

CAPÍTULO 2: EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN DERIVADA DE UNA RECOMENDACIÓN CONTENIDA EN UN EXAMEN ESPECIAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO, DENTRO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

Autor:

José Andrés Ortiz Páez, Mgtr.
Universidad Tecnológica ECOTEC
joseandres_ortiz@hotmail.com

2.1 Contraloría General del Estado en Ecuador

El antecedente histórico de la actual Contraloría General del Estado se remonta a tiempos de la Real Audiencia de Quito con las Contadurías mayores instituciones que funcionaron alrededor de los siglos XVI, XVII, XVIII e inicios del siglo XIX. Posteriormente, en tiempos de la Gran Colombia, en 1822 existió la Contaduría General de Hacienda, misma que en 1824 es suprimida y se crearon las Contadurías Departamentales, las cuales se establecen en Quito, Guayaquil y Cuenca. Así, en 1826 se crea la Contaduría General y los cargos de Contadores Generales y Contadores Departamentales. (Contraloría General del Estado, 2016)

En el año 1830 ya como República en Ecuador se constituyeron la Contaduría General y las Contadurías Departamentales. Más adelante, en 1846 en Quito, Guayaquil y Cuenca se instituyeron las Contadurías Mayores. Cinco años después se instaura la Contaduría General como Tribunal Superior de Cuentas y las Contadurías Mayores como Juzgados de Distrito. El Tribunal de Cuentas se crea en 1861 y en 1896 se instaura una sede en Guayaquil.

No es sino hasta el año 1927, durante el mandato del presidente Isidro Ayora, que con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Hacienda, publicada en el Registro Oficial No. 448 del 16 de noviembre del mismo año, que se crea un departamento independiente del gobierno que tendría como objetivo realizar el control del fisco, compilar cuentas y erigirse como la oficina central de la contabilidad del Estado; ésta institución tomaría el nombre de Contraloría General de la Nación. Ésta Ley Orgánica es reformada más adelante por el

decreto "Ley 1065-A", el mismo que incluyó enmiendas que fueron codificadas en 1960 y que establecieron que la Contraloría contará con un denominado sistema integrado de administración financiera y control, cuyo fin sería asegurar una administración eficiente y efectiva de los recursos materiales humanos y por supuesto financieros del Estado. (Contraloría General del Estado, 2016)

Años después con la Constitución de 1967, se cambia de nombre a la institución de "Contraloría General de la Nación" a "Contraloría General del Estado"; modificación que no fue solo nominal, pues se buscaba alinear las funciones de las instituciones con la definición del Estado como organización política y jurídica. Se la definió también como el organismo de contabilidad y fiscalización de la hacienda pública.

Más adelante, en el Registro Oficial No. 337 del 16 de mayo de 1977 se expide la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control que sustituiría a la Ley Orgánica de Hacienda arriba tratada. La LOAFYC normó el funcionamiento y estructura de la Contraloría General del Estado e incluyó el sistema de control gubernamental moderno de los recursos públicos. Finalmente, la actual Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado es publicada en el Registro Oficial No. 595 del 12 de junio de 2002 trayendo consigo una serie de disposiciones que serán tratadas más adelante en el desarrollo del trabajo presente.

De esta forma, la Contraloría dejó de ser la oficina de intervención fiscal y contabilidad, para instaurarse como el organismo superior de control de los recursos de las instituciones públicas, y observar las operaciones administrativas y financieras de toda persona jurídica que maneje fondos estatales, esto a través de auditorías financieras, operacionales y exámenes especiales. (Contraloría General del Estado, 2016)

2.2 Rol de la CGE en Ecuador

La Contraloría General del Estado, persona jurídica con autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa; legalmente representada y dirigida por el Contralor General, es una de las entidades que forman parte de la Función de Transparencia y Control Social. De acuerdo a lo que establece la Constitución de la República del Ecuador en la sección tercera del capítulo quinto del título cuarto, la Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control del uso de los recursos estatales y la consecución de los objetivos de las instituciones públicas y

privadas que manejen recursos públicos. Dentro de las funciones que se le han atribuido constitucionalmente al organismo en mención están las de dirigir el sistema de control administrativo, mismo que está compuesto por auditoría interna, auditoría externa y el control interno de las instituciones públicas y personas jurídicas privadas que dispongan de recursos públicos; determinar las responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal que correspondan y se encuentren dentro de su ámbito de control; expedir norma para cumplir sus funciones; y, asesorar a las demás entidades del sector público cuando éstas lo soliciten. (Constitución de la República, 2008)

Como se dijo en líneas anteriores, en el Registro Oficial No. 595 del 12 de junio del año 2002, se publicó la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado cuyo objeto según su artículo primero es el de mantener y establecer el sistema de control, fiscalización y auditoría del estado bajo la dirección de la Contraloría General del Estado, así como regular su funcionamiento con el fin de verificar, examinar y evaluar el cumplimiento de la misión, visión y objetivos de las demás instituciones públicas y el uso de recursos, administración y custodia de bienes públicos. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002)

Este organismo, al que la Constitución le ha dado el carácter de técnico, tendrá como misión la de “Controlar los recursos públicos para precautelar su uso eficiente, en beneficio de la sociedad”. Así, su visión se centra en “ser el organismo confiable y vanguardista en la prevención y control de uso de los recursos públicos”. Importante entonces si se quiere definir el rol de la Contraloría General del Estado, citar los objetivos estratégicos que la ley le ha otorgado, es decir, comunicar de manera efectiva los resultados institucionales, fortalecerla gestión del control, mejorar el potencial humano, y optimizar la gestión interna. (Contraloría General del Estado, 2016).

La CGE actúa como organismo de control dentro del marco de sus competencias constitucionales y legales, sin que exista superposición de funciones, pudiendo actuar de manera coordinada, conjunta y/o simultánea.

La LOCGE le otorga a la CGE la dirección sobre el sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, la misma norma señala que la aplicación de este sistema implicará que: todo servidor público rinda cuenta sobre el ejercicio de sus atribuciones, el uso de los recursos públicos a su cargo, y sobre los resultados obtenidos de su utilización; las atribuciones y objetivos de las instituciones del sector público, así como los deberes y

obligaciones de sus servidores sean efectivamente cumplidos; cada institución pública asuma la responsabilidad por la existencia y mantenimiento de su propio sistema de control interno; y, exista una coordinación y complemento junto con la acción que otros órganos de control externo realicen sobre las actividades y operaciones del sector público y sus servidores.

La ejecución de éste sistema se dará por dos medios, el control interno y el control externo. El primero será de responsabilidad administrativa de cada una de las instituciones sujetas a control. El control externo por su parte, comprende el que compete a la CGE, y el que realicen los demás organismos de control del Estado dentro del ámbito de sus competencias.

El artículo 8 de la LOCGE delimita el objeto del sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, el mismo que tiene que ver con la revisión, verificación y evaluación de la gestión administrativa, financiera y medio ambiental de las instituciones públicas, así como la actuación de sus servidores. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002)

2.3 Control interno

El control interno a que se refieren los párrafos anteriores será aplicado por la máxima autoridad de la institución y su personal y se encargará de proporcionar una seguridad razonable de que se protegen los recursos públicos y se logren los objetivos institucionales. Así, dentro de los elementos del control interno se encuentran: el entorno de control; el cumplimiento de los objetivos institucionales; la organización; la idoneidad del personal; los riesgos institucionales en el logro de los mismos objetivos y la adopción de medidas para afrontarlos; el cumplimiento de normas jurídicas y técnicas; el sistema de información; y la oportuna corrección de las deficiencias de control.

Importante entonces señalar que el control interno es responsabilidad de cada institución pública y su finalidad principal será la de crear las condiciones para el efectivo ejercicio del control externo que estará a cargo de la Contraloría General del Estado.

Dentro del sistema de control interno y como parte del mismo constará la Auditoría Interna, la que será una unidad con que cuenten las instituciones del Estado cuando así se lo justifique. Dichas unidades dependerán administrativa y técnicamente de la CGE, que para su creación o supresión emitirá el informe previo respectivo. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002)

2.4 Control externo

El control externo lo llevará a cabo la Contraloría General del Estado y se llevará a través de la auditoría gubernamental y el examen especial, empleando normas nacionales e internacionales y técnicas de auditoría. La auditoría gubernamental consistirá en un sistema integrado de asistencia, asesoría y prevención de riesgos que incluye la evaluación y el examen del accionar y obrar de las personas que administran recursos públicos.

El examen especial será parte de la auditoría gubernamental y estudiará, verificará y evaluará aspectos limitados o de una parte de las actividades relacionadas con la gestión administrativa, financiera, operativa y medio ambiental, de forma posterior a su ejecución. Este examen utilizará técnicas y procedimientos de auditoría, de ingeniería o de la rama específica de acuerdo con la materia del examen; así realizará el informe correspondiente que contendrá comentarios, conclusiones y recomendaciones.

Las funciones y atribuciones legales de la Contraloría General del Estado se encuentran enlistadas en el artículo 31 de la LOGGE, entre estas, las de: practicar auditoría externa; examinar el uso y administración de recursos público, la gestión pública y el control interno de cada institución sujeta a su control; ejercer su función fiscalizadora en las entidades del Estado a través de la predeterminación, o glosa y la determinación para la efectiva protección y seguridad de recursos públicos; evaluar e identificar los procesos internos de prevención contra actos de corrupción; revisar los costos de prestación de servicios, estudios, adquisición de bienes y construcción de obras de las entidades del Estado; exigir el cumplimiento de las recomendaciones de los informes de auditoría, exámenes especiales y la aplicación de las responsabilidades administrativas y civiles culposas; absolver las consultas que planteen las entidades sujetas a su control; requerir a las instituciones públicas los documentos que sean necesarios para el cumplimiento de las funciones y atribuciones que la misma ley le otorga a la CGE; ejercer la jurisdicción coactiva para la

recaudación de créditos propios y de las empresas e instituciones que no tengan la capacidad legal para ejercerla; establecer responsabilidades individuales administrativas por contravenir la norma de que trata la misma ley, responsabilidades civiles culposas por el perjuicio económico que sufrido la entidad respectiva, a causa de la acción y omisión de sus servidores, e indicios de responsabilidad penal a través de la determinación de hechos penalmente relevantes; entre otras que determine la misma ley, la Constitución de la República y los reglamentos.

2.5 Determinación de responsabilidades

Como se dijo anteriormente, partiendo de los resultados de la auditoría gubernamental, la CGE tendrá la potestad de determinar responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal. Todo esto con la debida motivación sustanciada en los fundamentos de hecho y derecho que correspondan, en lo que respecta a indicios de responsabilidad penal, éstos tendrán un tratamiento especial determinado en la LOCGE. La Contraloría General del Estado hará el seguimiento de la emisión y cobro de los títulos de crédito que se originen en resoluciones ejecutoriadas.

