

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

**LA ACCIÓN DE REPETICIÓN COMO MECANISMO
IDÓNEO PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD
DEL FUNCIONARIO PÚBLICO**

José María Gordillo Morales

Tesina para la obtención del título de Abogado de las Cortes y Tribunales de la República del
Ecuador

Enero de 2010

© Derechos de autor

José María Gordillo Morales

2010

Resumen

El derecho de repetición o acción de regreso es una facultad que permite al Estado ejercer una acción en contra del funcionario público que ha ocasionado pérdidas económicas a la Administración por obrar con culpa grave, negligencia o dolo en el ejercicio de su potestad pública y que en virtud de ello ha ocasionado que el Estado, previa sentencia ejecutoriada, indemnice al administrado. La Constitución Política Ecuatoriana establece que se ejercerá inmediatamente el derecho de repetición contra el empleado público, sin embargo, esta figura no ha sido utilizada. La presente tesina tiene por objeto demostrar que la acción de regreso es el mecanismo idóneo para determinar la responsabilidad de los funcionarios públicos y así recuperar el dinero del Estado. La propuesta radica en promover un procedimiento especial que regule esta acción.

Abstract

The action of repetition or action of recovery is a faculty that allows the State to exercise an action against the government official in order to recover a financial loss suffered by the State due to the official's negligent and malice aforethought actions, once the Government has indemnified the victim. The Ecuadorian political Constitution establishes that the right of repetition against the public employee will be exerted immediately; nevertheless, this figure has not been used. The present thesis intends to demonstrate that this is the most suitable mechanism to determine the responsibility of the government officials and thus to recover the money of the State. This proposal intends to promote a special procedure that regulates this action.

A mis padres, ejemplo diario de lo que quiero ser.

Índice

	Pag.
Capítulo I.- La responsabilidad Patrimonial del Estado. Nociones Generales Conexas al derecho de Repetición	15
1.1. La responsabilidad objetiva	19
1.2. Concepto de Lesión Resarcible y características del daño	20
1.3. La imputación a la Administración Pública y sus criterios	22
1.3.1. La fórmula de imputación del daño en el derecho español	23
1.4. La relación de causalidad	24
1.5. Criterios de reparación	26
1.6. Vías Jurisdiccionales de exigencia de responsabilidad	28
1.6.1. Vía Administrativa y Contencioso Administrativa	28
1.6.2. Desaparición de la vía civil	30
1.6.3. La jurisdicción penal	32
1.6.4. La acción de regreso o derecho de repetición. Breves rasgos	33
Capítulo II.- La acción del ciudadano lesionado en contra de la Administración Pública a raíz del daño ocasionado	37
2.1. Régimen de la acción del administrado lesionado contra la Administración Pública en la Constitución Política del Ecuador de 1998	37
2.2. Régimen de la acción del administrado lesionado contra la Administración Pública en la Constitución Política del Ecuador de 2008	39
2.3. Conceptos de Servicio Público, empleado público, funcionario público y su relación con el derecho de repetición	42
2.4. El ejercicio de la acción contra la Administración Pública	46
2.5. Tipos de responsabilidad del funcionario público	49
2.5.1. Responsabilidad civil del funcionario público	51
2.5.2. Responsabilidad administrativa del funcionario público	52
2.5.3. Responsabilidad penal del funcionario público	60
2.5.4. Responsabilidad política del funcionario público	61
2.6. La vía ordinaria como método para determinar la responsabilidad del	62

funcionario público	
2.6.1. Breves rasgos del juicio ordinario pertinentes a la acción de regreso	64
2.7. Antecedentes jurisprudenciales. Falta de ejercicio de la acción de repetición en la Jurisprudencia Ecuatoriana	65
Capítulo III.- El procedimiento de la acción de repetición contra el funcionario público	68
3.1. Antecedentes Constitucionales	68
3.2. El Proyecto de Ley que regula la acción del derecho de repetición y su procedimiento	69
3.3. Artículos del Proyecto de Ley que regula la acción del derecho de repetición	70
3.3.1. Disposiciones relativas a la ejecución del juicio ejecutivo con respecto al Proyecto de Ley que regula la acción del derecho de repetición. Artículos pertinentes	82
3.4. El papel de la Contraloría General del Estado en la determinación de responsabilidades	84
3.5. El trámite del proceso de determinación de responsabilidades en la Contraloría General del Estado	85
3.6. El procedimiento de repetición de lo pagado por el Estado establecido por el Código Orgánico de la Función Judicial	89
Conclusiones	94
Bibliografía	99
Anexo No. 1.- Proyecto de Ley que regula la acción del derecho de repetición. Procuraduría General del Estado.	102

INTRODUCCIÓN

El derecho de repetición es una figura que se ha visto plasmada en las últimas Cartas Políticas del Ecuador, sin embargo, con el pasar de los años se ha demostrado que esta acción no ha sido utilizada, lo que ha provocado la falta de determinación de responsabilidades a los funcionarios por parte de la Administración Pública. La esfera procesal no dispone de un procedimiento que regule esta acción y su tratamiento. Si bien la última Constitución ecuatoriana, estrenada en el 2008, no cambia los conceptos de responsabilidad objetiva del Estado así como tampoco obvia el derecho de repetición, el sistema procesal ecuatoriano aún se mantiene sin herramientas para poder ejercer este derecho del Estado.

La falta de un régimen procedimental que regule la acción de regreso en el Ecuador marca la pauta para la siguiente pregunta, ¿Cómo se hace efectiva, en la esfera procedimental, la responsabilidad del funcionario público cuando este haya ocasionado

un daño al ciudadano? Se debe partir del punto que el daño sufrido por el administrado ya ha sido indemnizado por el Estado. Yo sostengo que se debería crear una acción y procedimiento específicos que no se encuentran regulados en el Ecuador, los mismos que consistirían en permitir al Estado accionar en contra del empleado público que haya ocasionado un daño como consecuencia de negligencia o dolo en el ejercicio de su cargo, tomando en consideración elementos fundamentales como lo son la responsabilidad objetiva del Estado y la acción del administrado lesionado contra la Administración Pública. En este sentido, el Proyecto de Ley que reposa en la Asamblea Nacional Ecuatoriana, que regula la acción del derecho de repetición, es una alternativa viable que sistematiza la acción señalada permitiendo al Estado repetir contra sus funcionarios. En segundo lugar es posible hacer responsable al servidor público por medio de determinaciones de Glosas de la Contraloría General del Estado, destacando que este procedimiento se diferencia completamente del Proyecto de Ley estudiado por algunas razones y no cumple el propósito del ejercicio de una acción de regreso.

El derecho de repetición o acción de regreso es un derecho que permite al Estado ejercer una acción en contra del funcionario público que ha ocasionado pérdidas económicas a la Administración por obrar con negligencia o dolo en el ejercicio de su potestad pública. No existe un procedimiento que regule la acción del derecho de repetición, lo que ocasiona que ésta nunca sea utilizada, lo que conlleva a que el funcionario público no se haga responsable por los daños que ha causado tanto a los administrados como a la misma Administración Pública por producirle pérdidas económicas sin mencionar la defectuosa prestación de servicios. La falta de una vía procesal para repetir en contra a los empleados públicos ocasiona dos cosas: la pérdida constante de fondos y dinero estatal (que al fin de cuentas pertenece a los pagadores de impuestos); y, la irresponsabilidad del empleado gubernamental, lo que podría derivar en una actitud permisiva frente a los funcionarios públicos, los mismos que pudieran abusar de su posición y actuar arbitrariamente.

La acción de regreso del Estado contra el empleado público se sustenta en el principio de responsabilidad del Estado. Esto quiere decir que el Estado se hace

responsable por los daños ocasionados por sus organismos o funcionarios adscritos, excepto en materia penal¹. Como premisa básica del régimen de responsabilidad del Estado, se entiende que la Administración Pública se basa en los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y calidad en la prestación de sus servicios, razón por la cual el Estado debe responder en el caso de prestaciones de servicios de pobre calidad y deficientes, defectuosos e incluso en el caso en que el servicio sea inexistente.

Durante la presente investigación se ha proyectado las bases del derecho de repetición y su operación. En el primer capítulo se analiza la responsabilidad objetiva del Estado y su conexión con el derecho de regreso del Estado contra el servidor público. En esta sección se estudian los componentes esenciales para la operación y ejecución de la responsabilidad objetiva determinados por la doctrina. Primero se ha fijado a este tipo de sistema como uno de Derecho Público. En segundo lugar se ha precisado que es un sistema unitario ya que rige a todas las Administraciones Públicas, es decir las estatales, autónomas, locales o institucionales. Así también se ha dispuesto que este método tenga el carácter de general, es decir, cubre todo tipo de actividad desprendida de la Administración Pública tanto jurídica como fáctica, de acción u omisión. De igual manera se ha precisado que este método de responsabilidad es de carácter directo. Así también, se establece como quinto elemento de este sistema de responsabilidad a la falta de evaluación de culpa por parte del funcionario responsable del daño. El sexto elemento que se ha señalado para este tratamiento de responsabilidad consiste en la reparación integral por el daño ocasionado, esto quiere decir que existe una obligatoriedad de reparar el daño por parte de la Administración. Todos los elementos de la responsabilidad objetiva sirven de sustento para el ejercicio del derecho de repetición ya que es necesario que el Estado se haga responsable del daño cometido por su funcionario para poder ejercer la acción de regreso en su contra.

Siguiendo con el régimen de responsabilidad objetiva, hay ciertos elementos que se deben cumplir con el fin de que este régimen sea ejecutable. En primer lugar, el daño ocasionado debe ser directamente imputable a la Administración Pública por el

¹ En casos de responsabilidad penal, la responsabilidad del Estado es subsidiaria e indirecta, lo que quiere decir que el funcionario debe hacer frente, directamente, a la responsabilidad penal, consecuencia de delitos tipificados en el Código Penal y Código de Procedimiento Penal.

ejercicio de sus actividades o potestades. Cabe aclarar, en este punto, que el funcionario público es parte de la Administración Pública y que la imputación del daño puede encontrar su origen ya sea en un acto administrativo como en un hecho administrativo². En segundo lugar, el daño debe ser efectivo, lo que quiere decir que se debe probar la inexistencia real del daño ocasionado, es decir una disminución patrimonial al administrado. En siguiente lugar se encuentra la individualización del daño, lo que quiere decir que el daño producido debe ser inconfundible con daños generales, como lo puede ser una devaluación de la moneda. En cuarto lugar se ha determinado que el daño debe ser cuantificable económicamente, lo que quiere decir que existe una necesidad de evaluar el daño que ha sufrido el administrado.

Por otro lado, es indispensable mencionar la necesidad de una relación de causalidad entre el acto o hecho administrativo causante del daño y este mismo. Es importante señalar que la relación de causalidad se rompe una vez exista casos de fuerza mayor, evento que libra a la Administración de indemnizar al administrado lesionado. La relación de causalidad, entonces, es un vínculo entre el hecho o acto con el daño sufrido y el perjuicio que se ha ocasionado esencial ya que es muy importante para la Administración Pública estar al tanto de que el daño cometido por su empleado público es imputable al Estado porque de otra manera no se verá en la obligación de pagarlo.

En el siguiente capítulo se trata el régimen Ecuatoriano y de derecho comparado en cuanto al tratamiento de la acción que tiene el administrado lesionado contra la Administración Pública. En esta sección se hará un análisis de la acción de regreso basada en la Constitución de 1998 en comparación con la de 2008, demostrando que no se han ejecutado mayores cambios que modifiquen tanto el régimen de responsabilidad objetiva como el derecho de repetición. De igual forma se aclararán los conceptos de servicio público, empleado público, funcionario público y su relación con el derecho de repetición.

² Como se verá en el Capítulo III, el Proyecto de Ley que regula la acción del Derecho de Repetición no establece como causal de ejercicio de esta acción al daño proveniente de un hecho administrativo, crítica pertinente al proyecto ya que en el Ecuador hay lesiones tanto a ciudadanos como a sus propiedades provenientes de hechos administrativos que merecen ser indemnizadas.

En tercer lugar se analiza el Proyecto de Ley que regula el derecho de repetición y el proceso de determinación de responsabilidades establecido por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, procedimiento que se diferencia del proyecto estudiado. Como crítica más importante a este proyecto de ley se encuentra que no se ha tomado en cuenta al hecho administrativo como causal de interposición de la acción de regreso. Esto constituye una falla ya que se debe tomar en consideración que hay funcionarios públicos que pueden llegar a ocasionar daños ilegítimos al administrado que no provienen de actos administrativos sino de hechos por los que también deben responder en el ejercicio de sus cargos.

Ahora bien, es importante enfatizar desde el principio en la marcada diferencia de procedimientos que existe entre el regulado por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y el Proyecto de Ley que regula la acción del derecho de repetición. En primer lugar, el proyecto prevé un procedimiento que requiere de sentencia condenatoria ejecutoriada para poder ser activado. En segundo lugar, el proceso determinado por la Ley General de la Contraloría General del Estado utiliza a la Glosa, término que ha sido erróneamente concebido como un acto administrativo que establece responsabilidades civiles a los funcionarios públicos, cuando no es así y que genera corrupción dentro de la Contraloría General del Estado. Otra importante diferencia consiste en que en el proceso glosador, necesita como presupuesto elemental, que el servidor público cometa daños en el desempeño de sus cargos mientras maneja dinero o bienes públicos. La cuarta diferencia se encuentra en que la determinación de responsabilidad, al funcionario público, con el método señalado por la Ley General de la Contraloría General del Estado, necesita como fundamento algún tipo de indicio de responsabilidad, indicios que son investigados por las auditorías y exámenes especiales.

El desarrollo de la presente tesina demostrará la tendencia doctrinaria a establecer un régimen de responsabilidad objetiva del Estado ya que es una manera de garantizar a los ciudadanos que es la Administración Pública el organismo encargado de velar por los intereses de sus ciudadanos así como de responder por daños ocasionados por sus componentes. De la misma manera, la tesina expondrá el

funcionamiento y necesidad de la acción del administrado injustamente lesionado contra la Administración Pública. Por último se señalará la necesidad de un procedimiento que regule la acción de regreso no con el afán de castigar a los servidores públicos sino que estos se hagan cargo, pecuniariamente, de su responsabilidad civil por haber cometido actos negligentes en el ejercicio de sus funciones.

Como observación final, la tesina propone insertar lo establecido por el Código Orgánico de la Función Judicial referente a la repetición del Estado contra el funcionario judicial por mala administración de justicia ya que se propone el juicio coactivo como mecanismo para repetir contra el funcionario público, método que acelera la recuperación del dinero del Estado previamente destinado para la indemnización del ciudadano.

CAPÍTULO I

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. NOCIONES GENERALES CONEXAS AL DERECHO DE REPETICIÓN

La evolución del derecho ha ocasionado que el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado se encuentre vigente en el tema de lesiones a sus administrados derivados de los servicios públicos que se han prestado. Se ha buscado este régimen de responsabilidad con carácter objetivo y así eliminar la valoración de la culpa dentro de las instituciones públicas. JORGE OLIVERA opina,

La doctrina francesa señala que, hay multitud de ocasiones en que el particular se encuentra en la condición de no poder ni siquiera fijar concretamente quien es el servidor de la administración pública que le causó el daño.

Por ello se elaboró la teoría conocida con el nombre de “falta en el servicio público” o funcionamiento defectuoso en el servicio. Las consideraciones fueron las siguientes: El Estado tiene como misión fundamental proporcionar servicios a la colectividad. Esos servicios deben ser prestados en forma normal, constante y eficiente; para la prestación de esos servicios el Estado cuenta con ingresos; por ello, sin necesidad de que averigüe quien fue personalmente el responsable de esa falta, sin agotar el ejercicio de acción previa, nace la obligación del Estado para indemnizar al particular que sufrió daños a consecuencia de esa “falta en el servicio público”.³

Vale empezar destacando que el Estado tiene como objetivo principal proporcionar servicios a la sociedad, servicios que deben ser normales, constantes y eficientes. Previendo que el Estado cuenta con ingresos constantes, no se necesita la averiguación exhaustiva e inmediata del responsable por la falta cometida con el fin de que la obligación del Estado de indemnizar al ciudadano perjudicado sea cumplida sin perjuicio de que la Administración repita contra el funcionario público posteriormente.

Lo importante dentro de este tema, es asegurarse que el empleado público tenga límites marcados de actuación y de ejercicio de sus potestades mientras desempeña su cargo. Es trascendente resaltar la opinión doctrinaria de GORDILLO, quien afirma con claridad lo elemental que se convierte la fijación de consecuencias al funcionario público que ha perjudicado a los usuarios, administrados o consumidores, generando una responsabilidad social. De esta manera, se logra fijar parámetros de comportamiento y actuación a la negligencia y arbitrariedad de quienes ostentan una potestad pública.⁴

Por esta razón se establece que la Administración Pública está obligada a responder por cualquier lesión que haya sufrido un administrado en cualquiera de sus bienes o derechos, perjuicio que suponga un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que sea imputable a la Administración Pública por el ejercicio de sus actividades, sin referencia alguna a la idea de culpa, siempre que medie entre el hecho o acto determinante del daño y el daño como tal, una relación de causalidad y que por último se reclame en el plazo determinado por la legislación vigente.

³ J. OLIVERA, *Manual de Derecho Administrativo*, Porrúa, México, p. 361.

⁴ A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, la defensa del usuario y del administrado*, p. XIX 1, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires.

En este caso, el daño debe ser imputable a la Administración Pública por el ejercicio de sus actividades y potestades, teniendo en cuenta que dicha imputación puede basarse ya sea en el funcionamiento normal como también en el funcionamiento anormal de los servicios públicos que el aparato estatal presta. De la misma manera, la imputación puede encontrar su procedencia tanto en un hecho como en un acto administrativo o en una omisión de voluntad administrativa. Por último, el único evento que puede exonerar a la Administración Pública de hacerse responsable por el daño ocasionado, se encuentra en la existencia de fuerza mayor. Dicho evento debe ser imprevisible, extraño y totalmente ajeno al servicio público generador de daño, que debe ser probado por la Administración Pública.

L. REBOLLO cita una definición emitida por el Tribunal Supremo Español (TS), “Sólo hace falta una actividad administrativa – por acción u omisión - , un resultado dañoso y una relación de causa y efecto entre aquélla y éste, incumbiendo la prueba a quien reclama.”⁵

La doctrina española ha establecido ciertas notas cardinales del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, las mismas que pueden ser resumidas en siete puntos.

En primer lugar, se concluye que este sistema de responsabilidad es uno de Derecho Público. En segundo lugar se establece que es un sistema unitario ya que rige para todas las Administraciones Públicas, ya sean estatales, autónomas, locales o institucionales sin importar si se desempeñan en esferas de Derecho Público o Privado. De la misma manera, el sistema constituye un régimen general a la emanación de voluntades de la Administración, pudiendo ser estas actividades puramente jurídicas o fácticas, por acción u omisión. En siguiente lugar se encuentra la caracterización del sistema de responsabilidad como uno directo ya que la Administración cubre de manera directa la actividad dañosa de sus funcionarios públicos, sin perjuicio de ejercer el respectivo derecho de repetición contra los servidores que han ocasionado el daño por dolo o negligencia grave. En quinto lugar, se constituye el sistema de responsabilidad como de carácter objetivo por el simple hecho de que no se toma en

⁵ L. REBOLLO, *La responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*, Iustel, Madrid, p. 52.

cuenta la culpa en el cometimiento del acto dañoso y por esta razón lo que se busca es la realidad de una lesión imputable objetivamente a la Administración. En siguiente lugar se encuentran la reparación integral por el daño ocasionado, lo que quiere decir que se debe reparar el daño, ya sea éste material o moral sufrido por el administrado. Finalmente, el sistema de responsabilidad patrimonial funciona en base a la unidad jurisdiccional, exceptuándose de ésta unidad a la jurisdicción penal, donde la responsabilidad de la Administración es netamente subsidiaria.

Analizando el mismo tema pero desde otro enfoque, RAMIRO SAAVEDRA BECERRA diferencia la responsabilidad civil extracontractual de la responsabilidad administrativa indicando lo siguiente,

Generalmente se considera que para que exista responsabilidad se requiere la ocurrencia de un daño que afecte la integridad física, moral o patrimonial de una persona, la actuación de un sujeto y la existencia de un nexo causal que permita imputar, es decir, atribuir el daño a la conducta del sujeto. En el marco de la responsabilidad civil extracontractual, que ha girado principalmente en torno a la culpa, se ha afirmado que los elementos de la responsabilidad son la culpa, el daño y el vínculo de causa a efecto entre una y otro. La responsabilidad administrativa por su parte, requiere la existencia de un daño o perjuicio, la actuación de la Administración y un nexo causal entre el daño y la actuación administrativa.⁶

L. REBOLLO sintetiza el sistema de responsabilidad objetiva como, “un sistema sencillo, avanzado y, sobre todo, generoso. Pero es también un sistema casuístico – lo cual es inevitable – y un sistema inseguro, lo cual cabe preguntarse si es igualmente inevitable.”⁷ Al respecto ahonda SAAVEDRA,

Una de las obvias consecuencias de un modelo de responsabilidad totalmente objetiva es que termine convirtiéndose en un sistema de seguro para todos los riesgos, una especie de asistencia social universal con el correlato de que, o no se aplica con todas sus consecuencias, o, de aplicarse en su integridad puede cuestionar sus propios condicionamientos económicos.⁸

Mucho se ha avanzado en cuanto a la determinación de responsabilidad del Estado se refiere, sin embargo, la jurisprudencia no avanza de manera tan rápida con respecto

⁶ R. SAAVEDRA, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, Gustavo Ibáñez, p. 201.

⁷ L. REBOLLO, *La responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*, op. cit, p. 53.

⁸ R. SAAVEDRA, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, Gustavo Ibáñez, p. 205.

a los funcionarios. R. SAAVEDRA destaca lo siguiente, “Puede decirse que, en términos generales, mientras que la responsabilidad del Estado ha tenido relativo incremento, la de los funcionarios, de acuerdo con la jurisprudencia, no ha avanzado con la misma celeridad”.⁹

⁹ R. SAAVEDRA, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, p. 59, Gustavo Ibáñez, Ltda., Medellín, Colombia.

