



UNIVERSIDAD  
BOLIVARIANA  
DEL ECUADOR

TRABAJO DE TITULACIÓN

UNIVERSIDAD  
BOLIVARIANA  
DEL ECUADOR



UNIVERSIDAD BOLIVARIANA DE ECUADOR

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

TRABAJO DE TESIS DERECHO

PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL

TEMA

BASES LEGISLATIVAS PARA LA REGULACIÓN DE LA ACCIÓN JUDICIAL DE  
REPETICIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

Autor/es:

Ab. Fausto Javier Lara Portero

Tutor/a:

Dra. Odette Martínez Pérez

ECUADOR

2024



La Universidad para todos





## DEDICATORIA

A mis padres, Fausto y Rocio, que con sus enseñanzas han sabido enseñarme que todo es posible con el esfuerzo necesario. A mis hermanos y hermanas, Brian, Aracelly, Verónica, Tatiana, Junior, que han sido un ejemplo a seguir y se han convertido en fuente de inspiración y realización personal.

Fausto Javier Lara Portero



## AGRADECIMIENTO

Un profundo y sincero agradecimiento a mi tutora la Dra. Odette Martínez Pérez, quien con su experiencia, dirección y excelente calidez humana ha sabido guiarme en el desarrollo del presente trabajo. Y a la Universidad Bolivariana del Ecuador, por forjar nuevos profesionales que aportan su trabajo y conocimiento a la sociedad.

Fausto Javier Lara Portero



## RESUMEN

El presente trabajo investigativo se basa en analizar la acción jurídica de repetición en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Sus principales problemas e insuficiencias al momento de su aplicación, Por lo que una vez analizada dicha problemática se pretende establecer una propuesta de reforma legislativa que se base en la creación de una ley especial, para subsanar todos los problemas presentados en esta acción, que han sido resultado de esta investigación.

Los métodos utilizados dentro de esta investigación son el método histórico, método sociológico mediante la entrevista, el derecho comparado, y el método de triangulación teórica y metodológica. El cual consiste además en la recopilación de información, revisión de material doctrinario y normativo que conlleve a un mejor entendimiento de la acción de repetición.

Entre los principales problemas que se dan al momento de aplicar la acción judicial de repetición, podemos encontrar a la dispersión normativa al estar distribuida en diferentes cuerpos legales. En el mismo sentido la diferencias en la interposición de recursos verticales como el de apelación y finalmente las diferencias en cuanto a la legitimación activa para iniciar esta acción judicial. Lo que ocasiona que esta acción no sea eficaz respecto de su finalidad que es la recuperación de valores que han sido erogados indebidamente por el Estado a consecuencia del actuar de sus funcionarios o delegatarios.

La investigación está estructurada en tres capítulos. En el capítulo I, se explicará la acción de repetición como tal, sus orígenes, concepto y procedimiento de aplicación. En el capítulo II, se desarrollará los principales problemas y desafíos de la acción y se expondrán los resultados de los métodos utilizados, para finalmente en el capítulo III, establecer una posible solución a los problemas abarcando una propuesta de reforma legislativa que esté enmarcada en la creación de una ley especial que consista en unificar criterios y establecer un procedimiento claro para la eficacia de esta acción.



## ABSTRACT

The present research work is based on analyzing of the "repetition legal action" in the Ecuadorian legal system. Its main problems and inadequacies at the time of its application. Once this issue has been analyzed, the intention is to establish a proposal for legislative reform that is based on the creation of a special law to address all the problems identified in this action, which have resulted from this investigation.

The methods used in this research are the historical method, sociological method through interviews, comparative law, and the theoretical and methodological triangulation method. This involves the collection of information, review of doctrinal and normative material to lead to a better understanding of the "repetition legal action"

Among the main problems encountered when applying the "repetition legal action", we can identify normative dispersion as it is distributed across different legal bodies. Similarly, there are differences in the filing of vertical appeals such as appeals, and finally, differences regarding active standing to initiate this legal action. This results in the ineffectiveness of this action regarding its purpose, which is the recovery of funds improperly disbursed by the State due to the actions of its public officials or public delegates.

The research is structured into three chapters. In Chapter I, the "repetition legal action" itself will be explained, including its origins, concept, and application procedure. Chapter II will delve into the main problems and challenges of the action, presenting the results of the methods used. Finally, in Chapter III, a possible solution to the problems will be proposed, encompassing a legislative reform proposal framed in the creation of a special law aimed at unifying criteria and establishing a clear procedure for the effectiveness of this action.



ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN .....	16
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	19
OBJETIVO GENERAL .....	19
OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....	19
IDEA A DEFENDER: .....	20
OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN: .....	20
VARIABLE INDEPENDIENTE: .....	20
VARIABLE DEPENDIENTE: .....	20
METODOLOGÍA Y ETAPAS .....	20
DESARROLLO .....	24
CAPÍTULO I. LA ACCION JUDICIAL DE REPETICIÓN DEL ESTADO: DOGMATICA PARTICULAR. ....	24
1.1 La acción de repetición etiología, dogmática y sus particularidades. ....	24
1.1.1 Fundamentos históricos de la acción de repetición. ....	24
1.1.2 Fundamentos históricos del Derecho de repetición en Ecuador. ....	27
1.1.3 Fundamentos teóricos de la acción de repetición: análisis desde el modelo de acción de relación jurídica procesal de Giuseppe Chiovenda. ....	30
1.2. La relación estado – individuo y la relación estado– funcionario público: las dos caras de la acción de repetición del estado.....	34
1.3. La responsabilidad constitucional vs. la responsabilidad administrativa: en busca de la verdadera naturaleza de la acción de repetición. ....	37
1.4. Las modalidades de la conducta del funcionario público respecto de la responsabilidad como contenido de la acción de repetición. ....	40





CAPITULO II: LA ACCIÓN DE REPETICIÓN: DESAFÍOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO..... 42

2.1 La responsabilidad del Estado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: fundamento de la acción de repetición. Analisis teórico- exegetico .....43

2.1.1 Responsabilidad directa e indirecta:.....47

2.1.2 Responsabilidad principal o subsidiaria: .....49

2.1.3 Responsabilidad Solidaria y Mancomunada. ....50

2.1.4 Responsabilidad Patrimonial: Contractual o extracontractual .....51

2.2 Regulación jurídica de la acción de repetición en la normativa ecuatoriana. Analisis hermeneútico- exegetico .....53

2.2.1 La acción de repetición en el Código Orgánico de la Función Judicial. ....55

2.2.2. La acción de repetición en el Código Orgánico Administrativo. ....56

2.2.3 La acción de repetición en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. ....60

2.3. Principales problemas en la aplicación de la acción de repetición. Resumen de los resultados en la aplicación de métodos y diagnóstico.....68

2.3.1 Dispersión Normativa. ....68

2.3.2. El recurso de apelación en la acción de repetición.....69

2.3.3. Legitimación activa de la acción de repetición. ....71

2.4. Resultados de la entrevista .....75

2.5 Resultados de la aplicación del método de Derecho comparado de la acción de repetición entre Ecuador y Colombia.....82

CAPÍTULO III. BASES LEGISLATIVAS PARA LA REGULACION JURIDICA DE LA ACCION DE REPETICION..... 88

3.1 Núcleo legislativo.....88





3.1.1	Conceptualización y fundamentos. ....	89
3.1.2	Finalidad.....	89
3.2.	Procedencia de la acción. ....	90
3.2.1	Sujetos, modalidades de la conducta y responsabilidad.....	90
3.2.2	Legitimación activa y pasiva.....	91
3.2.3	Jurisdicción y Competencia. ....	92
3.2.4	Requisitos. ....	92
3.2.5	Investigación Previa. ....	92
3.2.6	Procedimiento.....	93
3.2.7	Recursos. ....	93
3.3	Otros elementos a regular.....	94
3.3.1	Contenido de la demanda: .....	94
3.3.2	Término para contestar la demanda: .....	95
3.3.3	Excepciones previas: .....	95
3.3.4	Generalidades: .....	95
3.3.5	Prescripción y Caducidad:.....	95
3.3.6	Incumplimiento: .....	96
3.3.7	Ejecución:.....	96
	CONCLUSIONES. ....	97
	RECOMENDACIONES .....	99
	Bibliografía.....	101



## INDICE DE TABLAS

**Tabla 1** Derecho comparado entre Ecuador y Colombia ..... 84



## INDICE DE FIGURAS

<b>Figura 1</b> Relación jurídica de la acción judicial de repetición .....	35
---	----





## INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como objetivo principal profundizar en el estudio y análisis del tema de la acción de repetición en el contexto legal ecuatoriano. El derecho de repetición se refiere a la facultad que posee el Estado o una entidad pública para reclamar la devolución de fondos o recursos que hayan sido erogados a un particular, por un error cometido por un funcionario público.

Los Estados buscan la protección de los recursos públicos, en un contexto donde los recursos del Estado son limitados y destinados a satisfacer las necesidades de la sociedad, por lo que es fundamental contar con mecanismos legales que aseguren la recuperación de los fondos malversados o indebidamente utilizados. En ese sentido, el derecho de repetición actúa como una herramienta para salvaguardar el patrimonio público y mantener la integridad de las finanzas estatales. A más que el conocimiento de la existencia del derecho de repetición puede actuar como un elemento disuasorio para aquellos particulares que pudieran estar tentados a cometer actos ilícitos en perjuicio de las arcas públicas.

En el ámbito procesal, la acción de repetición, se inicia por una sentencia u auto definitivo que ordene cancelar valores a un particular por parte del Estado, a partir de una inadecuada administración de funcionarios públicos por dolo o culpa grave. Existiendo dos causales por las que se pueden iniciar procesos judiciales de repetición, cuando el origen de la responsabilidad del funcionario provenga de sentencias de justicia ordinaria y cuando la acción de repetición tiene origen en una sentencia de justicia constitucional.

Cuando el origen de la responsabilidad del funcionario provenga de sentencias de justicia ordinaria, el órgano jurisdiccional encargado de conocer esta acción de repetición será el Tribunal Contencioso Administrativo según corresponda y se encuentra establecida en el Código Orgánico General de Procesos, Código Orgánico de la Función Judicial y el Código Orgánico Administrativo. Para los casos en que se inicie esta acción por una sentencia que provenga de una





garantía jurisdiccional, se aplicará la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dando como resultado que exista dispersión legislativa respecto de cómo aplicar esta acción jurídica, lo que conlleva a contraposiciones al estar en diversos cuerpos legales, dificultando su interpretación y aplicación.

A partir de esta dispersión de normativas y diferencia de jurisdicciones, surgen contradicciones que trascienden a su tramitación, perjudicando los derechos de las partes, los intereses del estado y el principio de seguridad jurídica. Por ejemplo, de conformidad a lo establecido en los diferentes textos normativos las acciones que son tramitadas en los Tribunales Contenciosos Administrativos son de única y última instancia, por lo que no cabe ningún tipo de recurso de apelación al fallo a excepción de los recursos ordinarios establecidos en la Ley, sin embargo, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 73 se establece que: “De la sentencia se podrá interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.” Interrumpiendo así con este principio que rige a los procesos contenciosos administrativos, por ende, dentro de la presente investigación se analizará si en efecto esta disposición normativa vulnera el principio de única instancia que mantienen los procesos contenciosos administrativos o el hecho de que no se puede apelar al fallo en los casos de repetición que provengan de sentencias de la justicia ordinaria vulnera el derecho a recurrir.

La dispersión legislativa en la regulación jurídica de la acción de repetición, tiene varios efectos, puede aumentar la complejidad y dificultar la comprensión para los ciudadanos, profesionales del derecho y otros actores involucrados. La falta de uniformidad puede generar confusión sobre las normas aplicables en situaciones específicas; dificultando la aplicación efectiva de la ley y la falta de claridad y coherencia puede llevar a interpretaciones conflictivas y desafíos en la aplicación práctica, las empresas y los ciudadanos pueden enfrentar mayores costos legales y administrativos al tener que cumplir con múltiples regulaciones.

En ese mismo sentido, la existencia de múltiples leyes puede dar lugar a situaciones en las que diferentes personas o entidades están sujetas a normas diferentes, lo que puede percibirse como injusto o arbitrario, la duplicación de esfuerzos y recursos para redactar y mantener múltiples leyes





puede ser innecesaria. La revisión y consolidación periódica de las leyes pueden ser necesarias para abordar los desafíos asociados con la dispersión legislativa y mejorar la eficacia del marco legal.

Por otra parte, otro de los problemas, que surge al aplicar esta acción es que en el cuarto inciso del artículo 68, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, contempla la posibilidad de que cualquier persona pueda interponer una acción de repetición ante la autoridad competente. Esto genera un conflicto, puesto que de forma general el titular de la acción es la entidad que ha sido afectada con la orden de reparar los daños ocasionados por los funcionarios, por ende, al hablar que una persona ajena al proceso que, según lo contemplado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, pueda interponer esta acción se estaría incurriendo en que al momento de presentar esta acción no se cuente con las pruebas para poder demostrar la responsabilidad de los funcionarios o ex funcionarios, y por otro lado, se interpondría una acción en la que la institución pública desconozca de que una acción de este tipo haya sido planteada por lo que podría originar que la entidad no contemple una defensa jurídica oportuna y no se logre una investigación pertinente

En resumen, esta investigación sobre el derecho de repetición en Ecuador es relevante porque aborda un tema que impacta directamente en la administración pública, la confianza ciudadana en las instituciones gubernamentales y la correcta utilización de los recursos estatales. Además, que puede tener implicaciones en la formulación de políticas y la toma de decisiones judiciales.

Diversos autores ecuatorianos han escrito y analizado sobre la acción de repetición son: César Ernesto Muñoz Masabanda: Abogado y docente universitario, ha publicado trabajos como "La acción de repetición y la responsabilidad del Estado en Ecuador" y "La acción de repetición y sus implicaciones prácticas". Gustavo Ramón Zúñiga Arroba: Abogado y autor del libro "La acción de repetición contra las y los servidores públicos en el Ecuador: Aspectos teóricos y prácticos". Manuela Efigenia García Llerena: Autora de la tesis "La acción de repetición en el Ecuador: Análisis en el sector público desde el año 2008 al 2018". Ernesto Albán Gómez: Jurista y autor de diversos trabajos sobre derecho administrativo, entre los que se encuentra un análisis de la acción





de repetición. Paúl Córdova Vinuesa: Abogado y catedrático universitario, ha publicado artículos académicos sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y la acción de repetición.

También, podemos mencionar a Juan Carlos Benalcázar Guerrón: Autor del libro "La acción de repetición en el Ecuador", en el que examina los aspectos normativos y jurisprudenciales de esta acción. Diego Mogrovejo Jaramillo: Abogado y autor de una investigación titulada "La acción de repetición en el Ecuador: Un estudio de su aplicación práctica". Johana Maribel Salazar Jácome: Autora de la tesis "La acción de repetición como mecanismo de control de los actos de servidores públicos en el Ecuador". Estos autores ecuatorianos han contribuido al estudio y análisis de la acción de repetición desde diferentes perspectivas, abordando aspectos teóricos, normativos, jurisprudenciales y prácticos de esta figura jurídica en el contexto del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Sin embargo, el abordaje de la tesis que se presenta sigue siendo novedoso por la propuesta de solución y enfoque dado al problema, siendo los anteriores de corte crítico y sistemático.

De ahí que, la formulación del problema sea:

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Insuficiencias en la regulación jurídica de la acción judicial de repetición vulnera la seguridad jurídica del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

## **OBJETIVO GENERAL**

1. Fundamentar bases legislativas para la regulación jurídica de la acción judicial de repetición a partir de un estudio teórico, empírico y comparado que permita mejorar la interpretación y aplicación de la norma y con ello la seguridad jurídica del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

## **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

1. Argumentar desde una perspectiva teórica y exegética la acción judicial de repetición como categoría jurídica.
2. Diagnosticar las principales insuficiencias de la regulación jurídica de la acción judicial de repetición a partir de un análisis empírico y comparado.





3. Elaborar una propuesta de bases legislativas que sirvan de base a una futura reforma de los diferentes cuerpos normativos contentivos de la acción de repetición en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

**IDEA A DEFENDER:**

La adecuada regulación jurídica de la acción de repetición en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, respetando las normas de legística formal y material permitirá mayor seguridad jurídica.

**OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN:**

La acción de repetición.

**VARIABLE INDEPENDIENTE:**

Acción de repetición

**VARIABLE DEPENDIENTE:**

Seguridad jurídica

**METODOLOGÍA Y ETAPAS**

La investigación contó con las siguientes etapas: selección del objeto, la confección del diseño metodológico, definición del marco teórico, la revisión bibliográfica, trabajo de extracción y recopilación de la información de interés en relación con el tema, el procesamiento de toda la indagación y análisis cualitativo de los datos derivados de las técnicas aplicadas y redacción del informe final. Se concibió la investigación como un proceso dinámico, cambiante y continuo, se llevó a cabo el estudio con el empleo de la metodología cualitativa, por tanto, el enfoque explicativo, descriptivo y causal, avala la demostración de la validez de los argumentos y puntos de vistas se justifican con los instrumentos y estrategias acorde a esta opción.

Se utilizaron variedad de fuentes: materiales doctrinales, jurisprudencia, disposiciones jurídicas, publicaciones periódicas, e investigaciones en diversas ramas del Derecho y otras de corte sociológico, que fueron halladas en diferentes centros y bibliotecas del país. Los métodos



generales de las ciencias para las investigaciones teóricas que se utilizaron, según la metodología empleada fueron:

- ✓ Histórico: para realizar la caracterización teórica de la acción de repetición en su Génesis, estudiando a Roma, Francia, España y Alemania, de modo que pueda notarse los principales puntos de rupturas y características de la misma en la acción.
- ✓ Análisis Síntesis; Inducción y Deducción: a los efectos de lograr una valoración teórica general sobre la acción de repetición, el dimensionamiento de sus rasgos esenciales y elementos estructurales; concepto, naturaleza, sujetos, fundamentos, causa, fin, contenido tomando como modelo teórico para su análisis la teoría de la acción en Chiovenda, en vínculos con las relaciones jurídicas en torno a su origen.
- ✓ Sociológico: específicamente por medio de la aplicación de la técnica de la entrevista, que se efectuó a profundidad, y ha sido realizada a juristas que se encuentran en el ejercicio de la profesión y que conocen de la acción de repetición dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Siguiendo el criterio cualitativo, la muestra escogida fue de forma intencional, mediante un muestreo opinático y teórico, que permitió encontrar y seleccionar a las personas que pudieran brindar información relevante sobre el tema, atendiendo no tanto a la saturación de resultados, sino a la calidad de la información. En el capítulo uno, los ítems uno y dos, sirvieron para configurar teóricamente de la acción de repetición, todas en su conjunto sirvieron para la construcción de la propuesta y elaboración del diagnóstico.

Para la realización de la entrevista fueron escogidos seis juristas que laboran en la Procuraduría General del Estado, desglosados en una Subdirectora de Recursos Constitucionales, dos Abogados de Litigios de Asuntos Constitucionales, un Abogado de Litigios de Asuntos Contenciosos Administrativos, un Abogado de Litigios de Asuntos Penales y una Coordinadora del área de Civil y Laboral. De estos el mayor número de profesionales están inmiscuidos en procesos judiciales que implica el ejercicio de la acción de repetición, adicional que la totalidad de los

abogados conocen tanto asuntos constitucionales como contenciosos administrativos.

Atendiendo a que es una entrevista no estructurada, el instrumento utilizado para la toma de la misma fue una guía de diez ítems, con la que se logró la obtención de diversos criterios que sirven de sustento y análisis al diagnóstico y la propuesta en esta investigación.

Entre los métodos de las Ciencias Jurídicas que se han utilizado se encuentran:

- ✓ Derecho comparado: que permitió el contraste entre las normativas constitucionales y las ordinarias, así como de criterios de órganos estatales, a partir de la regulación y sus problemas de legística formal, material y lingüística, con el fin de valorar la coherencia, unidad y plenitud entre las mismas. Para ello se tuvieron en cuenta tanto los contextos en que se desarrollaron, como la técnica concretizadora, incurriéndose en dos cortes longitudinales comparativos.