El artículo 40 de la LOCGE determina que todos los servidores públicos deben actuar con la diligencia y empeño que generalmente emplean en la administración de sus propios negocios, caso contrario responderán por sus acciones u omisiones. Los servidores públicos encargados de la gestión administrativa, financiera, operativa o ambiental serán responsables hasta por culpa leve, cuando por su acción u omisión exista incumplimiento de normas, falta de veracidad, pertinencia, oportunidad o conformidad con los planes, presupuestos y programas, y por el perjuicio que se ocasione por dichas acciones u omisiones.

Cuando se trate de pago indebido, podrán determinarse responsables principales y subsidiarios, existe también la posibilidad de que exista una responsabilidad solidaria según corresponda. La responsabilidad principal recaerá sobre la persona beneficiaria del pago. La responsabilidad subsidiaria recaerá sobre los servidores por cuya acción u omisión culposa se realizó el pago indebido, este responsable subsidiario tendrá los beneficios legales de orden y excusión. Se podrá establecer responsabilidad solidaria cuando dos o más personas aparezcan como coautoras de la acción, omisión o inacción administrativa que la origine.

Teniendo claras las generalidades explicadas acerca de las responsabilidades que la Contraloría General del Estado tiene potestad exclusiva para determinar, así como que éstas podrán ser administrativas culposas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, resulta importante realizar las breves puntualizaciones siguientes.

Es necesario apuntar que todas las responsabilidades que una acción u omisión pudieran acarrear se podrán determinar sin perjuicio de las demás, teniendo en cuenta que de acuerdo a la naturaleza de la falta o del hecho podrán determinarse más de una responsabilidad a la vez.

2.6 Responsabilidad administrativa culposa

Sobre las causales por las que un servidor público incurriría en responsabilidad administrativa culposa, por su acción u omisión, la LOCGE en su artículo 45 enlista un catálogo ejemplificativo de las mismas. Las sanciones por adecuarse a una de las causales citadas, serán multas de una a veinte remuneraciones básicas unificadas del trabajador del sector privado, además de, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que quepan, sanción de destitución. Estas sanciones serán ejecutadas por la autoridad nominadora de la institución pública de que dependa el servidor por requerimiento y resolución ejecutoriada de la Contraloría General del Estado. En el evento que la autoridad nominadora no hubiere cumplido lo anterior, o la misma fuere el sujeto pasivo de la sanción o lo fueren personas jurídicas de derecho privado, o terceros, quien impondrá y ejecutará será la CGE. Importante señalar que antes de imponer la sanción de destitución, la CGE notificará al servidor dándole un plazo improrrogable de treinta días para que ejerza su debida defensa. Cumplido dicho plazo, la CGE emitirá la resolución respectiva dentro del plazo de sesenta días. Es además disposición legal que estas sanciones de destitución son definitivas en vía administrativa pero impugnables por la vía judicial contencioso administrativa dentro del término contemplado en la norma. Ahora, en cuanto a la recaudación de multas impuestas a los funcionarios respectivos, ésta será efectuada por la propia institución a la que pertenezcan, a través de retención de remuneraciones o de la jurisdicción coactiva según sea el caso.

2.7 Responsabilidad civil culposa

Este tipo de responsabilidad nace de una omisión o acción culposa, aunque no intencional de un servidor público o un tercero, sea autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar las precauciones necesarias para evitar resultados que perjudiquen directa o indirectamente a bienes y recursos públicos. La responsabilidad civil culposa origina una obligación jurídica indemnizatoria del daño económico producido a las entidades del Estado. De lo anterior, en la instancia administrativa o judicial, se tendrá que probar que el acto o hecho administrativo fueron resultado de acciones u omisiones que denoten imprudencia, impericia, imprevisión, negligencia, imprevención o improvisación.

Le corresponderá entonces a la Contraloría General del Estado privativamente determinar la responsabilidad civil culposa cuando por resultados de la auditoría gubernamental se hubiere encontrado que ha existido perjuicio económico al Estado, como consecuencias de una acción u omisión culposa de una persona. El perjuicio se establecerá de dos formas. La primera será mediante la predeterminación o glosa de responsabilidad civil culposa, mismas que serán notificadas a la persona correspondiente, otorgando un plazo de sesenta días para que realicen el descargo respectivo presentando las pruebas pertinentes; una vez fenecido dicho plazo, la CGE expedirá su resolución. La segunda será mediante órdenes de reintegro en el caso de pago indebido. Pago indebido se referirá a cualquier egreso que se realice sin fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario haya entregado el bien, prestado el servicio, realizado la obra. En este caso, ante la expedición de la orden de reintegro por parte de la CGE y su notificación a los sujetos de la responsabilidad, éstos tendrán el plazo de noventa días para realizar el reintegro. Sin perjuicio de lo anterior, en el transcurso del plazo citado, los sujetos de responsabilidad podrán solicitar a la CGE la reconsideración de la orden de reintegro explicando los fundamentos de hecho y de derecho que sean necesarios. La Contraloría General del Estado en el plazo de treinta días contados desde la recepción de la solicitud de reconsideración, se pronunciará y su resolución será definitiva, pero impugnabile en la vía judicial.

La resolución sobre la determinación de responsabilidad civil culposa se expedirá dentro de un plazo de ciento ochenta días contados desde la notificación de la predeterminación. La resolución original desvanecerá o confirmará total o parcialmente la predeterminación de la predeterminación de la responsabilidad civil culposa.

Las resoluciones de la CGE se tendrán como ejecutoriadas cuando no hubieren sido impugnadas por los sujetos pasivos del control dentro del término estipulado en la ley, y cuando hubieren sido resueltas definitivamente. Importante anotar entonces que para que se inicie la recaudación o la acción coactiva será imperioso que las resoluciones de la CGE estén ejecutoriadas, y en el evento de haber acudido a la vía judicial, las sentencias de ésta también deberán estar ejecutoriadas.

Las resoluciones de la Contraloría General del Estado que impliquen la determinación de responsabilidades administrativas y civiles culposas serán impugnables ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo de acuerdo a lo dispuesto en la ley.

Al respecto del tratamiento a los indicios de responsabilidad penal que pueda encontrar o determinar la Contraloría General del Estado, no se abrirá la explicación más allá de lo brevemente ya anotado por no tratarse de la materia específica en el trabajo presente.

2.8 Recomendaciones

El artículo 92 de la LOCGE establece que las recomendaciones de auditoría, cuando sean comunicadas a las instituciones públicas, deberán ser aplicadas inmediatamente y con carácter de obligatorio. Así, serán también objeto de seguimiento y su incumplimiento será sancionado por la CGE.

Coactiva

Las recaudaciones de las obligaciones a favor de las instituciones sujetas a la LOCGE, derivadas de resoluciones de la CGE que confirmen la existencia de responsabilidades administrativas o civiles culposas se realizará a través de procesos coactivos exclusivamente a través de la CGE, sin perjuicio de que la institución beneficiaria tenga también capacidad coactiva. Los valores recaudados se transferirán a la Cuenta Única del Tesoro Nacional.

2.9 Acción de repetición en Ecuador.

El Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales define de forma general a la repetición como la acción o el derecho que compete a alguno para reclamar o pedir lo que indebidamente pagó o lo que se ha tenido que pagar por otro. (Rombolá & Reboiras, 2004).

El objetivo principal de la acción de repetición se resume en la necesidad de lograr la recuperación total o parcial de los recursos económicos utilizados por el Estado para pagar las indemnizaciones de los afectados. (Castillo, 2012)

Dentro de su estudio acerca de la acción de repetición, el Dr. José Carlos García Falconí, jurista y docente de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, cita muy acertadamente a los autores colombianos Joaquín Córdoba y Luis Bravo Restrepo cuando señalan que la filosofía de la acción de repetición encuentra su fundamento en el ánimo de sanear la actividad pública, y mejorar así la calidad del servicio público, con lo que se buscaría que el servidor público actúe de forma eficiente y eficaz en el cumplimiento de sus atribuciones y funciones; y por otro lado, en que los servidores de las entidades públicas deban responder por sus actos, de tal forma que si como consecuencia de una mala gestión se produce un perjuicio al ciudadano, el mismo servidor deberá responder asumiendo de forma personal la indemnización. Siguiendo esta línea, los autores señalan que, si bien el Estado se encuentra obligado a reparar a la víctima por el perjuicio ocasionado, no lo estará también a soportar de forma definitiva las consecuencias de ese pago, dado a que éste provendría de un hecho cuyo responsable es una persona determinable. Es claro entonces para los autores, que la persona que ocasiona el daño deberá ser personalmente responsable del mismo, así se estaría actuando de forma coherente e incluso justa, al pensar en un mecanismo para la recuperación de valores que hubiere pagado el Estado por un hecho suyo, es decir el derecho de repetición. (García Falconí, 2018)

De la acción de repetición en general podemos anotar varios conceptos que sirven para comprender la naturaleza de la misma, como se puede revisar en los párrafos anteriores. Ahora, en la legislación ecuatoriana este derecho del estado cuya acción es materia del trabajo presente, nace con la Constitución de la República. El inciso tercero del numeral 9 del Artículo 11 de la Carta Magna señala de manera amplia que “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” (Constitución de la República, 2008).

Partiendo de este punto, los cuerpos normativos que tratan a la acción de repetición dentro del marco jurídico ecuatoriano son: la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Orgánica del Servicio Público, el Código Orgánico General de Procesos, y recientemente el Código Orgánico Administrativo.

Teniendo claro que ejercer el derecho de repetición del Estado implica que éste recupere los valores que hayan salido de sus arcas por alguna acción u omisión de un servidor público, cabe analizar las situaciones que ha propuesto el legislador ecuatoriano, y que se describen en los cuerpos normativos antes mencionados.

2.10 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 52 del 22 de octubre de 2009. Esta norma, cuyo objeto y finalidad es regular la jurisdicción constitucional, garantizar a eficacia y supremacía constitucional y el respecto a los derechos contenidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos; en el Capítulo X del Título II trata sobre la repetición contra servidores públicos por violación de derechos. El primer artículo de este capítulo señala que el objeto de la repetición será el de declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por culpa grave¹ o dolo del servidor público en el ejercicio de sus atribuciones, cuando el Estado haya tenido que reparar materialmente por sentencia dentro de un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia definitiva de un organismo internacional de protección de derechos. Serán garantías jurisdiccionales, como lo establece la CRE y la misma LOGJCC, la acción de medidas cautelares, la acción de protección, la acción de hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, la acción de hábeas data, la acción por incumplimiento, y la acción extraordinaria de protección.

¹ El artículo 29 del Código Civil distingue tres especies de culpa: la culpa grave o dolo, la culpa leve o descuido ligero, la culpa o descuido levisimo. La culpa grave o dolo en materia civil, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.

