



ESCUELA DE DOCTORADO  
INTERNACIONAL DE LA USC

Olger Hernán  
Quizhpe Castro

Tesis doctoral

LA ACCIÓN DE REGRESO EN  
EL SISTEMA DE  
RESPONSABILIDAD  
PATRIMONIAL DE LAS  
ADMINISTRACIONES  
PÚBLICAS

Santiago de Compostela, 2024

TESIS DOCTORAL

**LA ACCIÓN DE REGRESO EN EL  
SISTEMA DE RESPONSABILIDAD  
PATRIMONIAL DE LAS  
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

Autor

Olger Hernán Quizhpe Castro

Director: Dr. Luis Miguez Macho



## **AGRADECIMIENTO**

A mi Director de Tesis, el Doctor Luis Miguez Macho, por toda la paciencia, amabilidad, comprensión y enseñanza.

A la Universidad de Santiago de Compostela, especialmente a las autoridades que dirigen el Programa de Doctorado en Derecho, por la excelente oportunidad de formación académica brindada.

A la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus autoridades por el apoyo brindado.

A mi esposa y compañera de vida, Carmen Soraida, quien me ha acompañado en este camino, por sus consejos y motivación para culminar este trabajo.

A mi hija Doménica del Cisne, por ser mi compañera de desvelos y por compartir su fortaleza.

A mis hijos: Olger Andrés y Mikel Andrés, por sus maravillosos consejos y por su muestra de confianza.

A Dios por todo poderoso, por permitirme: descubrir muchas cosas que no conocía, por confirmar otras que dudaba y por permitirme buscar aquellas que necesito encontrar.



## **DEDICATORIA**

*A Carmen, Doménica, Mikel, Olger, Zoila y Luis,  
por caminar junto a mí y compartirme su luz.*



*La responsabilidad del servidor público  
implica el esfuerzo por proveer servicios de calidad,  
actuar en el marco de la legalidad y anteponer el interés general.*



## ABREVIATURAS

art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC.AA.	Comunidades Autónomas
CC	Código Civil español, publicado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889.
CCec.	Código Civil (Ecuador). RO-S 46: 24 de junio de 2005
CCE	Corte Constitucional del Ecuador de 2008
CE	Constitución Española de 1978
CGE	Contraloría General del Estado
COGEP	Código Orgánico General de Proceso (Ecuador)
COA	Código Orgánico Administrativo (Ecuador)
COIP	Código Integral Penal (Ecuador).
CNJ	Corte Nacional de Justicia (Ecuador)
CP	Código Penal
CRE	Constitución de la República de Ecuador de 2008
D.	Decreto
DLeg	Decreto Legislativo
Dley	Decreto-ley
EBEP	Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 10 de octubre
ERJAFE	Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (Ecuador)
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local
LEF	Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LOCE	Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado
LOFCS	Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOGGE	Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (Ecuador)
LOGJCC	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ecuador)
LOPGE	Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (Ecuador)
LOSEP	Ley Orgánica de Servicio Público (Ecuador).
LPACAP	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LRJAE	Texto refundido de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, aprobado por Decreto de 26 julio de 1957
LRJAP-PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
núm.	Número
PGE	Procuraduría General del Estado / Procurador General del Estado
RD	Real Decreto
RD 429/1993	Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.
RLEF	Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957
SCC	Sentencia Corte Constitucional (Ecuador)
SCNJ	Sentencia Corte Nacional de Justicia
STC	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
TCA	Tribunal Contencioso Administrativo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo



# ÍNDICE

<b>AGRADECIMIENTO.....</b>	<b>3</b>
<b>DEDICATORIA.....</b>	<b>5</b>
<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>9</b>
<b>RESUMO.....</b>	<b>15</b>
<b>RESUMEN.....</b>	<b>16</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>17</b>
<b>ASPECTOS PRELIMINARES.....</b>	<b>19</b>
EL PROBLEMA.....	19
HIPÓTESIS.....	21
JUSTIFICACIÓN.....	21
OBJETIVOS.....	22
METODOLOGÍA.....	23
<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>31</b>
<b>2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA... 35</b>	
2.1. HITOS EN LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA Y EN ECUADOR.....	35
2.1.1. La evolución de la responsabilidad patrimonial en España.....	35
2.1.2. La evolución de la responsabilidad patrimonial en Ecuador.....	41
2.2. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.....	46
2.2.1. Noción.....	46
2.2.1.1. La soberanía.....	47
2.2.1.2. La responsabilidad.....	48
2.2.2. Concepto.....	50
2.3. FUNDAMENTOS TEÓRICOS.....	53
2.3.1. El riesgo especial creado por la Administración.....	54
2.3.2. El principio de igualdad ante las cargas públicas.....	56
2.3.3. La garantía patrimonial de los administrados.....	57
2.4. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.....	59
2.5. LA REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EN EL DERECHO ECUATORIANO.....	61
2.6. RESPONSABILIDAD DIRECTA Y OBJETIVA.....	62
2.6.1. La responsabilidad directa.....	62
2.6.2. La responsabilidad objetiva.....	64
2.7. DEBATE: LA NATURALEZA OBJETIVA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL VS. LA RESPONSABILIDAD POR EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN.....	67

2.7.1. Comentario respecto de la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial.	69
2.7.2. Comentario respecto de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración .....	70
2.8. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.....	72
2.8.1. La lesión de derechos y el daño calificado .....	72
2.8.2. Actividades determinantes del daño .....	75
2.8.3. El nexo causal.....	78
2.8.4. La imputación a una Administración pública.....	79
2.8.5. Causales de exoneración de imputabilidad.....	81
2.8.5.1. Fuerza mayor y caso fortuito .....	81
2.8.5.2. El deber jurídico de soportar el daño.....	85
2.8.5.3. Culpa de la víctima o el hecho de un tercero.....	85
2.8.5.4. El estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica.....	85
2.9. PROCEDIMIENTO PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.....	87
2.9.1. Competencia .....	89
2.9.2. La legitimación activa del interesado .....	90
2.9.3. El plazo para la reclamación.....	90
2.9.4. El inicio del procedimiento de reclamación .....	91
2.9.5. La tramitación del procedimiento.....	92
2.9.6. Informes y dictámenes en los procedimientos de responsabilidad.....	93
2.9.7. La resolución .....	94
2.10. INDEMNIZACIÓN O REPARACIÓN DEL DAÑO .....	95
2.11. REFLEXIONES FINALES RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA Y EN ECUADOR.....	103
<b>3. LA ACCIÓN DE REGRESO.....</b>	<b>107</b>
3.1. CONCEPTO .....	107
3.2. FINALIDAD.....	109
3.3. FUNDAMENTOS TEÓRICOS.....	110
3.4. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA ACCIÓN DE REGRESO EN ESPAÑA Y EN ECUADOR ....	114
<b>4. LA PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE REGRESO .....</b>	<b>119</b>
4.1. LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA .....	119
4.2. PAGO EFECTIVO POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA .....	121
4.2.1. Procedencia de la acción.....	121
4.2.2. Fijación del monto a repetir.....	122
4.2.3. Prescripción de la acción y caducidad del procedimiento.....	123
4.3. LA DETERMINACIÓN DEL DOLO, CULPA O NEGLIGENCIA GRAVE DEL AGENTE ESTATAL	128