1.1. La responsabilidad objetiva

El sistema de responsabilidad objetiva utiliza como piedra angular para su operación el prescindir de la culpa en el acto dañoso por parte de la Administración Pública para fundamentar la consecuencia de la indemnización. De esta manera, nace un régimen de responsabilidad patrimonial administrativo diferente que ha demorado en asentarse en la jurisprudencia.

Se ha establecido en los varios ordenamientos jurídicos durante los últimos años que la responsabilidad de las administraciones públicas deben ser no sólo objetivas si no que directas. Al respecto J.G. PÉREZ destaca,

Esto quiere decir que las administraciones responderán directamente, cualquiera que hubiese sido el grado de culpabilidad en que pudiera haber incurrido la persona física – autoridad, funcionario, agente – en su actuación. Los afectados por el daño no tendrán que establecer disquisiciones en orden a la culpabilidad de la persona física la que pudiera imputarse inmediatamente la actuación, sino que podrán exigir directamente a la administración pública las indemnizaciones correspondientes.¹⁰

A este criterio se le suma el hecho de que la Administración será responsable aún cuando no pudiera individualizarse el agente concreto causante del daño, lo esencial es que siempre se pueda atribuir de manera material el acto o el hecho de un órgano del Estado en pleno ejercicio de sus funciones.¹¹ Sin embargo es primordial aclarar que cuando los daños son provocados por órganos del Estado, es elemental que éstos actúen dentro de sus funciones encomendadas. Ahondando en el tema, M.P. AMENÁBAR considera lo siguiente,

Se requiere que la actividad dañosa presente un mínimo de reconocibilidad exterior en relación con los fines de la Administración y de los demás órganos del Estado (Legislativo y Judicial).

En el ámbito de los órganos ejecutivo o administrador, la responsabilidad puede derivar de una actividad jurídica (acto administrativo o reglamento), o de un comportamiento material o técnico, o de una simple omisión. Por tanto, el

¹⁰ J.G. PÉREZ. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, p. 201, Aranzadi, Navarra.

¹¹ M. AMENÁBAR, *Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, p. 218, Rubinzal, Talcahuano, Argentina.

Estado es responsable por sus actos ilícitos, unilaterales, bilaterales o contractuales y por sus hechos ilícitos.¹²

1.2. Concepto de Lesión Resarcible y características del daño.

Todo el sistema de responsabilidad objetiva de la Administración Pública gira en torno a lo que se conoce como la “lesión”, lo que significa un daño antijurídico sufrido por un administrado o víctima que no tiene porqué sufrirlo, lo que a contrario sensu muestra que la relación de causalidad desaparece cuando una norma justifica el daño sufrido, evento que no exonera de responsabilidad patrimonial a la Administración Pública, como sería el caso de una expropiación forzosa¹³.

Partiendo del punto de que la lesión es considerada como un daño antijurídico, se debe analizar el daño como tal con el fin de entender su importancia dentro del régimen de responsabilidad analizado.

Para empezar, el daño debe ser efectivo. Esto conlleva a la necesidad inevitable de probar la existencia del daño ocasionado, lo que encamina a encontrar una prueba rigurosa del daño. Una vez se pruebe el daño, el cálculo de la indemnización se ejecuta utilizando criterios variados, sin embargo, es importante hacer énfasis en que se excluyen los daños futuros, pero se admite el lucro cesante si éste es debidamente probado. J. ROJAS añade que, “el daño ha de ser efectivo, ello significa que ha de ser real, presente y no futuro, haber producido una disminución patrimonial a la víctima y no una molestia pasajera.”¹⁴

Además de efectivo, el daño debe ser individualizado, excluyendo, de esta forma, a los llamados “daños generales”, como lo serían la devaluación de una moneda, por ejemplo. La individualización del daño encuentra su razón de existencia en que el daño puede no ser exactamente igual para todos los involucrados en la lesión.

¹² M. AMENÁBAR, *Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, op. cit. p. 218.

¹³ C.P. PITA, *La responsabilidad Patrimonial de la Administración*, p. 4, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/busquedadoc?db=2&t=jaime+rojas+varas&td=todo>, consultado el 1 de Abril de 2009.

¹⁴ J. ROJAS, *Bases de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador*, op. cit, pp. 356-358.

De la misma manera, el daño debe ser cuantificable económicamente, es decir, se debe determinar un precio al daño ocasionado, detrimento que puede afectar a cualquier tipo de bienes y derechos, incluyéndose los daños materiales, personales y morales. Vale aclarar que la evaluación económica del daño no conlleva muchos problemas cuando el daño es físico o material, sin embargo, el daño moral ha ocasionado considerable debate ya que su valoración económica se ha hecho sumamente complicada.

El daño moral tuvo que esperar algún tiempo para ser tomado en cuenta por las jurisprudencias, empezando por valoraciones injustas o dispares. Este tipo de menoscabo es frecuentemente planteado cuando existen lesiones a un administrado y aún más cuando existe muerte involucrada.

L. REBOLLO cita ejemplos que ejemplifican la evolución de la inclusión del daño moral en las jurisprudencias del Tribunal Supremo Español que logran aumentar la comprensión de este tema,

Tampoco cabe ignorar la lesión moral, pena que produce la pérdida de un ser querido entre los familiares y las personas en trance de serlo, cuyo dolor puede y debe ser objeto de indemnización económica a modo de pecunia doloris que por vía indirecta compense la desazón espiritual sufrida... El daño moral es ya, desde luego, susceptible de compensación económica por más que tenga siempre, un alto componente subjetivo en atención a las circunstancias de cada caso.¹⁵

Partiendo del punto del daño, nace el siguiente elemento, la antijuridicidad del daño. J. ROJAS opina lo siguiente,

El daño debe ser antijurídico, es decir, la Administración tendrá la obligación de indemnizar al particular que padezca una lesión económica que no tenga la obligación de soportar. La concurrencia de alguna causa de justificación del daño patrimonial sufrido por el particular, como pueden ser la ejecución administrativa o el cumplimiento de un contrato, excluye la anti juridicidad del daño y en consecuencia, no existirá lesión indemnizable alguna.¹⁶

La razón por la que el daño se ejecuta radica en la existencia de un derecho o interés tutelado por un sistema jurídico, el mismo que debe estar integrado en el

¹⁵ L. REBOLLO, *La responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*, op. cit. p. 56.

¹⁶ J. ROJAS, *Bases de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador*, op. cit. p. 358.

patrimonio económico y jurídico del sujeto lesionado. De esta manera, se genera el derecho a obtener una indemnización pertinente. Con esta reflexión se concluye también que si el riesgo a ese derecho tutelado no es conocido y no se ha podido prever utilizando la tecnología de ese momento, el daño no puede llegar a ser indemnizable. Es decir, puede llegar a haber daño, pero no lesión.

AGUSTÍN GORDILLO comparte esta línea de opiniones estableciendo lo siguiente,

La “responsabilidad”, en sentido amplio, existirá toda vez que una persona que ha sufrido de un daño – material o moral – causado directamente por el Estado o sus concesionarios o licenciatarios, deba ser indemnizada por alguno de ellos.

No existe ninguna regla general que determine concretamente cuáles son concretamente las condiciones para que esa responsabilidad exista, pues ello depende del caso que se está considerando. En algunas ocasiones se exigirá que la conducta dañosa sea apreciable en dinero, mientras que en otros será indemnizable el daño meramente moral, o se calculará presuntivamente el daño en ausencia de elementos probatorios tradicionales. Se revalorizan como el daño a la persona y a la intimidad, el derecho a la imagen y a la privacidad, la exactitud de los bancos de datos y que no tengan un carácter irrazonablemente invasivo de la privacidad de las personas, entre otros.¹⁷

1.3. La Imputación a la Administración Pública y sus criterios

“Para que exista responsabilidad de la Administración no basta la lesión. Hace falta que dicha lesión sea imputable a las Administraciones Públicas subjetivamente consideradas mediando una relación de causalidad.”¹⁸ Partiendo de este concepto de L. REBOLLO, se entiende que la imputación necesariamente involucra ya sea, el servicio o la persona que ha causado el daño al administrado, debe encontrarse integrado en el órgano estatal o administrativo del conflicto. Este criterio es respaldado por OSCAR ÁLVARO CUADROS y BUSTAMANTE ALSINA quienes establecen lo siguiente,

El nexo causal es el elemento que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de imputabilidad subjetiva o de atribución objetiva del daño. Es el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, en su caso, el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de

¹⁷ A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo, defensa del usuario y del administrado*, DIKE, Medellín, Colombia, p. XX-20.

¹⁸ L. REBOLLO, *La responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*, op. cit. p. 70.

indemnizar. Es un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa.¹⁹

El daño ocasionado al administrado que no debe soportarlo, puede proceder de un servicio administrativo de manera anónima o de un funcionario administrativo de manera personal, mientras ejecuta sus deberes mientras está en su cargo. En el caso de que sea el funcionario público quien ocasiona el daño, la Administración Pública lo “cubre” y tiene el derecho de ejercer el conocido “derecho de repetición o “vía de regreso” cuando el funcionario haya actuado con dolo o negligencia grave. Cabe recalcar que esa “cobertura” proporcionada por la Administración no solo se limita a los funcionarios públicos si no que se extiende a cualquier persona que se encuentre en ejercicio de funciones públicas integradas en la organización, autoridades políticas y hasta el mismo personal laboral contratado por la Administración.

El segundo componente de la imputación del daño antijurídico se encuentra en la lesión, la misma que es imputable a la Administración ya que debe provocarse por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos que son proveídos.²⁰

Últimamente se ha venido manejando una especie de daño moderno, la actividad estrictamente privada de los funcionarios públicos. L. REBOLLO estima lo siguiente, “Por su falta de integración en la organización se excluye de la cobertura y de la imputación a la Administración la actividad estrictamente privada de los funcionarios públicos. La razón es que en estos casos no hay relación con el servicio.”²¹ Lo que se ha venido utilizando para aclarar la duda es definir si el trabajo del funcionario es un “servicio permanente”.

1.3.1. La fórmula de imputación del daño en el derecho español.

La fórmula de imputación del daño utilizada por la legislación española es sumamente amplia, al respecto expone L. REBOLLO,

¹⁹ O. CUADROS, *Responsabilidad del Estado*, Abeledo Perrot, p. 242.

²⁰ Existe un problema doctrinario y jurisprudencial en este tema ya que no se ha definido con claridad la responsabilidad de la Administración cuando se ve envuelta en temas de derecho privado.

²¹ L. REBOLLO, *La responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*, op. cit. p. 76.

Incluye tanto el daño material directamente causado de forma lícita (Ej. Acción de los bomberos rompiendo paredes para controlar el fuego) como el producido ilegítimamente (suspensión de obras, clausura de establecimientos, etc.). Incluye también tanto el daño causado por una persona concreta perfectamente identificada (el funcionario conductor de un vehículo que atropella a un peatón) como el daño anónimo imputable sin más a servicio, a la Administración que lo gestiona, como sucede en la mayoría de los supuestos que contempla la jurisprudencia: daños por defectos de obras públicas o de instalación de los servicios (caída de muro, mal funcionamiento del alambrado eléctrico), por el mal estado de las carreteras, por retrasos, ausencia de señalizaciones, etc., etc.

En la rúbrica “funcionamiento de los servicios públicos” se incluye también tanto el mal funcionamiento del servicio como el funcionamiento tardío o la ausencia de funcionamiento, para cuya verificación es preciso un elemento de cotejo, un estándar medio y comparativo que, en la práctica, es fijado caso a caso por los tribunales.”²²

Es riesgoso para la Administración Pública el responder no sólo por funcionamientos anormales, sino también por funcionamientos normales. Por esta razón, se debe limitar la interpretación de la jurisprudencia en cuanto a funcionamientos normales que ocasionen daño mientras que en funcionamientos anormales se refiere, se debe limitar el criterio que se ha venido manejando de alguna manera.

1.4. La relación de causalidad

Para que la responsabilidad de la Administración se ejecute es esencial que exista una relación de causalidad que conecte al acto o hecho administrativo determinante del daño y éste mismo. J. ROJAS define a la relación de causalidad como, “el vínculo que debe existir entre el hecho que origina la responsabilidad y el perjuicio. Este vínculo no existe cuando el daño es producido por fuerza mayor, caso fortuito (en algunos casos si existe el vínculo concurrente con caso fortuito), hecho de un tercero o culpa de la víctima. Estas circunstancias exoneran de responsabilidad al demandado y juegan

²² L. REBOLLO, *La responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*, op. cit. pp. 79.

de manera diferente según se trate de responsabilidad fundada en una presunción de culpa o de riesgo.”²³

La doctrina clásica, que en un inicio fue la mayoritaria, estableció que la relación de causalidad no sólo debe ser directa si no que debe ser inmediata y exclusiva, sin embargo, con el pasar de los años, la doctrina se ha inclinado por admitir la relación de causalidad indirecta, mediata y concurrente. Producto de la evolución del derecho y de las varias doctrinas que tratan de causalidad, (como la exoneración de la Administración si la causa no es exclusiva, e indemnización toda ella a cargo de la Administración a pesar de la concurrencia de otras causas) se ha llegado a una doctrina con mucha acogida según la cual al concurrencia del hecho de un tercero o de la acción de la víctima no rompen el nexo causal si no que lo matizan de cierta manera, incentivando el análisis del caso particular.

Tomando estas observaciones, RAMIRO SAAVEDRA BECERRA expone su criterio de la relación de causalidad en la responsabilidad objetiva estableciendo lo siguiente,

Como se expuso al tratar de la actuación de la Administración, es en relación con el nexo causal que la doctrina y la jurisprudencia tradicional del Derecho Administrativo se han planteado el tema de la imputación. La visión española, hasta ahora dominante, por su parte, considera igualmente que la imputación es un fenómeno jurídico que consiste en la atribución a un sujeto determinado el deber de reparar un daño con base en la relación existente entre uno y otro. Es necesario examinar cómo y porqué se establece la relación causal entre el daño y el sujeto, en este caso la Administración Pública, para que haya lugar a la responsabilidad *extra contractus*.²⁴

El tratadista ISIDORO GOLDENBERG respalda este criterio definiendo a la relación de causalidad como, “El enlace material entre un hecho antecedente y un resultado “imputatio facti” o “vínculo material”; en tanto que la reelaboración a nivel jurídico de dicha conexión, con las particularidades que le atribuyen las teorías tradicionales de la relación de causalidad, conducen al concepto de “relación causal”.²⁵

²³ J. ROJAS, *Bases de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador*, op. cit., p. 358.

²⁴ R. SAAVEDRA, *La Administración Extracontractual de la Administración Pública*, op. cit. p. 533.

²⁵ I. GOLDENBERG, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1984, p.1.

Por otro lado, L. REBOLLO cita con acierto una sentencia que enumera taxativamente los parámetros a ser tomados en cuenta cuando se lleva a cabo un examen de relación de causalidad:

El examen de relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual debe tomar en consideración que:

- a. Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causabilidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.
- b. No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que válidas como son en otros terrenos irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.
- c. La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.
- d. Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia.²⁶

Por último se debe señalar que en casos de fuerza mayor, la relación de causalidad se fragmenta, produciendo una exoneración a la Administración y su obligación de indemnizar a quien ha sufrido el daño. Por otro lado, en casos de caso fortuito, si procede la indemnización ya que en este caso, se refiere a un suceso interno al servicio que se provee y no a algo ajeno, como puede ser un terremoto, erupción volcánica etc.

1.5. Criterios de la Reparación.

La piedra angular referente al criterio de reparación se encuentra en el principio de que la indemnización debe cubrir en su totalidad al daño que se ha producido. Sin embargo, en la práctica se utilizan mecanismos mixtos, donde se toma en cuenta los

²⁶ L. REBOLLO, *La responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*, op. cit. p. 93.

elementos probatorios aportados por cada una de las partes así como la valoración de daños, intereses por demora o beneficios perdidos. De la misma manera, la doctrina ha establecido que se debe indemnizar tomando en cuenta el daño emergente y el lucro cesante, sin embargo, la jurisprudencia ha debatido con respecto a este último por la exigencia de demostrar la realidad del daño. Cada cuestión merece un análisis independiente.

Para J.G. PÉREZ, “La reparación de los daños producidos constituye el objeto de la obligación. La Administración Pública a la que sea imputable el daño está obligada a la reparación integral del daño sufrido, lo que significa, dejar indemne a la víctima, compensarla económicamente para restaurar la integridad de su patrimonio.”²⁷ Por esta razón es importante que la reparación a la víctima sea integral, es decir que el patrimonio del lesionado debe resultar inalterado, objetivo que se logra con una valoración acertada del daño producido y con una indemnización equivalente al daño y justa.

En la práctica, la valoración de la reparación utiliza parámetros únicos, al respecto, L. REBOLLO califica lo siguiente,

Intentando, no obstante, hallar algún criterio aproximativo deducido de la práctica jurisprudencial se puede decir que cuando la imputación es por culpa o negligencia, es decir, por un funcionamiento anormal de los servicios, los tribunales son más proclives a aumentar la indemnización y a admitir el lucro cesante, en su caso. Y que cuando la víctima contribuyó de alguna manera al resultado dañoso y se admite en la relación de causalidad la concurrencia de causas, ése es también, como ya se ha dicho, un criterio de disminución de la indemnización en la proporción debida a la acción de la propia víctima.²⁸

Otro es el régimen transitado en el caso de daños materiales ya que los parámetros utilizados para fijar la cuantía del daño son esenciales. Se necesita especificar las lesiones producidas, la relación de causalidad y la evaluación económica de la responsabilidad además de todos los documentos que se consideren necesarios para demostrar el daño. En la legislación española, se prevé un periodo de prueba en el expediente indemnizatorio que puede referirse tanto a los hechos como a la misma

²⁷ J.G. PÉREZ, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, op. cit. pp. 313-314.

²⁸ L. REBOLLO, *La responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*, op. cit. p. 99.

valoración del daño. Los medios de prueba que se pueden utilizar son aquellos que se utilizan en la práctica jurídica, como los informes de los peritos, pruebas instrumentales, declaraciones de testigos, etc.

Existe una serie de técnicas para calcular la indemnización en caso de que la víctima haya fallecido. Una de ellas es la capitalización al interés legal de la diferencia de ingresos anuales que resulte de restar el salario de la víctima la pensión concedida en el régimen de Seguridad Social. Otra técnica que se ha llevado a cabo es la de calcular la diferencia anual y multiplicarla por el número de años que le quedaron a la víctima por jubilarse.

La indemnización siempre debe ser abonada en dinero y debe consistir en una cantidad sustancial. La doctrina no admite otros criterios o parámetros compensatorios. Sin embargo, se ha introducido la figura de pago periódico del monto total por indemnización. Cabe recalcar que dicha figura debe ser aprobada por el interesado ya que de otro modo no tiene validez.

Para ampliar el estudio en este epígrafe, vale citar a R. SAAVEDRA, quien afirma lo siguiente,

Lo que verdaderamente importa es que la responsabilidad, en cuanto a la obligación de reparar el daño causado se refiere, es uno de los principios fundamentales de todo ordenamiento jurídico. Constituye, en efecto, una de las bases esenciales de toda forma de convivencia social en el mundo contemporáneo. Por ello se ha dicho que toda forma de responsabilidad es una forma de civilización. Ello se comprueba en el proceso de desarrollo jurídico de la sociedad romana.²⁹

Para concluir con el análisis, se debe destacar lo aportado por OSCAR ÁLVARO CUADROS, quien determina que el principio general es la indemnización integral, vale decir, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, siempre que la privación de ganancias pueda ser debidamente acreditada.³⁰

1.6. Vías jurisdiccionales de exigencia de responsabilidad

²⁹ R. SAAVEDRA, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, op. cit. p. 29.

³⁰ O. CUADROS, *Responsabilidad del Estado*, op. cit. p. 103.

Dentro de las vías jurisdiccionales de exigencia de responsabilidad, existía un problema de suma gravedad, la falta de unificación jurisdiccional. La doctrina española mantiene esta figura vigente con el propósito de evitar resultados prácticos distintos dentro de diferentes esferas, sean estas el contencioso administrativo, civil, etc.

1.6.1. Vía Administrativa y Contencioso Administrativa

Como presupuesto primordial para acudir a la vía contencioso administrativa, debe existir un daño originario de una decisión administrativa directa, esto quiere decir, un acto que encuentre su fuente en un hecho o acto administrativo.

Partiendo de este acto dañoso, el administrado lesionado tiene algunas opciones. En primer lugar, la víctima que ha sufrido el menoscabo puede apelar el acto con la intención de obtener su anulación. Al mismo tiempo que se lleva a cabo la reclamación, se puede requerir la indemnización por daños y perjuicios derivados de éste daño sufrido sin razón.

El segundo, y más transitado camino, consiste en la iniciación, ya sea de oficio o por los interesados el pago, de la indemnización correspondiente. Normalmente, el lesionado inicia el proceso mediante una petición al órgano administrativo que corresponde, donde se debe especificar la lesión así como detalles y determinaciones que se han producido. De acuerdo a L. REBOLLO, se deben adjuntar las siguientes declaraciones,

Lesión y más circunstancias producidas, la presunta relación de causalidad, la evaluación económica si fuera posible y el momento en que la lesión se produjo, acompañando, cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos, la proposición de prueba que se considere conveniente y la concreción también de los medios de prueba de que pretenda valerse el reclamante:³¹

Cabe indicar que en cualquier momento de este determinado proceso se puede llegar a una finalización convenida por las partes mediante un acuerdo con el lesionado donde se satisface, de alguna manera, la cuantía indemnizatoria. Sin embargo, si se continúa con el proceso, se obtiene una resolución expresa que agota la vía administrativa, dicha resolución podrá ser impugnada en sede jurisdiccional. Vale

³¹ L. REBOLLO, *La responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*, op. cit. p. 108.

recordar que el procedimiento que ha sido puntualizado es aplicable cuando el daño sufrido proviene de un acto de la administración pero el lesionado no eligió, por cualquier razón, acumular a su originario la solicitud indemnizatoria.