Importante dejar claro en este punto que por definición constitucional, los servidores públicos serán “todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten sus servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público” (Constitución de la República, 2008). Línea de definición recogida por la misma LOGJCC al momento de tratar sobre repetición contra servidores públicos.

La acción de repetición que trata esta norma prescribirá en tres años a partir de la realización del pago realizado por el Estado.

La acción será interpuesta ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente por la máxima autoridad de la entidad, quien deberá asumir el patrocinio de la causa por la que se deberá conseguir el reintegro al Estado de los valores pagados por concepto de reparación. El Procurador General del Estado siempre deberá intervenir para la defensa de los intereses del Estado. En el evento de que la máxima autoridad sea la responsable directa, la Procuraduría General del Estado asumirá el patrocinio de la causa. El juez pondrá en conocimiento del Procurador General del Estado y de la máxima autoridad de la entidad responsable, la sentencia del proceso de garantías jurisdiccionales. La norma permite, además, que cualquier persona ponga en conocimiento del Procurador General, la existencia de una sentencia o resolución en donde se ordene reparación material. Asimismo, la norma faculta a toda persona para incoar la acción ante la sala competente, hecho que no vincula procesalmente a la persona; en este evento, la Sala de lo Contencioso Administrativo notificará a la máxima autoridad de la institución correspondiente para que ésta asuma el patrocinio de la causa. La máxima autoridad de la institución y el Procurador General del Estado tienen prohibición expresa para excusarse de su participación en el proceso de repetición.

La no interposición de la acción de repetición por parte de la máxima autoridad de la entidad respectiva, en la circunstancia descrita por la LOGJCC, posibilita el inicio de una acción por incumplimiento en contra de dicha autoridad.

El artículo 69 de la misma norma trata sobre una investigación previa a la presentación de la demanda que deberá realizar la máxima autoridad de la entidad, en la que deberá determinar la identidad de las personas presuntamente responsables de la violación de derechos. El mismo artículo obliga a la máxima autoridad de la entidad a identificar el o los presuntos responsables, aun cuando ya no presten sus servicios para dicha entidad. En

caso de que no se logre determinar la identidad de los responsables, el Procurador General presentará la demanda en contra de la máxima autoridad de la institución. Señala además que la investigación previa no podrá exceder de veinte días término, fenecido el cual, la máxima autoridad o el Procurador General deberá iniciar la demanda respectiva. En este punto se encuentra una suerte de discordancia con lo que establece el artículo 20, dado que este señala que será en la sentencia que declara la violación del derecho en donde el juez deberá determinar la responsabilidad del Estado o de una persona particular.

El artículo 70 señala como requisito indispensable, entre otros, la inclusión como habilitante la sentencia, resolución o auto definitivo del proceso de garantías jurisdiccionales o del organismo internacional de protección de derechos en que se ordene la reparación material al Estado, y el justificativo de pago correspondiente.

El trámite por el que se llevará la acción de repetición será el ordinario ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial que corresponda, se citará al Procurador General.

La sentencia dentro del proceso aquí tratado tendrá los siguientes efectos: declarar la responsabilidad de la persona demandada por la violación de derechos que generó al Estado la obligación de reparación material; ordenar a los responsables el pago al Estado de lo erogado por concepto de reparación material, indicando el tiempo y la forma en que deberá realizarse. En caso de pluralidad de responsables, el monto a pagar por cada uno se determinará en función de los hechos y el grado de responsabilidad. Esta sentencia será apelable ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009)

2.11 Código Orgánico de la Función Judicial

La Función Judicial será la encargada de administrar justicia a través de sus órganos correspondientes. El Código Orgánico de la Función Judicial norma publicada mediante Suplemento del Registro Oficial No. 544 del 9 de marzo de 2009, y cuyo ámbito se circunscribe al accionar y desarrollo de la misma trata en su artículo 33 acerca de la repetición de lo pagado por el Estado. Señala la norma que el Estado deberá ejercer de forma inmediata el derecho de repetición en contra de los responsables del daño producido en los casos de: error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia,

violación del derecho a la tutela judicial efectiva y/o violaciones a las reglas del debido proceso. Es decir, en el momento posterior al que el Estado es condenado a pagar en un proceso en su contra por mal funcionamiento de la administración de justicia. Este cuerpo normativo limita su mandato acerca de la repetición a egresos de dineros estatales originados por procesos en contra de funcionarios u organismos de la función judicial por los casos antes descritos.

El mismo artículo 33 señala que deberá iniciarse la acción de repetición sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales que hubiere lugar.

En caso de haber varios responsables, de modo distinto a la norma antes revisada, todos serán solidariamente obligados a la repetición del valor total pagado más intereses y costas judiciales.

Lo que resalta en esta norma y difiere de las demás es que señala que, si en sentencia ejecutoriada se declara que los servidores no han justificado su conducta, el Estado pagará la indemnización por daños que corresponda e inmediatamente se iniciará el procedimiento coactivo contra los servidores responsables para la recuperación de lo que el Estado pagará al perjudicado. Esto implica que en el momento en que el afectado proponga su acción ante el juez de lo contencioso administrativo, solicitando en la misma demanda la indemnización por daños y perjuicios y reparación de daño moral; y esta sea citada al Consejo de la Judicatura, éste solicitará al juzgado de la causa que se tenga como partes procesales a los servidores que hayan participado en los actos que se tengan como violatorios de los derechos del perjudicado, esto para que dichos servidores cuenten con todas las garantías para ejercer su debido derecho a la defensa. Así, en el evento de que exista sentencia ejecutoriada que exponga la no justificación de la conducta de los servidores imputados, se procederá con lo indicado al inicio de este párrafo.

Lo mismo aplicará para el caso de revocatoria o reforma de sentencia condenatoria. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

2.12 Ley Orgánica del Servicio Público

La Ley Orgánica del Servicio Pública fue publicada en el Registro Oficial Suplemento 294 del 6 de octubre de 2010, y es la norma que contiene las disposiciones de aplicación obligatoria en materia de recursos humanos y remuneraciones en toda la administración pública. En el capítulo 4 del Título III de esta norma, se trata sobre el régimen disciplinario. Señala la norma que el incumplimiento o contravención, por parte de los servidores públicos, de las obligaciones que emanen de la misma, de sus reglamentos o de la normativa conexas, acarreará responsabilidad administrativa que será sancionada disciplinariamente, dejando a salvo la acción civil o penal que corresponda por el mismo hecho. El artículo 43 *ibídem* muestra el catálogo de las sanciones disciplinarias expuestas en orden de gravedad, siendo las más graves la suspensión temporal sin remuneración y la destitución. Luego, el artículo 46 indica que el servidor que fuere suspendido o destituido podrá recurrir ante la Sala de lo Contencioso Administrativo competente. De obtenerse un fallo favorable de esta impugnación, que declare nulo o ilegal el acto, la restitución al puesto del servidor recurrente y de los valores no pagados, se procederá de tal manera, una vez ejecutoriada la providencia respectiva, puntualizando además que el funcionario causante de la actuación declarada ilegal o nula, será pecuniariamente responsable de los valores a erogar, de manera que el Estado deberá ejercer el derecho de repetición de los valores pagados, en contra de dicho funcionario. Para lo anterior la norma hace una aclaración importante al señalar que se podrá repetir siempre que judicialmente se hubiere declarado que el servidor causó el perjuicio por dolo o culpa grave, es decir, la existencia de una sentencia previa a la acción de repetición vuelve a ser necesaria en este nuevo escenario.

En el artículo 134 de la misma norma se vuelve a mencionar el derecho de repetición del Estado, al señalar que el incumplimiento que comprometa recursos económicos por parte de las autoridades nominadoras a las resoluciones del Ministerio de Trabajo, será causal de destitución y responsabilidad personal y pecuniaria, sin perjuicio de las demás responsabilidades que tuvieren lugar. Dicha responsabilidad pecuniaria será ejercida ejecutando el derecho de repetición del Estado en contra del servidor responsable, señala la norma “de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República” sin dar más detalles procedimentales sobre los que se desarrollaría el proceso. Más adelante la Disposición General Vigésima Tercera aclara el tema de procedimiento señalando que en

el evento que dichos incumplimientos de norma causen daños a un particular, este podrá demandarlo antes la Sala de lo Contencioso Administrativo correspondiente. Y, de obtener una sentencia que ordene resarcimiento al demandado, el mismo fallo deberá ordenar el cumplimiento del derecho de repetición en contra del servidor responsable. De esta forma puede verse, una vez más, la necesidad de la existencia de una norma para el inicio de una acción de repetición. (Ley Orgánica del Servicio Público, 2010)

2.13 Código Orgánico General de Procesos

En el Suplemento del Registro Oficial 506 del 22 de marzo de 2015 se publica el Código Orgánico General de Procesos. Esta norma tiene como ámbito regular la actividad procesal del sistema jurídico ecuatoriano en todas las materias, a excepción de la constitucional, electoral y penal.

Este Código que se concebiría como la norma adjetiva general del país, dedica un artículo a la repetición dentro del capítulo sobre los procedimientos contencioso tributario y contencioso administrativo, específicamente en su artículo 328 señala que ante una sentencia que declare la responsabilidad de servidores públicos en el ejercicio de sus atribuciones, se dictaminará que se inicie la acción de repetición contra el o los declarados responsables, los mismos que serán responsablemente solidarios hasta la total solución de la obligación.

Aclara el artículo en su segundo inciso que el órgano competente ante el que se deberá sustanciar la causa será la sala de lo contencioso administrativo mediante el procedimiento ordinario. Sin ampliar más el tema, termina de esta forma la norma procedimental judicial ecuatoriana de tocar a la repetición con este artículo de dos incisos. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

2.14 Código Orgánico Administrativo

Con el objeto de regular el ejercicio de la función administrativa de todos los órganos que forman al sector público, se publica el Código Orgánico Administrativo mediante Registro Oficial Suplemento 31 del 7 de julio del 2017.

El libro cuarto de este Código Orgánico Administrativo inicia indicando que ante responsabilidad extracontractual del Estado debidamente determinada a través del trámite del procedimiento administrativo ordinario regulado por el mismo Código, deberá ejercerse su derecho a la repetición.

El artículo 333 señala que el Estado responderá por daño calificado², por acción u omisión del servidor público y que tendrá la obligación de iniciar la acción de repetición contra aquellos servidores que en ejercicio de sus atribuciones, irrogaron daño por dolo o culpa grave.

El artículo 344 determina que una vez que haya sido declarada la responsabilidad extracontractual del Estado, misma que será declarada a través de un procedimiento que culmine con un acto administrativo como lo señalan los artículos anteriores, y que el pago por la indemnización se haya realizado, la máxima autoridad de la entidad responsable incoará una acción de repetición que se llevará por el trámite ordinario previsto por el COGEP ante una Sala de lo Contencioso Administrativo. Es decir, la exigencia de esta norma a diferencia de las anteriores no será una sentencia, sino una resolución de un procedimiento administrativo.

