



**UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO
FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO**

**TITULO: LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL
ECUADOR**

**TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO
PARA OPTAR POR EL GRADO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y
JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

NOMBRE DEL ESTUDIANTE:

PAMELA DEL ROSARIO BARRETO AGUAYO

NOMBRE DEL TUTOR:

DR. DANIEL ANDRÉS KURI GARCÍA

SAMBORONDÓN, ABRIL DE 2018

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

Las fallas de la acción de repetición en el Ecuador

Pamela Del Rosario Barreto Aguayo, Universidad de Especialidades Espíritu Santo-Ecuador, pamelabarreto@uees.edu.ec, Facultad de Derecho, Política y Desarrollo Edificio P, Universidad Espíritu Santo, Km. 2.5 Vía Puntilla Samborondón.

Resumen

La acción de repetición es un mecanismo orientado a garantizar la recuperación de los montos desembolsados por el pago de indemnizaciones de daños y perjuicios a los particulares por el actuar doloso o gravemente culposo de los servidores públicos. Este mecanismo establece su procedimiento en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009, a diferencia del procedimiento contra los servidores judiciales, contemplado en el Código Orgánico de la Función Judicial de 2009. Sin embargo, el procedimiento establecido en los dos casos cuenta con fallas sustanciales que imposibilitan su aplicación, la falta de efectividad por el pobre análisis de estructura del procedimiento, con relación a la naturaleza de la acción, el juez competente para sustanciar la acción y los legitimados pasivos. Produciendo que toda acción de repetición intentada o por intentar fracasen. Por lo expuesto, el trabajo que a continuación se desarrolla, tiene por objeto analizar la figura jurídica de la acción de repetición, identificar y analizar las fallas de los procedimientos establecidos en las leyes antes mencionadas y a su vez establecer posibles correctivos para garantizar su eficacia recaudatoria.

Palabras clave: Acción de repetición, responsabilidad estatal, responsabilidad objetiva, procedimiento, correctivos.

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

Abstract

The action of repetition is a mechanism oriented to guarantee the recovering of the amount paid by means of indemnization of damages and prejudice to a particular for acting on purpose or acting heavily guilty to public servers. This mechanism establishes its procedure according to the organic law of jurisdictional guarantees and control of 2009 constitution. Different from the procedure against the judicial servers, stated in the organic code of 2009 judicial function. However the procedure established in both cases have substantial lacks that disable its application, as well as the lack of effectiveness due to poor structure analysis of the procedure related to the nature of the action, the acting judge in order to substantiate the action and the legitimated passive. In consequence all the repetitive actions cannot succeed. due to what we have stated before, the work that follows next develops, and its objective is to analyze the legal actuation of the repetitive action in order to determine the efficiency or the unefficiency of the procedure established in the organic law of jurisdictional guarantees and control of 2009 and the organic code of 2009 judicial function and at the same time to establish possible corrections to guarantee the revenue efficiency.

Key words: action of repetition, state responsibility, objective responsibility, procedures, corrections.

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

I.- Introducción

La acción de repetición comprende una acción jurisdiccional amparada desde la Constitución Política de 1998, a pesar de que era imposible activarla por la falta de un procedimiento establecido, por lo tanto, con la creación de la Constitución de la República del Ecuador en el 2008 y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del 2009, se estableció el procedimiento para ejercer la acción de repetición contra servidoras y servidores públicos, delegatarios y concesionarios. A su vez, el Código Orgánico de la Función Judicial de 2009, establece las reglas para sustanciar los procesos de acción de repetición por inadecuada administración de justicia (error judicial, retardo injustificado, entre otros), con la única finalidad de recuperar los montos económicos desembolsados por responsabilidad de los actos de un funcionario o funcionarios.

Partiendo de los inicios de la responsabilidad estatal en el Ecuador, su transformación de Derecho civil a Derecho público y el análisis de estas normas con diversas falencias, principalmente por el competente para conocer la acción de repetición, impidiendo al juez conocedor de la causa, sentenciar al funcionario por la falta de existencia del órgano jurisdiccional. Por ello es conveniente hacer un análisis de los procedimientos establecidos y plantear diversas opciones para enmendar los errores de la ley, y evitar la impunidad de los funcionarios responsables de dolo o culpa grave. Mientras que en lo que respecta al procedimiento de acción de repetición por inadecuada administración de justicia, se puede identificar un gran vacío legal en la legitimación pasiva.

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

Como último punto se mencionarán las limitaciones de esta acción y las posibles soluciones para ejercer la acción de repetición correctamente. Con la finalidad e intención de hacer un llamado de atención al legislador para que realice los correctivos necesarios y a futuro desarrolle perfectamente la ley para así poder obtener con éxito las condenas pecuniarias contra el funcionario público responsable de los daños.