La legislación española ha decretado el plazo de un año, computado desde la fecha que se ha producido el daño derivado del hecho, para reclamar la indemnización debida. Sin embargo, se han señalado ciertos casos donde el plazo cede, los mismos que son:

- a. En caso de daños personales de carácter físico o psíquico, el plazo empieza a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.
- b. En el ya citado caso de daños producidos por actos cuando el dañado hubiera optado por esperar a una sentencia anulatoria de aquél.
- c. Cuando hubiera intervenido previamente la jurisdicción penal por revestir los hechos indicios de delito; supuestos en los que, si no hay condena, el plazo para reclamar a la Administración comienza tras el sobreseimiento o la sentencia absolutoria del funcionario inculcado.³²

1.6.2. Desaparición de la vía civil

En la doctrina española, se ha eliminado la vía civil como método para exigir la debida indemnización ya que existía el problema de dualidad jurisdiccional. Cuando esta alternativa se mantenía vigente, se la ejecutaba en dos supuestos, el primero se llevaba a cabo cuando la Administración Pública se veía inmersa en relaciones de Derecho Privado. El segundo caso acontecía cuando el daño se originaba de una actividad concreta por parte de un funcionario público, en casos de culpa o negligencia grave.

El acceso a la vía civil en España desapareció con la Ley Jurisdiccional de 13 de julio de 1998, la misma que dispone lo siguiente,

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

- e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por ese motivo ante los órdenes

³² L. REBOLLO, *La responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*, op. cit. p. 110.

jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.³³

La vía civil, como manera de exigir la debida indemnización y determinación de responsabilidad, cayó en desuso antes de que fuera declarada improcedente ya que con la emisión de nuevas leyes que modificaban la esfera contencioso administrativa se produjo que no quepan demandas contra la Administración, ni solas ni en demandas vinculadas con un particular. De la misma forma, tampoco caben demandas ligadas contra la Administración Pública y un funcionario, así como tampoco caben demandas contra el funcionario público exclusivamente.

De esta manera se logra un ejercicio de determinación de responsabilidad más razonada y más clara. El problema de admitir una acción civil en contra del funcionario público se encuentra en que la responsabilidad de éste ya no estaría limitada. Al respecto resume L. REBOLLO,

De admitirse que el dañado pudiera dirigirse directamente contra el funcionario, la responsabilidad civil de éste ya no estaría limitada, como antes, a los supuestos de culpa o negligencia graves...

De admitirse la opción de la demanda civil contra el funcionario, éste respondería no sólo por culpa o negligencia graves, sino también por culpa y negligencia leves.³⁴

Como consecuencia de este problema, el empleado público respondería de manera más extendida frente al ciudadano lesionado que frente a la Administración en el ejercicio del derecho de repetición ya que en este último caso se analiza el dolo, culpa o negligencia grave del funcionario público.

Para terminar este epígrafe, vale citar el artículo 145.1 de la Ley 30/1992 española, que establece lo siguiente,

Para hacer efectiva la responsabilidad a que se refiere el capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio, siendo indiferente que la actividad administrativa haya tenido lugar en el estricto ejercicio de una potestad administrativa o en forma de una mera actividad material o en omisión de una obligación legal, del propio

³³ L. REBOLLO, *La responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*, op. cit p. 113.

³⁴ L. REBOLLO, *La responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*, op. cit p. 117.

modo que también es indiferente la naturaleza, pública o privada, de la relación de que la responsabilidad derive.³⁵

Es evidente que las reglas y parámetros utilizados en el Código Civil son incapaces de regir la responsabilidad del Estado en relación a los daños que la Administración Pública produce al ciudadano por medio de actos de sus servidores públicos, actos que lesionan intereses particulares y que deben ser reprimidos de alguna manera. De igual forma es importante recalcar que la responsabilidad no puede ser ni general ni absoluta si no más bien específica ya que tiene reglas especiales con respecto a su funcionamiento una vez se ha determinado que el funcionario tuvo incidencia en el daño producido al administrado lesionado. Al respecto comenta J. ROJAS,

La aplicación de las normas de responsabilidad del derecho común al Estado fue considerada demasiado drástica, por lo que se buscó un régimen menos severo, que se vio reflejado en el fallo Blanco, pronunciado por el tribunal de conflictos de Francia de 1873. En el se pretendió construir una teoría propia de la responsabilidad, diferente a la que enjuicia a los particulares, principalmente por regirse por principios distintos, como se verá más adelante. Dicho fallo indicó que “la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por actos de las personas que emplea en el servicio público, no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular, esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses privados.”³⁶

De esta manera, queda demostrado que habilitar la acción civil, con el propósito de solicitar la indemnización, en contra de la Administración, sus órganos o sus funcionarios tiene aspectos negativos, como la dualidad de jurisdicciones, y por ende la acumulación de causas civiles en los tribunales.

1.6.3. La jurisdicción penal

La jurisdicción penal es activada en el supuesto de que la Administración se vea obligada a pagar por un daño que haya existido a causa de una actividad o prestación criminal por parte de un empleado público, el mismo que es procesado y sentenciado por aquella actividad delictuosa. Cabe enfatizar la importancia y necesidad de un

³⁵ Artículo 145.1 de la Ley 30/1992, España.

³⁶ J. ROJAS, *Bases de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador*, op. cit. p. 355.

proceso y sentencia previos ya que si no hay una condena de índole penal, no puede existir, en dicha vía, una sanción civil a la Administración.

Una vez se haya condenado al funcionario público por los delitos que éste haya cometido en el ejercicio de sus competencias, se puede hablar de la existencia de la responsabilidad de la Administración, sin embargo, este tipo de responsabilidad es diferente ya que es subsidiaria y no directa. El código penal español establece la responsabilidad subsidiaria en casos penales pero no determina o hace mención a las faltas. La razón por la que se omite una enumeración taxativa de las faltas de los funcionarios públicos se encuentra en la voluntad del legislador, la misma que busca que los tribunales penales no se pronuncien con respecto a la responsabilidad civil de la Administración en casos de sentencia por faltas. La razón detrás de este supuesto es la de evitar que se utilice la vía penal para obtener condenas indemnizatorias civiles debido a la lenta operación de la justicia administrativa. Por esta razón, se puede concluir que esta norma se convierte en una de tipo “pro funcionario” ya que protege al empleado público en el sentido de que se desincentiva la utilización del camino penal con el único propósito de obtener la sanción indemnizatoria por ser una vía más rápida.

Por último, vale destacar una reforma en el sistema penal española con la emisión del nuevo código penal, el mismo que en su artículo 121 determina que, “Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.”³⁷ Lo que se busca con el nuevo artículo penal es que el lesionado no practique la acción civil contra la Administración Pública en el proceso penal, con el objeto de dirigirse contra ella en sede administrativa, esfera donde la Administración responde siempre de forma directa.

1.6.4. La acción de regreso o Derecho de repetición. Breves rasgos.

³⁷ CÓDIGO PENAL ESPAÑOL, ARTÍCULO 121.

Es claro que el régimen sancionador mediante la determinación de responsabilidad civil a los funcionarios es una de las medidas más efectivas para evitar infracciones de éstos en el ejercicio de sus cargos públicos. No solamente existe un interés constitucional ni tampoco pasa por el hecho de que la víctima será indemnizada por el daño sufrido. El hecho trascendental en estos casos es la garantía constitucional analizada desde el punto de vista administrativo ya que es esencial que los funcionarios sean puestos ante los tribunales de justicia y hasta el momento no se ha encontrado mejor manera que castigar a los servidores públicos que con multas pecuniarias. La misma corriente comparte tanto A. GORDILLO como HAURIOU, quienes exponen lo siguiente,

No hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios. Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional. Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también, y sobre todo, una cuestión de garantía constitucional de la libertad; si, desde un punto de vista administrativo, puede parecer ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la Administración mas bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional, se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios.³⁸

Es esencial puntualizar que para que la conducta de la persona o funcionario pueda ser imputada a la Administración Pública a la cual el empleado se encuentra integrado se necesita una acción u omisión enmarcada dentro de la gestión pública. Sin embargo, las Administraciones públicas no pueden responder de aquellos actos puramente personales que deriven de los empleados en su servicio, cuanto la actividad realizada se hubiere llevado a cabo al margen del ejercicio de la función que deben desempeñar.³⁹

La teoría manejada por la doctrina chilena hace énfasis no en el la relación que existe entre el ente que ocasionó el daño y el lesionado, si no que afirma que la aplicación de la responsabilidad extracontractual del Poder Público hace a un lado el comportamiento del agente publico que ocasiona un daño como requisito elemental

³⁸ A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, la defensa del usuario y del administrado*, op. cit. pp. XIX-1/XIX-2.

³⁹ J.G. PÉREZ, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, op. cit., p. 259.

para producir la responsabilidad del Estado de indemnizar al administrado lesionado. La doctrina chilena hace especial énfasis en que exista un nexo entre el agente público y el hecho de que éste haya estado prestando un servicio estatal y que exista una estrecha conexión de causalidad entre la acción u omisión y el daño que se ha producido. Al respecto valora H. CALDERA,

La actuación nula y perjudicial de los órganos públicos compromete, directamente, la responsabilidad del Estado ante los particulares o administrados, sin perjuicio de que pueda, simultáneamente, comprometerse la responsabilidad disciplinaria administrativa, la civil y la penal del funcionario frente al Estado; en la eventualidad de que se hubiere incurrido en falta, infracción disciplinaria, le será aplicada la correspondiente medida disciplinaria; si hubiere habido perjuicio patrimonial para el Estado, durante la tramitación del sumario administrativo puede decretarse su suspensión de funciones con la retención del cincuenta por ciento de su sueldo, sin perjuicio de tener que reparar el perjuicio total causado al Estado, y si el hecho fuere constitutivo de delito deberá darse cuenta al juez del crimen.⁴⁰

De la misma manera, en el derecho español, se puede accionar en contra de la Administración Pública únicamente, sin perjuicio de que ésta, a su vez, ejerza el derecho de repetición contra el empleado público. M. AMENÁBAR concurre con este criterio citando la legislación española,

En orden a la exigencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas, el art. 145.1 dispone: " Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio." Y el Art. 145.2 establece: "La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados exigirá de oficio a sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca."⁴¹

De igual forma, el artículo 145.2 de la Ley 30/1992, vigente en España, establece lo siguiente,

La administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus Autoridades y demás personal a su servicio la

⁴⁰ H. CALDERA, *Ecuación del Estado de Derecho, Teoría del Órgano y Responsabilidad Extracontractual del Estado en Chile*, p. 2, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649316>, consultado el 3 de Marzo de 2009.

⁴¹ M. AMENÁBAR, *Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, op. cit. p. 345.

responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo o culpa o negligencia graves, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.⁴²

Del citado artículo es necesario aclarar que sufrió una modificación que vale recalcar. Dicha modificación se encuentra en la obligatoriedad de la Administración de exigir la responsabilidad al funcionario, o cualquier miembro del personal bajo su servicio, en que hubieren infringido. Es decir que la obligatoriedad o actuación de oficio reemplazo a la discreción de la Administración a seguir con el proceso. Sin embargo, de ese precepto parte un problema práctico severo. Es relativamente absurdo que una vez la Administración Pública se haya hecho responsable por el daño ocasionado, pretenda que el funcionario se haga responsable por la cuantía de lo que ha pagado la Administración por sus obras culposas o negligentes graves. De forma más específica, el problema nace en el momento que la Administración no quiere hacer responsable al empleado público. No hay manera de obligar a la Administración a llevar a cabo el derecho de regreso ni tampoco se encuentra ente legitimado para obligárselo por vía judicial.

L. REBOLLO sintetiza el proceso de repetición una vez éste ha sido activado. El proceso, en breves rasgos, consiste en lo siguiente,

Se inicia notificando al afectado los motivos y dándole un plazo de presentación de pruebas. Hay un informe del servicio donde se haya producido la lesión, la práctica de las pruebas admitidas, un plazo de audiencia y, finalmente, la resolución. La constatación de la culpa o negligencia graves normalmente procederá de la previa decisión judicial o administrativa que reconoce la indemnización al perjudicado por la acción del funcionario; perjudicado que se ha dirigido antes contra la Administración y ha conseguido la condena de ésta. No será necesario, pues, un expediente disciplinario, aunque la admisión de la responsabilidad administrativa mediando culpa o negligencia puede constituir también una falta grave.

⁴² LEY 30/1992, ARTÍCULO 145.2, ESPAÑA

La resolución final podrá ser recurrida en vía contenciosa y allí, como en el expediente previo, el afectado podrá discutir tanto los presupuestos de hecho como la cuantía de la responsabilidad.⁴³

CAPÍTULO II

LA ACCIÓN DEL CIUDADANO LESIONADO EN CONTRA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A RAÍZ DEL DAÑO OCASIONADO

La Carta Política de la República del Ecuador, recientemente emitida en el 2008 no contiene mayores novedades concernientes al derecho de repetición o al régimen de responsabilidad objetiva del Estado. Los cambios en la redacción del artículo 11,

⁴³ L. REBOLLO, *La responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*, op. cit p. 129.

numeral 9 de la Constitución actual confunden aún más en lo pertinente a la responsabilidad del Estado, la responsabilidad de los funcionarios y al ejercicio de la acción de regreso. Debido a que no se encuentran cambios sustanciales a la estructura de la responsabilidad del Estado, la responsabilidad del Estado sigue siendo objetiva, esto quiere decir que el Estado responde por todas las instituciones, órganos y personas adscritos al Estado, así como por sus acciones u omisiones que produzcan daños a los administrados de un país sin perjuicio de ejercer el debido derecho de regreso en contra de aquellos funcionarios que han obrado con dolo o negligencia en el uso de sus competencias.

2.1. Régimen de la acción del administrado lesionado contra la Administración Pública en la Constitución Política Ecuatoriana de 1998

El artículo 20 de la Constitución Política Ecuatoriana de 1998 establecía lo siguiente,

Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios 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.⁴⁴

Esta norma constitucional permitía la acción de reclamo indemnizatorio por parte del administrado perjudicado en contra de la Administración, sin perjuicio de que después, la Administración repita en contra del funcionario en casos determinados.

De igual manera, la Carta Política Ecuatoriana ordenaba un régimen de responsabilidad patrimonial claro, con pautas predeterminadas. Así lo demuestra el artículo 22 de la Constitución Política Ecuatoriana de 1998 que dictaba lo siguiente,

El Estado será civilmente responsable en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la

⁴⁴ Constitución Política Ecuatoriana, Artículo 20, 1998.

prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los supuestos de violación de las normas establecidas en el Art. 24. El Estado tendrá derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable.⁴⁵

Esto quería decir que existía una norma que establecía una responsabilidad civil palpable en ciertos casos especiales, como lo son el error judicial, la impropia administración de justicia, detenciones arbitrarias o violaciones al debido proceso entre otros, así como la potestad del Estado de entablar la acción de repetición.

Por último, existía un artículo importante en la Carta Política Ecuatoriana que establecía, tajantemente, la responsabilidad ineludible de los funcionarios públicos por consecuencia de sus funciones. Este era el artículo 120 del cuerpo normativo mencionado anteriormente, el mismo que apuntaba que, “No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o sus omisiones.”⁴⁶

2.2. Régimen de la acción del administrado lesionado contra la Administración Pública en la Constitución Política Ecuatoriana de 2008

Con la emisión de la nueva Constitución Política en la República del Ecuador en el año de 2008, el régimen de responsabilidad se mantuvo. La Carta Política aún sostiene un régimen de responsabilidad objetiva de la Administración Pública, peldaño esencial para que el administrado que sufrió un menoscabo ilegítimo pueda accionar en contra del Estado en busca de un resarcimiento por esos daños.

El artículo 11, numeral 9 de la Carta Política Ecuatoriana del 2008 establece lo siguiente,

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.

⁴⁵ Constitución Política Ecuatoriana, Artículo 22, 1998.

⁴⁶ Constitución Política Ecuatoriana, Artículo 120, 1998.

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.⁴⁷

De este artículo constitucional recientemente emitido no derivan mayores cambios referentes la Administración Pública y el régimen de responsabilidad patrimonial en contexto con la acción de regreso. Se puede apreciar con claridad que se mantiene la responsabilidad objetiva del Estado, lo que habilita al administrado lesionado que accione contra la Administración Pública sin perjuicio de que la Administración ejerza la acción de regreso contra el servidor público.

En la norma constitucional citada anteriormente, se puede divisar una pequeña alteración, que no tiene consecuencias jurídicas relevantes, la misma se encuentra en que el artículo 11, numeral 9 de la Carta Política Ecuatoriana suma la obligación de reparar el daño producido a toda persona en ejercicio de una potestad pública. Sin embargo, esta pequeña modificación de redacción en la norma no modifica el sistema de responsabilidad existente en el Ecuador ya que no se rompe con el régimen de responsabilidad objetiva del Estado, lo que quiere decir que la Administración Pública seguirá siendo responsable por las acciones perjudiciales que emanen de sus servidores públicos.

El artículo 226 de la Carta Magna Ecuatoriana delimita, mediante el principio de legalidad, a los empleados públicos determinando lo siguiente,

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y en la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el

⁴⁷ Constitución Política de la República del Ecuador, Artículo 11.9, 2008.

cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.⁴⁸

De acuerdo a este artículo, se delimitan las potestades públicas de los funcionarios, lo que en teoría debería evitar el indiscriminado uso de las potestades discrecionales. Siguiendo esta línea, el artículo 229 de la Carta Política Ecuatoriana también dicta pautas referentes a los servidores públicos manifestando lo siguiente,

Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.⁴⁹

El objeto de esta norma constitucional es el de determinar con exactitud qué personas pertenecen a la Administración Pública, aclaración fundamental ya que el hecho de que el daño sea imputable a la Administración es un presupuesto que debe cumplirse con el fin de que se logre ejercer la acción de regreso. De esta manera, los servidores públicos estarán conscientes de las posibles consecuencias por sus acciones. Por último, es esencial citar el artículo 233 de la Constitución Política Ecuatoriana que determina lo siguiente,

Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.⁵⁰

Este artículo retoma la esencia de lo establecido en el artículo 120 de la Carta Política Ecuatoriana de 1998 ya que decreta con claridad que no hay servidor público

⁴⁸ Constitución Política de la República del Ecuador, Artículo 226, 2008.

⁴⁹ Constitución Política de la República del Ecuador, Artículo 229, 2008.

⁵⁰ Constitución Política de la República del Ecuador, Artículo 233, 2008.

que esté exento de responsabilidades por actos producidos en el ejercicio de su cargo al igual que ordena la responsabilidad civil, administrativa y penal.

Como consecuencia directa de estas normas constitucionales, se debe enfatizar y aclarar lo que significa una potestad pública. De igual forma, se debe definir con precisión quiénes son los funcionarios públicos y los empleados públicos así como también se deben aclarar el significado de los servicios públicos.

2.3. Conceptos de “Servicio público”, “empleado público”, “funcionario público” y su relación con el derecho de repetición

Con el artículo 11, numeral 9 de la Constitución del Ecuador emitida en el 2008, se suma a la obligación de indemnización por parte del Estado, sus delegatarios y concesionarios, la obligación de indemnizar de toda persona que actúe en una potestad pública, es decir, que se encuentre adscrito, de alguna manera, a la Administración Pública. Por esta razón, es esencial analizar el significado doctrinario de los términos “servicio público”, “empleado público” y “funcionario público”.

Como primera premisa, se debe establecer que la Administración Pública es responsable por los daños o menoscabos ilegítimos que sufran los administrados lesionados como producto de un determinado funcionamiento de los servicios públicos proveídos por el Estado. Por esa razón, es preciso analizar el significado de servicio público. Al respecto J.C. LAGUNA DE PAZ opina lo siguiente,

El concepto de servicio público es uno de los más imprecisos. En sentido estricto, define una modalidad de intervención administrativa, que consiste en la reserva a los Poderes públicos de la titularidad de actividades esenciales, con objeto de organizar su prestación a los ciudadanos en un régimen de Derecho Administrativo (art. 128.2 CE). No es ésta, sin embargo, la delimitación que puede aceptarse a efectos de responsabilidad: no tendría justificación que la Administración sólo respondiera en las actividades públicas prestacionales y no en las restantes modalidades de intervención. El artículo 106.2 CE ha querido sancionar un régimen general de responsabilidad de la Administración. En esta línea, se ha adoptado una perspectiva subjetivo-orgánica, destacando que —a efectos de responsabilidad— es suficiente que el daño se produzca en el seno de una organización administrativa y que la actividad productora del perjuicio esté sujeta al Derecho Administrativo (7). Con todo, esta delimitación puede quedarse estrecha en algunos casos, ya que hay daños en cuya producción no interviene directamente un órgano de la Administración...

La responsabilidad no requiere la incorporación del agente a la esfera administrativa, sino sólo que el funcionamiento de los servicios públicos —directa o indirectamente— haya sido determinante de la causación de los perjuicios. En otros términos, ha de adoptarse una delimitación del servicio público de carácter funcional, equivalente a toda actuación administrativa.⁵¹

⁵¹ J.C. LAGUNA DE PAZ, *Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado*, pp. 29-30 y 33-34, disponible en <http://revistas.cepc.es/revistas.aspx?IDR=1&IDN=153&IDA=24374>, consultado en el 21 de Marzo del 2009.

La definición de la responsabilidad patrimonial estatal ha producido dificultades debido a que su rango de operativo, por así decirlo, no se encuentra definido con claridad en ninguna parte. J.C. LAGUNA DE PAZ destaca lo importante que es para la delimitación de la responsabilidad administrativa patrimonial el hecho de enfatizar y especificar qué contiene el término “servicio público” o “servicio administrativo”. Por esta razón, se ha enmarcado a la responsabilidad administrativa tanto en actividades de intervención administrativa directa como indirecta.