4.4. LA INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y LA INVESTIGACIÓN PREVIA .....	133
<b>5. EL PROCEDIMIENTO DE LA ACCIÓN DE REGRESO .....</b>	<b>141</b>
5.1. COMPETENCIA PARA CONOCER Y RESOLVER LA ACCIÓN .....	141
5.2. SUJETOS IMPLICADOS: SUJETOS ACTIVOS Y SUJETOS PASIVOS .....	143
5.2.1. Legitimación activa .....	143
5.2.2. Legitimación pasiva.....	148
5.3. EL PROCEDIMIENTO PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD POR LA ADMINISTRACIÓN A SU PERSONAL .....	149
5.3.1. El procedimiento administrativo de la acción de regreso en España .....	149
5.3.2. El proceso judicial de la acción de repetición en Ecuador .....	151
5.3.2.1. El proceso de acuerdo con el COGEP .....	151
5.3.2.2. Aspectos procesales determinados en la LOGJCC.....	154
<b>6. EL BALANCE ACTUAL DE LA ACCIÓN DE REGRESO .....</b>	<b>157</b>
6.1. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA ACCIÓN DE REGRESO .....	157
6.1.1. El ejercicio de la acción de regreso en España.....	157
6.1.2. El ejercicio de la acción de repetición en Ecuador.....	165
6.2. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS QUE AFECTAN LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA ACCIÓN DE REGRESO.....	175
6.2.1. La falta de ejercicio de la acción de regreso.....	175
6.2.2. La falta de legitimación ante la inactividad administrativa.....	180
6.2.3. La falta de control ante la inactividad administrativa.....	183
6.2.4. La falta de determinación de plazos para el inicio de la acción .....	184
6.2.5. La falta de parámetros para determinar el valor a repetir.....	185
6.3. PROBLEMAS CONEXOS QUE AFECTAN A LA ACCIÓN DE REGRESO .....	187
6.3.1. La desconexión entre la acción de regreso y la responsabilidad patrimonial.....	187
6.3.2. El desplazamiento de la acción de regreso frente a la responsabilidad patrimonial .....	192
6.3.3. El blindaje de las autoridades y demás personal al servicio de las Administraciones públicas.....	195
<b>7. EL REPLANTEAMIENTO DE LA ACCIÓN DE REGRESO .....</b>	<b>205</b>
7.1. HACÍA UN NUEVO ENFOQUE DE LA ACCIÓN DE REGRESO.....	205
7.1.1. La garantía de los bienes y derechos de la persona .....	208
7.1.2. La garantía de protección del patrimonio público .....	210
7.1.3. La garantía del buen funcionamiento del servicio público.....	211
7.1.3.1. La función preventiva y restauradora del servicio público.....	214
7.1.3.2. La responsabilidad del servidor público frente a la Administración y frente a la ciudadanía.....	215

7.2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES AL PLANTEAMIENTO Y DISCUSIÓN DE LAS PROPUESTAS DE REFORMA LEGAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO .....	217
7.2.1. Aspectos sustantivos.....	218
7.2.2. Aspectos procesales .....	220
7.2.3. Del llamamiento en garantía.....	222
7.2.4. Medidas cautelares .....	223
7.3. PLANTEAMIENTO Y DISCUSIÓN DE LAS PROPUESTAS DE REFORMA LEGAL.....	223
7.3.1. El replanteamiento de la acción de regreso en España .....	223
7.3.2. La unificación de la regulación de la acción de repetición en Ecuador .....	224
7.3.3. La conexión de la acción de regreso con la responsabilidad patrimonial y con la responsabilidad administrativa .....	225
7.3.4. La legitimación activa ante la inactividad administrativa .....	227
7.3.5. La determinación del monto a repetir.....	230
7.3.6. La investigación previa y el inicio de la acción.....	231
7.3.7. La incorporación de mecanismos de control .....	232
7.3.8. La sanción disciplinaria ante la inactividad administrativa.....	233
7.3.9. La implementación de mecanismos de transparencia.....	234
7.3.10. La rendición de cuentas .....	235
<b>8. CONCLUSIONES .....</b>	<b>237</b>
<b>9. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>243</b>
<i>RELACIÓN DE LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA PRINCIPAL.....</i>	<i>252</i>
<b>ÍNDICE DE TABLAS .....</b>	<b>255</b>
<b>ÍNDICE DE FIGURAS .....</b>	<b>256</b>

## RESUMO

Esta investigación analiza a acción de regreso no sistema de responsabilidade patrimonial das Administracións públicas. O réxime xurídico desta institución establece que, unha vez declarada a responsabilidade patrimonial e efectuado o pagamento da indemnización, a Administración correspondente esixirá aos funcionarios causantes do dano ilícito o reintegro das cantidades aboadas.

Non obstante, na práctica, a acción de devolución amosa unha serie de problemas que limitan a súa aplicación e eficacia, principalmente pola inactividade administrativa; á falta dun procedemento áxil; á falta de control; e, en definitiva, á falta dun marco normativo que garanta a adecuada intervención da Administración e evite calquera forma de discrecionalidade no exercicio deste dereito.

Estas deficiencias na regulación e aplicación da acción de regreso provocan impunidad para os cargos públicos responsables dos danos; ineficacia da Administración no exercicio deste dereito; falta de precaución na prestación dos servizos públicos; e prexuízo económico ao Estado porque a indemnización se asume con recursos públicos.

Ante esta problemática, realizouse un estudo xurisprudencial e comparativo da acción de regreso en España e Ecuador, baixo un enfoque metodolóxico cualitativo e cuantitativo co obxectivo de comprender a súa configuración xurídica; reflexionar sobre a realidade da súa aplicación práctica; explicar os principais problemas que está a experimentar; e formular propostas de reforma que aseguren o seu efectivo funcionamento.

Os resultados obtidos evidencian o desequilibrio existente entre as recorrentes pretensións de responsabilidade patrimonial e o exercicio case nulo da acción de regreso; un sistema normativo que blinde ao funcionario público; a desconexión entre a acción de regreso e a responsabilidade patrimonial; e a necesidade de implementar reformas legais que reconfiguren adecuadamente o marco normativo da acción de regreso.

**Palabras clave:** actuación, retorno, responsabilidade patrimonial, Administración pública, servizos públicos.

## RESUMEN

En esta investigación se analiza la acción de regreso en el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. El régimen jurídico de esta institución establece que, una vez declarada la responsabilidad patrimonial y realizado el pago indemnizatorio, la Administración correspondiente exigirá a los funcionarios causantes del daño antijurídico el reembolso de los valores pagados.

Sin embargo, en la práctica la acción de regreso muestra una serie de problemas que limitan su aplicación y eficacia debido principalmente a la inactividad administrativa; a la falta de un procedimiento ágil; a la falta de control; y, en suma, a la falta de un marco normativo que garantice la adecuada intervención de la Administración y evite cualquier forma de discrecionalidad en el ejercicio de este derecho.

Estas deficiencias en la regulación y aplicación de la acción de regreso han ocasionado la impunidad de los funcionarios públicos responsables del daño; ineficiencia de la Administración en el ejercicio de este derecho; falta de precaución en la prestación de los servicios públicos; y perjuicio económico al Estado, porque la indemnización es asumida con recursos públicos.

Frente a esta problemática se realizó un estudio jurisprudencial y comparado de la acción de regreso en España y Ecuador, bajo un enfoque metodológico cualitativo y cuantitativo con el objetivo de comprender su configuración legal; reflexionar sobre la realidad de su aplicación práctica; explicar los principales problemas que atraviesa; y formular propuestas de reforma que aseguren su funcionamiento eficaz.

Los resultados obtenidos muestran el desbalance que existe entre las recurrentes reclamaciones de responsabilidad patrimonial y el casi nulo ejercicio de la acción de regreso; un sistema normativo que blindo al funcionario público; la desconexión entre la acción de regreso y la responsabilidad patrimonial; y la necesidad de implementar reformas legales que reconfiguren adecuadamente el marco normativo de la acción de regreso.

 **Palabras clave:** acción, regreso, responsabilidad patrimonial, Administración pública, servicios públicos.

## **ABSTRACT**

This research analyzes the action of return in the system of patrimonial responsibility of the Public Administrations. The legal regime of this institution establishes that once the patrimonial responsibility has been declared and the compensation payment has been made, the corresponding Administration will demand that the officials causing the unlawful damage to reimburse the amounts paid.

However, in practice, the return action shows a series of problems that limit its application and effectiveness, mainly due to administrative inactivity; to the lack of an agile procedure; to the lack of control; and, in short, the lack of a regulatory framework that guarantees adequate intervention by the Administration and avoids any form of discretionality in the exercise of this right.