II.- Responsabilidad Estatal

La responsabilidad estatal es uno de los puntos más importantes del Derecho Administrativo. La cual consiste en una relación armónica en beneficio de las personas, por las acciones ilegítimas de funcionarios públicos o por la deficiente prestación de los servicios públicos que vulneran sus derechos, correspondiéndole al Estado reparar el daño provocado por los servidores en ejercicio de sus funciones estatales. Ésta responsabilidad es directa, independientemente de ejercer repetición de lo pagado contra el funcionario, esto es, a lo que llamamos acción de repetición (2009, pág. 75). Al respecto, el doctrinario ecuatoriano López Freire, hace notar que la responsabilidad estatal debe separarse de la responsabilidad civil extracontractual, que cualquier hecho antijurídico provocado por los funcionarios públicos -sea concesionario, dignatario o delegatario- genera una falta del Estado de resguardar a los ciudadanos y sus bienes. Así:

La responsabilidad objetiva del Estado no es un asunto sujeto a las reglas del Derecho Privado o del Código Civil, es un asunto constitucional, sujeto al cumplimiento irrestricto de sus más altos valores y principios y, desde esa

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

perspectiva, sujeto al Derecho Administrativo, en cuanto este es el brazo ejecutor de la Constitución (2003, págs. 373,374).

La doctrina de Derecho público en varias ocasiones planteó que el artículo 20 de la Constitución política de 1998, hacía referencia a la responsabilidad objetiva del Estado. Entre estos, el equipo de investigación del Instituto Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH) estableció a la responsabilidad estatal de carácter objetivo, debido al gran alcance del artículo 20. Centrándose en las conductas y hechos dañosos que producen la reparación a la víctima. Estas dos conductas: los perjuicios ocasionados por la prestación deficiente de servicios públicos y perjuicios ocasionados por las actuaciones u omisiones de los sus funcionarios y empleados públicos, no solo se producen por la acción u omisión del servidor sino que puede darse por una falla anónima del servicio (2000, pág. 52). De esta forma se puede concluir que, la responsabilidad estatal en el Ecuador pasó de ser una acción de naturaleza civil para ser una acción de Derecho Público, configurándose la responsabilidad objetiva estatal.

Sin embargo, es importante mencionar que la Procuraduría General del Estado, el 10 de Noviembre de 2008, absolvió una consulta realizada por el Servicio de Rentas Internas, en la que se solicitó especificar cuál sería el procedimiento jurídico adecuado o la vía judicial para sustanciar la acción de Repetición y quien es el Juez competente para conocer dicha acción. Al respecto la Procuraduría General del Estado resolvió que para las acciones contra servidores judiciales sean delegatarios, concesionarios o cualquier persona que ejerza una potestad pública, así:

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

(...) tal acción debe ejercitarla la institución perjudicada, mediante acción ordinaria seguida ante un Juez de lo Civil del domicilio del demandado, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal que establezca la Contraloría General del Estado”(Resolución de la Procuraduría General del Estado 0, [Registro Oficial 519](#), febrero de 2009).

También hace referencia a los casos en los que se deba ejercer la acción de repetición contra los jueces o juezas, por haber revocado o reformado una sentencia condenatoria, manifestando: “...en cuyo caso la acción de repetición se tramitará igualmente en la vía ordinaria, siendo competente el Juez en materia civil del lugar donde tiene su domicilio el demandado” (Resolución de la Procuraduría General del Estado 0, [Registro Oficial 519](#), febrero de 2009). Como se puede observar, esta absolución de consulta fue realizada a la época en la que ya se encontraba vigente la actual Constitución de la República, en Registro Oficial NO. 449 de 20 octubre del 2008, no obstante, al año siguiente el 22 de Octubre de 2009 se promulgó la Ley orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que en adelante será LOGJYCC, en Registro Oficial Suplemento N. 52 de 22 de octubre del 2009, la cual tiene como objetivo, regular la jurisdicción constitucional con el fin de garantizar los derechos reconocidos en la Constitución e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y de la naturaleza. La misma establece en el artículo 68 que, la acción de repetición se sustanciará ante los jueces de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente. Mientras que en el artículo 34 del Código Orgánico de Función

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

Judicial, que en adelante será COFJ, en Registro Oficial Suplemento N. 544 de 09 de marzo de 2009, para ejercer las acciones de responsabilidad personal contra los jueces por la indemnización de daños y perjuicios y daño moral (si lo considera necesario), se debe sustanciar por la vía verbal sumaria, ante el juez de lo civil del domicilio del demandado.

Con ello queda claro que en el caso de las acciones de repetición contra servidores públicos (no judiciales) ha dejado de ser una acción de naturaleza civil para convertirse en una acción de Derecho Público. Si bien la Procuraduría General del Estado se ha manifestado en el sentido que debe sustanciarse por la vía civil, la doctrina señala que existe una separación de la naturaleza civil en la responsabilidad estatal para regirse por el Derecho Público, confirmándolo además con lo establecido en la LOGJYCC, la cual determina que el juez competente para conocer la acción de repetición es ante la Sala de lo Contencioso Administrativo.

