos Civiles basados en el Código Civil Francés, también conocido como "Código Napoleónico". Esa institución civil también es aplicable al Derecho Público cuando es el Estado quien tiene derecho a repetir.

En términos del Derecho Civil, repetir significa cobrar lo pagado indebidamente a causa de una obligación que no le correspondía al pagador, con el fin de mantener el equilibrio económico de quien pagó. Esa figura jurídica tiene, a su vez, detalles que observar y limitaciones que considerar para que la repetición sea justa y no se convierta en una figura abusiva a favor de quien tenga derecho a la repetición, lo cual está previsto en el texto de la Codificación del Código Civil ecuatoriano.

En el Derecho Público, el tratamiento jurídico de la repetición se da a favor del Estado, como pagador de indemnizaciones a favor de los administrados afectados por un daño causado por un inexistente o por un deficiente servicio; o por un abuso a los derechos humanos. En este caso, el Estado no es un pagador injusto, pero, por ser un ente manejado por administradores públicos, son estos quienes deben repetir, por sus propios derechos, lo pagado por el Estado, concepto que está previsto en algunos las Constituciones de países de occidentales, entre ellos, la República del Ecuador.

El derecho a repetir se debe ejercer, según el Derecho Civil y el Derecho Público ecuatorianos, a través de la Función Judicial. En caso de que el Estado ecuatoriano ejerza ese derecho, el planteamiento de su

acción la debe ejecutar el Procurador General del Estado, autoridad que representa judicialmente al Estado ecuatoriano, por orden constitucional y legal; y, el órgano de justicia donde se debe ventilar la acción es el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito al que pertenezca el demandado.

En esa acción, la parte demandada será el servidor o los servidores públicos a quienes se les impute la responsabilidad de haber ocasionado un daño a un habitante o a varios de ellos, y por tal, el Estado tuvo que pagar indemnizaciones, pero, dada la situación, el problema está en que no hay claridad en cuanto al procedimiento para pedir al Procurador General del Estado que ejerza la acción de repetición, tampoco respecto a los puntos en que se debe basar la demanda para pedir la repetición ni de los límites para el Estado ecuatoriano en su pretensión porque se carece de una ley que regule tal acción judicial.

Tal carencia normativa podría generar un problema si las autoridades, haciendo uso de la acción de repetición estatal, la convierten en un medio de abuso de poder, razón suficiente para que se emita la ley reguladora, que en Ecuador está en proyecto para segundo debate.

El presente estudio pretende descubrir si la acción de repetición estatal se constituiría en un factor de coerción contra el servidor público para que éste evite generar daños a los ciudadanos en la prestación de servicios públicos; e, investigar si el ejercicio de dicha acción podría convertirse en un medio de abuso de poder por autoridades administrativas o judiciales.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DE LA PROPUESTA

PARÁGRAFO I

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

El Estado tiene derechos y obligaciones para con sus habitantes o "ciudadanos" que es el garantizar los derechos de ellos, tanto fundamentales como civiles, y el prestar servicios públicos en todo ámbito de la vida del ciudadano: alimentación, salud, educación, trabajo, bienestar físico y mental, seguridad nacional contra ataques de otros Estados y seguridad interna contra vandalismo y delincuencia.

El servicio público que debe prestar el Estado es la obligación que tiene éste frente a sus ciudadanos percibida por ellos diariamente, es por tal razón que ese servicio tiene una calidad que cumplir, la de ser óptimo, calidad que está exigida en el ordenamiento jurídico de los Estados. En el caso de la República del Ecuador, la obligación estatal de prestar servicios de óptima calidad está exigida en su Constitución y en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

No obstante, pueden ocurrir situaciones en que tal calidad no se dé, o que no exista un servicio público que la ciudadanía debería recibirlo; sucediendo, como consecuencia, un perjuicio a un ciudadano o a una comunidad, es entonces cuando el Estado, como ente de derechos y de obligaciones, tiene la obligación de indemnizar al o a los ciudadanos afectados, reparando el daño y pagando indemnizaciones.

Como el Estado es un ente gobernado y administrado por personas naturales denominadas funcionarios o servidores públicos, estos son quienes

deben ejecutar el servicio público, por ende, su mala o inexistente ejecución de uno o varios servicios públicos les acarrea responsabilidad frente al Estado que ha tenido que reparar daños y pagar indemnizaciones a los ciudadanos, mientras que a éste le nace el derecho a repetir contra el servidor público causante del daño indemnizado por el Estado.

De la situación narrada nacen otras a tratar: la prueba del daño, la medida cuantificable en dinero del daño probado, la medida de la responsabilidad estatal y del servidor público a cargo del hecho o del acto que produjo el daño; y, si la responsabilidad del servidor público es sólo de él, o de varios servidores, ya sea de manera solidaria, divisible, directa o indirecta; y, hasta qué medida es posible para el Estado recuperara el pago indemnizatorio.

El derecho del Estado de repetir contra el servidor o servidores que causaron el daño indemnizado se ejercer mediante una acción judicial denominada "acción de repetición estatal" que, en la República del Ecuador corresponde ejercerla a la máxima autoridad de la entidad que pagó la indemnización y al Procurador General del Estado, este último es el representante judicial del Estado ecuatoriano, conforme lo determina la Constitución.

Es menester considerar que el ejercicio de la acción de repetición podría convertirse en un medio de abuso de poder cuando la autoridad obligada a iniciarla involucre a servidores que no tengan responsabilidad alguna con el daño indemnizado, pero que sus labores en la institución desagradan a la autoridad demandante.

Para evitar anomalías jurídicas como la descrita debe haber una ley que regule el ejercicio de acción de repetición estatal, en cuyo contenido debe limitarse su aplicación, prevenir situaciones impropias que dieran lugar

al abuso de poder; y, que defina la proporcionalidad entre el monto indemnizado y la capacidad de pago del servidor demandado en esa acción.

En el Ecuador existen dos leyes que regulan la acción de repetición: el Código Orgánico de la Función Judicial, que regula la acción en casos de perjuicios ocasionados en la administración de justicia, y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que regula la acción en casos de atropellos a los derechos humanos.

Pero, en cuanto a la regulación de la acción de repetición estatal por daños ocasionados por la inexistente o por la deficiente prestación de servicios públicos, no existe aún ley en la República del Ecuador, sólo hay un proyecto denominado "Ley de Repetición", el cual está listo para ser analizado en segundo debate por la Asamblea Nacional, de tal suerte que el ejercicio de esta acción solamente se ejecuta por disposición constitucional, ventilándose en la vía Contencioso-Administrativa.

PARÁGRAFO II

OBJETIVOS

SECCIÓN I

OBJETIVOS GENERALES

1. Demostrar que la posibilidad del planteamiento de la acción de repetición estatal contra los servidores estatales es un factor positivo para que aquellos mejoren la calidad del servicio público.
2. Investigar si el ejercicio de la acción de repetición estatal sería un mecanismo de abuso de poder.

SECCIÓN II

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Comparar la calidad de los servicios públicos en el territorio ecuatoriano.
2. Explicar la reacción de los ciudadanos ecuatorianos ante la posibilidad de que el Estado los indemnice por daños a ellos causados por una inexistente o por una mala prestación de servicios públicos.
3. Analizar la reacción de los ciudadanos ecuatorianos ante el derecho que tiene el Estado de repetir contra los servidores estatales que hayan causado el daño que fue indemnizado.
4. Analizar la reacción de los servidores públicos ante la posibilidad de que sean enjuiciados para que repitan el pago que hizo el Estado

ecuatoriano por indemnización de daños a los usuarios de los servicios públicos.

5. Analizar si mejoraría la prestación de los servicios públicos por el efecto coercitivo que podría ejercer la acción de repetición a favor del Estado contra los servidores estatales.
6. Descubrir si habría abuso de poder, y con ella persecución política, contra servidores estatales por parte de las autoridades públicas al ejercer la acción de repetición.
7. Estudiar la situación jurídica de la repetición a favor del Estado, plasmada en las leyes existentes y en el proyecto de ley.
8. Revisar casos en que en las sentencias condenatorias contra el Estado ecuatoriano a que indemnice por daños, se haya ordenado repetir contra servidores estatales.

PARÁGRAFO III

LAS VARIABLES Y LOS INDICADORES

SECCIÓN I

LAS VARIABLES

1. La acción de repetición estatal como factor eficaz para que mejore el servicio público en la República del Ecuador.
2. La acción de repetición estatal como mecanismo de abuso de poder.

SECCIÓN II

LOS INDICADORES

1. El mejoramiento del servicio público.
2. El abuso de poder de las autoridades estatales.
3. La situación de la legislación ecuatoriana en materia de acción de repetición estatal.
4. El ejercicio de la acción de repetición estatal en la República del Ecuador.

PARÁGRAFO IV

HIPÓTESIS

¿La acción de repetición estatal podría ser un factor positivo para que mejore el servicio público en la República del Ecuador, pero también podría convertirse en un medio de abuso de poder al no existir legislación que limite su planteamiento y aplicación?

PARÁGRAFO V

JUSTIFICACIÓN

En la República del Ecuador, la acción de repetición tiene un marco constitucional definido desde la derogada Constitución de 1998, y se mantiene vigente en la actual Constitución de 2008. Cuenta con leyes que la regulan en el ámbito de los derechos humanos y en el ámbito del servicio judicial, pero no existe ley que la regule en el ámbito del servicio ejercido por la Administración Pública. Para ello sólo hay un proyecto una ley que la Asamblea Nacional aún no lo ha promulgado.

El presente estudio investigativo aspira demostrar que el planteamiento de la acción sí producirá un efecto coercitivo en el servidor público para que mejore su servicio; y, del análisis de resultados que arroje la investigación a realizarse mediante encuestas, entrevistas y revisión documentaria, descubrir si ella podría ser un mecanismo de abuso de poder estatal, ya sea de autoridad administrativa o de autoridad judicial.

Finalmente, aportará recomendaciones objetivas y confiables para que la ley que vaya a regular la acción de repetición contenga suficientes limitantes jurídicos que tiendan a evitar el abuso de poder y que tenga un mecanismo justo de cálculo del monto a repetir, de tal suerte que no genere un atropello a la economía del servidor sancionado ni la de su familia.

PARÁGRAFO VI

DELIMITACIÓN

El problema planteado con la pregunta arriba expuesta tiene la siguiente delimitación:

1. CAMPO: Jurídico.
2. ÁREA: Derecho Administrativo.
3. ASPECTO: Los alcances del Derecho de Repetición del Estado.
4. TEMA: La acción de repetición del Estado por la inexistente o deficiente prestación de un servicio público.
5. PROBLEMA: Planteado con la pregunta: ¿De qué manera la acción de repetición estatal podría convertirse en un medio de abuso de poder público?
6. DELIMITACIÓN ESPACIAL: Las investigaciones del tema se realizarán en las ciudades ecuatorianas de Quito, Riobamba, Cuenca, Machala, Guayaquil y Durán por tener un amplio movimiento comercial, lo que exige mayor cobertura de servicios públicos.
7. DELIMITACIÓN TEMPORAL: Desde junio de 2012 hasta febrero de 2014.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

PARÁGRAFO I

EL DERECHO A REPETIR

SECCIÓN I

DOCTRINA SOBRE LA REPETICIÓN

El concepto de la palabra “repetición” depende de su uso, si es en el ámbito general o si es en el particular. En la presente investigación jurídica, el concepto deberá ser expuesto y examinado dentro del ámbito del Derecho, para lo cual, varios tratadistas han emitido sus conceptos y definiciones. Pero no sólo los tratados de Derecho Civil han emitido conceptos sobre lo que es la “repetición” sino también los diccionarios. A continuación, un breve análisis del concepto de la palabra, tanto en sustantivo como en verbo.

1. SU CONCEPCIÓN SEGÚN LOS DICCIONARIOS JURÍDICOS

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (en adelante se la denominará por sus siglas RAEL), entre los ocho significados que expone del verbo “repetir”, el cuarto es el correspondiente al ámbito jurídico: “4. *Der. Reclamar contra tercero, a consecuencia de evicción, pago o quebranto que padeció el reclamante.*”(Tomo II, p.1773).

Como se puede apreciar, de esta acepción idiomática se desprende que la naturaleza jurídica del acto de repetir es la de reclamar o exigir la devolución de algo dado, entregado o pagado por una persona que no estaba obligada a ello, sino un tercero quien no pagó. Se evidencia que este concepto idiomático corresponde a un derecho, el del reclamante.

Por su parte, los diccionarios jurídicos exponen conceptos sobre la repetición con peculiaridades a saber: el Diccionario Jurídico Elemental del doctor Guillermo Cabanellas de Torres (Décimo sexta edición, año 2003), contiene el significado del sustantivo y del verbo. Tal diccionario manifiesta que el sustantivo "repetición" constituye un sinónimo de duplicidad, reiteración, insistencia, reincidencia y de reproducción. Pero agrega que, como antonomasia, la repetición es el derecho y también es la acción para reclamar y obtener lo indebidamente pagado o lo anticipado por cuenta de otro. En este concepto se observan dos situaciones: la primera, que la repetición es un derecho que se ejerce mediante una acción judicial; y, la segunda, que el pago debe ser indebido, es decir, no correspondía efectuarlo a quien lo hizo.

En cuanto al significado del verbo "repetir" para Cabanellas de Torres es "*Reclamar contra tercero por pago indebido, injusto enriquecimiento, pérdida por evicción, improcedente quebranto o abandono anticipado.*" (p. 348), concepto que coincide con el de la RAEL, al concebir que la naturaleza jurídica del acto de repetir es la de reclamar o exigir un derecho: el que le sea devuelto lo dado o pagado. Es evidente que este concepto contiene la necesidad de que el pago deba haberse hecho de manera injusta o indebida, requisito elemental para que se configure la acción.

El jurista ecuatoriano, doctor Juan Larrea Holguín, en su última obra jurídica titulada la "Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana" (2005), unificó al sustantivo "repetición" y al verbo "repetir" en un solo concepto en los siguientes términos "*Acción judicial, por la que quien pagó, pide a otro que le compense o devuelva la cosa o su precio.*" (p. 613), concepto donde se observa que el sustantivo y el acto tienen como naturaleza la de una acción judicial, la cual lleva implícito un derecho, la exigencia de que le sea devuelto lo pagado. A diferencia de Cabanellas, Larrea Holguín excluye en su concepto la necesidad de que el pago sea injusto o indebido.

El jurista ecuatoriano explica en su obra enciclopédica las tres situaciones en que se puede exigir la repetición como derecho a reclamar lo pagado:

a) la primera es el caso del pago de una obligación condicional, pagada antes de haberse efectuado la condición, la repetición será exigible mientras no se cumpla la condición, de esto se desprende que ha habido un pago indebido;

b) la segunda, cuando el deudor solidario ha cumplido con el pago, éste tiene derecho a repetir contra los demás deudores que están en su misma condición de solidaridad, situación contraria a la anterior porque se trata de un pago justo;

c) la tercera, cuando un fiador ha pagado la deuda, entonces puede repetir contra el deudor principal o contra los otros fiadores, otra situación relativa a un pago justo o debido; y,

d) la cuarta corresponde a los distintos casos en que el Código Civil de varias nacionalidades, empezando por el francés, determina al derecho de repetición como el pago de lo no debido.

No obstante haber situaciones que dan lugar a exigir el derecho de repetición por la vía judicial, existen otras que no le dan cabida, como el pago de una deuda por juego de azar, o el pago efectuado por objeto o causa ilícita y cuando el acreedor haya condonado la deuda al fiador, éste no podrá repetir contra el deudor principal, salvo el caso de que el acreedor le haya cedido su acción de repetir.

2. LA DOCTRINA FRANCESA

2.1. La doctrina de Planiol y de Ripert respecto a las obligaciones solidarias

Entre los civilistas a nivel mundial, se destacan los franceses Marcel Planiol y Georges Ripert, quienes en su obra jurídica "Derecho Civil" (Tercera edición, 1946) conciben a la repetición como una acción aplicada en las obligaciones solidarias (p. 750) y por analogía al fiador para que ejerza su facultada de repetir contra el deudor del crédito y, contra otros fiadores, de ser el caso (p. 1114), pero jamás expresan respecto a ella una definición jurídica. Su análisis abarca a su configuración en caso de pago indebido (p. 781).

Respecto a **la acción de repetición por causa de las obligaciones solidarias**, la doctrina francesa expuesta por los mencionados juristas explica las tres fuentes determinadas por el Código Civil francés que dan origen a la solidaridad: por convención, por testamento o por ley (p. 750); y, hacen un amplio análisis de sus efectos, dependiendo si la relación de solidaridad es entre acreedores o entre deudores.

2.1.1. La solidaridad activa

En el caso de la **solidaridad entre acreedores, o solidaridad activa**, dicen los juristas franceses que la obligación se extingue cuando el deudor haya pagado a cualquiera de ellos, pero, si el deudor ha sido demandado o requerido por uno de los acreedores, se extinguirá la solidaridad activa porque el deudor deberá pagar solamente a quien lo demandó o lo requirió, según disposición del Código Civil francés.

Comparando con el Código Civil alemán, éste permite la extinción total de la obligación solidaria cuando el deudor, aunque haya sido requerido por uno de los acreedores, pague a cualquier otro acreedor solidario. Ya sea en el Código Civil francés o en el alemán, el acreedor que

haya recibido la totalidad del pago de la deuda, tiene la obligación de repetir lo recibido a sus coacreedores (p. 749).

2.1.2. La solidaridad pasiva

Por otra parte, en lo que respecta a la solidaridad **entre deudores, o solidaridad pasiva**, es interesante el análisis que Planiol y Ripert hacen de ella, en su citada obra jurídica, al explicar once causas determinadas por varias leyes francesas que van desde lo civil, pasando por lo mercantil y concluyendo en lo penal (por contravenciones o por delitos en materia de caza, aduanas, impuestos indirectos y delitos forestales). Claro está, dicen los juristas, que la solidaridad pasiva en materia penal sólo será efectiva cuando exista sentencia condenatoria ejecutoriada, según lo prescribe el artículo 55 del Código Penal francés. Los coautores del delito o de la contravención también están obligados a responder, solidariamente, por el daño a favor de la víctima.

Estudiando la **relación entre los codeudores solidarios**, los dos juristas franceses explican cómo el deudor que pagó la totalidad del crédito tiene derecho a ejercer su acción de repetición contra los demás codeudores.

La manera de ejercerla se divide en tres clases: **repetir por subrogación legal del acreedor, repetir por acción de mandato y repetir por gestión de negocios (sin mandato)**. En la primera forma de repetición, el deudor que pagó la totalidad de la deuda tiene derecho a cobrarla a sus codeudores haciendo uso de las garantías que le fueron otorgadas al acreedor (fianzas, prendas e hipotecas), incluyendo los intereses, siempre que se hayan pactado. En cambio, en la segunda y en la tercera clase, el deudor tiene derecho a repetir de manera quirografaria, es decir, sin uso de garantías personales ni reales, cobrando los intereses pactados. Por consiguiente, la acción de repetición por subrogación es más efectiva.

Los juristas hacen hincapié en que **lo que debe repetir el deudor** que pagó la totalidad de la deuda solidaria a sus codeudores será siempre el

excedente de lo pagado, es decir, la deuda menos la parte o alícuota que a él le correspondía pagar, observándose aquí una limitante para ejercer la acción de repetición.

En definitiva, para Maurice Planiol y George Ripert, el repetir es un derecho civil que tiene quien haya ejecutado una obligación de dar (pagar) ya sea de maneja justa (solidaridad y fianza) o injusta o ilegal (pago de lo no debido), que se ejercerá judicialmente mediante una acción: la repetición, la cual tiene condiciones, requisitos y prescripción para su ejercicio.

2.2. La Doctrina de Bonnecase sobre el enriquecimiento sin causa y la acción “*in rem verso*”

Tomando varios fallos de la jurisprudencia francesa, que data desde inicios del siglo XIX, en los que se emitió un concepto meramente exegético del enriquecimiento sin causa (sentencias en casos Roques y Calmels de 1804 y de 1870, respectivamente) hasta la consagración de la noción de aquella situación jurídica a fines de ese siglo (sentencias en casos Arrazat de 1870 y Boudier, de 1892, éste último creó la fórmula *in rem verso*), noción ratificada en posteriores sentencias (casos Clayette, Briauhant y Marthy, de 1923), el jurista francés Julien Bonnecase, estudioso del Derecho Civil, en su obra “Tratado Elemental de Derecho Civil” (1993), expone que el enriquecimiento sin causa es una irregularidad jurídica producto de un pago indebido o de haber adquirido algo o un beneficio sin merecerlo, lo cual debe ser regularizado mediante la acción judicial de repetición o de reivindicación (pp. 815 a 817).

Según el citado jurista, el **enriquecimiento sin causa lo considera una fuente de obligaciones** con un elemento de hecho y otro de derecho.

El primer elemento es la pérdida de un bien o patrimonio a favor de otro, lo que produce el empobrecimiento de una persona, lo cual debe ser

rectificado mediante la fórmula *in rem verso* que es la acción que tiene el perjudicado a repetir contra el que se ha enriquecido sin causa.

El segundo elemento es la inexistencia de justificación legal para la pérdida o desplazamiento de un valor a favor del patrimonio de un tercero porque no existe causa alguna que dé origen a ese desplazamiento.

Por consiguiente, la acción *in rem verso* es la acción de repetición para el caso de enriquecimiento sin causa, la cual procura el restablecimiento del patrimonio del actor del juicio, perdido injustamente por pago indebido.

SECCIÓN II

CONCEPTO DE REPETICIÓN

De las definiciones y conceptos analizados, se procede a estudiar el concepto de dos términos: el de “repetir” y el de “repetición”.

1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE “REPETIR”

El verbo “*repetir*”, en tiempo definitivo, es el derecho que tiene una persona que ha cumplido con una obligación de dar, ya sea en dinero o en especie, para que otra, quien también estaba obligada, le devuelva lo pagado, en la justa medida.

Obsérvese que este derecho se aplica sólo en obligaciones de dar, porque es imposible que se repita una obligación de hacer y menos de no hacer o prohibitiva.

Del concepto se detecta la **naturaleza jurídica** de repetir: **el ser un derecho**.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE “REPETICIÓN”

El término en sustantivo “*repetición*” consiste en la acción judicial para ejercer el derecho a repetir.

Como es evidente, la **naturaleza jurídica** de la “repetición” **es ser una acción judicial**. Por consiguiente, el derecho a repetir concede la acción de repetición.

En definitiva, el término “*repetir*”, en materia jurídica, constituye un derecho para quien pagó una deuda de otro o hizo un pago indebido; y, paralelamente, es la **obligación de restituir** para quien se benefició de ese pago o recibió lo que no se merecía.

SECCIÓN III

LIMITACIONES PARA EJERCER LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

La acción tiene **dos limitaciones para su ejercicio**, según se ha analizado de la doctrina francesa de Planiol y Ripert (p.782): la prescripción y la prohibición.

1. LA PRESCRIPCIÓN

El Código Civil francés crea varios tipos de prescripciones, una de ellas es la extintiva de acciones. Ésta es la que tiene relación al ejercicio de la acción de repetición. La prescripción extintiva de la acción finaliza el derecho que tiene una persona, natural o jurídica, para ejercerla ante los órganos de justicia.

La primera de las limitaciones para ejercer la acción de repetición es la prescripción extintiva, ya sea porque el derecho a repetir haya caducado o, ya sea porque, aunque el derecho esté vigente, la interposición de la acción judicial ya prescribió, conforme al tiempo que dé la ley civil de cada país donde se ejerza.

En la República del Ecuador, la Codificación del Código Civil dispone el cómputo de la prescripción extintiva de la acción civil de repetición: prescribe en cinco años, si es una acción ejecutiva, esto es si hay título de crédito para la cobranza, como el pagaré o la letra de cambio; y, de diez años si es una acción ordinaria, cuando no hay título de crédito para la cobranza (art. 2415, 1º. inciso).

El tiempo es contado desde la fecha en que se hizo exigible la obligación (art. 2414, 2º. inciso).

2. LA PROHIBICIÓN

La segunda limitación es la prohibición a ejercerla contra un acreedor receptor del pago de buena fe y, como consecuencia de tal recepción,

destruyó el título (art. 1377 del Código Civil francés). Quien pagó sólo podrá ejercer la acción contra el deudor verdadero o principal, mas nunca contra ese acreedor.

En la República del Ecuador, el acreedor de buena fe deberá probar su excepción en el litigio, conforme lo determina el artículo 102 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil (CCPC).

Ante estas dos limitaciones para el ejercicio de la acción civil de repetición, es menester observar que previo a ejercerla se deberá revisar si el derecho está caducado o si la acción ha prescrito; y, si no hay ninguno de aquellos impedimentos, revisar si contra quien se vaya a ejercer no se encuentre en la situación jurídica de acreedor de buena fe.

PARÁGRAFO II

LA REPETICIÓN CIVIL EN LA REPETICIÓN ESTATAL

SECCION I

LA REPETICIÓN CIVIL ES APLICABLE AL DERECHO DE REPETICIÓN ESTATAL

La Codificación del Código Civil ecuatoriano (CCC), producto de la redacción del lingüista Andrés Bello, tiene su fundamento en el Código Civil chileno y éste, a su vez, en el francés, por ello, el tratamiento jurídico de las distintas situaciones civiles entre los tres cuerpos legales es el mismo, como el concepto del derecho a repetir y de la acción de repetición en las obligaciones solidarias, activas y pasivas, y los efectos de los pagos indebidos y de los cuasidelitos, regulados en el Código y estudiados en la sección I del primer capítulo de este parágrafo.

La regulación del derecho a repetir no tiene un capítulo ni una sección definida en la CCC ecuatoriano, porque está dispersa en diecisiete artículos, sin secuencia consecutiva, ubicados en dos libros del Código, habiendo sólo un artículo, el 1100, en el tercer libro "De las sucesiones por causa de muerte, y de las donaciones entre vivos" y el resto están ubicados a lo largo del cuarto libro: "De las obligaciones en general y de los contratos".

Por tratarse este trabajo de una investigación sobre un tema de Derecho Administrativo, sólo se analizarán las situaciones jurídicas de la repetición civil prescritas en el cuarto libro de la CCC, en lo que sean aplicables al Derecho Público.

A continuación se procederá a un breve comentario de los artículos que tratan este tema.

SECCION II

LOS CASOS CIVILES DE REPETICIÓN APLICABLES AL DERECHO PÚBLICO

1. LA REPETICIÓN EN CASO DE OBJETO O CAUSA ILÍCITA

El artículo 1484 de la CCC no da derecho a repetir a quien pagó una deuda cuyo origen sea un objeto o causa ilícita, conservándose el precepto romano de que la ley no permite el derecho a repetir en este caso.

Como indican Planiol y Ripert en su citada obra, los romanos consideraban que si la ley permitiera la acción de repetición en este caso, se estaría considerando como válido un objeto o una causa ilícita, o que vaya contra la moral y las buenas costumbres, a diferencia de Francia, en cuyo Código Civil ya se permite la repetición aunque el pago haya sido producto de un objeto o causa ilícita, pudiéndose repetir valores entregados por deudas de juego de azar, por ejemplo, a excepción del pago hecho a la concubina o por el arrendamiento de un prostíbulo, en esos dos casos la ley civil francesa no da derecho a repetir.

2. LA REPETICIÓN EN LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES

El artículo 1501, segundo inciso, de la CCC, corresponde a las **obligaciones condicionales**, las que se dividen en **suspensivas**, son aquellas que crean una obligación si se cumple una determinada condición o requisito, y **resolutorias**, aquellas que eliminan una obligación si se cumple determinada condición. El citado artículo permite la acción de repetición cuando el pago se haya realizado antes de que se cumpla la condición suspensiva. En este caso, el factor para que se ejerza la acción es que exista una condición y que ésta no se haya cumplido, pero quien pagó haya creído que la condición estaba cumplida.

Lógicamente, el derecho a repetir sólo puede darse en caso de las condiciones suspensivas, no en las resolutorias, porque en las primeras, la

obligación de dar o pagar está por cumplirse, existe una expectativa que no ha generado derecho a quien recibió el pago indebidamente.

3. LA REPETICIÓN EN LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS PASIVAS Y ACTIVAS

El artículo 1684, que corresponde a la extinción de las obligaciones por confusión (Título XVIII de la CCC), trata dos situaciones que regulan la acción de repetición: el derecho a repetir y el deber de repetir, en las obligaciones solidarias pasivas y activas.

El primer inciso regula el derecho a repetir en las obligaciones pasivas, para el deudor que haya pagado totalmente la deuda que está compartida entre varios deudores. Al deudor pagador, este artículo le otorga el derecho de ejercer la acción de repetición contra sus codeudores en la cuota de la deuda que corresponda a cada uno de ellos.

El segundo inciso regula la solidaridad activa, cuando habiendo varios acreedores, uno de ellos recibe el pago total del deudor, entonces tendrá la obligación (no el derecho) de repetir a favor de sus coacreedores, pagando la cuota que corresponda a cada uno de ellos. Este caso de repetición del pago es una forma de extinguir la obligación por confusión.

PARÁGRAFO III

EL ESTADO COMO ENTE DE DERECHOS Y OBLIGACIONES

SECCIÓN I

EL ESTADO Y SU COMPONENTE DENOMINADO “PODER”

1. EL ESTADO Y SUS PODERES

Hace más de dos mil años, filósofos griegos como Platón y Aristóteles han emitido definiciones sobre lo que es el “Estado”, a los cuales, con el desarrollo de las sociedades occidentales, se han perfeccionado hasta comprimirse en breves palabras y abarcando todos los conceptos que componen su acepción, siendo la más concreta la definición del jurista francés León Doguit:

“El Estado democrático es la nación sobrer organizada”¹

Con esa **definición**, sencilla y completa, podemos tener claro lo que significa, desmembrando cada palabra en su sintaxis: su naturaleza es ser una sociedad humana (nación) que está organizada, esto es, regida por normas jurídicas dictadas por quienes detentan el poder político en esa sociedad. Siendo esa sociedad regida por normas, significa que en ella existe el imperio del Derecho, que regula la vida en común de sus habitantes, por ende, el Estado es un ente, un ser, que realiza actos y celebra contratos.

El Estado está compuesto de tres elementos esenciales para su constitución: **el territorio, sus habitantes y el poder**, éste último dividido en tres partes distintas y autónomas que es el **Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial**, división tradicional ideada y explicada por el filósofo francés de “La Ilustración”, Jean Jaques Rousseau, en 1756, ideología

¹ DOIGUIT, León “Traité de droit constitutionnel” tomo 3, p. 543.

que influyó en el pensamiento de los revolucionarios franceses, la cual desencadenó la Revolución Francesa estallada el 14 de julio de 1789 y, con ella, la nueva era política del mundo occidental, la Edad Contemporánea, cuya concepción de lo que debe ser un Estado es que la soberanía radique en el pueblo y el poder esté dividido en las tres ramas arriba mencionadas.

Constituyendo el poder uno de los elementos esenciales del Estado, es a través del Poder Ejecutivo, administrado por el Gobierno Central, que se dirige la política u órdenes manejadas con base a un concepto ideológico de gobernanza: el capitalismo, el socialismo o el populismo. Es el Ejecutivo quien, al ejercer la política, ejerce los derechos que le corresponden al Estado y cumple las obligaciones que éste tiene por ser un ente jurídico, es decir, una persona jurídica con capacidad para reclamar y para responder por sus actos, por sus omisiones y por los contratos que celebra.

2. EL ESTADO COMO ENTE DE DERECHOS (LEGISLACIÓN COMPARADA)

La mayoría de los Estados, en la actualidad, tienen delineados sus atribuciones, derechos, obligaciones y responsabilidades en una ley suprema constitutiva de su existencia, orden jurídico y reconocimiento internacional, es denominada comúnmente Constitución, ya sea el Estado una Monarquía o una República.