Por otro lado, MARÍA DEL PILAR AMENÁBAR, también analiza la responsabilidad en relación al concepto de servicio público, estableciendo lo siguiente,

El concepto de servicio público, en sentido estricto, define una modalidad de intervención administrativa que consiste en la reserva a los poderes públicos de la titularidad de actividades esenciales, con el objeto de organizar su prestación a los ciudadanos en un régimen de Derecho Administrativo (Art. 128.2, CE). No es ésta, sin embargo, la delimitación que corresponde realizar en relación con la responsabilidad. Ello es así, porque no hay razón que justifique que la Administración sólo responda en las actividades públicas prestacionales y no en las restantes modalidades de intervención.⁵²

Lo que AMENÁBAR expone es que la Administración Pública dispone de la reserva de la titularidad de actividades esenciales, es decir, el Estado es el órgano exclusivo que está facultado para organizar y ejecutar las prestaciones de los diferentes servicios en un régimen de Derecho Administrativo. En base a esta premisa, es el mismo Estado quien debe hacerse cargo de las malas prestaciones, de la falta de prestación de servicios y de los daños derivados de un comportamiento incorrecto de sus funcionarios.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA lleva el concepto más allá, ya que primero lo conceptualiza como el “funcionamiento del servicio público”, y lo define de la siguiente forma,

Por “funcionamiento del servicio público”, debía entenderse toda la actividad típica de la Administración, comprensiva de la actividad jurídica (reglamentos y actos administrativos) y de la actividad material, tanto por acción como por

⁵² AMENÁBAR, MARÍA DEL PILAR, *Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, op. cit., p. 336.

omisión; todo el giro o tráfico administrativo, y no sólo en el ámbito de la actividad administrativa de tipo prestacional conocida por Servicio Público.⁵³

Para GARCÍA DE ENTERRÍA, el concepto de funcionamiento de servicios públicos abarca toda la actividad característica e inconfundible de la Administración Pública, comprendiendo la esfera jurídica y la material. Es imprescindible subrayar que la actividad administrativa engloba al servicio público, así como a la actividad administrativa prestacional.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN proporciona una perspectiva diferente con respecto a los conceptos de funcionario público y empleado público. Él establece lo siguiente,

Primero para significar que el concepto de empleado público, como ya vimos, es más amplio que el de funcionario, pues comprende también a profesionales vinculados a la Administración por un contrato laboral o, excepcionalmente de otro tipo...

Supuesto distinto es el de los profesionales y trabajadores que trabajan para la Administración en virtud de un contrato de trabajos específicos y concretos no habituales o de un contrato de servicios o de consultoría y asistencia...

Estas personas, aunque a veces mantienen con las dependencias administrativas una relación física tan directa como los empleados públicos, no pueden integrarse en esa categoría, pues, jurídicamente no realizan su trabajo en la Administración...

En los últimos tiempos se observa una acusada tendencia en algunas Administraciones a contratar servicios de este tipo en el exterior para no recargar sus plantillas.⁵⁴

El concepto de funcionario público o de servidor público se ha convertido en un concepto mucho más amplio que el de simplemente “funcionario” ya que comprende a otros profesionales que están íntimamente conectados o ligados con la Administración Pública y sus funciones. La conexión que puede tener la Administración Pública con éstos entes de características particulares se encuentra en contratos laborales mayormente.

⁵³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa: potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la administración*, p. 199, Civitas, Madrid.

⁵⁴ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos S.A., Madrid, 1997, pp. 75-76.

Otro formato de trabajadores con relación externa a la Administración Pública se encuentra en los profesionales que trabajan en virtud de contratos especiales y concretos o poco habituales como lo hacen personas consultoras.

Para concluir este capítulo es útil destacar el uso de las palabras “funcionario público” y “empleado público”. Durante años, se ha llevado una distinción carente de sustento jurídico con respecto a la diferenciación, entre funcionario público y empleado público. Ambos conceptos se han venido diferenciando con criterios como la remuneración de cada uno o su jerarquía dentro de la esfera administrativa. Sin embargo, poniendo en juego ciertos criterios, la diferenciación tradicional de ambos conceptos radica en el hecho de que el funcionario decide por la Administración de que se trate, es decir, es el representante de la voluntad estatal mientras que por otro lado, el empleado simplemente es un mero ejecutor de las decisiones administrativas de los funcionarios. Es importante insistir que la diferenciación no conlleva efectos jurídicos substanciales por lo que su uso no encuentra restricciones. Al respecto concluye AGUSTÍN GORDILLO,

Tradicionalmente se distinguían los conceptos de “funcionario publico” y “empleado ‘publico”, y para establecer la diferencia se desecharan criterios tales como el de la remuneración o su jerarquía administrativa (aunque por supuesto nadie llamaría empleado publico al Ministro, salvo en sentido peyorativo, ni funcionario al ordenanza), para limitarse principalmente, al siguiente: el funcionario decide, representa la voluntad del Estado, mientras que el empleado ejecuta, realiza comportamientos materiales para llevar a la práctica las decisiones de los funcionarios.

Con ello se advierte que la distinción, así fundamentada, carece de sustento real, por cuanto no nos permite diferenciar distintos tipos de agentes del Estado sino a lo sumo distintos tipos de actuación de ellos. Nada impide que usemos los términos en el lenguaje ordinario como nos plazca: sólo debemos saber que no tiene proyecciones jurídicas.⁵⁵

Para concluir el epígrafe, es válido citar a AGUSTÍN GORDILLO, quién determina que no existe diferenciación entre conceptos como funcionario y empleado público ya que cualquier persona dentro de la Administración

⁵⁵ A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo Parte General*, Dike, Medellín, Colombia, 1998, pp. I-1/XVI-26.

Pública mantiene el carácter de órgano de la misma, sin importar su nivel o función,

Quienes distinguen entre “funcionarios” y “empleados” dicen que los primeros, por representar la voluntad del Estado, son órganos suyos y los segundos, por no realizar sino actividades de ejecución, son sus dependientes, diferentes de ese modo de la responsabilidad directa (por el hecho propio) e indirecta (por el hecho de un dependiente).

Sostienen que existiría responsabilidad directa cuando actúa un órgano (funcionario); e indirecta cuando actúa un dependiente (empleado). Si bien la jurisprudencia nunca se ha definido claramente, pareciera a veces que adhiere a este criterio. Hemos visto que no existe distinción entre funcionarios y empleados; todos los agentes del Estado, sea cual fuere su jerarquía o función, asumen el carácter de órganos del Estado. De allí se deduce que la responsabilidad de aquél por los hechos y actos de sus agentes será siempre directa, no pudiéndose dar la hipótesis de que por los hechos de tales personas el Estado tenga responsabilidad indirecta.⁵⁶

2.4. El ejercicio de la acción contra la Administración Pública

En legislaciones de diversos países, existe un consenso sobre la prohibición de permitir al administrado, que ha sufrido la lesión ilegítima, para que éste exija la determinación de responsabilidad tanto a la Administración Pública como al funcionario culpable del daño. La legislación argentina es uno de los casos donde se prohíbe accionar contra el funcionario culpable del menoscabo de manera directa. Al respecto califica MARÍA DEL PILAR AMENÁBAR,

Se ha declarado que resulta conveniente integrar en toda demanda contra el Estado (representado por la Administración Pública), al o a los agentes o funcionarios presuntamente involucrados, como una forma de coadyuvar a la defensa por igual del propio agente o funcionario, cuanto la del mismo Estado. Ello no implica necesariamente que deba condenarse (sin analizar la distinción entre falta y culpa de servicio y la falta o culpa personal), en forma solidaria a la administración y a tales agentes, cuando no media falta o culpa personal y se da claramente sólo una falta o culpa de servicio.⁵⁷

Lo que esta corriente doctrinaria argentina propone es el integrar, junto con la demanda a la Administración Pública por el daño sufrido, a los agentes públicos que se han visto involucrados en el cometimiento del daño. Esto no quiere decir que se está

⁵⁶ A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo, defensa del usuario y del administrado*, DIKE, Medellín, Colombia, p. XX-23.

⁵⁷ AMENÁBAR, MARÍA DEL PILAR, *Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, op. cit. p. 239.

demandando directamente al funcionario, sino lo que se trata es de revelar indicios de responsabilidad de los empleados públicos así como cooperar con la promoción de la defensa por igual de las dos partes, es decir, el Estado y el funcionario presuntamente responsable. A partir de este punto, queda en manos de la Administración Pública ejercer las medidas pertinentes ayudándose con las investigaciones necesarias para determinar la existencia y el tipo de responsabilidad del servidor público.

AMENÁBAR cita a AGUSTÍN GORDILLO, quien, fundamentándose en la falta de determinaciones de responsabilidades a los varios empleados públicos, afirma lo siguiente,

La responsabilidad de los funcionarios públicos debe plantearse junto con la del Estado, a fin de destacar la necesidad no sólo de indemnizar el daño – que puede hacerlo tanto el uno como el otro, y generalmente lo hará el Estado –, sino también de castigar al verdadero responsable de aquél, que es en la generalidad de los casos el funcionario que lo cometió. Estima que la inexistencia, en la práctica, de responsabilidad civil de los funcionarios públicos significa otorgarles impunidad para seguir cometiendo los mismos daños, por lo que resulta fundamental, que ambas responsabilidades, la del Estado y la del funcionario, se consideren en forma conjunta. Señala que una vez declarada la responsabilidad y excluidos los bienes del funcionario, responderá el Estado por el todo sólo cuando aquél hubiera resultado insolvente. Y postula que si el damnificado demanda sólo al Estado, éste responderá por su porción de la deuda hasta tanto el actor no haya hecho responsable al funcionario y excluidos sus bienes.⁵⁸

MARIENHOFF, autor argentino, estima necesaria otra corriente, apoyando que la acción indemnizatoria se lleve a cabo exclusivamente en contra del Estado, explicando lo siguiente,

El administrado, en vez de accionar directamente contra el funcionario público imputado, puede hacerlo contra el Estado, sin perjuicio de la ulterior acción regresiva, de repetición o de recuperación que el Estado promueva contra el agente. Ello surge de los principios generales que regulan las relaciones entre los responsables de las consecuencias dañosas de hechos ilícitos, que habilita al damnificado a accionar contra el Estado, que es quien tiene bajo su dependencia al agente público – órgano suyo- causante del daño.⁵⁹

A este criterio se le suma LINARES, quien estima que el administrado que ha sufrido el daño no tiene la facultad para accionar en contra del agente público responsable ya que el ente responsable ante los ciudadanos es el Estado, sin perjuicio

⁵⁸ A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., 1980, T. 2, XXI, 2 y XXV, pp. 30-31

⁵⁹ MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-B, pp. 398.

de que se llegue a una determinación de responsabilidad en contra del empleado público para que el Estado obtenga un reintegro del monto que haya indemnizado. Una vez se haya decidido la cuestión en sede administrativa se podrá exponer el cargo contra el funcionario, excluyendo, por supuesto, los actos delictivos y criminales del funcionario, donde éste responderá de manera directa y exclusiva.⁶⁰

GHERSI, por otro lado, explica la ideología detrás del planteamiento de la habilitación de la acción directa contra el funcionario. Sin embargo, este punto de vista se reserva expresamente al ámbito de la responsabilidad penal ya que el autor afirma con claridad que la concesión de la acción directa llega por consecuencia de las acciones del empleado fuera del ejercicio objetivo de su función, lo que quiere decir que se encuentra involucrado en hechos delictivos o está destinando el tiempo que debería utilizar en el desempeño de su cargo público en intereses exclusivamente particulares, es decir intereses que no conciernen a la Administración Pública en lo absoluto. El autor formula lo siguiente,

La concesión de acción directa al damnificado contra el agente público obedece a la necesidad de hacer un juego pleno y amplio de la responsabilidad de éste y halla fundamento en el principio republicano de la responsabilidad de los funcionarios públicos. Observa que si el funcionario actúa con dolo o culpa fuera del ejercicio objetivo de su función, no existiendo una razonable vinculación entre ésta y el daño, sólo responde el funcionario; en tanto que si actúa irregularmente, con dolo o culpa, dentro del ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, responde también el Estado en forma concurrente o indistinta. Y añade que cuando el Estado responde por el mal desempeño de los funcionarios, en el ejercicio de sus funciones, no sólo tiene un derecho de repetición, sino que tiene el deber de ejercerlo como carga pública en salvaguardia del patrimonio común. Cuando se trate de situaciones en las cuales el funcionario es llevado a juicio civil y calificada su actuación como responsable en los términos del artículo 1112, sólo cabe la repetición como ejecución de sentencia. En cambio, cuando el funcionario no ha intervenido en juicio civil, deberá instruirse administrativamente el correspondiente sumario de responsabilidad patrimonial para deslindar la situación de repetición.⁶¹

Según GHERSI, lo que se trata de obtener mediante la acción directa contra el funcionario público es que éste se haga responsable de las acciones derivadas por negligencia o dolo, es decir, cuando el empleado público sale de las funciones que se le han atribuido y provoca menoscabo en los derechos de los ciudadanos. GOANE

⁶⁰ LINARES, *En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público*, cit., pp. 602.

⁶¹ GHERSI, *Teoría general de la reparación por daños*, p. 231.

respalda esta corriente y apunta que la responsabilidad del Estado es indirecta con respecto a sus funcionarios adscritos. Él afirma que la persona tiene un vínculo con la persona jurídica, en este caso la Administración Pública, vínculo imponible al damnificado para excluir la responsabilidad que por “riesgo creado” asume el Estado porque no puede oponerse para impedir la responsabilidad personal y directa que como persona física, incurre el funcionario público a causa del dolo o la culpa. Por esa razón, el administrado tiene acción contra el funcionario así como está facultado para accionar contra el Estado.⁶²

Siguiendo la variada amplitud de criterios doctrinarios se puede concluir que existe un consenso marcado en cuanto a la vigencia y ejecución del régimen responsabilidad objetiva del Estado alrededor del mundo. El Ecuador no es la excepción a las corrientes doctrinarias ya que plantea en su ordenamiento jurídico la responsabilidad objetiva de la Administración Pública por el ejercicio y los daños ocasionados derivados de sus servidores, lo que quiere decir que no existe una acción directa que habilite al administrado lesionado a demandar al funcionario.

2.5. Tipos de responsabilidades del funcionario público

Una vez se haya determinado la culpa del funcionario público en el cometimiento del daño a un administrado, se ejecutan algunas sanciones en su contra basadas en el principio de responsabilidad. Al respecto, SERGIO MONSERRAT ORTIZ SOLTERO comenta lo siguiente,

El principio de responsabilidad se refiere a la posibilidad legal de imputar la conducta infractora al servidor público que la produjo y en su caso imponerle una sanción previamente establecida en las leyes aplicables...

El servidor público debe adecuar su conducta dentro de la competencia legalmente concedida, sin que pretenda anteponer sus intereses particulares a los de la colectividad; sin embargo, el servidor público no siempre conduce dentro del marco legal por lo que se hace necesario recurrir a los ordenamientos que regulan y sancionan las conductas infractoras. El tipo de conducta determina el procedimiento y las leyes aplicables; sin perjuicio de que una misma conducta pueda ser, a la vez, violatoria de distintos ordenamientos jurídicos.

⁶² GOANE, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público en la Provincia de Tucumán*, p. 530.

En el sistema legal mexicano encontramos cuatro tipos de responsabilidades en que pueden incurrir los servidores públicos en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones. Estas son la responsabilidad política, la responsabilidad administrativa, la responsabilidad civil y la responsabilidad penal.⁶³

El principio de responsabilidad no es más que la posibilidad de imputar una conducta determinada e infractora por parte de un funcionario público, la misma que debe derivar en una sanción de algún tipo. Es importante recalcar que la sanción debe haber estado previamente establecida en el ordenamiento legal para que pueda ser aplicable. RAMÓN PARADA comparte este criterio afirmando lo siguiente,

La amplitud de la fiscalización contencioso-administrativa, con ser importante, no es el único medio para lograr el sometimiento de la Administración al Derecho y una mayor garantía del administrado contra el abuso administrativo. Es necesario que se complete con la revitalización de los propios sistemas de fiscalización administrativa, por medio de la revisión de oficio, de la que es preliminar un buen funcionamiento de los servicios de inspección y control. Pero, sobre todo, y esto es primordial en la materia, es necesario su complemento con la actualización de la responsabilidad civil, penal y disciplinaria de los funcionarios. Olvidar el tema de la responsabilidad de los funcionarios públicos es olvidar que el acto administrativo y la norma reglamentaria emanan de una persona física, el funcionario. Hacer procesos a los actos y a las normas, en demasía, olvidando las personas de quienes emanan, puede resultar tan absurdo como los antiguos procesos para ajusticiar a las cosas y a los animales. Y es que existe una indudable relación cuantitativa entre los procesos a los actos y los procesos a las personas de quienes los actos emanan. Al aumentar los procesos a aquéllos disminuyen los procesos a éstas, y al contrario, puede afirmarse, que los procesos a las personas, y ello es lógico pues se suprime la causa productora, en cuanto, aumentan hacen disminuir la necesidad de los procesos a los actos. El índice de la proporción vendrá dado por el ordenamiento jurídico según las facilidades o los obstáculos que establezca para las acciones contra los actos o contra las personas.⁶⁴

La garantía de un debido funcionamiento de la Administración Pública no sólo proviene de la fiscalización contencioso administrativa ya que esto no asegura que se termine con el abuso administrativo al ciudadano. Se debe complementar el control de un buen accionar administrativo con una fiscalización administrativa de oficio y por sobre todo la actualización de la responsabilidad civil, penal y disciplinaria de los

⁶³ S. M. ORTIZ SOLTERO, , *Responsabilidades legales de los servidores públicos*, Porrúa, México, 1999, pp. 71-72.

⁶⁴ R. PARADA VÁZQUEZ, , *La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas*, en, [34 artículos seleccionados de la revista de Administración Pública con ocasión de su centenario / Alejandro Nieto García](#) (pr.), 1983, ISBN 84-7351-162-X, Págs. 357-412, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1970955>, consultado el 26 de Marzo de 2009.

funcionarios. El hecho de olvidar el tema de la responsabilidad de los funcionarios públicos es hacer caso omiso al hecho de que el acto administrativo y la norma reglamentaria emanan de una persona física, el servidor público.

Cabe hacer hincapié en que el principio de responsabilidad del servidor público está íntimamente ligado con el principio de legalidad ya que este es el principio que dicta las atribuciones del funcionario, es decir, su competencia legalmente concedida. Es básico rescatar esta idea ya que el servidor público no puede anteponer sus intereses particulares por sobre los de la colectividad. Sin embargo, como los funcionarios públicos no siempre actúan dentro de los parámetros impuestos por la ley, entonces se debe recurrir a normas jurídicas que regulen y sancionen las conductas infractoras. De esta manera, el tipo de conducta transgresora es la que determina el procedimiento a ser aplicado, así como las leyes aplicables al caso.

Las responsabilidades que pueden ser aplicadas al funcionario público infractor, son la responsabilidad, civil, penal y administrativa.

2.5.1. Responsabilidad civil del funcionario público

La responsabilidad civil del empleado público ocurre cuando la inobservancia del mismo produzca detrimento o daño al particular, responsabilidad que hubiera sido establecida en sentencia asegurando el debido derecho de defensa al funcionario a quién se le está imputando dicho daño. Al respecto apunta JORGE OLIVERA TORO,

La responsabilidad civil es la obligación de carácter civil de reparar el daño pecuniario causado directamente por el obligado a la reparación o por las personas o cosas que estén bajo su cuidado.

El fundamento de dicha responsabilidad se encuentra en la ley, puesto que la relación del servicio constituye una situación legal.

Esta responsabilidad opera, principalmente, en el sector de los servicios públicos que manejan fondos. Para ellos, constituye requisito previo al desempeño de sus funciones, otorgar fianza que garantice su manejo. Al establecerse la responsabilidad civil, se hace efectiva la reparación correspondiente, directamente sobre los bienes del responsable o afectando la fianza otorgada.⁶⁵

⁶⁵ OLIVERA TORO, JORGE, *Manual de Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 1997, pp. 357-358.

De acuerdo a OLIVERA TORO, la reparación correspondiente se debe hacer directamente sobre los bienes del responsable, en este caso del agente público. Este tema es fundamento básico para el funcionamiento y operación del derecho de repetición ya que de esta manera el Estado se asegura la recuperación del dinero que tuvo que cancelar al administrado lesionado en virtud del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado.

Como se discutió anteriormente, la legislación española no admite el ejercicio de la acción directa contra el funcionario responsable, a no ser que dicha actuación sea un delito. MARÍA DEL PILAR AMENÁBAR opina al respecto,

Las autoridades, funcionarios y demás personal al servicio de las Administraciones Públicas, pueden incurrir en responsabilidad patrimonial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 145, LRJPA⁶⁶. Antes de la entrada en vigencia de la Ley 4/1999 se debatió sobre la posibilidad de que el perjudicado pueda dirigir su acción directamente contra la persona física a la que fuera imputable la conducta causante del daño. Desde la entrada en vigor de la citada ley, el particular damnificado no puede demandar a las personas físicas responsables, salvo que la acción u omisión dañosa constituyera un delito. En ese caso el perjudicado puede ejercitar la acción civil de indemnización en el proceso penal que hubiese incoado, o por iniciativa del Ministerio Fiscal, o de la propia Administración Pública.⁶⁷

2.5.2. Responsabilidad administrativa del funcionario público

En el caso de la responsabilidad administrativa del funcionario, su determinación es un poco más compleja. Dentro de la legislación mexicana existe un “Código de Conducta Administrativa” que regula las actuaciones de los funcionarios públicos así como delimita sus comportamientos. Al respecto señala SERGIO MONSERRAT ORTIZ SOLTERO,

La responsabilidad Administrativa es aquella en la que incurren los servidores públicos cuando, en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, su conducta contraviene las obligaciones contenidas en el Código de Conducta Administrativo que previenen las 24 fracciones del artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

⁶⁶ LRJPA significa Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo de España.

⁶⁷ AMENÁBAR, MARÍA DEL PILAR, *Responsabilidad Extracontractual de al Administración Pública*, op. cit., p. 478.

Las obligaciones contenidas en este dispositivo tienen como propósito salvaguardar los criterios de legalidad, honradez, imparcialidad, lealtad, economía y eficiencia que se tutelan en el Título IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁶⁸

Esto quiere decir que para que un agente público incurra en responsabilidad administrativa, se necesita un código normativo que regule con claridad los procedimientos práctico/administrativos y que delimite con precisión las fronteras que encuentran los empleados públicos en sus diferentes desempeños. México es un ejemplo ya que disponen de una codificación normativa que permite establecer con claridad el tipo de conducta administrativa que debe llevarse. Por esta razón se utilizan sanciones, amonestaciones, destituciones, etc. con el objeto de mantener un comportamiento adecuado por parte del empleado público.