These deficiencies in the regulation and application of the return action have caused impunity for the public officials responsible for the damage; inefficiency of the Administration in the exercise of this right; lack of precaution in the provision of public services; and economic damage to the State because the compensation is assumed with public resources.

Faced with this problem, a jurisprudential and comparative study of the return action in Spain and Ecuador was carried out, under a qualitative and quantitative methodological approach with the aim of understanding its legal configuration; reflect on the reality of its practical application; explain the main problems it is experiencing; and formulate reform proposals that ensure its effective operation.

The results obtained show the imbalance that exists between the recurring claims of patrimonial responsibility and the almost null exercise of the return action; a regulatory system that shields the public official; the disconnection between the return action and the patrimonial responsibility; and the need to implement legal reforms that adequately reconfigure the regulatory framework of the return action.

**Key words:** action, return, patrimonial responsibility, public administration, public services.



## ASPECTOS PRELIMINARES

### EL PROBLEMA

El estudio de la acción de regreso<sup>1</sup> —en el caso español— y de la acción de repetición —en el caso ecuatoriano— muestra especial relevancia dentro del Derecho público; por cuanto es la última pieza del sistema general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y porque su régimen jurídico faculta a la Administración que indemnizó a los particulares por los daños ocasionados debido al funcionamiento de los servicios públicos a ejercer el derecho de repetición en contra de los funcionarios responsables del daño ocasionado.

En España el art. 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), reconoce el ejercicio de la acción de regreso y, la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), desarrolla el procedimiento administrativo. Sin embargo, en la práctica el procedimiento para exigir la responsabilidad de las autoridades y más empleados públicos «está inédito. Ni la propia Administración pública ni el que sufrió el daño tratan de hacer valer sus incuestionables potestades y derechos para el resarcimiento del daño frente a las personas físicas responsables»<sup>2</sup>.

Se ha cuestionado que en lugar «de instrumentar y facilitar los procedimientos para que los administrados puedan exigir eficaz y directamente estas responsabilidades, el legislador elimina toda posibilidad, salvo en los casos de delito»<sup>3</sup>. Lo que supone, «la absoluta impunidad de los funcionarios, y no digamos de los políticos, ante la inoperatividad de la acción de regreso en los supuestos de dolo, culpa o negligencia grave»<sup>4</sup>.

En Ecuador, la acción de repetición está regulada en el art. 344 del Código Orgánico Administrativo, publicado en el RO-2S 31, de 7 de julio de 2017 (en adelante, COA), en los

---

<sup>1</sup> Para el desarrollo de este trabajo se utilizará en ciertos contextos la expresión *acción de regreso*, para referirse tanto al caso español como ecuatoriano.

<sup>2</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 5ª ed., Civistas-Thomson, Madrid, 2010, p. 704.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit., p. 704.

<sup>4</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit., p. 704.

casos de responsabilidad extracontractual del Estado; y en el art. 67 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el ROS 52 de 22 de octubre de 2009 (en adelante, LOGJCC), cuando la acción deriva de la responsabilidad del Estado por violación de derechos constitucionales.

En la práctica no se verifica la acción de repetición como un mecanismo legal que se lleve a cabo con frecuencia. La falta de uso y la ineficacia son los principales problemas que afectan a esta institución jurídica. Por el contrario, las indemnizaciones por daños ocasionados en la prestación de servicios públicos o por violación de derechos se han incrementado significativamente, pero, cuando corresponde ejercer el derecho de repetición, las acciones simplemente no se formulan o en los pocos casos en que se llegan a plantear son desechadas por no cumplir los requisitos establecidos.

Tanto en España como en Ecuador, a más de los problemas de aplicación y eficacia de la acción de regreso, debe agregarse: la falta de un procedimiento ágil que no deje a la discrecionalidad de la Administración el acto de inicio; la ausencia de mecanismos de control que garanticen la adecuada intervención de las Administraciones públicas durante todas las etapas del procedimiento; y la falta de competencia de otros organismos públicos que, ante la inactividad administrativa, actúen como legitimados activos en la recuperación de los recursos públicos.

Además de ello, cabe destacar que la actual regulación de la acción de regreso en los dos Ordenamientos jurídicos limita al afectado la posibilidad de ejercer directamente el derecho de regreso en contra del funcionario causante del daño, porque el marco regulatorio establece que la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia grave. Generando con ello un sistema de responsabilidad directo que, en cierto modo, blindo el accionar de las autoridades y funcionarios públicos causantes de la lesión.

Todo ello ha generado como consecuencia la impunidad de los funcionarios públicos responsables del daño; la ineficiencia de la Administración en el ejercicio de la acción; falta de precaución en la prestación de los servicios públicos; y perjuicio económico al Estado, porque la indemnización es asumida con recursos públicos. Lo que ocasiona la insostenibilidad del sistema, porque los fallos que condenan a la Administración a indemnizar son recurrentes, mientras que, en la práctica, no se ejerce el derecho de repetición.

## **HIPÓTESIS**

La acción de regreso como institución jurídica de cierre del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración pública tiene como objeto garantizar la defensa del patrimonio del Estado y servir como un instrumento de perfeccionamiento de la función pública. Sin embargo, esta institución jurídica en la práctica casi no se utiliza y en los pocos casos en que la Administración ha ejercido la acción de repetición, ésta no ha sido eficaz en la recuperación de los valores pagados por concepto de responsabilidad patrimonial, debido principalmente a la falta de un procedimiento ágil, la ausencia de mecanismos de control y la falta de competencia para que otros organismos estatales, ante la inactividad administrativa, actúen como legitimados activos en la recuperación de los recursos públicos. Por lo tanto, resulta fundamental que, tanto en el Ordenamiento jurídico español como en el ecuatoriano, se implementen reformas jurídicas que garanticen la aplicación y eficacia de la acción de regreso, con el propósito de proteger el patrimonio público y prevenir conductas antijurídicas atribuibles al Estado que afecten el buen funcionamiento de los servicios públicos.

## **JUSTIFICACIÓN**

La acción de regreso tiene un papel fundamental dentro del sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas, por cuanto se configura como un mecanismo que busca la recuperación de los recursos pagados en concepto de responsabilidad patrimonial y porque busca generar una cultura de calidad y eficiencia en torno a la actividad administrativa, previniendo cualquier conducta que pueda afectar la prestación de los servicios públicos.

Sin embargo, las investigaciones realizadas sobre la acción de regreso desde una perspectiva jurisprudencial y de Derecho comparado son escasas. La mayoría de los estudios realizados se centran en el análisis teórico y procedimental, dejando de lado aspectos fundamentales como la aplicación práctica, los principales problemas que atraviesa en la actualidad y la formulación de propuestas de reformas legales tendientes a garantizar su eficacia.

En contraste con el estado del arte de la acción de regreso, en España existen una diversidad de estudios y de variados enfoques en torno a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, que han contribuido significativamente a desarrollar esta institución tanto en el ámbito normativo, doctrinario y jurisprudencial y, además, han servido como instrumentos de referencia para la configuración y desarrollo de otros sistemas de

responsabilidad patrimonial, principalmente en algunos países de Sudamérica, tal como efectivamente ha sucedido en el caso ecuatoriano.

Algunos estudios que han llevado a cabo un análisis central de la acción de regreso han sido realizados por: DOMÉNECH PASCUAL<sup>5</sup>, en el artículo: “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, publicado en la *Revista Indret*, en el año 2008; VANEGAS ROA<sup>6</sup>, en su tesis doctoral: *Responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de la administración pública cuando provoquen menoscabo de los caudales públicos*, (Universidad de Granada, en el año 2017); y FORTES GONZÁLEZ<sup>7</sup>, en la obra: *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas*, primera edición, publicada en el Instituto Nacional de Administración Pública en el año 2014.