A su tenor, los aspectos a comparar en las Constituciones y leyes ordinarias fueron: la regulación de la acción de repetición y en la jurisprudencia y criterios de órganos estatales, las interpretaciones sobre la regulación de la misma.

El país seleccionado para el estudio comparado es Colombia, teniendo en cuenta sus nexos históricos y jurídicos con Ecuador y sus avances en la regulación e interpretación de la acción de repetición.

El anterior se vincula directamente con el método de análisis exegético – jurídico, que permitió identificar las cualidades técnicas y estructurales de las normas constitucionales y leyes de desarrollo de la acción de repetición, relacionadas con la estructura funcional y así fundamentar las propuestas de perfeccionamiento.

Para el desarrollo de la investigación se pusieron en práctica técnicas de investigación delimitadas en la revisión de documentos, para conocer además el estado de la ciencia, las tendencias nacionales e internacionales en las regulaciones de la acción de repetición.

La investigación se estructuró a partir de la metodología de la triangulación, incorporando los siguientes tipos:



- **Triangulación teórica:** que permitió la utilización de perspectivas múltiples para analizar lo concerniente a la acción de repetición.
- **Triangulación metodológica:** cohesionó diferentes métodos para la solución del problema trazado.

Los resultados de la investigación se organizan en tres capítulos.

La investigación finaliza con un cuerpo de conclusiones y la formulación de recomendaciones; obteniendo como principales resultados:

- La argumentación desde una perspectiva teórica, exegética y comparada la acción judicial de repetición.
- Un diagnóstico de las principales insuficiencias en la regulación normativa de la acción de repetición.
- Elaboración de bases legislativas que sirvan de base a una futura reforma de los diferentes cuerpos normativos contentivas de la acción de repetición en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.
- Recomendaciones, derivadas de las bases legislativas, que pudieran ser tenidas en cuenta para perfeccionar la regulación constitucional y legal.
- Una obra científica con material bibliográfico actualizado sobre la acción de repetición en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, contentiva de un estudio doctrinal, comparado, histórico y exegético sobre el tema.

En esta dirección, la presente investigación se inserta y tributa a proyectos investigativos.



## DESARROLLO

### CAPÍTULO I. LA ACCIÓN JUDICIAL DE REPETICIÓN DEL ESTADO: DOGMÁTICA PARTICULAR.

#### 1.1 La acción de repetición etiología, dogmática y sus particularidades.

##### 1.1.1 Fundamentos históricos de la acción de repetición.

La acción de repetición tiene sus orígenes en el derecho romano. Esta fue concebida como un mecanismo jurídico para recuperar el pago indebido o en exceso realizado a otra persona. En el Derecho Romano, se lo conocía como "*condictio indebiti*" y permitía reclamar la devolución de lo pagado indebidamente por error. En el mismo sentido existía la "*condictio causa data causa non secuta*" para reclamar cuando se dio algo a cambio de una causa que finalmente no se cumplió. Distíngase que, en sus orígenes, tenía su origen en relaciones privadas o públicas, sin distinción (Encarnación, 2009).

La "*condictio indebiti*" era una institución del derecho romano que permitía reclamar la devolución de lo pagado indebidamente. Sus principales características eran:

- ✓ **Ámbito de aplicación:** Se empleaba cuando se había realizado un pago sin que existiera una obligación válida que lo sustentara, es decir, en ausencia de causa o fundamento jurídico.
- ✓ **Objeto:** Podía reclamarse la restitución de cualquier cosa que hubiera sido pagada o entregada indebidamente, ya fueran sumas de dinero, bienes muebles o inmuebles.
- ✓ **Causa del pago indebido:** Podía deberse a un error de hecho (creer erróneamente que se debía algo) o un error de derecho (desconocimiento de que no existía obligación válida).
- ✓ **Requisitos:** Era necesario que el pago se hubiera hecho con la intención de extinguir una obligación y que efectivamente no existiera dicha obligación.
- ✓ **Buena fe:** El demandado debía haber recibido el pago de buena fe, es decir, sin saber que se trataba de un pago indebido. De lo contrario, se configuraba un enriquecimiento injusto.
- ✓ **Prueba:** Quien reclamaba la *condictio indebiti* debía probar que no existía la obligación que se pretendía pagar.
- ✓ **Restitución:** El demandado debía restituir íntegramente lo recibido, incluyendo los frutos o rentas que hubiera podido generar.



- ✓ Prescripción: La acción prescribía transcurrido un cierto plazo de tiempo establecido por las leyes romanas

La *condictio indebiti* era una de las llamadas "condiciones" del derecho romano, acciones que permitían recuperar prestaciones realizadas sin causa jurídica válida. Su objetivo era corregir el desequilibrio patrimonial producido por el pago indebido. En la Edad Media, los glosadores y comentaristas del derecho romano continuaron desarrollando estas acciones de repetición. Se aplicaban para recuperar pagos hechos sin causa jurídica válida. Las Partidas de Alfonso X, reconocían el derecho a repetir lo pagado indebidamente (Castilla, 1807).

En el Derecho Moderno, se sigue perfilando con ambos orígenes, repetir sin distinguir el campo público y el privado. Es así que, en el Código Civil español de 1889 se reguló la acción de repetición en sus artículos 1895 al 1901.

Artículo 1895: Establece que el que por error haya hecho un pago indebidamente tiene derecho a repetir lo pagado.

Artículo 1896: Señala que existe pago indebido cuando se entrega cosa no debida, o la deuda no existía originariamente.

Artículo 1897: Indica que el error de derecho no es causa para repetir lo pagado indebidamente, pero sí lo es el error de hecho.

Artículo 1898: Determina que el pago indebido transfiere el dominio y es eficaz para extinguir la obligación. Sin embargo, da acción al que pagó para repetir contra el acreedor.

Artículo 1899: Establece que el demandado en la acción de repetición debe restituir la cosa recibida de mala fe, con sus accesiones y frutos.

Artículo 1900: Señala que el que aceptó de buena fe una cosa indebidamente entregada, sólo responde por los frutos o accesiones percibidos.

Artículo 1901: Establece la prescripción de la acción de repetición en 4 años desde el pago indebido. (Codigo Civil español, 1889)



Así, estos artículos regulan los requisitos, efectos y plazos de la acción de repetición, permitiendo recuperar lo pagado sin causa jurídica válida, abordando aspectos como el error, la buena o mala fe, y la restitución de la cosa recibida indebidamente con sus frutos y acciones.

La acción de repetición en este Código sigue los lineamientos de la tradición jurídica romana sobre la *condictio indebiti*, persiguiendo restablecer el equilibrio patrimonial alterado por un pago que carece de fundamento jurídico.

La *répétition de l'indu* se encuentra regulada en los artículos 1376 a 1381 del Código Civil francés y es una figura muy similar a la *condictio indebiti* del derecho romano, de la cual deriva. Su finalidad es lograr la equidad y evitar el enriquecimiento injusto. La *répétition de l'indu* (repetición de lo indebido) es una institución jurídica del derecho civil francés que permite reclamar la devolución de aquello que se ha pagado indebidamente. Se basa en el principio de que nadie se puede enriquecer injustamente a expensas de otro. Busca corregir el desequilibrio patrimonial producido por el pago indebido (Código Civil Francés, 1804).

Puede reclamarse la restitución de cualquier cosa pagada o entregada indebidamente, ya sea dinero, bienes muebles o inmuebles. Puede deberse a un error de hecho o un error de derecho. El demandado debe haber recibido el pago de buena fe, sin conocer que se trataba de un pago indebido. Si conocía la falta de causa, se configura el enriquecimiento injusto. Quien reclama la repetición debe ser el *solvens* (quien realizó el pago) o sus herederos. Corresponde al demandante probar que el pago carecía de causa jurídica válida. El demandado debe restituir lo recibido indebidamente, incluyendo los frutos o intereses que haya podido. La acción de repetición prescribe a los cinco años según el Código Civil francés.

En Alemania, el Código Civil Alemán de 1900 recogió el "*Bereicherungsanspruch*" o reclamo por enriquecimiento injusto. Se trata de una acción legal que permite reclamar la devolución o compensación de un beneficio patrimonial injustificado obtenido a costa de otro. Se basa en el principio de que nadie debe enriquecerse injustamente a expensas de otro (*nemo locupletari potest aliena iactura*). Para que proceda el *Bereicherungsanspruch* deben cumplirse tres requisitos:

“a) enriquecimiento de un patrimonio, b) empobrecimiento de otro patrimonio, y c) conexión causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento” (Código Civil Alemán, 1900).



Puede reclamarse la devolución de bienes muebles, inmuebles, sumas de dinero o cualquier otro beneficio patrimonial obtenido injustamente. El demandado puede haber actuado de buena o mala fe al obtener el enriquecimiento injusto. El Bereicherungsanspruch procede de manera subsidiaria, cuando no existen otras acciones legales específicas aplicables al caso. Está regulado en los artículos 812 al 822 del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) o Código Civil alemán. El Bereicherungsanspruch es una institución clave del derecho de obligaciones alemán que persigue restablecer el equilibrio patrimonial alterado por un enriquecimiento injusto, evitando así que alguien se beneficie sin causa jurídica válida a costa de otro (Código Civil Alemán, 1900).

Hoy en día, la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos regulan algún tipo de acción legal para recuperar pagos realizados por error o sin causa válida y si bien se han mantenido, las acciones con origen en relaciones jurídicas privadas, claves del derecho de obligaciones y contratos, para corregir los pagos y prestaciones indebidas.

Se distingue, la acción de repetición como una acción de derecho público dirigida contra funcionarios o exfuncionarios públicos, cuya conducta dolosa o culposa grave, ocasione daño a un particular, generando así responsabilidad al Estado y dando lugar al pago de una indemnización por los actos cometidos por sus delegatarios. Su objetivo es salvaguardar el patrimonio público y prevenir conductas lesivas atribuibles a los funcionarios públicos.

### **1.1.2 Fundamentos históricos del Derecho de repetición en Ecuador.**

El derecho de repetición del Estado nace en el Ecuador a partir de la Constitución del 1998, en el que en su artículo 20, que establecía que:

Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados será establecida por los jueces competentes. (Constitución de la República, 1998)





En esta Constitución es la primera vez que se habla de un derecho de repetición, que tiene el Estado para recuperar los valores que han sido erogados de sus arcas, con la finalidad de responsabilizar a aquellos funcionarios que por su actuar ocasionen un perjuicio al Estado, en este caso es importante diferenciar de la Constitución de 1967, en la que si bien es cierto se habla ya de una responsabilidad de los funcionarios públicos en esta no se define de forma textual a la acción de repetición que puede ejercer el estado en contra de sus funcionarios.

En el mismo sentido, el artículo 22 de la antes mencionada constitución señala que:

Artículo 22.- El Estado será civilmente responsable en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los supuestos de violación de las normas establecidas en el Artículo 24. El Estado tendrá derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable. (Constitución de la República, 1967)

Por lo que podemos establecer que se abarca la responsabilidad civil, no solo en contra de funcionarios que ocasionen un perjuicio al estado por sus actuaciones dolosas o culposas, sino que también tiene en cuenta la repetición en contra de los jueces o funcionarios que generen responsabilidad por error judicial o inadecuada administración de justicia.

En la misma línea la actual Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 11, numeral 9, regula de manera más extensa los grados de responsabilidad que tiene el estado en casos de vulneración de derechos que conlleven a una reparación estatal, y que de esta se pueda ejercer la acción judicial de repetición, entre ellas tenemos las siguientes:

Art. 11 CRE (...), 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.



El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos. (Constitución de la República, 2008)

Por ende, en este artículo se expresa la obligación que mantiene el Estado en cuanto al pleno ejercicio de los derechos de sus ciudadanos y al deber constitucional de respetar y hacer respetar los derechos en su territorio. Y en el caso de incumplimiento de estas circunstancias verificar el grado de responsabilidad estatal a estas vulneraciones, y nos establece claramente que aquellos funcionario o delegatarios que en función de una potestad pública están en la obligación de responder por sus actuaciones en el ejercicio de sus funciones, facultando al estado a ejercer en contra de estos la acción de repetición.

En el mismo sentido se habla de la responsabilidad del Estado en varios casos que pueden contemplarse en el operar de justicia tales como error judicial, detención arbitraria entre otras, en a que de igual forma se faculta al Estado a ejercer este derecho de repetición en contra de los funcionarios responsables de originar estos daños.

Los fundamentos históricos del Derecho de repetición en el mundo y en Ecuador, son los siguientes:

- ✓ Ha tenido carácter de acción.
- ✓ Causa: reclamo de recursos por daños, generados por culpa o dolo, en el caso de Ecuador se introduce con este nombre como acción de Derecho Público.
- ✓ Efecto: es la reparación o devolución de recursos, en el caso de Ecuador al Estado.
- ✓ Fin: proteger los bienes públicos y privados, en el caso de Ecuador solamente los públicos





- ✓ Es una institución mixta, con un carácter civil y que, por su uso continuado en el Derecho Público, se ha regulado como institución de exclusiva de Derecho Público.

### **1.1.3 Fundamentos teóricos de la acción de repetición: análisis desde el modelo de acción de relación jurídica procesal de Giuseppe Chiovenda.**

La concepción de la relación jurídica procesal desarrollada por el procesalista italiano Giuseppe Chiovenda tuvo una gran influencia en la doctrina procesal moderna, en su libro "Principios de Derecho Procesal Civil" (Principii di diritto processuale civile), publicado por primera vez en 1923. En ella expone sus teorías fundamentales sobre el derecho procesal, como la relación jurídica procesal, la acción, la demanda y la jurisdicción.

Para Chiovenda, la acción es un derecho potencial: Chiovenda concibe la acción no como un derecho subjetivo material, sino como un derecho procesal potencial o eventual a la tutela jurisdiccional.

La acción es autónoma e independiente respecto del derecho sustancial o material que se pretende tutelar. Puede existir acción sin que exista el derecho sustancial y es un derecho abstracto, sino un derecho concreto a provocar la actuación de los órganos jurisdiccionales frente a un caso específico. Chiovenda distingue la acción de la pretensión procesal. La acción es el derecho de obrar, mientras la pretensión es el objeto concreto que se pide al juez. Al ser un derecho frente al Estado para obtener tutela jurisdiccional, la acción tiene una naturaleza esencialmente pública. Además de los derechos subjetivos, la acción procede para la tutela de intereses legítimos y situaciones jurídicas protegidas. La acción se ejercita a través de la demanda judicial, acto introductorio del proceso que determina su objeto y finalidad. La acción, inicialmente como derecho potencial, se concreta y finaliza con el pronunciamiento contenido en la sentencia definitiva.

La teoría chiovendiana de la acción se convirtió en un pilar fundamental de la ciencia procesal moderna, separando nítidamente el concepto procesal de la acción del derecho material sustancial. Según la teoría de Giuseppe Chiovenda, los elementos constitutivos de la acción procesal son los siguientes:

- Sujetos:





- ✓ Sujeto activo: El demandante o actor, quien ejercita la acción.
- ✓ Sujeto pasivo: El demandado, contra quien se dirige la acción.
- Petición u objeto:
  - ✓ Petitum: Es el objeto concreto de la demanda, lo que se pide o pretende del órgano jurisdiccional.
  - ✓ Causa petendi: Los fundamentos de hecho y de derecho en que se basa la petición o pretensión procesal.
  - ✓ Interés: El actor debe tener un interés jurídicamente relevante y actual para obrar y accionar ante el órgano judicial.
- Legitimación:
  - ✓ Activa: Cualidad del actor para poder demandar válidamente.
  - ✓ Pasiva: Cualidad del demandado para ser parte legítima frente a la acción ejercitada.

La acción se dirige hacia un órgano jurisdiccional competente que pueda pronunciarse sobre la pretensión deducida.

La acción se ejercita a través de los actos procesales establecidos en el procedimiento legal correspondiente. Para Chioyenda, la presencia e integración correcta de estos elementos permite la constitución y admisión válida de la acción procesal, que se concreta luego en la sentencia que acoge o rechaza la pretensión planteada (Chioyenda, 2000).

La teoría identifica los requisitos subjetivos, objetivos y formales necesarios para que prospere el ejercicio de la acción y se obtenga la tutela jurisdiccional solicitada. Estos requisitos, serán tomados en cuenta para valorar la configuración teórica de la acción de repetición en las líneas infra.

La acción jurídica de repetición en el Ecuador está conceptualizada como aquella herramienta jurídica que posee el Estado para recuperar aquellos valores que han sido erogados por el mal actuar de ciertos funcionarios públicos que por el hecho de ejercer potestades estatales generan vulneración de derechos o daños en contra de particulares, los cuales a su vez reclaman una indemnización por aquellas actuaciones al Estado.

En otro concepto de la acción de repetición. Carreras señala que:





El derecho de repetición puede abordarse como la herramienta legal destinada a garantizar al Estado su derecho de juzgar a los funcionarios públicos responsables de daños y perjuicios a la propiedad pública o privada como resultado de acciones ilícitas derivadas de la inobservancia de los parámetros legales existentes, dolo o incapacidad. (Carreras, 2010)

Por lo que en efecto esta acción judicial se determina como aquella herramienta que faculta al estado ejercer su derecho de recuperar los valores erogados y así responsabilizar a los funcionarios que por sus actuaciones ocasionaron un perjuicio al Estado.

En el mismo sentido, como instrumento, Zabala establece que la acción de repetición es aquella:

Herramienta o mecanismo judicial, de naturaleza civil, dado que tiende a compensar al Estado mediante retribución patrimonial por parte de cualquier sujeto que, en ejercicio de una función pública, no sólo administrativa, con dolo o culpa, expidió una resolución o ejecutó un acto a consecuencia del cual se produjo la indemnización reparatoria a cargo del Estado que este pagó como consecuencia de una condena, nacional o internacional, de acuerdo reparatorio, transacción o por otro modo de terminación de un litigio. (Egas, 2012)

En la misma línea conceptual, el tratadista Ayala define a la acción de repetición como aquella: “Acción que tiene el Estado contra los servidores públicos cuando haya sido condenado a reparar patrimonialmente los daños antijurídicos causados por la conducta activa u omisiva dolosa o gravemente culposa de sus agentes” (Ayala, 2006).

Por lo que en conclusión podemos señalar que en efecto la acción de repetición es una herramienta que brinda una respuesta efectiva para que los responsables directos de la erogación de recursos públicos sean responsabilizados por sus actuaciones en ejercicio de alguna potestad pública, por lo que se busca equilibrar una relación de igualdad entre el Estado y sus administrados con la finalidad de salvaguardar los fondos públicos que podrían ser utilizados en otros aspectos de la sociedad.

Si bien es cierto este mecanismo jurídico existía desde la Carta Magna de 1998, cabe señalar que no existían las herramientas jurídicas necesarias para poder aplicarlas. Por lo que, en ese sentido a partir del año 2008, en el Ecuador se promulga una nueva Constitución que cambia el modelo de



Estado de Derecho, de un Estado legal de Derecho a un Estado Constitucional de Derechos, lo cual trajo consigo diversos cambios importantes en su legislación.

Uno de ellos es que, a partir de la constitución de 2008, se promulgo la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, misma que en el capítulo X desarrolla, cual es el procedimiento a seguir para aplicar de la acción de repetición, pero con la particularidad que esta solo puede aplicarse para aquellos casos en los que esta reparación estatal provenga de alguna causa de vulneración de derechos, quedando fragmentada la jurisdicción para conocer y tramitar la acción de repetición.