A continuación se revisarán brevemente los derechos y las obligaciones del Estado ecuatoriano, plasmados en la Constitución de la República del Ecuador (CRE), en comparación con a la Constitución Política de Colombia, por sus similitudes en los enunciados de los derechos de los particulares para demandar al Estado indemnizaciones por la inexistente o deficiente prestación de los servicios públicos; y el derecho que dan ambas Constituciones al derecho de repetición estatal.

2.1. Los derechos del Estado ecuatoriano

La Constitución de la República del Ecuador, que es la vigésima séptima en la historia del Estado ecuatoriano, fue elaborada por la Asamblea Constituyente, radicada en la ciudad de Montecristi, provincia de Manabí, y aprobada en referéndum. Se publicó en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008. Su texto que contiene 444 artículos y 30 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, tres capítulos del Régimen de Transición y una disposición final.

Los derechos del Estado ecuatoriano enunciados en la CRE son:

- a. El derecho a repetir contra las personas responsables (delegatarios, concesionarios y demás administradores) del daño que haya causado al Estado la obligación de responder indemnizando al habitante por la falta o deficiente prestación de los servicios públicos (art. 11, 1ro. y 2do. Inc).
- b. El derecho a planificar el régimen de desarrollo, o sistema nacional descentralizado, para propiciar la equidad social y territorial (art. 275), a través del Plan Nacional de Desarrollo (art. 279).
- c. Ejercer la política económica a través del Gobierno Central o Nacional (art. 284).
- d. Ejercer la política fiscal a través del Gobierno Nacional (art. 285 al 288) y crear el régimen tributario por medio de ley (art. 300 y 301).
- e. Ejercer la política monetaria, cambiaria, crediticia y financiera por medio del Gobierno Nacional (art. 302 y 303).
- f. Ejercer la política comercial y crear el sistema financiero, manejándolo por medio del Gobierno Nacional y bajo regulación de la ley (art. 304 al 312).

- g. Administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos como el energético, agua, recursos naturales y telecomunicaciones (art. 313), y la provisión de servicios públicos (art. 314).
- h. A crear empresas públicas para que realicen la gestión de sectores estratégicos (art. 315).
- i. A otorgar concesiones, de manera excepcional (art. 316, 2do. inc).
- j. A expropiar, previa indemnización, bienes de propiedad privada, por causa de utilidad pública o interés social (art. 323).
- k. A generar y aplicar políticas de movilidad humana (art. 391) y a ejercer la política migratoria (art. 392); y,
- l. A ser propietario exclusivo de los recursos naturales no renovables y de todos los productos del subsuelo, incluidos los que están cubiertos por aguas del mar territorial, de la biodiversidad que hay en ellas y del espectro radioeléctrico (art. 408).

2.2. Los derechos del Estado colombiano

Creada por los delegatarios de la Asamblea Nacional Constituyente, en representación del pueblo colombiano, la Constitución Política de Colombia fue sancionada el 4 de julio de 1991 y publicada en la Gaceta Constitucional el 7 del mismo mes y año, enuncia los derechos estatales. En varios artículos esparcidos a lo largo del texto constitucional, cuyo extracto se presenta a continuación:

- a. El Estado colombiano tiene derecho a ser respetado por nacionales y por extranjeros (art. 4, 2do. inciso).
- b. A sancionar mediante orden judicial a los ciudadanos y a los extranjeros por delitos tipificados en la ley (art. 228).

- c. A extraditar a colombianos por naturalización y a extranjeros conforme a los tratados internacionales o de acuerdo a la ley (art. 35, 1er. inc). Tratándose de colombianos de nacimiento, el Estado colombiano los extradita, siempre que el delito haya sido cometido en el exterior y considerados como tales en la legislación nacional (2do. inc).
- d. A expropiar a un ciudadano de sus bienes muebles e inmuebles, previa indemnización a éste, determinada judicialmente (art. 58). La indemnización previa no se aplica en caso de guerra (art. 59, 1er. inc).
- e. A ocupar temporalmente la propiedad privada de sus ciudadanos, cuando se ha declarado la guerra (art. 59, 2do. inc).
- f. A repetir contra el servidor o servidores públicos que por su causa el Estado colombiano haya tenido que pagar indemnizaciones como consecuencia de su responsabilidad ante los administrados (art. 90). El texto de ese artículo constitucional utiliza el término “deberá”, intuyendo que para el Estado colombiano, el repetir no es sólo un derecho estatal, sino también un deber el ejercer la acción de repetición.
- g. A elaborar el Plan Nacional de Desarrollo, a través del Gobierno (art. 341).
- h. A elaborar el presupuesto del Estado (art. 346).
- i. A ser propietario exclusivo de las rentas tributarias y de las no tributarias (art. 362, 1er. inc).
- j. A decidir, a través del Gobierno, la explotación de los recursos naturales (art. 360).
- k. A la creación y recaudación de tributos e imposición de sanciones por orden judicial en caso de evasión de impuestos (art. 363).

- I. Finalmente, a decidir sobre la administración y distribución de servicios públicos, así como controlar a los particulares que los presten (art. 370).

Como se puede apreciar, entre los derechos de ambos Estados (ecuatoriano y colombiano) está el de repetir contra sus funcionarios o servidores. En la República de Colombia, este derecho se incluyó por primera vez en la vigente Constitución Política colombiana, promulgada en 1991, mientras que en la República del Ecuador, es la segunda Constitución que lo incluye, pues, la primera se dio en la derogada Constitución Política de 1998.

Esta legislación comparada demuestra que ambos Estados vecinos son entes de derechos y cuentan con facultades para reclamar judicialmente la repetición de lo pagado en indemnizaciones por daños a sus ciudadanos y demás habitantes, a causa de la acción u omisión de sus servidores públicos.

En cuanto a leyes reguladoras de la acción de repetición, en Ecuador está regulada en dos leyes, el Código Orgánico de la Función Judicial para errores en la Administración de Justicia; y, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para casos de violación a los derechos humanos, efectuados por funcionarios públicos. Mas, carece aún de ley que regule la acción contra los daños producidos por la inexistente o por la deficiente prestación de servicios públicos.

El Estado de Colombia, para hacer efectivo este derecho, cuenta con la Ley # 270, desde el año 1996, norma jurídica que regula la acción de repetición.

3. EI ESTADO COMO ENTE DE OBLIGACIONES (LEGISLACIÓN COMPARADA)

La mayoría de los Estados han suscrito tratados internacionales de derechos humanos, por los cuales se comprometen a garantizar el bienestar, en todo sentido, de sus habitantes, a brindarles seguridad física y jurídica y a no discriminarlos, bajo ningún concepto. Es así como tienen plasmados en

sus Constituciones una infinidad de obligaciones para con los ciudadanos y extranjeros, resumiéndose en velar o garantizar los derechos de orden fundamental, económico y social. Entre tales Estados constan Ecuador y Colombia.

3.1. Los deberes del Estado ecuatoriano

La actual Constitución de la República del Ecuador es vanguardista en la cantidad de deberes impuestos al Estado, por no cubrir solamente los derechos humanos, sino también los de la naturaleza o “*Pacha Mama*”, como se los denomina en quichua, que es el idioma ancestral de todos los países andinos (art. 71 al 74), de tal suerte que la obligación estatal ecuatoriana debe garantizar los derechos fundamentales de las personas naturales y jurídica; y, de los demás seres vivos ubicados dentro de su territorio, fomentando el Derecho Ambiental.

Los deberes enunciados en el artículo 3, a lo largo de 8 números, traducidos en garantías estatales, son:

- a. La garantía de los derechos que establezca la Constitución y los instrumentos internacionales convenidos por el Estado, relativos a la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua (#1);
- b. la defensa de la soberanía nacional (#2);
- c. el fortalecimiento de la unidad nacional (#3);
- d. el quehacer de la administración pública, que debe ser ético (#4);
- e. todo lo concerniente al Derecho Económico, esto es, la planificación del desarrollo nacional y la erradicación de la pobreza, la promoción del desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de la riqueza (#5);
- f. la promoción y fortalecimiento de la descentralización y de la autonomía territorial (#6);
- g. la protección del patrimonio nacional y cultural (#7); y,

- h. garantizar a los ciudadanos una cultura de paz y a vivir en democracia, erradicando la corrupción (#8).

Pero también hay otros deberes con los que debe cumplir el Estado ecuatoriano, estos son:

- i. el tratamiento igualitario entre nacionales y extranjeros (arts. 6 al 9), estos últimos tienen por primera vez el derecho a sufragar cuando están radicados legalmente por más de cinco años en el país (art. 64, 2do. inc);
- j. el deber de responder pecuniariamente por la falta o deficiente prestación de servicios públicos, o por acciones u omisiones de sus funcionarios y empleados públicos (art. 11, 2do. inc);
- k. la reparación económica a la persona que injustamente ha tenido que cumplir una pena por efecto de una sentencia condenatoria reformada o revocada (art. 11, inc. final);
- l. a prestar a sus habitantes servicios públicos de óptima calidad (art. 52, 1er. inc);
- m. a garantizar la participación ciudadana y los derechos políticos a sus ciudadanos, esto es el derecho al sufragio (arts. 61 al 63);
- n. a garantizar los derechos de libertad de los habitantes del territorio ecuatoriano está plasmado en 29 números que componen el artículo 66 de la Constitución, muestra de la ratificación del Pacto de San José, consistentes en el derecho a la vida, a la libertad, a la honra, a garantizar las actividades económicas, a la asociación lícita, a la intimidad personal y familiar, a garantizar la inviolabilidad de la correspondencia, a la propiedad privada, a un ambiente sano; y,

garantizar que una persona tenga derecho a rehusarse a realizar algo prohibido;

- o. a garantizar el debido proceso, tanto en materia penal como de otra índole, deber de cumplimiento inevitable para el Estado ecuatoriano, enunciados en el artículo 76 de la Constitución, en 7 números y en el art. 77, números del 1 al 14, que incluye el deber de otorgar protección especial a las víctimas de infracciones penales; y,
- p. el deber de cumplir con la seguridad jurídica (art. 82). El Estado ecuatoriano tiene la obligación de otorgar garantías jurisdiccionales a todos sus habitantes, para que protejan sus derechos fundamentales ante los abusos de la Administración Pública, mediante el ejercicio de las siguientes acciones constitucionales: acción de protección (art. 88), acción de hábeas corpus (art. 89), acción de acceso a la información pública (art. 91), acción de hábeas data (art. 92), acción por incumplimiento (art. 93) y acción extraordinaria de protección (art. 94); y,
- q. el deber de otorgar tutela efectiva de los derechos que el Estado ecuatoriano garantiza, a través de los órganos de justicia ordinaria (art. 182); o, en su defecto, de los órganos de justicia constitucional (art. 86 #s 2, 429 y 436).

3.2. Los deberes del Estado colombiano

Las garantías de los derechos fundamentales de los ciudadanos colombianos y de todos los demás habitantes de la República de Colombia están enunciadas en la parte dogmática de la Constitución Política, que comprende el Título II “*De los derechos, las garantías y los deberes*”.

En cinco capítulos enuncia todos los derechos fundamentales del ser humano: sociales, económicos, culturales, colectivos y ambientales; y,

garantiza la protección física, jurídica y judicial a las personas, naturales y jurídicas, reconociendo su responsabilidad como Estado en caso de falta o deficiente prestación de servicios públicos, pagando indemnización. Este deber genera la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano.

El Título III *“De los habitantes y del territorio”*, contenido en cuatro capítulos, define la situación jurídica de los nacionales y de los extranjeros, sin discriminar, pero delineando la política migratoria.

Finalmente, en el Título IV *“De la participación democrática de los partidos políticos”*, en tres capítulos enuncia los derechos políticos que gozan los ciudadanos colombianos y los residentes, estos últimos con sus limitaciones, garantizando la formación de partidos políticos y el sufragio, como derechos políticos esenciales.

Todos estos derechos podrán ser reclamados por los ciudadanos y demás habitantes del territorio colombiano ante los órganos de justicia ordinaria o, en caso de no existir un medio judicial eficaz, ante la justicia constitucional, que el Estado colombiano está obligado a otorgar a través de cualquier juez, porque son declarados por la Constitución como jueces constitucionales. Su fallo puede ser apelado ante la Corte Constitucional, cuyo pronunciamiento será el definitivo (art. 86).

En cuanto al reclamo por daños ocasionados por la inexistente o mala prestación de servicios públicos la indemnización por el daño causado al habitante debe ser reclamada ante la justicia Contencioso-Administrativa, al igual que la acción del Estado a repetir lo pagado en indemnizaciones (art. 72 Ley # 270: “Ley de Acción de Repetición”).

De la revisión realizada a los dos textos constitucionales se puede evidenciar que ambos Estados (Ecuador y Colombia) lo siguiente:

- a. tienen similares derechos, obligaciones y responsabilidades en pro de garantizar el bien común a sus ciudadanos y demás habitantes;

- b. tienen delineada en sus respectivas Constituciones la responsabilidad extracontractual del Estado; y,
- c. declaran tácitamente en sus respectivas Constituciones que no son Estados paternalistas, por ello tienen inmerso en ellas el derecho a repetir contra los servidores o contra los concesionarios que hayan causado el daño indemnizado.

En definitiva, el derecho de repetición estatal y su acción, en ambos Estados vecinos, nacen de su responsabilidad extracontractual, a ser analizada en lo posterior.

SECCIÓN II

EL ESTADO RESPONSABLE

Uno de los principios de la democracia es la responsabilidad del Estado. El doctor Juan Larrea Holguín en su obra "*Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana*" escribió que la responsabilidad es uno de los grandes principios democráticos del Estado, como lo es la libertad y la igualdad entre las personas ante la ley (JL Holguín, p. 427).

El Estado responsable ante sus habitantes por los actos, omisiones y contratos emitidos y celebrados, respectivamente, por la Administración Estatal o Pública, que la ejerce el Poder Ejecutivo; y, por los errores en la Administración de Justicia, que la ejercer el Poder Judicial, es la concepción inmersa en la Constitución Política de la mayoría de los Estados suscriptores de Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

La responsabilidad estatal es obvia en la contratación pública por estar ésta prescrita en el ordenamiento jurídico de los Estados y estipulada en los contratos administrativos, razón por la cual no tiene mayor estudio doctrinario, a diferencia de la responsabilidad extracontractual del Estado, la cual ha tenido un abrupto inicio jurídico y un desarrollo de alto interés para el Derecho Constitucional y para el Derecho Administrativo.

A continuación se procede al estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado.

1. HISTORIA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL MUNDO

La primera concepción de responsabilidad estatal extracontractual que se dio en el mundo fue la objetiva, esto es que el Estado responde indemnizando únicamente los daños materiales, pero no los daños morales.

La responsabilidad extracontractual objetiva fue instituida por primera vez en el Derecho Público francés, luego de que el Consejo de Estado de Francia sentenciara a favor del actor de un juicio de indemnización por daños ocasionados por una mala prestación de servicios públicos; es el ya mencionado caso Blanco (1873), ordenándose a la Empresa de Ferrocarriles de Francia el pago al demandante, Jacques Blanco, de una indemnización en dinero por el daño causado a su hija tras un accidente ocurrido en ella por causa de una falta de precaución de avisos o advertencias a los peatones en las vías del ferrocarril.

Desde entonces se crea el concepto de responsabilidad objetiva emitida por una sentencia y no por la Ley, naciendo por primera vez en la Constitución de la Quinta República Francesa (la actual República), el que luego se insertó en las Constituciones Políticas de la mayoría de los países occidentales desde la segunda mitad del siglo XX, tras firmar varios Tratados Internacionales de Derechos Humanos, entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual el Estado ecuatoriano es suscriptor.

2. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN LA HISTORIA DEL ECUADOR

En el texto reformativo del año 1983 a la Constitución Política de la República del Ecuador, promulgada en 1979, se incluyó por primera vez el concepto de responsabilidad de los servidores públicos por su negligencia o por su mala fe en el ejercicio de sus cargos, pero no la responsabilidad del Estado para con sus habitantes.

En cuanto a la responsabilidad del juez, por una mala sentencia que podría dar lugar a la rehabilitación e indemnización al ciudadano perjudicado, ésta se introdujo por primera vez en la Constitución Política de 1967, luego fue retomada en la reforma de 1983, ya citada (JL Holguín, p. 428).

El concepto de la responsabilidad del Estado ante sus habitantes se incluyó por primera vez en la Constitución Política de la República del Ecuador del año 1998, y ha logrado un alcance completo a todos los actos, contratos y omisiones de la Administración Pública en la actual Constitución, promulgada en 2008, como se detallará a continuación.

3. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Todo Estado ejerce su objetivo, el servir a sus habitantes, y su finalidad, el darles bienestar a través de óptimos servicios públicos, lo que se traduce, dice Leon Duguit en su obra "Traité de Droit Administratif"², en el bien común. Este objetivo y finalidad son ejecutados por la **Administración Pública**, es decir, por el conjunto de servidores públicos, ya sea que hayan sido electos por sufragio o que sean de libre nombramiento y remoción; y, los de servicio civil y de carrera administrativa, todos ellos ejercen el diario quehacer del Estado mediante funciones específicas determinadas en su respectivo cargo público que ocupan para lograr el bien común.

El cargo público contiene dos cualidades: **competencia y facultad**. **La competencia** es el deber del servidor de ejecutar lo que la Constitución, la ley, el reglamento y las normas de procedimientos le indican; mientras que **la facultad** constituye el privilegio del servidor de imponer su decisión a los administrados. La facultad es el poder público propiamente dicho.

Consecuentemente, las competencias y las facultades de la Administración Pública tienen como contrapartida la responsabilidad por sus actos u omisiones y por los contratos administrativos que suscriban o que tenga relación con su celebración.

Aquella responsabilidad tiene clases o tipos que las distinguen para efecto de su aplicación, como en adelante se expondrá.

² DUGUIT, León, p. 215

PARÁGRAFO IV

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA O LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA DEL ESTADO ECUATORIANO

En la República del Ecuador, la actual Constitución, vigente desde octubre de 2008, precisa el quehacer del servidor público limitándolo al ejercicio de sus funciones específicas con el siguiente enunciado manifestado en el artículo 226:

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

Es decir, que ningún servidor estatal puede ejercer funciones que no le correspondan, pero las correspondientes debe hacerlas con óptima calidad.

SECCIÓN I

LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA DEL ESTADO ECUATORIANO

1. LA RESPONSABILIDAD SOBRE EL RECURSO ECONÓMICO DEL ESTADO

El quehacer de la Administración Pública se desarrolla con el **recurso económico del Estado**, esto es, el dinero proveniente de la venta al exterior del país de sus recursos naturales, como es el petróleo en Ecuador.

Otro ingreso muy importante es el tributario, tributos provenientes de sus habitantes por su renta interna y del comercio exterior, por la exportación y por la importación de mercadería.

Todo ese dinero obtenido por las ventas, o recaudado por los tributos, es el recurso económico del Estado, es su capital, del cual se alimenta la Administración Pública para ejecutar su gestión y lograr el bien común.

Por el manejo de ese dinero ella es responsable y como está integrada por los servidores o funcionarios públicos, son estos quienes deben responder ante el Estado por sus actos, por los contratos públicos que suscriban o por sus omisiones, en el ejercicio de sus cargos. Esta responsabilidad es conocida doctrinariamente como subjetiva.

2. CONCEPTO DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y SU APLICACIÓN EN ECUADOR

La responsabilidad subjetiva del Estado consiste en el proceder antijurídico de quienes ejecutaron el acto que provocó un efecto lesivo, o de quienes no obraron cuando su deber era hacerlo.

En la República del Ecuador, la CRE enuncia la responsabilidad de la Administración Pública en su artículo 11, segundo inciso (luego del ítem número 9):

“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.”

Lo que se traduce en que todo cargo público conlleva una responsabilidad por su gestión y, como tal, aquel que lo ocupe o ejerza debe reparar las violaciones a los derechos de los habitantes, ciudadanos o no, si tales ocurrieran en el ejercicio de sus funciones.

Obsérvese que la responsabilidad se extiende o incluye a quienes no son servidores estatales, pero están vinculados con el quehacer de la Administración Pública, estos son los concesionarios o contratistas: personas de Derecho Privado vinculadas con el Estado por efecto de la contratación pública.

Para que se determine responsabilidad en la Administración Pública es menester que la Constitución de los Estados defina la calidad del ejercicio del cargo público. La Constitución ecuatoriana la define y determina los principios de los cuales debe partir la gestión estatal, en el artículo 227, que textualmente dice:

“La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.”

El transcrito artículo constitucional enuncia como debe ser el ejercicio de todo cargo público en la República del Ecuador, expresándose por medio de cualidades que se traducen en:

Eficacia o prontitud,

Eficiencia o buena predisposición para cumplir con su deber,

Calidad o servicio con el mínimo de errores,

Jerarquía u organización institucional,

Desconcentración o delegación de funciones a otros funcionarios para evitar sobrecarga de trabajos en un solo servidor o en muy pocos servidores,

Descentralización o distribución de facultades estatales a instituciones autónomas y a Gobiernos Autónomos Descentralizados, coordinación o constante estandarización de procedimientos entre Gobierno Central con los Gobiernos Autónomos Descentralizados y con las instituciones autónomas,

Planificación o estudio previo de una disposición estatal para los administrados a fin de evitar que tal produzca molestias a ellos o destruya el bien común,

Transparencia, sin corrupción, con honestidad en el actuar; y,

Evaluación, o control constante del ejercicio de los cargos públicos mediante exámenes periódicos a los servidores, de cuyos resultados se imponen correcciones procedimentales y sanciones que van desde amonestaciones verbales hasta destitución de cargos.

Todo lo anterior se traduce en óptima calidad del servicio público. Quien no ejecuta su cargo de esta manera, tendrá que responder ante el Estado, lo que se conoce como responsabilidad de la Administración Pública o la responsabilidad subjetiva del Estado.

3. CLASIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA DEL ESTADO ECUATORIANO

La Contraloría General del Estado, ente de control superior de las finanzas públicas en la República del Ecuador, ha emitido el Reglamento

Sustitutivo de Responsabilidades (en adelante se lo mencionará como “el Reglamento”), según Acuerdo No. 026-CG, publicado en el Registro Oficial No. 386, del 27 de octubre de 2006, norma anterior a la vigente Constitución, pero que se ajusta a ella, de tal suerte que el primer artículo del referido Reglamento la apoya definiendo lo que es la responsabilidad de un servidor público, de la siguiente manera:

*“**Art. 1.- Responsabilidad.-** Las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, los personeros, directivos, empleados, trabajadores y representantes de las personas jurídicas y entidades de derecho público con participación estatal o terceros, actuarán con la diligencia y empeño que emplean generalmente en la administración de sus propios negocios y actividades, caso contrario responderán por sus acciones u omisiones, de conformidad con lo previsto en la ley”.*

Lo citado es un concepto reglamentario que coincide con el artículo 11, segundo inciso, de la Constitución de la República del Ecuador, siendo ratificado por ésta para determinar las clases de responsabilidades.

Este Reglamento, como su nombre lo indica, sustituyó al Reglamento de Responsabilidades publicado en el Registro Oficial No. 258, del 27 de agosto de 1985, pero no cambió sustancialmente la clasificación de las responsabilidades, por el objeto y por el sujeto.

Por el objeto, la responsabilidad se clasifica en **administrativa, civil y penal**; mientras que **por el sujeto en principal, subsidiaria, directa y solidaria**, remitiendo los conceptos de esta clasificación a una norma superior, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (en adelante será mencionada por sus siglas LOCGE), publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595, del 12 de junio de 2002.

3.1. La responsabilidad por el sujeto

La LOCGE clasifica la responsabilidad del servidor público por el sujeto, de la siguiente manera:

3.1.1. Directa

La responsabilidad es directa cuando recae en el servidor que ejecutó un acto o celebró un contrato, o dejó de ejecutar lo que debía hacer (art. 42). Por ejemplo, la autoridad que emitió un acto administrativo o la que suscribió un contrato público en representación legal de la entidad estatal.

3.1.2. Solidaria

La responsabilidad es solidaria cuando hay pluralidad de ejecutores del acto o suscriptores de un contrato administrativo, o dejan de ejecutar lo debido (art. 44). Por ejemplo, la autoridad de una entidad pública que emitió un acto administrativo nulo o ilegal y la máxima autoridad que lo ratificó en Resolución de Apelación; o el Prefecto Provincial o el Alcalde y sus respectivos Procuradores Síndicos por la negligencia en la defensa de un juicio contra el Gobierno Autónomo Descentralizado que representan; o, en caso de la suscripción de un contrato, todos los mencionados personeros junto con el Director Financiero por el incumplimiento de pago del contrato; o el fiscalizador y el administrador del contrato por el pago indebido.

3.1.3. Principal

La responsabilidad es principal cuando recae sobre toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, por sus actos y contratos o por ser la beneficiaria de un pago indebido (art. 43). Regularmente es la máxima autoridad de una entidad estatal, o es el contratista o el concesionario del contrato administrativo.

3.1.4. Subsidiaria o indirecta

La responsabilidad es subsidiaria o indirecta cuando por el intermedio de su acto o de su omisión se posibilitó un pago indebido (art. 43). Por ejemplo, el sucesor de la autoridad que emitió un acto viciado o que celebró un contrato nulo, o el asesor jurídico por su informe.

3.2. La responsabilidad por el objeto

Por el objeto, la LOCGE, al igual que el Reglamento, la clasifica en:

3.2.1. Administrativa culposa

La responsabilidad es administrativa culposa cuando el servidor no ha cumplido con las disposiciones constitucionales, legales, ni reglamentarias (art. 45), acarreando, entonces, sanciones administrativas que van desde una amonestación verbal hasta la destitución del cargo, conforme al artículo 43 de la Ley Orgánica del Servicio Público (en adelante será mencionada por sus siglas LOSEP), publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294, del 6 de octubre de 2010. Obsérvese que la LOCGE da calificativo a la responsabilidad administrativa, el de "culposa", esto significa que debe comprobarse la culpa del servidor para que se le aplique la sanción.

3.2.2. Civil

La responsabilidad es civil porque nace de la acción u omisión, tanto de los servidores públicos como de las personas de Derecho Privado, pero relacionadas éstas con la Administración Pública, ya sea por una concesión o por un contrato administrativo, por el mal manejo de los recursos económicos y materiales del Estado. Su sanción es la multa. Para la aplicación de la sanción se debe pasar por uno de los dos procedimientos previos denominados: **glosa** y **orden de reintegro**.

La **glosa** es la imputabilidad de un acto indebido o de una omisión, del cual, el imputado tiene sesenta días improrrogables para descargar su responsabilidad (art. 53, No. 1); y, la **orden de reintegro** es la orden de devolver, dentro del término improrrogable de treinta días, lo pagado indebidamente; dentro de ese término, el imputado deberá demostrar que no ha ejecutado ese pago indebido (art. 53, No. 2).

La responsabilidad civil genera indemnización de daños y perjuicios a favor del Estado.

3.2.3. Penal

Conforme a los arts. 65 al 67 del Reglamento, es la relacionada con el delito, que, a diferencia de las anteriores, en su clasificación por el sujeto y por el objeto, no son determinadas por el Contralor General del Estado, máxima autoridad de la Contraloría ecuatoriana. Éste sólo puede emitir indicio de responsabilidad penal, porque, debido a su naturaleza, sólo puede determinarla el juez en sentencia.

Toda esta clasificación, a excepción de la penal, es determinada mediante un procedimiento desarrollado en sede administrativa, denominado "sumario administrativo", regulado por el artículo 44 de la LOSEP, el cual está reglamentado en el capítulo V, sección tercera del Reglamento de esa Ley.

De su resolución, el servidor puede apelar en la misma vía administrativa ante el superior jerárquico; y, de seguir siendo desfavorable la resolución definitiva, puede impugnar el acto administrativo en vía judicial, ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, siguiendo el procedimiento definido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, publicada en el Registro Oficial No. 338, del 18 de marzo de 1968, con sus reformas del año 1983, mediante las cuales se crearon los Tribunales Distritales.

4. EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

La determinación de la responsabilidad, conforme a su clasificación, tiene un alcance para su aplicación, que los artículos 8 y 9 del Reglamento de Responsabilidades, ya referido, lo clasifica, basándose en el Derecho Civil ecuatoriano, en **responsabilidad por acción y por omisión** del servidor público, sea éste dignatario, funcionario, servidor sujeto a la LOPSE, o trabajador sujeto al Código de Trabajo.

La responsabilidad por acción se da cuando se establece que un acto o hecho es imputable al servidor estatal, mientras que la responsabilidad por omisión se detecta tras un análisis de actividades de obligatorio cumplimiento que el servidor dejó de ejercer en su cargo.

El Reglamento define a la acción, en su artículo 9.1., como *“la actividad positiva puesta por el agente”* que sirve de fundamento para determinar la responsabilidad objetiva: administrativa culposa, civil culposa e indicios de responsabilidad penal.

En cuanto a la omisión, en su artículo 9.2., la clasifica en intencional o culposa.

4.1. La omisión intencional

El artículo 9.3. del Reglamento define a la omisión intencional como *“la que se produce con el designio de obtener un resultado dañoso”* dando lugar a la responsabilidad por acción, esto es, que el Reglamento categoriza a la omisión intencional como una acción dolosa.

4.2. La omisión culposa

La omisión culposa es identificada por el Reglamento de Responsabilidades como la culpa leve determinada en el CCC, definiéndola en el artículo 9.4., como *“la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”* lo que para el

Reglamento, esta clase de omisión no puede generar responsabilidad penal, solamente la administrativa culposa o la civil culposa.

En definitiva, la complejidad de la determinación de la responsabilidad del servidor estatal o público es necesaria para evitar indefensión del imputado por una falta, así, se le puede dar la oportunidad suficiente y precisa para descargar la culpa en dos vías, como se ha expuesto: la administrativa, ante la misma entidad donde surgió la imputación; y, la judicial, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso-Administrativo, cuyo único recurso es la casación de la sentencia, ante la Corte Nacional de Justicia.

SECCIÓN II

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

La responsabilidad extracontractual del Estado tiene relación directa con el objeto principal de éste, la prestación de servicios públicos de óptima calidad para alcanzar su fin, el bien común o “*suma kausai*” de sus habitantes.

En Ecuador, la obligación del Estado de responder extracontractualmente está definido en el artículo 11, 2do. inciso de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), ya transcrito anteriormente, con similar texto al del artículo 20 de la derogada Constitución Política (año 1998), que decía:

“Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos.”

Los tratadistas de Derecho Administrativo denominan a la responsabilidad extracontractual del Estado como la “**responsabilidad patrimonial**” porque éste debe responder con su peculio, o patrimonio, el daño causado al habitante perjudicado, indemnizándolo, palabra que siempre implica pago de dinero. Ésta ha sido clasificada doctrinariamente como **objetiva** y como **subjetiva**.

1. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO ECUATORIANO

La responsabilidad objetiva tiene que ver con los resultados causados por la inexistencia de un servicio o por la mala praxis pública, sin analizar el proceder antijurídico de la Administración, sólo se analiza la antijuridicidad del resultado lesivo.

Los factores o presupuestos que determinan la responsabilidad patrimonial del Estado en materia extracontractual son:

- a. La existencia de un daño acaecido a un administrado,
- b. es necesariamente generado por una actividad estatal,
- c. es producto de un irregular cumplimiento del deber estatal, y,
- d. la relación de causalidad.

Para que exista un reclamo por parte del administrado es porque existe un daño acaecido en él o en algún miembro de su familia o dependiente de quien es responsable.

No obstante, de la existencia de un daño el reclamante debe probarlo, ya sea en sede administrativa o en sede judicial, por el principio de derecho fundamental de la presunción de inocencia del acusado, declarado en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (San José, 1969), de la cual, Ecuador, al ser suscriptor, por la acción de indemnización de daños, se convierte en beneficiario de este principio.

Muchos son los tratadistas que han estudiado la responsabilidad extracontractual del Estado, considerando que si se ha causado un perjuicio al administrado, es porque ha sido irregular la gestión pública, pero, si no hay un nexo causal entre la gestión irregular y el perjuicio, será imposible la configuración de esta responsabilidad.