Otros estudios realizados tratan la acción de regreso como una institución complementaria dentro del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Sin embargo, su aporte ha sido fundamental en el desarrollo de esta investigación. Los trabajos más relevantes en esta materia han sido realizados por los tratadistas: GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, DE AHUMADA RAMOS, GONZÁLEZ PÉREZ, MIR PUIGPELAT, MARTÍN REBOLLO, RIVERO YSERN, SAURA FRUCTUOSO, entre otros.

Las circunstancias expuestas justifican el desarrollo de la presente investigación, que aborda el estudio de la acción de regreso desde una perspectiva doctrinaria, jurisprudencial y de Derecho comparado entre España y Ecuador, en función de los siguientes objetivos:

## OBJETIVOS

### **General:**

Realizar un estudio jurídico y de Derecho comparado sobre la acción de regreso en los sistemas de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas de España y Ecuador, a través del análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial, que permita

---

<sup>5</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G.: *Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio*, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, Nº. 2, Barcelona, 2008.

<sup>6</sup> VANEGAS ROA, P.: *Responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de la administración pública cuando provoquen menoscabo de los caudales públicos*, Tesis doctoral, Universidad de Granada, Granada, 2017.

<sup>7</sup> FORTES GONZÁLEZ, A.: *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas*, 1ª ed., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2014.

comprender la configuración de su régimen jurídico; reflexionar sobre la realidad de su aplicación práctica; explicar los principales problemas que atraviesa en la actualidad; y formular propuestas de reforma legal que aseguren su funcionamiento eficaz.

### **Específicos:**

- Comprender la estructura y funcionamiento de los sistemas de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas de España y Ecuador, y determinar las semejanzas y diferencias más relevantes de los dos sistemas.
- Analizar los fundamentos teóricos, la configuración legal y el desarrollo procesal de la acción de regreso en España y Ecuador.
- Reflexionar respecto de la aplicación práctica de la acción de regreso y explicar los principales problemas que atraviesa esta institución jurídica en la actualidad.
- Formular dentro del régimen jurídico de la acción de regreso propuestas de reforma legal que permitan asegurar su funcionamiento eficaz.

El cumplimiento progresivo de cada objetivo específico ha sido fundamental para cumplir con el objetivo principal de la investigación. Alcanzar este objetivo nos ha permitido comprender la configuración legal de la acción de regreso y la estructuración del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas de España y Ecuador. Igualmente, nos ha permitido reflexionar sobre la aplicación práctica de la acción de regreso, en función del análisis de las sentencias que los respectivos órganos jurisdiccionales han dictado respecto de esta institución jurídica.

A partir del análisis de los resultados obtenidos, hemos logrado explicar los principales problemas que en la actualidad atraviesa la acción y, en virtud de ello, formular propuestas de reforma legal que buscan asegurar su funcionamiento eficaz, considerando que la acción de regreso, regulada adecuadamente, podría constituirse en un potente instrumento jurídico no sólo en la defensa del patrimonio público, sino en un incentivo para el buen funcionamiento de los servicios públicos.

### **METODOLOGÍA**

La metodología utilizada en el desarrollo de la presente tesis doctoral combina distintos métodos científicos aplicados a las ciencias jurídicas. Particularmente, se ha optado por emplear los siguientes métodos:

- El método histórico: permite comprender la evolución de Derecho como un fenómeno histórico social en sus principales momentos y etapas subsecuentes desde la perspectiva universal e individual<sup>8</sup>. Este método se utiliza en la tesis doctoral para el análisis de la evolución histórica de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Ello ha puesto de relieve la configuración de un sistema de responsabilidad patrimonial directo y objetivo, incorporado en el Ordenamiento jurídico español a mediados del siglo XX y matizado posteriormente por la jurisprudencia y las subsiguientes reformas jurídicas que, en esencia, han mantenido los postulados de su positivización inicial. En contraste con ello, se denota que el proceso evolutivo de la responsabilidad extracontractual del Estado, en el sistema jurídico ecuatoriano, tuvo su recepción a nivel constitucional en la década de los sesenta del siglo anterior, pero un desarrollo tardío a nivel legislativo y jurisprudencial. Por otro lado, pero dentro del mismo contexto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, se analiza la evolución histórica de la acción de regreso, tanto en España como en Ecuador, destacándose que, en los dos sistemas se ha mantenido el *statu quo* de esta institución jurídica, lo cual en la práctica ha dificultado su configuración como un instrumento eficaz en la recuperación de los valores pagados por concepto de responsabilidad patrimonial.
- El método comparado: se basa en la comparación y contrastación de puntos de coincidencias y diferencias específicas entre las distintas disposiciones legales, instituciones jurídicas y jurisprudencia existente en diversos ordenamientos legislativos en torno al objeto de investigación. Con la aplicación de este método se identifican similitudes y diferencias en torno al sistema de responsabilidad patrimonial y en relación con el ejercicio de la acción de regreso, tanto en el Ordenamiento jurídico español, como ecuatoriano. La comparación y contrastación de los dos Ordenamientos se realiza en todos los ámbitos de la investigación: evolución normativa, regulación, procedimiento de reclamación, balance actual y propuesta de reforma jurídica. Las principales similitudes con respecto a la responsabilidad patrimonial de la Administración son sustantivas: i) en cuanto a su configuración directa y objetiva; y ii) con relación al fundamento teórico y constitucional que, con ciertos matices, se ha

<sup>8</sup> MARTÍNEZ MONTENEGRO, I.: *Sobre los métodos de la investigación jurídica*, Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, (pp. 1-4), E-ISSN 0719-2150, Vol. 14, N° 1, 2023, p. 3, en línea: doi: <https://doi.org/10.7770/rchdcp-V13N2-art2994>

incorporado en cada Ordenamiento jurídico. Las principales diferencias con respecto al sistema de responsabilidad patrimonial son principalmente de orden procedimental. Con respecto a la acción de regreso, los dos Ordenamientos coinciden en la finalidad que tiene esta institución jurídica en cuanto a la recuperación de los valores pagados por la Administración en concepto de responsabilidad patrimonial. En cambio, las principales diferencias son de índole procedimental. En el caso español, es la propia Administración quien inicia el procedimiento administrativo y quien resuelve la estimación o no de la responsabilidad del empleado público causante del daño antijurídico. Adicional a ello, cabe mencionar que la Administración sólo puede acudir a instancia judicial cuando se agota la vía administrativa. En el Ordenamiento jurídico ecuatoriano, la acción de repetición se sustenta en vía judicial y son los jueces de lo contencioso-administrativo quienes estiman o no la responsabilidad del servidor público. En la tesis doctoral se describen detalladamente las demás similitudes y diferencias existentes entre los dos Ordenamientos comparados.

- El método exegético: opera como parte de la interpretación del Derecho<sup>9</sup> y dirige el sentido de la comprensión y explicación de las normas e instituciones jurídicas<sup>10</sup>, mediante la aplicación conjunta de varios criterios hermenéuticos como el gramatical, el histórico o el lógico<sup>11</sup>, buscando la realidad efectiva sobre la cual se apoya y de la cual emana el Derecho vigente. Este método se utiliza para interpretar el marco jurídico que regula la acción de regreso, en contraste con la jurisprudencia emanada por los órganos jurisdiccionales, con el propósito de comprender y explicar la realidad efectiva de su aplicación práctica.
- El método dialéctico: entendido generalmente como el arte de dialogar, discutir y argumentar<sup>12</sup>, presupone en un sentido más estricto la existencia de un pensamiento en movimiento, sometido a un constante y necesario devenir<sup>13</sup>, que se deriva de la inteligencia como capacidad propia del hombre para conocer y discernir en la búsqueda de la verdad y del bien. Este método se utiliza para confrontar las disposiciones

<sup>9</sup> MARTÍNEZ MONTENEGRO, I.: *Sobre los métodos de la investigación jurídica*, cit., p. 3.