En resumen, podemos señalar que la acción judicial de repetición tiene su origen, en el derecho a repetir concebido en Roma, para ir en contra de los generadores por culpa o dolo de pago indebidos o incumplimiento en el ámbito público y privado. En igual sentido, se desarrolló normativamente en la Edad Media hasta la Moderna, perfilándose en la actualidad con un carácter público, como aquella institución jurídica que permite al Estado recuperar los valores que han sido erogados cuando el Estado ha sido condenado al pago de valores por las actuaciones u omisiones de uno o varios de sus funcionarios, ya sea por dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones, vulnerando de forma directa e indirecta derechos humanos. Los sujetos contra los que se ejerce serán los funcionarios que han ocasionado el daño producto de la reparación, a más de las instituciones que han cancelado dicha indemnización.

La finalidad de esta acción es precautelar los fondos públicos que posee el Estado, ya que estos pueden y deben ser utilizados para los fines que se encuentran originalmente destinados, como la prestación de servicios y la inversión en obra pública. En Ecuador, la acción de repetición, desde la perspectiva contemporánea, tiene su origen en la Constitución de 1998, pero es con el transito al Modelo Constitucional de Estado de Derecho en la Constitución del 2008, que se amplía su objeto en la Ley de Garantías Jurisdiccionales, llegando a repetirse por motivos no solo de actuación indebida de un funcionario público, sino por vulneración de derechos que implique una erogación en las arcas públicas. Fragmentándose así, la jurisdicción y la regulación sustantiva de la institución, además creándose una naturaleza dual a la misma en el contexto ecuatoriano.



## **1.2. La relación estado – individuo y la relación estado– funcionario público: las dos caras de la acción de repetición del estado.**

La acción judicial de repetición dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano abarca varias aristas que deben ser analizadas desde diferentes perspectivas teórico jurídicas, puesto que tanto el accionar del estado, como aquellas actuaciones dentro del ámbito de sus competencias de los servidores públicos, pueden ocasionar diferentes resultados que pueden generar, o bien derechos a individuos o a su vez responsabilidades al Estado, por ende, es menester analizar el punto de partida de estas relaciones jurídicas para entender más a fondo el origen de esta acción.

La acción de repetición abarca tres individuos en su operatividad, entre ellos tenemos al Estado, el funcionario público y el particular afectado. En ese contexto podemos mencionar que para que exista en posterior una acción de repetición, es necesario la congruencia de estos tres individuos a efecto de las obligaciones y derechos que se generan en esta acción jurídica, dicho de otra forma no existe una acción de repetición en la que no esté involucrado un funcionario público, o a su vez en la que no exista la institución jurídica del Estado o a su vez el particular perjudicado, ya que todos y cada uno de estos actores jurídicos tienen un rol importante en su desarrollo.

En primer lugar, debe existir el daño ocasionado hacia una persona particular ajena a la relación estatal funcionario-estado, este particular debe haber sido perjudicado de tal manera que este daño pueda ser reclamado al Estado, ya sea por vía judicial o administrativa esto con la finalidad de restituir de cierta forma los daños generados.

Por otro lado, el Estado como segundo actor en esta relación jurídica, debe hacerse cargo del mal actuar ya sea que por dolo, culpa grave o negligencia de sus funcionarios estatales se perjudique un particular. Por ende, esta responsabilidad patrimonial que asume el Estado es primordial para que abarque a cabalidad con la indemnización, y así se restituyan en parte los derechos de los perjudicados.

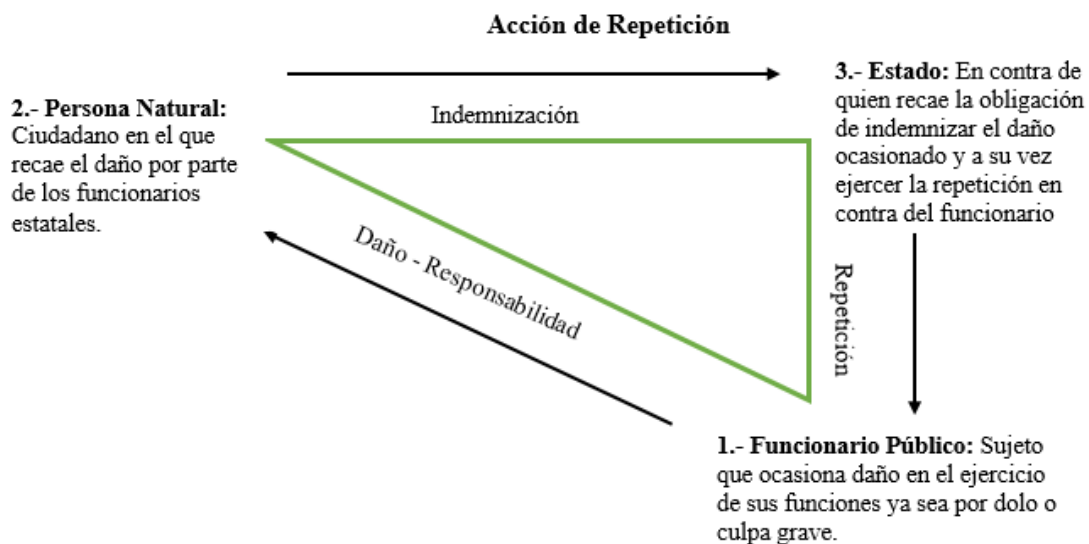
Y finalmente, la relación jurídica que se origina en este actuar por el hecho de que el Estado se vio perjudicado a reparar económicamente al particular que sufrió el daño por parte de los funcionarios públicos, ahora hay que señalar que el Estado en primer lugar es el responsable de

salvaguardar los recursos públicos, por lo que el Estado se convierte en un acreedor de derechos, el cual debe de materializar la responsabilidad en contra de aquellos funcionarios públicos que en el ámbito de sus funciones hayan cometido una extralimitación en sus funciones o hayan actuado con dolo o culpa grave.

Por ende, es importante la existencia de esta llamada triada puesto que sin la existencia de una no se podría ejercer la acción de repetición, ni se originarían derechos, ni obligaciones.

### Figura 1

*Relación jurídica de la acción judicial de repetición*



Finalmente, se señala como primera característica de la acción de repetición, que es una categoría jurídica compleja, que tiene su origen en una triada relacional:

- **Relación 1 “relación de derecho constitucional o administrativo en el orden sustantivo”:** **funcionario público – individuo o colectividad:** es una relación legal, entre un individuo que se encuentra en un territorio y el estado representado por un funcionario público y en el actuar del funcionario en el marco de dicha relación jurídica se genera el daño, por culpa o dolo. Se reclama ante los tribunales.

- **Relación 2 “acción ordinario o constitucional, relación procesal constitucional u ordinaria”:** individuo – Estado: se establece entre el individuo y el Estado en el marco de una acción constitucional o administrativa de reclamación por el daño que ocasiono el funcionario público, y es de carácter procesal administrativo o procesal constitucional, donde se imputa responsabilidad al estado y su obligación de pagar por el actuar indebido de un funcionario.
  
- **Relación 3 “acción de repetición: Estado – funcionario público”:** se establece entre el Estado y el funcionario público y es la acción de repetición, propiamente dicha. Que puede tener su origen, en una sentencia constitucional, jerarquizándose y elevándose el contenido de la Constitución, tiene su origen en una reclamación administrativa por el daño que ocasiono el funcionario público, y es de carácter ordinario, donde se imputa la responsabilidad al estado y su obligación de pagar por el actuar indebido de un funcionario, según ha quedado demostrado en una sentencia por vía administrativa.

A partir de la metodología de la triangulación, según los métodos teóricos con el detalle de lo expuesto por los autores, desde una perspectiva histórica- teórica y de los resultados de la entrevista, especialmente en el ítem uno sobre la concepción, el ítem dos sobre los fines (la entrevista se detalla en el próximo capítulo), se configura la acción de repetición como figura teórica:

- ✓ Existencia de tres relaciones intervencionales.
- ✓ Sujetos: Estado- funcionario publico
- ✓ Causa: responsabilidad determinada en sentencia firme. Generada por culpa o dolo, por una actuación indebida de un funcionario público por dolo o un daño grave a los derechos individuales o colectivos.
- ✓ Efecto: es la reparación o devolución al Estado, en la cuantía en que se afectó a las finanzas públicas.



- ✓ Fin: Proteger las finanzas públicas, lo que cualifica el bien jurídico protegido con esta acción, elevándolo a un rango constitucional.

### **1.3. La responsabilidad constitucional vs. la responsabilidad administrativa: en busca de la verdadera naturaleza de la acción de repetición.**

Para comprender la responsabilidad, se debe ir a su génesis, que está en un rasgo ineludible de los seres humanos, su necesidad de relacionarse y con ello establecer los más diversos lazos; la jurídica se desprende de ese carácter relacional y surge de un vínculo que el Derecho protege debido a su importancia, por ello un punto de partida inexcusable para enfocar la responsabilidad jurídica es la relación jurídica.

El término de responsabilidad es de uso muy frecuente no sólo en la Teoría del Derecho, sino también en otras ciencias sociales y en el propio lenguaje ordinario; lo anterior está motivado porque con él se alude a algo tan básico como es la posición del ser humano en su condición de agente activo del complejo entramado social, “que condiciona no sólo su percepción de sí mismo y de los demás, sino sus relaciones mutuas, sus derechos y obligaciones”.

A partir de la lógica triádica de relaciones determinadas en la acción de repetición, su origen está dado en la responsabilidad de origen administrativo o la responsabilidad de origen constitucional, que si bien no ha sido determinada por sentencia firme como pronunciamiento expreso, si se ha determinado el daño que genero la responsabilidad estatal, de modo que en el proceso de acción de repetición, quedaría conectar al sujeto individual titular del cargo y comisor de la acción u omisión que generara el daño.

Por tanto, uno de los objetivos procesales de la acción de repetición, va a ser conectar el hecho probado en la sentencia que se condena al Estado a la responsabilidad del funcionario público o funcionarios públicos correspondientes.

La responsabilidad constitucional implica que todos los poderes públicos, autoridades y particulares están sujetos al control de constitucionalidad y pueden ser responsables por vulnerar la Constitución y los derechos fundamentales, lo que garantiza la supremacía constitucional y la



protección efectiva de los derechos. Esta responsabilidad es exigible a través de las acciones constitucionales, como mecanismo procesal que permite a los ciudadanos acceder a los tribunales constitucionales o cortes supremas para hacer valer la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales frente a actos u omisiones de los poderes públicos o, en algunos casos, de particulares.

Estas acciones constitucionales representan herramientas fundamentales del sistema de justicia constitucional para controlar los excesos de poder, preservar la supremacía normativa de la Constitución y garantizar los derechos de los ciudadanos frente al Estado.

Después de analizar la responsabilidad constitucional en toda su diversidad y partiendo del análisis de las características de la acción de repetición, se niega que desde la perspectiva teórica, la misma tenga naturaleza constitucional, constitucional e internacional, son las responsabilidades del Estado, donde han quedado probado los hechos que generaron el daño y la indemnización y que genera una presunción (que debe ser investigado) de responsabilidad de un funcionario público, particular o agentes privados.

De lo que se infiere, la primera distinción entre ambas responsabilidades, los sujetos de la acción de protección al igual que en la responsabilidad administrativa, teóricamente sustentado, recae sobre los funcionarios y empleados públicos por faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones; mientras que la responsabilidad constitucional, puede alcanzar a cualquier órgano del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, órganos constitucionales autónomos) por violaciones a la Constitución. Y mientras la primera se deriva del vínculo estatutario o laboral entre el funcionario y la administración pública, la segunda surge del principio de supremacía constitucional y la obligación de todos los poderes públicos de respetar la Constitución.

Es así que, la acción de repetición se da en el marco constitucional en un solo caso, si existe una sentencia que determina un pago por un daño del estado, no de particulares o agentes privados, que son también susceptibles de ser condenados por la vía constitucional. Visualizándose al funcionario público como ese brazo ejecutor del Estado.



Sin embargo, se configura en una naturaleza sui generis, y no administrativa propiamente dicha, ya que la acción de repetición no tiene como faltas disciplinarias, incumplimientos de deberes y prohibiciones establecidos en la normativa propia de la responsabilidad administrativa, ni tampoco violaciones a la Constitución, como vulneración de derechos fundamentales, extralimitación de funciones, entre otras. Sino una sentencia firme sobre la que pesa una condena que pagar del Estado.

Tampoco, se tramita mediante procedimientos disciplinarios o sancionadores previstos en las leyes administrativas, su mixtura ha sido trabajada desde la perspectiva histórica, en el derecho privado, el contencioso administrativo o en un procedimiento constitucional específico.

Su atipicidad está marcada también, porque los efectos del proceso no son las sanciones administrativas, que pueden ser apercibimientos, multas, suspensión de funciones, destitución, entre otras, o las propias de la responsabilidad en el área constitucional, de conllevar la nulidad de actos, la inaplicabilidad de normas, la remoción de autoridades, e incluso la responsabilidad penal en casos graves. Sino una condena de restituir pecuniariamente al Estado, de restitución de finanzas públicas.

En conclusión, la acción de repetición tiene una naturaleza sui generis, porque tutela bienes jurídicos públicos, desde los sujetos de la actividad administrativa, con indistintas jurisdicciones y causas y efectos diferentes. Lo anterior genera que se deba profundizar en los siguientes elementos para su eficaz constitución y llegar a imponer la condena restitutoria descrita, y es:

-Identificar la relación entre el daño descrito en la sentencia que origina la acción de repetición y el órgano estatal correspondiente y el cargo.

-Identificar la persona como comisor del daño - causa de la acción de protección, probándolo lo hacía en el ejercicio de sus funciones, atendiendo a la génesis de la responsabilidad en las modalidades de la conducta del funcionario público.

La génesis de la responsabilidad en las modalidades de la conducta del funcionario público:



#### **1.4. Las modalidades de la conducta del funcionario público respecto de la responsabilidad como contenido de la acción de repetición.**

##### **Dolo:**

El dolo en un ámbito administrativo se refiere a una conducta intencionalmente engañosa o maliciosa llevada a cabo por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones administrativas. Este comportamiento implica acciones fraudulentas, abuso de poder o manipulación de información con el propósito de obtener beneficios personales o causar perjuicio a terceros.

“Art. 29.- del Código Civil establece que: El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.” (Código Civil, 2005)

En ese sentido podemos definir al dolo como aquella actitud en la que incurre el funcionario público que, con intención de hacer un daño, ocasiona que el Estado sea responsable de indemnizar por los daños ocasionados

##### **Culpa grave:**

La culpa en el ámbito administrativa se refiere a errores, descuidos o negligencias por parte de los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones administrativas. Esta situación implica una falta de diligencia o cuidado debido al incumplimiento de deberes o responsabilidades, lo que puede causar daños o perjuicios a terceros o a la administración pública en general. Según lo determinado por el Código Civil la culpa es:

Art. 29.- La ley distingue tres especies de culpa o descuido: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea





en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. (Código Civil, 2005)

Esto da como resultado que si bien es cierto en este tipo de conductas el funcionario no tenía la intención implícita de ocasionar daño o algún tipo de responsabilidad al Estado, el poco cuidado en la realización de sus funciones o competencias conllevan a que se genere un daño a un tercero misma que debe ser restituida por el Estado.

En resumen, podemos señalar que la acción judicial de repetición tiene su origen, en el derecho a repetir concebido en Roma, para ir en contra de los generadores por culpa o dolo de pago indebidos o incumplimiento en el ámbito público y privado. En igual sentido, se desarrolló normativamente en la Edad Media hasta la Moderna, perfilándose en la actualidad con un carácter público, como aquella institución jurídica que permite al Estado recuperar los valores que han sido erogados cuando el Estado ha sido condenado al pago de valores por las actuaciones u omisiones de uno o varios de sus funcionarios, ya sea por dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones, vulnerando de forma directa e indirecta derechos humanos. Los sujetos contra los que se ejerce serán los funcionarios que han ocasionado el daño producto de la reparación, a más de las instituciones que han cancelado dicha indemnización.

La finalidad de esta acción es precautelar los fondos públicos que posee el Estado, ya que estos pueden y deben ser utilizados para los fines que se encuentran originalmente destinados, como la prestación de servicios y la inversión en obra pública. En Ecuador, la acción de repetición, desde la perspectiva contemporánea, tiene su origen en la Constitución de 1998, pero es con el tránsito al Modelo Constitucional de Estado de Derecho en la Constitución del 2008, que se amplía su objeto en la Ley de Garantías Jurisdiccionales, llegando a repetirse por motivos no solo de actuación indebida de un funcionario público, sino por vulneración de derechos que implique una erogación en las arcas públicas. Fragmentándose así, la jurisdicción y la regulación sustantiva de la institución, además creándose una naturaleza dual a la misma en el contexto ecuatoriano.

De la triangulación entre el método teórico, a través del cual se examinaron los criterios de los autores y descomponiendo la acción de protección en indicadores cualitativos de corte teórico como concepto, causa, contenido, fin y sujetos y apoyándonos en la teoría de la relación jurídica procesal



y contrastándolo con los resultados de los métodos exegéticos y empírico, especialmente, la entrevista (los cuales se presentaran en el próximo capítulo) pudo configurarse las características o configuración teórica de la acción de repetición en la teoría jurídica, que es la siguiente:

- ✓ Existencia de tres relaciones intervencionales.
- ✓ Fundamento: Relación jurídica Estado- funcionario publico
- ✓ Causa: responsabilidad en sentencia firme, generada por culpa o dolo, por una actuación indebida de un funcionario público por dolo o un daño grave a los derechos individuales o colectivos.
- ✓ Efecto: es la reparación o devolución al Estado, en la cuantía en que se afectó a las finanzas públicas.
- ✓ Fin: Proteger las finanzas públicas, lo que cualifica el bien jurídico protegido con esta acción, elevándolo a un rango constitucional.
- ✓ Naturaleza: sui generis, porque tutela bienes jurídicos públicos, desde los sujetos de la actividad administrativa, con indistintas jurisdicciones y causas y efectos diferentes.
- ✓ Contenido: la relación entre el daño descrito en la sentencia que origina la acción de repetición y el órgano estatal correspondiente y el cargo en la persona agente comisor del daño - causa, atendiendo a la génesis de la responsabilidad en las modalidades de la conducta del funcionario público.

## **CAPITULO II: LA ACCIÓN DE REPETICIÓN: DESAFÍOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO.**

En este capítulo se realizará desde una perspectiva exegética – comparada y empírica el análisis de la regulación jurídica de la acción de repetición. Se particularizará en la concepción de la responsabilidad del Estado y su concepción en el ordenamiento jurídico ecuatoriano regulación jurídica y se realizará una valoración de la regulación jurídica de la acción de protección en el Ecuador.



## 2.1 La responsabilidad del Estado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: fundamento de la acción de repetición. Análisis teórico- exegetico

La responsabilidad Estatal consiste en reparar y resarcir al individuo de los daños que fueren ocasionados por sus delegados o funcionarios, en el ejercicio de sus funciones, en ese sentido hay que señalar que en sus orígenes el Estado gozaba de total inmunidad por sus actuaciones, por ende, no existía una verdadera reparación a los afectados. Pero este aspecto cambiaría a partir de ciertos eventos históricos como fue la Revolución Francesa en el año de 1789, en el que se origina y se obliga por primera vez al Estado a responder por las actuaciones que este cometa. En ese mismo sentido Muñoz en su obra nos establece que:

La Responsabilidad del Estado tiene como antecedente, un acontecimiento de vital importancia para la historia de la humanidad, que es la Revolución Francesa ocurrida en el año 1789. Este hecho se configura como el origen del Derecho Administrativo como ciencia y el reconocimiento del principio de legalidad, fundamentado en el planteamiento realizado por Montesquieu respecto a la separación de poderes dentro de un Estado. (Muñoz, 2019)

Por lo que hay que señalar que a partir de este evento existe y se comienza a hablar de responsabilidad estatal, tal es el caso que para el 08 de febrero de 1873 el Tribunal de conflictos francés en su denominado fallo Blanco consagra la responsabilidad del estado en un texto legal, la cual da apertura a que el Estado se haga responsable por las actuaciones de sus funcionarios, en ese sentido lo que se logra establecer es que:

La responsabilidad, que puede recaer sobre el Estado, debido a los daños causados por los individuos, en virtud del hecho de las personas que emplea en los servicios públicos; no puede ser regida por los principios que están establecidos en el Código Civil, para las relaciones de particular a particular. Así mismo, la responsabilidad no es general ni absoluta, tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados. (Romero, 2014)

Dando como resultado que se comience a hablar de una responsabilidad como tal, pero desde un punto vista Estatal, más no de un asunto particular generando así estrecha relación entre el Estado como tal y la persona afectada. Estableciendo preceptos como que el “Estado Deudor”.