2. EL NEXO O VÍNCULO CAUSAL PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD

La relación de causalidad es el vínculo entre el hecho generador de la responsabilidad y el perjuicio o daño sufrido por la víctima, dice el jurista colombiano doctor Alberto Tamayo Lombana en su obra "*La responsabilidad civil contractual y extracontractual*", quien desarrolla la teoría del nexo causal o relación de causalidad que a continuación se revisa y resume (p. 102).

2.1. Las dificultades para determinar el nexo causal

El jurista colombiano expone en su obra el análisis que de ella han presentado los tratadistas franceses León Henri y Jean Mazeaud, quienes observaron que esta sencilla noción sobre el nexo causal tiene dos dificultades para determinar al vínculo: **la pluralidad de causas y el perjuicio indirecto.**

2.1.1. La pluralidad de causas

La exposición del doctor Tamayo explica que para los tratadistas franceses Henri y Mazeaud, **la pluralidad de causas** es la reacción en cadena de condiciones que constituyen causas de responsabilidad.

Esta teoría se la ilustrará con un ejemplo: un caso ocurrido en la ciudad de Durán, Provincia del Guayas. Se trata de la construcción del puente de acceso vehicular entre las ciudades de Eloy Alfaro (Durán) y Guayaquil, el cual fue contratado por el Ministerio de Obras Públicas de un Estado.

En la etapa de desarrollo de la obra, las máquinas retroexcavadoras y los martillos eléctricos hacen que cimbrén las bases y los pilares de las casas aledañas a la obra pública, resquebrajándose las paredes. Lo ocurrido fue durante la época lluviosa. Las torrenciales lluvias hicieron que se filtrara agua a través de las grietas de las paredes afectados por la vibración. Por tal causa, los dueños de aquellas casas tienen que realizar reparaciones muy costosas en sus afectadas viviendas. Como no tenían dinero suficiente, aprovecharon la oferta que, por esa época, estaba dando un banco estatal, con un bajo interés, para reparación de inmuebles.

Sin embargo, debido a las lluvias, la situación económica de los endeudados empeoró porque no habían ventas y disminuyeron las plazas de empleo, en consecuencia, caen en mora, perjudicando su registro crediticio hasta llegar a la declaración judicial de insolvencia.

Del ejemplo se desprende que todas las circunstancias constituyeron causa para que se produjeran varios daños a los moradores del sector donde se realizaba la construcción del puente, que es una obra pública, formándose la dificultad de determinación de la responsabilidad por la pluralidad de causas. Pero ésta debe tener un análisis de las circunstancias con la siguiente pregunta, ¿cuáles son las causas que deberán tenerse en cuenta para juzgar la responsabilidad del Estado y de su contratista, como responsables solidarios? La respuesta a esta pregunta la dan **dos tesis opuestas: la equivalencia de las condiciones y la causalidad adecuada.**

2.1.2. La equivalencia de las condiciones

Continúa el doctor Tamayo exponiendo la tesis de la pluralidad de las condiciones citando al jurista alemán Hans von Buri, para quien tal teoría consiste en considerar que todas las condiciones o circunstancias de un daño son causas de responsabilidad, por ello le da igual importancia a todos los acontecimientos que ocasionaron el perjuicio, de tal suerte que el causante deberá responder por cada uno de los hechos o circunstancias acaecidas.

Aplicando esa teoría al ejemplo anterior, el Estado y su contratista deberán responder solidariamente por el daño a las casas, por los daños que produjeron las lluvias al filtrarse el agua en las grietas de las paredes y por la caída en mora y consecuente insolvencia de los propietarios de ellas.

La lógica de esta tesis responde a que cada uno de los acontecimientos fue fundamental para que se produjera el perjuicio, de tal suerte que si hubiera faltado uno de ellos, no habría causa suficiente para que se produjera el daño.

Siguiendo con el ejemplo narrado, para ilustrar, es lógico que si no habría existido vibración del suelo, jamás se habría llegado a la mora y la consecuente declaración de insolvencia de los dueños de las casas afectadas. O, si no habrían existido grietas en las paredes no se habría

filtrado el agua de las lluvias en las casas, ni se habría producido daño en la estructura de ellas. Tampoco habría ocurrido perjuicio alguno si la vibración se hubiera dado en la época de clima seco, pues, los dueños de las casas habrían tenido tiempo suficiente para reclamar al Estado y sus contratistas la reparación de las grietas, sin tener que endeudarse con un banco estatal, y así sucesivamente.

El doctor Tamayo concluye su estudio expresando que, según esta tesis, todas estas condiciones ejemplarizadas son causa suficiente, según esta teoría, para determinar el nexo causal de la responsabilidad de los demandados.

2.1.3. La causalidad adecuada

En su citada obra jurídica, el doctor Alberto Tamayo expone también esta segunda tesis, difundida por otro jurista alemán, Wilgen von Kries quien, por el contrario, considera que no todas las circunstancias constituyen causa de responsabilidad, por lo que hace una prelación de condiciones hasta quedarse con muy pocas o con sólo una.

En el ejemplo, según esta tesis, la única causa que produjo el daño a los dueños de las casas afectadas fue la vibración del suelo por efecto del movimiento de tierra que hicieron las retroexcavadoras y los martillos eléctricos, mientras que la filtración del agua por las grietas de las paredes de las casas, y la insolvencia superviniente de los dueños de los inmuebles por no poder pagar su deuda con el banco, no son causas de responsabilidad del Estado, ni de sus contratistas, por no tratarse de acontecimientos próximo al perjuicio (el daño de las casas).

El jurista Alberto Tamayo concluye el análisis de las dificultades para determinar el nexo causal en la pluralidad de causas, citando, en su obra, a otros profesores de Derecho Administrativo: los franceses Gabriel Marty y Paul Raynaud (p. 103), manifestando que el estudio de ellos definió a la responsabilidad del demandado, en caso de pluralidad de las causas,

como aquella que se da en relación exclusiva con la condición o circunstancia más pronta a la afectación o daño, excluyéndose como causas a las demás circunstancias sobrevinientes.

Siguiendo la ilustración de esta tesis, con el mismo ejemplo, se tiene que el Estado y su contratista deberán responder solamente por la afectación de las bases, de los pilares y de las paredes de las casas aledañas a la construcción del puente, obra pública que en ejecución produjo un movimiento de tierra; en otras palabras, la responsabilidad será solamente por la causa directa y no por las sobrevinientes.

2.2. El perjuicio indirecto

Otra dificultad en la determinación del vínculo de causalidad, dice el citado jurista colombiano, es el perjuicio indirecto, esto implica varios daños (ya no causas), de los cuales, unos son directos y otros consecuencia de los primeros, entonces, viene la pregunta ¿el demandado debe responder por todos ellos o sólo por los daños o perjuicios directos? Aplicando el ejemplo utilizado, el de la construcción del puente, al análisis del perjuicio indirecto, el Estado y su respectivo contratista deberán responder, solidariamente, por todos los daños, directos e indirectos, esto es, por la afectación en las casas, por la mora de los propietarios y su consecuencia: la declaración de insolvencia.

Es evidente que la tesis de la equivalencia de las condiciones coincide con la del daño indirecto en su resultado, con la diferencia, analiza el profesor Tamayo, de que la primera consiste en un conjunto de causas simultáneas que tienen igual valor; en el ejemplo son: la vibración del piso, la filtración del agua por las grietas de las paredes y el endeudamiento de los dueños de las casas para reparar los daños; mientras que la segunda, es un conjunto de efectos sucesivos; en el ejemplo son: el resquebrajamiento de las paredes, la inundación de las casas, la mora de los dueños de las casas afectadas y su consecuente insolvencia.

Como se puede observar, el daño indirecto da lugar a la vorágine infinita de responsabilidades, situación que, de aplicarse, sería peligrosa para el demandado, porque lo dejaría en quiebra al tener que responder por tantos daños. Esta razón ha dado lugar a que los jueces en América Latina, basados en la doctrina y en la jurisprudencia civil francesa del “*vínculo de la causalidad suficiente*”, desestimen al perjuicio indirecto como medio de determinación de responsabilidad contractual y extracontractual.

La doctrina civilista no incluye al perjuicio indirecto, aunque el demandado que haya obrado con dolo, así lo prescribe la Codificación del Código Civil ecuatoriano, en su artículo 1574, cuyo primer inciso transcribo:

“Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento.”

Esto significa que por dolo, la responsabilidad por el perjuicio indirecto no es aplicable.

En el ejemplo, el Estado y sus contratista responderían por el perjuicio directo, que serían las averías en los cimientos, pilares y paredes ocurridas en las casas aledañas al puente en construcción, pero no responderían de los daños ocasionados por la filtración del agua de lluvia en las casas, a través de las grietas de las paredes, como tampoco por la mora de los dueños en el pago del préstamos hecho al banco estatal y menos por su declarada insolvencia.

Aplicando la doctrina expuesta y el citado artículo de la norma civil ecuatoriana, el Estado deberá responder solamente por la causa directa y por el perjuicio directo, situación se reflejaría en la acción de repetición contra el servidor o contra el concesionario o contratista, de manera favorable para estos.

SECCIÓN III

LA INDEMNIZACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

En muchas ocasiones, el Derecho Administrativo se fundamenta en el Derecho Civil para aplicar su fuerza jurídica, como es el caso de la responsabilidad del Estado para con sus administrados, y en particular la del Ecuador, como lo vimos en el tema inmediato anterior. Por consiguiente, no dista mucho el Derecho Público del Derecho Civil en cuanto a la determinación de la responsabilidad contractual o extracontractual de un Estado, ni de su deber de indemnizar al afectado, en este caso, al habitante, sea ciudadano o no.

Indemnizar es reparar el daño causado (Diccionario RAEL, Tomo II p. 1157). Éste tiene dos tipos: **el daño emergente** (el sucedido al momento del siniestro) y por **el lucro cesante** (lo que dejó de producir el damnificado, en el tiempo). Según lo impuesto en el artículo 1572 de la Codificación del Código Civil ecuatoriano, el daño surge *“ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el incumplimiento”*.

Por su parte, el daño es reconocido en la Codificación del Código Civil ecuatoriano en dos clases: el daño material y el daño moral, clasificación que también es reconocida en la Constitución como en las leyes ecuatorianas, mas no es precisada.

1. EL DAÑO MATERIAL Y SU INDEMNIZACIÓN EN ECUADOR

En Ecuador, toda indemnización implica el pago de una cantidad de dinero, así lo prescribe el artículo 1572 de la Codificación del Código Civil ecuatoriano: pagar en dinero al afectado por el daño emergente o por el lucro cesante, cuando el perjuicio sea ocasionado por incumplimiento, por cumplimiento imperfecto o por mora de quien lo produjo.

Conforme al citado artículo de la norma civil, la reparación hace referencia a un perjuicio material, como por ejemplo, destrucción de bienes, pérdida de una cosecha, de un negocio, de un empleo, etc., situaciones en que es de posible la cuantificación del daño por su objetividad. Este mismo artículo excluye el daño moral.

Para que sea indemnizado el daño material, aquel debe haber sido declarado en sentencia; en la misma se debió declarar culpable al Estado y condenado a indemnizar a la parte actora de la causa, quien es el afectado. La cuantificación del daño se fija mediante informe pericial.

El breve tratamiento legal que da la Codificación del Código Civil al daño material es plenamente aplicable en el Derecho Público ecuatoriano, por el principio de analogía legal.

2. EL DAÑO MORAL Y SU INDEMNIZACIÓN EN ECUADOR

Si se trata de daño moral, entramos al ámbito de los delitos y de los cuasidelitos, tratados en el Título XXXIII del citado Código de Derecho Civil, aplicable al Derecho Público ecuatoriano.

El daño moral tiene relación con la honra del afectado, debiendo indemnizarse con dinero en efectivo, es decir, pecuniariamente, en las formas como detallan los artículos del 2231 al 2235 del antedicho Código ecuatoriano, pero siempre que el afectado pruebe en juicio el perjuicio a su buen nombre o reputación, o a su pudor, o haya sido víctima de arrestos indebidos, o de maltrato físico o psíquico.

En cuanto al actor de la causa o juicio de indemnización por daño moral, sólo el perjudicado puede entablar la demanda e impulsar la causa, salvo que esté impedido física o síquicamente para hacerlo, entonces, el artículo 2233 faculta a los representantes legales, a su cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad a subrogar al afectado. En caso

de fallecimiento de éste, quienes están facultados para plantear la demanda e impulsar la causa son sus causahabientes.

La Codificación del Código Civil ecuatoriano, en su artículo 2274, determina que la acción de indemnización por daño moral es independiente de cualquier otra similar que se presente por muerte de la víctima o por incapacidad para laborar.

Respecto a la prescripción de la acción, la misma norma legal, en su artículo 2275, señala que es en cuatro años, contados desde la perpetración del daño.

En el Estado ecuatoriano no existe norma legal que regule el daño moral, por lo que las referidas normas de Derecho Civil que lo tratan son aplicables a cabalidad al momento de juzgar en caso de una acción de indemnización por daño moral. Por ende, para que el Estado sea condenado a pagar indemnización por ese tipo de daño, la parte actora debe argumentarlo en su demanda y probarlo en la etapa correspondiente del juicio.

En caso de que el daño moral causado por el Estado no sólo haya recaído en el afectado directo, sino también en sus familiares o parejas, en quienes se ha dado el efecto reflejo, no hay regulación legal en el Derecho Público, debiendo el juez basarse en la doctrina, jurisprudencia y en su sana crítica.

En definitiva, el daño moral es subjetivo, por ello no es posible su cuantificación, lo cual no implica que no deba ser indemnizado pecuniariamente por el Estado. Para el efecto, el valor sería considerado en base a la apreciación del juez.

3. EL DAÑO COMO PRODUCTO DE LA INEXISTENTE O DE LA DEFICIENTE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ÓPTIMA CALIDAD

Conforme al ya citado artículo 11, segundo inciso, de la CRE, la responsabilidad estatal nace del daño que haya ocasionado una inexistente o una deficiente prestación de los servicios públicos. El texto constitucional evidencia que debe haber un daño en el administrado, ocasionado por la Administración Pública, pero sin mencionar dicha palabra, sino siendo menos directo, asimilándolo con la expresión “*violación a los derechos de los particulares*”.

El daño consiste en una afectación o perjuicio, en una ruptura de la normalidad o de la cotidianidad, en la destrucción del bienestar. Ese perjuicio puede ser físico, también llamado “material”; o, psíquico, también llamado “moral”, tema ya tratado en este estudio.

La persona afectada tiene derecho, según la CRE, a pedir la reparación del daño al Estado. Para el efecto, deben existir dos factores elementales: el primero, que el daño sea efectivo, es decir, que se haya probado y declarado que hubo un perjuicio en el reclamante o en sus familiares o en sus bienes; y, el segundo, que haya sido probado y declarado judicialmente que el daño fue ocasionado por el Estado, a través de sus delegatarios, concesionarios o de toda persona vinculada con la gestión de la Administración Pública.

El texto del artículo 11 de la CRE ordena la reparación de la violación de derechos constitucionales; y, el del artículo 53, segundo inciso, ordena al Estado a responder civilmente por los daños y perjuicios causados, con el siguiente texto:

“El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados.”

De ese texto se desprende que la obligación del Estado de responder civilmente es igual a que el Estado deberá pagar al perjudicado en dinero o en especie, llamado este acto en el Derecho Civil "indemnización". Para el efecto se deberá cuantificar el daño.

Es menester considerar que, de tratarse de un daño moral, a más de una compensación en dinero, el perjudicado, directo o indirecto, está en su derecho a recibir disculpas públicas del Estado, toda vez que, como ya está dicho, el asunto es de afectación psicológica.

4. LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DEL DAÑO

La reparación del daño debe ser exigida judicialmente, esto es, tal no opera de oficio por la sola disposición de la Constitución, sino por orden judicial dada en sentencia.

El órgano judicial competente para el efecto es el Tribunal Distrital de lo Contencioso-Administrativo, por disposición del artículo 217, número 8 del COFJ, que versa:

“ Art. 217.- ATRIBUCIONES Y DEBERES.- *Corresponde a las juezas y jueces que integran las salas de lo contencioso-administrativo:*

8. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúen en ejercicio de una potestad pública, en las que reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de 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;...”

En cuanto a la competencia del órgano de justicia, no lo indica aún el mencionado Código, pero sí la extinta Corte Suprema de Justicia de la República del Ecuador, en su Resolución del 12 de mayo de 1993 y publicada en el Registro Oficial No. 203 del 3 de junio del mismo año, la cual

aún está vigente hasta que el Consejo de la Judicatura determine las sedes y las circunscripciones territoriales de cada Tribunal, conforme lo prescribe el artículo 216 del COFJ.

La Resolución de la extinta Corte Suprema de Justicia dice textualmente:

“Art. 1.- El Tribunal Distrital de lo Contencioso-Administrativo, competente para conocer las demandas previstas en la Ley, será el del lugar en donde se origina el reglamento, acto o resolución de los organismos mencionados en el artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, objeto de la impugnación.

Art. 2.- También será competente el Tribunal Distrital de lo Contencioso-Administrativo del lugar en donde ha generado efecto el reglamento, acto o resolución de la Administración.”

Como se puede apreciar, la Resolución determina la competencia del Tribunal juzgador en base al domicilio del actor o en base al lugar donde haya surgido efecto el acto, el reglamento o la resolución administrativa de corte público, pero no hace mención al lugar de los hechos que han causado daño al actor, por consiguiente, se puede notar un vacío legal o normativo en este tema, suplido solamente por la primera opción de escogimiento del Tribunal, dada en esa Resolución: el lugar donde reside el actor.

A manera de ejemplo sobre la distribución distrital, para ventilar los juicios por daños y perjuicios planteados contra el Estado ecuatoriano en las provincias de Guayas, Santa Elena, El Oro, Los Ríos y Galápagos, el órgano de justicia competente es el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso-Administrativo de Guayaquil.³

³ LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, art. 8, reformado.

5. EL DAÑO CAUSADO POR EL CONCESIONARIO O POR EL LICENCIATARIO DE UN SERVICIO PÚBLICO

Está claro que el artículo 11, segundo párrafo de la CRE, exige al Estado reparar el daño que haya causado la falta o la mala prestación de los servicios públicos, que esa falta o mala prestación la ocasionó el Estado a través de un delegatario, concesionario o servidor público; pero, lo que no dice aquel segundo párrafo es que para proceder a la reparación del daño, éste debe ser probado en juicio, por ende, declarado como tal y ordenada la reparación, condenando al Estado a indemnizar al reclamante. En otras palabras, el reclamante debe haber acudido a la Función Judicial para exigir tal reparación, al ser justiciable todo reclamo, así lo determina el número 3 del mismo artículo.

Lo cuestionable es el tipo de responsabilidad del Estado en caso de provocarse un daño por actos o hechos del concesionario o del licenciataria, esto es, si el Estado tendría responsabilidad directa o subsidiaria, subjetiva u objetiva.

Este tema lo ha estudiado el tratadista argentino Agustín Gordillo en su obra *“Tratado de Derecho Administrativo”* Tomo II *“La defensa del usuario y del administrado”*⁴, quien entre sus citas incluye al también jurista argentino doctor Alejandro Pérez Hualde con su obra *“El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar.”*⁵

El profesor Gordillo manifiesta que el concesionario o el licenciataria de servicios públicos debe regirse bajo una normativa reglamentaria o de procedimiento, haciéndose responsable directo y subjetivo en caso de inexistente o de ineficiente prestación del servicio.

⁴ GORDILLO, Agustín. Págs. 626 a 628.

⁵ PÉREZ Hualde, Alejandro. Pág. 69 y ss (cita de cita).

No obstante la concesión o licencia, el Estado no deslinda su responsabilidad, pues, sigue teniéndola porque le corresponde controlar el desarrollo de la gestión del concesionario o del licenciataria. Esta responsabilidad se la conoce como acto de culpa *in vigilando*, cuya característica es “*objetiva y de resultados o fines*”, palabras textuales del doctor Gordillo en su ya citada obra.

Como se puede apreciar, la responsabilidad estatal, en estos casos, no es subjetiva ni solidaria con la del concesionario o la del licenciataria, sino que es de carácter contractual porque entre el Estado y el concesionario o el licenciataria hay un contrato en que el primero se desliga de la responsabilidad subjetiva, de la directa y de la solidaria, generándole solamente subsidiaridad ante el ciudadano quien es el beneficiario del servicio, por su falta de control o su poco control en el ejercicio de la concesión o de la licencia.

El Estado, como contratante, dice Gordillo, deberá multar al contratista por el incumplimiento del objeto del contrato: el prestar un servicio público de óptima calidad, y resarcir a los usuarios o consumidores de tal servicio con el valor recaudado, convirtiéndose esa multa en resarcitoria y, consecuentemente, en propiedad de los usuarios. De tal doctrina se desprende que el funcionario estatal está obligado a multar al concesionario o al licenciataria incumplido; si aquel condona la multa o la remite sin causa suficiente, le corresponderá responder civilmente ante el Estado.

Aplicado este análisis de la responsabilidad extracontractual del Estado por el inexistente o por el deficiente servicio público concesionado, se fragua el derecho de repetición del Estado solamente contra su funcionario, excluyéndose al contratista o concesionario, exclusión que no la contempla el artículo 11, 1ro. y 2do. inciso de la CRE.

6. EL DAÑO CAUSADO POR FALENCIAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La Administración de Justicia es otro servicio público que debe ser prestado por el Estado a través de los órganos de la Función Judicial, integrados por los servidores judiciales que van desde jueces de las Cortes de Justicia (Nacional y Provinciales) hasta los amanuenses u oficiales y agentes responsables del archivo de los expedientes judiciales.

El ya citado jurista, Agustín Gordillo, en su también citada obra "*Tratado de Derecho Administrativo*" (Tomo II "*La Defensa del usuario y del administrado*")⁶ manifiesta que la Administración de Justicia es uno de los mayores pilares de la democracia en un Estado, por ende, ella es un servicio público. Si los actos emanados de la Administración de Justicia son irregulares y, por tal razón han causado daño al ciudadano procesado, el Estado está obligado a responder, indemnizándolo.

Varios juristas de América Latina, como Fiorini⁷, Peyrano y Rambaldo⁸ al estudiar los casos de errores judiciales, concluyen en que tales desembocan en una conducta abusiva de su autoridad, la que debe ser objeto de demanda de indemnización de daño.

La CRE, en su artículo 169 enuncia que las normas procesales deben contener los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal. Cuando falta alguno de estos principios, o son deficientes, se produce la responsabilidad del Estado ante los usuarios de esa administración.

El Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante se lo mencionará por sus siglas COFJ), es la Ley que regula esa Función del Estado, vigente desde el marzo de 2009, en su Capítulo III, entre los artículos

⁶ GORDILLO, Agustín, pág. 645 al 646.

⁷ FIORIN, Bartolomé A., pág. 744 al 747.

⁸ Peyrano, Jorge y Rambaldo, Juan, pág. 21 al 45.

32 y 34, establece cinco casos de responsabilidad estatal ante el usuario por falencias en la Administración de Justicia y determina el procedimiento para plantear una causa judicial de indemnización de daños y perjuicios contra el Estado en esta materia, para luego establecer el derecho a repetir contra el funcionario judicial, dando jurisdicción coactiva al Consejo de la Judicatura, órgano de control de la Función Judicial⁹.

El análisis de la responsabilidad por las falencias en la Administración de Justicia será desarrollado posteriormente, al analizar la regulación de la acción de repetición en el COFJ.

⁹ CRE, art. 179 y COFJ, Título IV, Capítulo I, art. 254.

PARÁGRAFO V

LA ACCIÓN DE REPETICIÓN COMO UN DERECHO DEL ESTADO ECUATORIANO

La acción de repetición estatal está consagrada en la Constitución de la República del Ecuador (art. 11, 3er. inciso), pero el procedimiento judicial a seguirse está prescrito en dos leyes: en el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

El COFJ regula el proceso de indemnización de daños y la acción de repetición en casos de error judicial y demás irregularidades en la Administración de Justicia y la LOGJCC regula la acción de repetición contra funcionarios o servidores públicos que hayan violado los derechos humanos de los ciudadanos y habitantes del Estado ecuatoriano.

En cuanto al derecho estatal para repetir el pago de indemnizaciones en caso de daños por la inexistente o por la deficiente prestación de servicios públicos, no está aún regulado por la ley, sólo existe un proyecto.

Ambas leyes y el Proyecto de Ley de Repetición serán estudiadas dentro de este párrafo.

SECCIÓN I

LA ACCIÓN DE REPETICIÓN ESTATAL ECUATORIANA PRESCRITA EN LA

LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y

CONTROL CONSTITUCIONAL

1. ESTRUCTURA DE LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL

El 21 de septiembre de 2009, la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, quien ejerce el Poder Legislativo, promulgó la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante será identificada por sus siglas LOGJCC o “la Ley”), cuyo objeto es regular la jurisdicción constitucional para garantizar los derechos humanos del ciudadano ecuatoriano y los derechos de la naturaleza existente en el territorio nacional, ante abusos de la Administración Pública y privada, garantía que se ejecuta a través de la justicia constitucional, así versa el artículo 1 de dicha Ley, la cual está vigente desde su publicación en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52, del 22 de octubre de 2009.

Esta Ley contiene siete Títulos con sus respectivos Capítulos, una Disposición Reformatoria, dos Disposiciones Transitorias y una Disposición Final.

El Título I trata las “Normas Generales” en cinco artículos; el Título II trata las “Garantías Jurisdiccionales de los Derechos Constitucionales” en diez Capítulos, constituye el procedimiento de la justicia constitucional para todas las acciones constitucionales contempladas en la CRE: inicia con las Medidas Cautelares (Capítulo II) la Acción de Protección (Capítulo III), la Acción de Hábeas Corpus (Capítulo IV), la Acción de Acceso a la Información Pública (Capítulo V), la Acción de Hábeas Data (Capítulo VI), la

Acción por Incumplimiento a la orden del Juez Constitucional (Capítulo VII), la Acción Extraordinaria de Protección (Capítulo VIII), la Acción Extraordinaria de Protección contra las decisiones de la Justicia Indígena (Capítulo IX), y la Acción de Repetición contra Servidoras y Servidores Públicos por Violación de Derechos (Capítulo X). El tema que corresponde a este estudio es este último Capítulo.

El Capítulo X inicia en el artículo 67 y concluye en el 73. En siete artículos, la Ley regula el procedimiento para que el Estado ejerza su derecho a repetir contra las servidoras y contra los servidores públicos que hayan violado derechos fundamentales de los ciudadanos ecuatorianos y extranjeros en el territorio nacional, durante el ejercicio de sus funciones.

La condición para que el Estado ejerza este derecho es que él haya sido condenado, a reparar materialmente los daños causados al ciudadano afectado en el ejercicio de la Administración Pública (Art. 67, 1er. inciso).

La Ley define lo que son los servidores públicos para determinar su ámbito de aplicación (Art. 67, 2do. inciso).

Y, finalmente, determina la prescripción del ejercicio del Derecho de Repetición, (Art. 67, 3er. inciso).

A continuación un breve análisis de las condiciones para que el Estado pueda ejercer su Derecho a Repetir en la esfera de la violación de los derechos fundamentales.

2. LAS CONDICIONES QUE IMPONE ESTA LEY PARA EJERCER LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

El citado artículo 67 de la LOGJCC impone condiciones para el ejercicio de la acción de repetición, a ser analizadas en los siguientes literales:

- a. El objeto de ejercer este derecho es declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de quien sea servidora o servidor público.
- b. Que la responsabilidad patrimonial tiene que ser producto del dolo o de la culpa grave, es decir, que ella debe ser calificada en sentencia, como tal.
- c. Que el Estado debió haber sido condenado a pagar daños y perjuicios materiales. Obsérvese que la Ley no incluye la reparación de daños morales.
- d. Que la condena no sólo tiene que ser emitida en sentencia, sino también en auto definitivo.
- e. Que tal sentencia o tal auto definitivo debió haber sido emitido dentro de dos tipos de procesos: uno, el de garantías jurisdiccionales (las prescritas en la CRE y en la Ley estudiada en este momento), esto es, en la República del Ecuador; y, dos, el de garantías de derechos humanos, en este caso, el órgano de administración de justicia es internacional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- f. Que el Estado haya reparado el daño material.

- g. Determina lo que se debe entender por servidora o por servidor público, incluyendo a los servidores judiciales y a los militares. Por ende, el ámbito de aplicación del Derecho de Repetición se extiende a quienes sirvan al Estado mediante nombramiento fijo, nombramiento provisional, nombramiento de libre remoción, nombramiento por elección popular y mediante contrato ocasional de prestación de servicios, pero no incluye a los contratistas por efecto de la contratación pública, ni a los concesionarios; y,
- h. Limita el término de ejercicio de la acción de repetición: tres años, contados desde que se hizo efectivo lo que haya pagado el Estado en indemnización de daños y perjuicios.

Como se puede apreciar, la Ley impone condiciones para el ejercicio de la acción de repetición, en cuanto al objeto, al ámbito de aplicación y a la prescripción de la acción de repetición, los cuales son límites destinados a evitar el abuso de su aplicación ante la justicia.

También hay otras condiciones que impone esta Ley, señalados en el procedimiento, a ser estudiado a continuación:

3. EL PROCEDIMIENTO PRESCRITO EN ESTA LEY PARA EJERCER LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

La LOGJCC, en su artículo 68, contiene el debido proceso para ejercer la acción de repetición, el cual también constituye una limitación a su aplicación ante la justicia, a saber:

- a. El legitimario activo o personero que interponga la acción de repetición estatal será siempre la máxima autoridad de la institución pública que haya pagado la indemnización de daños, salvo que quien

causó el daño sea el servidor que ejerce tal autoridad, entonces será el Procurador General del Estado quien deberá ejercer dicha acción.

De igual manera será en el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GADs). Obsérvese que la salvedad indicada en la Ley nos demuestra que ésta se refiere al ejercicio de la acción para las instituciones y gobiernos autónomos, es decir, que tienen personería jurídica, por ello no requieren de la intervención Procurador. Obsérvese, también, que esta Ley obliga que en toda acción de repetición se deberá contar con el Procurador General del Estado, coincidiendo con lo prescrito en el artículo 6 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, la misma que prescribe la nulidad de todo proceso judicial (inclúyase el constitucional) por falta de citación o de notificación al Procurador (1e. inciso).

- b. Esta Ley ordena que toda sentencia o auto definitivo o la resolución, condenatorios contra el Estado sean puestos en conocimiento de la máxima autoridad de la entidad condenada, o del representante del GAD condenado, en su caso, y del Procurador General del Estado, con el fin de que las autoridades ejerzan la acción de repetición. Quien deberá notificar será la jueza o el juez que haya dictado la sentencia o el auto definitivo (2do. inciso).
- c. Pero, la Ley no da la facultad exclusiva a los jueces de dar a conocer a quienes corresponda, la sentencia o el auto definitivo o la resolución condenatorios, sino que permite que cualquier persona pueda hacerlo. Obsérvese que la Ley no limita esta facultad a las personas naturales, por ende, también una persona jurídica podría dar a conocer de la condena a la entidad pública (3er inciso).

- d. Tampoco es de exclusividad de las máximas autoridades de las entidades públicas autónomas, ni de los GADs, el derecho a interponer la acción de repetición estatal contra uno o varios servidores públicos, toda vez que esta facultad puede ser ejercida por cualquier persona (natural o jurídica), sin que la vincule procesalmente (4to. inciso).

La desvinculación procesal del particular que ha interpuesto este tipo de acción se debe a que en asuntos judiciales relativos al Estado y a sus instituciones, son el Procurador General del Estado y las máximas autoridades de las entidades públicas y de los GADs, quienes deben ejercer el patrocinio, tal como lo versa el artículo 237 de la CRE, el COOTAD y las leyes de Derecho Público que regulan a la instituciones públicas autónomas, es por ello que el mismo artículo, en el mismo cuarto inciso, exige a los jueces competentes la notificación de la acción a los personeros ya nombrados para que ejerzan el patrocinio en defensa de los intereses estatales.