El mismo artículo prevé la situación de pluralidad de instituciones responsables, para lo que faculta a las mismas para la proposición conjunta de la acción de repetición en los términos que corresponda. De igual forma se habla más adelante sobre la pluralidad de servidores que hubieran sido declarados responsables, para lo que se aclara que el pago del valor a repetir se distribuirá de acuerdo con la responsabilidad del servidor y de su grado de participación.

Hasta este punto es claro el procedimiento administrativo que deberá realizarse para determinar la responsabilidad extracontractual del Estado, sin embargo, el inciso tercero del mismo artículo 344 señala la acción de repetición tratada procederá únicamente cuando el daño sea consecuencia de la omisión o actuación con dolo o culpa grave del servidor, y que esta deberá ser declarada en proceso judicial, dejando así en duda si el requisito previo

² El artículo 334 del Código Orgánico Administrativo define al daño calificado como “aquel que la persona no tiene la obligación jurídica de soportar o que resulte de la violación del principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas y se deriva específica e inmediatamente de la acción u omisión de las administraciones públicas” (Código Orgánico Administrativo, 2017)

para iniciar la acción de repetición en los términos de esta norma, es una resolución de un procedimiento administrativo, o una sentencia de un procedimiento judicial. La acción de repetición normada por el Código Orgánico Administrativo prescribirá en cuatro años contados a partir de que se efectuó el pago total.

2.15 Proceso judicial No. 09802-2018-00009, derivado de examen especial No. DR1-DPGY-AE-0079-2014 de la CGE.

En el año 2014 la Contraloría General del Estado a través de su auditoría externa DP Guayas realizó el examen especial a los valores pagados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por concepto de aportes realizados en planillas normales y de ajuste a través de comprobantes electrónicos y por pagos de aportes de Fondos de Reserva de los servidores; y análisis de las denuncias presentadas, en la Universidad de Guayaquil, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2013³.

Dentro del examen, se analizan los intereses cancelados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, pues la Asociación de Empleados Administrativos de la Universidad de Guayaquil había solicitado al Jefe de la Unidad Administrativa de Talento Humano de la época que disponga la revisión de la liquidación de los fondos de reserva de los servidores administrativos de los años 2006, 2007 y 2008 en los que no se había incluido ciertos componentes percibidos en dichos años. A esto la Sección Legal de la Unidad Administrativa de Talento Humano de la Institución y su Procuraduría Síndica pronuncian sus informes dando lugar a la reclamación, hecho que motiva la resolución No. R-023-213 del 18 de junio de 2013, en la que el Rector de la Universidad de Guayaquil resuelve oficiar al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el reconocimiento de la reliquidación para el pago de los fondos de reserva de los años 2006, 2007 y 2008 para el personal administrativo de la entidad.

La conclusión de esta parte del examen se centra en que la Universidad de Guayaquil pagó \$ 681.236,45 USD al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por concepto de intereses generados en la reliquidación del pago de fondos de reserva del año 2006 al 2008 del personal administrativo de la Institución.

³ Ver Anexo 1.- Examen especial No. DR1-DPGY-AE-0079-2014 a la Universidad de Guayaquil por parte de la Contraloría General del Estado.

En la redacción de la misma conclusión se indica que “la revisión efectuada a los intereses correspondió al período de ejecución del presente examen, esto es, del 01 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2013, estableciéndose la generación de intereses por 478 456,26 USD...” (Contraloría General del Estado AE DP Guayas, 2014) Mostrando de esta forma incumplimiento del Rector y demás funcionarios de la Universidad pero sin mencionar el resto del monto total pagado por concepto de intereses. En la línea siguiente el examen contiene dos recomendaciones, la segunda es para el Órgano Colegiado Superior, máxima autoridad en las instituciones de educación superior, mandando a que disponga al Jefe de Asesoría Jurídica que en aplicación de lo que dispone el artículo 11 de la Constitución, proponga la demanda por el derecho de repetición “por 202 780 19 USD de intereses cancelados fuera de nuestro período de análisis, en contra de los servidores que por su acción u omisión permitieron se vulnerare el derecho de la seguridad social de los empleados y ex empleados de la Universidad” (Contraloría General del Estado AE DP Guayas, 2014) lo subrayado me pertenece. De esta forma y sin otro detalle más, culmina el tema tratado por el examen de Contraloría e inicia un nuevo asunto observado.

Ante esta recomendación y con ánimos de cumplir con lo que manda la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado acerca de lo vinculante de las recomendaciones, la Universidad de Guayaquil inicia su investigación sobre cómo deberá llevar la acción de repetición y los sujetos que serían los demandados dentro de la misma. Así y ante varias incertidumbres que fueron medianamente despejadas por la investigación antedicha, en la que medió una absolución de consulta al Procurador General del Estado que se revisará más adelante, la Universidad de Guayaquil propone la acción de repetición recomendada con fecha 11 de enero de 2018 en contra de ex rector y ex funcionarios de la Institución. La audiencia preliminar dentro del proceso se llevó a cabo el 4 de diciembre del mismo año, diligencia en que se declara válido el proceso, se determina el objeto de la controversia en la devolución de los \$ 202.780,19 USD recomendados por la Contraloría a la Universidad de Guayaquil, y que culmina con la convocatoria a la audiencia de juicio para el 10 de junio del año 2019.

En la fecha fijada se instala la audiencia de juicio cuya resolución será declarar sin lugar la demanda⁴ presentada por la Universidad de Guayaquil realizando, entre otras, las puntualizaciones siguientes:

“...La acción de repetición está encaminada a recuperar lo que el Estado ha pagado por los hechos antijurídicos generados por la acción u omisión, dolosa o gravemente culposa, de un funcionario o dignatario que actúa en nombre del Estado.”

“...podemos identificar que los demandados por su acción u omisión causaron daño mimos que se regresó contra la Universidad de Guayaquil, por lo que corresponde determinar su responsabilidad.”

En este punto el Tribunal asevera la importancia de la determinación de responsabilidad de los servidores o ex servidores públicos.

“...La acción de repetición, indiscutiblemente descansa en el interés público y, como hemos dicho, tiene una doble finalidad: por una parte, por su carácter resarcitorio (...) y, por otra parte, persigue prevenir conductas constitutivas de daño antijurídico, con lo cual se erige como una herramienta para conseguir la eficiencia de la función pública...”.(Repetición UG Vs. Ex Funcionarios, 2018)

Se señala entonces como fines de la acción de repetición, en primer lugar, el de recuperación de valores, y en segundo un fin educativo, pues la efectividad de la repetición generaría responsabilidad y compromiso en los servidores públicos, mejorando de esta forma el servicio que el Estado brindaría.

⁴ Ver Anexo 2.- Sentencia dentro de caso No. 09802-2018-00009.

“...el legislador al expedir el Código Orgánico de la Función Judicial, señaló que una de las competencias del Tribunal Contencioso Administrativo es conocer las acciones de repetición que se instauren cuando la administración ha tenido que pagar una indemnización POR SENTENCIAS FIRMES DENTRO DE JUICIOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS, por lo tanto para que proceda la acción de repetición, se necesita entre otras cosas la existencia de una sentencia ejecutoriada de un juicio contencioso administrativo; en el caso que nos ocupa la acción de repetición no se la ha deducido sobre la base de una sentencia, en la cual la entidad accionante hubiere sido condenado a pagar, lo que implica que no se cumple el presupuesto procesal de la existencia de la sentencia firme o ejecutoriada dentro de un juicio contencioso administrativo; por lo que la acción es improcedente, más cuando se advierte que la acción deducida se la hace en base de un examen especial de la Contraloría General del Estado, sobre un periodo que no ha sido examinado, por tanto el Tribunal no puede asumir las competencias de este órgano para establecer responsabilidad...”.

Pareciere nublar totalmente el ejercicio de una acción de repetición devenida de una recomendación de examen especial de la CGE en este punto el Tribunal pues señala que la única manera de demandar dicha pretensión sería ante la existencia de una sentencia que determine una responsabilidad y el daño irrogado al Estado.

“...Pertinentemente el artículo 11 de la Constitución de la República en el segundo inciso de su numeral 9, de modo imperativo ordena que la repetición se ejercerá “en contra de las personas responsables del daño producido lo que significa que previamente al ejercicio de esta acción no debe existir duda de la responsabilidad, que cada persona ha tenido a fin de que la repetición fluya sin ningún tropiezo. En la especie, no se encuentra acto administrativo, proceso investigativo previo, ni sentencia judicial ejecutoriada que haya declarado a los demandados en el presente juicio como responsables de los actos que motivan la demanda formulada en su contra” (...); lo jurisprudencia citada, es explícita en indicar que la acción de repetición proviene de la responsabilidad patrimonial del Estado o la que se denomina responsabilidad Objetiva del Estado, acción que se la dirigen en contra del agente que causó el daño, por el cual la administración tuvo que pagar una indemnización...” (Repetición UG Vs. Ex Funcionarios, 2018)

Ante esta resolución, la Universidad de Guayaquil interpuso recurso de casación, mismo que fue recibido con fecha 19 de agosto de 2019 y del que no constan, a la fecha, más actuaciones que el sorteo de la causa.

2.16 Examen Especial No. DR1-DPGY-0010-2017

En el año 2017 la Contraloría General del Estado a través de su Auditoría Externa DP Guayas realiza el examen especial al proceso de determinación, registro y control de los ingresos y gastos relacionados con la adquisición de bienes, servicios, consultorías, remuneraciones y denuncias presentadas en el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Francisco de Milagro, por el período comprendido entre el 1 de julio de 2014 y el 31 de diciembre de 2016⁵.

En dicho examen, en el punto en que se trata sobre la mora patronal con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social se indica que dentro del período analizado se pagaron \$14.985,74 USD por concepto de cuarenta y dos glosas por responsabilidad patronal al IESS, mismas que se originaron por el incumplimiento de los servidores de la Institución en el pago oportuno de las obligaciones patronales. Se puntualiza, además que, dado el pago de las glosas, no se gestionó la recuperación de los valores en contra de los servidores que habrían ocasionado la generación de las mismas. Así la conclusión se centra en la no evidencia, una vez realizado el pago de las glosas por responsabilidad patronal al IESS, de gestiones realizadas para recuperación de los valores correspondientes, “previo a la identificación de los servidores que permitieron con su accionar se produzca las glosas” (Contraloría General del Estado AE DP Guayas, 2017). Dicha conclusión da origen a la recomendación No. 19 a la Alcaldesa del GAD, dentro del examen especial en mención que señala textualmente “Ejercerá el derecho de repetición con el objetivo de proceder a la recuperación del valor de 14 985,74 USD en contra de los servidores que con su accionar permitieron que se genera glosas por responsabilidad patronal con el IESS” (Contraloría General del Estado AE DP Guayas, 2017). Culmina de esta forma el asunto tratado e inicia un nuevo tema observado, de manera similar al examen especial antes revisado.