La separación de la responsabilidad civil extracontractual de la responsabilidad estatal por el Derecho público queda también confirmada en la jurisprudencia por medio de la Sentencia N. 40-2003 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, del 11 de abril de 2007. En dicha sentencia se solicitó la indemnización por los daños sufridos (físicos, morales y psíquicos) por un menor tras haber recibido una descarga eléctrica por la deficiente prestación del servicio de fluido eléctrico de CONELEC, al no haber colocado dicha empresa los aislantes correspondientes en el alumbrado público. Dicha sentencia manifiesta:

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

(...) En materia de responsabilidad pública por la deficiente prestación de servicios públicos o por los actos de los funcionarios y empleados públicos, de los que se desprende un perjuicio para los administrados, sería irrelevante, en lo que respecta a la obligación del Estado de reparar el daño sufrido por el administrado, la intencionalidad con la que los sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones. Ello no significa que esta intencionalidad no sea importante en el sistema de responsabilidad, pues, como lo establece el inciso segundo de la norma analizada (artículo 20 de la Constitución Política) la calificación de la culpabilidad de los funcionarios y empleados públicos determina la posibilidad de que el Estado pueda repetir en su contra los perjuicios económicos que tuvo que asumir frente a los administrados...

(...) En tal virtud, el Estado no responde por los perjuicios que su actividad pueda provocar en las personas, los bienes o el ambiente, como lo hace toda persona por el hecho de los que estuvieran bajo su cuidado o dependencia, según el régimen previsto en los artículos 2220 y siguientes del Código Civil. Esto se debe a que la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos, en cuanto sujetos de imputación jurídica, es distinta e independiente a la responsabilidad pública que se deriva del ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de sus deberes como sujetos de la actividad pública... (Expediente de Casación, Suplemento 339, Mayo 2008)

Año seguido con la promulgación de la Constitución de la República en el 2008, por medio del artículo 11.9, en el que se obliga a los servidores públicos a resarcir los

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

daños provocados a las víctimas, producto de la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones en el ejercicio de sus funciones. En concordancia con el artículo 86.3 de la Constitución de 2008, el mismo que señala, se asumirá como ciertos los argumentos aportados por el actor, en los casos que la entidad del Estado no ofrezca las pruebas suficientes y no demuestre lo contrario. De ser así, existiría una vulneración de derechos por la que debe mandarse a pagar una reparación integral, sea por daños y perjuicios y/o daño moral. Individualizando las obligaciones del demandado y las formas de su cumplimiento. Ejerciendo la responsabilidad objetiva reparadora, al priorizar el daño causado a la víctima respetando sus derechos.

III.- La acción de repetición

La acción de repetición es una acción de Derecho Público, que puede ejercerse únicamente contra el servidor o el ex servidor público como resultado de su actuar doloso o gravemente culposo, conducta que condena mediante sentencia al Estado a responder pecuniariamente contra la víctima de la violación del derecho (Ruiz, 2010, pág. 350). Así mismo, añade el jurisconsulto Moncada que, la acción de repetición es la garantía esencial para controlar las actuaciones propias de las funciones irrogadas por el Estado de los servidores públicos y repetir contra los que han provocado de forma dolosa o grave culposa, el pago de indemnizaciones por parte de Estado (2017, pág. 11). Afirma además el doctrinario Gordillo que, es importante que se reconozca la culpa del funcionario en la misma sentencia que condena al Estado a resarcir a las víctimas del daño, para poder castigar al verdadero responsable (2013, pág. 3). De lo

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

previamente mencionado se puede concluir que, de no ser así, la falta de declarar la responsabilidad civil del agente estatal provocaría la impunidad sobre sus actos para hacer la debida reclamación.

La acción de repetición en el Ecuador es una figura jurídica que aparece en los artículos 20, 21 y 22 de la Constitución Política de 1998, para ese entonces no existía un procedimiento específico y efectivo para sustanciar la acción. Por lo que a partir de la nueva Constitución de 2008 se estableció la posibilidad de repetir contra los funcionarios responsables y como señala Soler & Jiménez, declarar la responsabilidad administrativa, civil y penal de los servidores públicos por sus actos y omisiones (2008, pág. 76). Creando para su efecto la LOGJYCC con el fin de regular el procedimiento de acción de repetición contra todo servidor público, delegatarios, y concesionarios.