- e. El órgano de justicia donde se ventila la acción de repetición en materia de derechos fundamentales es la Sala de la Corte Provincial de Justicia de lo Contencioso-Administrativo. Hasta enero de 2014, en la República del Ecuador no se han designado Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Cortes Provinciales de Justicia, tal como exige el Código Orgánico de la Función Judicial, pues, aún están en el ejercicio de sus cargos los Jueces de los Tribunales Distritales de lo Contencioso-Administrativo. Consecuentemente, en ellos es donde se deberá ventilar los casos de acción de repetición estatal.

- f. La Ley exige que los legitimarios activos cumplan con el patrocinio de esta acción, de lo contrario, se podrá ejercer contra ellos la acción de incumplimiento (CRE, art. 93 y la LOGJCH art, 52).

De lo estudiado se aprecia que la Ley determina las personerías activas de la acción de repetición estatal en casos de violación de los derechos fundamentales. En cuanto a la identificación de los encausados como

responsables del daño material reparado por el Estado y sus instituciones públicas, es tratada en el siguiente artículo, el 69, a ser estudiado a continuación.

4. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS ENCAUSADOS EN EL PROCEDIMIENTO DE ESTA LEY

Para encausar a un servidor estatal en la acción de repetición, la Ley impone las siguientes condiciones en su procedimiento prescrito en el artículo 69:

- a. La LOGJCC exige que el legitimario activo identifique plenamente al servidor a ser demandado por violación de los derechos fundamentales, antes de presentar la demanda de acción de repetición estatal, sin perjuicio de que el servidor identificado haya salido de la institución.

Obsérvese que esta exigencia es de *strictus sensum* por cuanto, si el legitimario activo de la entidad autónoma o del GAD omitiera hacerlo, lo deberá suplir el Procurador General del Estado. Es de considerar que esta exigencia legal es para evitar daño a la dignidad de un servidor público por causa de una ligereza en la identificación del demandado. ¿Cómo identificar a un servidor involucrado en el daño reparado por el Estado? Eso no lo explica ni lo determina la Ley, por lo que se asume la existencia de una investigación completa de quienes estaban o siguen en actividades relacionadas con el error o con el dolo que causó el daño material (1er. inciso).

- b. Si la máxima autoridad de la entidad pública autónoma o del GAD no cumple con el deber de identificar al servidor involucrado en el daño material reparado, la Ley considera que ocupará esa posición jurídica de demandado la autoridad incumplida, debiéndolo ejercer la acción contra ella como servidor o servidora demandado, el Procurador General del Estado (2do. inciso).

- c. Si fuera imposible identificar al servidor público causante del daño material reparado, este hecho podrá ser alegado en juicio, por el legitimario activo.
- d. Si dentro de la institución que pagó el daño material se está sustanciando un proceso (sumario administrativo) contra el servidor que tuvo relación con tal daño, aquel proceso servirá de fundamento para la acción.
- e. Concluye el artículo 69 de la LOGJCC señalando el término para presentar la acción de repetición estatal: veinte días, sin indicar desde cuándo debe contárselo. Entiéndase que su cuenta se inicia desde el momento en que la máxima autoridad fue notificada por la o el juez, o fue informada por un particular de la sentencia o del auto o de la resolución internacional condenatoria, como efecto de la exigencia de notificación o de información prescrita en el segundo y en el tercer inciso del artículo 68.

En cuanto al **contenido de la demanda**, está plenamente descrito en el artículo 70, convirtiéndose éste en un artículo de similar texto al 67 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, con la variedad de que se soliciten medidas cautelares y que, como anexos, se presenten dos requisitos: uno, la sentencia, el auto definitivo o la resolución internacional condenatoria contra el Estado y sus instituciones públicas a reparar el daño material; y, dos, que se presente el justificativo de la reparación material realizada. Estos justificativos no serán exigibles para los particulares que interpongan la acción, debido a que no son los legitimarios activos.

5. EL TRÁMITE

La Ley señala que la acción se debe tramitar ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Provincial de Justicia, órgano judicial

que es el mismo de todo los juicios o acciones: calificación de la demanda, orden de complementación sin falta un requisito en la demanda y la orden de citación a los demandados, si la demanda está completa. Luego, el juez califica la demanda y de darle el trámite, convoca a las partes a audiencia a realizarse dentro del término de quince días término, contados desde la última certificación del citador (Art. 71, 1er. inciso).

La audiencia tiene los siguientes pasos:

- a. Se inicia con la **contestación oral a la demanda y continúa con la presentación de pruebas** de la parte demandada.
- b. Los **legitimarios activos** (la máxima autoridad de la entidad pública autónoma o del GAD y el Procurador General del Estado) también expondrán sus argumentos que ratifican su demanda y a presentar sus pruebas, en la misma audiencia. El órgano juzgador deberá resolver en una sola audiencia.
- c. Sólo en caso de excepción, el órgano juzgador determinará un **término de veinte días para el estudio de las pruebas** y definirá fecha y hora para la próxima audiencia, la que se instalará al finalizar ese término. En la última audiencia se proveerán las pruebas que fueron necesarias practicarlas en ésta y se emitirá la resolución. Obsérvese que de manera general, el órgano de justicia contencioso-administrativa deberá emitir su fallo en una sola audiencia, por ende, este trámite o proceso es sumarísimo.
- d. **La sentencia** es dictada en forma oral, en la audiencia de prueba (que regularmente deberá ser una sola), previa deliberación del órgano juzgador. En ella se condena o se absuelve a el o a los servidores demandados. De ser condenados, se ordena pagar al Estado lo que éste haya erogado en reparación de daños materiales.

- e. Los **fundamentos o motivaciones de la sentencia** serán puestos por escrito y notificados dentro del término de tres días de haberse dictado el fallo.
- f. En la sentencia se deberá indicar **la forma y plazo de pago de la repetición**; y de haber varios condenados, la sentencia deberá determinar el monto a pagar de cada sentenciado, conforme a su grado de responsabilidad.
- g. Concluye el artículo 72 que **ninguna condena a pagar la repetición deberá llevar al sentenciado al estado de necesidad**, es decir, de insolvencia o que no pueda solventar ni siquiera sus alimentos congruos, demostrando la Ley que hace justicia al condenado y a su familia o cargas que tenga. La forma de cobranza se hace a manera de un juicio ejecutivo.
- h. El recurso de esta sentencia es el de **apelación** ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, lo cual es contradictorio con lo prescrito en el artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial que define a dicha la Sala Especializada como Sala de casación, solamente.

Con el artículo 73 termina el procedimiento de la acción de repetición, demostrando que mantiene el equilibrio económico del condenado a repetir por daño material, lo cual hace honor a la naturaleza de la Ley, que es regular la aplicación debida de las garantías jurisdiccionales del ciudadano y de la naturaleza.

SECCIÓN II

LA ACCIÓN DE REPETICIÓN ESTATAL ECUATORIANA PRESCRITA EN EL CÓDIGO ORGÁNICA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

1. ESTRUCTRA DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

El 4 de marzo de 2009 fue promulgado el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), el cual reemplazó a la Ley Orgánica de la Función Judicial, prescribiendo nuevas figuras jurídicas, entre ellas la responsabilidad de los servidores judiciales y el derecho a repetir del Estado contra ellos. El Código está vigente desde su publicación en el Suplemento del Registro Oficial No. 544, del 9 de marzo de 2009.

El Capítulo III de dicho Código se titula “Reglas específicas para la sustanciación de los procedimientos por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia”, el cual desarrolla el enunciado del artículo 172 de la CRE, en tres artículos: del 32 al 34, a ser estudiados a continuación:

El artículo 32 se titula “Juicio contra el Estado por inadecuada administración de justicia y por revocatoria o reforma de sentencia condenatoria”. En este artículo, el Código determina que el Estado es responsable de las siguientes situaciones jurídicas:

- a. del error judicial,
- b. del retardo injustificado Administración de Justicia,
- c. por inadecuada Administración de Justicia,
- d. de la violación del derecho a la tutela judicial efectiva; y
- e. de las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

A continuación se analizará cada situación jurídica.

2. EL ERROR JUDICIAL

El error judicial no está mencionado en el artículo 172 de la CRE. Es lo que su nombre dice, un error provocado por el Juez, se puede dar cuando éste emite sentencia o auto definitivo sin haber proveído todas las pruebas del caso, por haber errado en la identificación de las personas demandadas, por no haber proveído de oficio diligencias necesarias para resolver el caso, etc. El error judicial también podría ser producto de la actuación del Secretario del Despacho, como el no haber contado bien los términos dentro del proceso, por no haber notificado a alguna de las partes el inicio o el final de una etapa procesal, por no haber sentado razón del estado procesal, etc.

En cuanto a la materia por la cual sería demandado el Estado por error judicial, el jurista argentino, Miguel S. Marienhoff en su obra "Tratado de Derecho Administrativo"¹⁰ expone que la responsabilidad estatal sólo es posible en materia penal, mas no en materia civil o mercantil, porque en la primera, el Estado interviene directamente como parte a través del Fiscal, en calidad de acusador del servidor judicial, mientras que en la segunda y tercera materia, el Estado sólo interviene como un tercero (la o el juez) que dirige una contienda entre particulares. Consecuentemente, el Estado sería accionado judicialmente por daños o perjuicios causados al reo inocente, pero sentenciado por error judicial, en materia penal por ser parte del proceso.

Es menester observar que el COFJ trata el error, mas no el dolo judicial, por ende, el alcance de la responsabilidad del servidor será de acción culposa, conforme al Reglamento Sustitutivo del Reglamento de Responsabilidades, emitido por el Contralor General del Estado, norma jurídica que ya fue analizada en este estudio.

¹⁰ M. MARIENHOFF, Tomo IV, pag. 759.

3. EL RETARDO INJUSTIFICADO O LA INADECUADA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Ambas anomalías de la Administración de Justicia en Ecuador están prescritas en el artículo 172 de la CRE, son dos situaciones jurídicas consideradas como una en el Código, a pesar de tener distinto concepto: el primero es un retardo, como su nombre lo indica; y, el segundo implica un mal ejercicio de la Administración de Justicia.

Para ambos casos, la parte procesal interesada en la resolución de una causa judicial tiene el derecho de recusar al juez, conforme lo faculta la Codificación del Código de Procedimiento Civil; y, también tiene derecho a quejarse ante el Consejo de la Judicatura, quien es el órgano de control de la Función Judicial, para que sea sancionado. A más de estas facultades de quejas a ser resueltas en área administrativa, el afectado puede iniciar acción de repetición contra el Estado y pedir indemnización de daños, incluyendo el daño moral, según los artículos 32 y 33 del Código.

4. LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA DE LA JUSTICIA

En el artículo 172 de la CRE la violación del derecho a la tutela efectiva de la justicia es denominada como “denegación de justicia o quebrantamiento de la ley”, y consiste en la situación jurídica que contiene todos los casos arriba estudiados, porque ellos representan una violación al tutelaje correcto a favor del ciudadano, al que está obligada la Función Judicial.

5. LAS VIOLACIONES A LOS PRINCIPIOS Y REGLAS DEL DEBIDO PROCESO

Las violaciones a los principios y reglas del debido proceso están prescritas en el Capítulo II del Código:

- 1) El respeto a la supremacía de la Constitución de la República del Ecuador (art. 4),

- 2) la aplicabilidad directa e inmediata de las normas constitucionales, aunque no exista ley que regule la situación jurídica (art. 5),
- 3) la interpretación integral de las normas constitucionales o "*indubio pro constitutio*": el juez deberá dar privilegio a la norma constitucional frente a la legal en caso de duda (art. 6),
- 4) la legalidad, la jurisdicción y la competencia (art. 7),
- 5) la independencia de la Función Judicial frente a las otras Funciones del Estado (art. 8),
- 6) la imparcialidad, la unidad jurisdiccional, esto es, la Administración de Justicia es de exclusividad de la Función Judicial (art. 9),
- 7) la unidad jurisdiccional y gradualidad, con este principio se acabaron los juzgados y tribunales especiales que tenían todas las ramas de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional (art. 10),
- 8) la especialidad (art. 11),
- 9) la gratuidad de todos los procesos judiciales (art. 12),
- 10) la publicidad: no pueden haber juicios con procesos ni jueces secretos (art. 13),
- 11) la autonomía económica y financiera de la Función Judicial, lo cual se cumple parcialmente porque el capital con el que se maneja esta Función del Estado depende del Presupuesto General del Estado, el cual es manejado por el Ejecutivo (art. 14),
- 12) la responsabilidad de todos los servidores judiciales (art. 15),
- 13) la dedicación exclusiva a la Administración de Justicia que debe dar todo servidor judicial (art. 16),
- 14) el servicio a la comunidad (art. 17),
- 15) el sistema procesal como medio para alcanzar la justicia, por ello no se la sacrifica por la sola omisión de formalidades (art. 18),
- 16) la inmediación y concentración (art. 19),
- 17) la celeridad (art. 20),
- 18) la probidad (art. 21),
- 19) el acceso directo a la justicia (art. 22),

- 20) la tutela judicial efectiva de los derechos de las personas (art. 23),
- 21) la interculturalidad (art. 24),
- 22) la seguridad jurídica (art. 25),
- 23) la buena fe y la lealtad procesal (art. 26),
- 24) la verdad procesal (art. 27),
- 25) la obligación de administrar justicia: ningún juez o jueza puede excusarse de hacerlo (art. 28),
- 26) la interpretación de las normas procesales (art. 29),
- 27) la colaboración con la Función Judicial de parte de las demás Funciones del Estado y de todo ciudadano requerido a colaborar (art. 30); y,
- 28) la impugnabilidad de todos los actos administrativos (art. 31).

Consecuentemente, si un servidor judicial (no necesariamente tiene que ser un juez) incumpliere con alguno de estos principios, habría razón suficiente para la parte judicial afectada de iniciar acción de repetición contra el Estado.

Si el incumplimiento de cualquiera de los veintiocho principios rectores es considerado una violación a las reglas de debido proceso, ¿podría considerarse que alguna persona demande la indemnización de daños y perjuicios contra el Estado porque no ha ganado ninguno de los juicios que habría planteado, alegando alguna de estas violaciones? Es muy probable, ante tal circunstancia el Estado tendrá que defenderse a plenitud para evitar ser condenado.

Además, en caso de reforma o revocatoria de una sentencia condenatoria privativa de libertad, el Estado deberá reparar a la persona perjudicada, no sólo en el daño material, sino también en el moral, tal como lo establece el Código de Procedimiento Penal. Obsérvese que en el texto legal no se hace referencia a una sentencia condenatoria definitiva.

6. EL TRÁMITE

El legitimario pasivo es el Consejo de la Judicatura a través de su Presidente, según dispone el tercer inciso del artículo 32 del Código, quien deberá convocar a que comparezca el servidor judicial involucrado en la responsabilidad para que ejerza su derecho a la defensa en el juicio de indemnización.

El trámite será el Contencioso-Administrativo.

La prescripción de la acción será en cuatro años, contados desde que se realizó el último acto violatorio.

El artículo 33 del Código indica que durante el juicio contra el Estado por daños causado por la Administración de Justicia, los servidores judiciales tendrán todo tipo de garantías para ejercer su defensa, pero, de no haber podido descargar responsabilidades y el Estado es condenado a reparar, el Consejo de la Judicatura reparará el daño e iniciará de inmediato la coactiva contra las o los servidores judiciales responsables, para cobrar el respectivo reembolso.

El derecho del Estado de ejercer la acción de repetición contra uno o varios servidores judiciales, una vez que haya sido condenado a reparar el daño material y moral, es inminente y obligatorio, pidiendo el reembolso de todo lo pagado.

Finalmente, el último artículo del Capítulo III del Código, que es el 34, prescribe la sustanciación de las causas por indemnización de daños y perjuicios contra todos los administradores de justicia (incluidos los fiscales): se sustancian ante un juzgado civil del domicilio del demandado, en la vía verbal sumaria (de rápido proceso por lo corto de sus términos); y, la acción prescribe en cuatro años, contados desde que se consumó el daño, no desde que el Estado fue condenado al pago, parámetro de conteo de término que favorece a la o al demandado.

Obsérvese que este artículo no trata la acción de repetición estatal, sino la acción de indemnización por daño material y moral interpuesta directamente contra una o un servidor judicial; y, que el Código no exige que se interponga ante el órgano destinatario que es la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Provincial de Justicia respectivo (a la fecha son los correspondiente Tribunales Distritales), contradiciéndose el mismo Código con su disposición contenida en el número 9 del artículo 217.

7. EL ERROR INEXCUSABLE

El único descargo de responsabilidad del dolo o de la negligencia del que son acusados los servidores judiciales, que admite el Código es el caso fortuito y la fuerza mayor (Art. 33, 2do. inciso), mas no el “*error inexcusable*”, expresión que no tiene definición alguna por el Código, por ende, su concepto bien podría ser manipulado tanto por el que acusa como por el acusado de tal error.

El jurista colombiano Jairo López Morales, en su obra “*La responsabilidad del Estado por error judicial*”¹¹ explica que podría entenderse el error inexcusable como la culpa grave o lata que en términos de alcance de la responsabilidad, sería considerada como dolo y da un ejemplo: la falta de motivación de una sentencia o en un auto definitivo. En este caso, dice el jurista, la sentencia o el auto definitivo podrían aparentar tener motivación cuando la o el juez emite su fallo enunciando los artículos en los que se basó, pero sin explicar el porqué de su fundamento.

¹¹ LÓPEZ Morales, Jairo. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL. Ediciones Doctrina y Ley. Santa Fe de Bogotá, DC. 1996, pág. 383

SECCIÓN III

CONCLUSIONES AL ANÁLISIS DE LOS PROCEDIMIENTOS DICTADOS POR LAS DOS LEYES QUE REGULAN LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

Concluyendo el estudio de la acción de repetición estatal existente regulada por la ley, en el Ecuador, se puede detectar que en las dos leyes estudiadas hay diferencias procesales, como a continuación se detectan.

1. DIFERENCIAS PROCESALES ENTRE LOGJCC y el COFJ

Las diferencias entre las dos normas jurídicas son:

- 1) El legitimado activo en la LOGJCC es la máxima autoridad de la entidad pública que reparó el daño pagando la indemnización, o es el Procurador General del Estado, mientras que en el Código Orgánico de la Función Judicial es el Consejo de la Judicatura.
- 2) La extensión de responsabilidad hacia el daño moral lo impone el Código, mas no la Ley.
- 3) La Ley procura evitar que el servidor entre en estado de necesidad económica por causa de reembolso o repetición, mientras el Código no contempla esta precaución, situación que constituiría una violación a los derechos fundamentales del ciudadano y que la República del Ecuador está comprometida a impedirlo por sus suscripción a la Convención Americana de Derechos Humanos, más conocido como Pacto de San José, conforme lo declara su artículo 21, número 2, que en su parte pertinente dice: *“Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa...”*; y,

4) En cuanto al órgano de Administración de Justicia para ventilar la acción de repetición, la Ley se rige a lo establecido en el número 9 del artículo 217 del Código, mientras que éste se contradice en su artículo 34.

2. SIMILITUDES PROCESALES ENTRE LA LOGJCC y el COFJ

Respecto a la similitud procesal que podrían tener ambas normas jurídicas, está en que son específicas:

1) La Ley se refiere a responsabilidades de las y de los servidores en general que hayan incurrido en faltas contra los derechos fundamentales de la persona y de la naturaleza.

2) El Código se refiere a todo lo relacionado con faltas en la Administración de Justicia.

No obstante existir la normas arriba estudiadas, ninguna de ellas regulan la acción de repetición estatal en caso de falta o de inadecuada provisión de servicios públicos al ciudadano, como el suministro de agua potable, de alcantarillado, de recolección de basura, de transporte, de energía eléctrica, de control policial, de control vehicular, de aseo de calles, de educación, de salud pública, etc., es decir, de todos aquellos servicios enunciados en los artículos 52 al 54 de la CRE, relativos a los derechos de los usuarios y de los consumidores, que coinciden con el segundo y tercer incisos del artículo 11 de la misma norma suprema.

Mas, en la Asamblea Nacional de la República del Ecuador se está gestando un proyecto de Ley para el efecto, que a febrero de 2014, aún no tiene un segundo debate. Aquel proyecto es el tema de estudio en la siguiente sección de este parágrafo.

SECCIÓN IV

EL PROYECTO DE LEY DE REPETICIÓN Y SU ANÁLISIS

El Proyecto de Ley de Repetición que está para segundo debate en la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, fue emitido por el Pleno de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, en su sesión celebrada el 28 de noviembre de 2011.

El Proyecto contiene cuatro capítulos entre los que están repartidos 22 artículos. En sus Disposiciones hay dos Disposiciones Transitorias y una Disposición Final.

Su texto inicia con el “Considerando” que relata las bases constitucionales que obligan al Estado a dar un óptimo servicio público a sus habitantes, a responsabilizarse en caso del fallas en la prestación de tales servicios, que imponen la responsabilidad a los servidores públicos por el buen cumplimiento de su cargo, tanto por sus actos como por sus omisiones, que responsabiliza al Estado y a sus servidores por el daño ambiental; y, hace referencia a la necesidad de producir una ley procesal para cumplir con el cabal derecho que tiene el Estado a recibir en retorno lo que ha pagado por la negligencia de sus servidores o de terceros, debiendo ser estos condenados en sentencia para el efecto.

Este Proyecto fue revisado y analizado por el Procurador General del Estado, lo que produjo una reforma al texto.

A continuación una síntesis del Proyecto de Ley de Repetición reformado y el análisis del Procurador, con las correspondientes sugerencias.

1. SÍNTESIS DEL TEXTO DEL PROYECTO DE LEY DE REPETICIÓN

El Capítulo I denominado “Naturaleza” determina el objeto y la finalidad de la Ley (art. 1), los principios de la acción de repetición (art. 2), el ámbito de aplicación (art. 3), esto es, que la acción será aplicada sólo

cuando el Estado y sus instituciones hayan pagado indemnizaciones; y, la prescripción de la acción, dándole el plazo de cuatro años, “contados desde la fecha de pago efectuado por la entidad estatal”, según el texto.

El Capítulo II denominado “Elementos procesales de la acción” define que la jurisdicción y la competencia la tienen los jueces de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Provincial de Justicia del domicilio del demandado (art. 5); determina que el legitimario activo es la máxima autoridad que pagó la indemnización, actuando conjuntamente con Procurador General del Estado (art. 6); da la alternativa a un particular para que pueda interponer acción constitucional por incumplimiento (art. 7), en caso de incumplimiento por parte de la máxima autoridad por no presentar demanda de acción de repetición o que el patrocinio de tal acción no la asuma la Procurador.

En este mismo Capítulo, el proyecto de Ley exige a la máxima autoridad de la entidad que indemnizó y al Procurador General del Estado ejercer una investigación exhaustiva y previa a interponer la acción, sobre los hechos y los posibles autores del daño (art. 8); determina dos presupuestos para ejercer la acción: que se haya pagado totalmente la indemnización y que haya un pronunciamiento conjunto de los dos legitimarios activos (entidad y PGE) que determine el daño, de manera fundamentada (art. 9).

El Proyecto de Ley también describe el contenido de la demanda, el cual es similar al de una demanda civil, con agregación de los documentos habilitantes, entre los que se pueden incluir la prueba documental (arts. 10 y 11).

Se describe, también, el trámite con detalles, demostrando la oralidad de la acción, similar al procedimiento laboral oral (art. 12) y determina que

la sentencia deberá declarar la existencia del dolo o de la culpa grave, la forma y tiempo de pago y el grado de participación, esto es, si fue dolo o si fue culpa grave detallándolo en base a las pruebas aportadas (arts. 13 y 14).

En cuanto a los recursos, estos serán: la apelación y el extraordinario de casación, los que deberán resolverse en la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

El Capítulo III denominado "Llamamiento en garantías con fines de repetición", da el concepto de esta figura jurídica, consistente en incluir en el proceso de responsabilidad que se sigue contra el Estado y sus entidades públicas, a los servidores públicos, concesionarios, delegatarios y toda persona que haya estado vinculada al sector estatal de quienes se presume hayan provocado el daño, pudiendo incluirse entre los llamados a las empresas aseguradoras (arts. 16 y 19).

Continúa el texto detallando el procedimiento de aquel llamamiento (art. 17); al determinar los requisitos que debe contener el escrito de llamamiento (art. 18); el deber del juez de que, en caso de sentencia condenatoria al Estado y sus entidades, se pronuncien sobre el dolo o la culpa grave de la persona llamada en garantía y del derecho de repetición que corresponda al Estado.

El Capítulo IV denominado "Medidas cautelares" que podrán ser solicitadas solamente por los legitimarios activos (art. 21); y, la orden legal que será el inscribir la demanda de acción de repetición en los registros de bienes muebles e inmuebles de los demandados, para efectos pertinentes, como el embargo o la prohibición de enajenar (art. 22).

Como Disposición General es la aplicación de otras leyes procesales para completar el procedimiento, citándose nueve leyes procesales, entre

ellas el Código de Procedimiento Civil, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el Código Orgánico de la Función Judicial. Obsérvese que no se incluye a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a pesar de contener en su texto el procedimiento para ejercer la acción de repetición contra servidores públicos imputados como responsables de daños a ciudadanos en materia de Derechos Humanos.

La Primera Disposición transitoria hace referencia a los juicios de repetición que se estén ventilando al momento de entrar en vigencia esta Ley, ordenando que aquellos deberán continuar su curso natural hasta llegar a sentencia; y, la Segunda Disposición determina que seguirán ventilando las causas de repetición los Tribunales Distritales de lo Contencioso-Administrativo mientras no se instalen las Salas especializadas en esa materia en las Cortes Provinciales de Justicia. La disposición final es relativa a la puesta en vigencia de la Ley.

2. EL ANÁLISIS Y LAS RECOMENDACIONES DEL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO RESPECTO DEL PROYECTO DE LEY DE REPETICIÓN

En la República del Ecuador, el Procurador General del Estado es el abogado patrocinador y consultor de aquel, por ende, sus funciones son:

- a) El patrocinio en las causas judiciales.
- b) El ejercicio del control posterior a la contratación pública.
- c) La absolución de consultas a las instituciones públicas y gremiales, con efecto vinculante, esto es, de aplicación obligatoria para la entidad pública consultante.
- d) Hacer observaciones a los proyectos de leyes, con el fin de controlar la legalidad de las normas emitidas en la República del Ecuador.¹²

¹² Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, artículos 3, 5 y 13.

Haciendo uso de la última facultad mencionada, el doctor Diego García Carrión, Procurador General de Estado para el periodo 2010-2014, emitió sus observaciones al Proyecto de Ley de Repetición al doctor Mauro Andino Reinoso, Presidente de la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional.¹³

2.1. Reseña emitida por el Procurador General del Estado respecto del Proyecto de Ley de Repetición

En su análisis y observaciones, el Procurador General del Estado (en adelante se lo denominará como “el Procurador”) expone al inicio de su redacción una breve reseña de las dificultades que presentaba la Constitución Política de la República del Ecuador, del año 1998, al momento de ejercer la acción, porque el artículo 20 exigía que el dolo o la culpa grave sean judicialmente declarados, declaratoria que jamás la emitían los jueces, por ello era imposible ejercer dicha acción.

Continúa con su reseña el Procurador, al referirse a la CRE (año 2008), que ésta ha extendido la responsabilidad hacia los funcionarios judiciales por la detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o por inadecuada administración de justicia.

Concluye su reseña el Procurador manifestando que antes de la actual Constitución y de la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial, los jueces que han dictado sentencias condenatorias contra el Estado y sus instituciones por daños en la prestación de los servicios públicos, no identificaron a los funcionarios o servidores responsables de la condena, ni calificaron su conducta, a pesar de que ese requisito lo exigía el artículo 20 de la derogada Constitución de 1998.

Luego, el Procurador cita todas las disposiciones legales que actualmente facultan este derecho estatal:

¹³ PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, Oficio No. 03793 del 20 de septiembre de 2011.

- 1) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Título II, Capítulo X, artículo 67, se aplica la acción de repetición cuando el Estado ha sido condenado a reparar daños materiales tras un proceso de garantías jurisdiccionales, ya sea sentenciado por juez nacional o por Tribunal extranjero;
- 2) el Código Orgánico de la Función Judicial, en el Título I, Capítulo III, por una mala administración de justicia; y,
- 3) la Ley Orgánica del Servicio Público, en su artículo 46, que le da derecho al Estado a recuperar lo pagado por restitución de un servidor a su cargo, tras sentencia ejecutoriada, el artículo 134, de repetir contra la autoridad que incumple con las resoluciones del Ministerio de Relaciones Laborales y en la Disposición General Vigésimo Tercera, de similar asunto.

2.2. Análisis del texto del Proyecto de Ley de Repetición y recomendaciones emitidas por el Procurador General del Estado

La segunda parte del señalado oficio emitido por el Procurador General del Estado, doctor Diego García Carrión, consiste en las observaciones y recomendaciones al Primer Proyecto de Ley de Repetición. Algunas de ellas fueron acogidas en el texto reformado del Proyecto de esa Ley, como se apreciará posteriormente.

En primer lugar, el Procurador recomienda que la Ley sea orgánica para evitar contradicciones con el Código Orgánico de la Función Judicial o con cualquier otra ley de tal categoría; y, para que su ámbito de aplicación sea para todas las instituciones públicas.

En segundo lugar, el Procurador sugiere como nombre a la proyectada norma jurídica el de *“Ley Orgánica que Regula el Ejercicio del Derecho de*

Repetición". Esta sugerencia no ha sido acogida en el texto reformado del Proyecto.

En tercer lugar, del análisis al señalado Proyecto, el Procurador recomienda que la Ley deba definir los tres requisitos previos a la presentación de la acción:

- 1) Que el Estado haya sido condenado en sentencia o en laudo;
- 2) Que el Estado haya pagado en dinero; y,
- 3) Que en la sentencia o en el laudo se emita la presunción de responsabilidad contra el o los servidores involucrados en el hecho, acto o contrato que generó el daño indemnizado. Esta sugerencia sí consta en el texto reformado del Proyecto.

En cuarto lugar, el Procurador procede a determinar artículos y demás partes del Proyecto que considera deberán ser eliminados:

- a. Dentro del artículo uno, sugiere eliminar la precisión de casos a ser objeto de la acción de repetición, por cuanto considera que ello produce un limitante a la disposición prescriba en el tercer inciso del artículo 11 de la CRE. Si la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional del Ecuador no coincide con su criterio, él recomienda que la redacción del artículo debería adecuarse a los términos constitucionales, de tal suerte que su texto haga hincapié que la acción sólo debe estar encaminada al pago de lo egresado por el Estado.
- b. En cuanto a la determinación de la responsabilidad, la Ley deberá señalar que su rigor se deberá aplicar solamente en caso de dolo o de culpa grave, pues no se debe incluir a la culpa leve ni a la levísima. Esta sugerencia también fue acogida en la reforma del Proyecto.

- c. Que se eliminen los dos últimos incisos del mismo artículo, por cuanto su texto ya consta enunciado en los artículos 29 y 233 de la CRE, así como determinado en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, relativos a la responsabilidad de los servidores públicos. Esta eliminación sí fue aplicada a la reforma del Proyecto.

Dentro de esta sugerencia de eliminación, el Procurador General del Estado hace una excepción y sugiere mantener vigente el caso señalado en la letra g) del artículo 1 del Proyecto de Ley porque define una manera práctica de terminar la acción, toda vez que las partes (el Estado y el servidor o los servidores demandados para repetir) pueden llegar a un acuerdo de mediación o a un acuerdo amistoso.