⁵ Ver Anexo 3.- Examen especial No. DR1-DPGY-0010-2017 al GAD Municipal del Cantón San Francisco de Milagro por parte de la Contraloría General del Estado.

2.17 Examen Especial No. DR1-DPLR-AE-0008-2014

En el año 2014 la Contraloría General del Estado a través su Auditoría Externa DP Los Ríos realizó el examen especial a las cuentas por cobrar, aplicación de la acción coactiva, análisis a los procesos de contratación, control de vehículos, a los juicios laborales, cumplimiento de perfiles académicos de los jefes y directores y denuncias, en la Corporación Nacional de Electricidad S.A. Regional Los Ríos, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de enero de 2013⁶.

Dentro del comentario acerca de los juicios laborales iniciados por ex trabajadores, se señala que, dentro del período analizado por el examen en mención, se determinó que la Institución realizó pagos por concepto de demandas laborales que ascienden a un monto de \$ 183.046,36 USD que corresponden a 6 juicios. Asimismo, se indica que se constató la presentación de 20 demandas laborales que se encuentran aún pendientes de resolución definitiva por parte de las dependencias judiciales respectivas. Señala más adelante como conclusión del comentario, que las demandas laborales que existieron dieron lugar al pago de indemnizaciones en favor de ex servidores, y que los Gerentes Regionales no iniciaron acciones de repetición en contra de los servidores por cuya actuación u omisión se dio lugar al inicio de las demandas laborales mencionadas, hecho que implica perjuicio económico para la entidad e incumplimiento de norma por parte de sus administradores.

La única recomendación en este tema está dirigida al administrador e indica que en defensa de los intereses institucionales, deberá iniciar “las acciones legales que permitan resarcir el perjuicio económico ocasionado por el pago de la indemnización realizada a favor de los ex servidores, como resultado de los juicios laborales en contra de la empresa”, aclarando en la línea siguiente que las acciones legales a llevarse deberán ser juicios de repetición en contra de los funcionarios que realizaron los actos administrativos de despido del personal demandante.

⁶ Ver Anexo 4.- Examen especial No. DR1-DPLR-AE-0008-2014 la Corporación Nacional de Electricidad S.A. Regional Los Ríos por parte de la Contraloría General del Estado.

Recomienda también que se deberá proceder de la misma forma ante la resolución definitiva de los juicios laborales que a la fecha del examen se encontraban pendientes. Puede verse en este examen, un tipo distinto de recomendación, pues el egreso de dinero parte de una sentencia de un proceso judicial. (Contraloría General del Estado AE DP Los Ríos, 2014).

2.18 Consulta a Procuraduría General del Estado

Ante la no determinación de la norma aplicable para el acatamiento de la recomendación contenida en el examen especial No. DR1-DPGY-AE-0079-2014 por parte de la Contraloría General del Estado a la Universidad de Guayaquil, esta institución de educación superior, haciendo un análisis de la norma existente eleva una consulta al Dr. Diego García Carrión, Procurador General del Estado a la época, en los términos siguientes: “¿Es procedente iniciar una acción de repetición derivada de una recomendación contenida en un examen especial de la Contraloría General del Estado por la vía ordinaria antes los juzgadores de lo contencioso administrativo, actuando al tenor de lo establecido en el segundo inciso del artículo 328 del Código Orgánico General de Procesos?”

Dentro del análisis que hace la Procuraduría Síndica de la Universidad de Guayaquil previo a la consulta al Procurador General, esa unidad de asesoría hace referencia al mandato constitucional referente al derecho de repetición del Estado, y a las disposiciones legales respectivas para concluir la no existencia de norma específica para ejercer el derecho de repetición derivado de una recomendación contenida en un examen especial efectuado por la Contraloría General del Estado. El mismo análisis hace una salvedad al mencionar la disposición contenida en el Código Orgánico General de Procesos que señala las salas de lo contencioso administrativo serán las que conozcan las acciones de repetición mediante procedimiento ordinario, remarcando que el inciso primero del mismo artículo habla sobre una sentencia que determina responsabilidades, hecho con el que se muestra, a criterio de la Universidad de Guayaquil, la necesidad de existencia de una sentencia para la aplicación de la disposición, lo que imposibilitaría su utilidad para la demanda de repetición que buscaba iniciar la Institución. Con este estudio la Procuraduría Síndica de la Universidad de Guayaquil recomienda al Rector elevar la consulta en mención.

Señala el Procurador General que la consulta de la Universidad de Guayaquil tiene como finalidad establecer el procedimiento aplicable a la acción judicial que permita ejercer el derecho de repetición del Estado.

“La acción de repetición pretende que el Estado pueda recuperar los valores que en su momento tuvo que pagar para indemnizar o reparar daños provenientes de diversas acciones y omisiones de sus servidores, por lo que el ordenamiento jurídico ecuatoriano contiene varios cuerpos normativos que regulan la acción de repetición del Estado...” (García Carrión & Procuraduría General del Estado, 2017) Con esta breve pero acertada definición, El Procurador General del Estado de la época inicia su análisis dando por sentado la existencia de varias normas que tratan a la acción de repetición, cada una en su ámbito y especialidad específicos.

Dentro de su estudio para absolver la consulta de la Universidad de Guayaquil, el Procurador General revisa disposiciones de norma sustantiva y adjetiva⁷ concernientes a acción de repetición en los cuerpos legales siguientes: Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Código Orgánico de la Función Judicial, Ley Orgánica del Servicio Público, y Código Orgánico General de Procesos. El análisis se centra en determinar que existen fuentes que originan la responsabilidad de los servidores, de allí los distintos escenarios en que se presenta a la acción de repetición dependiendo de la norma que la aborda. La LOGJCC, por ejemplo, cuando se trate de reparaciones derivadas de acciones constitucionales o de resoluciones definitivas de organismos internacionales de protección de derechos; o bien el COFJ, en caso de actuaciones de servidores judiciales.

De esta forma y exponiendo lo que señala cada uno de los cuerpos legales mencionados exponen sobre la acción de repetición, el Procurador General del Estado concluye que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Ley Orgánica del Servicio Público y el Código Orgánico de la Función Judicial guardan relación en el ámbito procedimental con el Código Orgánico General de Procesos, al determinar que la competencia para conocer y resolver acciones de repetición corresponderá a los jueces de lo contencioso administrativo. Teniendo en cuenta que dentro de las funciones que

⁷Las normas jurídicas, por la función que desempeñen, pueden clasificarse en sustantivas o adjetivas. Las primeras regularán el fondo de situaciones jurídicas, y las otras se referirán a medios y procedimientos para deducir derechos. (Cortés Galván, 2003)

privativamente le corresponden al Procurador General del Estado, está la de absolver consultas sobre la inteligencia o aplicación de norma, y que el pronunciamiento que dicha absolución ocasione será obligatorio para la administración pública, queda determinado y abierto el camino con la absolución de consulta tratada en el trabajo presente, para que las acciones de repetición sean conocidas y resueltas por las salas de lo contencioso administrativo. Así, el texto del Procurador General culmina señalando que “el procedimiento aplicable para que una entidad pública ejerza la acción de repetición respecto de servidores o ex servidores no judiciales, es el procedimiento ordinario ante la jurisdicción contencioso administrativa; para lo cual, es responsabilidad exclusiva de los personeros de las entidades del sector público verificar en cada caso particular, el cumplimiento de los requisitos sustanciales y procesales para el inicio de dicha acción judicial” (García Carrión & Procuraduría General del Estado, 2017)

Importante destacar que antes de culminar la absolución de consulta de la Universidad de Guayaquil, el Procurador General del Estado enfatiza en que su pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, y que por ende no es concerniente a la Institución que él representa, a través de la absolución de consultas, la determinación de la procedencia o no de proponer una acción de repetición establecida en una recomendación de un examen especial elaborado por la Contraloría General del Estado.

2.19 Comentarios acerca de la acción de repetición en general

Como se analizó en líneas anteriores, el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República establece de forma imperativa que la acción de repetición se iniciará en contra de las personas responsables del daño producido, hecho que implica que antes del ejercicio de la acción, no debería existir duda alguna sobre la responsabilidad que cada servidor o ex servidor hubiere tenido.

La acción de repetición ha sido observada por los juristas autores de los trabajos consultados, como un recurso legal que garantiza un mayor grado de responsabilidad de los servidores públicos en el desempeño de sus actividades.

Enríquez Burbano (2017) considera que en cuanto a la determinación de responsables para el ejercicio de la acción de repetición existe una contradicción entre lo que establece la LOGJCC acerca de la investigación previa a la demanda para la determinación de

presuntos responsables, y lo que dice la CRE en cuanto a la facultad exclusiva de la Contraloría General del Estado para determinar responsabilidades. Señala también que esto entorpece el ejercicio de las acciones de repetición.

Guillermo Enríquez Burbano, en su trabajo “ineficacia de la acción de repetición” señala que existen dificultades para el ejercicio de la acción de repetición. Una de estas dificultades es, a su criterio, la efectividad de la investigación previa a la demanda de repetición de que trata la LOGJCC para la determinación de la identidad de los presuntos responsables. Esto “debido a que la autoridad responsable no logra esclarecer los hechos por falta de pruebas, o porque hay encubrimiento entre compañeros o porque es la máxima autoridad la que cometió el hecho ilegítimo.” (Enríquez Burbano, 2017) Indica también que el juez no podría dictar sentencia de repetición sobre los servidores responsables dado su desconocimiento sobre la identidad o grado de responsabilidad. El autor concluye que la acción de repetición no es una acción que se lleve a cabo con frecuencia, a pesar de su base constitucional y legal. Puntualiza que hay lugar para una acción de repetición cuando mediante sentencia se haya condenado al Estado a indemnizar a un tercero, pero que su análisis le ha hecho concluir su ineficacia pues enfatiza en que las indemnizaciones serán completamente asumidas por el erario público. Diferencia además a la acción de repetición de las responsabilidades civiles, penales y administrativas que determina la Contraloría General del Estado, pues inicia que deberá ejercerse sin perjuicio de estas. Ante las conclusiones que presenta el autor, recomienda la creación de procedimientos específicos para ejercer acción de repetición en sede judicial.