A partir de la Constitución de la República de 2008 se estableció en el artículo 11 numeral 9 último inciso, que, de existir una sentencia condenatoria al Estado, éste reparará a la persona que haya sufrido daños como resultado del acto antijurídico cometido con intención o sin ella por la servidora o servidor público, administrativo o judicial, pudiendo repetir en contra de ellos. En virtud a esto, la LOGJYCC y el COFJ establecen el procedimiento de acción de repetición contra servidoras y servidores públicos por violación de derechos y la acción de repetición por mala administración de justicia que son a mi criterio poco eficientes. Expone el Jurista Enríquez, que la acción de repetición es una herramienta legal destinada a garantizar al Estado su derecho a juzgar al funcionario público responsable de daños y perjuicios, como

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

resultado de su accionar ilícito derivados de la inobservancia de los parámetros legales existentes, dolo o incapacidad (2017, pág. 108).

Mientras que para otros autores, como Rincón & Gallego, la acción de repetición es una garantía mediante la cual la administración recupera lo indebidamente pagado por las acciones u omisiones a título de dolo o culpa grave de sus agentes, pues de no ser así el Estado quebraría y no habría forma de soportar las cargas públicas (2011, pág. 123). En razón a los criterios de los jurisconsultos se puede establecer que para el Estado uno de sus principales objetivos por medio de la acción de repetición es, recuperar los fondos económicos “malgastados”, por culpa del acto doloso o grave culposo cometido por el funcionario público, utilizados para reparar los daños y perjuicios de las víctimas pues sin aquello afectaría a la economía estatal.

La acción de repetición, según nuestra legislación, tiene como objetivo declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones. De lo anteriormente expuesto, se puede interpretar que esta norma no es potestativa ni facultativa, pues se trata de un mandato de ejecución. Al mismo tiempo se debe acotar que a diferencia de la acción civil de repetición (entre particulares), la acción de repetición de este trabajo de investigación, no es renunciable y de ser así se puede concluir que sería improcedente, debido a que, no se puede renunciar sobre derecho ajeno, caso contrario se afectaría el interés de la comunidad. (Quevedo, 2010, pág. 40).

III.a.- Competencia

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

La responsabilidad objetiva estatal ha quedado establecida como una acción de derecho público, así lo afirma la Constitución de 2008, la LOGJYCC y la doctrina. Por lo que es necesario realizar un análisis sobre la licitud de la competencia de las juezas o jueces de lo Contencioso Administrativo, para asumir las acciones de repetición presentadas en su jurisdicción. Partiendo que la competencia es una aptitud legal para ejercer funciones judiciales como: sustanciar y juzgar, otorgada por el ordenamiento jurídico y puntualmente sobre el fuero contencioso administrativo, para solucionar los conflictos en los que participa la administración pública (Canda, 2013, pág. 559).

Si es el ordenamiento jurídico quien determina la competencia de los y las jueces de lo contencioso administrativo, debemos profundizar en lo que determina los artículo 299 y 300 del Código Orgánico General de Procesos, que en adelante será COGEP, en Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de Mayo de 2015. Al respecto, estipula que el Contencioso Administrativo asumirá, las causas en la que el Estado o las instituciones del sector público sean el actor o el demandado, mientras que, su objetivo es defender los derechos de toda persona controlando la legalidad de hechos, actos administrativos o contratos del sector público y sustanciar los aspectos de la relación jurídico administrativa, inclusive la desviación de poder (COGEP, Suplemento N. 506, 2015). Atendiendo a estas consideraciones, se logra identificar que no es ante una jurisdicción civil ordinaria, sino más bien queda claro que, debe estrictamente plantearse ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Ahora bien, el artículo 328 del COGEP afirma, que por la vía contencioso administrativa se tramitará entre otras, la acción especial de responsabilidad objetiva

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

del Estado, la misma sostiene que la competencia corresponde a los jueces de lo contencioso administrativo en procedimiento ordinario, a lo que se puede inferir que es de primera instancia. De lo anteriormente mencionado se debe agregar que, este artículo está en contraposición al procedimiento establecido en la LOGJYCC, para repetir contra las servidoras o servidores públicos, el mismo sostiene que, la acción de repetición se presenta ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial. Por lo expuesto, se puede notar, la existencia de antinomia por la competencia del juzgador, esto, desde la perspectiva del investigador genera una disyuntiva entre: activar la vía ordinaria ante los juzgados de lo Contencioso Administrativo o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial.

Es necesario profundizar en la aplicación de la norma jerárquica superior, para clarificar esta contraposición entre normas de igual jerarquía. En este sentido cabe aclarar que tanto el COGEP como la LOGJYCC son leyes orgánicas, y según lo que establece la Constitución de 2008, en su artículo 425 respecto a la jerarquía de las normas, en los casos de conflicto entre normas de distinta jerarquía, será la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidores públicos, quienes lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. Efectivamente la norma suprema nos da el impulso para actuar en los casos de antinomia entre dos normas, una superior y otra inferior; sin embargo, este caso en particular, no trata sobre una diferencia de orden jerárquico. El problema de competencia surge por la contraposición entre normas de igual jerarquía, al ser leyes orgánicas.