A más de ello sienta las bases para hablar acerca de una competencia administrativa, pero sin dejar a un lado la aplicación de reglas autónomas del derecho privado.

Ahora en el Ecuador hay que señalar que esta responsabilidad ya se menciona en la Constitución de 1967, en la que se establecía lo siguiente:

Artículo 27.- Responsabilidad: El Estado y más entidades de derecho público y las entidades semipúblicas, están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo. No obstante, lo establecido en el Inciso anterior, el Estado y más entidades antes mencionadas, harán efectiva la responsabilidad de sus funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave, hubieren perjudicado al Estado o a los particulares. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados será establecida por los jueces competentes. Constitución de la República, 1967)

En este texto normativo si bien es cierto nos establece la responsabilidad de que incurre el Estado en caso de mala actuación por parte de los funcionarios públicos, ya sea por dolo o culpa grave, no se determina de forma clara la acción de repetición en contra del funcionario público, sino más bien se habla de una responsabilidad de sus funcionarios. Por otro lado, hay que señalar que de forma clara se establece que en estos casos el Estado responderá por los daños ocasionados sentando bases para que se declare al Estado como sujeto de obligaciones para con sus ciudadanos en temas de reparación.

En el mismo sentido la tratadista Lucia Álvarez señala que “todas las personas que el Estado designa para desempeñarse en funciones por él encomendadas son en general agentes suyos, por lo tanto, órganos de él. Por ello, no son “independientes” (Álvarez, 2010). Con lo que se puede señalar que cuando los funcionarios están en ejercicio de sus funciones estos actúan directamente en nombre del Estado, por lo que en consecuencia la responsabilidad incurre en este.



En el mismo sentido podemos señalar que la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos es la obligación que tienen los empleados del sector público de responder por sus acciones y decisiones en el ejercicio de sus funciones. Esto implica que deben actuar conforme a la ley, los reglamentos y los principios éticos establecidos, evitando conductas indebidas, abuso de poder, negligencia o cualquier acción que cause perjuicio a la administración o a terceros. En caso de incumplimiento de estas normativas, los funcionarios pueden enfrentar sanciones, como suspensiones, multas o incluso destituciones, o en el caso que nos ocupa un juicio de repetición en contra de este.

Por otro lado, también se habla de la responsabilidad como tal del servidor público y en ese sentido dentro de estas explicaciones Delgado explica que:

No existirá ningún servidor público inmune o exento de responsabilidad por aquellos actos llevados a cabo en el ejercicio de las funciones propias del cargo desempeñado, (...), La acción de repetición puede ser observada como el recurso legal que garantiza un mayor grado de responsabilidad de los funcionarios en el ejercicio de sus actividades. (Delgado, 2011)

En el mismo sentido se hace una diferenciación por parte del autor Morales señala lo siguiente:

La frontera entre responsabilidad de la Administración y la responsabilidad del funcionario la traza la oposición fundamental entre la falta de servicio y la falta personal. Si la falta es personal solo compromete al funcionario, mientras que, si el daño es causado por una falta de servicio, la Administración se ve involucrada. (Morales, 2022).

En ese sentido se logra verificar la diferenciación respecto de cuando existe responsabilidad Estatal únicamente y ya cuando se comienza a hablar de una responsabilidad del funcionario público.

Ahora es menester señalar que esta responsabilidad del funcionario público tiene sus orígenes claves en la constitución de 1967 en la que se establecía si bien es cierto la responsabilidad



estatal, también nos habla y menciona ya el aparecimiento de la responsabilidad que tienen los funcionarios públicos. En ese sentido el Art. Estipulaba que:

No obstante, lo establecido en el Inciso anterior, el Estado y más entidades antes mencionadas, harán efectiva la responsabilidad de sus funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave, hubieren perjudicado al Estado o a los particulares. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados será establecida por los jueces competentes. (Constitución de la República, 1967)

Dando como origen ya la existencia de responsabilidad de los funcionarios públicos, que debe ser en estos casos hecha efectiva a través de las diferentes entidades del Estado, pero sin hablar aún de una acción de repetición como tal.

Ahora por otro lado hay que señalar que en el mismo sentido la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece que los funcionarios públicos serán responsables por su actuar en el ejercicio de sus funciones, por ende, señala lo siguiente:

Art.40.- Responsabilidad por acción u omisión: Las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, 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 esta Ley. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002)

En cuanto a la responsabilidad del funcionario público hay que señalar que, dentro de la representación o teoría organicista, se desarrolla una teoría de responsabilidad directa o indirecta al servidor público responsable de sus actos. Por ende, se habla de una responsabilidad directa cuando el servidor es un director o representante del órgano y sería indirecta cuando el acto proviene de un subalterno.

Ahora por otro lado hay que analizar que en este concepto de responsabilidades existen varios tipos de responsabilidad en el marco de este análisis con los que encontramos los siguientes:





### 2.1.1 Responsabilidad directa e indirecta:

#### Responsabilidad Directa:

La responsabilidad directa del Estado consiste en que este es responsable de forma directa cuando uno de sus funcionarios o delegados actúa dentro del ámbito de sus competencias, ocasionando un daño o perjuicio a particulares, por lo que será obligación directa del Estado el asumir cualquier tipo de reparación para intentar resarcir los daños ocasionados por sus funcionarios.

En ese sentido para señalar que nos encontramos frente a este tipo de responsabilidad se señala que:

Para hacer referencia a la responsabilidad total del Estado no es elemento suficiente que el daño se manifieste como anónimo, sino que el mismo debió haber sido actuado por agentes durante el ejercicio de su función, es decir el mismo será realizado en horas de trabajo y en el lugar correspondiente, manteniendo una estrecha relación con las funciones a ser desempeñadas por los agentes. (Herrera, 2016)

Por ende, en estos casos de responsabilidad directa debe ser plenamente identificada la responsabilidad de alguno de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones para que esta sea considerada como tal.

Dentro de lo estipulado en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado podemos encontrar a aquella responsabilidad directa del funcionario la cual se establece como aquella en la que el servidor de alguna institución pública será responsable directo de sus actuaciones ya sea en el ámbito, penal, civil o administrativo, es decir responde directamente por sus actuaciones e inobservancia de las normas establecidas en nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece:

Art. 42.- Responsabilidad directa. Los servidores de las instituciones del Estado, encargados de la gestión financiera, administrativa, operativa o ambiental, serán responsables, hasta por culpa leve, cuando incurrieren en acciones u omisiones relativas al incumplimiento de normas, falta de veracidad, de oportunidad, pertinencia o conformidad con los planes,





programas y presupuestos y por los perjuicios que se originaren de tales acciones u omisiones. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002)

Por ende, este tipo de responsabilidad incumbe o recae directamente en el funcionario público que tenga a su cargo alguna competencia o facultad pública como puede ser administrativa, financiera ambiental o las demás contempladas en las funciones públicas de cada organismo. Por lo que hay que definir que estas pueden ser cometidas tanto por acciones de los funcionarios es decir por sus actuaciones en el ejercicio propio de sus funciones, o a su vez por omisión en el caso que les correspondía actuar en ejercicio de una facultad y no lo hicieron originando su responsabilidad directa ante cualquier percance cometido.

### **Responsabilidad Indirecta:**

En cuanto a lo que tiene que ver respecto de la responsabilidad indirecta podemos mencionar que esta ocurre cuando un funcionario público en el ejercicio de sus funciones se extralimita de las mismas ocasionando o produciendo algún daño en contra de algún particular. Cabe señalar que esta extralimitación se ejerce dentro de un ámbito de abuso de poder. Dicho de otra forma, para Herrera la responsabilidad indirecta del Estado:

Se verifica como consecuencia de un daño o perjuicio provocado por un funcionario público que durante el ejercicio de sus funciones sobrepasa los límites que le confiere tal cargo, pudiéndose en tales casos deber a la intencionalidad de provocar un daño o al ejercicio de abuso de poder, es decir extralimitándose el funcionario en el cumplimiento de sus funciones públicas. (Herrera, 2016)

En otras palabras, la responsabilidad indirecta del Estado se refiere a situaciones en las cuales los funcionarios públicos llevan a cabo acciones que parecen estar dentro de sus funciones asignadas, pero exceden los límites establecidos para su autoridad. Estas acciones pueden implicar un abuso de poder intencional, o pueden derivar de un deseo de mejorar el servicio, pero en ambos casos resultan en daños a individuos sin ser directamente instruidas por la institución estatal, sino más bien como iniciativa personal de los funcionarios involucrados. Por ende, el Estado seguirá siendo responsable de indemnizar a los perjudicados de esos daños ocasionados. En nuestro





ordenamiento jurídico, este tipo de responsabilidad está inmersa en la responsabilidad patrimonial que asumirá el Estado, cuando esta haya generado algún daño o perjuicio a un particular.

### **2.1.2 Responsabilidad principal o subsidiaria:**

La responsabilidad principal y subsidiaria son conceptos importantes en el ámbito de la responsabilidad civil y administrativa, y se refieren a la forma en que se atribuye y distribuye la obligación de reparar los daños causados.

#### **Responsabilidad principal:**

La responsabilidad principal recae directamente sobre la persona o entidad que ha causado el daño o ha incumplido una obligación.

Es la responsabilidad directa e inmediata que surge del acto u omisión que genera el perjuicio. El responsable principal está obligado a responder con su propio patrimonio o recursos por los daños ocasionados.

#### **Responsabilidad subsidiaria:**

La responsabilidad subsidiaria es aquella que sólo se hace efectiva en caso de que el responsable principal no pueda asumir la reparación del daño. Es una responsabilidad secundaria o complementaria, que opera de manera supletoria o accesoria. Implica que una persona o entidad diferente al responsable principal puede ser llamada a responder por los daños, pero sólo en caso de que el responsable directo no pueda hacerlo.

En cuanto a la responsabilidad subsidiaria se establece en los casos en los que funcionarios públicos incurren en los casos en cierto grado de responsabilidad por sus acciones culposas u omisiones que incurrieran en ejercicio de sus funciones. En este caso en concreto hay que diferenciar de la responsabilidad solidaria puesto que la subsidiaria, que es el caso que nos ocupa primero debe existir la responsabilidad de otro funcionario y en caso de que este no cumpla se ejercerá directamente el cumplimiento de la obligación al obligado subsidiario. En ese sentido lo que nos establece la Ley Orgánica de la Contraloría General de Estado es lo siguiente:



Art. 43.- Responsabilidad principal y subsidiaria por pago indebido. La responsabilidad principal, en los casos de pago indebido, recaerá sobre la persona natural o jurídica de derecho público o privado, beneficiaria de tal pago. La responsabilidad subsidiaria recaerá sobre los servidores, cuya acción culposa u omisión hubiere posibilitado el pago indebido. En este caso, el responsable subsidiario gozará de los beneficios de orden y excusión previstos en la Ley. ( Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002)

Hay que señalar que en la acción de repetición la responsabilidad que se manifiesta en estos casos es la directa, no cabe la aplicación de responsabilidad subsidiaria al momento de exigir su cumplimiento.

### **2.1.3 Responsabilidad Solidaria y Mancomunada.**

La responsabilidad solidaria y la responsabilidad mancomunada son dos conceptos distintos que se refieren a cómo se distribuye la obligación de reparar daños o cumplir obligaciones entre varias personas o entidades.

#### **Responsabilidad solidaria:**

En la responsabilidad solidaria, todas las partes involucradas son responsables por la totalidad de la obligación o deuda. En estos casos el Estado puede exigir el cumplimiento total a cualquiera de los responsables solidarios, sin necesidad de dividir dicha obligación. Por lo que una vez que alguno de los responsables solidarios, cumplan con la obligación, los demás quedan liberados frente al acreedor.

En el mismo sentido la persona que cumplió con la totalidad de la obligación puede repetir contra los demás responsables solidarios para que contribuyan en la parte que les corresponda.

En ese sentido la LOCGE, señala: “Art. 44.- Responsabilidad solidaria. Habrá lugar para establecer responsabilidad solidaria cuando dos o más personas aparecieren como coautoras de la acción, inacción u omisión administrativa que la origine” ( Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002).



Por lo que podemos entender que en este tipo de responsabilidad los funcionarios que hayan cometido ya sea por acción u omisión un daño a un particular estos responderán solidariamente a la restitución de dicho daño de manera conjunta, es decir compartirán responsabilidad.

### **Responsabilidad mancomunada:**

La responsabilidad mancomunada, consiste en que cada deudor, responde solo por su parte o cuota de la deuda u obligación. En estos casos se debe dividir la obligación entre los responsables mancomunados y exigir a cada uno solo su parte. Aquí a diferencia de la responsabilidad solidaria se habla que no hay derecho de repetición entre los responsables, ya que cada uno solo responde por su porción.

Si uno de los responsables mancomunados no cumple, el acreedor solo puede ejecutar su cuota, pero no puede exigir el total a los demás. De forma general este tipo de responsabilidad mancomunada suele aplicarse a obligaciones divisibles por naturaleza.

### **2.1.4 Responsabilidad Patrimonial: Contractual o extracontractual**

Este tipo de responsabilidad se describe como la aquella en la que el Estado tiene el deber de compensar los perjuicios causados a bienes o derechos individuales debido a una gestión administrativa defectuosa. Esta responsabilidad es objetiva y clara, garantizando a los individuos el derecho completo a ser indemnizados de acuerdo con los principios, restricciones y pasos establecidos por la ley. En ese sentido se puede señalar que la responsabilidad patrimonial del Estado se categoriza en dos formas una contractual y otra extracontractual. Dicho de otra forma, el principio de responsabilidad patrimonial demanda que los particulares podrán ser indemnizados por la Administración Pública cuando sus derechos, bienes e intereses se ven lesionados.

### **Responsabilidad Contractual:**

La responsabilidad contractual del Estado está definida como aquellas obligaciones que se generan por consecuencias jurídicas que devienen de un contrato, en la que las partes intervinientes siendo una el Estado se obliga a contraer derechos y obligaciones generando así esta relación jurídica. Por lo que en este caso el Estado está obligado a cumplir con lo estipulado en la misma so pena de incurrir en algún incumplimiento de este y a su vez generar algún tipo de indemnizaciones.





Dicho de otra forma, esta responsabilidad contractual se va a contemplar en aquel conjunto de derechos y obligaciones que se originan al suscribir un contrato entre el Estado y un particular. Y se va a materializar en el momento en el que se de incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato generando así un daño que sea susceptible de indemnización para restituir los daños ocasionados.

### **Responsabilidad Extracontractual:**

La responsabilidad extracontractual del Estado puede ser resultado de actos o hechos ejecutivos, legislativos, judiciales o administrativos. Que ocasionan perjuicio a un particular. En ese sentido se habla de que, para que exista esta responsabilidad extracontractual se debe verificar la existencia del nexo causal entre la actividad que causó daño y el perjuicio. Por lo que el estado se verá exonerado de algún tipo de responsabilidad si en estos casos se logra demostrar caso fortuito, fuerza mayor, hechos de un tercero y culpa de la propia víctima, ya que con esto rompe o desvirtúa el nexo de causalidad antes mencionado.

En ese sentido para Segovia la responsabilidad extracontractual del Estado:

Surge de una conducta que puede originarse en el acto o hecho de los órganos legislativos, judiciales o administrativos. De lo expuesto, se colige que el Estado puede causar afectación a los administrados, a través de la expedición de leyes, por medio de la potestad de administrar justicia y en el cumplimiento de las funciones de los servidores públicos en el ejercicio de la función administrativa. (Segovia, 2022)

Por otra parte, los requisitos para la existencia de esta responsabilidad extracontractual se encuentran establecidos en el artículo 331 del Código Orgánico Administrativo, mismo que señala lo siguiente:

Para la responsabilidad extracontractual se verificará la concurrencia de los siguientes requisitos: 1. La falta o deficiencia en la provisión de un servicio público o cualquier otra prestación al que el particular tenga derecho. 2. El daño calificado de conformidad con este Libro. 3. La existencia de un nexo causal entre el daño calificado y la acción u omisión de

las administraciones públicas o el hecho dañoso que violente el derecho. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Siendo estos los casos más significativos en los que se produce la responsabilidad extracontractual del estado, y uno de ellos que resulta interesante es la definición de daño calificado, el cual consiste en aquella situación que se configura cuando el administrado o particular no tiene la obligación de soportar un daño que provenga de la conducta de la administración pública.

Dicho de otra forma, para Moreno el daño calificado debe:

Entenderse como aquel daño donde el particular no tiene el deber de soportarlo o resulte de la violación del principio de la igualdad en el reparto de cargas públicas, daño que deriva de la conducta de la administración de justicia en estos casos. (Yanes, 2016).

## **2.2 Regulación jurídica de la acción de repetición en la normativa ecuatoriana. Análisis hermenéutico- exegético.**

El procedimiento de la acción de repetición en nuestro ordenamiento jurídico debe ser aplicado de conformidad a las circunstancias y hechos de cada caso en particular. De cierta forma abarcan ciertas similitudes, pese a la dispersión normativa existente, tal es el caso, que esta acción debe ser conocida por los jueces de los Tribunales Contenciosos Administrativos, a más de que se le debe garantizar el derecho a la defensa a aquellos funcionarios o exfuncionarios en contra de quienes se inicien estas acciones. Pero en este mismo ámbito existen ciertas diferencias que deben ser abarcadas desde las disparejas normativas y hechos existentes.

Otro de los puntos clave que señala Muñoz respecto de este procedimiento en cuanto a su finalidad es la siguiente:

La figura de la acción de repetición, garantiza que el perjuicio ocasionado al Estado, al tener que reparar los daños ocasionados por los servidores públicos, sea recuperado incluso si los responsables han cesado sus funciones al momento de la demanda, pero previo al inicio de las acciones judiciales, la administración mediante investigación interna debe identificar a los autores del daño causado y determinar si su actuación fue producto del dolo o de la culpa



grave, a fin de que la justicia coadyuve con la finalidad estatal, que es forjar el bien general. (Muñoz, 2019)

Por lo que esta acción en las diferentes normativas tiene una sola finalidad que es la de recuperar los valores que han sido erogados por el Estado en calidad de reparación económica a aquellos particulares que se han visto perjudicados por alguna de las actuaciones de funcionarios públicos que en su momento actuaron bajo sus competencias ocasionando este daño. Dicho de otra forma, el objetivo es el recuperar lo pagado por el Estado.

Por ende, hay que señalar que se procederá a explicar el procedimiento en cada uno de los casos que se encuentran señalados en las diferentes normativas existentes a más de explicar temas normativos que se señalan en nuestro ordenamiento jurídico. Además, cabe señalar de forma general que esta acción puede ser vista desde tres ámbitos de aplicación general, uno visto desde aquellas reparaciones que se puedan producir por fallos en la justicia ordinaria o responsabilidades señaladas en ámbitos administrativos en general, por lo que su aplicación normativa vendría a ser directamente el procedimiento establecido tanto en el Código Orgánico Administrativo y Código Orgánico General de Procesos.

En el mismo sentido encontramos que en los casos de repeticiones que se den en contra del estado por inadecuada administración de justicia y por revocatoria o reforma de sentencia condenatoria, las mismas que pueden ser aquellos casos en los que exista error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Se deberá aplicar lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código Orgánico General de Procesos.