2.20 Acción de repetición en otras jurisdicciones. Derecho comparado

2.20.1 Colombia

La primera noción de repetición en Colombia se da con el Decreto-Ley 150 de 1976, que en su Art. 200, señala: “Las sentencias que se profieran a favor de contratistas o de terceros y en contra de funcionarios o ex funcionarios, se harán efectivas ante la justicia ordinaria. Por jurisdicción coactiva se cobrarán las que se dicten a favor de las entidades contratantes y ante dicha jurisdicción se demandará la repetición de lo que las mismas hubieren pagado habiendo debido hacerlo funcionarios o ex funcionarios. La Procuraduría General de la Nación velará por el cumplimiento de la presente disposición”. (Decreto Ley 150, 1976)

Posteriormente, el Decreto 01 de 1984, en sus artículos 77 y 78 estipula que los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones, y que la entidad estatal perjudicada repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.

La Constitución Política de Colombia de 1991 establece, en su Artículo 90 que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste”.(Constitución Política de Colombia , 1991)

Importante mencionar el avance sobre el tema principal del trabajo presente que existe en el sistema normativo colombiano, ya que su Ley 678 de 2001, será la que reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición. Esta ley tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición. Puede verse que con esta norma se delimita aún más el ejercicio de la acción de repetición en este país.

El Art. 2 de la ley en mención define el acto de repetir como una “acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto”. (Ley 678, 2001)

Es importante destacar que el parágrafo 1º del Art. 2 de la Ley señala que tanto los contratistas, como los interventores, consultores y asesores también se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos con las entidades estatales, por lo que son sujetos a lo contemplado en el cuerpo legal mencionado. En esa misma línea, el parágrafo 3º indica que los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar asimismo son sujetos a una acción de repetición.

La norma señala que es obligatorio ejercitar la acción de repetición cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes. Las causas por las que presume que existe dolo del agente público son enlistadas en su Art. 5, y son:

1. "Obrar con desviación de poder.
2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.
3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.
4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial." (Ley 678, 2001)

Mientras que en el Art. 6 detalla las causas por las que se presume que la conducta de determinado funcionario es gravemente culposa:

1. "Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.
2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.
3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.
4. Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal."(Ley 678, 2001)

En lo que se refiere a aspectos procesales, la Ley 678 estipula que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de la acción de repetición, y será competente el juez o tribunal ante el que se haya tramitado el proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado de acuerdo con las reglas de competencia señaladas en el Código Contencioso Administrativo de Colombia.

La normativa menciona además que, si la persona jurídica de derecho público directamente perjudicada con el pago de una suma de dinero como consecuencia de una condena o conciliación no inicia la acción de repetición correspondiente, esta puede ser ejercitada por el Ministerio Público o por el Ministerio de Justicia y del Derecho. No iniciar esta acción supone de igual forma una causal de destitución para el representante legal de la institución perjudicada.

Con relación al monto por el que se realiza el ejercicio de repetición, la legislación señala: “La cuantía de la pretensión de la demanda de repetición se fijará por el valor total y neto de la condena impuesta al Estado, más el valor de las costas y agencias en derecho si se hubiere condenado a ellas, del acuerdo conciliatorio logrado o de la suma determinada mediante cualquier otro mecanismo de solución de conflictos, sin tomar en cuenta el valor de los intereses que se llegaran a causar”; lo que en legislación ecuatoriana correspondería a intereses, gastos, costas judiciales.

Finalmente, es relevante señalar que la Ley 678 determina que los servidores, ex servidores o particulares que desempeñen funciones públicas, que hayan sido condenados en ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía, serán desvinculado de la función pública, les serán declaradas la caducidad del o los contratos suscritos y en ejecución con cualquier entidad estatal y quedarán inhabilitados por cinco (5) años para el desempeño de cargos públicos y para contratar, directa o indirectamente, con entidades estatales o en las cuales el Estado tenga parte. “En todo caso, la inhabilidad persistirá hasta cuando el demandado haya efectuado el pago de la indemnización establecida en la sentencia”.(Ley 678, 2001)

En lo que respecta a la eficacia de la acción de repetición en Colombia, en un estudio cualitativo realizado por William Guillermo Jiménez e Israel Soler Pedroza, expertos del mismo país en la materia, encontraron que entre las principales causas que hacen que la acción de repetición sea valorada de manera negativa en Colombia, se encuentran el

desconocimiento y falta de cultura sobre el ejercicio de repetición por parte de los funcionarios; así como el hecho de que las condenas en varias ocasiones “terminan siendo impagables”.

De la misma manera, señalan que existen diversos factores que desestimulan el uso de la acción de repetición en el país, mayormente relacionados con el hecho que la misma entidad perjudicada es la que determina si vale la pena o no iniciar una acción de repetición contra uno de sus funcionarios en los denominados Comités de Conciliación. “En este sentido, la propuesta es quitar la función a los comités de conciliación de las entidades, para trasladarla a una instancia externa”.

Entre las recomendaciones de los entrevistados por los autores destacan soluciones orientadas a fortalecer el llamamiento en garantía con fines de repetición; así como también incrementar la capacitación sobre el mecanismo de la acción de repetición entre los funcionarios. Recomiendan además mayor diligencia de las entidades en la presentación de demandas y en el seguimiento a los procesos; así como mayor participación y vigilancia de los órganos de control.

2.20.2 Uruguay

El artículo 25 de la sexta Constitución de la República Oriental del Uruguay, publicada en 1967, establece: “Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación”. (Constitución de la República Oriental del Uruguay, 1967)

De acuerdo con Pablo Shiavi, profesor de la Universidad de Montevideo autor de la obra tomada como referencia para este punto, existen varias precisiones a realizar al hablar de la admisibilidad de la acción de repetición. En primer lugar, es importante notar la distinción que hace el artículo en cuestión en relación al dolo o culpa grave, puesto que la Administración solo puede repetir contra determinado funcionario siempre y cuando se pruebe la existencia de la culpa grave del mismo. “De esta exigencia subjetiva se deduce que la acción judicial de repetición debe ser precedida por una actuación administrativa a los efectos de determinar la existencia de ese dolo o culpa grave”.(Shiavi, 2018)

Además, indica el autor, el Estado puede reclamar repetición exclusivamente por la misma cantidad que pagó por el posible daño a un tercero. En esa misma línea, dice Shiavi, la acción de repetición no es procedente en los casos donde el Estado no haya pagado nada en reparación de daños a terceros, ni tampoco en los casos en los cuales no se haya entablado una demanda en su contra.

Otra precisión a destacar es que el Artículo 25 de la Carta Magna uruguaya no es aplicable a cualquier daño en contra del Estado. Más bien, se refiere directamente a la responsabilidad del Estado por los daños causados en la ejecución de los servicios públicos (daños causados a terceros), a los que también hace mención el Artículo 24 de la normativa en cuestión.

En materia de repetición, el estado uruguayo puede enfrentarse a tres escenarios:

1. Si el daño fue causado por un funcionario, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, el Estado podrá repetir basándose en el artículo 25 de la Constitución, siempre y cuando exista dolo por parte del responsable.
2. En el evento de que el daño fuere causado por un particular fuera de la función pública, la acción del Estado se basará en el derecho común, sin estar limitada a los casos de culpa grave o dolo.
3. Si el daño fue causado por un funcionario que no estaba en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, el Estado podrá repetir, aunque no conforme al artículo 25, sino según las normas legales vigentes en materia de responsabilidad. (Constitución de la República Oriental del Uruguay, 1967)

A diferencia de la Constitución ecuatoriana, dentro de la Carta uruguaya en ningún momento se refiere a la repetición como derecho del Estado. De hecho, es por esta razón que varios académicos han debatido ya si la acción de repetición es facultativa o si constituye un acto debido. En su escrito, sin embargo, Shiavi afirma que el Art. 25 no es discrecional. Citando la noción de buena administración citada en el Art. 311 de la normativa, el autor sostiene que, si la Administración determina que cierto funcionario obró con dolo o culpa grave, debe necesariamente iniciar una acción de repetición. “No hacerlo constituye un acto de mala administración”. (Shiavi, 2018)

2.21 Análisis y resultados

Dada la investigación efectuada se presentan a continuación el análisis y resultados sobre la situación jurídica de la acción de repetición en Ecuador dentro del marco del presente estudio.

De los criterios y normas esbozados se abstrae que repetir es igual a recuperar, entonces el derecho de repetición es la facultad que tiene el Estado para recuperar los valores que salieron de sus arcas por alguna acción u omisión dolosas de un servidor o ex servidor. Así, la acción de repetición será la acción judicial a través de la que el Estado recuperará dichos valores.

Un punto importante a tratar, cuando se habla sobre iniciar una acción judicial, es la determinación de responsables, la determinación del sujeto pasivo contra el que se dirigirá la demanda. Así, cabe analizar brevemente lo referente a responsabilidad del Estado.

La responsabilidad estatal comprende el conjunto de obligaciones propias del mismo que garantiza el funcionamiento social y de sus instituciones. “La responsabilidad del Estado engloba la necesidad de proyectar igualdad de condiciones ante la ley para todos sus ciudadanos, garantizándose el cumplimiento de todas aquellas obligaciones que posean un carácter legal, así como aquellas obligaciones extracontractuales de las cuales se derive un daño o afección a terceros.” (Zanovini, 2010)

Sin la necesidad de abrir más el espectro acerca de la responsabilidad del Estado, cabe realizar las puntualizaciones siguientes acerca de las especies esbozadas anteriormente. En lo que respecta a la Contraloría General del Estado y su Ley Orgánica, se trata sobre responsabilidad administrativa culposa, responsabilidad civil culposa e indicios de responsabilidad penal.

La responsabilidad administrativa culposa será la relacionada con la inobservancia de disposiciones legales e incumplimiento de deberes, funciones, atribuciones u obligaciones del servidor al que se esté auditando.

La responsabilidad civil culposa, por otra parte, nace de una acción u omisión culposa de un servidor público, de un acto o hecho administrativo emitido sin tomar las precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales a los bienes públicos. Esta especie de responsabilidad origina una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio ocasionado al Estado.

En lo que respecta a indicios de responsabilidad penal, se trata sobre hallazgos de hechos o conductas que podrían ser penalmente relevantes que serán puestas en conocimiento de la Fiscalía General del Estado para que se les dé el trámite que corresponda.

Hay que analizar ahora lo tratado por el Código Orgánico Administrativo sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, no sin antes dejar claro que de constitucional y legalmente, el legislador ha atribuido a la Contraloría General del Estado, la atribución privativa de determinar las tres responsabilidades antes anotadas.