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

La LOGJYCC, es la ley que regula el procedimiento de acción de repetición contra funcionarios públicos, en relación a esto cabe mencionar que la disposición final de dicha norma específica que, en los asuntos no previstos expresamente en esta Ley, se estará a lo dispuesto supletoriamente en sus reglamentos, en el Código Civil, Código de Procedimiento Civil, y Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en lo que sean aplicables y compatibles con el Derecho Constitucional. De esta forma, se concluye que debe prevalecer la competencia que dicta la LOGJYCC, por la existencia de normas que regulan el procedimiento y la competencia de la acción de Repetición y no lo que manda el COGEP, respecto a su competencia. En consecuencia se deja establecido que, la competencia le corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial.

Ahora bien, es importante mencionar que el COGEP, es quien reforma el artículo 68 de la LOGJYCC, en el numeral octavo de las Disposiciones Reformatorias, estableciendo que el competente para esta acción es la “Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial”.¹ Partiendo de los supuestos anteriores, se puede afirmar que, existe una confusión del legislador, al identificar en esta investigación que no ha existido ni existen hasta la presente fecha, las Salas de lo Contencioso Administrativo y mucho menos Salas de la Corte Provincial con fuero de lo Contencioso Administrativo. De acuerdo al comunicado de la Función Judicial sobre

¹ La diferencia entre juzgados, tribunales y las salas de lo contencioso administrativo, partiendo que nuestro ordenamiento jurídico y la Función Judicial ha dispuesto para el efecto, que el órgano competente de la administración pública son únicamente los tribunales de lo Contencioso Administrativo, es decir la conformación de un grupo de jueces y no un único juez pues de ser así sería, Juzgado de lo Contencioso Administrativo (Poder Judicial, 2015, pág. 1)

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

todas las “Unidades Judiciales del Ecuador”, se pudo identificar que únicamente existen Tribunales de lo Contencioso Administrativo y que ni siquiera existen Tribunales de lo Contencioso Administrativo en Corte Provincial (Función Judicial, 2016, págs. 3, 4). De esta forma queda demostrado que existe un enorme problema jurídico en el procedimiento de repetición, el mismo que manda y obliga a iniciar la acción de repetición ante un supuesto competente, una Sala “inexistente” de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial, imposibilitando de sobremanera la presentación de una demanda de acción de repetición contra servidores públicos. Atendiendo a estas consideraciones, cabe hacer un llamado urgente al legislador para que enmiende este gran error, reformándolo a, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, o de ser posible, hacer realidad la existencia de la Sala de Contencioso Administrativo de la Corte Provincial.

III.b.- El servidor público

En el Derecho Público se entiende que toda persona que trabaje sea de cualquier forma o a cualquier título, preste servicios o ejerza un cargo, función o dignidad dentro del sector público, es considerado un servidor público (Ley orgánica de Servicio Público, Registro Oficial Suplemento N. 294, 2010). No solo se confirma con el artículo 4 de la LOSEP, sino también con el artículo 67 de la LOGJYCC. Para la doctrina, el servidor público es quien sin importar su denominación se rige por una ley de orden público, que sirve al Estado y a la comunidad (Martínez & Ramírez, 2008, pág. 24). Tal es el caso que, toda persona que trabaje para la administración pública es considerada, servidor público.

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

Para el distinguido doctrinario Quevedo, los servidores públicos no se distinguen, cuando el resultado de la acción u omisión del funcionario culmina en la reparación de un daño así el Estado puede repetir en su contra, sin importar el tipo de funcionario público, protegiendo el interés principal del Estado, que es exigir el reembolso de la indemnización pagada (2010, pág. 35). Esto concuerda con el criterio de autores como Dromi, estableciendo que todos los agentes estatales, sin importar su naturaleza, jerarquía o función, son parte de los órganos del Estado. De ser así los agentes del Estado son de los órganos del mismo y por ende la responsabilidad será siempre directa (1992, pág. 1088). Por otro lado, para Rincón & Gallego “cada servidor tiene una competencia y ésta debe considerarse como regla última para la distribución y delimitación material de la autoridad estatal y de la consecuente responsabilidad” (2011, pág. 123). Bajo estos supuestos, el servidor público sea el cargo que ostente, no tiene relevancia ante una reclamación del Estado, por su actuar doloso o grave culposo, prevaleciendo el interés supremo del Estado pues, es necesaria la recuperación de los fondos del mismo.