<sup>10</sup> FERRER MURILLO, J Y ZULUAGA JARAMILLO, A.: *Interpretación y argumentación jurídica*, 2a. ed., Universidad de Medellín, Medellín, 2013, p. 18.

<sup>11</sup> BADENES GASSET, R.: *Metodología del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1959, pp. 82-93.

<sup>12</sup> LAMAS, F.: *Dialéctica y Derecho*, en Circa Humana Philosophia, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, N° III, Buenos Aires, 1998, p. 12.

<sup>13</sup> MARCOS, F. *Los principios jurídicos, la dialéctica y la retórica*, Prudentia Iuris. nro 81, 2016, p. 83, en línea: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2977>

jurídicas que regulan la acción de regreso —tesis— y la realidad derivada de su aplicación práctica —antítesis—, en virtud de lo cual se sintetizan los principales problemas que afectan a esta institución jurídica, y se discuten las reformas que se recomienda implementar para garantizar su aplicación y eficacia.

- El método estadístico: dota a los investigadores de herramientas para evaluar patrones y relaciones numéricas en el ámbito legal. Desde una perspectiva basada en datos se puede validar o refutar la hipótesis<sup>14</sup>, así como respaldar la implementación de políticas o reformas jurídicas fundamentadas con base en evidencia cuantificable. En el desarrollo de la tesis se utiliza esta metodología para recopilar, organizar y analizar la información derivada de las sentencias que han emitido los órganos de justicia con relación a la acción de regreso, tanto en España como en Ecuador. Ello permite poner en contexto el desbalance que existe entre las recurrentes reclamaciones de responsabilidad patrimonial en contra de la Administración pública frente al escaso ejercicio del derecho de repetición.
- El método dogmático: se centra en el análisis e investigación del Ordenamiento jurídico con el objeto de comprender y determinar si éste responde a las necesidades sociales e institucionales. COURTIS sostiene que la dogmática cumple al menos tres tareas, y una variante relativa al tipo de enunciado que adopta como objeto: a) una tarea expositiva, ordenadora, sistematizadora, dedicada a describir un conjunto de normas del derecho positivo<sup>15</sup>; b) una tarea descriptiva (*lege lata*), en el sentido de postular como plausible una interpretación determinada del contenido del derecho positivo, que se caracteriza por identificar problemas interpretativos, históricos, de determinación semántica, de determinación teleológica y axiológica, de compatibilidad sistemática y lógicos<sup>16</sup>, y se propone señalar soluciones que se pretenden racionalmente derivables de ese derecho; c) una tarea crítico-prescriptiva y no descriptiva (*lege ferenda*), mediante la cual el intérprete acepta que la solución que se propone para la regulación o decisión de un caso no puede ser derivada del derecho positivo y, en este sentido, postula que la mejor

---

<sup>14</sup> GUANOLUISA ALMACHE, F.; BOSQUEZ REMACHE, J.; ESPARZA PIJAL, S.; BENAVIDES SALAZAR, C.: *Apuntes sobre los métodos de investigación y técnicas de recolección de datos utilizadas en la investigación jurídica*. Bibliotecas. Anales de Investigación;19(2 especial), (pp. 1-17), 2023, p. 3, en línea:

<http://revistas.bnjm.sld.cu/index.php/BAI/article/view/760>

<sup>15</sup> COURTIS, C.: *El juego de los juristas: ensayo de caracterización de la investigación dogmática*, en *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, (pp.105-156), Trotta, Madrid, 2006, p. 113.

<sup>16</sup> COURTIS, C.: *El juego de los juristas: ensayo de caracterización de la investigación dogmática*, cit., pp. 114, 115.

solución implica no la interpretación, sino la modificación del derecho positivo vigente<sup>17</sup>; d) en relación con el objeto, la actividad dogmática no se limita al «trato directo» con normas jurídicas, sino que parte de su labor consiste también en la sistematización, comentario y crítica de sentencias judiciales<sup>18</sup>.

En la tesis doctoral el método dogmático se utiliza para sistematizar, analizar y discutir diversas teorías e instituciones jurídicas relacionadas con la responsabilidad objetiva y directa de la Administración; los servicios públicos; el dolo, culpa o negligencia grave del agente estatal; el interés general; la defensa del patrimonio público; y la responsabilidad patrimonial y administrativa de las autoridades y demás personal al servicio de la Administración.

La investigación *lege lata* permite abordar: i) los problemas de determinación semántica o lagunas jurídicas, por ejemplo, en el Ordenamiento español no se especifica el plazo de prescripción de la acción de regreso, lo que en la práctica genera confusión y diversidad de criterios; esta misma indeterminación se observa en el caso ecuatoriano con respecto al plazo que tiene la Administración para presentar la acción de repetición ante la jurisdicción contencioso-administrativa, dejando con ello, un margen abierto de interpretación; ii) los problemas de determinación teleológica y axiológica se discuten en torno a los fines que debe tener la acción de regreso, no sólo como un mecanismo de recuperación de los valores pagados por la Administración en concepto de responsabilidad patrimonial, sino como un instrumento de prevención frente a cualquier conducta dolosa, culposa o gravemente negligente del agente estatal que pueda generar daños en la prestación de servicios públicos; iii) los problemas de compatibilidad sistemática se abordan en torno a la conexión que debe existir entre la acción de regreso, la responsabilidad patrimonial y la responsabilidad administrativa, puesto que estas tres instituciones forman parte de un sistema general de responsabilidad del Estado, por lo que su coexistencia no debe responder a justificaciones opuestas; iv) los problemas lógicos se analizan en la determinación del sujeto activo de la acción de regreso frente a la inactividad de la Administración para ejercer el derecho de repetición; en la determinación del monto a repetir; y en la incorporación de mecanismos de control y de rendición de cuentas.

<sup>17</sup> COURTIS, C.: *El juego de los juristas: ensayo de caracterización de la investigación dogmática*, cit., pp. 115, 116.

<sup>18</sup> COURTIS, C.: *El juego de los juristas: ensayo de caracterización de la investigación dogmática*, cit., p. 117.

- La investigación *lege ferenda* permite cuestionar el marco jurídico que regula la acción de regreso (derecho positivo) y el desarrollo jurisprudencial que se deriva de esta institución. En este contexto, no se niega que las sentencias analizadas sean una aplicación justificada de la norma vigente, pero se subrayan las consecuencias indeseables de la aplicación de la norma, ilustradas a partir del decisorio adoptado por los jueces<sup>19</sup>. Así, el sentido del comentario a la jurisprudencia es sugerir una modificación normativa; es decir, se trata de un argumento para sustentar una recomendación *lege ferenda* de la acción de regreso en los dos Ordenamientos jurídicos, tanto en el ámbito sustantivo como adjetivo. Por lo tanto, la investigación *lege ferenda* se dirige a criticar la solución normativa vigente y a propugnar su reforma.
- Los métodos de interpretación sistemática, teleológica y evolutiva se utilizan para interpretar con rigor y objetividad el significado de los textos doctrinarios y las normas legislativas. El método sistemático permite al investigador interpretar la norma «a la luz de todo el Ordenamiento jurídico impidiendo un significado aislado de la misma»<sup>20</sup>. En este sentido, el marco jurídico que regula la acción de regreso se interpreta a partir del contexto general del sistema de responsabilidad patrimonial «para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía»<sup>21</sup>. A través de la interpretación teleológica «las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo»<sup>22</sup> y que deben estar en consonancia con las necesidades sociales e institucionales. La aplicación de este método facilita comprender la finalidad que tiene la acción de regreso como mecanismo de defensa del patrimonio público, pero también permite discutir la finalidad preventiva que debe tener la acción de regreso como garantía del buen funcionamiento de los servicios públicos. Mediante la interpretación evolutiva o dinámica se pretende comprender las normas «a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes»<sup>23</sup>. Lo cual genera un parámetro abierto para la interpretación del derecho en función de los cambios sociales, del avance tecnológico, de las nuevas tendencias del derecho y de otros aspectos circunstanciales, con el objeto de que éstas mantengan

<sup>19</sup> COURTIS, C.: *El juego de los juristas: ensayo de caracterización de la investigación dogmática*, cit., p. 117.