En el Ecuador se dispone de algunas normas que delimitan el ámbito de actuación de los funcionarios y servidores del Estado. Para empezar, se encuentra la Carta Política Ecuatoriana que establece, en su artículo 233 que ningún servidor está exento de responsabilidades mientras se encuentre en pleno ejercicio de su cargo. De la misma manera, este cuerpo normativo, en su artículo 229, delimita qué personas son consideradas como servidores o servidoras públicas. Sin embargo, existen una serie de normas en la legislación ecuatoriana que se encuentran dispersas por el ordenamiento que hacen mención a la responsabilidad de los funcionarios o al derecho de regreso.

En primer lugar se encuentra la Ley de Modernización del Estado, que determina lo siguiente en su artículo 28,

La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento.⁶⁹

Esta norma permite a las autoridades administrativas comunicar al Ministro Fiscal sobre casos donde inferiores suspenden procedimientos administrativos o se niegan a resolverlos en el plazo de quince días. Esta norma motiva una suerte de

⁶⁸ ORTIZ SOLTERO, SERGIO MONSERRAT, *Responsabilidades legales de los servidores públicos*, op. cit., p. 112.

⁶⁹ Ley de Modernización del Estado, Artículo 28. Ecuador.

control intra administrativo, es decir un control interno de que los funcionarios se desempeñen de acuerdo a lo que se espera de ellos a no ser que quieran sufrir consecuencias administrativas.

Existe una disposición transitoria que es pertinente al caso, esta corresponde a la tercera, la misma que ordena lo siguiente,

Los directivos, funcionarios, empleados y trabajadores que hubieren sido sancionados legalmente con destitución en cualquiera de las instituciones y empresas del Estado y sector público, no podrán ser reincorporados a estas, sin excepción alguna. Quienes se encontraren incurso en esta prohibición y estuviesen cumpliendo funciones públicas, cesarán automáticamente en el cargo, sin derecho a indemnización ni recurso legal alguno.⁷⁰

Esta norma es clave en el desarrollo del régimen de responsabilidad de los funcionarios ya que ya habla de una sanción, la destitución. Este castigo es sumamente severo ya que de acuerdo a la norma no se permite que los funcionarios públicos sean reinsertados a las instituciones estatales sin excepción alguna y, aquellos que desobedezcan esta disposición y se encuentren trabajando serán cesados en sus funciones sin derecho a indemnización o recurso legal alguno.

Otra de las normas que regula el comportamiento administrativo es el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE). El artículo 115 de este cuerpo legal fija que, La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma. El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria. Esto quiere decir que de cierta manera se obliga a la Administración a dictar resolución expresa de todos los procedimientos así como a notificar de cualquier forma el resultado de ellos. De no hacerlo, el funcionario enfrentará responsabilidad disciplinaria. Uno de los artículos más pertinentes al derecho de repetición y al régimen de responsabilidad objetiva se encuentra en el artículo 209 del ERJAFE, que dicta lo siguiente,

Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a la que se refiere el Art. 20 de la Constitución Política de la República, los particulares exigirán directamente a la

⁷⁰ Ley de Modernización del Estado, Tercera Disposición Transitoria, Ecuador.

Administración Pública Central o Institucional de la Función Ejecutiva, ante el órgano de mayor jerarquía, las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio o por el funcionamiento de los servicios públicos. La reclamación será inmediatamente puesta en conocimiento de la Procuraduría General del Estado para la coordinación de la defensa estatal.

Están legitimados para interponer esta petición, los particulares a quienes las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios les hubieren irrogado perjuicios.⁷¹

Esta norma hace alusión al artículo 20 de la Carta Política Ecuatoriana de 1998, artículo que en la actualidad es el artículo 11, numeral 9 del mismo cuerpo normativo. En esta norma se refleja con mucha claridad el régimen de responsabilidad objetiva del Estado y su proceso ya que se determina que para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial se debe accionar contra la Administración Pública Central o Institucional de la Función Ejecutiva y quién estará legitimado para ejecutar semejante reclamo será el particular que ha sido víctima de un daño producido por el Estado, sus delegatarios, concesionarios y ahora por toda persona que ejerza una potestad pública, de acuerdo a lo que establece la nueva Carta Política. Por último, cabe destacar el artículo 213 del ERJAFE el mismo que determina la responsabilidad subsidiaria fijando que los funcionarios y personal de servicio de las administraciones públicas que hubieren incurrido en dolo o negligencia que generaron el daño resarcido por ésta a los particulares responderán por lo indemnizado, siempre que se hubiere efectuado el pago al o a los particulares por parte de aquella institución.⁷²

En tercer lugar se encuentra la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa que dicta algunas pautas sobre las atribuciones y prohibiciones de los funcionarios públicos y su desempeño en los varios cargos de la Administración Pública. En primer lugar, el artículo 7 de este cuerpo legal prohíbe el nepotismo y establece que sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal a que hubiere lugar, carecerán de validez jurídica, no se registrarán y no causarán egreso

⁷¹ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, artículo 209, Ecuador.

⁷² Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, artículo 213, Ecuador.

económico alguno, los nombramientos o contratos incursos que adolezcan de esta figura⁷³.

Otra de las prohibiciones dictaminadas por esta ley se encuentra en el artículo 8, el mismo que establece que no se inscribirán nombramientos de funcionarios que presenten estados financieros a la Contraloría General del Estado, en entidades del sector público ni del sector privado, con participación mayoritaria de recursos públicos, que estuvieren comprendidos hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el Contralor o Subcontralor General del Estado⁷⁴. Los nombramientos serán anulados inmediatamente.

Uno de los artículos más trascendentales y pertinentes al caso analizado es el número 10, el mismo que ordena lo siguiente,

Las personas contra quienes se hubiera dictado sentencia condenatoria que se encuentre debidamente ejecutoriada, por los delitos de: peculado, abuso de recursos públicos, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito están perpetuamente incapacitados para el desempeño bajo cualquier modalidad de todo cargo, dignidad o función pública.

También lo están quienes han sido condenados por los delitos de contrabando, tráfico de estupefacientes y psicotrópicos; y en general, quienes hayan sido sentenciados por defraudaciones a las instituciones del Estado.⁷⁵

Esta norma hace referencia a la responsabilidad penal del funcionario y a la sentencia en su contra por verse involucrado en actos delictuosos que perjudicaron al Estado. Es una norma que busca eliminar del servicio público a malos elementos que ya han cometido actos delictivos y que pueden volverlo a hacer si son reinsertados en la Administración.

En siguiente puesto se encuentra la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. En este cuerpo normativo se encuentran muchas normas básicas referentes a la responsabilidad de los funcionarios públicos. En el Capítulo 5 de esta Ley se regulan las determinaciones de responsabilidades a los empleados públicos, esto quiere decir que se regulan casos de responsabilidad por órdenes de funcionarios superiores,

⁷³ Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, artículo 7, Ecuador.

⁷⁴ Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, artículo 8, Ecuador.

⁷⁵ Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, artículo 10, Ecuador.

responsabilidad administrativa culposa y responsabilidad civil culposa, mientras que en la Sección Cuarta de este mismo capítulo se trata de la responsabilidad penal del funcionario público. Uno de los artículos esenciales de este cuerpo normativo es el artículo 40 que determina lo siguiente,

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.⁷⁶

Este artículo establece con claridad que los funcionarios públicos deben desempeñarse en sus funciones con el mismo empeño y diligencia que emplean en la administración de sus propios negocios, lo que quiere decir que deben estar siempre diligentes y mantener una eficiencia que permita el buen funcionamiento de la institución pública a la que pertenezcan.

Otra norma pertinente al análisis de la responsabilidad administrativa es el Código Orgánico de la Función Judicial. Dentro de este cuerpo normativo se analizan temas como el principio de independencia, que de ser violado deriva en responsabilidad civil, administrativa y penal. Sin embargo, es el artículo 15 de esta normativa, uno de los más importantes y pertinentes al tema analizado estableciendo lo siguiente,

La administración de justicia es un servicio público que debe ser prestado de conformidad con los principios establecidos en la Constitución y la ley.

En consecuencia, el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, 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, en virtud del recurso de revisión, 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 en la forma señalada en este Código.

Todas las servidoras y servidores de la Función Judicial, cualquiera sea su denominación, función, labor o grado, así como los otros operadores de justicia,

⁷⁶ Ley Orgánica de la contraloría General del Estado, artículo 40, Ecuador.

aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos a su cargo. Serán administrativa, civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones, según los casos prescritos en la Constitución, las leyes y los Reglamentos

Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con las previsiones de la Constitución y la ley. En los casos de violencia intrafamiliar, por su naturaleza, no se aplicará la mediación y arbitraje.⁷⁷

Este artículo establece que los jueces serán responsables por el perjuicio que se les cause a las partes y de la misma forma dictamina que si una sentencia es reformada o revocada, se indemnizará a la víctima pero se hará responsable al juez culpable de este hecho y se repetirá en su contra. Siguiendo con el análisis de esta norma, se encuentra el artículo 104, el mismo que establece la responsabilidad administrativa dictaminando que los servidores públicos de la función Judicial serán sancionados por las infracciones disciplinarias que incurrieren en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con lo regulado en este Capítulo, independientemente de las responsabilidades civiles y penales que hubieren lugar. En cualquier tiempo, de presumirse motivadamente la existencia de un delito de acción pública, se remitirán los antecedentes al Fiscal General del Estado, a los fiscales distritales o agentes fiscales, según corresponda⁷⁸. El siguiente artículo establece las sanciones disciplinarias que llevarán a cabo dentro de la responsabilidad administrativa, las mismas que consisten en una amonestación escrita, sanción pecuniaria que no exceda el diez por ciento de su remuneración mensual, suspensión del cargo, sin goce de remuneración por un plazo que no exceda de treinta días y la destitución.⁷⁹

De la misma manera, existe una norma en este mismo Código analizado que regula la repetición de lo pagado por el Estado en su artículo 33, el mismo que dice lo siguiente,

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.

⁷⁷ Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 15, Registro Oficial No. 544, Ecuador.

⁷⁸ Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 104, Registro Oficial No. 544, Ecuador.

⁷⁹ Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 105, Registro Oficial No. 544, Ecuador.

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.

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 a caso 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.⁸⁰

Este artículo, que será analizado con detenimiento más adelante, perteneciente al Código Orgánico de la Función Judicial y recientemente emitido juega un papel trascendental en la mala administración de justicia ya que comprende un proceso veloz con el fin de recuperar el dinero del Estado destinado a indemnizar el daño ocasionado por el funcionario público al administrado⁸¹.

Al respecto ahonda JORGE OLIVERA TORO,

La responsabilidad administrativa también comprendida en la disciplinaria, opera como motivo de las faltas cometidas en el desempeño de la función pública; pudiendo coexistir con la responsabilidad civil y penal...

Esta responsabilidad tiene como sanciones el apercibimiento, amonestación, suspensión, destitución, sanción económica e inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público.⁸²

La responsabilidad administrativa del funcionario público, que es comprendida en el régimen disciplinario administrativo, tiene su manera de operar en aquellas faltas que son cometidas en el desempeño regular de los quehaceres del servidor público.

⁸⁰ Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 33, Registro Oficial No. 544, Ecuador.

⁸¹ En el Capítulo III se examinará con mayor detenimiento la utilidad de este artículo que dictamina la repetición de lo pagado expuesto por el Código Orgánico de la Función Judicial.

⁸² J. OLIVERA TORO, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 358-359.

Por esta razón, este tipo de responsabilidad puede coexistir con la responsabilidad civil y penal.

2.5.3. La responsabilidad penal del funcionario público

Los parámetros utilizados por el derecho penal disciplinario, antecedente a la determinación de responsabilidad penal al agente, no tienen como meta el reprimir o reprender al delito como tal sino que tiene como finalidad proteger e incentivar la disciplina dentro de la Administración Pública para el ejercicio propio de las funciones de los servidores públicos. Es importante recalcar que no se vulnera el principio non bis in ídem el momento que el funcionario es imputado con responsabilidad penal ya que la disciplina administrativa es independiente del derecho penal. JUAN CARLOS CASSAGNE establece lo siguiente,

Las medidas propias del derecho penal disciplinario no persiguen como fin la represión o prevención de la delincuencia, sino la protección del orden y disciplina necesarios para el ejercicio de las funciones administrativas.

Las principales diferencias que se observan con el derecho penal sustantivo pueden resumirse en:

c) No afecta el principio non bis in ídem, el hecho de que un funcionario público sea pasible de sanciones disciplinarias y penales por la misma infracción, ya que la disciplina administrativa tiene su finalidad propia que se independiza del derecho penal.⁸³

La responsabilidad penal imputable al servidor público se ejecuta cuando se llevan a cabo delitos que derivan de dicha potestad pública, tomando en cuenta que los delitos ejecutados por los funcionarios, como particulares, tienen otro trato procesal. Es importante hacer énfasis en el hecho de que las reglas jurídicas pertinentes a la responsabilidad regulan la conducta de los funcionarios públicos en su esfera intra administrativa, como lo hace el derecho disciplinario, el mismo que sanciona faltas disciplinarias administrativas como el incumplimiento de las obligaciones cardinales de la conducta de un funcionario público, trato que se lleva por el régimen de responsabilidad administrativa del agente. Al respecto apunta JORGE OLIVERA TORO,

La responsabilidad penal de los servidores públicos tiene lugar en delitos en que la acción es imputable principalmente a los que tienen esa calidad, independientemente de que puedan cometer ilícitos de otra naturaleza como particulares, esto es, pueden cometer delitos comunes y especiales. Las normas penales tutelan una variedad de bienes jurídicos y en el caso, a la administración

⁸³ J.C. CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, EdiTorre, Buenos Aires, 1992, p. 190.

pública. Las reglas jurídicas de responsabilidad regulan también, y hay que distinguir, la conducta de los servidores públicos dentro de la Administración, como derecho disciplinario, que sanciona las faltas administrativas, por incumplimiento de las obligaciones rectoras de la conducta en el servicio público.⁸⁴

2.5.4. La responsabilidad política del funcionario público

Comúnmente, la responsabilidad política no forma parte de las legislaciones y de las determinaciones de responsabilidad en los diversos cuerpos normativos en el mundo. JORGE OLIVERA TORO considera lo siguiente,

La responsabilidad política sólo alcanza a determinados servidores públicos, por razón de sus funciones; por actos y omisiones que redunden en el perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho. Las sanciones son: destitución del servidor público y podrá imponerse también inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones en el servicio público. No se trata de tipos penales si no de valoración política.⁸⁵

Este último tipo de responsabilidad es de aplicación exclusiva a ciertos funcionarios públicos en razón de la función que desempeñan. Se ejecuta a consecuencia de actos u omisiones que excedan los intereses públicos fundamentales o su buen despacho. Para la ejecución de esta responsabilidad, no se valora tipos penales si no que se lleva a cabo una valoración política de su impacto. Las consecuencias de incurrir en este tipo de responsabilidad son similares a las de tipo administrativo, sin embargo tienen un trasfondo socio político.

En el Ecuador se ha establecido la responsabilidad política a los vocales del Consejo de la Judicatura dentro del Código Orgánico de la Función Judicial que en su artículo 255 establece lo siguiente,

Las vocales y los vocales del Consejo de la Judicatura podrán ser sometidos a juicio político por las siguientes causales, además de las determinadas por la Constitución y la ley:

1. Intromisión en el ejercicio de las competencias propias de los jueces y juezas, fiscales y defensoras y defensores que violen su independencia judicial interna.

⁸⁴ OLIVERA TORO, JORGE, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 358.

⁸⁵ OLIVERA TORO, JORGE, *Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 359-360.

2. Comisión de los delitos de concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil y penal. No será necesario enjuiciamiento administrativo, civil o penal para iniciar el juicio político.⁸⁶

2.6. La vía ordinaria como método para determinar la responsabilidad del funcionario público.

Para empezar este análisis es preciso aclarar que las responsabilidades Estatales y las responsabilidades de los funcionarios o empleados públicos son diferentes. En el caso del Estado, este debe indemnizar todos los daños producidos por deficiencias en las diversas prestaciones de servicios que tiene a su cargo, así como por falta de servicios que debe proveer a sus administrados y por someter a los ciudadanos a cargas que no están en la obligación de soportar. Por otro lado, los funcionarios tienen que responder cuando obren con negligencia o dolo. Al respecto expone JUAN LARREA HOLGUÍN,

Hay una neta diferencia entre la responsabilidad del Estado y la de sus funcionarios. El primero debe indemnizar por todo perjuicio “ocasionado por deficiencias” de los servicios públicos, mientras que los funcionarios y empleados solamente responden cuando han actuado con dolo o culpa. La primera responsabilidad, la del Estado, se puede calificar de objetiva: bastará probar que se ha producido el perjuicio “como consecuencia” (concepto más amplio que el de la causa) de un servicio deficiente; por ejemplo podría tratarse de un servicio intempestivo, demorado, o que no asegura la satisfacción de las necesidades que debe remediar. Mientras tanto, el Estado solamente podrá repetir contra sus servidores que hayan actuado “con dolo o culpa”, declarados judicialmente; donde la carga de la prueba compete al actor, al Estado.⁸⁷

El artículo 59 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano establece que, “Toda controversia judicial que, según al ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario”.⁸⁸ Esta norma ordena con claridad que para todo tipo de conflicto jurídico que no exista una práctica especial, éste conflicto deberá ser examinado y dictaminado en juicio ordinario. La norma jurídica citada anteriormente engloba o enmarca un mecanismo supletorio que se puede llevar a cabo con el fin de

⁸⁶ Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 255, Registro Oficial No. 544, Ecuador.

⁸⁷ J. LARREA HOLGUÍN, *Derecho Civil del Ecuador, Obligaciones Extracontractuales*, p. 115, Corporación de Estudios Jurídicos y Publicaciones, Quito, Ecuador.

⁸⁸ Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, artículo 59.

repetir contra el funcionario público culpable de un daño irrogado a un administrado que produjo un detrimento en las arcas del Estado.

El artículo 395 del mismo cuerpo normativo complementa la subsidiaridad del juicio ordinario al establecer que, “El juicio ordinario se sujetará a las disposiciones de esta sección y se tramitará ante uno de los jueces de lo civil.”⁸⁹ Esta regulación normativa insta la facultad de los jueces de lo civil para ser quienes conlleven el juicio ordinario. Estos dos artículos se convierten en la piedra angular de lo que se conoce como el “trámite supletorio”. ARMANDO CRUZ BAHAMONDE destaca lo siguiente,

La ley contiene un principio universal por el que las normas de carácter general son supletorias de las especiales, con el objeto de conformar lo que la regla 6ta del Art. 18 del Código civil denomina “el espíritu general de la legislación”⁹⁰. Y es así como casi todas las leyes especiales de la República declaran que a falta de disposición – que debe tener características de especialidad o excepción – se aplicarán las normas del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil.⁹¹

La materia del trámite procesal es elemental ya que su quebrantamiento conlleva la nulidad procesal en virtud de lo establecido en el artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil que dicta lo siguiente,

La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad, de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa, observando en lo demás, las reglas generales y especialmente lo dispuesto en los Arts. 355, 356 y 357.⁹²

Sin embargo, si el actor opta por dirigir su conflicto jurídico por la vía ordinaria, aún cuando tenga acceso a una vía especial, no existirá un atropello procesal del trámite porque el camino o la ruta ordinaria es un medio garantizador del ejercicio de la defensa de los derechos de las partes involucradas.

⁸⁹ Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, artículo 395.

⁹⁰ El artículo 18 del Código Civil Ecuatoriano dicta que los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes, No. 6. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación procedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios de modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

⁹¹ A. CRUZ BAHAMONDE, *Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil*, p. 201, EDINO, Guayaquil, Ecuador.

⁹² Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, Art. 1014.

Si bien es cierto que el Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, en su sección 32^a, instauro un juicio sobre indemnización de daños y perjuicios contra los magistrados, jueces y funcionarios y empleados de la función jurisdiccional, este mecanismo sólo cubre daños derivados de la función judicial del Estado más no de menoscabos producidos por el ejecutivo o el legislativo, lo que deja al ciudadano desprotegido de virtuales detrimentos que pueden derivarse de las amplias actividades de la Administración Pública.

2.6.1. Breves rasgos del juicio ordinario pertinentes a la acción de regreso

La vía ordinaria, por su calidad de supletoria y de general posee un número de causas sumamente grande, lo que viola el principio de celeridad de la justicia. Sin embargo, es difícil que esto cambie en el Ecuador, por lo que el juicio ordinario que tenga por objeto la determinación de responsabilidad de un empleado público será siempre una opción, aunque una muy lenta.

Para empezar, la demanda debe presentar todos los requisitos señalados por el artículo 67 del Código de Procedimiento Civil, esto quiere decir, la designación del juez al que se la propone, Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor y los nombres completos del demandado, los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión, la cosa, cantidad o hecho que se exige, a determinación de la cuantía, la especificación del trámite que debe darse a la causa, la designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor; y, los demás requisitos que la ley exija para cada caso.

Una vez el juez acepte la demanda y da traslado con apercibimiento en rebeldía, el demandado tendrá el término de 15 días para proponer excepciones dilatorias y perentorias. Si las excepciones o la cuestión planteada en la reconvencción versan sobre hechos que deben justificarse, el juez señalará día y hora en los que las partes deben concurrir, con el propósito de procurar una conciliación, que dé término al litigio⁹³. Las partes pueden conciliar con respecto de todo el objeto del litigio o con partes de él,

⁹³ Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, Art. 400.

o simplemente no hacerlo, dejando el juez constancia de lo que ocurra y dando la diligencia por concluida. A paso seguido se abrirá la causa a prueba por diez días, una vez se concluya este periodo, el juez ordena autos para sentencia, sin perjuicio de que las partes puedan exponer sus manifiestos en derecho antes del fallo.

En la segunda instancia, si es que el que apeló al fallo no explica, en diez días, los términos por los que contrae el recurso, se podrá declarar a la apelación desierta. Si el apelante comparece, entonces se dan diez días para que la otra parte se adhiera al recurso si así lo desea. Se provee un período de prueba de 10 días si la Corte considera válido el proceso. Una vez se termine el período de prueba, se dictará sentencia.