Se ha pretendido diferenciar al funcionario público del empleado público en base a la remuneración o el orden jerárquico. Se considera al funcionario como el representante de la voluntad del Estado y en consecuencia decide por la Administración mientras que, al empleado se lo considera, un mero ejecutor de las decisiones administrativas (Gordillo, 1998, pág. 11). Para distinguirlos agrega Fraga, que podríamos remitirnos a la naturaleza de la relación jurídica con el Estado, es decir que al tratarse de un funcionario, la relación es de Derecho público y el empleado es de

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

Derecho privado; sin embargo no es admisible esta diferencia pues, la relación del sector público con los servidores, es por naturaleza de Derecho Público (2005, pág. 129). Sobre la base de las ideas expuestas, no pueden ser demandados por acción de Repetición los empleados públicos, sin embargo, si son sujetos de reclamaciones por parte del estado: el servidor, el funcionario, el delegatario y el dignatario.

III.c.- Dolo o culpa del servidor público

Respecto al dolo o culpa grave del funcionario. El artículo 69 de la LOGJYCC, hace referencia a una investigación a priori a la presentación de la demanda de acción de repetición, que será asumida por la máxima autoridad de la entidad a la que pertenece o pertenecía el servidor público. Dentro de ese contexto, se puede decir que la máxima autoridad no es, el competente para determinar el grado de responsabilidad, pues como se ha mencionado en capítulos anteriores, en base a la responsabilidad objetiva del Estado, no es necesario dicha declaración. Se manda solo a enunciar los nombres y apellidos de los presuntos responsables del acto antijurídico (LOGJYCC, Suplemento N. 52, 2009). Si la máxima autoridad de la entidad encargada no presenta dicho informe mencionando la identidad de los presuntos responsables, el demandado en la acción de repetición será la misma máxima autoridad de la entidad. (LOGJYCC, Suplemento N. 52, 2009).

El servidor público responderá pecuniariamente al Estado, por cometer algún acto doloso o culposo grave. El dolo, para Abeliuk, es la intención del agente de causar daño a otro, se considera “in concreto” por las circunstancias del actor, ya que incluye un elemento psicológico: la intención, el deseo de causar el daño, el dolo no se puede

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

presumir, por ende la carga de la prueba recaerá siempre sobre el demandante (1983, pág. 135). Ahondando más en el tema, Chadwich, describe el dolo como la intención consiente de causar un daño y obtener el resultado esperado valiéndose de fallar al deber de lealtad (1938, pág. 29).

El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo es entendido como un juicio de reproche que se dirige al autor de una infracción cuando debía comportarse conforme a derecho, y no lo hizo (Gómez, 2013, pág. 455). Por otro lado opina Banfi, que la culpa grave es un derivado del dolo; y en lo que respecta a materia civil, no hay mucha diferencia entre la culpa lata y el dolo. Sin embargo a diferencia del dolo, la culpa lata no cumple con la intencionalidad del funcionario de cometer un daño (2000, pág. 302). . Al respecto el Código Civil, materia accesoria al Derecho administrativo, en el artículo 29 señala que la culpa grave, consiste en no manejar los negocios ajenos con el cuidado que hasta los negligentes y los mínimamente prudentes suelen emplear en sus negocios propios. De esta forma, queda demostrada la similitud entre la culpa lata y el dolo, sin embargo no son lo mismo, pues el dolo será siempre la acción cometido con ánimo de dañar y cumpliendo su objetivo de perjudicar a otro, mientras que la culpa lata o grave es cuando, quien no tiene el propósito de cometer un daño aun así, falta al cuidado que está obligado a cumplir.

IV.- Acción de repetición por inadecuada administración de justicia.

La norma suprema del ordenamiento jurídico, establece en el artículo 167, que la potestad de administrar justicia viene del pueblo y se lleva a cabo por medio de los órganos de la Función Judicial y demás órganos y funciones establecidos en la

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

Constitución. En concordia el COFJ sobre el principio de responsabilidad señala en el artículo 15, la administración de justicia es un servicio público; pero también es el conjunto de organismos que presta servicios a la ciudadanía ejercido por los agentes estatales. Por lo expuesto, el Estado en ejercicio de dicha responsabilidad responderá no solo por los casos donde exista un error judicial, o un retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, como formas de infringir el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, sino que también responderá por los casos de detención arbitraria, así como por aquellos casos donde se infrinjan los principios y reglas del debido proceso (Suplemento N. 544, 2009).

De igual manera, responderá el Estado en aquellos casos donde, se emita una revocatoria o reforma de una sentencia condenatoria, por medio de un recurso de revisión, siempre que producto de dicha sentencia se haya privado de la libertad a un ciudadano. Dicho recurso existe únicamente en materia penal. En ese contexto, los servidores judiciales que estuvieron a cargo del proceso podrán ser hallados responsables y tendrá el estado que repetir contra ellos. Por otro lado, la Constitución de la República en el artículo 11 numeral 9 último inciso, no hace mención al recurso de revisión antes mencionado, y en virtud del artículo 424 que dispone “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico”. De lo anteriormente expuesto, se puede inferir que se aplicará la repetición ante los juzgadores de cualquier rama del derecho en los casos que se reforme o revoque una sentencia condenatoria, en honor a lo que manda la Constitución, y además por ser el COFJ, quien regula este procedimiento, también serán responsables los

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

juzgadores que hayan reformado o revocado un recurso de revisión en un proceso con privación de libertad.