<sup>20</sup> ZAGREBELSKY, G.: *Tres capítulos de justicia constitucional*. Editorial Trotta. S.A. Esta obra fue traducida en 2014, por MARTÍNEZ NEIRA, M Y MORA CAÑADA, A., Madrid, 2008, p. 226.

<sup>21</sup> LOGJCC, art. 3. Métodos y reglas de interpretación constitucional, numeral 5, Interpretación sistemática.

<sup>22</sup> LOGJCC, art. 3. Métodos y reglas de interpretación constitucional, numeral 6. Interpretación teleológica.

<sup>23</sup> LOGJCC, art. 3. Métodos y reglas de interpretación constitucional, 4. Interpretación evolutiva o dinámica.

su eficacia y den respuesta efectiva a los diferentes problemas sociales<sup>24</sup>. Este método se utiliza en el planteamiento y discusión de las propuestas de reforma legal que se promueven para reconfigurar tanto la acción de regreso en España, como la acción de repetición en Ecuador.

- Para la búsqueda de sentencias de interés se acudió a diversas bases de datos y buscadores de jurisprudencia especializados<sup>25</sup>. Una parte importante de la información doctrinaria, normativa y jurisprudencial que se emplea en el desarrollo de la investigación se obtuvo del acervo bibliográfico y digital de la biblioteca «Concepción Arenal», de la Universidad Santiago de Compostela, y del acervo bibliográfico y digital de la biblioteca «Benjamín Carrión», de la Universidad Técnica Particular de Loja.

A partir de los resultados obtenidos se reflexiona respecto de los principales problemas que atraviesa la acción de regreso y se plantean propuestas de reforma legal, algunas específicas para cada Ordenamiento jurídico y otras de carácter general que pueden implementarse en las dos legislaciones, debido a su transversalidad. Con ello, se busca que la acción de regreso cuente con un marco normativo que operativice su aplicación en la recuperación de los recursos estatales pagados por concepto de indemnización y se configure como un instrumento de precaución en la actuación de los empleados estatales para garantizar el buen funcionamiento de los servicios públicos.

---

<sup>24</sup> QUIZHPE CASTRO, O.: *Constitución, Principios y Reforma*, en *Apuntes de Derecho Constitucional*, Corporación de Estudios y Publicaciones, CEP, 1ra ed. (pp. 55-85), Quito, 2019, p. 55.

<sup>25</sup> CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL DE ESPAÑA, CENDOJ, disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DE ECUADOR, CNJ, autos y sentencias emitidos por las Sala de lo Contencioso Administrativo, disponible en:

<http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/servicio/145-08-sistema-de-busqueda>



## 1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas tanto en España como en Ecuador se ha desarrollado y caracterizado como un sistema de responsabilidad directo y objetivo. Directo porque la persona que ha sido lesionada en sus bienes y derechos por el funcionamiento de los servicios públicos debe reclamar directamente a la Administración pública la indemnización por los daños ocasionados. Luego de realizar el pago indemnizatorio, la Administración correspondiente exigirá mediante la acción de regreso el reembolso de los valores pagados.

En cambio, es objetivo porque la lesión resarcible «es la pieza clave de la responsabilidad patrimonial de la AP»<sup>26</sup>. En este sentido, la lesión debe entenderse como un perjuicio antijurídico, esto es, como un «perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo»<sup>27</sup>. Esta calificación viene dada «no tanto por una conducta culpable que hay que sancionar sino más bien por un quebranto patrimonial que hay que reparar»<sup>28</sup>.

Sin embargo, un sector de la doctrina administrativista española sostiene que se trata de una afirmación retórica, porque en la práctica los tribunales del orden contencioso-administrativo solo condenan a la Administración cuando se constata algún tipo de funcionamiento anormal y que «el título fundamental de imputación de daños a la Administración es y debe ser el de su funcionamiento anormal».

Los cierto es que ni la Constitución de 1978 (en adelante, CE) (art. 106.2), ni la LRJSP (art. 32.1), califican al sistema de responsabilidad patrimonial español como objetivo. No obstante, la interpretación inicial propuesta por GARCÍA DE ENTERRÍA, que ubica al sistema sobre la base del concepto de lesión y no en torno al comportamiento del agente causante del

---

<sup>26</sup> PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, 10ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1102.

<sup>27</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1984, p. 175.

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ, T. R.: *Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración*, *Revista de Administración Pública*, 216, 169-186, Madrid, 2021, p. 179.

daño, que ha seguido la jurisprudencia contencioso-administrativa y una parte de la doctrina administrativista, es la que se ha mantenido hasta la actualidad.

Más allá del debate que se ha generado sobre la naturaleza objetiva del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, el sistema de responsabilidad patrimonial adolece de un problema estructural que limita su sostenibilidad, porque son recurrentes las reclamaciones que exigen la responsabilidad patrimonial de la Administración debido al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Sin embargo, en la práctica no se ejerce la acción de regreso debido a diversos problemas, como la inactividad administrativa, la discrecionalidad en el ejercicio de esta acción, la falta de control y, en general, por la falta de un marco normativo que regule adecuadamente el funcionamiento eficaz de la acción de regreso.

Ello ha ocasionado la impunidad de los funcionarios responsables del daño antijurídico, la ineficacia administrativa en el ejercicio de esta acción, el desincentivo a los funcionarios para evitar cualquier conducta que afecte la prestación de los servicios y la pérdida de recursos públicos que son destinados al pago de las cuantiosas indemnizaciones que nunca se recuperan.

En Ecuador, el carácter directo y objetivo de la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del funcionamiento de los servicios públicos y de la responsabilidad del Estado por la violación de derechos constitucionales no ha sido objeto mayor de debate, sino que este más bien se ha centrado en sostener la centralidad del sistema en función de la garantía de los bienes y derechos de la persona.

En la práctica, el sistema de responsabilidad ecuatoriano guarda una cierta similitud con el sistema español. El Estado responde patrimonialmente por los daños ocasionados; sin embargo, no ejerce el derecho de repetición o en los pocos casos en que lo ha hecho ha sido ineficaz, debido a una serie de problemas como la duplicidad en la regulación, ambigüedad en la investigación previa al planteamiento de la acción, falta de control y transparencia. Ello genera afectación a la eficiencia administrativa en el ejercicio de la acción de repetición; al patrimonio estatal por la pérdida de recursos económicos; y a la prestación de los servicios públicos por la falta de incentivos para su mejoramiento.

Frente a esta problemática y dada la relevancia que tiene esta institución del Derecho administrativo, se desarrolló esta investigación, cuyo objetivo principal consistió en realizar un estudio jurídico y comparado sobre la acción de regreso en los sistemas de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas de España y Ecuador, a través del análisis

normativo, doctrinario y jurisprudencial que permita comprender la configuración de su régimen jurídico; reflexionar sobre la realidad de su aplicación práctica; explicar los principales problemas que atraviesa en la actualidad; y formular propuestas de reforma legal que aseguren su funcionamiento eficaz.

En función de este objetivo, la investigación se estructura en seis capítulos determinados sistemáticamente, partiendo de aspectos generales relacionados con el estudio de las principales teorías y el desarrollo normativo y jurisprudencial, para luego descender a aspectos específicos que nos han permitido realizar un análisis propositivo.

En el primer capítulo se aborda la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, poniéndose de relieve algunos aspectos evolutivos; los fundamentos; los requisitos de procedibilidad; el procedimiento; y la indemnización.

En el segundo capítulo se estudia la acción de regreso en el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, poniéndose especial atención al concepto; la finalidad; los fundamentos teóricos; y, su configuración legal.