El Código Orgánico Administrativo ha dedicado su cuarto libro a la responsabilidad extracontractual del Estado, en donde además se nombra a su derecho de repetición. Se habla sobre responsabilidad extracontractual al señalar que las instituciones del Estado responderán por el daño “debidamente calificado”, señala la norma, que provenga de sus acciones u omisiones, aun cuando estas sean lícitas, siempre que la persona perjudicada no tenga la obligación jurídica de soportarlo. Para el origen de la responsabilidad extracontractual del Estado, tendrán que coexistir tres requisitos: La falta o la deficiencia en la provisión de un servicio público u otra prestación a la que el particular tenga derecho. El daño calificado. Y el nexo causal entre el daño calificado y la omisión o acción de la administración pública, mismo que deberá fundamentarse en hechos probados. La norma es clara al señalar que el Estado responderá por daño calificado, por acción u omisión del servidor público y que tendrá la obligación de iniciar la acción de repetición contra aquellos servidores que, en ejercicio de sus atribuciones, irrogaron daño por dolo o culpa grave. Es importante dejar en claro que la carga de la prueba sobre el daño sufrido y el nexo causal, recaerá sobre la persona que lo alegue.

En lo que respecta a aspectos procedimentales, la forma de reclamar responsabilidad extracontractual será a través del trámite del procedimiento administrativo ordinario regulado por el mismo COA, aunque es criterio del particular el llevar su reclamación a la vía judicial. Dicho procedimiento culmina con un acto administrativo que tendrá, entre otras

cosas, la determinación del daño calificado, el nexo causal, la valoración del daño y los criterios empleados para su cálculo, y la reparación de daños. Esta declaración de la responsabilidad extracontractual, acompañada del pago de la indemnización respectiva, obligan a la máxima autoridad de la institución a iniciar la acción de repetición correspondiente.

Dejando de lado la responsabilidad del Estado y las especies que tienen relación con el tema en cuestión, cabe analizar aspectos normativos sustanciales y procedimentales sobre la acción de repetición.

Como se explicó anteriormente, la acción de repetición tiene su fundamento en la Constitución de la República, encontrándose la misma en las líneas del numeral 9 de su artículo 11. Ahora, el marco jurídico en el que se concibe la acción de repetición, fuera de la esfera constitucional y por las distintas circunstancias o ámbitos de aplicación de cada norma que la trata, no es tan amplio y responde a situaciones concretas, es decir, cada norma que trata o menciona a la acción de repetición, la concibe en una situación específica, crea un supuesto jurídico único en el que cada norma podría aplicarse. Así se tiene que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, regula la repetición cuando el Estado haya sido condenado a pagar en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una resolución definitiva de un organismo internacional de derechos humanos. Por otro lado, el Código Orgánico de la Función Judicial, norma la acción de repetición contra servidores judiciales que por su acción u omisión hubieren provocado daños que el Estado tuvo que reparar, en caso de error judicial, retardo injustificado, inadecuada administración de justicia, y, violación a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. En la Ley Orgánica del Servicio Público, el origen de la repetición es la acción, omisión o hecho del servidor público que causó daño a la entidad por sanciones declaradas nulas o ilegales por sentencia, por comprometer recursos en gastos de personal, permitir ingresos o ascensos sin la debida motivación, así como daños que provengan del indebido ejercicio de facultades; es decir, la fuente que origina la repetición en este caso, es una sentencia que declare el daño y ordene resarcimiento. El Código Orgánico Administrativo tiene como requisito para repetir un acto administrativo o sentencia que resuelva la responsabilidad extracontractual del Estado, en donde se determinará la misma y la indemnización a pagar, que una vez desembolsada, dará origen a la obligación de la demanda de repetición. El Código Orgánico General de Procesos por su parte, señala de

forma escueta que ante una sentencia que declare la responsabilidad de servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, deberá dar origen a una acción de repetición que deberá ser conocida por los juzgadores de lo Contencioso Administrativo mediante procedimiento ordinario. Hasta este punto se evidencia que la norma ecuatoriana, ya sea sustantiva o adjetiva, exige para el inicio de una acción de repetición, indistintamente de su especie, una sentencia previa que determine el daño ocasionado y la obligación de indemnizar, hecho remarcado por el especialista Jorge Falconí Mancheno, al señalar que “ni el Código Orgánico de la Función Judicial ni la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional contemplan la posibilidad de iniciar una acción de repetición sin que medie una sentencia.” (Falconí Mancheno, 2019)

Ahora, teniendo claras las especies de responsabilidades que aporta la norma relacionada con la acción de repetición del estado, y las normas que la abordan, queda el definir quién determina los responsables o los sujetos contra los que se deberá demandar, y cuál es la norma que se deberá obedecer para los requisitos sustanciales del acto propositivo en cuestión.

Acerca de la vía para el ejercicio de una acción de repetición, las normas antes citadas fueron tomadas por el Procurador General del Estado en la absolución de consulta que realizó la Universidad de Guayaquil, y que se revisó arriba, para unificar y establecer el criterio de que el procedimiento para toda acción judicial de repetición será el ordinario normado por el COGEP, y los jueces competentes serán los de lo Contencioso Administrativo, hecho que conocen y con el que concuerdan los juristas entrevistados.

Habiendo expuesto lo anterior, y ante los casos citados sobre recomendaciones de acción de repetición por parte de la Contraloría General del Estado, queda por definir qué de lo analizado le podría ser aplicable a cada caso en particular. De los tres casos propuestos, uno tiene que ver con valores pagados al IESS por intereses generados en la reliquidación de fondos de reserva de servidores, el segundo con glosas sobre responsabilidad patronal con la misma institución, y el tercero sobre pago de indemnizaciones ordenadas dentro de juicios laborales.

En lo que respecta al tercer caso, podría utilizarse lo que dispone la Ley Orgánica del Servicio Público para su sustanciación. Ante la imposibilidad de encuadrar las situaciones expuestas en las recomendaciones de acción de repetición, en los supuestos de hecho de

las normas antes revisadas, se abstrae la existencia de una laguna o vacío legal. “Ahora, respecto a que la acción se inicie estrictamente por la recomendación de Contraloría, es aquí donde existe un vacío ya que sin que medie resolución judicial o administrativa, por lo que se estaría obediendo estrictamente a la norma constitucional...” (Castro Chiriboga, 2019)

Una vez más se deja claro que el vacío está en la determinación de los responsables, pues la determinación del procedimiento y jueces competentes ha sido ya resuelta y analizada en líneas anteriores.

Se consultó al Supervisor Nacional de Auditoría en territorio Costa y Galápagos de la Contraloría General del Estado, si la determinación de legitimarios pasivos o responsables para el inicio de una acción de repetición recomendada mediante examen especial, debería efectuarse por parte de la misma Contraloría; a lo que enfáticamente contestó: “No, la recomendación va dirigida al representante legal de la Institución y al Procurador Síndico, en ciertos casos al Cuerpo Colegiado, la razón es simple, se necesita como paso previo a la acción de repetición una investigación administrativa que la lleva a cabo la propia Institución.” (Ortiz Moyano, 2019)

Para la solución de este conflicto la herramienta jurídica práctica, adecuada y concertada entre los profesionales entrevistados, es la integración del derecho, misma que consiste en “crear una norma especial para un caso, cuando el jurista se encuentra con una “laguna” de la legislación. En efecto, no habiendo *norma* que contemple un caso, ya no se trate de “interpretar”, sino de algo más que es la integración”. (Torré, 2007) El mismo autor señala que existen generalmente dos procesos de integración, estos son la analogía y los principios generales del derecho.

La analogía como procedimiento de integración, consiste en aplicar a un caso no previsto, la norma que regula otro caso similar o análogo, cuando exista la misma razón para solucionarlo de igual manera. Surge entonces como una opción viable para la determinación de la identidad de responsables, la integración del derecho, la aplicación de una analogía para emplear norma que, si bien es cierto es aplicable para una de las especies de acción de repetición revisadas, servirá para llenar el vacío que se ha podido evidenciar en la norma, específicamente lo que dispone el artículo 69 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, acerca de la investigación previa a

la demanda que tendrá que hacer la máxima autoridad de la institución para la determinación de la identidad de los presuntos responsables de las violaciones de derechos, de las personas contra las que se iniciará la acción de repetición en ese caso en particular.

“...Correcto el término empleado, la integración de derecho cabe como la forma en que las instituciones, en el caso planteado, podrán determinar sus demandados, sus legitimarios pasivos.” (Castro Chiriboga, 2019)

“Considero que es la vía que debe emplearse para lograr el cumplimiento de la recomendación de Contraloría. No cabe que nadie más que la misma Institución determine los legitimarios pasivos, la integración de derecho es la herramienta adecuada en los términos propuestos.” (Falconí Mancheno, 2019)

Con esta disposición podría definirse el tema de los sujetos pasivos de la acción, así, empleando lo ya expuesto, podría pensarse en iniciar la demanda recomendada y así cumplir con lo dispuesto por la norma y la Contraloría General del Estado. Es decir, ante la erogación indebida de dineros estatales, la observación y recomendación de Contraloría acerca de una acción de repetición, la Institución respectiva deberá iniciar la demanda con una investigación previa para la determinación de responsables, cumpliendo de esta forma con la norma constitucional y legal.

“La entidad deberá iniciar de inmediato los presupuestos administrativos para la interposición de la demanda, caso contrario y de ser una recomendación incumplida o que prescriba sería tomada como responsabilidad civil en el próximo examen especial que se lleve a cabo en la institución y que indefectiblemente conllevara la glosa de lo no repetido dirigida a quien tenía que iniciar el proceso.” (Ortiz Moyano, 2019)

Ahora bien, es importante tener en cuenta que el ejercicio del derecho de repetición del Estado en el escenario planteado se efectivizará a través de una acción de repetición, de una acción judicial, es decir, de un procedimiento sometido a la decisión de un tercero con poder jurisdiccional. Esta precisión es necesaria dado a que debe estar claro que la sola presentación de una demanda de acción de repetición, no implica que el juez le dará la razón a la institución y mandará a los demandados a pagar, tal y como pudo verse en el caso de la Universidad de Guayaquil, pues se está ante un procedimiento judicial que tendrá

todas las garantías procesales y demás; pero lo que si implica es el cumplimiento de la recomendación de examen especial de la Contraloría General del Estado, tema central del trabajo presente. Y es que dejando de lado el plano teórico para pensar en la realidad práctica, el efectivo ejercicio de una acción de repetición podría devenir en un tema realmente controversial y preocupante para los servidores o ex servidores del Estado, pues una cosa es erogación de dineros o pagos por parte del Estado, pagos por resarcimientos, por mandatos judiciales, y otra muy distinta es que una persona natural, servidor público o no, asuma ese valor. De allí lo poco que se ha tratado el tema de acción de repetición del Estado en general, y lo poco que se ha desarrollado en términos legales en Ecuador. Por esto es que es consideración del autor del trabajo presente que el análisis de la eficacia de la acción de repetición, radicada en la obtención de una sentencia favorable para el estado, es materia de otro trabajo de investigación.