Al referirnos a una acción de carácter resarcitorio del daño, la pretensión se enfoca en el pago de indemnizaciones por daños y perjuicios y, la reparación del daño moral (cuando sea pertinente) como por ejemplo en los casos de sentencias revocadas por detención ilegal, pues además del daño material que sufre la víctima, se crea un daño psicológico e irreversible a la víctima. La indemnización por daños y perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, respecto al daño material Gil, lo explica:

El daño emergente o afectación del interés negativo, es cuando un bien de contenido económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima, y el lucro cesante o afectación del interés positivo, se traduce en, un bien de contenido económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos y no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima (2015, pág. 162).

La legitimación pasiva de esta acción, lo asume el Presidente o Presidenta del Consejo de la Judicatura en razón a que los jueces y juezas son servidores judiciales, así lo establece el COFJ en el Art. 32. Sin embargo el Presidente no es quien ejerce la representación legal de la entidad, en virtud del artículo 280 numeral 2 de la misma ley, manifiesta que, quien asume la representación legal es el Director del Consejo de la Judicatura. Además al tratarse de una entidad del sector público, según el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado “debe citarse obligatoriamente a la Procuraduría General del Estado, caso contrario acarrearía la

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

nulidad absoluta del proceso”. En razón a lo anteriormente mencionado, es necesario modificar la norma, y establecer al Director del Consejo de la Judicatura y al Procurador General del Estado también como legitimados pasivos, la falta de enunciación del Director del Consejo de la Judicatura y el Procurador, provocaría un retardo en la calificación a la demanda, pudiendo el juez negar la aceptación de la demanda planteada, si no presenta en los días términos señalados o si el juez la admite a trámite sin estar todos los legitimados pasivos llamados a comparecer, provocaría la nulidad de todo lo actuado durante el proceso.

V.- Conclusiones

La responsabilidad objetiva estatal, una vez satisfecha la indemnización de daños y perjuicios a la víctima, busca sancionar pecuniariamente al servidor público responsable del daño (o jueces y juezas si se tratase de acción de repetición por mala administración de justicia, retardo o reformas de sentencias), sin necesidad de declarar la responsabilidad subjetiva del tipo. En razón a los gastos de indemnizaciones de daños y perjuicios en los que incurrió el Estado por el actuar doloso o grave culposo de un agente estatal.

La responsabilidad objetiva del Estado, una vez separada del carácter civil convirtiéndose de naturaleza administrativa (público), establece como principal diferencia que no se trata de un derecho entre particulares, por ser la Administración Pública partícipe en estas acciones. Además de las observaciones realizadas entre la doctrina, la Procuraduría General del Estado y el ordenamiento jurídico vigente, se

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

puede dejar establecido que las acciones de repetición son competencia de los jueces de lo contencioso administrativo.

La acción de repetición de nuestro País, establece procedimientos flojos, para el efecto la LOGJYCC, debe establecer de forma adecuada y lógica un órgano competente preexistente. Siendo así, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, para conocer las acciones de repetición contra servidoras o servidores públicos, o de ser posible, instaurar las Salas de lo Contencioso Administrativo de Corte Provincial. De permanecer dicho órgano jurisdiccional como el competente, será imposible activar la acción de repetición del Estado por la inexistencia de dicho órgano jurisdiccional. Quedando así, todos los procesos de acción de repetición destinados al fracaso.

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, hasta el momento, se encuentra imposibilitado de conocer acciones de repetición, de tal forma que todas las acciones de repetición en curso hasta la presente fecha deberían ser rechazadas por incompetencia. Obligando al juez a rechazar las demandas de acción de repetición o declarar en sentencia el archivo definitivo de la causa por no ser los competentes para conocer esta acción, hasta que el legislador cambie en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 68 de la LOGJYCC las palabras “Salas de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial” por “Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo”.

Mientras que la acción de repetición contra servidores judiciales por la inadecuada administración de justicia, retardos injustificados y, revocatoria o reforma de sentencias condenatorias, entre otras. Por medio del procedimiento establecido,

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

cabe la posibilidad de provocar la nulidad del proceso iniciado por la falta de identidad de los legitimados pasivos. Entonces debe plantearse la demanda contra el Presidente del Consejo de la Judicatura y aunque no esté determinado en el procedimiento, debe añadir el legislador como demandados al Procurador General del Estado y al Representante legal del Consejo de la Judicatura, el Director del Consejo de la Judicatura.