En el tercer capítulo se aborda la procedibilidad de la acción de regreso, centrándose en la declaración de responsabilidad en contra de la Administración; el pago efectivo por parte de la Entidad condenada; el concepto de dolo, culpa o negligencia grave del agente estatal; la instrucción del procedimiento; y la investigación previa.

El cuarto capítulo trata sobre el procedimiento de la acción de regreso, llevándose a cabo el análisis de la competencia para conocer de la acción; los sujetos implicados; y el procedimiento para exigir la responsabilidad por parte de la Administración a su personal.

En el quinto capítulo se realiza el balance actual de la acción de regreso, analizándose su aplicación práctica y los principales problemas que atraviesa en la actualidad.

En el sexto capítulo se propone el replanteamiento de la acción de regreso, desde un enfoque centrado en la garantía de los bienes y derechos de la persona; en la garantía de la defensa del patrimonio público; y en la garantía del buen funcionamiento de los servicios públicos. Adicional a ello, se discuten algunas propuestas de reforma legal que configuren estructuralmente la acción de regreso tanto en España como en Ecuador.

Tras el desarrollo de la investigación y la presentación de los resultados obtenidos, se realiza una discusión analítica en torno a los hallazgos más relevantes. Los resultados obtenidos muestran el desbalance que existe entre las recurrentes reclamaciones de responsabilidad patrimonial y el casi nulo ejercicio de la acción de regreso; un sistema normativo que blindo al

funcionario público; la desconexión que existe entre la acción de regreso y la responsabilidad patrimonial; y la necesidad de implementar reformas legales que reconfiguren adecuadamente el marco normativo de la acción de regreso.

## **2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

### **2.1. HITOS EN LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA Y EN ECUADOR**

A principios del siglo XX, DUGUIT profetizaba la evolución del principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos como un camino para llegar a la idea de un «riesgo social» que, sobre la base del principio esencial de la solidaridad, operaría al modo de un seguro colectivo que trasladaría a la caja común cualquier perjuicio o ruptura de la igualdad de las cargas y los beneficios públicos que pudieran sufrir los ciudadanos<sup>29</sup>.

El principio de responsabilidad fue desarrollado ampliamente por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, inicialmente como garantía de la propiedad privada frente a los daños que se producían por la ejecución de las obras públicas. Luego se extendió a los actos de gestión y a toda la actividad administrativa en función del riesgo que generaba su actuación, garantizándose con ello la reparación de los daños antijurídicos que pudieran sufrir los ciudadanos por la prestación de los servicios públicos, incluso de forma independiente de la ilicitud o licitud de la actuación administrativa.

La recepción del principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas tuvo lugar en el Derecho español a mediados del siglo XX y en la década de los sesenta del mismo siglo en el Derecho ecuatoriano, aunque con un menor desarrollo, como veremos a continuación.

#### **2.1.1. La evolución de la responsabilidad patrimonial en España**

En el Derecho español, el principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, como sostiene la doctrina mayoritaria, surge con la aprobación de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (en adelante, LEF). Sin embargo, COBO

---

<sup>29</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E Y FERNÁNDEZ T. R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, 13ª ed., Aranzadi, S.A., Navarra, 2013, p. 379.

OLVERA considera que «la idea de responsabilidad tiene su origen normativo en la legislación civil»<sup>30</sup>; señala, además, que era a esta a la que se debía acudir tanto si la responsabilidad se exigía a un particular como si se demandaba a una Administración pública.

En este contexto, el Código Civil (en adelante, CC), en el art. 1902 establece que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado», mientras que el art. 1903 determinaba que «la obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder», añadiendo que «el Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior».

MARTÍN REBOLLO, por su parte, señala que «la Administración venía a ser prácticamente inmune»<sup>31</sup>, por cuanto, «la responsabilidad de la Administración -excluía, como fue doctrina común desde el principio, la aplicación directa del art. 1902 CC- venía a ser responsabilidad del funcionario. Nada más»<sup>32</sup>. Agrega, además, que este sistema en donde la Administración no respondía directamente -o simplemente no respondía- por los daños ocasionados se prolongó, exceptuando algunas tímidas previsiones de la legislación de régimen local, hasta de 16 de diciembre de 1954, cuando entró en vigor la LEF.

Así, la LEF se constituyó en la norma que reguló «por primera vez el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado»<sup>33</sup>, inaugurando de esta manera «un sistema que es, prácticamente, el vigente y que se separa de las previsiones comunes del Código Civil»<sup>34</sup>. Además, recoge «el principio de responsabilidad objetiva, es decir, sin atender a la idea de culpa, e introduciendo la responsabilidad directa de la Administración pública tanto si el daño derivaba del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos»<sup>35</sup>.

La configuración legal del sistema de responsabilidad objetiva y directa de la Administración pública se determinó en el art. 121.1 de la referida LEF, en el cual se establecía

---

<sup>30</sup> COBO OLVERA, T.: *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas*, 1ª ed., Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1998, p. 19.

<sup>31</sup> MARTÍN REBOLLO, L.: *Manual de las Leyes Administrativas*, Aranzadi. Navarra, 2019, p. 777.

<sup>32</sup> MARTÍN REBOLLO, L.: *Manual de las Leyes Administrativas*, cit., p. 777.

<sup>33</sup> COBO OLVERA, T.: *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas*, cit., p. 20.

<sup>34</sup> MARTÍN REBOLLO, L.: *Manual de las Leyes Administrativas*, cit., p. 777.

<sup>35</sup> COBO OLVERA, T.: *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas*, cit., p. 22.

que «dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo».

Esta disposición de la LEF, además de inaugurar el sistema de responsabilidad directa y objetiva de las Administraciones públicas, estableció por primera vez y de forma concreta la posibilidad de que la Administración obligada al pago de los daños ocasionados por la actividad administrativa exija responsabilidades a los funcionarios que intervinieron en la prestación del servicio o en la adopción de medidas de carácter discrecional que ocasionaron la lesión en los bienes y derechos de los particulares.

El Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, aprobado mediante Decreto de 26 de abril de 1957 (en adelante, RLEF), en el art. 133.1, incorporó los supuestos para determinar la indemnización, al establecer que «dará lugar a la indemnización toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos siempre que sean susceptibles de ser evaluados económicamente, en los supuestos a que se refieren los artículos 120 y 121 de la Ley, con arreglo al procedimiento regulado en los artículos siguiente».

La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, aprobada por Decreto de 26 de junio de 1957 (en adelante, LRJAE), como sostiene COBO OLVERA, «incide en el reconocimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, quedando configurada con carácter objetivo y directo en un texto con mayor amplitud que el de la LEF»<sup>36</sup>.

Así, el art. 40 de la LRJAE determinaba que «1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa. 2. En todo caso, el daño alegado por los particulares habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas».

Por su parte, el art. 41 determinaba que «cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado, responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades,

---

<sup>36</sup> COBO OLVERA, T.: *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas*, cit., p. 24.

funcionarios y agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios».

La vigencia de la Constitución Española 1978 (en adelante, CE), elevó a rango constitucional el sistema de garantía patrimonial de las Administraciones públicas, pues el art. 9.3 reconoció, entre otras garantías, «la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» y el art. 106.2 estableció el derecho de los particulares «a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

La CE, en el art. 121, reconoció el derecho de los particulares a ser indemnizados por los daños derivados «por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia» y el art. 149.1.18<sup>a</sup> estableció las competencias exclusivas del Estado sobre «las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas».

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJAP-PAC), en función del proceso evolutivo y del reconocimiento constitucional, en el título X, reguló la responsabilidad de las Administraciones públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio. En el capítulo I de dicho título se refería de forma expresa a la «Responsabilidad patrimonial de la Administración pública»; en el art. 139 determinó los principios de responsabilidad; en el art. 140, la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas; en el art. 141, los supuestos de la indemnización; en el art. 142, los procedimientos de responsabilidad patrimonial; en el art. 143, el procedimiento abreviado; la responsabilidad —directa— en relaciones con el Derecho privado.