2.22 Propuesta

De lo analizado se logra abstraer la existencia de especies de acción de repetición, cada una dada por los ámbitos y características de las normas que las abordan. La propuesta para la problemática presentada en la investigación inicia por la importancia en la diferenciación y conocimiento de cada una. De igual forma, resulta relevante el dejar en claro la obligatoriedad, para las instituciones auditadas, del cumplimiento de las recomendaciones contenidas en los exámenes especiales de la Contraloría General del Estado

Por lo anterior y ante todo lo expresado a lo largo del presente trabajo de investigación , con especial observancia de la absolucón de consulta citada, emitida por la Procuraduría General del Estado, se propone que las acciones de repetición recomendadas por la Contraloría General del Estado mediante exámenes especiales, sean presentadas, conocidas y resueltas por los jueces de lo Contencioso Administrativo que correspondan, siguiendo las reglas pertinentes que dicta el Código Orgánico General de Procesos.

La inexistencia de norma específica hace que surja la dificultad para la determinación de legitimarios pasivos, a lo que se plantea como solución viable la integración de derecho, la utilización de norma existente sobre casos similares, pero no idénticos, para la solución de este vacío legal. En específico, el uso de lo que determina el artículo 69 de la Ley Orgánica

de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional acerca de la realización de una investigación que se deberá hacer dentro de la institución para lograr determinar los presuntos responsables del perjuicio causado al Estado y contar de esta forma con legitimarios pasivos para poder incoar la demanda por el derecho de repetición del estado recomendada por la Contraloría.

2.23 Conclusiones y recomendaciones

El derecho de repetición del Estado tiene fundamento en la Constitución de la República, y consiste en la facultad para recuperar los valores que en determinado momento tuvo que pagar para reparar daños o indemnizaciones provenientes de acciones u omisiones de servidores o funcionarios públicos. El ejercicio de este derecho se realiza a través de una acción de repetición. De aquí y de lo ya esbozado, se logra establecer que el marco institucional y jurídico en el que la Contraloría General del Estado recomienda iniciar una acción de repetición, obedece a un carácter constitucional coadyuvado o complementado con la Ley Orgánica de la misma Institución y su Reglamento.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano contiene cuerpos normativos que tratan a la acción de repetición. Cada norma contiene características especiales acorde a su ámbito de aplicación. De aquí que se concluye la existencia de especies de acción de repetición, cada una con sus requisitos específicos. Existe aquella que se origina cuando el Estado haya sido condenado a pagar en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una resolución definitiva de un organismo internacional de derechos humanos, regulada por la LOGJCC. También la acción de repetición que regula el COFJ, que se lleva contra servidores judiciales que, por su acción u omisión, hubieren causado daños que el Estado tuvo que indemnizar o reparar. Existen además las indemnizaciones pagadas por el Estado por temas referentes a mal manejo de personal, especie delimitada por la LOSEP. La acción de repetición derivada de resarcimientos por responsabilidad extracontractual declarada, es otra de las especies citadas y está regulada por el COA. Estas especies de acción de repetición, regladas y delimitadas cada una por la norma que la describe, exigen, previo a la proposición de la demanda, una sentencia o resolución de procedimiento administrativo, en donde se condene al Estado al pago.

La Contraloría General del Estado, por su parte, en uso de sus facultades legales plantea en sus exámenes especiales recomendaciones para las instituciones auditadas. Según la legislación ecuatoriana, dichas recomendaciones deben ser aplicadas obligatoriamente por la entidad examinada. La Contraloría General del Estado en ocasiones recomienda iniciar acciones de repetición. Como se revisó en los casos presentados, las recomendaciones de inicio de una acción de repetición no tienen como antecedente una sentencia. Por lo que se puede demostrar la inexistencia de una norma especial o específica que regule o indique como ejercer una acción de repetición que devenga de una recomendación contenida en un examen especial de la Contraloría General del Estado.

El procedimiento por el que se sustanciará cualquier acción de repetición del Estado será el ordinario reglado por el Código Orgánico General de Procesos, y los jueces competentes serán los de lo Contencioso Administrativo.

Ante la no existencia de norma expresada, pero la definición del procedimiento aplicable y jueces competentes para el conocimiento y resolución de la acción, queda la duda sobre temas sustantivos específicos para sustanciar la demanda. Puntualmente, la necesidad de determinar los legitimarios pasivos en la demanda recomendada, y la determinación de responsables.

La Constitución de la República separa a la responsabilidad civil, administrativa y penal de la acción de repetición, pues señala que esta se promoverá sin perjuicio de aquellas. De aquí que la facultad exclusiva de la Contraloría General del Estado para determinar responsabilidades, no servirá para la determinación de los sujetos pasivos de una acción de repetición.

El problema incoar una acción de repetición devenida de una recomendación de examen especial de la CGE, al ya existir definición sobre el trámite a seguir y los jueces competentes para resolver, ésta en los legitimarios pasivos, en la determinación de responsabilidad, la determinación de contra quién se dirigirá la demanda. Por esto es que se considera o recomienda que se puede recurrir a la integración de derecho, a la aplicación de la analogía para emplear el mandato legal contenido en la LOGJCC para la determinación de responsables, específicamente lo dispuesto por su artículo 69, la investigación previa a la demanda para la determinación de la identidad de los presuntos responsables.

El incumplimiento de recomendaciones de exámenes especiales acarrea responsabilidades observables y punibles por la misma Contraloría General del Estado, por lo que se recomienda velar por el cumplimiento de las mismas.

Ante una recomendación de inicio de una acción de repetición, se recomienda que una vez notificada, la institución internamente de inicio a la investigación para la determinación de responsables, proceso que no puede durar más de veinte días término. Habiendo definido los legitimarios pasivos se deberá preparar la demanda siguiendo los términos generales señalados por el COGEP, para presentarla ante los juzgadores de lo Contencioso Administrativo, y que sea sustanciada por el procedimiento ordinario. De este modo y en este punto la institución pública auditada habrá cumplido con la recomendación de Contraloría, y no podrá ser observada por lo que resuelvan los juzgadores. Se puede decir entonces en este punto que queda identificada una vía legal que permitiría la ejecución de una recomendación de examen especial de CGE relacionada con el inicio de una acción de repetición.

Lo cierto es que por todo lo que se ha expresado y analizado, todo lo referente a la acción de repetición del Estado es objeto de estudio que ha sido muy poco abordado. Se sugiere que se continúe la investigación, que se siga desarrollando la acción de repetición en cada una de sus formas para lograr el efectivo cumplimiento del derecho constitucional de repetición del Estado.

2.24 Referencias Bibliográficas

Castillo, R. (2012). *El Servidor Público Español*. Madrid: Cervantes.

Castro Chiriboga, F. (2 de Octubre de 2019). Acción de repetición devenida de recomendación de examen especial de la CGE. (J. A. Ortiz Páez, Entrevistador)

Código Civil . (2005). Ecuador: Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de Junio de 2005.

Código Orgánico Administrativo. (2017). Ecuador: Registro Oficial Suplemento 31 de 7 de Julio de 2017.

Código Orgánico de la Función Judicial. (9 de Marzo de 2009). Ecuador: Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de Marzo de 2009.

Código Orgánico General de Procesos. (2015). Ecuador: Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de Mayo de 2015.

Constitución de la República. (2008). Ecuador: Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008.

Constitución de la República Oriental del Uruguay. (1967). Uruguay.

Constitución Política de Colombia . (1991). Colombia .

Contraloría General del Estado. (2016). *Contraloría General del Estado*. Recuperado el Septiembre de 2019, de <https://www.contraloria.gob.ec/LaInstitucion/Historia/HistoriaCGE>

Contraloría General del Estado AE DP Guayas. (2014). Examen Especial DR1-DPGY-AE-0079-2014. Guayaquil, Ecuador.

Contraloría General del Estado AE DP Guayas. (2017). Examen Especial DR1-DPGY-0010-2017. Milagro, Ecuador.

Contraloría General del Estado AE DP Los Ríos. (2014). Examen Especial DR1-DPLR-AE-0008-2014. Babahoyo, Ecuador .

Cortés Galván, A. (20 de Marzo de 2003). *Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito*. Obtenido de Normas Jurídicas. Su ubicación legislativa no determina su naturaleza sustantiva o procesal : <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/183/183780.pdf>

Decreto Ley 150. (1976). Colombia.

Enríquez Burbano, G. (2017). *Ineficacia de la acción de repetición*. Obtenido de Dialnet - Universidad de la Rioja: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5877165>

Falconí Mancheno, J. L. (1 de Octubre de 2019). Acción de repetición devenida de recomendación de examen especial de la CGE. (J. A. Ortiz Páez, Entrevistador)

García Carrión, D., & Procuraduría General del Estado. (2017). *Oficio No. 12559 Absolución de Consulta a Universidad de Guayaquil* . Guayaquil: Procuraduría General del Estado .

García Falconí, J. C. (2018). *Derecho Ecuador*. Obtenido de Acción de repetición: <https://www.derechoecuador.com/accion-de-repeticion>

- Jiménez, W. G., & Soler Pedroza, I. (2012). *Causas de ineficacia de la acción de repetición*.
Obtenido de Dialnet - Universidad de la Rioja:
file:///C:/Users/jose.ortiz/Downloads/Dialnet-
CausasDeIneficaciaDeLaAccionDeRepeticionEnColombia-4031882.pdf
- Larrea Holguín, J. (2005). *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana*. Quito: Fundación Latinoamericana Andrés Bello .
- Ley 678. (2001). Colombia.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009). Ecuador: Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de Octubre de 2009.
- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. (2002). Ecuador: Registro Oficial 595 de 12 de Junio de 2002.
- Ley Orgánica del Servicio Público. (6 de Octubre de 2010). Ecuador: Registro Oficial Suplemento 294 de 6 de Octubre de 2010.
- Ortiz Moyano, J. L. (3 de Octubre de 2019). Acción de repetición devenida de recomendación de examen especial de la CGE. (J. A. Ortiz Páez, Entrevistador)
- Repetición UG Vs. Ex Funcionarios, 09802-2018-00009 (TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON SEDE EN EL CANTÓN GUAYAQUIL, PROVINCIA DEL GUAYAS 2018).
- Rivas Casaretto, M. D. (28 de Mayo de 2014). La acción de repetición estatal ecuatoriana como posible instrumento de abuso de poder. Guayaquil, Guayas, Ecuador.
- Rombolá, N. D., & Reboiras, L. M. (2004). *Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales* . Buenos Aires: Ruy Díaz.
- Shiavi, P. (2018). Acción de Repetición contra Funcionarios Públicos en el Uruguay. En W. Gallo Aponte, R. Fácio, A. Sanabria Rodelo, X. Brito Jaime, & L. Abcarius Racines, *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional* (págs. 279-294). Belo Horizonte: Fórum.
- Torré, A. (2007). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- Zanovini, G. (2010). *Derecho Administrativo*. Ciudad de México: Azteca.