Referencias Bibliográficas

- Abeliuk, R. (1983). De las Obligaciones. En R. Abeliuk, *Obligaciones Tomo 1* (pág. 135). Chile: Adiar Editores Ltda.
- Banfi del Río, C. (2000). La asimilacion de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile. *Revista Chilena de Derecho*, 302. Obtenido de file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-LaAsimilacionDeLaCulpaGraveAlDoloEnLaResponsabilid-2650214.pdf
- Canda, F. (2013). La competencia Contencioso-Administrativa . En *Criterios Seguidos Jurisprudencialmente para su Determinación* (pág. 559). Buenos Aires: Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires.
- Chadwich Váldez, T. (1938). *De la Naturaleza Juridica del Dolo Civil*. Santiago de Chile: Dirección general de prisiones.
- Dromi, R. (1992). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Enriquez, G. (2017). Ineficacia de la accion de repetición . *Revista de Derecho*. Vol. 6, 108.
- Fraga, G. (2005). *Derecho Administrativo*. Mexico: Editorial Porrúa.
- Función Judicial. (2016). *Funcion Judicial*. Obtenido de Unidades Judiciales: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/comunicacion/UNIDADES%20JUDICIALES.pdf>
- Galarza, S. (2016). *Repositorio UASB*. Obtenido de La acción de repetición derivada del mal funcionamiento de la administracion de justicia: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5387/1/T2104-MDP-Galarza-La%20accion.pdf>
- Gil, E. (2015). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogota.

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

- Gómez, M. (2013). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Editorial Aranzadi.
- Gordillo, A. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo Parte General*. Medellín : Dike.
- Gordillo, A. (2013). *Teoria General del Derecho Administrativo*. Obtenido de La Responsabilidad del Estado:
http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo16.pdf
- Lopez, E. (2003). La responsabilidad objetiva en la Constitucion Politica del Ecuador. *Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco*, 373, 374.
- Martínez, E., & Ramírez, J. (2008). *Regimen del Servidor Público*. Bogota: Escuela Superior de Administración Pública.
- Mogrovejo, D. (2009). La responsabilidad estatal en la Constitucion del Ecuador de 2008. *FORO Revista de Derecho #12*, 76.
- Moncada, M. (2017). Principales fallas en la aplicación de la acción de repetición en el Derecho Colombiano. *Universidad Católica de Colombia* , 11.
- Quevedo, R. (2010). *Derecho de Repetición*. Guayaquil: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Rincón, D., & Gallego, E. (2011). Eficacia de la acción de derecho de repetición en el departamento de Caldas. *Ambiente Juridico*, 123.
- Ruiz, W. (2010). Responsabilidad de los Servidores Públicos. En W. Ruiz, *Responsabilidad del Estado y sus Regimenes* (pág. 350). Bogotá: ECOE ediciones.
- Soler, I., & Jimenez, W. (2008). La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función pública: luces y sombras. Estado del arte. *Red de Revistas Científicas de America Latina y el Caribe, España y el Portugal*, 76.

Legislación

- Constitución Política del Ecuador. (1998) Decreto Legislativo 0, Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.
- Constitución de la República del Ecuador (2008) Asamblea Constituyente, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. Codificación del Código Civil, Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

LAS FALLAS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ECUADOR

Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, Suplemento No. 544 de 9 de marzo de 2009

Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre del 2009.

Ecuador. Ley Orgánica de Servicio Público, Ley 0, Registro Oficial Suplemento No. 294 de 06 de octubre de 2010.

Ecuador. Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de Mayo de 2015.

Jurisprudencia

Ecuador. Corte Suprema de Justicia (Sala de lo Contencioso Administrativo) con sede en Quito, Serie 18 Gaceta Judicial 4, caso: Florencio Antonio Andrade Medina, por sus propios y personales derechos y por los que representa del menor de edad Juan Pablo Andrade Bailón, contra el Consejo Nacional de Electrificación (CONELEC) y empresa Eléctrica de Manabí (EMELMANABI), sentencia de casación, 11 de abril de 2007.

Ecuador. Procuraduría General del Estado con sede en Quito, [Registro Oficial N. 519](#) Caso: Servicio de Rentas Internas solicita pronunciamiento a la PGE sobre el competente y el procedimiento de la acción de repetición, absolución de consulta de la PGE, 02 de Febrero de 2009.

Bibliografía

Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos. (Septiembre de 2000).

INREDH.ORG. Obtenido de

<http://www.inredh.org/archivos/pdf/reparacion.pdf>

Ministerio de Educación. (06 de Mayo de 2015). *Poder Judicial*. Obtenido de

Versión Web:

http://portales.mineduc.cl/usuarios/media/File/2015/Mayo/06_Poder_Judicial_Version_Web.pdf