2.3. Análisis del tratamiento legal a los daños y perjuicios

El Procurador General del Estado, en su pronunciamiento respecto a la consulta sobre el Proyecto de Ley de Repetición, hace un extenso análisis al tratamiento legal que se da a los daños y perjuicios el artículo 2, calificándolos en:

2.3.1. Daños y perjuicios causados a la propia entidad

Corresponde a la responsabilidad civil directa, que es culposa debido al perjuicio económico sufrido por la entidad pública a causa de la acción o de la omisión de sus servidores directamente responsables.

Es el Contralor General del Estado quien determinaría la responsabilidad, conforme al artículo 212, numeral 2 de la CRE y a los artículos 52 y 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE); en éste último se determinan los dos procesos administrativos contra el servidor: la glosa y la orden de reintegro, en los cuales el inculpado tiene pleno derecho a descargar su responsabilidad, es decir, el derecho a la defensa.

En otras palabras, la determinación de responsabilidad del servidor es dada en sede administrativa (dentro de la institución), sin tener que acudir a la justicia ordinaria.

2.3.2. Daños y perjuicios a terceros o responsabilidad indirecta

Nace la responsabilidad civil, dice el Procurador, de la condena al Estado por daños y/o perjuicios ocasionados a las personas de derecho privado, los que han sido resarcidos mediante pago de indemnizaciones.

Para determinar la responsabilidad del servidor, debe preceder una acción judicial, para que se fragüe el debido proceso, por ende, el derecho a la defensa del imputado.

En tal acción se debe establecer las tres situaciones anteriormente expuestas:

- 1) que se determine la existencia de una conducta dolosa o culposa grave del servidor;
- 2) que tal conducta haya sido la causa directa del perjuicio al particular, habiendo sido pagada o indemnizada; y,
- 3) que entre tales conductas y el perjuicio haya la relación de causalidad inmediata.

En este análisis, el Procurador General del Estado hace hincapié que no es posible que en un mismo proceso se determine la responsabilidad del Estado y, al mismo tiempo, se determine la responsabilidad del servidor (art. 19 del Proyecto analizado), pues sería un doble juzgamiento que podría afectar el derecho a la defensa del servidor imputado, toda vez que éste último no es parte procesal de la acción de indemnización.

El Procurador considera inconveniente que en el artículo 20 del Proyecto de Ley de Repetición se incluya la obligación de los jueces a declarar el dolo o la culpa grave de o de los servidores, de los ex servidores, de los delegatarios o de los concesionarios. Esta sugerencia no ha sido acogida en la reforma por cuanto se mantiene la obligación de los jueces de pronunciarse sobre la responsabilidad por dolo o culpa grave de la persona llamada en garantía, es decir, del servidor (art. 20 del texto reformado del Proyecto).

2.4. Análisis del tiempo para interponer acción de repetición

El artículo 4 del Proyecto señala que el plazo para interponer la acción de repetición es de 4 años, el cual correrá desde la fecha en que se haya efectivizado el pago de indemnizaciones por parte del Estado. En este punto, el Procurador observó que puede suceder el caso en que se haya pagado sólo el capital, pero quedan pendientes los intereses, situación que perjudicaría al demandado en esa acción. Por ello, él concluye este tema proponiendo que el Proyecto deberá precisar el término “pago” como concepto de cancelación del capital más los intereses. Esta sugerencia sí fue acogida en la reforma al Proyecto, al definir el término “pago”, como todo egreso que haya efectuado el Estado mediante condena judicial por indemnización de daños y perjuicios.

2.5. Lo que motiva a la acción de repetición

Del análisis que hace el Procurador al artículo 6 del Proyecto de Ley de Repetición (artículo antes de la reforma), deduce tres observaciones:

- 1) Que la Ley deberá precisar que es el Procurador General del Estado quien representará judicial y directamente a los organismos que carecen de personería jurídica, ya sea personalmente o por

delegación; y, que supervisará las acciones que interpongan las entidades con personería jurídica, conforme lo determina el artículo 5, numerales 2 y 3 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Esta sugerencia sí fue aplicada en la reforma al Proyecto de Ley de Repetición.

- 2) Para que se inicie esta acción bastará con informar al Procurador que se ha realizado el pago por indemnización, mas no de la condena, porque la acción de repetición se motivará por el hecho consumado: el pago, como ya se explicó anteriormente. Esta sugerencia también fue acogida en la reforma.

3) El Procurador no está de acuerdo que cualquier persona pueda interponer la acción de repetición porque generaría un uso político de la acción, porque la demanda podría tener fallas insalvables o porque podría producir incidentes que afecten al proceso, más aún cuando ésta no vincula procesalmente a la persona que la interpone. A criterio del Procurador, esta situación produciría problemas para el Estado al tener que intervenir en un proceso sin suficiente sustento de hechos ni de derechos, situación que llegaría a perjudicar los intereses estatales, por lo que él sugiere eliminar el último inciso del artículo 6 del Proyecto de Ley de Repetición. En caso de no acoger esta sugerencia, el Procurador propone que el Estado tenga la posibilidad de reformar la demanda. La sugerencia de eliminar la citada parte del artículo 6 del Proyecto fue acogida en la reforma.

2.6. La identificación de la persona presuntamente responsable del pago realizado por el Estado.

Respecto al procedimiento para identificar al presunto responsable, determinado en el artículo 7 del Proyecto de Ley (8 en el texto de la reforma

al Proyecto), el Procurador General del Estado sugiere que debe aclararse cuál será el alcance de la identificación de las personas que serán imputadas en la acción.

Que como la identificación del presunto responsable será mediante acto administrativo, éste deberá ser suficientemente motivado para evitar ser impugnado por la vía administrativa o judicial.

El artículo 7 del Proyecto (8 en el texto de la reforma al Proyecto) otorga la facultad al Procurador de demandar a la máxima autoridad de la entidad que realizó el pago, cuando sea imposible identificar al servidor responsable. El Procurador observa que puede haber casos en que el pagador no necesariamente sea la entidad donde se causó el daño, sino otra por cuenta de la condenada al pago, como por ejemplo, que el Ministerio de Finanzas sea el pagador de la indemnización a cuenta de la Autoridad Portuaria de Guayaquil. Por ello sugiere agregar que se mencione la expresión “o por cuenta de quien se realizó el pago”.

Por consiguiente, el artículo 8 debe ordenar que en caso de falta de identificación del servidor o funcionario responsable, sea la máxima autoridad de la entidad causante del pago la demandada por el Procurador General del Estado, en otras palabras, sea la legitimaria pasiva en la acción de repetición.

Otra situación que observa el Procurador es el caso en que sean varias las entidades condenadas a pagar ¿cuál sería la llamada a interponer la acción de repetición? La respuesta no la da el proyecto de Ley. El Procurador sugiere que sea él o quien ocupe su cargo el que presente la acción en coordinación con las instituciones involucradas.

En cuanto al proceso administrativo sancionatorio previo que servirá de base para identificar al servidor a ser imputado en la acción de repetición, se entiende que aquel deberá esperar la sentencia condenatoria ejecutoriada de indemnización de daños, de tal suerte que la Ley deberá precisar que no se podrá interponer la acción hasta la emisión de aquella sentencia. Esta sugerencia no ha sido acogida en la reforma al Proyecto.

2.7. El trámite sumarísimo de la acción

El Procurador considera que este trámite sumarísimo prescrito en el artículo 9 del Proyecto de Ley de Repetición (ahora 12 en el texto de la reforma), que cuenta con 15 días para convocar a audiencia de conciliación y contestación a la demanda, contados desde la fecha de calificación de la misma; y, en la misma audiencia se dictará sentencia, será imposible cumplirlo en la práctica, mientras no se instalen suficientes Salas de lo Contencioso-Administrativo en todas las Cortes Provinciales de Justicia de la República del Ecuador.

Por consiguiente, mientras tal instalación de Salas no suceda, sugiere que el trámite, en vez de sumarísimo, sea sumario, aumentándose al doble los tiempos, así se podrá evitar una utopía jurídica, lo que perjudicará los intereses del Estado.

Además, el Proyecto deberá precisar que el tiempo se contará en términos, esto es, contados solamente los días hábiles. En la reforma Proyecto de Ley de Repetición, se acogió esta sugerencia, agregando una audiencia final en 45 días, contados desde la fecha de celebración de la audiencia de conciliación y de contestación a la demanda; y, con 10 días para dictar sentencia, contados desde que se realizó la audiencia final, lo establecen los artículos 12 y 13 de la reforma al Proyecto.

2.8. Los recursos de la sentencia

El Procurador observa que el Primer Proyecto propone que se dé el recurso de apelación de la sentencia, lo cual considera improcedente porque si el proceso se ventilará ante una Sala de lo Contencioso-Administrativo de una de las Cortes Provinciales de Justicia, la jerarquía del órgano juzgador no da lugar a tal recurso, sino únicamente al extraordinario de casación, razón por la cual sugiere corregir esa disposición.

Concluye el Procurador su comentario en este tema sugiriendo que, en caso de mantenerse el criterio de recurrir a la apelación, se identifique ante qué Sala de la Corte Nacional de Justicia se deberá presentarlo.

La reforma al Proyecto de Ley mantiene el recurso de apelación para la acción de repetición (art. 15), pero acogió la sugerencia del Procurador, en cuanto a la identificación del órgano judicial de alzada, que sea la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

2.9. El llamamiento en garantía

El Proyecto de Ley de Repetición creó una figura jurídica, el llamamiento en garantía al servidor, concesionario, delegatario y demás personas involucradas con el acto o con el contrato que es objeto del juicio de indemnización de daños y perjuicios planteado contra el Estado, quienes estarán obligados a comparecer otorgando una garantía.

La garantía puede ser cualquiera permitida dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano: prenda, hipoteca, fianza, póliza de seguro, etc. Si se trata del otorgamiento de ésta última, el demandado (el Estado) o el llamado en garantía deberá solicitar al juez que se cite a la compañía

aseguradora, a fin de que ella responda por el pago, en caso de fallo en contra del Estado demandado.

El Procurador considera altamente inconveniente esta nueva figura jurídica porque lo coloca en una posición ambigua: por una parte defiende al Estado hasta las últimas consecuencias en el juicio de indemnización de daños y perjuicios (misión constitucional del Procurador); pero, a la vez, lo obliga a ser demandante del servidor público causante del daño que el Procurador habría negado durante el juicio de indemnización. Si bien esta nueva figura beneficia la economía procesal, desfavorece la defensa del Estado.

El Procurador no emitió sugerencia alguna en este caso, pero sí observó una contradicción entre la exigencia de la identificación del servidor, concesionario o delegatario involucrado con el pago de la indemnización y el llamamiento a cualquier persona “*que actúe en uso de una potestad pública*”, esto es, sin identificar a la persona presuntamente responsable de dolo o de culpa grave, situación que el Procurador sugiere corregirla, debiéndose identificar al llamado en garantía por el grado de su responsabilidad, de lo contrario se estaría produciendo una injusticia contra éste último.

2.10. Las medidas cautelares

En cuanto al examen del Capítulo IV, “Medidas Cautelares”, el Procurador considera que no son necesarias para este tipo de proceso por su naturaleza jurídica, pues, la acción de repetición no es un proceso de conocimiento, sino de ejecución. Serían totalmente improcedentes que se las exija a cualquier persona, sin que antes se haya analizado si su responsabilidad es culposa grave o dolosa.

Por estas razones, sugiere que este Capítulo sea eliminado, sugerencia que no ha sido aplicada, por cuanto se mantiene en el texto de la reforma del Proyecto de Ley.

Este análisis y las recomendaciones del Procurador General del Estado generaron la ya estudiada reforma al Proyecto, cuyo texto ha acogido parcialmente sus recomendaciones.

SECCION V

LOS PRESUPUESTOS PARA LA ACCIÓN

Del análisis a la dos leyes que contienen el proceso para ejercer la acción de repetición estatal y del Proyecto de Ley de Repetición, se desprenden los siguientes presupuestos que debe contener el Derecho de Repetición de un Estado:

1. EL LEGITIMARIO ACTIVO

En la acción de repetición estatal ecuatoriana, el legitimario activo se bifurca en dos personeros, a saber:

- a. Cuando la entidad pública que pagó la indemnización por daños es autónoma, esto es que tiene personería jurídica, el legitimario activo debe ser el representante legal y judicial de ella, esto es la máxima autoridad. En el caso de los GADs, los legitimarios activos son el Prefecto Provincial y el Procurador Síndico Provincial y el Alcalde y el Procurador Síndico Municipal, según el COOTAD; en el caso de entidades autónomas, como el Consejo de la Judicatura, el legitimario activo será el Presidente del Consejo de la Judicatura.
- b. Cuando la entidad pública no es autónoma, esto es, que carece de personería jurídica, es el Procurador General del Estado el legitimario activo, conforme lo enuncia el artículo 237 de la CRE y los artículos 1, 2, 3 y 5 de la Codificación de la LOPGE.
- c. En caso de omisión en ejercer la acción de repetición por parte del legitimario activo de una entidad pública autónoma o del GAD, corresponderá ejercerla el Procurador General del Estado, conforme a los artículos 3, letra c) y 5 letra c) de la Codificación de la LOPGE.

2. EL LEGITIMARIO PASIVO

El legitimario pasivo de la acción de repetición estatal será el servidor público o el concesionario a quien, en sentencia del juicio de indemnización condenatorio contra el Estado, el juez ordene sea iniciada en su contra la acción de repetición.

Por consiguiente, el imputado o legitimario pasivo se bifurca en:

- a. Servidor público, esto es, todo aquel que esté ocupando un cargo regulado por la Ley Orgánica del Servicio Público; o por las leyes que rigen a todas las entidades de la Fuerza Pública de la República del Ecuador (Ejército, Armada Nacional, Fuerza Aérea Ecuatoriana y Policía Nacional).
- b. El concesionario, esto es, el contratista del Estado, sea persona natural o jurídica, quienes en principio son personas regidas por la ley civil, pero que al vincularse con las entidades estatales tras un contrato administrativo, se someten a las leyes del sector público, por ende, los deben responder civil y penalmente por los contratos que suscriben con el Estado y por sus omisiones, pudiendo involucrarse jurídicamente como legitimarios activos en una acción de repetición estatal.

3. LA CONDENA CONTRA EL ESTADO Y CUMPLIMIENTO DE LA MISMA

Para que el legitimario pasivo sea considerado como tal, deben cumplirse los siguientes presupuestos:

- a. Que haya una sentencia ejecutoriada contra el Estado, que lo condene a pagar daños a favor de la parte actora de la acción de indemnización.

- b. Que en la sentencia se ordene, a más del pago de indemnización, que se inicie la acción de repetición contra los servidores o contra los concesionarios que identifique el juez en la misma, como presuntos culpables de los daños causantes de la indemnización.
- c. Que el Estado haya cumplido la sentencia, esto es, que haya pagado la indemnización. El egreso de los fondos estatales por el pago de daños o valor pagado en indemnización, debe constar registrado en la contabilidad que lleva el Ministerio de Finanzas.

Los presupuestos determinados en este análisis de leyes marcan la rigidez con que se debe manejar la acción de repetición estatal cuando sea ejercida contra un servidor público o contra un concesionario, en caso de inexistente o deficiente prestación de servicios públicos. Por consiguiente, estos presupuestos o condicionamientos legales harán que la acción de repetición no será objeto de ligereza jurídica o política al aplicarla.

PARÁGRAFO V

EL ABUSO DE PODER

SECCIÓN I

EL ABUSO O DESVÍO DE PODER EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. CONCEPTO DE ABUSO DE PODER

La doctrina francesa¹⁴, citada por el jurista Gustavo Penagos, conceptúa al abuso de poder en una distorsión intencionada del ejercicio de un derecho por parte de las autoridades, sean estas estatales, comunales o privadas, consistente en que el administrador de mayor jerarquía utiliza su cargo para obtener provecho personal, sea éste económico (generando el delito de peculado), o en lograr favores para sí o para su familia, o para causar daño a sus subalternos o a terceros.

En el Derecho Administrativo, el abuso de poder es conocido también con el término “desviación de poder” y tiene lugar cuando se dicta un acto administrativo de apariencia inobjetable por no contener violación alguna a la ley (ha sido emitido por autoridad competente, reúne las formalidades legales, está motivado y fue notificado), pero su esencia no es el dar un buen servicio público, sino el satisfacer los intereses particulares de quien detenta el poder, ya sea de la autoridad emisora o de terceros relacionadas con esa autoridad, según concepto del jurista colombiano Gustavo Penagos.¹⁵

¹⁴ J. MORAND-DEVILLER. “Cours de Droit Administratif”, 5ta. edición, París, 1997 (cita de cita).

¹⁵ G. PENAGOS, “El Acto Administrativo”, 3ra. Edición, Bogotá, 1980.

El citado jurista y profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Externado de Colombia y en la Universidad de París, expone en su obra jurídica que la teoría de la desviación de poder tuvo su primer concepto en la jurisprudencia francesa, cuando el Consejo de Estado Francés anuló una providencia que ordenaba la cobranza de impuestos para satisfacer necesidades colectivas, pero se comprobó en juicio que ese no era su fin, sino el acabar con ciertas empresas, cuyos dueños eran enemigos de la autoridad judicial que dio la orden de cobranza.

El profesor Penagos expone: *“el poder público no se justifica sino en función de servicio a la colectividad”*, premisa de la cual deduce que la discrecionalidad con que puede actuar una autoridad administrativa o judicial no es jamás ilimitada, porque su actuación siempre deberá regirse en función del beneficio a los habitantes del Estado, ya sea a nivel nacional o local.

2. MODALIDADES DEL DESVÍO DE PODER

El profesor Gustavo Penagos analiza seis modalidades:

2.1. La desviación de poder y el servicio público

Toda Administración Pública debe perseguir la prestación de un buen servicio público (la Constitución de la República del Ecuador, art. 52 y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, art. 1, 2 y 4, enuncian y prescriben, respectivamente, que el servicio público debe ser de óptima calidad), por ende, todo acto administrativo debe tener como causa esa prestación y como fin el interés público. Si el interés es mezquino, para la satisfacción particular de quien lo emana, se produce un desvío de poder.

2.2. La desviación de poder y el bien común

Un acto administrativo está viciado de desviación de poder cuando la causa que lo motivó no persigue el bien común, de tal suerte que ese motivo es el limitante para la autoridad emisora.

En la República del Ecuador, el bien común es declarado por la CRE en términos del idioma quichua: "Suma Kausai", que responde a:

2.3. La desviación de poder y el abuso del derecho

Para el doctor Martínez Useros¹⁶, citado por el doctor Penagos, la desviación de poder es el uso excesivo de poder conferido a una autoridad por la ley, mientras que el abuso del derecho consiste en un acto no administrativo, sino privado, autorizado por la ley, pero que al momento de emplearlo se extralimita, entrando al ámbito del dolo o de la mala fe. Si el poder es un derecho que otorga la ley a una autoridad, al desviar su poder está abusando de su derecho al mando, por ende, incurre en un acto doloso o de mala fe.

2.4. La desviación de poder y la falsa motivación

Si bien todo acto administrativo debe ser motivado (art. 76, #9, letra I y art. 122 ERJAFE), ni la Constitución ni la Ley en Ecuador trata el tema de la falsa motivación. Ésta se configura cuando el acto se fundamenta en hechos falsos para lograr satisfacer intereses particulares. Para el Consejo de Estado de Colombia, la nulidad del acto administrativo viciado por falsa motivación tiene su origen en que la autoridad desvió su poder de esta manera para lograr fines particulares y no cumplir con el interés público. La

¹⁶ MARTÍNEZ Useros. "La Doctrina del Abuso del Derecho y el Orden Jurídico Administrativo". Madrid. 1947 (cita de cita).

falsa motivación puede ser utilizada tanto en un acto administrativo como en un acto judicial. ¿Cómo detectar la falsa motivación? El doctor Penagos explica que la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia determinó que se debe comparar entre la causa del acto administrativo y el resultado de éste en sus efectos.

2.5. La desviación de poder y los móviles privados, políticos y religiosos

Los móviles privados (interés particular de la autoridad competente para dicta un acto administrativo), políticos (la autoridad emisora obedece disposiciones de otras autoridades públicas que no son sus superiores jerárquicos, pero le conviene pactar con ellos cumpliendo sus pedidos) y religiosos (situación que incurre en el fanatismo, actitud dañina para la paz de toda sociedad), son las causas del desvío de poder que se pueden lograr mediante un abuso del derecho o haciendo uso de una falsa motivación.

2.6. La desviación de poder y la carencia de motivación

La falsa motivación es una de las formas de desviar el poder, que se da cuando el acto administrativo o judicial aparentan motivar su resolución, pero ésta sólo se basa en señalamiento de bases jurídicas sin analizarlas para explicar el porqué fueron aplicadas a la situación afectada o al caso juzgado, respectivamente. Esta falencia produce la nulidad de ambas clases de actos.

En definitiva, el abuso o desvío de poder se da cuando la ley no regula las facultades de la autoridad, ya sea limitándolas con imposición de requisitos previos para ejercer su función o prohibiendo algunas prácticas inadecuadas contra servidores y contra los administrados.

Uno de los limitantes que más se da en la Administración Pública es la exigencia de que todo acto administrativo debe estar reglado, con ello coarta la potestad discrecional del administrador público (art. 90 y 91 del ERJAFE). Otro limitante es la obligación para toda autoridad que resuelve alguna situación jurídica en su área de administración, es la obligación de motivar sus resoluciones (art. 76, número 9, letra l y art. 122 del ERJAFE).

No obstante las limitaciones existentes en el ejercicio de la Administración Pública, hay actos administrativos que requieren de la discrecionalidad de la autoridad para formarlo y ejecutarlo, como diseñar el presupuesto anual de la institución administrada, a pesar de existir reglamentación para el efecto, emitida por el Ministerio de Finanzas del Ecuador, o decidir la necesidad de crear partidas presupuestarias para convocar a concurso de méritos y oposición, a fin de emitir nombramientos; o, para contratar la prestación de servicios ocasionales.

En el ejercicio de la facultad discrecional pueden aparecer actos que contengan abuso del poder público, aunque no necesariamente el abuso puede aparecer por la discrecionalidad del administrador, sino también por ejercer actividades completamente regladas.

3. CASOS DE ABUSO O DESVÍO DE PODER EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA

Algunos casos frecuentes de abuso de poder que se dan en el ejercicio de la Administración Pública se exponen a continuación:

3.1. La demora al contestar un requerimiento de un administrado o usuario

En la República del Ecuador se dio fin a este abuso con el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, disposición que da un máximo de

quince (15) días hábiles, contados desde la fecha de ingreso del pedido, reclamo o consulta del administrador a la institución estatal, para que la Administración Pública requerida conteste. Si no lo hace, se configura el silencio administrativo positivo, esto es, que la respuesta es un "sí" para el administrado quien requirió la encuesta.

Sin embargo, aquel término no siempre opera de igual manera, como es el caso de los procesos administrativos, pues, el mismo artículo da esta salvedad, remitiéndola a otra ley o norma jurídica, las cuales no siempre definen el término para que la autoridad de última instancia administrativa resuelva, como por ejemplo para resolver un recurso extraordinario de revisión no hay término establecido en el ERJAFE (art.178) para que la autoridad de última instancia se pronuncie.

3.2. La demora al proveer un pedido durante el desarrollo de un juicio

Este abuso de autoridad judicial también ha sido limitado con el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, facultando al perjudicado o a sus causahabientes por tal retardo con interponer la acción por daños y perjuicios y por daño moral contra el juez que haya retardado la Administración de Justicia. Luego, el Procurador General del Estado interpondrá la acción de repetición contra el juez responsable y solidariamente contra todos los demás involucrados en la tardanza, según lo prescrito en el artículo 33 del mismo cuerpo legal.

3.3. Cuando la autoridad pública impone sanciones exageradas o desproporcionadas

Un principio jurídico del Derecho Administrativo es que la sanción debe ser proporcional a la falta cometida por las o los servidores públicos o por los administrados que se relacionan con la Administración Pública a través de

un contrato público. El abuso o desvío del poder se presenta al imponer la máxima sanción al servidor, cuando la falta cometida ha sido mínima, o el acto o el hecho del servidor no se adecua a las sancionadas con la destitución (art. 45 de la LOSEP). También se presenta al multar al concesionario o al licenciataria por un retardo inexistente o por un retardo que se debió a un caso fortuito o a una fuerza mayor.

3.4. Sancionar con la destitución sin el debido proceso

Este caso se da cuando el sumario administrativo instaurado contra una o un servidor público que no haya sido notificado debidamente de tal instauración, o cuando no le fueron proveídas sus pruebas o no fue debidamente asistido por un abogado en las audiencias y diligencias durante el sumario.

3.5. Cesar en sus funciones a los servidores sin haberles instaurado un sumario administrativo

Esta es una práctica frecuente cuando hay un cambio de autoridad máxima. Con este abuso o desvío de poder se viola la estabilidad de la o del servidor público, generando la mayor cantidad de juicios contencioso-administrativos entre las o los servidores afectados por la cesación de sus cargos contra las entidades públicas donde han servido.

3.6. Distribución desigual de prioridades en el Plan Anual de Gestión

Toda autoridad máxima de una entidad pública debe formular el Plan Anual de Gestiones y el presupuesto anual con el que se solventarán las gestiones programadas, actividad en la que puede hacer uso de la discrecionalidad.

El abuso de poder se da cuando la autoridad, haciendo uso de su discrecionalidad facultada por la Ley, distribuye de manera desigual las prioridades en el plan anual de gestiones y contrataciones, restándole interés a las áreas de apoyo o desmejorando atención a los usuarios.

4. LA INTERPOSICIÓN DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN COMO ABUSO DE PODER

La acción de repetición es un derecho constitucional del Estado de ejercerla judicialmente contra las autoridades, dignatarios, servidores públicos, concesionarios y licenciarios, bien podría ser utilizada como un medio de abuso de poder si a quien le corresponde plantearla no se mide lo siguiente:

- a. El grado de responsabilidad del imputado: si es culpa o si es dolo,
- b. el alcance de la responsabilidad: si es por acción o si es por omisión; y,
- c. la prescripción de la acción, pues sería un evidente abuso de poder el interponerla a pesar de conocer que ella ha prescrito.

Si bien el ejercicio del poder público en la República de Ecuador está reglado en la mayoría de las Leyes Orgánicas y en sus respectivos Reglamentos, de tal suerte que su discrecionalidad es mínima, conforme lo dice el artículo 90 y 91 del ERJAFE, en el caso de la interposición de la acción de repetición no está reglada aún, lo cual permite la actuación discrecional de las autoridades administrativas en este tema, es por ello que en el ejercicio de un cargo público, la ética juega un papel importante porque su aplicación evitaría el abuso de poder.

SECCIÓN II

EL ABUSO O DESVÍO DE PODER EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El abuso o desvío de poder no es una situación irregular que se da solamente en la Administración Pública, pues, la Administración de Justicia también puede tener esa falencia, pero en menor grado, toda vez que la ley procedimental en la mayoría de los Estados del mundo occidental la regulan estrictamente, siendo uno de ellos la República del Ecuador que cuenta con algunas leyes adjetivas en la regulación judicial: la Codificación del Código de Procedimiento Civil, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el Código Orgánico Integral Penal.

A pesar de tal regulación, se procede a hacer una breve exposición de ciertas anomalías judiciales que no tienen relación con el error judicial, sino con actos de mala fe, expuestas por el jurista colombiano Jairo López Morales, en su ya citada obra "Responsabilidad del Estado por error judicial"¹⁷.

1. CASOS DE ABUSO DE PODER JUDICIAL

1.1. El retardo injustificado del avance de la causa

Toda causa judicial o juicio debe ser impulsada por la parte que demanda. Si ésta la impulsa normalmente y el juzgador no provee sus escritos ni los de la contraparte (la parte demandada), sin tener razón alguna que lo libere de responsabilidad para proveer la causa, como podría ser casos de fuerza mayor, entonces la autoridad judicial está abusando de su poder de administrar justicia, en perjuicio de una de las partes litigantes.

¹⁷ J. LÓPEZ, pág. 266 a la 270.

1.2. El no proveer todas las pruebas presentadas por una de las partes litigantes

En Ecuador, la matriz de todas las leyes procesales es la Codificación del Código de Procedimiento Civil, en él se exige al juez que provea todas las pruebas presentadas por ambas partes (arts. 115, 2do. inciso y art. 119), haciendo uso de sus conocimientos jurídicos y de su sana crítica.

Si el juzgador omite deliberadamente el proveer alguna de las pruebas que es influyente en la decisión de la causa, estaría incurriendo en abuso de su poder jurisdiccional.

1.3. El fallar una causa que estaba prescrita su acción

La prescripción de la acción es un limitante para ejercerla, su limitación está determinada en la ley, por ello no tiene que ser probada por la parte demandada, pero sí tiene que deducirla como excepción perentoria, pues la prescripción no opera de pleno derecho, porque es de interés exclusivo de quien la deduce. Si a pesar de haber sido deducida la prescripción, el juez hizo caso omiso de aquello, estaría incurrido en un abuso de poder, mas no en un error judicial, por su falta de exigencia probatoria.

Estas situaciones de abuso de poder judicial podrían ser considerados como casos de error inexcusable, enunciados en el COFJ, sin precisión alguna, o ser situaciones dolosas que incurrirían en el delito de concusión: que el juez se pone de acuerdo con una de las partes para fallar contra la otra.

2. EL ABUSO DE PODER JUDICIAL EN LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

El abuso de poder judicial podría darse al momento de ventilarse la acción de repetición, ya sea por error, ya sea por tardanza en el despacho de la causa o ya sea por error inexcusable, como el no valorar todas las pruebas presentadas por ambas partes. Si bien tales anomalías están

enunciadas en el COFJ, no están precisados sus conceptos ni sus alcances jurídicos, lo que hace permisivo para el juez ejercer sus facultades judiciales en detrimento de alguna de las partes.

Basados en esta hipótesis, el abuso de poder judicial podría perjudicar al servidor público demandado o al concesionario demandado si se comenten errores judiciales no sólo del juez, sino de los demás servidores judiciales, o si el juez tarda injustificadamente el despacho de la causa, o por no valorar debidamente las pruebas del servidor o del concesionario demandado en la acción de repetición.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

PARÁGRAFO I

MODALIDADES DE INVESTIGACIÓN EMPLEADAS

La posibilidad de que el Estado, al ejercer su derecho a repetir contra un servidor o contra un concesionario que ha causado un daño a los ciudadanos por una inexistente, deficiente o mala prestación de servicios públicos, convierta su derecho a repetir en un medio de abuso de poder interponiendo la acción de repetición es la variable general de esta tesis o propuesta, que será desarrollada en este capítulo hasta llegar a convertirse en variable intermedia; y, finalmente, empírica o indicador de la propuesta: el abuso de poder desembocaría en una persecución política si no hay ley que regule el ejercicio de la acción.

El desarrollo del presente estudio se realiza mediante las siguientes modalidades investigativas:

1. Diseño tipo encuesta y entrevista.
2. Modalidad cuantitativa.
3. Categoría no experimental.

La encuesta ha constituido una modalidad investigativa eficaz porque contiene una unidad de análisis: la población investigada conformada por los usuarios de los servicios públicos quienes, a través de sus respuestas, han expresado su realidad respecto de los servicios que reciben y su credibilidad de que la acción de repetición podría ser o no ser objeto de abuso de poder.

De manera paralela se ha elaborado un diseño de entrevista a un grupo menor de la población investigada, clasificándolos en autoridades

administrativas, servidores públicos, miembros de la fuerza pública, administradores de justicia y en profesionales del derecho en las categorías de juristas nacionales, todos ellos constituyen la muestra, cuyos criterios han sido seleccionados para el análisis.

La modalidad empleada es cuantitativa porque de las entrevistas y de las encuestas se ha logrado formar una estadística diagramada, donde se demostrará en números la credibilidad de la sociedad ecuatoriana sobre la posibilidad o no del abuso de poder al impulsar la acción de repetición.