Por otro lado, si realizamos una revisión de aquellos fallos u autos definitivos que provengan de garantías jurisdiccionales, de Organismos Internacionales de protección de derechos y de aquellos casos en los que se determine la vulneración de derechos a la naturaleza y se produzcan daños ambientales, se debe aplicar lo establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y supletoriamente a lo establecido en el Código Orgánico General de Procesos. Por ende, en este análisis realizaremos una diferenciación entre la





acción de repetición que puede ser aplicada en casos de aquellas reparaciones que provengan desde un ámbito de la justicia ordinaria y otra desde un punto constitucional respecto de vulneración de derechos al estar regulado por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

### **2.2.1 La acción de repetición en el Código Orgánico de la Función Judicial.**

La acción de repetición explicada desde esta perspectiva abarcará lo establecido en el Código Orgánico Administrativo. En la que se refiere a la repetición en los casos de inadecuada administración de justicia y por revocatoria o reforma de sentencia condenatoria.

En primer lugar, hay que señalar que esta acción se encuentra regulada en el Art. 33 del Código Orgánico de la Función Judicial, en la que establece a breves rasgos cuando procede la acción y cuál sería el procedimiento para seguir en estos casos, por ende, este nos señala lo siguiente:

Art. 33.- REPETICION DE LO PAGADO POR EL ESTADO. En los casos contemplados en el artículo anterior, el Estado ejercerá en forma inmediata el derecho de repetición contra las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades, administrativas, civiles y penales. De haber varios responsables, todos quedarán solidariamente obligados al reembolso del monto total pagado más los intereses legales desde la fecha del pago y las costas judiciales.

La Procuraduría General del Estado tendrá la obligación de efectuar todas las acciones a fin de que los intereses del Estado no se vean conculcados y los recursos motivo de indemnización sean recuperados, bajo pena de destitución.

Una vez citada la demanda al Consejo de la Judicatura, éste pedirá al juzgado de la causa que se cuente como partes procesales con las servidoras o servidores que hayan intervenido en los actos que se alegan fueron violatorios de los derechos del perjudicado, y que se les cite en sus domicilios o en sus lugares de trabajo. Las servidoras o servidores tendrán las más amplias garantías para ejercer su derecho a la defensa, pero están en la obligación de comparecer a juicio y aportar toda la prueba de que dispongan a fin de demostrar que los actos que originaron los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia suya, sino acaso fortuito o a

fuerza mayor. No se admitirá como causa de justificación el error inexcusable ni la existencia de orden superior jerárquica.

Si en la sentencia ejecutoriada se declara que las servidoras o los servidores no han justificado su conducta, se dispondrá que el Estado pague la indemnización por daños y perjuicios y por daño moral, y que de inmediato el Consejo de la Judicatura inicie el procedimiento coactivo contra las servidoras o los servidores responsables para el reembolso de lo que el Estado deba pagar al perjudicado. ( Código Orgánico de la Función Judicial, 2015)

En primer lugar, nos da una pequeña definición de su procedencia, y nos establece que una vez iniciado el proceso por inadecuada administración de justicia y por revocatoria o reforma de sentencia condenatoria. El Consejo de la Judicatura una vez citado con el inicio de ese proceso será la institución encargada de solicitar al juez la comparecencia de las personas responsables de los daños producidos, para que puedan ejercer su derecho a la defensa y en el proceso interponer sus pruebas de descargo, con la finalidad de demostrar que sus actuaciones carecen de dolo, negligencia o culpa grave. Esto se debe desarrollar en el juicio que se determina la responsabilidad principal y en el caso de que así sea el Estado será el encargado de asumir la indemnización, y posteriormente una vez la sentencia se encuentre ejecutoriada será el encargado de iniciar en contra de los funcionarios responsables un procedimiento coactivo regulado en el Código Orgánico Administrativo, para recuperar los valores cancelados.

Existiendo así una diferencia del resto de los casos de repetición en los que su responsabilidad es determinada en un procedimiento específico y no dentro del procedimiento que determina la responsabilidad estatal.

### **2.2.2. La acción de repetición en el Código Orgánico Administrativo.**

Otro de los textos legales que abarca un poco más el concepto y procedimiento a seguir es el Código Orgánico Administrativo, mismo que señala lo siguiente:

Art. 330.- Responsabilidad extracontractual. Las instituciones del sector público, con excepción de la función judicial cuya responsabilidad está determinada en su propia ley, responden por el daño debidamente calificado proveniente de sus actuaciones u omisiones, incluso cuando estas sean lícitas, siempre que el particular perjudicado no tenga la obligación



jurídica de soportarlo, en los términos de la reparación por daños prevista en este Código. En los mismos términos la o el delegatario y concesionario responden directamente por los daños que ocasionen y subsidiariamente el Estado. En todos los casos el Estado ejercerá su derecho a la repetición. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

En el mismo sentido el Código Orgánico Administrativo en su artículo 333 establece que:

Art. 333.- Responsabilidad por acciones u omisiones de servidores públicos. El Estado responde por el daño calificado, por acción u omisión de la o del servidor público y tendrá la obligación de ejercer la acción de repetición contra quienes, en el ejercicio de sus funciones, generaron el daño por dolo o culpa grave. (Código Orgánico Administrativo, 2017).

Por lo que nuevamente en esta regulación se establece cuáles van a ser los casos en los que el Estado puede ejercer este derecho de repetición por los daños ocasionados por sus delegados o funcionarios.

Ahora en cuanto a lo que tiene que ver al procedimiento como tal el Art. 344 del Código Orgánico Administrativo, nos establece de forma más detallada el proceder en esta acción determinando así puntos claves para su aplicación:

Art. 344.- Acción judicial de repetición. Una vez declarada la responsabilidad extracontractual del Estado y efectuado el pago completo de la respectiva indemnización, la máxima autoridad de la institución responsable propondrá una acción de repetición que se sujetará al trámite ordinario previsto en el Código Orgánico General de Procesos, ante los jueces de lo contencioso administrativo. En este tipo de procesos no cabe reconvencción.

Si varias instituciones públicas han sido declaradas responsables, propondrán en forma conjunta la acción de repetición si los demandados tienen sus domicilios en el mismo distrito judicial; caso contrario, coordinarán la presentación de las demandas que correspondan.

La acción de repetición procede cuando el daño es consecuencia de la actuación u omisión con dolo o culpa grave de la o del servidor, que deberá ser declarada en el proceso judicial.



En caso de pluralidad de las o los servidores públicos que hayan actuado con dolo o culpa grave, el valor de las reparaciones a las que haya lugar se distribuirá de acuerdo con la responsabilidad de la o del servidor y su grado de participación.

La acción prescribirá en cuatro años contados a partir de la fecha en que se efectuó el pago único o el último, si se efectuó en cuotas. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Ahora en cuanto al procedimiento el Art. 328 del Código Orgánico General de Procesos, señala que:

Art. 328.- Repetición. En los casos en que la sentencia declare la responsabilidad de las autoridades, servidoras o servidores públicos en el desempeño de sus cargos o las personas de derecho privado que ejerzan potestad pública en virtud de concesión o delegación a la iniciativa privada, se ordenará que se inicie el proceso de repetición contra todos aquellos, quienes tendrán responsabilidad solidaria hasta la solución total de la obligación. La repetición se sustanciará ante las o los juzgadores de lo contencioso administrativo mediante procedimiento ordinario. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

Por ende, a más de lo ya antes mencionado nuevamente señala cuales serían las causas por los que el Estado puede ejercer esta acción de repetición, señalando el tipo de responsabilidad en la que responderán de ser el caso que se señale su responsabilidad en sentencia. Y finalmente nos establece que esta acción de repetición se tramitará en procedimiento ordinario siguiendo las reglas estipuladas en el Código Orgánico General de Procesos, para aquel procedimiento además que nos señala claramente que la competencia para conocer y tramitar la causa será la de los jueces Contenciosos Administrativos.

Por ende, como conclusión podemos señalar que el procedimiento a tomarse en los casos de repetición deberá ser el siguiente:

En primer lugar, debe existir el daño producido ya sea por un delegado o un funcionario público a un particular y que dicho daño ya haya sido reparado por parte del Estado de forma completa. Cabe señalar además que como requisito de procedibilidad debe existir la declaratoria por parte del juez de que dicho funcionario ha actuado con dolo o culpa grave.



Una vez erogado el pago por parte del Estado, la máxima autoridad de la institución responsable será la encargada de iniciar la acción de repetición en contra de los funcionarios o delegatarios que produjeron el daño, demandando a través de vía ordinaria ante los jueces de lo contencioso administrativo, cuya demanda deberá contener los requisitos establecidos en el Art 142 del Código Orgánico General de Procesos. Y de forma obligatoria se deberá notificar a la Procuraduría General del Estado del inicio de la acción.

El demandado en este caso deberá ser citado de conformidad a las reglas estipuladas en el Código Orgánico General de Procesos, y dará contestación a su demanda dentro del término de 30 días. De igual forma hay que señalar que en este tipo de acción no cabe reconvencción.

Cumplido con estas diligencias se convocará a audiencia preliminar dentro del procedimiento ordinario la cual será llevada a cabo por los jueces del Tribunal Contencioso Administrativo, y se desarrollará de conformidad a las reglas establecidas en el Art. 294 del Código Orgánico General de Procesos. Hay que recalcar igual que dentro de esta audiencia se puede interponer excepciones previas por parte del demandado siendo la más común en nuestro ordenamiento jurídico la de prescripción ya que esta acción prescribe a los 4 años de erogado el último pago por parte de la entidad responsable.

Terminada la audiencia preliminar se dará paso a la convocatoria y realización de la audiencia de Juicio, la cual se llevará a cabo de conformidad a las reglas establecidas en el Art. 297 del Código Orgánico General de Procesos. Para que finalmente sean los jueces de la causa los encargados de determinar la responsabilidad directa o solidaria de los demandados a la devolución de lo pagado por el Estado, a través de su fallo o sentencia.

Por lo que en el mismo sentido hay que aclarar ciertos temas que deben ser explicados, al ser los que conocen la causa los Tribunales Contenciosos Administrativos, estos gozan de cierta peculiaridad ya que estos son procesos de única y última instancia, por lo que sus fallos no son susceptibles de recurso de apelación, los únicos recursos que caben de la sentencia emitida por estos tribunales en estos casos son los recurso extraordinarios de revisión y casación respectivamente estipulados en el Código Orgánico General de Procesos. Y la garantía jurisdiccional de acción



extraordinaria de protección contemplado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

### **2.2.3 La acción de repetición en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.**

Ahora por otra parte hay que señalar cual es el proceso que contempla la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, respecto de la acción de repetición que provenga de vulneración de derechos constitucionales, es por ello por lo que antes de empezar hay que señalar que, en el Código Orgánico General de Procesos, en su Art. 40 inciso segundo nos establece que:

Art. 40.- Prohibición de doble recuperación. (...) Cuando el Estado o las instituciones comprendidas en el sector público asuman la responsabilidad de reparar o cuando hayan sido condenadas a reparar materialmente mediante sentencia, en un proceso que declare la vulneración de los derechos de la naturaleza, el Estado ejercerá el derecho de repetición, de conformidad con el procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

Por lo que solo en este caso la vulneración de los derechos de la naturaleza, si bien se encuentra establecido en el Código Orgánico General de Procesos, la propia normativa establece que se debe aplicar lo estipulado por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en cuanto a su procedimiento de ejecución de la acción de repetición.

En ese contexto hay que señalar que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su capítulo X, respecto de la repetición contra servidoras y servidores públicos por violación de derechos nos establece que:

Art. 67. La repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos.



El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya cumplido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

La acción de repetición prescribirá en el plazo de cuatro años, contados a partir de la realización del pago total hecho por el Estado. ( Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009)

En el mismo sentido que párrafos anteriores este artículo nos establece las pautas en las que el Estado puede ejercer la acción de repetición en contra de aquellos servidores públicos que en el ejercicio de sus funciones hayan vulnerado derechos de particulares y que a causa de ello el Estado haya sido condenado a una reparación patrimonial. Entre las principales causas encontramos que este procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se establece por aquellas sentencias o autos definitivos que provengan de garantías jurisdiccionales u organismos internacionales de derechos humanos que declaren la vulneración de derechos.

De igual forma en su Art. 68, nos habla acerca de quiénes pueden interponer dicha acción, como legitimados activos de la causa, en ese sentido la le estipula que:





Art. 68.- Legitimación activa. La máxima autoridad de la entidad responsable asumirá el patrocinio de esta causa a nombre del Estado y deberá interponer la demanda ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente para que se reintegren al Estado los recursos erogados por concepto de reparación. Cuando el Gobierno Autónomo Descentralizado ha reparado a la víctima, intervendrá el representante legal de la institución. Se contará, para la defensa de los intereses del Estado, con la intervención de la Procuradora o Procurador General del Estado. En caso de que la máxima autoridad fuere la responsable directa de la violación de derechos, el patrocinio de la causa lo asumirá la Procuraduría General del Estado.

La jueza o juez deberá poner en conocimiento de la máxima autoridad de la entidad responsable y de la Procuradora o Procurador General la sentencia o auto definitivo de un proceso de garantías jurisdiccionales o del representante legal del Gobierno Autónomo Descentralizado.

Cualquier persona puede poner en conocimiento de la Procuradora o Procurador General la existencia de una sentencia, auto definitivo o resolución de un organismo internacional competente en la cual se ordena la reparación material.

De igual forma, cualquier persona podrá interponer la acción de repetición ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente. La acción no vincula procesalmente a la persona. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente deberá comunicar inmediatamente a la máxima autoridad de la entidad correspondiente para que asuma el patrocinio de la causa. La máxima autoridad de la entidad y la Procuradora o Procurador General no podrá excusarse de participar en el procedimiento de repetición.

En caso de que la máxima autoridad de la entidad no demande la repetición o no asuma el patrocinio de la causa cuando la acción ha sido interpuesta por un particular, se podrá interponer una acción por incumplimiento en su contra. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).



De forma general el legitimado activo dentro de esta causa será la máxima autoridad de la entidad responsable y que además será la encargada de interponer la demanda en contra de los servidores responsables, a más de ello nos establece que en el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, el encargado de iniciar la acción será el representante legal de la institución, y que en todos los casos se debe notificar a la Procuraduría General del Estado.

Otro punto que resulta curioso es la potestad que otorga el legislador a la ciudadanía en general al otorgarle la potestad de que esta pueda comunicar de aquellas sentencias que ordenan algún tipo de reparación material a las instituciones y a la Procuraduría General del Estado y en otros casos a ser ellos directamente quienes interpongan la acción de repetición sin que esto conlleve a que sean parte procesal y únicamente sea el juez el encargado de comunicar a las instituciones involucradas. Obligando así a que se inicie el procedimiento so pena de sanción en caso de la no participación de las entidades responsables.

Otro de los aspectos fundamentales que se solicita en la ejecución de esta acción de repetición es aquella investigación previa que se debe realizar por parte de la entidad la misma que señala lo siguiente:

Art. 69.- Investigación previa a la demanda. La máxima autoridad de la entidad deberá determinar, previa a la presentación de la demanda, la identidad de las personas presuntamente responsables de la violación o violaciones de derechos. La máxima autoridad de dicha institución estará obligada a identificar al presunto o presuntos responsables, aún en el caso de que ya no continúen trabajando para dicha institución.

De no determinarse la identidad de los presuntos responsables, la Procuradora o Procurador presentarán la demanda en contra de la máxima autoridad de la entidad. En caso de existir causal de imposibilidad para la identificación o paradero del presunto o presuntos responsables de la violación de derechos, la máxima autoridad de la institución podrá alegarla en el proceso de repetición. En caso de existir un proceso administrativo sancionatorio, al interior de la institución accionada, en el que se haya determinado la responsabilidad de la persona o personas contra quienes se debe interponer la acción de repetición, servirá de base suficiente para iniciar el proceso de repetición. La investigación prevista en este artículo no



podrá extenderse por más del término de veinte días, transcurrido el cual la máxima autoridad de la entidad o la Procuradora o Procurador General deberá presentar la demanda. ( Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Uno de los requisitos de procedibilidad en estas acciones de repetición son la existencia de una investigación previa por parte de la máxima autoridad de la Institución responsable con la finalidad de determinar responsabilidades. En este sentido igual la ley prevé que en los casos en que la máxima autoridad sea la responsable le compete este trabajo al procurador de dicha institución e investigación debe realizarse en el término de 20 días.

Otro punto importante y que hace relación a lo determinado en el ordenamiento jurídico de Colombia es la existencia de la posibilidad de que cualquier persona puede poner en conocimiento de la entidad para que dé inicio a la acción de repetición. Guardando así relación con lo estipulado en el Art. 68 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en la que se permite comunicar al Procurador General del Estado para que dé inicio al mismo.

En la misma línea la Corte Constitucional en Sentencia 71-17-EP, estableció los requisitos que deben cumplirse para que se dé cumplimiento a este requisito de procedibilidad los mismo que son los siguientes:

Para que el ejercicio de la acción de repetición proceda deben confluír los siguientes requisitos:

- a) que el Estado haya sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o autos definitivos en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución de un organismo internacional de protección de derechos;
- b) que el Estado haya pagado la totalidad por concepto de reparación material a favor de la víctima;
- c) que la disposición de pago por concepto de reparación integral se haya producido como consecuencia de la conducta dolosa o culposa del funcionario o exfuncionario público debidamente comprobada;
- d) para casos en los que la máxima autoridad sea la legitimada activa, previo a la presentación de la demanda, esta deberá determinar la identidad de las personas

presuntamente responsables de la violación o violaciones de derechos, a través de una investigación que no podrá extenderse por más del término de 20 días. La máxima autoridad de dicha institución estará obligada a identificar al presunto o presuntos responsables, aún en el caso de que ya no continúen trabajando para dicha institución; y

- e) si no se llega a determinar la identidad de los presuntos responsables, la Procuradora o Procurador General del Estado debe presentar la demanda de repetición en contra de la máxima autoridad de la entidad. (Sentencia 71-17-EP/22, 2022).

Por otro lado, a diferencia de las acciones de repetición iniciadas en casos que provengan de la justicia ordinaria en los que la demanda debe contener los requisitos del Código Orgánico General de Procesos, en estas acciones la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ha establecido que los requisitos de la demanda y los documentos a adjuntarse a la misma deben ser los siguientes:

Art. 70.- Demanda. La demanda de repetición deberá contener:

1. El nombre y el apellido de la persona demandada o demandadas y la determinación de la institución que provocó la violación de derechos.
2. Los antecedentes en los que se expondrá el hecho, los derechos violados y la reparación material realizada por el Estado.
3. Los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la acción de repetición.
4. La pretensión de pago de lo erogado por el Estado por concepto de reparación material.
5. La solicitud de medidas cautelares reales, si fuere necesario.

Se adjuntará a la demanda:

- a) La sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos en el que se ordena la reparación material al Estado.
- b) El justificativo de pago por concepto de reparación material realizado por el Estado.



En caso de que la demanda sea interpuesta por una persona o personas particulares, éstos no estarán obligados a adjuntar el justificativo de pago.

La demanda podrá interponerse en contra de una o varias personas presuntamente responsables.

La demanda se interpondrá sin perjuicio de que las servidoras o servidores públicos presuntamente responsables hayan cesado en sus funciones. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009)

Contra poniéndose así a aquellos requisitos que se encuentran establecidos en el Código Orgánico General de Procesos, respecto de la ejecución de la antes mencionada acción. Adjuntando sus características, que como se mencionó anteriormente en aquellos casos que se simplifica la acción al punto de que los accionantes en caso de ser particulares no están obligados a adjuntar el justificativo del pago por la entidad.

En cuanto a lo que tiene que ver el trámite o procedimiento se asemeja a lo ya señalado en líneas anteriores, puesto que en todos los casos de repetición el órgano encargado para conocer la causa son los Tribunales Contenciosos Administrativos, y de forma obligatoria se deberá citar a la Procuraduría General del Estado, a más que se desarrollará en un proceso de conocimiento, el cual es el ordinario y seguirá las reglas establecidas en el Código Orgánico General de Procesos, en cuanto al mismo. En ese sentido la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, señala lo siguiente:

Art. 71.- Trámite. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial conocerá de la acción de repetición en procedimiento ordinario, en la cual se citará al Procurador General del Estado cuando no haya comparecido previamente ajuicio.