2.7. Antecedentes jurisprudenciales. Falta de ejercicio de la acción de repetición en la Jurisprudencia Ecuatoriana

Dos de los casos más emblemáticos concernientes a la responsabilidad del Estado son sin duda el caso Delfina Torres vs. PETROECUADOR (Juicio Ordinario – Recurso de Casación No. 31-2002, desde ahora en adelante referido como “DELFINA TORRES”) y el caso de Juan Pablo Andrade Bailón vs. EMELMANABI y CONELEC (Recurso de Casación No. 168-2007, desde ahora en adelante referido como “CONELEC”). En dichos juicios se sentenció el pago de indemnizaciones a las víctimas, pero jamás se ordenó que se investigue a funcionarios involucrados con el fin de que el Estado pueda repetir contra ellos.

El propósito de ambos juicios es el de encontrar la responsabilidad del Estado pero las respectivas cortes jamás se propusieron encontrar, o por lo menos investigar, a servidores públicos que hayan incidido en el daño y que puedan ser encontrados responsables con el fin de repetir contra ellos y así recuperar los 11 millones de dólares pagados a raíz de la sentencia DELFINA TORRES así como los trescientos quince mil dólares desembolsados fruto de la sentencia CONELEC.

Debido a la falta de determinación en ambas sentencias de responsabilidades de funcionarios públicos, no se puede repetir contra ellos. Por esta razón, se debería investigar por indicios de negligencia o dolo en las actuaciones de los empleados

públicos. En el considerando Vigésimo Segundo de la sentencia DELFINA TORRES, la Sala establece que el primero y dos de octubre de 1997 se produjo un incendio en las piscinas de la refinería de Esmeraldas, hecho que es aludido en el considerando Vigésimo Tercero de la sentencia como fuente principal del daño ocasionado. De igual manera, en este último considerando, se concluye que,

El incendio en la refinería (1 y 2 de octubre de 1997) se debió a fallas del diseño y errores de seguridad industrial. Sugiere la conformación de un Comité que investigue a profundidad el Siniestro, para llegar a conocer el lugar exacto del origen del fuego, monto de los daños causados y establecer responsabilidades. Además en el área de tanquería existen derrames de crudo y combustibles que se atribuyen a errores en control operacional, problemas de comunicación y disciplina, exceso de ausentismo de los operadores⁹⁴.

En toda la sentencia, el único indicio de querer encontrar responsables se refleja en la sugerencia de la conformación de un Comité que investigue a profundidad el siniestro para llegar a establecer responsabilidades. La sentencia de la Sala no toma en cuenta que se debe ordenar las investigaciones a los funcionarios de manera específica y sólo ordena el pago de 11 millones de dólares a la comunidad, monto que no cubre, en lo absoluto el daño ocasionado ya que el dinero es destinado a obras públicas únicamente y se omiten el daño moral y el gigantesco daño material demostrado.

Por otro lado, la sentencia CONELEC tampoco ordena la debida investigación a los funcionarios públicos responsables del daño. En este caso, un niño muere y otro sufre lesiones que le dejan incapacitado para toda su vida como consecuencia de la falta de aislante en el alambrado que transporta la energía eléctrica. En este caso, el considerando décimo determina lo siguiente,

Porque se trata de efectos anormales en la prestación del servicio de distribución de energía eléctrica y porque no existe norma alguna que obligue a Florencio Antonio Andrade Medina y Juan Pablo Andrade Bailón al sacrificio individual que han debido soportar con ocasión de la prestación del referido servicio de distribución de electricidad⁹⁵.

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, recurso de casación No. 229-2002.

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, recurso de casación No. 168-2007.

Se concluye que el daño es consecuencia de efectos anormales en la prestación de servicio de energía eléctrica. En este caso en particular, se debe decretar una orden clara que demande investigaciones para dar con los funcionarios públicos responsables por el daño. En ninguna parte de esta sentencia se desprenden indicios de voluntad de la Corte de ordenar dichas investigaciones con el fin de poder repetir contra los servidores públicos. El considerando undécimo topa el tema del derecho de repetición del Estado, pero en un tema que no tiene relación a la cuestión de fondo ya que se hace alusión al silencio administrativo. La sentencia de esta Sala simplemente analiza el monto que debe ser destinado al niño Juan Pablo Andrade y sus formas de pago.

CAPÍTULO III

EL PROCEDIMIENTO DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN CONTRA EL FUNCIONARIO PÚBLICO

Si bien existen normas constitucionales que establecen la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, no existe un procedimiento predeterminado para ejercer la acción del derecho de repetición con el fin de que el Estado recupere los recursos que tuvo que desembolsar por acciones u omisiones llevadas a cabo por sus funcionarios.

3.1. Antecedentes Constitucionales

El artículo 11, numeral 9 de la Carta Política de la República del Ecuador establece claramente que uno de los deberes más altos del Estado consiste en la reparación de 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, resarcimiento que tiene carácter obligatorio para el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, de

acuerdo con lo establecido en el artículo citado. De la misma forma, esta norma constitucional ordena que el Estado ejerza inmediatamente el derecho de repetición en contra de aquellas personas responsables por el daño que se ha producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o administrativas en que incurran dichos empleados públicos.

Este artículo prevé que 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 los atentados a los principios y reglas del debido proceso y ordena que cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado deberá compensar a la persona que haya sufrido el menoscabo fruto de aquella sentencia y, declarada la responsabilidad del funcionario administrativo o judicial responsable, se repetirá en contra de ellos⁹⁶.

Por otro lado, el artículo 233 de la Constitución Política Ecuatoriana señala que no habrá ningún funcionario o empleado público que se encuentre exento de responsabilidades por las acciones y omisiones que produzca dentro del ejercicio de su cargo y que los empleados públicos responderán civil, administrativa y penalmente por la conducción y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Siguiendo la misma línea, la Carta Política determina que los servidores públicos responderán a las sanciones por los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos, tanto como las penas para sancionarlos, tiene el carácter de imprescriptible⁹⁷.

3.2. El proyecto de Ley que regula la acción del derecho de repetición y su procedimiento

El 17 de Mayo del 2004 el entonces Procurador General del Estado, José María Borja, propuso al Congreso Nacional la elaboración de una ley que regule la acción del derecho de repetición así como su procedimiento, con fundamento a los artículos 20, 22 y 120 de la Carta Política Ecuatoriana de 1998, que establecen el derecho de repetición del Estado contra el funcionario público, la inevitabilidad de

⁹⁶ Artículo 11, numeral 9 de la Constitución Política de la República del Ecuador, 2008.

⁹⁷ Artículo 233 de la Constitución Política de la República del Ecuador, 2008.

responsabilidades de los funcionarios públicos al ejercicio de sus cargos y los tipos de responsabilidades vigentes para los empleados públicos.

En el año 2008, la Carta Política Ecuatoriana se vio sustituida por otra a consecuencia de la Asamblea Constituyente. Los artículos constitucionales actuales reproducen los principios de la Carta Política del '98 en lo tocante a responsabilidad administrativa. Se mantienen figuras primordiales para el funcionamiento del derecho de repetición como lo es el régimen de responsabilidad objetiva del Estado, la norma que habilita la acción de regreso así como que establece con claridad que ningún funcionario público está exento de responder por los daños producidos en el ejercicio de su cargo cuando en estos se encuentre dolo o negligencia. La Carta Magna Ecuatoriana actual despliega las normas referentes al derecho de repetición y de régimen de responsabilidad en los artículos 11, numeral 9, y 233, referidos anteriormente. El problema surge con la falta de un procedimiento para la acción de regreso contra el servidor público lo que dio raíz a la elaboración de un proyecto de ley que regule este aprieto procesal.

Como introducción a la elaboración de esta ley, el DR. JOSÉ MARÍA BORJA indica que, “El proyecto tiene el propósito de hacer realidad el anhelo de la sociedad ecuatoriana de lograr una rápida y eficaz recuperación de los recursos que el Estado hubiera tenido que erogar a causa de las indebidas actuaciones de los servidores.”⁹⁸

3.3. Artículos del Proyecto de Ley que regula la acción del derecho de repetición

El primer artículo del proyecto analizado, establece la acción de repetición ordenando lo siguiente,

Si alguna de las instituciones determinadas en el artículo 102 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, fuere condenada en sentencia ejecutoriada al pago de compensaciones económicas a favor de quienes interpusieron la respectiva acción judicial, la respectiva institución iniciará acción de repetición en contra de la autoridad, funcionario o abogado patrocinador que con sus acciones u omisiones hubieren dado lugar al juicio principal.

⁹⁸ Proyecto de Ley que regula la acción del derecho de repetición, p. 2.

El funcionario competente para interponer la acción de repetición es el Procurador General del Estado o su delegado.⁹⁹

El primer artículo del proyecto de ley menciona que si alguna de las instituciones determinadas en el artículo 102 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa es condenada por sentencia ejecutoriada al pago de compensaciones económicas a quienes interpusieron la acción judicial, dicha institución debe ejercer la acción de regreso en contra de la autoridad, funcionario o abogado patrocinador que mediante acciones u omisiones dieron lugar al juicio principal.

En este punto es necesario aclarar las instituciones a las que se refiere esta norma, las mismas que son, todas las instituciones, entidades y organismos del sector público determinadas en el Art. 118 de la Constitución Política de la República, incluidos todos aquellos organismos y dependencias del gobierno central, los organismos electorales, de control y regulación así como las entidades que integran el régimen seccional autónomo. Se extenderá a las entidades de derecho privado, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación esté integrado en el cincuenta por ciento o más por instituciones del Estado o recursos públicos.¹⁰⁰

De la misma forma, es importante destacar las instituciones del Estado establecidas por el artículo 118 de la Constitución Política del '98, las mismas que eran, los organismos y dependencias de las funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial, los organismos electorales, los organismos de control y regulación, las entidades que integran el régimen seccional autónomo, los organismos y entidades creados por la Constitución o a ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado y las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.¹⁰¹

Actualmente, la Carta Política vigente distingue a las instituciones del sector público en su artículo 225, sin embargo no se encuentran cambios sustanciales en relación a la

⁹⁹ Artículo 1 del Proyecto de Ley que regula la acción del derecho de repetición.

¹⁰⁰ Artículo 101 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa. (ex. 102)

¹⁰¹ Artículo 118 de la Constitución Política del Ecuador de 1998

Constitución anterior. En primer lugar, se suman al sector público los organismos de Transparencia y Control Social, recalcando que se deja de lado a la palabra “regulación” en esta última institución¹⁰². Otro de los cambios que vale la pena analizar se encuentra en el cuarto apartado de esta norma constitucional ya que se lo ha modificado de tal manera que se refiera a las personas jurídicas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos y no a las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional. Esto quiere decir que, con la Carta política actual, se habilita a la Administración seccional a crear una persona jurídica que será comprendida por el sector público.

Del primer artículo del proyecto se puede concretar que los organismos que se verían regidas por este Proyecto de Ley son las instituciones determinadas en el artículo 102 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público. Esto quiere decir que se tomará en cuenta a las instituciones establecidas en el artículo 225 de la Constitución Política actual que se encontraban en el artículo 118 de la Constitución de la República anterior. Esto incluye a los organismos y dependencias mencionados en el epígrafe anterior incluyendo a todos los organismos y dependencias del gobierno central, los organismos electorales, de control y regulación así como las entidades que integran el régimen seccional autónomo. De igual manera, se extiende el alcance a las entidades de derecho privado, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación esté integrado en el cincuenta por ciento o más por instituciones del Estado o recursos públicos.

Ahora bien, en este punto del análisis cabe informar que existe un proyecto de Ley con el nombre de Ley Orgánica de Servicio Público que pretende cambiar de nombre a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y que, en su artículo 3 determina lo siguiente con respecto al ámbito de aplicación de la norma analizada,

Las disposiciones de esta Ley son de aplicación obligatoria en:

- a. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia Control Social;
- b. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado;

¹⁰² En la Carta política de 1998, uno de los apartados indica que parte del sector público será compuesto por organismos de control y regulación.

- c. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado;
- d. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos; y,
- e. Las corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, sociedades mercantiles, con o sin fin de lucro, con o sin finalidad social o pública, cuya participación en el capital social o patrimonio, esté compuesta por lo menos en un cincuenta por ciento por aportes de las instituciones del Estado, de los gobiernos autónomos descentralizados o de recursos públicos.¹⁰³

Una vez establecido el ámbito de aplicación de la acción de repetición establecida por el primer artículo del Proyecto de Ley que la regula, se concluye que las instituciones fijadas por el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público repetirán contra el funcionario, autoridad o abogado, que con sus acciones hubieren dado lugar al juicio principal, una vez se haya fijado por sentencia el pago a las debidas compensaciones. La persona investida con la potestad de iniciar la acción del derecho de repetición es el Procurador General del Estado o su delegado.

Para que el Procurador General del Estado o su delegado inicien la acción de regreso, según el proyecto estudiado, es necesaria una sentencia ejecutoriada que ordene el pago de las compensaciones a favor de quienes interpusieron la respectiva acción judicial, lo que quiere decir que el pago, una vez haya sido ordenado por sentencia, debe llevarse a cabo por parte de la institución pública, al administrado lesionado pero al mismo tiempo se habilita la acción de repetición para recuperar los fondos públicos lo más rápido posible.

Siguiendo con el análisis del Proyecto de Ley, el artículo segundo establece como causales para interponer la acción de repetición a dos eventos, que son los siguientes,

- a. Que la respectiva autoridad o funcionario hubiere expedido un acto administrativo que quebrante las normas legales y dicho acto haya sustentado la demanda por la que se exigió a la respectiva institución el pago de compensaciones económicas; o,
- b. Que de la sentencia condenatoria expedida en contra de alguna de las instituciones señaladas en el Art. 1 de esta Ley, se infiera inequívocamente que la pérdida del juicio se deriva de una comprobada actuación dolosa o negligente del abogado patrocinador que intervino en el proceso.¹⁰⁴

¹⁰³ Artículo 5, Ley Orgánica del Servicio Público, Ecuador.

¹⁰⁴ Proyecto de Ley que regula la acción del Derecho de Repetición, Artículo 2.

Las causales dispuestas por este Proyecto de Ley limitan a la acción de repetición y a dos situaciones en particular. La primera, simple y llanamente, consiste en la existencia de un acto administrativo por parte de un servidor o empleado público que tenga el carácter de ilegal y que haya sido utilizado como base para la fundamentación de la demanda por la que se exigió a la respectiva institución pública el pago de indemnizaciones por el menoscabo sufrido. La segunda, que la sentencia condenatoria que ordena el pago de compensaciones a causa del daño ocasionado sea consecuencia de una actuación dolosa o negligente del abogado patrocinador encargado de manejar el proceso.

Es importante resaltar que el segundo artículo del proyecto analizado dictamina con claridad que la acción de regreso en contra del funcionario o autoridad pública que expidió el acto administrativo no se verá afectada de ninguna manera en el caso de que dicho empleado público haya cesado en el ejercicio de sus funciones para la fecha en la que el administrado presuntamente lesionado presente la demanda por indemnización a la respectiva institución.

De la misma manera, este artículo mantiene el mismo criterio con respecto a la segunda causal ya que prevé que no se puede ver paralizada la acción de regreso en contra del abogado patrocinador que haya actuado con dolo o negligencia y que ya no mantenga relación laboral con la respectiva institución. De esta forma, la terminación de relaciones laborales o contractuales con la institución que se vea obligada a cancelar un monto determinado, a raíz del daño producido, no será una vía de escape para los funcionarios públicos y sus actuaciones erradas en el ejercicio de sus funciones. De esta manera se consigue perseguir al servidor público aún cuando éste no forme parte de la institución que fue sentenciada a pagar por los menoscabos producidos mientras trabajaba en ella.

El hecho de que sólo existan dos causales para el ejercicio de la acción de repetición es un hecho limitante y de cierto modo negativo para la institución que quiera repetir contra sus funcionarios. En el caso de que el daño producido sea consecuencia de un hecho administrativo, la institución estatal se verá obligada a gastar cierto monto de dinero para saldar el daño que el ciudadano lesionado demande, pero no podrá repetir

contra el funcionario público porque no existe una causal que habilite a la mencionada institución en estos casos ya que dentro de las causales que rigen la interposición de la acción de repetición, no consta una que mencione el hecho administrativo¹⁰⁵.

El hecho administrativo, de acuerdo a AGUSTÍN GORDILLO, se divide en dos categorías, el hecho no jurídico y el hecho jurídico. A continuación una cita pertinente de este autor,

Hechos no jurídicos son todas las actuaciones materiales de la administración que no producen en efecto jurídico directo. El profesor da su clase parado o sentado, o camina durante la misma; el agente de policía lleva un expediente de la comisaría al juzgado, el ordenanza barre el aula o trae café.

Hechos jurídicos: la posesión de una cosa determinado tiempo, es un hecho que produce el efecto jurídico de que esa cosa sea adquirida por prescripción; el agente de policía que me detiene sin una decisión previa, produce a través de este hecho distintos efectos jurídicos: hace nacer una responsabilidad para él y para la administración, y me da el derecho de reclamar indemnización; el agente policial que se lleva un coche mal estacionado pero lo hace con negligencia tal que le produce un daño, comete un hecho que produce también el efecto jurídico de hacer notar un derecho a indemnización del vehículo, etc.¹⁰⁶

Se puede concluir que la diferencia esencial entre el acto administrativo y el hecho administrativo radica en que los actos son decisiones o manifestaciones de voluntad de la administración pública mientras que los hechos administrativos son las actuaciones materiales u operaciones de carácter técnico de la administración. Es muy importante destacar que si bien a mayoría de hechos son ejecución de los actos, este no siempre es el caso ya que pueden existir hechos que se ejecuten sin la necesidad de una decisión preexistente. De esta forma se ha concebido al hecho administrativo como una manifestación material de la administración pública, que a veces carece de sentido mental que produce efectos jurídicos en ciertos casos. GORDILLO ahonda al respecto,

¹⁰⁵ Ej. Un empleado municipal, encargado de manejar un tractor, comete una falla producto de un acto negligente y como consecuencia destruye la pared de la casa de un ciudadano. Este ciudadano demanda al Municipio por la reconstrucción del muro más daños y perjuicios por cierto monto, cifra que debe ser cancelada por el Municipio una vez se dictamine esta compensación mediante sentencia ejecutoriada. A paso seguido, el Municipio desea repetir contra el empleado público con el afán de recuperar ese dinero perdido, pero no lo puede hacer porque no hay una causal que habilite la interposición de la acción de regreso en estos casos, es decir, una causal que se base en el hecho administrativo.

¹⁰⁶ A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo, El acto administrativo*, op. cit. p. III-2.

Cuando la exteriorización de la decisión se hace recién a través de la ejecución misma, o sea, de los datos reales (la destrucción de la casa: el retiro de los obstáculos que cerraban la calle, etc.), no estamos ante un acto, sino ante un hecho administrativo. La ejecución material, en todos los casos, es un hecho: tanto cuanto ejecuta un acto, como cuando en ausencia de acto transmite directamente en la actuación material la voluntad a la que responde.¹⁰⁷

ROBERTO DROMI respalda este concepto estableciendo lo siguiente,

El hecho administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos. Objetivamente, el hecho administrativo exterioriza función administrativa, con prescindencia de que sea el efecto ejecutorio de un acto administrativo que le sirva de antecedente, o que se trate simplemente del desarrollo de la actividad que dicha función requiere en el cumplimiento de sus cometidos propios, en cuyo caso la ejecutoriedad viene dada por una norma de alcance general.¹⁰⁸

Una vez se ha definido el concepto de hecho administrativo, se puede proceder al análisis pertinente de esta forma de manifestación de voluntad administrativa que está ausente en el proyecto de ley estudiado. Es importante la existencia de una causal que permita repetir contra los empleados en casos de hechos administrativos mal ejecutados que produzcan daño ya que las lesiones y los abusos por parte de los empleados públicos derivados de hechos administrativos se han vuelto cada vez más comunes y uno de los objetivos de la acción de regreso es el de frenar las actuaciones arbitrarias de los servidores públicos.

Por otro lado, cabe recalcar que un problema, ahora superado, se encontraba en que se solía establecer que el Estado no podía actuar con culpa o negligencia porque es una persona jurídica y estas características eran reservadas a personas físicas. Sin embargo, el Estado actúa bajo el nombre de todos aquellos que tengan una potestad pública o una relación con el Estado tomando en consideración que la voluntad de las personas físicas se toma como voluntad propia de la Administración y por esta razón, los funcionarios que cometen los daños lo hacen en nombre del Estado. A continuación una opinión de GORDILLO al respecto,

¹⁰⁷ A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo, El acto administrativo*, op. cit. pp. III-23-24.

¹⁰⁸ R. DROMI, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Argentina, Fundación Centro de estudios Políticos y Administrativos, p. 241.

Toca ahora referirnos a la responsabilidad extra conceptual, por hechos y actos administrativos, que es la más importante desde el punto de vista práctico por ser cuantitativamente la causa más frecuente de daños. En este tipo de responsabilidad se han planteado muchos problemas de distinta índole, derivados en su mayor parte del hecho de que se ha querido partir de la aplicación de las normas del Código civil en materia de responsabilidad extracontractual. Un problema de antaño superado es que pudo parecer que si el código civil exige que el daño sea producido por una conducta negligente o culposa, el Estado no actúa con “culpa”, por ser ésta una característica exclusivamente reservada a las personas físicas. Sin embargo, este argumento es fácilmente desechado si se recuerda que el Estado actúa a través de órganos que son desempeñados por personas físicas, cuya voluntad, manifestada dentro del ámbito de sus funciones, se imputa al Estado considerándose como propia; o sea que en definitiva, el Estado puede perfectamente actuar culposamente a través de la conducta de sus órganos.¹⁰⁹

Otra corriente doctrinaria ha buscado diferenciar la responsabilidad directa e indirecta de casos específicos según en estos se trate de actos o hechos administrativos, configurando al hecho administrativo como presupuesto para responsabilidad indirecta. Una de las observaciones que se llevan a cabo al Proyecto de Ley que regula al derecho de repetición busca que se tome al hecho administrativo como causal de interposición de la acción ya que esta manifestación de voluntad de la Administración Pública puede producir efectos jurídicos y conllevar a una responsabilidad directa del Estado. A continuación el criterio de GORDILLO sobre este tema,

Otros autores han pretendido hallar la distinción entre responsabilidad directa e indirecta del Estado según se trate de actos o de hechos de la administración: los primeros configurarían la hipótesis de responsabilidad directa, los segundos indirecta. Esta distinción, además de carecer de un convincente fundamento lógico y jurídico, está claramente refutada por una serie de instituciones de derecho administrativo en que se ha admitido, más allá de toda duda, que ciertos hechos pueden ser directamente imputables a la administración, comprometiendo precisamente tal tipo de responsabilidad y no la directa.