La categoría de este estudio es no experimental porque en la República del Ecuador aún no se ha sentenciado a nadie para que repita valores pagados por el Estado en indemnizaciones, de tal suerte que la propuesta será meramente teórica por inexistencia de casos judiciales y sus consecuencias en cuanto a la acción de repetición.

Al finalizar la investigación se realizará el análisis de resultados, mediante demostración estadística de cada respuesta emitida.

SECCIÓN I

ENCUESTA A CIUDADANOS SOBRE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El método elegido para la investigación de campo fue la encuesta. La población o unidades de observación está constituida por setenta y un ciudadanos ecuatorianos de las provincias de Pichincha, Los Ríos, El Oro, Galápagos y Guayas, esta última la mayormente encuestada.

La encuesta ha sido estructurada con cuatro preguntas cerradas, concretas y secuenciales relativas a los servicios públicos que reciben del Estado, de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, de las instituciones y de las empresas públicas; a su consideración respecto a si plantearían o no una acción de indemnización de daños causados por la mala calidad de algún servicio público recibido; y, si estaría bien que el Estado o las entidades públicas que pagaron la indemnización deberían repetir contra el servidor público causante del daño indemnizado.

Los encuestados corresponden a tres tipos de educación, desde la básica hasta la de tercer nivel, así como el barrio o sector donde habitan (urbano o rural). Pero a ninguno se le consultó sobre su preferencia política ni se le hizo alusión alguna para evitar que ésta influya en su respuesta.

Esta investigación se realizó entre diciembre de 2012 hasta noviembre de 2013.

Por el espacio que ocupa la transcripción de las encuesta se la ha apartado del cuerpo de la tesis para exponerla como Anexo I.

A continuación se pasa a la siguiente etapa de la investigación: la modalidad de entrevista a grupos de observación.

SECCIÓN II

LA MODALIDAD DE DISEÑO TIPO ENTREVISTA

El diseño de esta tesis incluye, a más de la encuesta, la entrevista a personas pertenecientes a varios sectores de la sociedad ecuatoriana que tienen relación con el servicio público, ya sea porque lo administran (servidores públicos) o porque estudian la Administración Pública (catedráticos universitarios y juristas).

Las preguntas, en este caso, son abiertas, para permitir que se expliquen explicando sus convicciones respecto de la hipótesis planteada: el uso indebido de la acción de repetición estatal en función de un abuso de derecho desembocaría en una persecución política.

Las entrevistas, a diferencia de la encuesta, han sido formuladas de acuerdo a la categoría del entrevistado: si es autoridad administrativa pública, si es servidor público o si es académico, en esta última muestra se ha logrado entrevistas a académicos nacionales de la ciudad de Guayaquil.

La siguiente parte de esta sesión contiene las entrevistas, clasificadas según la muestra o grupo menor. Para cada grupo se ha elaborado un cuestionario de cuatro preguntas abiertas, relativas a su conocimiento académico y al cargo público que están ejerciendo.

Las entrevistas fueron realizadas entre junio de 2012 hasta febrero de 2014. Por la extensión de las mismas, también se las ha apartado del cuerpo de la tesis para exponerlas como Anexo II.

SECCIÓN III

LA INVESTIGACIÓN DOCUMENTAL

Concluida la investigación a la población y a los grupos, se procede a la investigación documental, esto es, a las sentencias que se han dictado en casos de responsabilidad extracontractual del Estado y abrieron las puerta para iniciar la acción de repetición.

Esta investigación se ha realizado revisando procesos ventilados en el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso-Administrativo, como también visitando la página electrónica de la Función Judicial: www.funcionjudicial.gob.ec.

1. SENTENCIAS EN CASOS RELATIVOS AL COFJ

De la revisión Las irregularidades en la Administración de Justicia en la República del Ecuador no tienen muchas causas planteadas y son muy pocas las sentencias desfavorables al Estado.

En cuanto a la acción de repetición contra los servidores judiciales, aún no se han presentado demandas.

A continuación, la revisión de los casos por irregularidades en la Administración de Justicia.

1.1. Caso en que se desestimó el error judicial

En la historia de la Administración de Justicia ecuatoriana existe un fallo anterior a la promulgación del COFJ, en cuya parte considerativa incluye la definición de error judicial, y que se procede a analizarlo.

El fallo fue emitido por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de dicha extinta Corte Suprema de Justicia de la República del Ecuador, el 29 de julio

de 2002, siete años antes de que se promulgue el COFJ, mientras estaba vigente la derogada Constitución Política del Ecuador de 1998.

Dicho fallo resolvió el recurso de casación presentado por el señor Juan Alberto Encalada Ambi, contra la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Chimborazo, que ratificó, a su vez, el fallo de primera instancia dictado por el Juez Décimo Segundo de lo Civil de Pallatanga, el cual declaró sin lugar la demanda de indemnización planteada por el señor Encalada Ambi contra el Estado ecuatoriano, pidiendo indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el error judicial causado al actor, tras haber permanecido en prisión preventiva por tres meses, por orden del Juez Sexto de lo Penal de Pallatanga, dentro de un juicio ejecutivo, esto es, de materia civil (en la República del Ecuador, no hay prisión por deudas, excepto por falta de pago de alimentos)¹⁸.

En efecto, la extinta Corte Suprema de Justicia ecuatoriana definió y limitó al error judicial en este fallo de casación, basándose en el pensamiento del civilista español Ricardo de Ángel Yáñez.¹⁹ . En su texto, el fallo de casación define lo siguiente:

“El error judicial, al que se refiere el Art. 22 de la Constitución Política, no dimana de la simple revocación o anulación de las resoluciones judiciales, debiéndose entender por error judicial toda decisión o resolución, dictada por los órganos de la Administración de Justicia, injusta o equivocada, pero el error debe ser palmario, patente, manifiesto, indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan sólo a ojos de quienes fueron parte o se sienten perjudicados, pudiéndose agregar que dicho error puede ser fáctico o jurídico, teniendo indebidamente por probados determinados hechos o

¹⁸ RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN dictado en Quito, el 29 de julio de 2002, a las 11h00. Serie 17. Gaceta Judicial, 10 de 29-jul.2002. Pág. 3134.

¹⁹ DE ÁNGEL Yáñez, Ricardo. Págs. 492 y 493 (cita de cita).

desconociendo o ignorando los preceptos legales o las normas aplicables o incurriendo en flagrantes equivocación al aplicarlas o interpretarlas."

Tal fallo tiene tres considerandos o razonamientos. Los jueces quienes integraron la Sala basaron su primer razonamiento en el artículo 22 de la entonces vigente Constitución Política del Ecuador, analizando que el error judicial debe ser inexcusable (como hoy lo impone el artículo 33 del COFJ), esto es, que no puede considerarse como tal un error de aplicación de la ley, ni de interpretación o de criterio porque el principio "*humanun errarun est*" (el error es humano) libera al hombre (juez en este caso) de la obligación legal de actuar a la perfección.

Concluyeron su primer razonamiento con definir que el error, para que sea inexcusable, debe ser grave, nacido de una situación que pudo preverse oportunamente o que la razón no da lugar a dilema alguno.

El segundo considerando desecha el alegato del recurrente respecto a que en la sentencia recurrida no se había aplicado el artículo 2241 del Código Civil ecuatoriano (número de artículo vigente en la fecha del fallo de casación), el mismo que obliga al causante de un delito o de un cuasidelito a la indemnización a favor del afectado, por no haberse mencionado en la sentencia recurrida aquella situación jurídica.

El tercero y último razonamiento del fallo de casación expone que no existe evidencia en el proceso que la prisión preventiva ordenada por el juez penal contra el recurrente haya sido ilegal o arbitraria, lo que dio lugar a que en la parte resolutive se deniegue al actor su recurso de casación, por ende, el Estado ecuatoriano quedó libre de pagar indemnización a causa de un error judicial.

Es interesante observar la parte final del razonamiento que deniega el recurso, cuyo texto dice:

“...Al parecer, el recurrente considera que –porque el Tribunal de lo Penal revocó el auto del Juez-, ello implica que lo ordenado por aquel fue ilegal, arbitrario e inconstitucional, tesis que no comparte esta Sala y llevaría al absurdo de que cada vez que se revoca una providencia dictada por un Juez inferior, éste ha violado la Constitución y la ley y por ello debe responder el Estado ecuatoriano. Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se deniega el recurso de casación interpuesto. Sin costas ni multa. Notifíquese.”

Con dicho fallo se marcó un precedente para evitar el abuso del derecho del ciudadano a demandar al Estado por supuestos daños y perjuicios ocasionados en el ejercicio de la Administración de Justicia. Este razonamiento se está aplicando todavía en Ecuador, por similares situaciones jurídicas.

1.2. Caso en que el Estado fue condenado a indemnizar el daño causado por inadecuada Administración de Justicia

Es el caso No. 361-95, ventilado en primera instancia en el Juzgado Primero de lo Penal de Guayas, instaurado por el Estado ecuatoriano contra el ciudadano francés Daniel David Tibi, quien fue aprehendido por la policía antinarcoóticos del Ecuador dentro del operativo denominado “Caso Camarón” para investigarlo por supuesto narcotráfico, encubierto por la actividad de la venta de joyas, negocio que ejercía el reo.

El Juez Primero de lo Penal del Guayas condenó al ciudadano francés, junto con su cónyuge, familiares afines y su concubina, a la pena de reclusión mayor por el delito de comercialización de narcóticos ilegales. El caso fue a apelación, y se determinó la inocencia del supuesto autor principal y de sus supuestos cómplices y encubridores.

Este caso fue presentado ante la Corte Interamericana de Justicia en Materia de Derechos Humanos, donde se dio a conocer la responsabilidad estatal de la República del Ecuador por los siguientes motivos:

- Por haber sido detenido el supuesto autor principal del delito para investigación por más del tiempo legal previsto, habiéndose producido la falta de un debido proceso desde el inicio.

- Por haber sido torturado el supuesto autor principal del delito de narcotráfico, durante la investigación.

- Porque la Policía Antinarcóticos del Ecuador aprehendió las joyas que el supuesto autor principal del delito comercializaba en el momento de la aprehensión para investigación, como supuesta actividad de encubrimiento del delito de comercialización de sustancias ilegales; las entregó al Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas (CONSEP); y, una vez sobreseído los acusados, jamás le fueron devueltas.

La Corte Interamericana de Justicia en materia de Derechos Humanos, al revisar las pruebas, determinó que el actor de la causa tenía la razón, a pesar de las pruebas que presentó el Estado ecuatoriano, a través del Procurador General del Estado, que no fueron suficientes, a criterio de esa Corte, para descargar responsabilidades.

El Estado ecuatoriano fue condenado a pagar altos valores por indemnizaciones en dinero, de manera individual a cada uno de los implicados en aquel delito y que fueron sobreseídos por la justicia ecuatoriana, en segunda instancia judicial.

En este muy conocido caso no se ha iniciado ninguna acción de repetición por parte del Estado ecuatoriano contra ninguno de los

servidores, ya sean policiales, públicos y judiciales, que tuvieron responsabilidad en este caso, por una impropia administración de justicia.

2. CASO DE ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN CON SENTENCIA CONDENATORIA CONTRA EL ESTADO ECUATORIANO EN QUE SE ORDENÓ INICIAR LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

En la ciudad de Guayaquil, el Juzgado Quinto de lo Laboral del Guayas dictó sentencia condenatoria contra el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), dentro de la acción constitucional de protección No. 2092-2009, interpuesta por la empresa MOTALTORR S.A., por la cual, la demandada (una persona jurídica) argumentó que se había vulnerado su derecho constitucional a la propiedad, derecho que está garantizado en el artículo 321 de la CRE.

Según el libelo de la demanda, la entidad pública demandada había detenido sin motivación alguna la mercadería importada por la demandante, en el Puerto de Guayaquil, pese a que se había presentado oportunamente la declaración aduanera al Primer Distrito, el 31 de marzo de 2009 y se había justificado a satisfacción de la autoridad encargada del aforo documental, la observación del faltante de los registros sanitarios de cuatro ítemes correspondientes a la mercadería importada, consistente en jabones, lociones, talcos, cremas, etc.

La excepción de la SENAE fue la incompetencia del juez constitucional por cuanto los fundamentos de hecho (impugnación a un acto administrativo) y los de derechos de la demanda (artículos 78 y 79 del ERJAFE, relativos a la impugnación de los actos administrativos ante autoridad judicial), no se adecuan a los presupuestos de una acción de protección (artículo 88 de la CRE, ni 40 de la LOGJCC), sino a una acción contencioso-tributaria, la cual es de índole judicial, tal como lo prescribe el artículo 219, número 2 del COFJ (solución de controversias relativas a actos

administrativos tributarios) y artículo 38, reformado, de la Ley de Modernización del Estado, a ser ventilada ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso-Tributario.

Por tal excepción, la demandada pidió que en sentencia inadmita la acción de protección planteada por MORALTORR S.A.

La excepción no fue considerada por el Juez Quinto de lo Laboral de Guayaquil, por lo que falla a favor de la parte actora, el 30 de noviembre de 2009, ordenando la entrega inmediata, sin más trámite y dentro del término de 72 horas de dictado el fallo, de la mercadería que se halla embodegada en el recinto de la SENA E.

La orden del Juez Constitucional no fue cumplida por el Gerente Distrital de Guayaquil, motivando que la mercadería estaba caducada y carecía de registro sanitario, explicación que fue enviada al mismo Juez, mediante oficio No. GDG-DAJG-OF-000061, del 15 de enero de 2010. A tal oficio, el Juez respondió, el 10 de marzo del mismo año, con el signado 189-2010 J.Q.P.T.G., dándole directrices para el cumplimiento de la orden, siempre que la parte actora pague los impuestos adeudados.

Tras apelación de la parte demandada, la que también le fue desfavorable en la Corte Provincial de Justicia del Guayas porque ratificó el fallo de primera instancia constitucional, quedó ejecutoriada la sentencia constitucional, a pesar de ello, no se cumplió.

La parte actora interpuso una acción de incumplimiento del fallo ante la Corte Constitucional, la misma que el 17 de marzo de 2010 sentenció el incumplimiento de la entidad demandada, dejando libre al actor de iniciar las acciones que de las que ser creyere asistido.

La actora ganadora de la acción de protección inició, poco después del fallo constitucional, la acción de indemnización de daños y perjuicios materiales contra la SENA E, ante el juez competente que conoció la causa inicial, el Quinto de lo Laboral de Procedimiento Oral del Guayas, pidiendo una indemnización por la suma de US\$ 495,705.30 (Cuatrocientos noventa y cinco mil setecientos cinco 30/100 dólares de los Estados Unidos de América), por daño emergente y por lucro cesante, por motivo del incumplimiento de sentencia, fundamentándose en el artículo 22, número 1 de la LOGJCC, pretensión que fue aceptada, condenándose en sentencia del 8 de octubre de 2010, a las 08h30 a la SENA E a pagar, en el término de 3 días, contados desde la fecha de notificación del fallo.

En la misma sentencia, el Juez dictaminó que, una vez cumplido el pago en su totalidad por la SENA E, ésta, a través de su máxima autoridad, deberá iniciar la acción de repetición establecida en el artículo 67 de la LOGJCC contra los funcionarios responsables de no falta de acatamiento de la orden dictada por la justicia constitucional.

Por su parte, el Procurador General del Estado, a través del Director Regional 1, como el Director General del SENA E han presentado, por cuerda separada, recurso de apelación a este último fallo constitucional, el cual les fue negado. Luego pidieron al juez a quo que el caso suba a consulta de la Corte Constitucional, para que resuelva la duda respecto a la contradicción entre una disposición de ley procesal y una disposición constitucional, basándose en el artículo 428 de la CRE, disposición que permite a la o a el juez que tenga duda sobre la contradicción de una norma jurídica con la constitución, detenga el proceso y consulte esta situación a la Corte Constitucional, la que deberá emitir su absolución en 45 días, razón por la cual, a diciembre de 2013, el proceso no ha regresado de la Corte Constitucional al Juez de origen.

Al 25 de octubre de 2011, a las 10h30, el Juez a quo dispone que ha pasado en exceso el término de los 45 días dispuestos en el artículo 428 de la CRE, para la absolución de la consulta; y, por estar ejecutoriada la sentencia, emitió el mandamiento de ejecución: que la SENA E y su representante legal paguen la suma de US\$ 545,405.30, que incluyen intereses de mora. El Contralor General del Estado fue notificado de esta providencia mediante oficio.

Hasta febrero de 2014 no se ha ejecutado la sentencia, por ende, no se ha iniciado acción de repetición contra funcionario alguno de la SENA E.

3. CASOS CON SENTENCIAS CONDENATORIAS EJECUTORIADAS CONTRA EL ESTADO ECUATORIANO, EN LA QUE ORDENAN INICIAR LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

En la vía de la justicia ordinaria para la Administración Pública, ventilada ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso-Administrativo que corresponda, se han dado interesantes por responsabilidad extracontractual del Estado, pero pocos, casos con sentencia ejecutoriada que ordenaron iniciar la acción de repetición a la máxima autoridad de la entidad pública condenada a pagar la indemnización, o al Procurador General del Estado.

En seguida se procede a una breve narración de dos casos y sus sentencias.

3.1. Caso MACROTECH S.A. contra la Autoridad Portuaria de Guayaquil

Este caso fue el juicio contencioso-administrativo número 105-2001-2 que se ventiló ante e Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso-Administrativo de Guayaquil, en el año 2001 y concluyó en el año 2009.

Macrotech S.A., era la empresa proveedora de turbinas para buques de la Autoridad Portuaria de Guayaquil, que entabló la demanda contra esa entidad pública demandando la de nulidad del acto administrativo que la declaró contratista incumplida y pidió, en la misma demanda, la indemnización del daño causado a la empresa por tal declaración, en la suma de US\$ 1'200.000,00 (Un millón doscientos mil dólares) y ordenó al Procurador General del Estado que, una vez ejecutoriado el fallo, se inicie la acción de repetición contra la autoridad máxima de la fallida y contra los demás funcionarios que tengan responsabilidad directa y solidaria.

La sentencia del Tribunal fue condenatoria contra la demandada, quien dentro del término legal presentó el recurso extraordinario de casación. El fallo de la Sala Especializada de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Nacional de Justicia rechazó el recurso interpuesto, ejecutoriándose la sentencia del Tribunal Distrital No. 2.

Hasta enero de 2014 no se ha iniciado la acción de repetición ordenada en sentencia.

4. CASO CONTRA EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN

Otro caso de orden judicial para iniciarse la acción de repetición estatal contra funcionario público es la dictada el 9 de septiembre de 2013, a las 12h35, dentro del juicio No. 172-2008, en la sentencia de casación de la Sala Especializada Temporal de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, por la que se casó el fallo dictado por el Tribunal Distrital No. 4 de lo Contencioso-Administrativo de Portoviejo, fallo que fue recurrido tanto por el actor, el profesor Segundo Pazmiño Lozada contra el Rector y la colectora del Colegio Técnico Alejuela, también contra el Ministro de Educación y contra el Procurador General del Estado.

El fallo de casación contiene dos órdenes: la primera, que casa la sentencia recurrida, ordenando que el Colegio demandado pague la suma de US\$21,599.07 (Veintiún mil quinientos noventa y nueve 07/100 dólares de los Estados Unidos de América), más intereses respectivos, por concepto de haber retenido sin motivación alguna los sueldos que le correspondió recibir por su labor como docente en tal plantel de enseñanza media, desde septiembre de 2001 hasta marzo de 2005; y, la segunda, que el Estado, a través del Ministerio de Educación, repita contra el Rector, contra la Colectora y tres funcionarios más del plantel educativo demandado, los valores reclamados por el actor, de manera individual y solidariamente, tomándose en cuenta las reglas dictadas en el artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, por violación a los principios y a las reglas del debido proceso, en este caso, falta cometida en sede administrativa.

A febrero de 2014, aún no se ha iniciado acción de repetición.

5. ACCIÓN DE REPETICIÓN INICIADA EN LA REPÚBLICA DEL ECUADOR CONTRA UN SERVIDOR PÚBLICO

En la ciudad de Quito, capital de la República del Ecuador, se ha interpuesto una acción de repetición contra un servidor público. El caso fue planteado ante el Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso-Administrativo de Quito, de cuyo sorteo se destinó para la Segunda Sala de ese Tribunal, por el Gerente General de la Empresa Pública Metropolitana de Aseo EMASEO EP, señor Carlos Eduardo Sagasti Rhor, contra el ex Gerente General de dicha empresa pública, arquitecto Luis Alberto Pacheco Maldonado y contra el ex Gerente de Recursos Humanos de la misma empresa, doctor Carlos Raúl Escobar Arregui. Fue signado con el número 159-2013-SVF.

El libelo de la demanda argumenta que los citados demandados, mediante Oficio Circular No. 119-RH-04, del 10 de diciembre de 2004,

procedieron a cesar en sus funciones a once empleados administrativos por haber paralizado ilegalmente sus labores, mientras efectuaban un reclamo de alza salarial, la cual se había negociado con el Comité de Empresa de los Trabajadores de EMASEO. Si bien la Constitución Política de la República del Ecuador, promulgada en 1998, vigente a la fecha del acto administrativo de cesar en sus funciones a servidores administrativos, prohibía que los trabajadores en huelga paralicen los servicios que prestan a la ciudadanía, los demandados en la acción de repetición no procedieron con el debido proceso, esto es, iniciar un sumario administrativo para que los imputados como huelguistas irrespetuosos de la Constitución y de la Ley, tengan derecho a su defensa.

Los expulsados de sus cargos iniciaron un juicio contencioso-administrativo ante el Tribunal Distrital arriba mencionado, el cual falló a su favor. EMASEO presentó recurso de casación contra el fallo que la perjudicaba, pero la Sala Especializada de los Contencioso-Administrativo de la Corte Nacional de Justicia no casó la sentencia, de tal suerte que la empresa pública demandada perdió el caso, debiendo reintegrar a los actores a sus cargos y pagarles todas la remuneraciones y demás emolumentos que les corresponda, contado desde que fueron expulsado ilegalmente de la Empresa.

Ante tal situación, EMASEO EP, planteó la demanda de acción de repetición contra los citados ex funcionarios públicos. La demanda fue calificada y ordenadas las respectivas citaciones a los demandados mediante auto de calificación de demanda, dictado el 22 de marzo de 2013, a las 08h50. El Procurador General del Estado ha sido citado debidamente, dentro de la señalada causa judicial y se ha limitado a señalar casilla para recibir notificaciones a futuro. A diciembre de 2013 se abrió la etapa probatoria.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE RESULTADOS

Con los datos obtenidos de la investigación se procederá a valorarlos en relación con la hipótesis de este estudio planteada en la pregunta:

“¿La acción de repetición estatal podría ser un factor positivo para que mejore el servicio público en la República del Ecuador, pero también podría convertirse en un medio de abuso de poder al no existir legislación que límite su planteamiento y aplicación?”

Para llegar a la respuesta, se procede al siguiente análisis de resultados.

SECCIÓN I

ANÁLISIS DE RESULTADOS DE LA POBLACIÓN INVESTIGADA

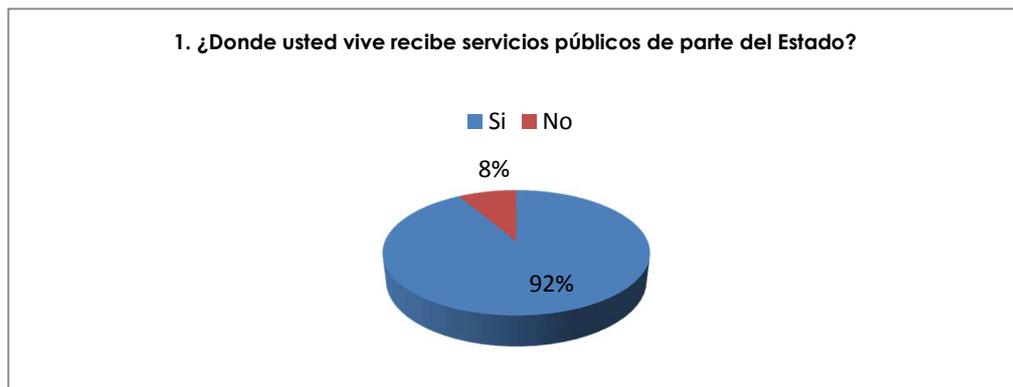
El análisis se deriva de las encuestas realizadas a la ciudadanía ecuatoriana (71 ciudadanos), que reciben directamente las prestaciones de servicios públicos, las cuales servirán para reforzar o desvanecer los argumentos a la temática planteada en la presente tesis jurídica, y de igual forma realizar las observaciones tomando en consideración lo aseverado en cada pregunta para su respectivo comentario.

1) ¿En el lugar donde usted vive recibe servicios públicos de parte del Estado?

En esta primera pregunta realizada a los encuestados, de los setenta y un encuestados, sesenta y cinco respondieron afirmativamente, lo que corresponde al 92 % de la población encuestada.

Los seis restantes, que equivalen al 8%, la respuesta fue negativa. Obsérvese la tabla de resultados y su diagrama en pastel:

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Si	37	92
No	3	8
Total	40	100



2) ¿Cómo considera los servicios públicos que usted recibe?

En esta pregunta, para determinar cómo perciben los servicios públicos los ciudadanos encuestados, de manera porcentual se constituyen los resultados de la siguiente manera: en agua potable el 3% lo considera excelente, el 45% lo considera muy bueno, el 31 % como bueno, el 13 % regular y el 8% lo considera malo.

Sobre el alcantarillado: el 6% lo considera excelente, el 28% muy bueno, el 32% bueno, el 23% regular, el 11% malo.

En relación con el alumbrado público: el 4.5% lo percibe como excelente, el 33.5% indica que es muy bueno, el 25% como bueno, el 17% lo considera regular y el 20% malo.

Sobre el asfaltado y aseo de calles: el 7% lo considera excelente, el 25% indica que es muy bueno, el 23% bueno, el 24% regular y el 11% malo.

Las carreteras: el 11% considera excelente, el 25% que es muy bueno, el 15% como bueno, el 17% regular, el 15% lo considera malo y el 17% no contesta.

Los caminos vecinales: el 1.5% piensa que es excelente, el 11% lo considera muy bueno, el 11% como bueno, el 32.5% regular, el 20% indica que es malo y el 24% no contesta.

En cuanto a la energía eléctrica: el 6% manifiesta que es excelente, el 39% lo considera muy bueno, el 41% bueno, el 11% regular y el 3% lo considera malo.

Sobre la recolección de basura: el 4% lo considera excelente, el 37% como muy bueno, el 21% como bueno, el 21% como regular, el 14% indica que es malo y el 3% no responde al respecto.

Respecto de los servicios de teléfono: el 6% responde que es excelente, el 39% indica que es muy bueno, el 35% como bueno, el 11% como regular, el 4.5% como malo y el 4.5% tampoco contesta.

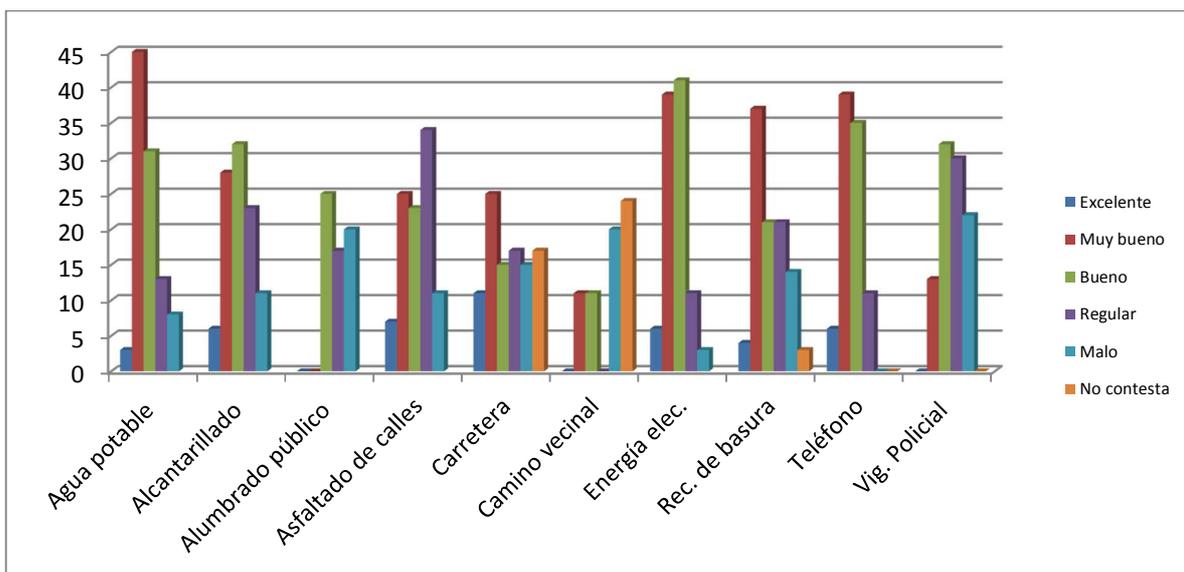
Finalmente, en cuanto a los servicios de vigilancia policial: el 1.5% responde que es excelente, el 13% lo considera muy bueno, el 32% como bueno, el 30% como regular, el 22% indica que es malo y el 1.5% no contesta.

Tabla 1. Alternativas a evaluar y valoración

Alternativas	Excelente	Muy bueno	Bueno	Regular	Malo	No contesta	Total
Agua potable	2	33	22	9	5		71
Alcantarillado	4	20	23	16	8		71
Alumbrado público	3	24	18	12	14		71
Asfaltado de calles	5	18	16	24	8		71
Carretera	8	18	11	12	10	12	71
Camino vecinal	1	8	8	23	14	17	71
Energía elec.	4	28	29	8	2		71
Rec. de basura	3	26	15	15	10	2	71
Teléfono	4	28	25	8	3	3	71
Vig. Policial	1	9	23	21	16	1	71

Tabla. 2 Porcentajes

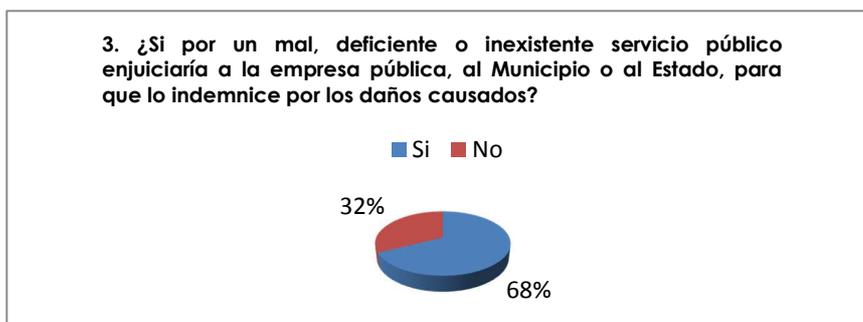
Alternativas	Excelente	Muy bueno	Bueno	Regular	Malo	No contesta	Total
Agua potable	3	45	31	13	8		100
Alcantarillado	6	28	32	23	11		100
Alumbrado público	4.5	33.5	25	17	20		100
Asfaltado de calles	7	25	23	34	11		100
Carretera	11	25	15	17	15	17	100
Camino vecinal	1.5	11	11	32.5	20	24	100
Energía elec.	6	39	41	11	3		100
Rec. de basura	4	37	21	21	14	3	100
Teléfono	6	39	35	11	4.5	4.5	100
Vig. Policial	1.5	13	32	30	22	1.5	100



3) ¿Si por un mal, deficiente o inexistente servicio público, usted sufriera daños en la integridad de su persona o la de un miembro de su familia, enjuiciaría a la empresa pública, al Municipio o al Estado, para que lo indemnice por los daños causados?

En relación con la tercera pregunta, los resultados se definen de la siguiente manera: el 68% de los encuestados respondió que sí, mientras que 32% indicó que no.