En el caso del inciso cuarto del artículo 68, la entidad que asuma el patrocinio de la causa podrá reformar la demanda conforme a lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos. ( Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Ahora en cuanto a la responsabilidad de los funcionarios la cual debe ser determinada en sentencia la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece ciertas





cuestiones en las que dependiendo de las circunstancias el servidor responde de cierta forma, es por ello que la ley nos señala que:

Art. 72.- Sentencia. En la sentencia se declarará, de encontrar fundamentos, la responsabilidad de la persona o personas demandadas por la violación de derechos que generaron la obligación del Estado de reparar materialmente y, además ordenará a la persona o personas responsables, pagar al Estado lo erogado por concepto de reparación material, estableciendo la forma y el tiempo en que deberá realizarse.

Cuando existiere más de una persona responsable, se establecerá, en función de los hechos y el grado de responsabilidad, el monto que deberá pagar cada responsable. En ningún caso la sentencia podrá dejar en estado de necesidad a la persona responsable.

Cuando el Estado hubiere sido condenado al cumplimiento de la obligación de dos o más plazos, la sentencia en el juicio de repetición condenará a las personas responsables, al pago de las obligaciones vencidas reclamadas, pero la ejecución deberá comprender las que se hubiesen vencido posteriormente, hasta la total cancelación de lo pagado por el Estado, de acuerdo a lo previsto en el Código Orgánico General de Procesos, sobre la ejecución de pensiones periódicas o el cumplimiento de obligaciones a plazo. ( Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009)

Por lo que en primer lugar el Tribunal Contencioso Administrativo será el encargado a través de sentencia determinar la responsabilidad del o los servidores, lo cual lo harán dependiendo del grado de responsabilidad señalando el monto que debe cancelar cada funcionario en base a la responsabilidad solidaria de cada funcionario.

Finalmente hay que señalar que una de las particularidades dentro del procedimiento de ejecución de la acción de repetición que se encuentra establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es que permite que de la sentencia del tribunal se pueda interponer recurso de apelación, por lo que en su Art. 73 señala lo siguiente: “Art. 73.- Recursos. De la sentencia se podrá interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia” ( Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).





Estableciendo así una gran diferencia respecto de los otros procedimientos que son conocidos por los Tribunales Contenciosos Administrativos y que son objeto de aplicación del Código Orgánico Administrativo y a su vez del Código Orgánico General de Procesos. Problema que será analizado más adelante.

### **2.3. Principales problemas en la aplicación de la acción de repetición. Resumen de los resultados en la aplicación de métodos y diagnóstico.**

La acción de repetición dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano atraviesa por diferentes aristas normativas que provocan problemas en su aplicación, es por ello que se va a proceder a explicar desde un punto de vista académico cuales son los principales problemas que se dan al aplicar esta acción judicial de repetición.

En primer lugar, uno de los principales obstáculos en el procedimiento radica en la ambigüedad de la remisión a varios cuerpos normativos, sin especificar un proceso eficaz para la recuperación de valores pecuniarios desembolsados por parte del Estado. Por lo que, a pesar de existir una vía legal para ejecutar la acción de repetición, la presencia de normas dispersas y diferenciadas ocasiona confusión al momento de aplicarla y restar efectividad a esta acción.

#### **2.3.1 Dispersión Normativa.**

Una de las principales deficiencias dentro de la aplicación normativa de la acción jurídica de repetición es el hecho de que se encuentra dispersa en diferentes cuerpos normativos, es así que podemos observar que esta acción está regulada tanto por el Código Orgánico Administrativo, el Código Orgánico General de Procesos, el Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Por lo que la principal deficiencia en la aplicación de esta acción de repetición se da debido a que el procedimiento se encuentra disperso en diversos cuerpos normativos, dando lugar a la aparición de antinomias y vacíos legales como es el caso de las contradicciones entre el Código Orgánico de la Función Judicial, Código Orgánico Administrativo y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, las cuales en este caso son leyes orgánicas. Generando así



que exista una contradicción normativa que establece de cierta forma inseguridad jurídica y deficiencias al momento de su aplicación, obstaculizando la efectividad de la acción de repetición.

En ese mismo sentido podemos observar que la acción de repetición se encuentra regulada en los siguientes cuerpos normativos:

- a) Código Orgánico Administrativo del Art. 330, Art. 333 y Art. 344.
- b) Código Orgánico General de Procesos Art. 40 y Art. 328.
- c) Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 33.
- d) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art. 67 al Art. 73
- e) Sentencia de la Corte Constitucional N<sup>o</sup> 71-17-EP/22.

### **2.3.2. El recurso de apelación en la acción de repetición.**

Dentro de las facultades de los Tribunales Contenciosos Administrativos encontramos que son competentes para resolver las acciones de repetición que interponga el Estado en contra de sus servidores o ex servidores dependiendo de la circunstancia de los hechos. Ya sea por el procedimiento establecido en el Código Orgánico Administrativo o el proceso establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Por ello hay que recordar que estos Tribunales al ser Distritales gozan de rango de Corte Provincial por lo que sus fallos no son susceptibles del recurso de apelación ya que son de única y última instancia.

En ese sentido Elena Durán en su obra los Procesos Contenciosos Administrativos en el Ecuador, señala que: “Estos órganos de la Función Judicial son los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo que, en única instancia, son competentes para conocer y resolver asuntos contencioso-administrativos” (Durán, 2010).

Por lo que de forma general las sentencias emitidas por estos tribunales no caben que se plantee recurso de apelación, y en la misma línea el Código Orgánico General de Procesos, señala en su Art. 256 que:

Art. 256.- Procedencia. El recurso de apelación procede contra las sentencias y los autos interlocutorios dictados dentro de la primera instancia, así como contra las providencias con



respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso. Podrá interponerse de manera oral en la respectiva audiencia. (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Por lo que como ya se mencionó antes el recurso de apelación únicamente procede en contra de sentencias que sean dictados en primera instancia, y al no ser reconocido los fallos de los Tribunales Contenciosos administrativos como una sentencia en primera instancia, no cabe que se plantee recurso de Apelación alguno. Y así se lo lleva a cabo respecto de las acciones de repetición que son tramitadas por el Código Orgánico Administrativo, aplicando obviamente la norma establecida en el Código Orgánico General de Procesos.

Pero pese a estas observaciones realizadas lo que llama la atención es que dentro del procedimiento de ejecución de la acción de repetición que se encuentra contemplado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se faculta que de la sentencia del tribunal se pueda interponer recurso de apelación, esto de conformidad a lo establecido en el Art. 73 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que estipula lo siguiente: “Art. 73.- Recursos. De la sentencia se podrá interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

El recurso de apelación que si bien es cierto no está contemplado para aquellas sentencias de los Tribunales Contenciosos Administrativos, estos según el Art. 73 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, pueden ser susceptibles del recurso de apelación contraviniendo así la característica de este tipo de tribunales. Generando así un conflicto entre dos normas orgánicas respecto de la acción de repetición de forma general en la que por un lado permiten que se apele de la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo en aquellos casos que se encuentren regulados por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y por otro que no se pueda apelar de aquellas sentencias que sean reguladas por el Código Orgánico Administrativo. Generando así conflictos respecto de la seguridad jurídica en la aplicación de esta acción de repetición.

Otro problema, surge en el cuarto inciso del artículo 68, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, donde se contempla la posibilidad de que cualquier persona





pueda interponer una acción de repetición ante la autoridad competente. Esto genera un conflicto, respecto de la acción de repetición estipulada en el Código Orgánico Administrativo, ya que una persona ajena al proceso que no tenga pruebas podría interponer esta acción sin ser parte procesal, mientras que, en el Código Orgánico Administrativo, se señala que la entidad responsable es la encargada de iniciar el procedimiento. A más de aquellas facultades que se establecen al facultar en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a que un particular interponga la acción y que esta no sea parte procesal. E incluso, aunque las finanzas públicas, constituyen propiedad del pueblo, por pacto constituyente, el Estado es depositario de su tutela, administración y representación, entonces tendría la legitimación activa para poder interponer proceso, no el ciudadano común. Además, la relación que legitima la acción de protección es la relación Estado- funcionario, no interviene el ciudadano.

Se considera que la inclusión de esta acción en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, fue un error del legislador porque la relación que da origen a este proceso, los fines, no son compartibles al objeto de esta ley, ni con la naturaleza del resto de los procesos que allí se ventilan. Ciertamente, la diversidad y diferentes naturalezas, de las sentencias que constituyen la causa de esta acción, así como, la finalidad peculiar de la acción justifica la creación de una ley especial.

### **2.3.3. Legitimación activa de la acción de repetición.**

Otro de los problemas que se presenta en la aplicación de esta acción de repetición es la diferenciación entre lo establecido el Código Orgánico Administrativo y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, respecto de la legitimación activa respectivamente.

Por un lado, el Código Orgánico Administrativo señala que:

Art. 344.- Acción judicial de repetición. Una vez declarada la responsabilidad extracontractual del Estado y efectuado el pago completo de la respectiva indemnización, la máxima autoridad de la institución responsable propondrá una acción de repetición que se sujetará al trámite ordinario previsto en el Código Orgánico General de Procesos, ante los jueces de lo





contencioso administrativo. En este tipo de procesos no cabe reconvencción. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

Dando a entender claramente que en estos casos el legitimado activo, o a su vez la persona encargada de interponer esta acción es la máxima autoridad de la entidad responsable. Esto de conformidad con aquellos presupuestos establecidos en la normativa vigente respecto de la legitimidad ad causam.

En ese sentido se señala que la legitimación activa:

La falta de legitimación activa ad causam debe apreciarse de oficio y se produce cuando el actor no aparece como titular del derecho que intenta hacer valer en el proceso o no está facultado por sí solo para el ejercicio de la acción por ser necesario que figuren en el lado activo del proceso como demandantes otros partícipes en la relación jurídica controvertida directamente interesados en su resultado. (Real Academia Española, 2024).

Por lo que claramente podemos señalar que existe legitimación activa, al tener la titularidad jurídica afirmada y el objeto jurídico pretendido. Por ende, en este caso el órgano que debe ejercer el derecho de la acción de repetición es la Entidad responsable, conforme bien señala el Código Orgánico Administrativo.

Ahora por otro lado hay que analizar lo que se encuentra estipulado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, respecto de la legitimación activa, en la cual establece que:

“Art. 68.- Legitimación activa. La máxima autoridad de la entidad responsable asumirá el patrocinio de esta causa a nombre del Estado y deberá interponer la demanda ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente para que se reintegren al Estado los recursos erogados por concepto de reparación. Cuando el Gobierno Autónomo Descentralizado ha reparado a la víctima, intervendrá el representante legal de la institución. Se contará, para la defensa de los intereses del Estado, con la intervención de la Procuradora o Procurador General del Estado. En caso de que la máxima autoridad fuere la responsable



directa de la violación de derechos, el patrocinio de la causa lo asumirá la Procuraduría General del Estado. (...)

Cualquier persona puede poner en conocimiento de la Procuradora o Procurador General la existencia de una sentencia, auto definitivo o resolución de un organismo internacional competente en la cual se ordena la reparación material.

De igual forma, cualquier persona podrá interponer la acción de repetición ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente. La acción no vincula procesalmente a la persona. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente deberá comunicar inmediatamente a la máxima autoridad de la entidad correspondiente para que asuma el patrocinio de la causa. La máxima autoridad de la entidad y la Procuradora o Procurador General no podrá excusarse de participar en el procedimiento de repetición.

En caso de que la máxima autoridad de la entidad no demande la repetición o no asuma el patrocinio de la causa cuando la acción ha sido interpuesta por un particular, se podrá interponer una acción por incumplimiento en su contra. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009)

En primer lugar, concuerda en cierta forma con que, en su inicio la persona a cargo de la legitimidad activa dentro de esta acción de repetición es la máxima autoridad de la entidad responsable, e inclusive concuerdo con el aspecto en el que se señala como legitimado activo el hecho de darle esta facultad a la Procuraduría General del Estado, en aquellos casos en los que la máxima autoridad de la entidad sea la responsable. Pero lo que llama la atención es el hecho de que se agrega a un particular, prácticamente como legitimado activo, para que este si bien es cierto pueda poner en conocimiento a las entidades pertinentes de la existencia de una sentencia que implique reparación material, lo faculta a que este pueda iniciar la acción, sin ser parte del proceso.

Rompiendo aquel esquema en que el actor de un juicio sea aquel que deba demostrar lo señalado en audiencia y a su vez que este deba ser el titular del derecho a reclamar. Por lo que se contraponen totalmente a lo ya señalado tanto en el Código Orgánico Administrativo, como en el Código Orgánico General de Procesos. En el mismo sentido la Ley Orgánica de Garantías



Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su Art. 70 estipula que: “Art. 70 (...), En caso de que la demanda sea interpuesta por una persona o personas particulares, éstos no estarán obligados a adjuntar el justificativo de pago, (...)” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Reafirmando nuevamente que esta acción puede ser presentada por un particular sin ni siquiera tener las pruebas o documentos que se solicita al iniciar la acción dejando toda la responsabilidad en la entidad sin que ni siquiera esta tenga conocimiento de esta.

Este problema se puede agravar en la actualidad debido al cambio que está sufriendo la justicia ecuatoriana respecto de la constitucionalización de la justicia ordinaria, puesto que si bien es cierto no toda vulneración cabe dentro de la esfera constitucional, en los últimos años se ha visto como a través de garantías jurisdiccionales se han venido resolviendo casos que antes eran competencia exclusiva de la justicia ordinaria y al ser resueltas por un juez constitucional nos embocamos en el hecho de que las reparaciones económicas que son pagadas por el Estado, son ocasionadas por vulneraciones de derechos, lo que, fácilmente podrían abarcar su aplicación en cuanto a un proceso de repetición aplicando las normas establecidas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Ocasionando así, cualquier persona que tenga conocimiento de una sentencia que ordene alguna reparación económica, pueda iniciarse el proceso de repetición, sin ni siquiera tener conocimiento de la entidad responsable en su inicio.

Por lo que este problema respecto de la legitimación activa genera de cierta forma antinomias e inseguridad jurídica, respecto de cómo ejercer aquella legitimación, de conformidad a lo determinado en los diferentes textos legales que se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. Aumentando así la necesidad de una reforma y unificación para la correcta regulación de esta acción judicial de repetición.

Finalmente podemos señalar que los problemas que se dan al momento de aplicar la acción judicial de repetición surgen por toda aquella dispersión normativa presente en nuestro ordenamiento jurídico, la misma que dificulta a los sujetos que se desenvuelven en esta institución jurídica el poder aplicarla de forma correcta puesto que esto dificulta la elección de los funcionarios para aplicar la normativa aplicable en cada caso. Generando que esta acción sea ineficaz además





de las extensas diferencias existentes tanto en la aplicación del Código Orgánico Administrativo, Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

#### **2.4. Resultados de la entrevista**

La entrevista se usó en el capítulo uno para la sistematización teórica de la acción de repetición y como contraste a los criterios en materia de crítica legislativa, a partir de la aplicación del método exegético y en la configuración de la propuesta, a través de la metodología de la investigación propuesta, la cual fue efectuada a profundidad, y ha sido realizada a juristas que se encuentran en el ejercicio de la profesión y que conocen de la acción de repetición dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Siguiendo el criterio cualitativo, la muestra escogida fue de forma intencional, mediante un muestreo opinático y teórico, que permitió encontrar y seleccionar a las personas que pudieran brindar información relevante sobre el tema, atendiendo no tanto a la saturación de resultados, sino a la calidad de la información.

En ese sentido se configuró una entrevista a profundidad, pues la información recogida se realizó mediante una interacción entre el investigador y los encuestados, influyendo ambos mutuamente en la configuración de la propuesta; es además enfocada pues se centró como objetivo dar respuesta a la interrogante planteada para verificar si es posible la implementación de las bases propuestas como posible solución en una reforma legislativa por lo que sirve de guía para ello los nodos y aspectos recogidos en el modelo de Ferrajoli como referente teórico para las bases legislativas propuestas.

Para la realización de la entrevista fueron escogidos seis juristas que laboran en la Procuraduría General del Estado, desglosados en una Subdirectora de Recursos Constitucionales, dos Abogados de Litigios de Asuntos Constitucionales, un Abogado de Litigios de Asuntos Contenciosos Administrativos, un Abogado de Litigios de Asuntos Penales y una Coordinadora del área de Civil y Laboral. De estos el mayor número de profesionales están inmiscuidos en procesos judiciales que implica el ejercicio de la acción de repetición, adicional que la totalidad de los abogados conocen tanto asuntos constitucionales como contenciosos administrativos.

Al incorporar el método cualitativo en el desarrollo de toda la investigación, ésta en consecuencia es sistemática y a la vez dialéctica, con una orientación holística y concretizadora.

Atendiendo a que es una entrevista no estructurada, el instrumento utilizado para la toma de la misma fue una guía de diez ítems, con la que se logró la obtención de diversos criterios que sirven de sustento y análisis en esta investigación.

1. Sobre el conocimiento de la acción de repetición, los seis profesionales entrevistados conocían sobre la acción judicial de repetición, y señalaban además que es una acción de derecho público que se inicia en contra de servidores o ex servidores que ocasionaron por sus acciones que el Estado sea responsable de indemnizaciones pecuniarias. Destacar el criterio del Dr. Luis Mena, quien considera además que esta acción de repetición se puede entender como: *“una declaratoria de responsabilidad de los servidores públicos cuando en el ejercicio de sus funciones el Estado ha sido condenado a una reparación.”*. Entendiendo así que los preceptos sobre la finalidad de la acción de repetición son claros al menos en la mayoría de los juristas dentro del país.
2. Ante el ítem sobre el fin o necesidad que legitimen la acción de protección. Hay que analizar qué pasa con aquella responsabilidad de aquellos funcionarios que ocasionan daños en el ejercicio de sus funciones, ya que como se ha venido mencionando estos son responsables por sus actuaciones. En ese sentido el total de entrevistados concuerdan con que estos sí deben responder por sus acciones en el ejercicio de sus atribuciones, y esto no únicamente porque así se encuentre señalado en la ley, ya que además alegan que en efecto esta responsabilidad se da, ya que en el servicio público las funciones de sus servidores están enmarcadas en lineamientos taxativos que son de obligatorio cumplimiento dependiendo el cargo que desempeñen. Por lo que no podríamos hablar de que en estos casos exista eximentes de responsabilidad. Adicional señalaron que se debe recalcar que todas las personas responden por sus acciones ya sea de forma civil, administrativa o penal de ser el caso.

En el mismo sentido si bien es cierto todos los entrevistados señalaron que si debe existir responsabilidad para los funcionarios que ocasionen un perjuicio al Estado, la Dra. Rafaela



Uzcátegui señala que este funcionario debe ser responsable siempre y cuando se logre demostrar que este actuó con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones. Lo que concuerda con aquel requisito de procedibilidad que se encuentra establecido en la ley y que señala lo siguiente: “La acción de repetición procede cuando el daño es consecuencia de la actuación u omisión con dolo o culpa grave de la o del servidor, que deberá ser declarada en el proceso judicial” (Código Orgánico Administrativo, 2017).

Por lo que la responsabilidad de los funcionarios debe siempre estar enmarcada en el respeto de la normativa vigente y de sus atribuciones para que estos no sean responsables por su actuar al momento de ejercer sus funciones.

3. Sobre la regulación jurídica de la acción de repetición. En este ítem los 6 juristas respondieron afirmativamente a que la actual regulación es propensa a lagunas, antinomias reiteraciones dificultando en la interpretación y aplicación de la acción de protección. Los participantes de la entrevista conocían en cierto grado en que normativas se encuentra regulada esta acción. El total de los participantes conocían que la acción de repetición se encuentra regulada por la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional. En cuanto a la regulación existente en el Código Orgánico Administrativo y Código Orgánico General de Procesos, cuatro participantes conocían de su regulación en estos textos normativos, mientras que solo uno de ellos sabía que además de los cuerpos normativos ya mencionados, esta acción también se encuentra regulada por el Código Orgánico de la Función Judicial.