Ello ocurre en materia de: a) afectación y desafectación de bienes de dominio público, que puede producirse por hechos administrativos, en el sentido de hechos provenientes de la propia administración; b) daños causados por trabajos públicos, materia en la cual la Corte Suprema ha dicho que “cuando ésta (la obra pública) desmejora o desvaloriza en cualquier sentido o en cualquier medida los inmuebles linderos, puede decirse que hay por parte de la autoridad una ingerencia, y hasta cierto modo, una ocupación de esos inmuebles; es decir, se admite que es un hecho “de la autoridad”, un hecho de la propia administración; c) restricciones administrativas de la propiedad privada, en las que se reconoce

¹⁰⁹ A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo, defensa del usuario y del administrado*, DIKE, Medellín, Colombia, p. XX-22.

que pueden construirse a través de hechos administrativos, es decir, actuaciones materiales directamente imputables a la administración como propias de ella; d) el empleo de la fuerza pública, o sea, de la coerción directa e inmediata a cargo de los órganos policiales administrativos, configuran también hechos administrativos.¹¹⁰

De igual manera debe analizarse cuidadosamente el uso de la letra “o” ya que de esta forma se está conceptualizando a la causal como un presupuesto, lo que quiere decir que son dos situaciones totalmente diferentes, caracterizándolas como excluyentes, o se lleva a cabo la una u ocurre la otra.

El tercer artículo del proyecto de ley analizado brinda pautas procesales dentro del ejercicio de la acción de regreso ya que se refiere a los documentos habilitantes que deben ser presentados para poder ejercer el derecho de repetición. Estos documentos, que deben acompañar a la demanda, son la sentencia condenatoria ejecutoriada, así como el comprobante o documento que acredite el monto pagado por la respectiva institución¹¹¹.

Los documentos que este artículo ordena se acompañen son necesarios para saber que, por medio de sentencia ejecutoriada, se ha ordenado el pago de las compensaciones y de la misma forma, es necesario un comprobante del pago que se ha llevado a cabo por parte de la institución al ciudadano lesionado con el fin de que se sepa, a todo momento, la cifra exacta que se está manejando. Ahora bien, el comprobante de pago de la compensación es un trámite relativamente rápido, sin embargo, otro es el caso con la sentencia condenatoria ejecutoriada. El hecho de que la sentencia, con carácter de cosa juzgada, forma parte de los documentos habilitantes, crea un problema práctico ya que debido a la falta de celeridad en la justicia ecuatoriana, una sentencia condenatoria ejecutoriada tomaría mucho tiempo, lo que podría, obviamente, retardar severamente la recuperación de esos fondos estatales, sin mencionar la gradual pérdida de impulso y de interés por parte de la institución que debe repetir.

¹¹⁰ A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo, defensa del usuario y del administrado*, DIKE, Medellín, Colombia, p. XX-24

¹¹¹ Proyecto de Ley que regula la acción del Derecho de Repetición, Artículo 3.

De acuerdo al artículo 4 del Proyecto de Ley estudiado, sería el Presidente de la Corte Superior del Distrito donde se condenó a la respectiva institución al pago de la compensación económica, el encargado de conocer la acción de repetición¹¹². Esta norma carece de sentido práctico procesal ya que quién debería estar encargado de conocer la acción de repetición es el Presidente de la Corte Superior del domicilio del empleado público y no el del distrito donde se condenó a la respectiva institución al pago de la compensación económica. Esta norma debe tener en cuenta que lo más probable es que el funcionario impugne la orden de pago por lo que deberá litigar contra el Estado. Tomando esto en consideración, el problema se encuentra en que el funcionario público y la institución a la que se le condenó a pagar pueden encontrarse en lugares diferentes dentro del Ecuador haciendo el proceso muy dilatado y trabado. Otro de los puntos a favor de que el Juez competente sea el Presidente de la Corte Superior del domicilio del servidor público se encuentra en el principio constitucional de que el demandado debe ser procesado por el Juez de su propio fuero.

Con el objeto de evitar confusiones, se debe mencionar que muchos nombres de instituciones públicas cambiaron de nombre con la emisión de una Carta Política nueva. El artículo 178 de la Carta Política del Ecuador denomina, con nuevo nombre, a la Corte Provincial (antes conocida como Corte Superior), sin embargo, es el Código Orgánico de la Función Judicial el cuerpo normativo que cambió el nombre de esta institución. Ahora, siguiendo la misma línea de la norma estudiada, el fuero competente corresponde al Presidente de la Corte Provincial donde se condenó al respectivo organismo estatal a pagar cierto monto con el objeto de cubrir el daño producido, norma que debería ser modificada ya que debería ser competente el Juez del domicilio del empleado público.

Según el artículo 5 del mismo cuerpo normativo estudiado, una vez presentada la demanda, con los documentos habilitantes, el término para contestación de la misma será contado desde la citación al demandado.¹¹³ No está demás aclarar que el demandado, siempre será el funcionario público sujeto a la acción del derecho de

¹¹² Proyecto de Ley que regula la acción del Derecho de Repetición, Artículo 4.

¹¹³ Proyecto de Ley que regula la acción del Derecho de Repetición, Artículo 5.

repetición por parte de la institución que ya ha cancelado cierto monto a causa de indemnizaciones demandadas por lesiones ocasionadas a administrados.

El artículo 6 del Proyecto analizado determina que con la contestación o rebeldía, se recibirá la causa a prueba, por el término de cinco días¹¹⁴. Cabe recalcar que la diligencia de las pruebas aportadas por las partes puede producirse fuera del plazo de 5 días que otorga este Proyecto, con excepción a las pruebas testimoniales que deben regirse bajo el plazo establecido. Por otro lado, en el siguiente artículo se indica que vencido el término probatorio, el juez que maneja la causa solicitará autos para sentencia.¹¹⁵

El siguiente artículo dictamina los pasos a seguir una vez la sentencia se encuentre ejecutoriada. El artículo decreta lo siguiente,

Determinada la existencia de dolo o culpa grave del demandado, el juez de la causa dispondrá la inmediata repetición de los valores que tuvo que pagar la institución, más los correspondientes intereses legales, sin perjuicio de disponer el enjuiciamiento penal.

Si la sentencia fuere adversa a los intereses de la institución que hubiera realizado el pago, aquella se elevará en consulta ante una de las Salas de la misma Corte Superior, sin perjuicio de la facultad de las partes para interponer recurso de apelación. Este recurso se sustanciará en mérito de los autos.¹¹⁶

Dentro de este artículo se encuentran varios elementos importantes y trascendentales con respecto a la determinación de la responsabilidad del funcionario así como de su respectiva obligación de pagar a consecuencia del daño que produjo. La norma dictamina que una vez la institución respectiva ejerza la acción de regreso en contra del servidor público, éste debe cancelar la cuantía más los intereses legales. Como se mencionó anteriormente, la etapa de determinación de responsabilidad y de sentencia condenatoria ejecutoriada puede tomar algún tiempo, tiempo que en este caso puede jugar en contra del empleado público responsable ya que los intereses legales que se verá obligado a cancelar serán sumamente altos debido al tiempo

¹¹⁴ Proyecto de Ley que regula la acción del Derecho de Repetición, Artículo 6.

¹¹⁵ Proyecto de Ley que regula la acción del Derecho de Repetición, Artículo 7.

¹¹⁶ Proyecto de Ley que regula la acción del Derecho de Repetición, Artículo 8.

transcurrido en la tramitación del juicio. De la misma manera, la norma dicta que el funcionario deberá cancelar dicho monto sin perjuicio del enjuiciamiento penal.

Cabe recalcar que para que exista responsabilidad administrativa, se debe seguir un procedimiento diferente al penal. Lo que la norma quiere decir es que ambos procedimientos no son excluyentes, es decir, se puede sentenciar el pago mediante el ejercicio del derecho de repetición, pero de la misma manera se puede iniciar un juicio penal al funcionario por la eventual comisión de una infracción tipificada como delito.

Por otra parte, el mismo artículo del Proyecto de Ley estudiado decreta que si la sentencia fuere adversa a los intereses de la institución pública, esta se elevaría en consulta ante una de las salas de la misma Corte Provincial, enfatizando que esta acción no enerva la facultad de las partes para interponer un recurso de apelación.

El artículo 10 del Proyecto de Ley que regula la acción del derecho de repetición dispone que la acción que concede esta Ley prescribiera en el plazo de 5 años, tiempo que será contado desde la fecha en que se produjo el pago por parte de la respectiva institución¹¹⁷. A partir de esta presunción, lo único que cabe aclarar es que el tiempo de 5 años es más que suficiente para que la Administración Pública repita contra el funcionario público ya que, como dicta el proyecto estudiado, los dos documentos habilitantes son la sentencia ejecutoriada y el comprobante o documento que acredite el monto pagado por la respectiva institución.

El último de los artículos del Proyecto de Ley que ha sido sometido a estudio determina la supletoriedad de las normas del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano en todo lo que no estuviera expresamente prescrito en el Proyecto de Ley, tema que ya ha sido analizado en el capítulo anterior. Por último, consta una disposición final en el Proyecto de Ley que ordena la derogación de las disposiciones legales, de igual jerarquía, que se opongan a este Proyecto.

¹¹⁷ Proyecto de Ley que regula la acción del Derecho de Repetición, Artículo 10.

3.3.1. Disposiciones relativas a la ejecución del juicio ejecutivo con respecto al Proyecto de Ley que regula la acción del derecho de repetición. Artículos pertinentes

El artículo noveno del Proyecto de Ley que regula la acción del Derecho de Repetición impone que una vez la sentencia se encuentre ejecutoriada, se procederá de acuerdo con las disposiciones relativas a la ejecución del juicio ejecutivo¹¹⁸. El juicio ejecutivo, regulado en el Código de Procedimiento Civil posee algunas pautas relevantes al ejercicio de la acción de regreso. En primer lugar, el artículo 438 manda que, siendo una demanda que se basa en el pago de capital e intereses, el Juez fijará la cantidad que se debe pagar por intereses o puede nombrar un perito para que cumpla esta función. De la misma manera, el juez puede disponer que el deudor señale, dentro de veinticuatro horas, bienes equivalentes al capital, intereses y costas, si hubiere sido condenado a pagarlas.¹¹⁹

Como paso siguiente, el Código de Procedimiento Civil determina que si el deudor, en este caso el funcionario público encontrado culpable, no señalare bienes para el embargo, si la dimisión fuere maliciosa, si los bienes estuvieren situados fuera de la República o no alcanzaren para cubrir el crédito, a solicitud del acreedor, se procederá al embargo de los bienes que éste señale. En este procedimiento se prefiere siempre el dinero, los bienes dados en prenda o hipoteca, o los que fueron materia de la prohibición, secuestro o retención. Se debe tomar en consideración que si la dimisión hecha por el deudor o el señalamiento del acreedor versa sobre bienes raíces, no será aceptada si no acompaña el certificado del registrador de la propiedad y el del avalúo catastral.¹²⁰

Estos artículos, referidos por el proyecto de ley, juegan un papel trascendental ya que los funcionarios públicos deberían responder hasta con sus propios bienes y hasta lograr cubrir el monto determinado en la sentencia condenatoria ejecutoriada. Con el

¹¹⁸ Proyecto de Ley que regula la acción del Derecho de Repetición, Artículo 9.

¹¹⁹ Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, Artículo 438.

¹²⁰ Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, Artículo 439.

espíritu de acelerar el pago a la Administración Pública, el artículo 443 del Código de Procedimiento Civil establece que si se logra aprehender dinero del deudor, es decir el servidor público en este caso, se debe hacer el pago con el dinero aprehendido.¹²¹

Uno de los artículos que se encuentran en el Código de Procedimiento Civil que favorecen al empleado público es el 441, el mismo que dice que no son embargables los bienes designados en el artículo 1634 del Código Civil. Este último artículo determina que no son embargables los sueldos de los empleados y funcionarios públicos, comprendiéndose también aquellos que prestan servicios en la Fuerza Pública. Tampoco lo serán las remuneraciones de los trabajadores.¹²² Como consecuencia de esta norma, el empleado público que se encuentre culpable y deba pagar cierto monto fijado por el Juez, podrá mantener su sueldo para sustentar a él o ella y a su familia y encontrar una posible forma de pago a plazos a la administración pública.

De acuerdo con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, después de que se ha ordenado el embargo de los bienes del funcionario público, se procede al avalúo de los mismos y a su remate, con el fin de que el Estado recupere el dinero que canceló al administrado lesionado. A este punto, el deudor todavía puede recuperar los bienes embargados, ya que de acuerdo con lo establecido en el artículo 461 del Código de Procedimiento Civil, antes de cerrarse el remate, el deudor puede librar sus bienes, pagando la deuda, intereses y costas.¹²³

El artículo 471 del cuerpo normativo analizado ordena que en el caso de no haberse presentado postores, se fije un nuevo día para proceder con el remate pero sobre la mitad del valor del avalúo del bien. En estos casos, si el valor ofrecido de contado no es suficiente para cubrir el crédito del ejecutado, es decir, del servidor público, se puede solicitar que se embarguen y rematen otros bienes del deudor.

Para concluir con el estudio de este tema, es oportuno mencionar que si no se produce el pago, en este caso del servidor público, y no existen bienes en su

¹²¹ Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, Artículo 443.

¹²² Código Civil Ecuatoriano, Artículo 1634.

¹²³ Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, Artículo 461.

poder que se puedan embargar, entonces el Estado está facultado para proceder con la insolvencia del deudor, es decir, del empleado público.

3.4. El papel de la Contraloría General del Estado en la determinación de responsabilidades

El artículo 1 de la Ley Orgánica de la Contraloría general del Estado establece lo siguiente,

La presente Ley tiene por objeto establecer y mantener, bajo la dirección de la Contraloría General del Estado, el sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, y regular su funcionamiento con la finalidad de examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos.¹²⁴

El papel de la Contraloría General del Estado es, como lo indica su ley, resguardar los intereses del Estado mediante sistemas de control, inspección, investigación y examen con el fin de resguardar la correcta utilización de recursos del Estado, así como el propio uso y mantenimiento de bienes del Estado.

En el año 2006, el Contralor General del Estado, DR. GENARO PEÑA UGALDE emitió un informe consolidado a la Nación resumiendo las actividades de la Contraloría General del Estado desde el año 2003 hasta el año 2006. En el tema de Responsabilidades, el Contralor afirmó lo siguiente,

El Control Gubernamental se complementa con el establecimiento de responsabilidades. Por mandato constitucional la Contraloría tiene la facultad privativa para determinar responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal y hacer el seguimiento permanente para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones y controles.

De los informes, 5,343 aprobados, 4,325 sugieren responsabilidades civiles culposas, esto es el 81.3%; 962, es decir el 18.2%, denotaron indicios de responsabilidad penal, y un mínimo porcentaje que no alcanza el 2% no tiene responsabilidades.

En el periodo 2003-2006 se registraron y notificaron 13.104 GLOSAS que determinan un perjuicio económico al Estado o a sus instituciones, por la acción u omisión culposa de sus servidores, por más de 280 millones de dólares y 650 millones de sucres. Esto es, un perjuicio que supera en el 311% al valor establecido en el período inmediato anterior, que sumó 90 millones de dólares

¹²⁴ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, artículo 1.

Del mismo modo se emitieron 3,718 resoluciones confirmatorias de glosas por montos superiores a los 220 millones de dólares y 300 mil millones de sucres, valores que superan en el 315% a los determinados en el período anterior.¹²⁵

Como se desprende del informe del ex Contralor General del Estado, Dr. Genaro Peña Ugalde, se encuentran cifras y cantidades de dinero sorprendentes que han sido perjudiciales al Estado, dinero que debe ser recuperado por el Estado.

De igual manera, la ley procura que los mismos servidores públicos participen en el sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado ordenando lo siguiente,

Las instituciones del Estado, sus dignatarios, autoridades, funcionarios y demás servidores, actuarán dentro del Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado, cuya aplicación propenderá a que:

- 1.- Los dignatarios, autoridades, funcionarios y servidores públicos, sin excepción, se responsabilicen y rindan cuenta pública sobre el ejercicio de sus atribuciones, la utilización de los recursos públicos puestos a su disposición, así como de los resultados obtenidos de su empleo;
- 2.- Las atribuciones y objetivos de las instituciones del Estado y los respectivos deberes y obligaciones de sus servidores, sean cumplidos a cabalidad;
- 3.- Cada institución del Estado asuma la responsabilidad por la existencia y mantenimiento de su propio sistema de control interno; y,
- 4.- Se coordine y complemente con la acción que otros órganos de control externo ejerzan sobre las operaciones y actividades del sector público y sus servidores.¹²⁶

La intención del legislador se encuentra en obligar a los servidores públicos a cooperar con las funciones de la Contraloría General del Estado así como la de obligar al Estado a asumir la responsabilidad y propia ejecución de un sistema propio de auditoría interna.

3.5. El trámite del proceso de determinación de responsabilidades en la Contraloría General del Estado

El trámite de los procesos para determinar responsabilidades está regulado en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que en la práctica se sigue dentro de la Dirección de Responsabilidades en la Contraloría General del Estado empieza con el

¹²⁵ G. PEÑA UGALDE, *Informe Consolidado a la Nación 2003-2006*, Contraloría General del Estado, Ecuador, pp. XIII-XIV.

¹²⁶ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, artículo 2.

ingreso de los informes de auditoría o de exámenes especiales, donde se registra su ingreso para proceder con su estudio detenido. Si los resultados que arroja al estudio corresponden a responsabilidades civiles o administrativas se envían al Departamento de Determinación. En caso de existir indicios de responsabilidad penal, los informes se envían al Departamento de Patrocinio. Una vez los reportes han sido examinados en el Departamento de Determinación, son devueltos a la Secretaría para que en el caso de que existan predeterminaciones de responsabilidad civil, sean archivados y numerados al mismo tiempo que se notifica al glosado.

Después de la debida notificación de las predeterminaciones de responsabilidades civiles y con la exhibición de argumentos y pruebas de los administrados, se construyen archivos que son enviados al Departamento de Resoluciones con el fin de pronunciarse con una resolución que puede confirmar o deshacer la totalidad o parte del valor que está siendo glosado. Las disposiciones regresan a la Secretaría donde vuelven a ser archivadas y numeradas al tiempo que se vuelve a notificar a las partes interesadas.

Una vez la resolución haya confirmado las responsabilidades, los glosados están en la facultad de solicitar una revisión, hecho que produce la reproducción del mismo procedimiento dictaminado anteriormente. Es importante destacar que antes de que se siga con el trámite administrativo en la Dirección de Responsabilidades, se requiere de cierta información al Departamento de Patrocinio para confirmar si la resolución ha sido impugnada o no ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Si la resolución no ha sido impugnada, se continúa con el proceso en el Departamento de Recursos de Revisión. Si la resolución fue impugnada, la Contraloría se exonera de continuar en el análisis hasta que el mismo Tribunal emita algún pronunciamiento.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 57 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, la Contraloría tiene la competencia para emitir títulos de crédito y para recaudar, incluso mediante la jurisdicción coactiva, las obligaciones provenientes de las resoluciones ejecutoriadas que provengan del Contralor General del Estado por efectos de determinaciones de responsabilidades civiles culposas. La emisión de títulos de crédito por resoluciones confirmadas ejecutoriadas es solicitada a la Dirección de Patrocinio y Recaudaciones de Coactivas de la Contraloría General así como también

se solicita las entidades que tienen capacidad legal para ejercer la coactiva con el objetivo de proceder a recaudar los valores ratificados¹²⁷.

La intención de este subcapítulo no es la de sintetizar un procedimiento burocrático, sino la de marcar la diferencia clara que existen entre este proceso y la acción del derecho de repetición. De la misma manera, se busca analizar si este procedimiento puede o no ser aplicado para fijar la responsabilidad civil de un empleado público con el hecho de que el Estado repita en su contra.

Partiendo de este punto y del estudio de este proceso de determinación de responsabilidades que sigue la Contraloría General del Estado, se puede concluir que no tiene el mismo tratamiento procesal que el Proyecto de Ley que regula la acción del Derecho de Repetición. La diferencia sustancial que se encuentra entre ambos procesos es que en el ejercicio de la acción de regreso se necesita, obligatoriamente, una sentencia condenatoria ejecutoriada. El sistema que sigue la Contraloría General del Estado en ningún momento maneja la necesidad de una sentencia, si no que más bien manejan un procedimiento administrativo, donde los archivos o informes de glosas y determinaciones de responsabilidades son analizados y estudiados internamente, entre los Departamentos de Resoluciones, Departamento de Patrocinio, Departamento de Determinación, etc.

En segundo lugar, el proceso que es determinado por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado maneja el término denominado como GLOSA. Este concepto se encuentra nombrado en este cuerpo normativo en muchas oportunidades, sin embargo su definición y uso son erróneos ya que se lo ha asumido como un acto administrativo que establece responsabilidades civiles a los funcionarios públicos y es una concepción fallida. La GLOSA no es un acto administrativo ya que requiere tener efectos particulares y directos a un administrado por parte de la Administración Pública. En este caso, se está ejecutando un acto inter administrativo, es decir dentro de la Administración, ya que el funcionario público es parte de la Administración

¹²⁷ PÓLIT FAGGIONI, CARLOS, *Informes de Labores 2008*, Contraloría General del Estado, Ecuador, p. 136.

Pública y esta siendo sancionado por acciones u omisiones productoras de daños en el ejercicio de su cargo.