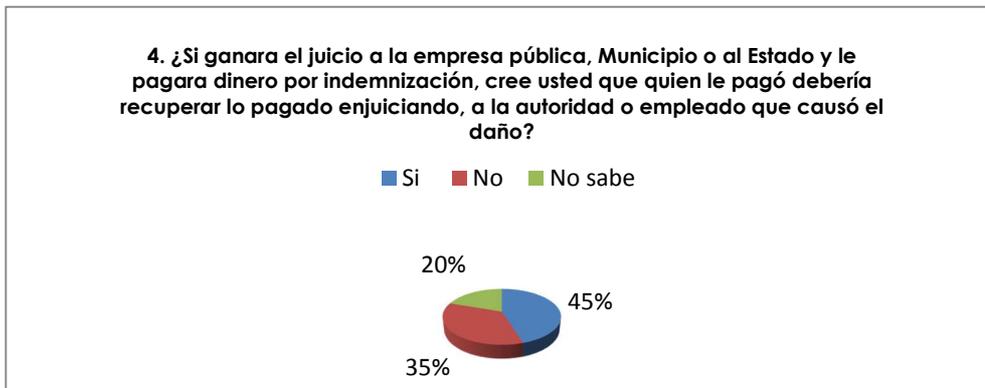
Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Si	48	68
No	23	32
Total	71	100



4) ¿Si usted ganara el juicio a la empresa pública, Municipio o al Estado enjuiciado y le pagara dinero por indemnización, cree usted que quien le pagó debería recuperar lo pagado enjuiciando, a su vez, a la autoridad o empleado que le causó el daño? ¿Por qué?

Finalmente, en la cuarta pregunta sobre si las entidades públicas, luego que el usuario ganara el juicio por indemnización, deberían recuperar lo pagado enjuiciando a la autoridad o servidor que incurrió en el daño, el gráfico de resultados indica que en un 45% de los encuestados manifestaron que sí, el 35% indicó que no, mientras que el 20% manifestó que no sabe.

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Si	32	45
No	25	35
No sabe	14	20
Total	71	100



No consta graficada una pregunta abierta, que continuaba a la última pregunta cerrada, el porqué de su respuesta, sea ésta positiva o negativa.

De lo graficado se puede determinar lo siguiente:

- Que la población encuestada, perteneciente a las provincias de mayor número de habitantes de la República del Ecuador, sí recibe servicios públicos domiciliarios.

- b) Que algunos de ellos no son de óptima calidad, incumpliendo con lo enunciado el artículo 52 y siguientes de la CRE. Sin embargo, aquellos servicios tampoco son de mala calidad en las zonas urbanas, pero sí en las zonas rurales.
- c) Que la mayoría de la población ecuatoriana sí está consciente de que el Estado, sea éste una institución pública dependiente del Gobierno Central, sea un GAD provincial o municipal, está obligado a responder por el daño que le haya causado un inexistente o un deficiente servicio público, es por ello que la mayoría estaría dispuesta a plantear contra el Estado o contra un GAD un juicio de indemnización de daños, aunque careciera de suficientes recursos económicos.
- d) Que la mayoría de la población estaría de acuerdo en que si el Estado o el GAD le habría pagado indemnización por daños, que éste pida la devolución (repita) contra el servidor público o contra el concesionario que causó el daño. En este tema se observa una diferencia mínima del 10% entre la mayoría que sí está de acuerdo con la repetición y la minoría que no está de acuerdo con la repetición.
- e) Que la mayoría acorde con la repetición a favor del Estado o del GADs basa su razón en que todo servidor público y todo concesionario deben responder por su negligencia. Que si el Estado o el GAD que pagó indemnización no recupera lo pagado por este concepto tendría como resultado la pérdida real para el ciudadano porque es éste quien paga los impuestos y con ellos mantiene al Estado y a los GADs. Se observa que una decena de entrevistados consideran que lo repetido debería ser proporcional a los ingresos de quienes se les condene a repetir, para evitar su insolvencia o quiebra. Esa decena de encuestados tienen un nivel académico superior.

- f) Que la razón de la minoría no acorde con la repetición es porque considera injusto que a un servidor público o a un contratista se le exija repetir al Estado, o a los GADs, sumas elevadas de dinero pagado en indemnizaciones. La injusticia radica en que quien tenga que repetir pierda su estabilidad económica con la cual mantiene a su familia.

Se observa que este grupo opina que el Estado y los GADs jamás caen en quiebra si pagan indemnizaciones porque sus ingresos son numerosos al provenir de los tributos o del Petróleo, a diferencia del servidor público quien vive de su sueldo; y, del contratista, persona natural o empresa, quien vive del pago de sus planillas o facturas.

Del análisis de las encuestas realizadas se ha logrado la transformación de la variable intermedia, el mejoramiento del servicio público, a la empírica o indicadores que representan situaciones medibles y observables de la posibilidad de la mejoría del servicio público, porque la muestra, en su mayoría, considera a la acción de repetición estatal como un castigo para el servidor causante del daño.

SECCIÓN II

ANÁLISIS DE LAS RESPUESTAS EMITIDAS POR LOS GRUPOS INVESTIGADOS

Los grupos que tomados como muestra investigativa fueron:

- 1) Autoridades de los GADs,
- 2) Servidores públicos de carrera administrativa y contratados,
- 3) Miembros de la Fuerza Pública,
- 4) Contratista con entidades públicas,
- 5) Servidores Judiciales; y,
- 6) Juristas Nacionales.

1. ANÁLISIS DE LAS RESPUESTAS EMITIDAS POR AUTORIDADES DE LOS GADS.

El cargo que ocupaba cada uno de los cuatro entrevistados en este grupo fue el de Procurador Síndico: tres de GADs municipales y uno de GAD provincial.

A dos entrevistados de este grupo se le hicieron cuatro preguntas y a los otros dos sólo tres, esta diferencia se debió a la respuesta dada en la primera pregunta, si era positiva se le hacía la segunda pregunta que es derivada de la primera, pero, si era negativa la respuesta, se pasó de inmediato a la tercera pregunta.

Las cuatro preguntas fueron:

- 1) “¿Se han planteado juicios de indemnización contra la entidad a la que representada por daños causados a los usuarios en los últimos cuatro años, en aplicación del artículo 11, 1º inciso de la CRE?”
- 2) “De ser positiva su pregunta ¿cuántos casos ya tiene sentencia a favor de su representada y cuántos en contra en los últimos cinco años?”

- 3) “Si se planteara una acción de repetición en su contra, en aplicación del artículo 11, 2do. Inciso de la CRE ¿qué argumentos esgrimiría a su favor?” ; y,
- 4) “¿Cree que el ejercicio de la acción de repetición estatal podría convertirse en un medio de abuso de poder o de persecución política? ¿por qué?”

A continuación el análisis a las respuestas de este primer grupo de entrevistados.

A la **primera y segunda pregunta**, de las cuatro autoridades de GADs situados en la provincia del Guayas y de Santa Elena, entrevistadas entre junio de dos mil doce y abril de dos mil trece, dos respondieron que sus representadas sí tienen varios juicios contencioso-administrativos demandando indemnización de daños por parte de los usuarios de sus servicios públicos, pero las dos autoridades coincidieron en que si bien han ganado en alguno de ellos y en otros han perdido, ninguno tenía sentencia en firme, hasta la fecha de la entrevista, porque los casos están a espera de resolución por recurso extraordinario de casación, en la Corte Nacional de Justicia.

A la **tercera pregunta**, tres autoridades respondieron que negarían pura y simplemente los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda presentada en su contra para que sea la parte actora a quien le pese la carga de la prueba, mientras que una autoridad respondió que negaría categóricamente los argumentos de su contraparte por considerar que tiene suficientes razones que exponer en su contestación a la demanda.

No obstante, todos los entrevistados aseguraron que en caso de tener un juicio de repetición en su contra, descargarían su responsabilidad con pruebas documentadas y con testimonios de compañeros de labores

respecto de la transparencia de sus actos, de los contratos que celebraron y que el ejercicio de su cargo tampoco adolecería de falta por omisión.

Respecto de la **cuarta pregunta**, tres de las cuatro autoridades entrevistadas respondieron afirmativamente, emitiendo los siguientes argumentos:

- a) Que por no haber aún una ley reguladora al derecho de repetición estatal, enunciado en el artículo 11, 2º inciso de la CRE, habría lugar a una puerta abierta para que las autoridades vigentes abusen de su cargo para involucrar en juicio de indemnizaciones a servidores que son contrarios a sus principios políticos.
- b) Que el Estado ecuatoriano aún no está preparado para ejercer una acción de repetición, por lo que sería peligroso ejercerla sin una ley que regule parámetros de aplicación, como la determinación del vínculo entre el imputado para repetir y el daño que fue indemnizado por le Estado, o el tiempo de prescripción de la acción.

La autoridad entrevistada que respondió negativamente a la cuarta pregunta argumentó sus razones manifestando que si el imputado en una acción de repetición tiene derecho a defenderse de manera judicial, pudiendo luchar hasta las últimas consecuencias, interponiendo el recurso extraordinario de casación y la acción extraordinaria de protección, en instancias nacionales; y, la acción ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en instancias internacionales, sería imposible que sea perjudicado por causa de un abuso de poder administrativo.

2. ANÁLISIS DE LAS RESPUESTAS EMITIDAS POR LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y LOS CONTRATADOS, QUE FUERON ENTREVISTADOS

El segundo grupo entrevistado fue el compuesto por los servidores o funcionarios públicos de carrera administrativa y los contratados.

Las entrevistas fueron realizadas entre julio de dos mil doce y enero de dos mil catorce.

De los seis funcionarios o servidores públicos entrevistados, tres son de carrera administrativa, los restantes sirven bajo el régimen del contrato ocasional de trabajo. Cuatro son abogados, uno es ingeniero eléctrico y la última es médica. Tres de ellos pertenecen a Ministerios de Estado y los otros tres a entidades autónomas.

Las preguntas fueron elaboradas sin contener términos jurídicos para su mejor entendimiento al entrevistado cuya profesión no sea la de abogado.

Cada respuesta y opinión emitida está acorde con los amplios y mínimos conocimientos jurídicos de los entrevistados, estos últimos se expresaron a la medida de su entorno profesional, laboral y social.

A continuación el análisis de las respuestas del segundo grupo de entrevistados.

- 1) “Si usted fuera enjuiciado por el Estado para que repita el pago que habría cancelado por concepto de indemnización de daños a los usuarios por un acto que usted ejecutó en el ejercicio de su cargo ¿Qué argumentos alegaría en su defensa?”
- 2) “¿Considera que la acción de repetición que ejercería el Estado contra un servidor público tendría un efecto coercitivo? ¿Por qué?”

- 3) “¿Cree que el ejercicio de la acción de repetición estatal podría convertirse en un medio de abuso de poder o de persecución política? ¿Por qué?”
- 4) “¿Cree usted que es necesario tener una ley que regule tal acción judicial?”

A la **primera pregunta**, dos de los abogados respondieron que su argumento de defensa sería el apego de sus actos administrativos a la LOSEP, a la LOSNCP y a la LOCGE, situación que los eximiría de toda responsabilidad para repetir.

La tercera de los abogados manifestó que revertiría la carga de la prueba a la parte actora, que sería la entidad pública a la que pertenece, negando pura y simplemente los argumentos de hecho y de derecho de la demanda.

El cuarto de los abogados fue sistemático en su manifestación al numerar sus argumentos para que la acción proceda: primero, que la demanda determine su supuesta responsabilidad para repetir; segundo, revisaría si la acción estaría prescrita; tercero, deduciría como excepción la posibilidad de que la demanda no sea admitida; y, cuarto, cuestionaría el fondo y la forma de la demanda.

Quienes no son abogados coincidieron en sus respuestas: que proporcionarían a sus defensores jurídicos la documentación que tendrían a su disposición, cuyo contenido técnico y científico descargaría a su favor la responsabilidad de repetir. Uno de ellos expuso que si se le imputara la repetición, él argumentaría que no sería el único responsable, sino también sus superiores jerárquicos, quienes revisan su labor diaria, por ende, la responsabilidad sería compartida.

A la **segunda pregunta**, todos, excepto uno, respondieron afirmativamente, motivando su respuesta que tal coerción produciría un

efecto de cautela en el desempeño de su cargo para los funcionarios públicos y en un mejor cumplimiento del contrato en caso del concesionario o contratista. Uno de ellos expresó que si bien la acción produciría una reacción positiva en el cumplimiento del cargo y del contrato, no obstante su efecto sería negativo para la entidad pública y para el usuario porque convertiría al funcionario en un burócrata poco práctico para dar oportunas soluciones a casos irregulares, lo cual, tal vez también produciría un daño susceptible de ser reclamado judicialmente.

El funcionario entrevistado que contestó negativamente argumentó que la acción en sí no es una medida coercitiva porque no es un acto administrativo, sino judicial. Que lo único que produce coerción es la sanción administrativa.

A la **tercera pregunta**, cuatro respondieron afirmativamente y dos negativamente. Quienes negaron en sus respuestas expusieron que la acción de repetición es un derecho del Estado y, porque siendo una acción judicial, el demandado a repetir puede defenderse en todas las instancias procesales, por ende, no puede ser objeto de abuso de poder.

Y, a la **cuarta pregunta**, todos los entrevistados respondieron que sí. Su razón coincidió por completo: para ejercer la acción hay que tener claras las “reglas del juego” para evitar injusticias como la insolvencia del funcionario público o la quiebra del contratista al repetir lo indemnizado. Que lo único que podría evitar esa situación de injusticia es la ley.

3. ANÁLISIS A LAS RESPUESTAS EMITIDAS POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

Este grupo está conformado por tres miembros de la Fuerza Pública: el primero de la Armada Nacional, el segundo pertenece al Ejército y el tercero a la Policía Nacional. Sus rangos son disímiles, desde jerarquías intermedias hasta la jerarquía baja, sin que ninguno de ellos ocupe un rango de máxima autoridad.

En cuanto a su nivel de educación académica, todos son abogados y laboran en el área jurídica de sus respectivas instituciones, por lo que sus respuestas tienen similar contenido académico.

Las entrevistas fueron realizadas durante el año dos mil trece, antes de la promulgación del Código Orgánico Integral Penal, publicado en febrero de dos mil cuatro.

Las preguntas realizadas fueron las mismas que se utilizaron para el segundo grupo que fue el de los servidores públicos de carrera y contratados.

A continuación, el análisis a las respuestas emitidas por este grupo investigado.

A la **primera pregunta**, todos los entrevistados respondieron que presentarían su negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda para que la carga de la prueba recaiga en la parte actora de la acción de repetición.

A la **segunda pregunta**, dos de los entrevistados, es decir, la mayoría, respondieron que la acción de repetición no sería una medida coercitiva para el funcionario público ni para el contratista porque no es una sanción, sino una acción judicial que podría producir una sanción en caso de fallo en contra del imputado. En cambio, para el miembro de la Fuerza Pública que afirmó, expresó el resultado positivo que tal acción produciría: óptima calidad en el servicio público.

A la **tercera pregunta**, los dos primeros entrevistados respondieron negativamente, exponiendo que no habría cabida para el abuso de poder y menos para la persecución política porque la autoridad accionante estaría facultada de ejercer tal acción por una orden judicial.

Mientras que el último de los entrevistados de este grupo afirmó que el abuso de poder se canalizaría, a pesar de obedecer a una orden judicial,

mediante el involucramiento en tal acción de funcionarios públicos o de contratista ajenos al daño causado, por cuanto no hay ley que limita a la autoridad a analizar el nexo causal entre el imputado el daño que fue indemnizado.

A la **cuarta pregunta**, el primer entrevistado respondió negativamente porque considera que no es necesaria una ley cuando se aplica el principio jurídico ordenado en la Constitución, de que el juez debe juzgar aunque no se haya emitido la ley. Los dos restantes respondieron afirmativamente, coincidiendo en sus razonamientos: la ley es la única que podría regular el procedimiento y evitaría el abuso de poder, no sólo para la autoridad administrativa, sino también para la judicial.

4. ANÁLISIS DE LAS RESPUESTAS EMITIDAS POR UN CONCESIONARIO O CONTRATISTA

El entrevistado ejerce la profesión de arquitectura por más de veinte años y tiene el récord de más de una década en la contratación pública como contratistas consultor de obras de infraestructura, ya sea de manera personal o a través de compañías constructoras.

Originalmente, las preguntas realizadas fueron dos:

- 1) “¿Cuál es su opinión respecto a la responsabilidad de repetir del contratista estatal en caso de error de construcción de obra o de prestación de servicio que haya ocasionado demanda por daños del usuario contra la entidad o empresa pública contratante?”
- 2) “Si usted fuera considerado por un juez como responsable de repetir a la entidad pública contratante que pagó la indemnización ¿qué argumentaría usted en su defensa?”

De la respuesta a esta última pregunta original, nació una tercera:

- 3) “Siguiendo su razonamiento le cuestiono: si sólo se hubiera suscrito el Acta de Entrega-Recepción Provisional poco antes de que ocurra el daño, o no se hubiera suscrito todavía Acta alguna ¿el concesionario o contratista tendría responsabilidad para repetir?”

El análisis a las respuestas emitidas es el siguiente:

A la **primera pregunta**, el entrevistado no está de acuerdo con el 2º inciso del artículo 11 de la CRE porque para él el constructor no tiene responsabilidad alguna si ha cumplido con las especificaciones técnicas de los pliegos y se ha suscrito el Acta de Entrega-Recepción Definitiva.

Una aportación interesante que da el entrevistado a esta investigación es que señala la obligación impuesta en el Código Civil ecuatoriano de que el constructor debe garantizar su obra por el lapso de diez años, situación que lo eximiría de repetir por su largo tiempo de saneamiento. El artículo al que hace referencia el contratista entrevistado es el 1937, número 3, de la Codificación del Código Civil.

En opinión del entrevistado, el señalado artículo constitucional debería reformarse eliminándose la responsabilidad de repetir a favor del Estado por parte del concesionario, porque éste se encuentra en una situación jurídica distinta al servidor público, toda vez que la exigencia de la ley civil y el acto administrativo (la suscripción definitiva del Acta de recepción de obra) hacen inútil la aplicación de su texto.

A la **segunda pregunta**, la respuesta hace hincapié en el Acta de Entrega-Recepción Definitiva como prueba principal de su defensa, porque para él la suscripción de aquella equivale al descargo total de responsabilidad para el contratista.

El entrevistado concluyó su respuesta a esta pregunta opinando que la responsabilidad de repetir en la contratación pública no es la del contratista o concesionario, sino la de la autoridad por su despreocupación en el mantenimiento de la obra.

Por consiguiente, el análisis de esta entrevista nos indica que el concesionario o contratista no es responsable de repetir si se ha suscrito el Acta de Entrega-Recepción Definitiva, pero creó la **tercera pregunta**, cuya respuesta no lleva a la conclusión de que sí habría lugar a repetir para el contratista o concesionario.

5. ANÁLISIS DE LAS RESPUESTAS EMITIDAS POR SERVIDORES JUDICIALES

De los tres servidores judiciales entrevistados, dos son jueces y la última es oficial mayor de un juzgado civil, todos pertenecientes a la Corte Provincial de Justicia del Guayas, juzgados de la ciudad de Guayaquil.

Sus respuestas se basan en el rango que ocupan, por lo que son disímiles en sus opiniones, aunque en lo que respecta la responsabilidad de repetir, los criterios se unifican a favor del servidor judicial, con razonamientos de alto contenido jurídico.

Las preguntas fueron:

1) “¿Considera que el ejercicio de la acción de repetición estatal contra los servidores judiciales mejoraría el servicio de administración de justicia? ¿Por qué?”

2) “¿Considera que el procedimiento para ejercer la acción de repetición prescrito en el COFJ está correcto o no? ¿Por qué?”

3) “Si se planteara en su contra una acción de repetición estatal como administrador de justicia ¿Qué argumentos expondría en su defensa?”

4) “¿Cree usted que tal acción se convertiría en un medio para abusar del poder y perseguir políticamente a servidores judiciales? ¿Por qué?”

A continuación el análisis a las respuestas.

A la **primera pregunta**, de los tres entrevistados, dos contestaron afirmativamente, coincidiendo su razonamiento en que la acción de repetición ejercería una presión psicológica en el servidor judicial que lo obligaría a ser prolijo en su servicio. La servidora que contestó negativamente fundamentó su respuesta en que cada servidor judicial conoce a plenitud su función y está capacitado para ello, por ende, no requiere de ninguna acción judicial en su contra para cumplir debidamente su trabajo.

A la **segunda pregunta**, dos de los entrevistados contestaron afirmativamente. El primero razonó su respuesta expresando que en general el procedimiento está correcto, pero ciertas situaciones jurídicas carecen de concepto, como en el caso del artículo 33 donde se menciona la expresión “error inexcusable”, cuya imprecisión legal podría dar lugar a malas interpretaciones al momento de juzgar en la acción de repetición, por lo que sugirió eliminarla.

En la segunda respuesta negativa se consideró que el procedimiento para repetir es inútil porque la repetición contra un judicial no tendría lugar toda vez que el usuario de la Administración de Justicia no podría ser perjudicado por errores que tienen solución con lograr la revocatoria del decreto o del auto improcedente o pedir apelación u otros recursos contra sentencias que le sean contrarias a sus intereses. Que la falta de solemnidades sustanciales a todo procedimiento da lugar a la nulidad del juicio, lo que impide el daño al usuario.

El juez que respondió positivamente a la segunda pregunta consideró acertado que el servidor judicial a quien se le imputa responsabilidad para repetir asista al juicio de indemnización de daños para que en él se defienda, pero admitió que podría mejorarse su redacción precisando las pruebas que puede presentar el servidor tanto en el juicio por indemnización como en el juicio por repetición.

A la **tercera pregunta**, dos contestaron negando categóricamente los fundamentos de hecho y de derecho de la acción de repetición exponiendo su limpio actuar judicial sin haberse enriquecido ilícitamente por el supuesto daño causado al usuario. Uno contestó que negaría pura y simplemente para que la carga de la prueba recaiga en el actor de la acción de repetición.

A la **cuarta pregunta**, dos contestaron que sí habría lugar a abuso de poder y a persecución política porque el solo hecho de que se le impute el pago de un daño indemnizado por el Estado es ya una amenaza contra la honra y la economía del servidor judicial; y, que la autoridad podría hacer uso de su poder para influir en la decisión del juez contra el imputado.

Quien contestó que no se basó en que el hecho de tratarse de una acción judicial se desprende del poder de la autoridad administrativa porque el imputado tiene muchas opciones para defenderse en un juicio, aunque el abuso de poder y la persecución política se haya dado al involucrarlo en una acción donde no tenga responsabilidad alguna.

6. ANÁLISIS DE LAS RESPUESTAS EMITIDAS POR JURISTAS

Este grupo estuvo conformado por tres juristas entrevistados, cuyas respuestas tienen un alto contenido jurídico.

Las preguntas fueron:

- 1) “¿Cree usted que la manera como está estructurado el procedimiento de la acción de repetición estatal en el Código Orgánico de la Función Judicial requiere reformas o ampliaciones? ¿Por qué?”
- 2) “Y, en cuanto a la acción de repetición estatal en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ¿cree usted que requiera de reformas o ampliaciones? ¿Por qué?”
- 3) “¿En qué medida cree usted que la acción de repetición se podría convertir en un medio de abuso de poder o de persecución política?”
- 4) “¿Qué reformas deberían darse al proyecto de la Ley de Repetición para que ésta regule eficazmente tal acción y evite la posibilidad de la abuso de poder o de persecución política?”

A continuación, el análisis a las respuestas vertidas.

A la **primera pregunta**, los tres juristas coincidieron en que el procedimiento prescrito en el COFJ está bien elaborado en su estructura, mas no en su sustancia porque falta indicar la proporcionalidad del monto a repetir, explicando todos que esto significa la relación porcentual entre el monto del daño indemnizado por el Estado y la capacidad de pago del servidor o del concesionario condenado a repetir, lo cual evitaría que la Ley sea injusta al causar un desequilibrio económico para el servidor o para el contratista y sus familias.

A la **segunda pregunta**, los tres juristas ecuatorianos coincidieron en que la LOGJCC debe ser reformada agregándosele el principio de proporcionalidad en lo referente al monto a repetir.

A la **tercera pregunta**, la mayoría respondió que sí habría lugar al abuso de poder, no por parte de la autoridad que debe demandar la repetición, sino por parte del juez mientras en el proyecto de Ley no se definan principio y parámetros para determinar la imputabilidad, o el monto a repetir, como

por ejemplo, que el cálculo dependa de la acción u omisión negligente o dolosa del funcionario público o del contratista. Entonces, podría darse el abuso de poder en la administración de justicia.

El jurista que respondió negativamente razonó que la autoridad administrativa no es quien define la culpabilidad del servidor ni del contratista imputado porque en la acción ella debe actuar demandando por orden judicial tras la sentencia de daños en contra de su representada.

Pero, tampoco habría lugar a abuso de poder por parte del juez, quien sí es la autoridad quien sentencia al imputado porque, si bien no hay ley que regule el procedimiento en caso de daño indemnizado por la falta o por la mala prestación de un servicio público, existe el Código Civil, ley general que suple los vacíos de las leyes orgánicas y especiales, la cual da los parámetros para determinar en su sentencia si el acto u omisión del funcionario o del contratista fue culposo o doloso; y, si la culpa fue grave, leve o levísima. De determinarse en el fallo un acto u omisión dolosos, el sentenciado debería responder con el cien por ciento de su patrimonio.

A la **cuarta pregunta**, todos los entrevistados de este grupo coincidieron en que debe mejorarse el proyecto de Ley de Repetición incluyendo los principios y los parámetros que fueron expuestos en las contestaciones a las preguntas anteriores, en los que se basaría el juez para sentenciar la culpa o el dolo de la acción o de la omisión del imputado.

Hasta aquí el análisis de resultados a los grupos entrevistados.

El grupo contentivo de las autoridades de los GADs y de los funcionarios o servidores públicos y judiciales entrevistados consideran, en su mayoría, que ellos se sentirán coaccionado al saber que el pago de indemnizaciones efectuado por la entidad a la cual sirven, por causa un mal servicio que presten en el ejercicio de su cargo, será sinónimo de que le sea instaurada en su contra la acción de repetición estatal.

Difiere este criterio al de los juristas, quienes no consideran a la acción como una coacción por no tratarse de sanción alguna y que tal no siempre puede ser instaurada, toda vez que no todo pago de indemnizaciones que efectúe el Estado y sus instituciones da derecho a repetir contra el funcionario o servidor público.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Este capítulo es la parte final de la presente investigación, contentivo de conclusiones y recomendaciones emanadas del análisis sobre la situación jurídica en el Ecuador de la acción de repetición y la posibilidad de que su ejercicio sea objeto de abuso de poder.

Las conclusiones emanan de la vinculación entre los conceptos, las doctrinas, el análisis de leyes y sentencias relativas a la indemnización de daños pagados por el Estado ecuatoriano (expuestos en los Capítulos del II al IV de esta obra) y la realidad jurídica de lo que significa para la ciudadanía ecuatoriana, servidores públicos, concesionarios y juristas ecuatorianos, el ejercicio de la acción de repetición estatal, sus efectos positivos y negativos en la Administración Pública, en relación a la posibilidad de que su aplicación sea objeto de abuso de poder.

En cuanto a las recomendaciones, se procederá a sugerir mejoras jurídicas para las leyes existentes que regulan la acción de repetición estatal y para la ley que está en proyecto, a fin de eliminar la posibilidad de abuso de poder, así como lograr la eficacia para que el Estado pueda ejercer esta acción para recuperar lo pagado en indemnizaciones.

PARÁGRAFO I

CONCLUSIONES

Las conclusiones emanadas del análisis de resultados que demostró la metodología aplicada en este trabajo de investigación, exponen los aciertos y desaciertos de la hipótesis planteada:

“Siendo el planteamiento de la acción de repetición estatal un factor positivo para que mejore el servicio público en la República del Ecuador, ésta podría convertirse en un medio de abuso de poder al no existir legislación que limite su aplicación.”

La exposición de las conclusiones será en relación a su vínculo con los objetivos generales y específicos.

SECCIÓN I

CONCLUSIONES RELATIVAS A LOS OBJETIVOS GENERALES

Esta investigación y su análisis han llegado a las siguientes conclusiones vinculadas con los dos objetivos generales:

- 3.** Demostrar que la posibilidad del planteamiento de la acción de repetición estatal contra los servidores públicos y concesionarios, es un factor positivo para que aquellos mejoren la calidad del servicio público.
- 4.** Investigar si el ejercicio de la acción de repetición estatal sería un mecanismo de abuso de poder.

Del primer objetivo general se ha demostrado que el planteamiento de la acción de repetición sí constituye un factor positivo para mejorar el servicio a la ciudadanía, porque ejerce un efecto coercitivo en el funcionario o servidor estatal, al tener presente que su acción u omisión en el

ejercicio de su cargo, ya sea por negligencia o dolo, puede producir un daño al ciudadano que llegó a ser indemnizado por la entidad a la cual sirve, y deberá responder con su capital lo pagado en valores por indemnización, a pesar que la naturaleza jurídica de la acción no sea una sanción, sino un proceso judicial donde el presunto causante del daño tendrá la oportunidad de deslindar su responsabilidad.

En lo que respecta al segundo objetivo general, la conclusión es que la acción de repetición no podría ser objeto de abuso de poder por parte de autoridad administrativa por las siguientes razones:

a) Las dos leyes existentes que regulan el proceso de la acción de repetición (COFJ y LOGJCC), prescriben que la máxima autoridad administrativa de la entidad que pagó la indemnización requiere de una orden judicial para iniciar la acción contra el servidor que supuestamente es responsable del daño indemnizado, es decir, que la misma no puede plantearse por iniciativa de la autoridad administrativa, lo cual impide un posible abuso de poder.

b) El Proyecto de Ley de Repetición tiene escrito en su artículo 8 dos limitantes al abuso de poder por parte de la autoridad administrativa, que debe plantear la acción de repetición contra el servidor público o contratista, ambos supuestamente responsables del daño: primero, es la exigencia de una investigación exhaustiva de la responsabilidad de aquellos o la resolución de un sumario administrativo donde se haya determinado la responsabilidad administrativa o civil; y, segundo, una vez investigada y resuelto la responsabilidad (éste último en un sumario administrativo), la máxima autoridad de la entidad que pagó la indemnización deberá informar al Procurador General del Estado el pago efectuado y la acción de repetición presentada ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo.

Estas exigencias normativas, tanto prescritas en las leyes existentes como escritas en el Proyecto, evitan un abuso de poder por parte de las autoridades administrativas.

Ahora bien, por parte de la autoridad judicial se concluyó que sí hay lugar al abuso de poder por las siguientes razones:

a) Es el juez quien administra justicia y siendo la acción de repetición una actividad judicial, está en manos del juzgador el destino del demandado.

b) Abusando de su poder, el juez podría no considerar todas las pruebas de defensa del demandado, o no considerar la prescripción de la acción debido al vencimiento del término para demandar; o dictar un fallo sin considerar el grado de responsabilidad del demandado, esto es, si actuó con negligencia en el grado de culpa grave, leve o levísima, o si actuó con dolo o por omisión; o al no valorar la responsabilidad compartida del demandado, esto es, si tendría participación como responsable principal, directo, indirecto, subsidiario o solidario.

c) Debido a la inexistencia de regulación legal que exija al juez la aplicación de la proporcionalidad, el fallo del juez respecto al monto a repetir podría dejar en insolvencia al vencido o ejecutado y su familia, al no aplicarse el artículo 21 número 2 "Derecho a la Propiedad Privada", de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual la República del Ecuador es Estado suscriptor.

Por consiguiente, tal como está la situación legal sobre la acción de repetición, se concluye que el abuso de poder no es posible que se dé en el ejercicio del cargo de la máxima autoridad administrativa, pero sí es posible que se dé en la administración de justicia a través de un juez.