Por lo que se logra denotar que en estos ítems existe un problema, ya que, si bien todos los participantes conocen de la acción de repetición, existe confusión al momento de señalar con claridad en que cuerpos normativos se encuentra regulada esta acción. Esto debido a la disgregación normativa existente en nuestro ordenamiento jurídico, lo que corrobora que la regulación jurídica actual de la acción de repetición genera confusión en su interpretación y conocimiento.



4. Con respecto a los ítems del conocimiento de aquellas diferencias existentes entre lo estipulado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y el Código Orgánico General de Procesos y Código Orgánico Administrativo, en la acción de repetición. Los seis entrevistados conocen de aquellas diferencias, pero no a profundidad, tal es el caso que señalan como aquellas diferencias, que el Código Orgánico Administrativo establece la acción de repetición de manera muy simple ya que no abarca mucho de su articulado para definir claramente su procedimiento, mientras que, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se establece un capítulo completo para tratar a detalle su aplicación. En el mismo sentido señalan igual conocer de aquellas diferencias normativas al momento de iniciar esta acción, ya que, según lo estipulado en el Código Orgánico Administrativo, el titular para iniciar la acción judicial de repetición es el representante de la institución que ha sido condenada al pago patrimonial, el cual iniciará la demanda en contra del presunto responsable, mientras que, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se establece que se puede presentar la acción por cualquier persona.

Finalmente, otra de las diferencias encontradas y señaladas por el Dr. Luis Mena, es el requisito de procedibilidad existente en cada uno de los casos de repetición, ya que nos señala que si la acción proviene de lo estipulado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, debe existir una investigación previa para iniciar la acción en contra del funcionario responsable, mientras que si esta acción inicia según lo determinado en el Código Orgánico Administrativo, esta acción debe ser el resultado de una declaratoria de responsabilidad previa la cual debe ser realizada de forma jurisdiccional.

Por otro lado, la Dra. Ana Jácome señala que la distinción existente entre lo regulado por el Código Orgánico Administrativo responde a aquella responsabilidad extracontractual del Estado que se repite en sus funcionarios, mientras que lo regulado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, responde a casos de responsabilidad patrimonial que surge por vulneración de derechos constitucionales. Esta distinción es crucial ya que dependiendo



de aquello se debe tomar la normativa aplicable a cada caso, ya que si bien es cierto cuando existe un detrimento en contra del Estado, se ejercerá el derecho de repetición. Por lo que al existir una responsabilidad al Estado que se genere, ya sea por una sentencia de garantías jurisdiccionales o a su vez por una sentencia de un organismo internacional que señale la existencia de vulneración de derechos humanos, la normativa aplicable en este caso será lo determinado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Pero si esta responsabilidad patrimonial procede de una responsabilidad extracontractual del Estado en la que existe la declaratoria previa de responsabilidad de los funcionarios en un proceso Contencioso Administrativo, la normativa aplicable será lo estipulado en el Código Orgánico Administrativo y Código Orgánico General de Procesos, respectivamente.

Este tipo de circunstancias a palabras de la Dra. Daniela Pavón, *“generan diferencias sustanciales a nivel adjetivo que generan antinomias y vacíos lo que resta efectividad a la acción de repetición”*. Por lo que podemos concluir que esta diferencia normativa genera confusión al momento de su aplicación generando así que la finalidad que mantiene la acción de repetición no se cumpla, y esta no sea eficaz.

##### 5. Sobre las recomendaciones para la regulación jurídica de la acción de protección.

-Sobre mantener la competencia a los tribunales administrativos.

En este caso, 4 de los 6 entrevistados indicaron que debían ser los Tribunales Contenciosos Administrativos, los que avocan conocimiento de la acción de repetición, siendo esto igual tanto en los casos de aplicación de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y el Código Orgánico Administrativo. Por lo que cuatro de los entrevistados señalan que esto debe ser así porque en primer lugar existe norma clara y expresa que les da la competencia a estos tribunales, además al tratar temas del Estado deben ser estos los que avoquen conocimiento.

Por otro lado, dos juristas señalan que no debe ser así, ya que esta acción debe ser conocida por los jueces civiles, ya que, lo que se resuelve en sí, es la responsabilidad patrimonial del funcionario y además señala que los Tribunales Contenciosos Administrativos poseen de una carga





procesal alta que conlleva a la demora en la resolución de dichos procesos, generando que esta acción sea ineficaz. Con este criterio, no se está de acuerdo, porque la acción se genera a partir de la actividad administrativa de la administración pública

-Sobre la procedencia o no de la apelación.

Se ha llegado a la conclusión de que cinco de los entrevistados concuerdan que debe existir este recurso de apelación, ya que con esto se garantiza el derecho de las partes y en especial de los funcionarios supuestamente responsables para que sea un superior quien ratifique o revea dicha decisión, garantizando así el derecho al doble conforme y las garantías de poder apelar al fallo.

Por otra parte, El Dr. Luis Mena considera incorrecto el hecho de que se pueda plantear un recurso de apelación del fallo ya que señala que: *“al ser los procesos contenciosos administrativos de única y última instancia el único recurso que cabe a sus sentencias es el recurso de casación, ya que no está entre las competencias de la Corte Nacional de Justicia conocer recursos de apelación que provengan de sentencias de los Tribunales Contenciosos Administrativos”*. Por ende, el hablar de apelación dentro de las acciones de repetición, resulta contradictorio, y más aún si es posible que se presente el recurso de apelación de procesos en los que se aplique la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, mientras que de los que provienen del Código Orgánico Administrativo, no es posible.

Y es que se vulnera el derecho al doble conforme y al derecho de recurrir al fallo, y esto hay que entenderlo desde una perspectiva más amplia ya que se tiene la idea de que los Tribunales Contenciosos Administrativos, al conocer temas en materia administrativa, existe una supuesta sede administrativa que conoce del proceso antes de llegar a la instancia judicial como tal. Pero si hablamos de la acción de repetición, en los procesos que se manejan con el Código Orgánico Administrativo, pese a que existe el requisito de procedibilidad en el que debe existir la declaratoria previa de responsabilidad por un juez, hay tomar en cuenta que al realizarse esta declaratoria de responsabilidad el funcionario afectado no concurre a juicio para hacer valer sus derechos y refutar los argumentos del juez en esta declaratoria, por lo que, para el funcionario en contra de quien se plantea la acción de repetición, este va a conocer del proceso por primera vez cuando sea citado con la demanda del inicio del proceso. Por lo que no va a tener posibilidad de que, en el caso que





en sentencia se declare su responsabilidad patrimonial este pueda acceder al recurso de apelación. Por lo que ante lo señalado sí debería existir un recurso de apelación en esta acción, para que el funcionario haga valer sus derechos ante un tribunal superior.

-Respecto a la legitimación activa:

Respecto de la legitimación activa cinco de los entrevistado consideran incorrecto lo establecido en el Art. 68 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en la que se señala que cualquier persona puede interponer la acción judicial de repetición, ya que para ellos debe ser la máxima autoridad de la institución responsable del daño quien debe iniciar la acción de repetición. Y esto debido a que esta persona al no tener conocimiento del proceso estaría inmersa en que carezca de las pruebas suficientes para interponer el recurso y es más señalan que no se podría considerar a la legitimación como subsidiaria a cualquier persona ya que inclusive esta no sería parte procesal. Por otra parte, la Dra. Rafaela Uzcátegui considera que sí es correcto el hecho de que cualquier persona pueda interponer la acción de repetición, ya que señala que: *“muchas de las veces pueden ser la máxima autoridad sobre quien recae la repetición y por este motivo evitan iniciarla”*.

- Sobre el requisito de la ley especial.

Finalmente, todos, los entrevistados señalan que en el contexto de la acción de repetición debe existir un solo cuerpo normativo, que abarque de forma completa esta acción y defina un solo procedimiento para que este sea aplicado. En palabras del Dr. Luis Mena, *“es necesario un solo cuerpo legal que contenga criterios claros para hacer efectiva la acción de repetición y no existan inconsistencias con normas dispersas que llevan a la confusión”* Por ende es claro que se necesita una reforma legislativa en la que se contemplen la unificación de criterios y se establezca un procedimiento claro a seguir para hacer efectiva esta acción.

Por lo que todos los participantes concuerdan que las reformas principales deben ir enfocadas a unificar normativa vigente. Además, que cinco de los entrevistados señalan que deben hacerse cambios respecto de la posibilidad de poder plantear el recurso de apelación de los procesos de repetición que provengan del Código Orgánico Administrativo, a más de que consideran igual



que el tema de la legitimación activa debe cambiar y no se debe permitir que cualquier persona interponga esta acción. Todo esto con la finalidad de que exista una ley específica del tema y que se cumpla con el debido proceso y la finalidad en sí de la acción de repetición que es la recuperación de activos del Estado.

## **2.5 Resultados de la aplicación del método de Derecho comparado de la acción de repetición entre Ecuador y Colombia.**

Señalando así que son preceptos casi idénticos y que persiguen el mismo objetivo o finalidad, que es ejercer su potestad en contra de aquellos funcionales que mediante su conducta ocasionen un perjuicio al Estado. De igual forma esta acción se encuentra establecida en norma constitucional, es decir se encuentran tanto en la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 11 como en el Art. 90 de la Constitución de la República de Colombia.

En nuestro ordenamiento jurídico la acción de repetición tiene una naturaleza mixta, mientras en Colombia, se considerada a esta acción como una acción civil de carácter patrimonial que busca en igualdad a nuestro ordenamiento jurídico el resarcimiento del daño patrimonial ocasionado al Estado, pero que a su vez es estas acciones son conocidas por la jurisdicción contenciosa administrativa.

Otra diferencia importante que se abarca dentro de esta acción de repetición es la existencia de la figura jurídica de llamamiento en garantía con fines de repetición en el ordenamiento jurídico de Colombia en la que se señala que dentro de los procesos judiciales que sean en contra de las instituciones del estado en las que se pretenda declarar la responsabilidad estatal se pueda llamar a juicio al funcionario responsable, para que dentro del mismo proceso judicial se establezcan tanto responsabilidades de la administración como la del funcionario.

Generando así una similitud parcial respecto del procedimiento a realizarse en Ecuador, y que se encuentra establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial puesto que si bien el juez dentro de un proceso judicial determina las responsabilidades al Estado respecto de las actuaciones que se cometen sus funcionarios, en este caso también determina que esa actuación se dio por la responsabilidad de sus funcionarios, siendo este el único caso ya que para los demás contemplados en el Código Orgánico Administrativo y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales





y Control Constitucional, en ningún caso este es llamado al proceso para que se determine su responsabilidad en el juicio. Esto ya que una vez erogado el monto de la reparación es cuando la institución responsable ejerce su derecho de repetición en contra de los funcionarios que cometieron la causa, es decir recién al iniciarse una acción directa en contra de los funcionarios estos tienen la facultad de comparecer a juicio a defenderse de las alegaciones señaladas. Generando un proceso aparte del que establece la responsabilidad al Estado.

Por lo que necesariamente debe existir un proceso previo que declare la responsabilidad del Estado en los casos de Código Orgánico Administrativo y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Ahora, respecto de los requisitos de procedibilidad la ley ha sido clara en señalar que en el Ecuador debe existir según los casos a tramitarse por el Código Orgánico Administrativo, una declaratoria de responsabilidad jurisdiccional previa a iniciar la acción, mientras que, según lo determinado por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, debe existir una investigación previa. Por otra parte, en la legislación colombiana, establece que para que esta acción se inicie debe existir el dolo o culpa grave del funcionario.

De igual forma hay que señalar que estos procesos son conocidos por Jueces en materia contenciosa Administrativa, y tal es el caso que en Ecuador los jueces que avocan conocimiento son los Tribunales Contenciosos Administrativos, mientras que en Colombia se señala que:

Por lo que si bien es cierto los dos se manejan bajo jueces en justicia contenciosa administrativa, existe la diferencia de la existencia en Colombia de Tribunales Administrativos y a su vez Jueces Administrativos, quienes conocerán la causa en única instancia. Esto último sí en contraposición con el Ecuador, ya que permite el recurso de apelación ante una de las Salas de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

Otro punto que resulta interesante es la existencia del Comité de Conciliación dentro del ordenamiento jurídico colombiano, ya que se constituye en una fase previa en instancia administrativa que determina si existió dolo o culpa grave y por ende la procedencia de interponer la acción de repetición según corresponda.



Finalmente, podemos señalar que, respecto de las formas en las que se puede dejar sin efecto el inicio de la acción, esta sucede de diferentes maneras tanto en Ecuador como en Colombia, ya que en Ecuador existe la figura de prescripción, la cual opera a partir del día siguiente del último pago o el pago total de la obligación por parte del Estado, mientras que en Colombia existe la caducidad para interponer la acción, la cual corre a partir del siguiente día del pago de la obligación por parte de la entidad, teniendo así una diferencia significativa.

Una vez realizado el análisis comparativo entre el ordenamiento jurídico ecuatoriano y el colombiano respecto de la institución jurídica del derecho de repetición podemos encontrar ciertas cuestiones principales que son resumidas a continuación:

Derecho comparado entre Ecuador y Colombia.

**Tabla 1**

*Derecho comparado entre Ecuador y Colombia*

<b>Acción judicial de Repetición</b>		
	<b>Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano.</b>	<b>Ordenamiento Jurídico Colombiano.</b>
Definición:	La repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente.	Una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado.



En qué casos procede la repetición:	<p>Para casos del COFJ:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Error judicial.</li><li>• Retardo injustificado o inadecuada administración de justicia.</li><li>• Violación del derecho a la tutela judicial efectiva.</li><li>• Violaciones de los principios y reglas del debido proceso.</li></ul> <p>Para casos del COA:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Responsabilidad Extracontractual del Estado.</li></ul> <p>Para casos de la LOJGCC:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Sentencias de garantías jurisdiccionales.</li><li>• Fallos internacionales en materia de DDHH.</li></ul>	En todos los casos en los que exista perjuicio al estado.
Finalidad:	Recuperar los valores erogados por el Estado.	Recuperar los valores erogados por el Estado.
Naturaleza	Mixta: de derecho público, administrativa y Constitucional.	Acción civil de carácter patrimonial.



<p>Requisitos de procedibilidad:</p>	<p>De forma general la existencia de dolo o culpa grave en su accionar.</p> <p>Para casos del COFJ:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Declaratoria de responsabilidad por un juez dentro del proceso inicial.</li></ul> <p>Para casos del COA:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Declaratoria previa de responsabilidad por un juez.</li></ul> <p>Para casos de la LOJGCC:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Investigación previa.</li></ul>	<p>Existencia de dolo o culpa grave en su accionar.</p>
<p>Legitimación activa:</p>	<p>Para casos del COFJ:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Consejo de la Judicatura solicitará al juez la comparecencia de los funcionarios responsables.</li></ul> <p>Para casos del COA:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Máxima autoridad de la Institución responsable.</li></ul> <p>Para casos de la LOJGCC:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Máxima autoridad de la Institución responsable.</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Las entidades públicas a través de sus comités de conciliación.</li><li>• El Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.</li><li>• Cualquier ciudadano, únicamente para requerir a las instituciones que instauren la acción de repetición.</li></ul>



	<ul style="list-style-type: none"><li>• Procurador General del Estado.</li><li>• Cualquier persona.</li></ul>	
Prescripción/ caducidad:	Prescribe en cuatro años a partir del día siguiente del último pago o pago total realizado por el Estado.	Caduca en dos años a partir del día siguiente del pago realizado por la Entidad.
Regulación Normativa:	<ul style="list-style-type: none"><li>• Constitución de la República de Ecuador.</li><li>• Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional.</li><li>• Código Orgánico Administrativo.</li><li>• Código Orgánico General de Procesos.</li><li>• Código Orgánico de la Función Judicial.</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Constitución de la República de Colombia.</li><li>• Ley 678 de 2001.</li></ul>

*Nota.* Fuente: Ley 678 de 2001, Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009, Código Orgánico Administrativo de 2017, Código Orgánico General de Procesos de 2015 y Código Orgánico de la Función Judicial de 2015.

Sin lugar a duda la acción de repetición que se da en el Ecuador, guarda cierta similitud con respecto del vecino país, por lo que podemos señalar que las dos persiguen el mismo fin consiste en recuperar los valores erogados por el Estado, pero lo que hace la diferencia y que se desea realizar con esta investigación es que en el Ecuador se aplique una ley especial para la materia, porque a diferencia de Colombia esta solo se encuentra regulada en su carta magna y una ley especial, mientras que en Ecuador, existen cinco cuerpos normativos que regulan de manera diferente a dicha acción, lo mismo que ocasiona dificultades en su aplicación haciendo que esta



perda eficacia. Por lo que urge una reforma legislativa que unifique criterios y que se alineen en la creación de una ley especial para la aplicación de esta figura jurídica.

Finalmente, otro punto importante y que es llamativo de la acción de repetición en Colombia es que permite que sus ciudadanos únicamente puedan requerir a las instituciones públicas que inicien las acciones de repetición en contra de los funcionarios responsables a diferencia del Ecuador en los que los ciudadanos pueden presentar acciones de repetición directamente, incurriendo en un groso error de legitimidad de personería que ya fue explicado anteriormente.

### **CAPÍTULO III. BASES LEGISLATIVAS PARA LA REGULACION JURIDICA DE LA ACCION DE REPETICION.**

El estudio histórico, doctrinal y comparado, realizado de manera general, y finalmente la valoración de la normativa jurídica vigente en Ecuador, referida a la acción de repetición y su correspondiente aplicación, confrontándose posteriormente, y en consecuencia enriquecida con la entrevista a profundidad analizada, permitió fijar los aspectos puntuales en la conformación de la perspectiva a tener en cuenta para unas bases legislativas para la regulación jurídica de la acción de repetición, que me permito indicar:

#### **3.1 Núcleo legislativo.**

El núcleo legislativo de la presente ley está centrado en la creación de una ley especial que contemplen todos los casos en los que se aplicará el derecho de repetición, esto con el objetivo de crear un marco normativo que este adecuado a la realidad del ordenamiento jurídico que sea ágil en su aplicación y que permita recuperar los valores erogados en contra de quienes causaron un perjuicio económico al Estado, en ejercicio de un cargo público.

En primer lugar, hay que recordar que la Constitución de la República establece que el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la constitución. En ese sentido y de ser el caso de existir vulneraciones de derechos el Estado será el encargado de reparar dichas vulneraciones y ejercer de forma inmediata el derecho de repetición en contra de los responsables del daño producido, ya sea por dolo o culpa grave.





Por lo que la existencia de una ley especial que contemple todas las causas, regulación y procedimiento en el que puede ejecutarse esta acción es necesario dentro de nuestro ordenamiento jurídico, teniendo como objetivo primordial declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de sus funcionarios. Ante lo mencionado encontramos que, para la creación de una ley especial, quedará establecida la regulación de la acción de repetición, teniendo como guía las siguientes líneas indicativas:

### **3.1.1 Conceptualización y fundamentos.**

La interrogante general que marcó la entrevista y el debate, ha sido respondida en sentido afirmativo, para lograr la propuesta fue necesaria la interdependencia entre el investigador y los juristas seleccionados, la interacción compartida y aceptada propició lo que se denomina una “obra en comandita” cuyo resultado fue adaptar el modelo ecuatoriano, teniendo como guía una mejor conformación de la acción de repetición, que se pueda traducir en una solución adecuada del conflicto que genera un hecho de este tipo.

La repetición es una acción judicial de carácter personalísima y autónoma que se debe ejercer de manera obligatoria en los casos en los que por resultado de acciones u omisiones dolosas o gravemente culposas de sus servidores ocasionen un perjuicio al Estado, obligando a este último a pagar una indemnización.