La mala utilización del término GLOSA tiene un peculiar antecedente histórico. Como concepto, la Glosa significa el otorgar la explicación específica de un hecho particular. Por esta razón, la Contraloría General del Estado, desde sus inicios, usaba la Glosa como explicación al Estado para informar si las cuentas de la Administración Pública cuadraban o no. Con el tiempo, este método de informar un resultado determinado se transformó, erróneamente, en una manera de determinar responsabilidad, degenerando su concepto y uso correcto.

Como tercera observación que se le puede dar a ambos procedimientos es la diferenciación de hechos que conllevan a la responsabilidad del funcionario. En el procedimiento regulado por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado se establece un precepto importante, es que el servidor público necesariamente maneje fondos públicos. Esto quiere decir que el empleado público, en el ejercicio de sus cargos, debe manejar dinero o bienes pertenecientes al Estado y que los perjuicios que deriven de su mal desempeño serán investigados. De este evento parte el concepto de GLOSA, que es la determinación de responsabilidad civil del funcionario público.

La cuarta observación a ambos procedimientos se encuentra en la auditoría llevada a cabo por un departamento especial de la Contraloría General del Estado. La Contraloría General del Estado realiza auditorías externas e internas y exámenes especiales a los diversos funcionarios con el objeto de encontrar, o no, indicios de responsabilidad. En el caso de la acción del derecho de repetición, se sigue un juicio en contra del funcionario público que tiene como objeto encontrar culpable o absolver al funcionario público sospechoso de haber cometido un daño a un administrado.

La diferencia se encuentra en que la determinación de responsabilidad, al funcionario público, con el método señalado por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado necesita como fundamento algún tipo de indicio de responsabilidad, trabajo de las auditorías. Por otro lado, en el ejercicio de la acción de

regreso, se necesita que la entidad pública haya sido condenada a pagar una indemnización a consecuencia de un menoscabo producido por un servidor público.

3.6. El procedimiento de repetición de lo pagado por el Estado establecido por el Código Orgánico de la Función Judicial

Como se mencionó en el Capítulo II de esta tesina, existe una norma en el Código Orgánico de la Función Judicial que regula el procedimiento de repetición de lo pagado por el Estado. Es importante destacar que este procedimiento es exclusivo para la Función Judicial, sin embargo, sus características y forma de ejecución valen la pena analizar. El artículo 32 de este cuerpo normativo dicta lo siguiente,

El Estado será responsable por 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.

Al efecto, el perjudicado, por sí mismo o por intermedio de su mandatario o representante legal, sus causahabientes o los representantes legitimados de las personas jurídicas, propondrán su acción ante la jueza o juez de lo contencioso administrativo de su domicilio. En el mismo libelo demandará la indemnización de los daños y perjuicios y la reparación del daño moral, de estimar que tiene derecho para ello.

El legitimado pasivo en estas acciones será la Presidenta o Presidente del Consejo de la Judicatura, que podrá comparecer a través de delegado.

El trámite de la causa será el previsto en la Ley de lo Contencioso Administrativo con las modificaciones constantes en este Código.

Estas reclamaciones prescribirán en el plazo de cuatro años contados desde que se realizó el último acto violatorio del derecho del perjudicado.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada en virtud de un recurso de revisión, o cuando alguien haya sufrido prisión preventiva y haya sido luego sobreseído o absuelto mediante providencia ejecutoriada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia, en la forma que establece el Código de Procedimiento Penal, que incluirá el daño moral.¹²⁸

El análisis de este procedimiento debe partir desde el principio constitucional que establece que el Estado es responsable por 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. Esta norma

¹²⁸ Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 15, Registro Oficial No. 544, Ecuador.

constitucional dictamina la responsabilidad de la función judicial por la mala administración de justicia. De este precepto, el artículo del Código Orgánico de la Función Judicial habilita al perjudicado por la mala administración de justicia el interponer una acción ante el juez de lo contencioso administrativo de su domicilio. En esta acción, se puede demandar la indemnización de los daños y perjuicios y daño moral, de estimar que se tiene derecho a este. De igual manera se determina que el legitimado pasivo será el Presidente del Consejo de la Judicatura o su delegado. El trámite accionado por la demanda del ciudadano, víctima de mala administración de justicia, se llevará a cabo de acuerdo a las disposiciones de la Ley de lo Contencioso Administrativo con las modificaciones pertinentes dentro del Código. Esta demanda es el primer paso para ejercer el derecho de repetición contra el servidor público.

Una vez se ha explicado el procedimiento a seguir para demandar al Estado por mala administración de justicia, se puede analizar el siguiente artículo que explica el derecho de repetición contra el funcionario judicial que dictamina lo siguiente,

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.

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 a caso 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.¹²⁹

¹²⁹ Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 33, Registro Oficial No. 544, Ecuador.

Como se mencionó anteriormente, el Consejo de la Judicatura actúa como legitimado pasivo en el juicio. Este órgano será el encargado de solicitar al juzgado de la causa que se convoque como partes procesales a los servidores públicos envueltos en el presunto daño al administrado. Es importante resaltar que este Código establece claramente que se garantizará de la manera más amplia, el derecho a la defensa de los empleados públicos enfatizando en su obligación a comparecer a este juicio y a aportar con toda instrumento probatorio con el fin de demostrar que los actos que derivaron los perjuicios no fueron por dolo o negligencia, sino por caso fortuito o fuerza mayor. Es importante aclarar en este punto que el funcionario judicial envuelto en este juicio, no puede alegar error inexcusable u orden superior jerárquica.

En el siguiente epígrafe de este artículo se toca el tema que interesa a esta tesina ya que se determina que si la sentencia de este juicio contencioso administrativo declara a la conducta del servidor público como injustificable, se dispondrá que el Estado, en base a su responsabilidad objetiva, pague por la indemnización al ciudadano, quien ha sufrido un menoscabo por la justicia, y que, inmediatamente, el Consejo de la Judicatura inicie el procedimiento coactivo contra el servidor responsable del pago por parte del Estado al ciudadano que demandó en primer lugar.

Ahora bien, no es relevante para esta tesina analizar el juicio de coactiva. Sin embargo, es válido citar el artículo 941 del Código de Procedimiento Civil que establece el objeto de dicho juicio como hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a sus instituciones que por ley tienen este procedimiento; al Banco Central del Ecuador y a los bancos del Sistema de Crédito de Fomento, por sus créditos; al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y las demás que contemple la ley¹³⁰.

La jurisdicción coactiva es un proceso para cobrar dinero que se le adeuda al Estado. Este procedimiento se destaca por ser rápido, mucho más rápido que el juicio ejecutivo. Los requisitos que la ley requiere para poder iniciar el proceso consisten en que la deuda sea líquida, determinada y de plazo vencido y en el caso de que no sea

¹³⁰ Código de Procedimiento Civil, artículo 941, Ecuador.

líquida se nombrará un perito para que practique la liquidación. Una vez la deuda sea de estas características, sólo se necesita orden de cobro para que el funcionario recaudador inicie el proceso, que consiste en ordenar al deudor a pagar o dimitir bienes en tres días, y de no hacerlo, sus bienes se verán embargados. Dentro de este procedimiento, la ley dictamina que las providencias no serán sujetas a recurso alguno y tampoco se admitirán incidentes y de suscitarse se rechazarán de plano. De la misma manera se establece que los recaudadores son irrecusables y las costas de la recaudación, incluyendo pago de peritos, alguaciles, honorarios, certificados y otros, serán de cuenta del coactivado. Además de todo esto y como si no fuera poco, no se admiten excepciones del deudor, es decir, el funcionario judicial no puede presentar sus excepciones hasta que sea consignada la cuota de la deuda, es decir que no puede defenderse hasta consignar lo adeudado al Estado.

Como consecuencia de la celeridad manejada por el proceso de repetición establecida en el Código Orgánico de la Función Judicial, se puede concluir que este procedimiento cumpliría el propósito de recuperar el dinero del Estado a la perfección. Por esta razón, sería conveniente que el Proyecto de Ley que regula la acción del derecho de repetición y el procedimiento de repetición establecido anteriormente se fusionen. Si bien el procedimiento dictado por el Código Orgánico de la Función Judicial se limita a regir dentro de la Función Judicial únicamente es mucho más rápido que el Proyecto de Ley analizado anteriormente. El juicio coactivo como método para repetir contra el funcionario público es más veloz que el manejo de la sentencia ejecutoriada del Proyecto de Ley ya que este último se basa en normas del juicio ejecutivo. La razón de la velocidad se encuentra en que no se le permite al demandado presentar excepciones a menos que consigne el pago. En casos de responsabilidad del Estado se manejan cifras astronómicas que serían prácticamente imposibles de cubrir para el funcionario coactivado.

De igual manera, es importante enfatizar en que una parte fundamental de esta norma es que la misma acción del administrado permite al empleado público que ejercite ampliamente su derecho a la defensa con el fin de que se le pueda excusar de la indemnización pertinente.

Es importante resaltar que la efectividad de esta norma se encuentra en que tiene una suerte de dos procesos en uno ya que la sentencia de responsabilidad del funcionario da la pauta para que se empiece el juicio de coactiva en contra de este. De adherir, el Proyecto de Ley que regula acción de repetición con el procedimiento dictaminado por el Código Orgánico de la Función Judicial se obtendrían óptimos resultados. La razón por la que no se permite al funcionario judicial, enjuiciado por indicios de responsabilidad, presentar excepciones en el juicio coactivo se basa en que existió un juicio contencioso administrativo previo que ya dictaminó la culpa de este, por lo que coactivar al empleado público sería simplemente repetir contra este. Ahora, si a este método se le suman ciertos artículos del Proyecto que regula la acción de repetición analizadas anteriormente, se lograría obtener una perspectiva general con el fin de recuperar el dinero del Estado y determinar la responsabilidad de los empleados públicos y no sólo de la Función Judicial, sino de toda la Administración Pública.

CONCLUSIONES

A lo largo de la presente tesina se han analizado varios temas que conducen a ciertas conclusiones. Se ha procurado iniciar desde el presupuesto más general, hasta el más específico, con el fin de detallar el marco del problema analizado y poder abordarlo aportando una solución factible y ejecutable.

El problema presentado en la presente tesina establece la falta de un régimen procesal que determine la responsabilidad de un funcionario público con el fin de que el Estado pueda repetir contra éste y así lograr una determinación de responsabilidad.

Por esa razón se ha empezado el análisis del problema y su posible solución con la explicación y estudio detallado del régimen de responsabilidad objetiva del Estado. Partiendo de este punto, se han analizado los elementos de la responsabilidad del Estado así como las bases del daño, todo esto con el fin de entender el marco por el cual transita el problema planteado. Con el estudio de estos elementos se ha concluido que es básico que un Estado disponga de un régimen de responsabilidad objetiva ya

que es la única manera que se habilita el siguiente peldaño de estudio, la acción del administrado lesionado ilegítimamente contra el Estado.

Es esencial comprender la necesidad de un régimen de responsabilidad objetiva del Estado así como la acción del administrado ilegítimamente lesionado contra la Administración Pública, como elementos que habilitan el ejercicio del derecho de repetición con el fin de recuperar el dinero que el Estado ha tenido que utilizar para cumplir con demandas indemnizatorias de sus administrados lesionados a causa de una actividad negligente o dolosa de sus servidores públicos. Ahondando en el tema, se debe enfatizar en la necesidad de una demanda indemnizatoria por parte del ciudadano lesionado en contra de la Administración Pública para activar el proceso y, posteriormente, una sentencia que ordene la indemnización. Una vez la institución haya cancelado dicho valor, tiene la potestad de repetir contra el funcionario, quien deberá responder por el valor cancelado siempre y cuando haya actuado con negligencia o dolo.

Se ha debatido sobre la posibilidad de permitir una acción directa por parte del administrado que ha sufrido el menoscabo en contra del funcionario público presuntamente culpable del daño. Para empezar, esto crearía un problema de dualidad de jurisdicciones ya que la demanda contra la Administración por la vía administrativa se la ejercería paralelamente. En segundo lugar, se debe tomar en consideración a los funcionarios que no obran en base a dolo o negligencia. Si existiría una acción directa contra el funcionario público, el servidor respondería en todos los casos donde ha existido un menoscabo (se puede dar el caso donde haya menoscabos legítimos, como la expropiación forzosa) ya que el administrado tendría siempre la potestad de accionar directamente contra el empleado de manera directa. Es decir, el empleado estaría enfrentando una cantidad innumerable de causas en su contra, lo que incentivaría, al mismo tiempo, a que las personas que han sufrido daños por parte de empleados públicos se tomen esta acción directa como una vía expedita a la venganza personal. Dentro de este criterio, se debe tomar en cuenta que si se habilita esta vía directa, el puesto como servidor público será muy difícil de llenar ya que nadie querría trabajar para el Estado.

Es una lamentable realidad que en el Ecuador no exista jurisprudencia que respalde el ejercicio del derecho de repetición. De acuerdo a testimonios en la Contraloría de diversos funcionarios en algunos departamentos, la acción de regreso no se ejecuta debido a la falta de personal en la Contraloría General del Estado así como por la sobrecarga de trabajo. La realidad es que se necesita una Ley que regule la acción de regreso, con parámetros claros, que establezcan un proceso determinado para estos casos. La necesidad de una Ley que regule la acción de repetición por parte del Estado contra el funcionario público culpable de un daño sufrido por un administrado es real y es requerida de inmediato. En primer lugar, es indispensable continuar con el trámite del proyecto de ley que reposa en la Asamblea Nacional para que no se quede estancado y olvidado.

El siguiente punto de análisis de esta tesina consistió en estudiar el procedimiento de la acción del ciudadano contra la Administración Pública. Es de suma importancia que tal proceso se lleve a cabo iniciado por el administrado lesionado en contra del Estado y que no exista una acción directa del lesionado en contra del funcionario público presuntamente culpable del daño ocasionado. En el caso de que tal acción directa existiera, se sufrirían graves consecuencias. En primer lugar, el régimen de responsabilidad objetiva sería inválido e ineficiente porque el punto de este sistema de responsabilidad se basa en la omisión del análisis de culpa inmediata del funcionario sino que se hace cargo de los daños ocasionados sin perjuicio de ejercer el derecho de repetición contra el empleado público. En segundo lugar, la acción directa provocaría una saturación procesal ya que todos los administrados, presuntamente lesionados, se sentirían investidos de la potestad de reclamar por el daño directamente al servidor. En tercer lugar, en el supuesto de que dicha acción sea habilitada, los puestos públicos se convertirían en un trabajo indeseable para cualquier persona ya que estarían conscientes de que pueden llegar a ser procesados por cualquier acto o hecho que emitan.

En el tercer capítulo de esta tesina se ha analizado una vía técnica que determinaría la responsabilidad del funcionario y habilitaría al Estado a repetir contra éste si tal es el caso. Se trata del Proyecto de Ley que regula la acción del derecho de

repetición, el mismo que se encuentra reposando en la Asamblea Nacional. Si bien el proyecto de Ley es de suma tecnicidad, omite un detalle fundamental. El proyecto no establece como causal para interponer la acción de repetición el cometimiento de un hecho administrativo dañoso por parte de un empleado público. Esta omisión constituye un error ya que existen muchos funcionarios públicos que pueden cometer daños, producto de hechos administrativos, que no necesariamente derivan de actos administrativos, a los ciudadanos. El personal de limpieza y construcción de los sectores del Gobierno es un ejemplo de estos casos ya que perfectamente, dentro del ejercicio de sus funciones, pueden cometer daños materiales a los ciudadanos que adolezcan de dolo o negligencia. De todas formas, el proyecto de ley es una alternativa viable que brinda un procedimiento especial para ejercer la acción de regreso con el fin de determinar una responsabilidad y hacer pagar por aquella responsabilidad al funcionario culpable.

El derecho de repetición en el Ecuador es una realidad alcanzable ya que se cumplen presupuestos necesarios para su funcionamiento. El régimen de responsabilidad objetiva del Estado se encuentra vigente en la Constitución Política del Ecuador. De igual manera, se encuentra consagrado el principio de que ningún funcionario se encontrará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. De la misma forma, la Carta política establece responsabilidades administrativas, civiles y penales a los servidores públicos y sólo permite la acción por parte del ciudadano lesionado en contra de la Administración Pública. Sumado a estos preceptos constitucionales se encuentra la obligación de la Administración Pública a repetir, principio que no ha sido regulado en el Ecuador.

Lo único que hace falta para que este régimen opere es la creación de una Ley, y en este caso ya no se requiere la creación de un cuerpo legal sino la aprobación de la misma en debate legislativo. Con todo esto se logrará recuperar el dinero del Estado que se destina para indemnizaciones, que hasta ahora no ha sido recuperado. Si a la promulgación de una ley que regule la acción de regreso se le fusiona lo que ya se

encuentra vigente en el Código Orgánico de la Función Judicial, respecto de la repetición de lo pagado por el Estado, se obtendrían resultados sumamente productivos para la Administración Pública ecuatoriana logrando determinar responsabilidades a funcionarios negligentes y recuperando mucho dinero que ya ha sido destinado a indemnizaciones por consecuencia de el desempeño negligente o doloso de los servidores públicos.

La razón fundamental del porqué debería considerarse la introducción de la norma que trata la repetición de lo pagado por el Estado por el Código Orgánico de la Función Judicial al Proyecto de Ley que regula la acción del derecho de repetición se encuentra en que tal procedimiento contempla una vía más expedita. El procedimiento del Código Orgánico de la Función Judicial fusiona a dos procesos en uno ya que con la misma sentencia que dictamine la responsabilidad del funcionario, se inicia el siguiente paso, el juicio de coactiva contra el servidor público con el objetivo de recuperar los fondos del Estado, juicio que es sumamente rápido. El lado negativo a dicha observación se encuentra en que este procedimiento sólo es aplicable para la función judicial. Por esta razón, si este procedimiento es fusionado con el Proyecto de Ley, se lograría un alcance general y macro, logrando de esta manera repetir con cualquier funcionario público responsable de un daño.

Bibliografía

Fuentes Bibliográficas:

1. AMENÁBAR, MARÍA DEL PILAR, *Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, Rubinzal, Talcahuano, Argentina.
2. CAMACHO GALINDO, MIGUEL, *Derecho Administrativo*, t. II, 2da. Ed., Porrúa México, 1998.
3. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, Edí Torre, Buenos Aires, 1992.
4. CRUZ BAHAMONDE, ARMANDO, *Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil*, EDINO, Guayaquil, Ecuador.
5. CUADROS, OSCAR, *Responsabilidad del Estado*, Abeledo Perrot, Colombia.
6. DELGADILLO GUTIÉRREZ, LUIS HUMBERTO, *Compendio de derecho administrativo: segundo curso*, Porrúa, México, 1999.
7. DROMI, ROBERTO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Argentina, Fundación Centro de estudios Políticos y Administrativos.
8. FIORINI, BARTOLOMÉ A, *Derecho Administrativo*, t. II, 2da. Ed. Actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
9. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa: potestad expropiatoria, garantía patrimonial, responsabilidad civil de la administración*, Civitas, Madrid.
10. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Revista de Administración Pública*, Madrid: Instituto de estudios políticos, 1963.
11. GHERSI, CARLOS ALBERTO GHERSI, *Teoría general de la reparación por daños*.
12. GOANE, RENÉ MARIO, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público en la Provincia de Tucumán*.
13. GOLDENBERG, ISIDORO, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1984.
14. GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, la defensa del usuario y del administrado*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires.
15. GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo, El acto administrativo*.

16. GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo Parte General*, Dike, Medellín, Colombia, 1998.
17. GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., 1980.
18. LARREA HOLGUÍN, JUAN, *Derecho Civil del Ecuador, Obligaciones Extracontractuales*, Corporación de Estudios Jurídicos y Publicaciones, Quito, Ecuador.
19. LINARES, JUAN FRANCISCO, *En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público*.
20. MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado de Derecho Administrativo: Dominio Público*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
21. OLIVERA, JORGE, *Manual de Derecho Administrativo*, Porrúa, México.
22. ORTIZ SOLTERO, SERGIO MONSERRAT, *Responsabilidades legales de los servidores públicos*, Porrúa, México, 1999.
23. PARADA, RAMÓN, *Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona.
24. PEÑA UGALDE, GENARO, *Informe Consolidación a la Nación 2003-2006*, Contraloría General del Estado, Ecuador.
25. PÉREZ, EFRAÍN, *Derecho Administrativo*, t. II., Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.
26. PÉREZ, JESÚS. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Navarra.
27. REBOLLO, LUIS, *La responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*, Iustel, Madrid.
28. ROJAS, JAIME, *Bases de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador*, España.
29. SAAVEDRA, RODRIGO, *La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública*, Gustavo Ibáñez.
30. SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos S.A., Madrid, 1997.
31. SERRA ROJAS, ANDRÉS, *Derecho Administrativo*. Segundo curso, 19na ed. Corregida y aumentada, Porrúa, México, 1999.
32. VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho Administrativo*, 12va. Ed., Legis, Bogotá, 2004.

Sitios Web:

1. CALDERA, HUGO, *Ecuación del Estado de Derecho, Teoría del Órgano y Responsabilidad Extracontractual del Estado en Chile*, (Acceso en 3 de Marzo de 2009)
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649316>.
2. LAGUNA DE PAZ, J.C., *Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado*, (Acceso en 21 de Marzo de 2009)
<http://revistas.cepc.es/revistas.aspx?IDR=1&IDN=153&IDA=24374>.
3. PITA BRONCANO, CARMEN, *La responsabilidad Patrimonial de la Administración*, (Acceso en 1 de Abril de 2009)
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2163711>
4. PARADA VÁZQUEZ, RAMÓN , *La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas*, (Acceso en 26 de Marzo de 2009),
[34 artículos seleccionados de la revista de Administración Pública con ocasión de su centenario](#) / [Alejandro Nieto García](#) (pr.), 1983, ISBN 84-7351-162-X, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1970955>.

Legislación

1. Artículo 145.1 de la Ley 30/1992, España
2. CÓDIGO PENAL ESPAÑOL, ARTÍCULO 121.
3. LEY 30/1992, ARTÍCULO 145.2, ESPAÑA.