SECCIÓN II

CONCLUSIONES RELATIVAS A LOS OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. En cuanto a la comparación de la calidad de los servicios públicos (en su mayor parte domiciliarios) en el territorio ecuatoriano, la investigación analizada demostró que es disímil porque en el sector rural de la costa ecuatoriana, algunos de los servicios que reciben son deficientes, como los caminos vecinales, suministro de agua potable, alcantarillado, energía eléctrica; y, en algunos casos estos servicios son inexistentes, como por ejemplo la vigilancia policial.

Mientras que en el sector urbano la mayoría de los encuestados, tanto en barrios de clase alta, media y proletaria, coincidieron en recibir servicios públicos de buena calidad como las carreteras, de muy buena calidad como la telefonía fija que otorga la Corporación Nacional de Telecomunicaciones; y, algunos servicios fueron calificados de excelente calidad como el servicio de agua potable, alcantarillado y energía eléctrica.

En conclusión, los servicios públicos en el territorio ecuatoriano, si bien son disímiles entre las áreas urbanas y rurales, su calidad llega al promedio de buena.

2. La reacción del ciudadano ecuatoriano ante la posibilidad de que el Estado le indemnice por daños y perjuicios, ocasionados por una inexistente o deficiente prestación de un servicio público, fue de certeza para la clase alta y media, mientras que para la clase baja (urbana y rural) fue de incertidumbre, pesimismo, y en algunos casos de asombro por ignorar que existiera esa posibilidad; consideraciones y sorpresas que están vinculadas con su bajo nivel de instrucción, lo que conlleva al desconocimiento de sus derechos ante el Estado.

3. La conclusión del análisis para ver la reacción de los ciudadanos ecuatorianos ante el derecho que tiene el Estado de repetir contra los servidores públicos y concesionarios que hayan causado el daño por el cual fue indemnizado, es que la mayoría absoluta (mitad más uno) consideró correcto aquel derecho, mientras que la minoría que dista solamente del 10% de la mayoría encuestada, calificó de injusto este derecho estatal, porque según ellos, de ganar el Estado el juicio de repetición contra el servidor y funcionario público o concesionario, los dejaría en insolvencia perjudicando al demandado y su familia, por el alto valor del monto de las indemnizaciones que paga el Estado.

Por ende, del análisis se concluye que para la minoría de los ciudadanos encuestados no debería existir tal acción por ser injusta en sus efectos.

4. La conclusión del análisis a la reacción de los servidores públicos y concesionarios ante la posibilidad de que sean enjuiciados para que repitan el pago que hizo el Estado ecuatoriano, por indemnización de daños a los usuarios de los servicios públicos, fue negativa en su totalidad a pesar de demostrar conciencia de su responsabilidad en el ejercicio de su cargo o por el cumplimiento del contrato administrativo. Actuaron a la defensiva, respondiendo que deducirían a su favor excepciones perentorias de ser enjuiciados a repetir; y, algunos manifestaron que alegarían simple negativa para que sea el Estado quien tenga que cumplir con toda la carga de la prueba.

5. Del análisis a la posibilidad de mejorar la prestación de servicios públicos, debido al efecto coercitivo que podría ejercer la acción de repetición a favor del Estado contra los servidores estatales y sus concesionarios, se concluye que no hay tal por no tratarse de una sanción

administrativa sino de una acción judicial, cuyo fin no es mejorar la prestación del servicio público, sino que el Estado recupere lo pagado en indemnizaciones por el inexistente o deficiente servicio público.

6. En cuanto al posible abuso de poder por parte de las autoridades administrativas contra los servidores públicos y concesionarios que habrían causado el daño que fue indemnizado por el Estado, sería limitado para ellos, porque para demandar a un funcionario o concesionario tiene limitantes de ley, como la sentencia de indemnización ejecutada (no sólo ejecutoriada) y que en ella se insinúe la responsabilidad de los funcionarios o concesionarios involucrados.

El abuso de poder de la autoridad administrativa podría darse, si ésta demandara la repetición a servidores y concesionarios que no tengan relación con el daño causado y pagado, lo cual podría interpretarse como un acto positivo de causar daño a un subalterno o contratista.

La investigación llegó a la conclusión que el abuso de poder está más próximo a la autoridad judicial que a la autoridad administrativa, porque es el juez quien en sentencia condenatoria de indemnización contra el Estado, así como en sentencia condenatoria de repetición a favor del Estado, deberá insinuar la responsabilidad (en el primero de los juicios) y determinar la responsabilidad y el monto a pagar (en el segundo de los juicios), haciendo uso en este último punto de su sana crítica. En este caso, por ser una potestad deliberante del juez y a no existir límite legal, hay paso libre al abuso de poder en la vía judicial.

7. En cuanto al estudio de la situación jurídica de la repetición a favor del Estado, plasmada en las leyes existentes y en el proyecto de ley se concluye lo siguiente:

7.1. El Código Orgánico de la Función Judicial, cuyo artículo 33, correspondiente al Capítulo III del mismo, regula brevemente la acción de repetición contra el servidor judicial, con los siguientes aciertos y falencias:

Como aciertos, tiene:

a) que obliga al legitimario pasivo en el juicio de indemnización contra el Estado por daño material y moral, que es el Consejo de la Judicatura, a convocar al servidor judicial para que comparezca en este juicio para defenderse de posibles presunciones de responsabilidad; y,

b) que la recuperación del valor a repetir se ejerce mediante procedimiento coactivo, esto es, de fácil recuperación del valor, pero siempre que la sentencia condenatoria de indemnización esté ejecutoriada.

Como desaciertos o falencias, tiene:

a) No es preciso en el concepto de error inexcusable, situación jurídica que por primera vez fue escrita en una ley ecuatoriana, la misma que según el artículo 33 del COFJ, no admite defensa alguna para el servidor judicial implicado, produciéndose una falta de transparencia legal, lo que llevaría a un posible abuso de poder por parte del juez de la causa de repetición al aplicar su criterio respecto de ese concepto al momento de juzgar.

b) Incluye el daño moral el cual no es cuantificable, pudiendo ser subjetivo el valor por indemnización a ser reclamado, hasta exagerar en el monto a pedir por el supuesto perjuicio.

c) El COFJ tampoco establece límites o porcentajes al monto a repetir por una indemnización pagada por el Estado, falencia legal que podría dejar al servidor judicial involucrado en situación económica calamitosa, en caso de fallar en su contra dentro de la acción de repetición.

7.2. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuyo Capítulo X describe la acción de repetición contra los servidores públicos investigados por causar daños físicos y morales a los ciudadanos ecuatorianos y demás habitantes de la República, por violación de los derechos humanos, es muy acertada en detallar el procedimiento de la acción de repetición, pero también incurre en las siguientes falencias:

a) No hace partícipe al presunto responsable de indemnización por daños, en el juicio previo contra el Estado.

b) Tampoco delimita el monto a pagar por repetición, a pesar de determinar que el pago sería proporcional respecto al grado de responsabilidad de cada uno de los sentenciados, cuando ha sido imputado más de un servidor público, lo que implica que si la condena a repetir es para un funcionario, el monto sería el total de lo pagado en indemnización, situación en donde también se ha detectado ausencia del principio de proporcionalidad en esta Ley.

7.3. El Proyecto de Ley de Repetición, si bien en su Capítulo III crea la figura procesal del “Llamamiento en garantías” por el cual exige que se convoque al presunto responsable del daño dentro del juicio de indemnización contra el Estado, no impone que sea el juez quien enuncie en su fallo condenatorio la presunción de responsabilidad de los servidores que incurrieron en el daño, sino que da la facultad a la máxima autoridad de la entidad pagadora de la indemnización; y, al Procurador General del Estado en caso de que sean varias las instituciones pagadoras de la indemnización, como legitimarios activos de la acción de repetición, a ejercer una investigación exhaustiva y previa a interponerla, sobre los hechos y los posibles autores del daño, conforme versa el artículo 8 del Proyecto.

Como la investigación se debe hacer a través de un sumario administrativo contra un servidor presuntamente responsable del daño indemnizado, habría la posibilidad de que en él se dé el abuso de poder al instaurarlo, sin haber investigado suficientemente la responsabilidad del servidor como lo manda el Proyecto de Ley de Repetición, o sin cumplir a cabalidad con los pasos del proceso sumario administrativo, a fin de producir un hostigamiento contra el servidor o perseguir a éste o al concesionario por diferencias políticas.

La investigación podría ser diminuta también para el caso de los contratistas presuntamente responsables del daño.

Sin embargo, el abuso de poder por parte de la autoridad administrativa queda insubsistente, cuando es el Contralor General del Estado quien debe determinar la responsabilidad, según está escrito en el artículo 8 del Proyecto; por ello se concluye que el abuso de poder administrativo no será posible cuando se promulgue la Ley de Repetición en el Ecuador.

En otro ámbito, el Proyecto sí exige al juez definir en su fallo si el demandado en la acción actuó con culpa o dolo; y, se impondría la repetición solamente si se comprobara en el juicio que la o el demandado actuó con culpa grave, conforme está escrito en los artículos 13 y 14 del Proyecto.

Sin embargo, tiene como falencia el no delimitar los montos a repetir, ni en valor deducible ni en porcentaje, con lo cual se entiende que el demandado fallido deberá pagar la totalidad del valor de la indemnización cancelada por el Estado. Esto lleva a la conclusión de que la aplicación del Proyecto al convertirse en Ley, sería injusta por el posible perjuicio económico que traería la falta de delimitación del valor de la repetición por

indemnización cancelada por el Estado ecuatoriano, vacío legal que podría dar lugar al abuso de poder por parte de la autoridad judicial si ésta no aplicase el principio de proporcionalidad en su sano criterio.

8. De la revisión de casos judiciales que en sentencia se haya ordenado a la máxima autoridad de la entidad fallida o al Procurador General del Estado, repetir contra servidores o funcionarios públicos, y concesionarios, se concluye que hasta febrero de dos mil catorce consta solamente un caso de repetición presentado por una autoridad que representa legalmente a la entidad condena a indemnizar, mientras que el Procurador General del Estado aún no ha iniciado acción de repetición a pesar de tener varios casos, desde el año dos mil cinco en que se le ha ordenado repetir.

Hasta aquí las conclusiones vinculadas con los objetivos específicos.

En definitiva, de la hipótesis planteada, investigada y analizada se concluye que la acción de repetición estatal sí constituye un factor para que el servidor o funcionario público se esmere en evitar un daño al ciudadano en la prestación de un servicio público; y, el ejercicio de tal acción sí puede convertirse en un medio de abuso de poder judicial, mas no administrativo, mientras no se establezcan límites o parámetros legales que puedan afectar la situación económica y jurídica del servidor público o del concesionario.

De lo concluido se procede a generar las recomendaciones a ser expresadas en el siguiente párrafo.

PARÁGRAFO II

RECOMENDACIONES

1. Que las leyes existentes reguladoras de la acción para repetir y el Proyecto de Ley limiten su planteamiento, determinando que la demanda sería presentada en caso de que la conducta del servidor público (acción u omisión), que sea causal del daño indemnizado, tenga responsabilidad directa con éste, excluyéndose la responsabilidad indirecta o subsidiaria. De ser varios los responsables directos, que se aplique la responsabilidad solidaria.

2. Que las leyes reguladoras de la acción para repetir y el Proyecto de Ley incluyan en sus textos los siguientes principios excluyentes y atenuantes de responsabilidad:

2.1. Como excluyente de responsabilidad, el principio de confianza a la actuación previa, para evitar involucrar en la acción al funcionario que actuó en base a informes emitidos por otros funcionarios, o para el concesionario o contratista que construyó una obra o prestó un servicio en base a estudios y planos con errores, realizados por consultores.

2.2. Como atenuante, el principio del auto riesgo de la víctima, el cual haría disminuir considerablemente el valor del monto a repetir a favor del Estado por tener como factor a un ciudadano afectado o a una colectividad de ciudadanos afectados que habrían incurrido en negligencia o en desobediencia a las disposiciones legales para precaver riesgos de daños a la integridad física del individuo o de la colectividad. Este principio se basa en otro plasmado en el Código Civil: la ley es de público conocimiento y su ignorancia no es excusa alguna para incumplirla.

3. Que se incluya en las dos leyes existentes que regulan la acción de repetición, el deber para la máxima autoridad demandante o para el Procurador General del Estado, de realizar un sumario administrativo o de iniciar una investigación previa al planteamiento de la acción, para determinar la responsabilidad del funcionario que habría generado el acto dañoso o que habría omitido actuar para evitar el daño.

4. En cuanto al monto a recuperar por parte del Estado por el pago de indemnizaciones, que se incluya en las leyes existentes, reguladoras de la acción de repetición y en el proyecto de ley, el deber para los legitimarios activos y para el juzgador de aplicar la proporcionalidad del monto a repetir, en relación a la capacidad de pago del demandado, considerando los siguientes factores:

a) La participación de la cuota del demandado, siendo persona natural, en su patrimonio, sea éste la sociedad conyugal, su herencia, su aporte societario en una empresa o su aporte en las distintas inversiones que tenga.

En caso de que la demandada sea una persona jurídica (la contratista o concesionaria), se recomienda calcular el monto a repetir en base a su capital monetario y en bienes deduciendo sus cuentas por pagar.

b) Si fue negligente o dolosa la conducta dañina: y,

c) Si el servidor público demandado no es uno sino varios.

Teniendo en cuenta estos factores, se podría definir la proporcionalidad del monto a repetir en de la siguiente manera:

a) Al tratarse de una persona natural la demandada y sentenciada, al probarse en la acción de repetición que su conducta fue dolosa, se la condenaría al pago del cien por ciento del daño indemnizado, pero en proporción a su participación en su patrimonio, para así no destruir el equilibrio económico de su familia (en caso de ser una persona natural y de tenerla), o de la empresa contratista, para no afectar a los trabajadores de la misma.

d) Al tratarse de una persona jurídica la demandada y sentenciada a repetir, se debería deducir sus obligaciones laborales para determinar el monto a pagar.

Estas recomendaciones tienen el propósito de evitar un posible abuso de poder, tanto para la autoridad administrativa al momento de demandar como para la autoridad judicial al momento de sentenciar.

Este trabajo investigativo, al llegar a su fin, aspira constituirse en un aporte jurídico para una mejor convivencia entre el Estado, sus servidores y sus ciudadanos, situación que sería muy positiva para la sociedad ecuatoriana.

BIBLIOGRAFÍA

A) TEXTOS DE DOCTRINA CONSULTADOS

ABERASTURY, Pedro (2001). "Ejecución de sentencias contra el Estado". Buenos Aires. Editorial ABELEDO-PERROT. Primera edición.

ÁLVAREZ-GEDÍN, Sabino (1958). "Tratado General de Derecho Administrativo". Barcelona. Casa Editorial BOSH. Primera edición.

BONNECASE, Julien (1993). "Tratado Elemental de Derecho Civil". México, D.F. Editorial HARLA S.A. Primera edición.

BORDA, Guillermo A. (1996). "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones II". Buenos Aires. Editorial Perrot. Octava edición actualizada.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (2003). "Diccionario Jurídico Elemental". Buenos Aires. Editorial Heliasta S.R.L. Décimo Sexta edición.

CASSAGNE, Juan Carlos (2006). "Derecho Administrativo" Tomo I. Buenos Aires. Editorial ABELEDO-PERROT. Octava edición.

DUGUIT, León (1928). "Traite de Droit Constitutionnel". Tomo IV. París. Editorial Boccard. Primera edición.

FIORINI, Bartolomé A. (1997). "Derecho Administrativo". Tomo II. Buenos Aires. Editorial ABELEDO-PERROT. Segunda edición actualizada.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2000) "Curso de Derecho Administrativo I". Madrid. Civitas Ediciones, S.L. Séptima edición.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2000). "Curso de Derecho Administrativo II". Madrid. Civitas Ediciones, S.L. Séptima edición.

GRANJA Galindo, Nicolás (1997). "Fundamentos de Derecho Administrativo". Loja. Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja. Primera edición.

- GORDILLO, Agustín (2004). "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo II. "La defensa del usuario y del administrado". México, D.F. Editorial Porrúa. Séptima edición.
- HENAO, Juan Carlos (1998). "El Daño". Bogotá. Editorial de la Universidad Externado de Colombia. Primera edición.
- HERNÁNDEZ Terán, Miguel (2004). "Seguridad Jurídica, Análisis, Doctrina y Jurisprudencia". Guayaquil. Editorial EDINO. Primera edición.
- LARREA Holguín, Juan (2005) "Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana". Tomo VII. "Voces de Derecho Civil". Quito. Editorial de la Fundación Latinoamericana Andrés Bello. Primera edición.
- LÓPEZ Jácome, Nelson (2006) "El procedimiento previo a la destitución de empleados públicos". Quito. Editorial Jurídica. Segunda edición.
- LÓPEZ Morales, Jairo (1996). "La responsabilidad del Estado por error judicial". Santa Fe de Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. Primera edición.
- MARIENHOFF, Miguel (2006). "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo IV. Buenos Aires. Editorial ABELEDO-PERROT. Sexta edición actualizada.
- MARTÍNEZ Morales, Rafael I. (1991) "Derecho Administrativo. Primer Curso". México, D.F. Editorial HARLA S.A. Primera edición.
- MARTÍNEZ Morales, Rafael I. (1991) "Derecho Administrativo". Segundo Curso. México, D.F. Editorial HARLA S.A. Primera edición.
- PENAGOS, Gustavo (1980). "El Acto Administrativo". Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. Tercera edición.
- PEYRANO, Jorge y RAMBALDO, Juan (2001). "Abuso Procesal". Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. Primera edición.
- PÉREZ, Efraín (2009) "Derecho Administrativo. Tomo II. Acorde con la nueva Constitución ecuatoriana". Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. Segunda edición.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges (1996). "Derecho Civil. Obra compilada y editada". México, D.F. Editorial Pedagógica Iberoamericana. Primera edición.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA (1992). "Diccionario de la Lengua Española". Madrid. Editorial Espasa-Calpe S.A. Vigésima primera edición.

ROJAS Franco, Enrique (2007). "Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo". Guayaquil. EDILEX S.A. Editores. Primera edición.

TAMAYO Lombana, Alberto (2009). "La responsabilidad civil extracontractual y la contractual". Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Tercera edición.

VIDAL Perdomo, Jaime (1997). "Derecho Administrativo". Santa Fe de Bogotá. Editorial TEMIS S.A. Undécima edición.

ZAVALA Egas, Jorge (2011). "Lecciones de Derecho Administrativo". Guayaquil. EDITEX S.A. Editores. Primera edición.

ZAVALA Egas, Jorge. ZAVALA Luque, Jorge. ACOSTA Zavala, José (2014). "Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional". Guayaquil. EDILEX S.A. Editores. Primera edición.

B) NORMAS JURÍDICAS CONSULTADAS

Constitución de la República del Ecuador.- RO #449 del 20 de octubre de 2008.

Constitución Política de la República del Ecuador (Derogada).- RO # 1 del 11 de agosto de 1998.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).- Suscrita el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José, República de Costa Rica.

Constitución Política de Colombia.- Sancionada el 4 de julio de 1991 y publicada en la Gaceta Constitucional el 7 de julio de 1991.

Codificación del Código Civil. – Codificación 2005-010, RO-S #46 del 24 de junio de 2005.

Codificación del Código de Procedimiento Civil.- Codificación 2005-011, RO-S # 58, del 12 de julio de 2005.

Codificación del Código Orgánico de la Función Judicial.- Codificación 2009-1596, RO-S # 544, del 9 de marzo de 2009.

Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.- Ley 2004-015, RO # 312, del 13 de abril de 2004.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.- Ley 2002-73, RO-S # 595, del 12 de junio de 2002.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.- Ley 2009-01, RO-S # 395, del 4 de agosto de 2008.

Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.- Ley s/n, RO- Segundo Suplemento # 100, del 14 de octubre de 2013.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- Ley s/n, RO- Segundo Suplemento # 52, del 22 de octubre de 2009.

Ley Orgánica del Servicio Público.- Ley s/n, RO-Segundo Suplemento # 294, del 6 de octubre de 2010.

Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.- Ley s/n, RO # 338, del 18 de marzo de 1968.

Ley de Repetición Estatal de la República de Colombia.- Ley # 270.- Gaceta Legislativa del año 1996.

Reglamento Sustitutivo del Reglamento de Responsabilidades.- Acuerdo # 026-CGE, RO # 386, del 27 de octubre de 2006.

C) JUICIOS, JURISPRUDENCIA Y OFICIO ESTUDIADOS

Juicio contencioso-administrativo No. 159-2013-SVF.- Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso-Administrativo de Quito. Segunda Sala. Legitimario activo: El Gerente General de la Empresa Pública Metropolitana de Aseo EMASEO EP, señor Carlos Eduardo Sagasti Rhor. Legitimarios pasivos: El ex Gerente General de dicha empresa pública, arquitecto Luis Alberto Pacheco Maldonado, y el ex Gerente de Recursos Humanos de la misma empresa, doctor Carlos Raúl Escobar Arregui.

Juicio Penal No. 361-95.- Juzgado Primero de lo Penal de Guayas, instaurado por el Estado ecuatoriano contra el ciudadano francés Daniel David Tibi.

Acción constitucional de protección No. 2092-2009.- Juzgado Quinto de lo Laboral del Guayas. Actora: La empresa MOTALTORR S.A. Demandado: El Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE).

Juicio contencioso-administrativo número 105-2001-2.- Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso-Administrativo de Guayaquil. Actora: Macrotech S.A. Demandada: La Autoridad Portuaria de Guayaquil.

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN dictado en Quito, el 29 de julio de 2002, a las 11h00. Serie 17. Gaceta Judicial, 10 de 29-jul.2002. Pág. 3134.

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACION, No. 172-2008.- Sala Especializada Temporal de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. Se casó el fallo dictado por el Tribunal Distrital No. 4 de lo Contencioso-Administrativo de Portoviejo. Actor: El profesor Segundo Pazmiño Lozada; Demandados: El Rector y la colectora del Colegio Técnico Alejuela; el Ministro de Educación y el Procurador General del Estado.

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, Oficio No. 03793 del 20 de septiembre de 2011

ÍNDICE

	Página
Agradecimiento	
Dedicatoria	
Abreviaturas de denominaciones de normas jurídicas	
Introducción	1
Capítulo I. Antecedentes de la Propuesta	4
Parágrafo I. Planteamiento de la Investigación	4
Parágrafo II. Objetivos	7
Sección I. Objetivos Generales	7
Sección II. Objetivos Específicos	7
Parágrafo III. Las Variables y los Indicadores	9
Parágrafo IV. Hipótesis	10
Parágrafo V. Justificación	10
Parágrafo VI. Delimitación	11
Capítulo II. Marco Teórico	12
Parágrafo I. El Derecho a repetir	12
Sección I. Doctrina sobre la repetición	12
1. Su concepción según los diccionarios jurídicos	12
2. La doctrina francesa	15
2.1. La doctrina de Planiol y de Ripert respecto a las obligaciones solidarias	15
2.1.1. La solidaridad activa	15
2.1.2. La solidaridad pasiva	16
2.2. La doctrina de Bonnetcase sobre el enriquecimiento sin causa y la acción “ <i>in rem verso</i> ”	17
Sección II. Concepto de repetición	19
1. Concepto y naturaleza Jurídica de “Repetir”	19
2. Concepto y naturaleza Jurídica de “Repetición”	19
Sección III. Limitaciones para ejercer la acción de repetición	20
1. La prescripción	20
2. La prohibición	20
Parágrafo II. La repetición civil en la repetición estatal	22
Sección I. La repetición civil es aplicable al Derecho de Repetición Estatal	22
Sección II. Los casos civiles de repetición aplicables al Derecho Público	23
1. La repetición en caso de objeto o causa ilícita	23
2. La repetición en las obligaciones condicionales	23
3. La repetición en las obligaciones solidarias pasivas y activas	24
Parágrafo III. El Estado como ente de derechos y de obligaciones	25
Sección I. El Estado y su componente denominado “Poder”	25
1. El Estado y sus poderes	25
2. El Estado como ente de derechos (Legislación comparada)	26
2.1. Los derechos del Estado ecuatoriano	27
2.2. Los derechos del Estado colombiano	28
3. El Estado como ente de obligaciones (Legislación comparada)	30

3.1.	Los deberes del Estado ecuatoriano	31
3.2.	Los deberes del Estado colombiano	33
Sección II.	El Estado responsable	23
1.	Historia de la responsabilidad extracontractual del Estado en el mundo	36
2.	La responsabilidad extracontractual del Estado en la historia del Ecuador	27
3.	La Administración Pública	38
Parágrafo IV.	Las responsabilidades de la Administración Pública ecuatoriana o la responsabilidad subjetiva del Estado ecuatoriano	39
Sección I.	Las responsabilidades subjetivas del Estado ecuatoriano	40
1.	La responsabilidad sobre el recurso económico del Estado	40
2.	Concepto de la responsabilidad subjetiva y su aplicación en Ecuador	40
3.	Clasificación de la responsabilidad subjetiva del Estado ecuatoriano	42
3.1.	La responsabilidad por el sujeto	44
3.1.1.	Directa	44
3.1.2.	Solidaria	44
3.1.3.	Principal	44
3.1.4.	Subsidiaria o indirecta	45
3.2.	La responsabilidad por el objeto	45
3.2.1.	Administrativa culposa	45
3.2.2.	Civil	45
3.2.3.	Penal	46
4.	El alcance de la responsabilidad subjetiva	47
4.1.	La omisión intencional	47
4.2.	La omisión culposa	47
Sección II.	La responsabilidad extracontractual del Estado	49
1.	La responsabilidad objetiva del Estado ecuatoriano	49
2.	El nexo o vínculo causal para determinar la responsabilidad	50
2.1.	Las dificultades para determinar el nexo causal	51
2.1.1.	La pluralidad de causas	51
2.1.2.	La equivalencia de las condiciones	52
2.1.3.	La causalidad adecuada	53
2.2.	El perjuicio indirecto	54
Sección III.	La indemnización como consecuencia de la responsabilidad estatal	56
1.	El daño material y su indemnización en Ecuador	56
2.	El daño moral y su indemnización en Ecuador	57
3.	El daño como producto de la inexistente o de la deficiente prestación de servicios públicos de óptima calidad	59
4.	La acción de reparación del daño	60
5.	El daño causado por el concesionario o por el licenciatario de un servicio público	62
6.	El daño causado por falencias en la Administración de Justicia	64
Parágrafo V.	La acción de repetición como un derecho del Estado	66

ecuatoriano	
Sección I. La acción de repetición estatal ecuatoriana prescrita en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional	67
1. Estructura de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional	67
2. Las condiciones que impone esta Ley para ejercer la acción de repetición	69
3. El procedimiento prescrito en esta Ley para ejercer la acción de repetición	70
4. La identificación de los encausados en el procedimiento de esta Ley	73
5. El trámite	74
Sección II. La acción de repetición estatal ecuatoriana prescrita en el Código Orgánico de la Función Judicial	77
1. Estructura del Código Orgánico de la Función Judicial	77
2. El error judicial	78
3. El retardo injustificado o la inadecuada Administración de Justicia	79
4. La violación del derecho a la tutela efectiva de la justicia	79
5. La violaciones a los principios y reglas del debido proceso	79
6. El trámite	82
7. El error inexcusable	83
Sección III. Conclusiones al análisis de los procedimientos dictados por las dos leyes que regulan la acción de repetición	84
1. Diferencias procesales entre LOGJCC y el COFJ	84
2. Similitudes procesales entre la LOGJCC y el COFJ	85
Sección IV: El Proyecto de Ley de Repetición y su análisis	86
1. Síntesis del texto del proyecto de Ley de Repetición	86
2. El análisis y las recomendaciones del Procurador General del Estado respecto del Proyecto de Ley de Repetición	89
2.1. Reseña emitida por el Procurador General del Estado respecto del Proyecto de Ley de Repetición	90
2.2. Análisis del texto del Proyecto de Ley de Repetición y recomendaciones emitidas por el Procurador General del Estado	91
2.3. Análisis del tratamiento legal a los daños y perjuicios	93
2.3.1. Daños y perjuicios causados a la propia entidad	93
2.3.2. Daños y perjuicios a terceros o responsabilidad indirecta	94
2.4. Análisis del tiempo para interponer acción de repetición	95
2.5. Lo que motiva a la acción de repetición	95
2.6. La identificación de la persona presuntamente responsable del pago realizado por el Estado	96
2.7. El trámite sumarísimo de la acción	98
2.8. Los recursos de la sentencia	99
2.9. El llamamiento en garantía	99
2.10. Las medidas cautelares	100

Sección V. Los presupuestos para la acción	102
1. El legitimario activo	102
2. El legitimario pasivo	103
3. La condena contra el Estado y cumplimiento de la misma	103
Parágrafo V. El abuso de poder	105
Sección I. El abuso de poder en la Administración Pública	105
1. Concepto de abuso de poder	105
2. Modalidades del desvío de poder	106
2.1. La desviación de poder y el servicio público	106
2.2. La desviación de poder y el bien común	107
2.3. La desviación de poder y el abuso del derecho	107
2.4. La desviación de poder y la falsa motivación	107
2.5. La desviación de poder y los móviles privados, políticos y religiosos	108
2.6. La desviación de poder y la carencia de motivación	108
3. Casos de abuso de poder en la Administración Pública ecuatoriana	109
3.1. La demora al contestar un requerimiento de un administrado o usuario	109
3.2. La demora al proveer un pedido durante el desarrollo de un juicio	110
3.3. Cuando la autoridad pública impone sanciones exageradas o desproporcionadas	110
3.4. Sancionar con la destitución sin el debido proceso	111
3.5. Cesar en sus funciones a los servidores sin haberles instaurado un sumario administrativo	111
3.6. Distribución desigual de prioridades en el Plan Anual de Gestión	111
4. La interposición de la acción de repetición como abuso de poder	112
Sección II. El abuso o desvío de poder en la Administración de Justicia	113
1. Casos de abuso de poder judicial	113
1.1. El retardo injustificado del avance de la causa	113
1.2. El no proveer todas las pruebas presentadas por una de las partes litigantes	114
1.3. El fallar una causa que estaba prescrita su acción	114
2. El abuso de poder judicial en la acción de repetición	114
Capítulo III. Metodología	117
Parágrafo I. Modalidades de Investigación	117
Sección I. Encuesta a ciudadanos sobre los servicios públicos	119
Sección II. La modalidad de diseño tipo entrevista	120
Sección III. La investigación documental	121
1. Sentencias en casos relativos al COJF	121
1.1. Caso en que se desestimó el error judicial	121
1.2. Caso en que el Estado fue condenado a indemnizar el daño causado por inadecuada Administración de Justicia	124
2. Caso de acción constitucional de protección con sentencia	

condenatoria contra el Estado ecuatoriano en que se ordenó iniciar la acción de repetición	126
3. Casos con sentencias condenatorias ejecutoriadas contra el Estado ecuatoriano, en la que ordenan iniciar la acción de repetición	129
3.1. Caso Macrotech S.A. contra la Autoridad Portuaria de Guayaquil	129
4. Caso con el Ministerio de Educación	130
5. Acción de repetición iniciada en la República del Ecuador contra un servidor público	131
Capítulo IV. Análisis de resultados	133
Sección I. Análisis de resultados de la población investigada	133
Sección II. Análisis de las respuestas emitidas por los grupos investigados	141
1. Análisis de las respuestas emitidas por Autoridades de los GADs.	141
2. Análisis de las respuestas emitidas por los servidores públicos de carrera administrativa y los contratados, que fueron entrevistados	144
3. Análisis a las respuestas emitidas por miembros de la Fuerza Pública	146
4. Análisis de las respuestas emitidas por un concesionario o contratista	148
5. Análisis de las respuestas emitidas por servidores judiciales	150
6. Análisis de las respuestas emitidas por juristas	152
Capítulo V. Conclusiones y recomendaciones	156
Parágrafo I. Conclusiones	157
Sección I. Conclusiones relativas a los objetivos generales	157
Sección II. Conclusiones relativas a los objetivos específicos	160
Parágrafo II. Recomendaciones	167
Bibliografía	170
Índice	175