En el mismo sentido se entenderá a los particulares que investidos de una función pública ya sea por delegación o concesión hayan ocasionado de manera dolosa o gravemente culposa por sus acciones u omisiones responsabilidad estatal.

### **3.1.2 Finalidad.**

El fin de la presente acción judicial de repetición es la reparación de las erogaciones realizadas por el Estado por el actuar de sus funcionarios, concesionarios o delegatarios, los que en el ejercicio de sus funciones ocasionen daños a terceros. Dicho de otras palabras es declarar la responsabilidad patrimonial de sus servidores en el ejercicio de sus funciones cuando en su actuación exista dolo o culpa grave.



### 3.2. Procedencia de la acción.

La acción judicial de repetición tiene por objeto declarar la responsabilidad patrimonial de sus funcionarios que por dolo o culpa grave ocasionen responsabilidad estatal. En ese sentido cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente en los siguientes casos:

1. Mediante sentencia o auto definitivo, en un proceso de garantías jurisdiccionales.
2. Mediante sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos. O laudo arbitral emitido por un organismo internacional.
3. Mediante sentencia o auto definitivo, por la vulneración de los derechos de la naturaleza.
4. Mediante sentencia o auto definitivo por los casos de inadecuada administración de justicia y por revocatoria o reforma de sentencia condenatoria. La misma que puede abarcar los casos de:
  - Error judicial.
  - Retardo injustificado o inadecuada administración de justicia.
  - Violación del derecho a la tutela judicial efectiva.
  - Violaciones de los principios y reglas del debido proceso.
5. Mediante sentencia o auto definitivo por declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado. La misma que puede abarcar los casos de:
  - Actos o hechos ejecutivos, legislativos, judiciales o administrativos. Que ocasionan perjuicio a un particular.
  - La falta o deficiencia en la provisión de un servicio público o cualquier otra prestación al que el particular tenga derecho.
6. Toda actuación proveniente del sector público que ocasione reparación estatal por sus funcionarios, delegatarios o concesionarios.

El Estado tiene la obligación en todos los casos de iniciar el proceso de repetición en contra de los presuntos responsables.

#### 3.2.1 Sujetos, modalidades de la conducta y responsabilidad.

Los sujetos que intervienen dentro de esta institución son los funcionarios públicos responsables del daño, que pueden ser servidores, concesionarios y delegatarios. Y el Estado a





través de la institución pública que haya sido declarada responsable y haya efectuado el pago correspondiente.

En ese sentido hay que definir que las modalidades de la conducta que pueden ser atribuibles de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones a los servidores públicos se pueden dar de dos formas.

Por un lado, encontramos el Dolo será entendida como el designio de provocar intencionalmente un daño, esto con pleno conocimiento y voluntad de realizarlo u omitirlo. Y por otro lado cuando su conducta se enmarque en culpa grave que será entendido como aquella negligencia o falta de cuidado en el ejercicio de sus funciones que realiza u omite el funcionario público y como consecuencia de aquello se produce un daño a un tercero.

***Responsabilidad:***

La responsabilidad recaerá en contra de aquellas personas que hayan producido un daño y esta debe ser declarada mediante sentencia. Esto sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o administrativa a la que el funcionario puede incurrir. Esta responsabilidad surte efectos desde que esta se encuentre ejecutoriada y el funcionario, delegatario o concesionario responderá directamente por la responsabilidad que ha sido cancelada por la Institución y de ser el caso que exista dos o más personas responsables estos responderán de manera solidaria de conformidad a lo que determine el tribunal.

**3.2.2 Legitimación activa y pasiva.**

Para hacer efectiva la acción judicial de repetición, le corresponde a la máxima autoridad o representante legal de la institución, el inicio de la acción al igual que su patrocinio en lo que dure el proceso. Con lo que, la máxima autoridad o representante legal de la institución está en la obligación de presentar la demanda de repetición ante los Tribunales Contenciosos Administrativos de conformidad a las reglas de competencia establecidos en esta propuesta de reforma de ley. En todos los casos se debe contar con el Procurador General del Estado.

Para los casos que, en el que el supuesto responsable del daño sea la máxima autoridad el patrocinio e inicio de la acción la ejercerá la Procuraduría General del Estado.





Además, en todos los casos cualquier persona podrá poner en conocimiento o requerir a la Procuraduría General del Estado a la institución responsable el inicio de la acción de repetición en contra de los funcionarios presuntamente responsables del daño.

El legitimado pasivo en la acción será el presunto responsable del daño cometido o supuesto responsable de la violación de derechos, el cual se lo citará de conformidad a las reglas de competencia de este proyecto de reforma de ley. En el caso de ser dos o más demandados se les citará de manera individual siguiendo las reglas de la citación establecidas en el COGEP.

### **3.2.3 Jurisdicción y Competencia.**

Dentro de este punto hay que señalar que los tribunales competentes para conocer y resolver una acción de repetición serán los Tribunales Contenciosos Administrativos, correspondientes al lugar de domicilio del demandado o funcionario supuestamente responsable del daño, y en el caso de existir dos o más demandados será competente el Tribunal donde se produjeran los hechos o causaron sus efectos.

### **3.2.4 Requisitos.**

Uno de los requisitos para iniciar la acción de repetición es que incurra en las causales de procedencia de la acción de repetición y que exista previamente la declaratoria de responsabilidad judicial o a su vez en los casos en los que no exista esta declaratoria, el informe previo realizado por la Institución que ha sido condenada a la reparación material.

### **3.2.5 Investigación Previa.**

La investigación previa procede en los casos en los que exista responsabilidad estatal establecida en las causales de procedencia de la acción de repetición. Se exceptúan de este informe aquellos procesos en los que exista la declaratoria previa de responsabilidad de los funcionarios.

Esta investigación previa está a cargo de la máxima autoridad de la entidad responsable, de manera directa o a través de un delegado. Se realizará un informe en el que se logre identificar a los funcionarios, exfuncionarios, delegatarios, concesionarios responsables del daño. El mismo que





no acarreará responsabilidad civil penal ni administrativa, pero servirá para dar inicio al proceso de repetición. La falta de notificación del inicio de esta investigación al presunto responsable no afectará a la tramitación del proceso de repetición, ya que se trata de un acto previo a la declaratoria de responsabilidad. Por lo una vez iniciada la acción de repetición vía judicial puede exponer sus alegaciones u observaciones.

Entre en contenido de este informe previo debe constar los siguiente:

1. Identificación clara y precisa de los presuntos responsables del daño.
2. Nexos causales de sus actuaciones u omisiones que ocasionaron el perjuicio al estado, al igual que la determinación de su conducta respecto de si sus acciones u omisiones incurriendo en dolo o culpa grave.
3. Determinación de las normas transgredidas por los funcionarios.

El término para la elaboración del informe previo será de 180 días término contados a partir del último pago realizado por el Estado.

En los casos en que la máxima autoridad sea la presunta responsable del daño, le corresponderá a la Procuraduría General del Estado el inicio de la investigación y realización del Informe previo, el cual tendrá el mismo tiempo para su elaboración el que se contará a partir de que este tenga conocimiento de que se ha cancelado la totalidad de los valores.

### **3.2.6 Procedimiento.**

El Tribunal Contencioso Administrativo será el competente de conocer la causa, el mismo que resolverá la acción en procedimiento sumario según las reglas establecidos en el COGEP, para el efecto. Por lo que, una vez calificada la demanda por parte de Institución Pública, obligatoriamente se citará al Procurador General del Estado, cuando este no haya comparecido a juicio previamente.

### **3.2.7 Recursos.**

Una vez dictada la sentencia en la que se declare la responsabilidad o no de los funcionarios, delegatarios o concesionarios. Esta podrá ser susceptible del recurso de apelación ante una de las



Salas de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. El recurso podrá interponerse en la misma audiencia de forma oral o a su vez por escrito hasta diez días hábiles después de haber sido notificados por escrito con la sentencia.

La interposición del recurso de apelación se lo hará siempre con efecto suspensivo cuando el supuesto responsable en la acción sea el que interponga el recurso.

La fundamentación del recurso de apelación se lo realizará en audiencia, la cual debe ser convocada en el término de 20 días, una vez la Corte Nacional reciba el expediente. Se dictará sentencia dentro de la misma audiencia y la sentencia por escrito será notificada en el término máximo de diez días.

Esta acción no es susceptible de la interposición de los recursos de revisión y casación tramitados en la Corte Nacional de Justicia. Adicional se podrá interponer la garantía jurisdiccional de Extraordinaria de Protección de conformidad a lo contemplado en la LOJGCC.

### **3.3 Otros elementos a regular.**

#### **3.3.1 Contenido de la demanda:**

La demanda de acción de repetición deberá contener a más de los requisitos establecidos en el Art. 142 del COGEP lo siguiente:

1. Los nombres y apellidos de la o las personas demandadas.
2. Los antecedentes que generaron la responsabilidad estatal y la reparación material que ha realizado el Estado.
3. Fundamentos de hecho y derecho de la acción de repetición.
4. La pretensión de responsabilidad patrimonial de lo erogado por el Estado.

Entre los documentos que deben ser agregados a la demanda de forma obligatoria tenemos:

1. Sentencia, resolución, auto definitivo o laudo arbitral que declara la responsabilidad patrimonial del Estado.
2. Los pagos realizados por el Estado producto de esa responsabilidad patrimonial.
3. El informe previo realizado para los casos en los que no exista declaratoria previa de responsabilidad.



### 3.3.2 Término para contestar la demanda:

El término para contestar la demanda de repetición es de 20 días término, contados a partir de la citación de la demanda, si fueren varios los demandados este término será común para toda una vez sea citado la última persona dentro del proceso.

### 3.3.3 Excepciones previas:

Las únicas excepciones previas que pueden ser planteadas por el demandado dentro del proceso de repetición pueden ser las siguientes:

1. Incompetencia del Juzgador.
2. Falta de legitimación en la causa de la parte actora o demandada.
3. Incompleta conformación de Litis consorcio.
4. Prescripción.
5. Caducidad.

### 3.3.4 Generalidades:

Dentro de esta acción no procede la reforma de la demanda. Y el proceso se realizará en audiencia única compuesta por dos fases. La audiencia se realizará en el término de 20 días a partir de la contestación a la demanda.

### 3.3.5 Prescripción y Caducidad:

Dentro de otros aspectos que son precisos regular en el presente proyecto de ley especial de repetición es la regulación de la prescripción de la acción, puesta que esta se configura en una de las formas en las que se puede dar por extinguida la obligación por el pasar del tiempo y la inacción del Estado en ejercer dicha potestad de repetición en contra de los funcionarios que ocasionen algún dalo por lo que la prescripción se dará en el plazo de 4 años contados a partir del día siguiente del último pago realizado por parte del Estado o la entidad estatal.

La acción de repetición incurrirá en caducidad cuando la entidad pública no iniciare la investigación previa o emita su informe en el término establecido de 180 días para realizar la investigación.



### 3.3.6 Incumplimiento:

En todos los casos el incumplimiento tanto de las disposiciones de esta ley, son causales de destitución de los funcionarios públicos que tengan como obligación iniciar el proceso. O velar por el cumplimiento de las etapas a desarrollarse en el proceso.

### 3.3.7 Ejecución:

Una vez la sentencia se encuentre ejecutoriada, la entidad demandante y que ha cancelado el daño producido, podrá mediante procedimiento coactivo iniciar el cobro de las obligaciones establecidas en sentencia al responsable o cada uno de ellos de conformidad a lo determinado en la sentencia.

## CONCLUSIONES.

1. A partir de la metodología de la triangulación, y desde una perspectiva histórica donde se analizó el origen de la acción en Roma, y otras legislaciones históricamente reconocidas, destacando los sujetos, objeto y fines, lo que se realizó en análisis triangulado con el criterio de los autores encuadrando sus valoraciones en el modelo de la acción de Chiovenda con respecto a los sujetos, intereses, fines y vínculos o relaciones de la acción de repetición, y los resultados de la entrevista, especialmente en el ítem uno sobre la concepción, el ítem dos sobre los fines, se configura la acción de repetición como figura teórica, con las siguientes características, para dar respuesta al primer objetivo:

- ✓ Existencia de tres relaciones intervencionales.
- ✓ Sujetos: Estado- funcionario publico
- ✓ Causa: responsabilidad determinada en sentencia firme. Generada por culpa o dolo, por una actuación indebida de un funcionario público por dolo o un daño grave a los derechos individuales o colectivos.
- ✓ Efecto: es la reparación o devolución al Estado, en la cuantía en que se afectó a las finanzas públicas.
- ✓ Fin: Proteger las finanzas públicas, lo que cualifica el bien jurídico protegido con esta acción, elevándolo a un rango constitucional.

2. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la acción de repetición se encuentra regulada en los siguientes cuerpos normativos:

- ✓ Código Orgánico Administrativo del Art. 330, Art. 333 y Art. 344.
- ✓ Código Orgánico General de Procesos Art. 40 y Art. 328.
- ✓ Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 33.
- ✓ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art. 67 al Art. 73
- ✓ Sentencia de la Corte Constitucional N<sup>o</sup> 71-17-EP/22.

Y posee las siguientes insuficiencias:



- ✓ Dispersión normativa, al estar regulada en diferentes cuerpos legales.
- ✓ Inadecuada aplicación de recursos verticales, al permitir el recurso de apelación únicamente en los casos estipulados en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- ✓ La legitimación activa varía dependiendo del tipo de normativa aplicable en cada caso de repetición, generando discrepancias e insuficiencias al momento de su aplicación.

Las características a trasplantar en el ordenamiento jurídico colombiano son las siguientes:

- ✓ Recopilar la acción judicial de repetición en un solo cuerpo legal para su correcta regulación.
- ✓ Delimitar claramente la legitimación activa para dar inicio a la acción de repetición.

3. A partir de la metodología de la triangulación, tomando como referente las características determinadas en el capítulo uno y dos de la acción de repetición, los resultados de las insuficiencias a la normativa ecuatoriana brindada en el diagnóstico y los resultados de la entrevista, se configuran en la implementación de una propuesta de reforma de ley para su perfeccionamiento.



## RECOMENDACIONES

A la asamblea nacional del Ecuador se solicita, tener en cuenta estos resultados científicos y:

1. Se derogue los artículos que abarcan la acción jurídica de repetición, con la finalidad de evitar la dispersión normativa en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano. La misma que se encuentra contenida en los siguientes artículos de los diferentes cuerpos normativos:
  - f) Código Orgánico Administrativo del Art. 330, Art. 333 y Art. 344.
  - g) Código Orgánico General de Procesos Art. 40 y Art. 328.
  - h) Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 33.
  - i) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art. 67 al Art. 73
2. La creación de una Ley Especial de Repetición, con la finalidad de abarcar en una sola ley todos los presupuestos que regulan la acción y que se encuentran dispersos en diferentes cuerpos normativos, esto con la finalidad de unificar criterios y que la aplicación de esta normativa sea eficaz. Esta Ley especial puede ser tomada respecto de los preceptos normativos y regulatorios presentados en el desarrollo de este proyecto de investigación, los mismos que responden al desarrollo del capítulo III, de esta investigación y que corresponden a los siguientes preceptos:
  - a) Núcleo legislativo.
  - b) Conceptualización y fundamentos.
  - c) Finalidad.
  - d) Procedencia de la acción.
  - e) Sujetos, modalidades de la conducta y responsabilidad.
  - f) Legitimación activa y pasiva.
  - g) Jurisdicción y Competencia.
  - h) Requisitos.
  - i) Investigación Previa.
  - j) Procedimiento.
  - k) Recursos.



- l) Contenido de la demanda.
  - m) Término para contestar la demanda
  - n) Excepciones previas.
  - o) Generalidades.
  - p) Prescripción y Caducidad.
  - q) Incumplimiento.
  - r) Ejecución.
3. Capacitar a todo el personal de las diferentes instituciones del Estado para que sus funcionarios tengan el conocimiento y la experiencia suficiente para iniciar las acciones de repetición contempladas en la normativa vigente, con la finalidad de que los valores que han sido erogados por el Estado logren ser recuperados y estos a su vez puedan ser utilizados en beneficio de la ciudadanía.



## Bibliografía

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del. (2020). *Guía práctica para el mejor ejercicio de la acción de repetición y de la utilización del llamamiento en garantía con fines de repetición en las entidades públicas*. Bogotá.

Albornoz, J. (2024). *Oficio No. 05099*. Quito: Procuraduría General del Estado.

Alvarez, L. (2010). *El Estado y sus variantes*. Buenos Aires: Gaucha.

Asamblea Constituyente. (1967, 25 de mayo ). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial .

Asamblea Constituyente. (1998, 11 de agosto). *Constitución de la Republica del Ecuador*. Registro Oficial.

Asamblea Constituyente. (2008, 20 de octubre). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial .

Asamblea Nacional. (2002, 17 de junio). *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Registro Oficial .

Asamblea Nacional. (2005, 24 de junio). *Código Civil*. Registro Oficial.

Asamblea Nacional. (2009, 22 de octubre). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial.

Asamblea Nacional. (2015, 22 de mayo). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial.

Asamblea Nacional. (2015, 22 de mayo). *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial.

Asamblea Nacional. (2017, 07 de julio). *Código Orgánico Administrativo*. Registro Oficial .

Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 04 de julio ). *Constitución Política de la República de Colombia*. Diario Oficial .





- Ayala, J. (2006). *La responsabilidad de los funcionarios públicos*. Bogotá : Doctrina y Ley .
- Carreras, D. (2010). *Derechos propios del Estado*. Santiago de Chile: Universidad Santa María de Chile.
- Castilla, A. d. (1807). *Siete partidas*. Madrid: Imprenta Real.
- Chioventa, J. (2000). *Principio de Derecho Procesal Civil* . Madrid: Reus.
- Comisión General de Codificación. (1889, 24 de julio). *Código Civil español*. Gaceta de Madrid.
- Confederación Alemana. (1900, 01 de enero). *Código Civil Alemán "BGE"*. Boletín Oficial Federal .
- Congreso de Colombia. (2001, 04 de agosto). *Ley 678*. Diario Oficial .
- Delgado, E. (2011). *La indemnización como derecho universal*. Caracas: Macmillan.
- Durán, E. (2010). *Los Recursos Contencioso Administrativos en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Egas, J. Z. (2012). *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Edilex S.A.
- Encarnació, R. (2009). *De la conditio Romana al enriquecimiento injustificado en el proyecto de principios de derecho contractual europeo*. Lisboa: Universidad Rovira.
- Herrera, J. (2016). *La acción de repetición en la Legislación Ecuatoriana*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Íñigo, C. (2021). *Proyecto de Ley Orgánica de Repetición*. QUITO: Procuraduría General del Estado.
- Morales, O. (2022). *Responsabilidad patrimonial de los servidores publicos en Nicaragua*. Managua: Universidad Americana.



Muñoz, M. (2019). *Requisitos de procedencia de la acción de repetición, por la declaración de la responsabilidad extracontractual del estado, por actuaciones administrativas*. Quito: Universidad Internacional SEK.

Parlamento de París. (1804, 21 de marzo). *Código Civil Francés*. Legifránce.

Real Academia Española. (17 de 01 de 2024). *RAE*. Obtenido de <https://dpej.rae.es/lema/legitimaci%C3%B3n-ad-causam>

Romero, J. (2014). *La primera fase histórica del servicio público*. San José: Universidad de Costa Rica.

Ruiz, O. (1999). *Metodología de la Investigación cualitativa*. Bilbao: Universidad de Deusto.

Segovia, R. (2022). *La responsabilidad extracontractual del Estado ecuatoriano y el derecho de repetición derivada de la deficiente administración de justicia*. Riobamba: Universidad Nacional de Chimborazo.

Sentencia 71-17-EP/22, 71-17-EP (Corte Constitucional 28 de 11 de 2022).

Uribe, J., & Maldonado, R. (2016). *Acción de repetición una herramienta de origen constitucional olvidada en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Yanes, J. (2016). *La responsabilidad extracontractual del estado en el Ecuador: las limitaciones en el marco jurídico*. Cuenca: Univesidad de Cuenca.