Esta misma norma jurídica, LRJAP-PAC, en el título X, capítulo II, reguló la «Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas». El art. 145 establecía la exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y

personal al servicio de las Administraciones públicas y en el núm. 1 determinaba que, para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial, «los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio». En el núm. 2, establecía que «la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados podrá exigir a sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave». Para ello, se debían considerar algunos criterios como el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

El art. 146 regulaba la responsabilidad penal y civil de las autoridades y demás personal al servicio de las Administraciones públicas.

Cabe señalar que, en el régimen jurídico anterior a la aprobación de la LRJAP-PAC, el particular podía optar por dirigirse bien contra la Administración titular del servicio público, bien contra el propio funcionario, aunque técnicamente, la responsabilidad de la Administración y del funcionario eran solidarias, pues así lo determinaba el art. 43 de la de la LRJAE (1957): «Los particulares podrán también exigir a las Autoridades y funcionarios civiles, cualquiera que sea su clase y categoría, el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado por culpa o negligencia graves en el ejercicio de sus cargos». Con la aprobación de la Ley LRJAP-PAC, el ciudadano estaba obligado a exigir directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por sus agentes, conforme lo estipulaba el art. 145.

El Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprobó el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, (en adelante, RD 429/1993), desarrolló el contenido de la LRJAP-PAC en esta materia. En relación con su ámbito de aplicación el art. 1, núm. 1, regulaba la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y la de sus autoridades y demás personal a su servicio; el núm. 2., los procedimientos que inicien, instruyan y resuelvan todas las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial por su actuación en relaciones de Derecho público o de Derecho privado; y el núm. 3, la determinación de la responsabilidad de las Administraciones por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean

consecuencia de una orden directa e indirecta de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella mismo.

Actualmente, el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas se rige por la LRJSP y por la LPACAP, que surgen, como lo manifiesta el preámbulo de la LRJSP, por la necesidad de «dotar a nuestro sistema legal de un derecho administrativo sistemático, coherente y ordenado, de acuerdo con el proyecto general de mejora de la calidad normativa que inspira todo el informe aprobado por la CORA. En él se previó la elaboración de dos leyes: una, [LPACAP] reguladora del procedimiento administrativo, que integraría las normas que rigen la relación de los ciudadanos con las Administraciones. Otra, [LRJSP] comprensiva del régimen jurídico de las Administraciones públicas, donde se incluirían las disposiciones que disciplinan el sector público institucional. Con ello, se aborda una reforma integral de la organización y funcionamiento de las Administraciones articulada en dos ejes fundamentales: la ordenación de las relaciones ad extra de las Administraciones con los ciudadanos y empresas, y la regulación ad intra del funcionamiento interno de cada Administración y de las relaciones entre ellas».

La LRJSP mantiene una estructura similar que su antecesora la LRJAP-PAC. En el título preliminar, capítulo IV, sección 1.<sup>a</sup>, regula la «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas». En el art. 32 incorpora los principios de la responsabilidad; en el art. 33 establece la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas; en el art. 34 lo relacionado con la indemnización; y en el art. 35 la responsabilidad de Derecho privado.

En la sección 2.<sup>a</sup> se regula la «Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas». Así, en el art. 36 se prevé la exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas y en el art. 37 la responsabilidad penal.

Entre las novedades más destacables en este ámbito, merecen especial mención los cambios introducidos en la regulación de la denominada «responsabilidad patrimonial del Estado legislador» por las lesiones que sufran los particulares en sus bienes y derechos derivadas de leyes declaradas inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea, concretándose las condiciones que deben darse para que se pueda proceder, en su caso, a la indemnización que corresponda<sup>37</sup>. MARTÍN REBOLLO, por su parte, sostiene que también es una novedad la previsión de la responsabilidad derivada del funcionamiento anormal en la tramitación de los

---

<sup>37</sup> Preámbulo de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Mantiene una estructura similar que su antecesora la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional<sup>38</sup>.

Como podemos observar, el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, en España, ha tenido un proceso evolutivo dinámico hasta llegar a su regulación actual en la LRJSP y en la LPACAP. Este proceso evolutivo tiene como antecedentes inmediatos la LRJAP-PAC de 1992 y el RD 429/1993, de 26 de marzo, en lo que respecta a materia de responsabilidad patrimonial. Estas normas, a su vez, tuvieron como antecedente la LRJAE (1957), la LEF (1954) y su Reglamento de aplicación.

Sin embargo, cabe destacar que, además de las normas centrales a que hemos hecho referencia, existieron otras leyes que formaron parte del proceso evolutivo del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, como efectivamente sucede con las disposiciones relacionadas con la contratación administrativa del Estado y el régimen urbanístico. Otro factor relevante de destacar es la amplia y variada jurisprudencia que ha sido determinante en la configuración de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

### **2.1.2. La evolución de la responsabilidad patrimonial en Ecuador**

La responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el Derecho ecuatoriano tiene su origen en la Constitución de 1967<sup>39</sup>. El art. 27 determina que «el Estado y más entidades de Derecho público y las entidades semipúblicas, están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo. No obstante, lo establecido en el Inciso anterior, el Estado y más entidades antes mencionadas, harán efectiva la responsabilidad de sus funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave, hubieren perjudicado al Estado o a los particulares. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados será establecida por los jueces competentes».

Esta disposición constitucional no estableció plenamente la responsabilidad objetiva como lo hizo el Ordenamiento jurídico español, pues la responsabilidad patrimonial se configuraba como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de los funcionarios y empleados de las entidades públicas o semipúblicas en el ejercicio de sus cargos.

<sup>38</sup> MARTÍN REBOLLO, L.: *Manual de las Leyes Administrativas*, cit., p. 778.

<sup>39</sup> Constitución Política de Ecuador de 1967. publicada en el Registro Oficial 133 de 25 de mayo de 1967.

Esta responsabilidad se generaba en términos similares a como sucede en el régimen francés, sólo en la medida en que exista una falta o defecto en la organización o el funcionamiento del servicio. La responsabilidad sin culpa –objetiva-, como sucede en el Derecho francés, es un régimen de excepción que comprende la responsabilidad por riesgo y aquella provocada por la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas. En los demás casos, la culpa, defecto o falta del servicio debe probarse. Claramente se visualiza en el Derecho ecuatoriano la influencia de la tradición jurídica francesa asociada al Estado legal de derecho, dominante desde los inicios de la República (1830), hasta la promulgación de la actual Constitución de la República (2008).

Las Constituciones de 1979<sup>40</sup> (art. 20), 1984<sup>41</sup> (art. 20) y 1993<sup>42</sup> (art. 23) regularon el principio de responsabilidad patrimonial en los mismos términos que la Constitución de 1967, determinado la obligación del Estado y las entidades públicas y semipúblicas de «indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos, agregando además que «Las entidades antes mencionadas, en tales casos tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hubieren causado los perjuicios».

Como se puede apreciar, hasta la década de los 90 del siglo XX, se dieron avances importantes a nivel constitucional en el desarrollo de la responsabilidad patrimonial, tanto del Estado, como de las entidades públicas y semipúblicas. Sin embargo, a nivel legislativo no se tuvo ningún desarrollo, sino hasta 1994, cuando se aprobó el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva<sup>43</sup> (en adelante, ERJAFE), mediante Decreto Ejecutivo

---

<sup>40</sup> Constitución Política de Ecuador de 1979, publicada en el Registro Oficial 800 de 27 de marzo de 1979.

<sup>41</sup> Constitución Política de Ecuador de 1984, publicada en el Registro Oficial 763 de 12 de junio de 1984.

<sup>42</sup> Constitución Política de Ecuador de 1993, publicada en el Registro Oficial 183 de 5 de mayo de 1993.

<sup>43</sup> El Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, se aprobó por el Presidente de la República, en virtud de lo dispuesto en el art. 40 de la Ley de Modernización del Estado, privatizaciones y prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993, que determinaba: «Dentro de los límites que impone la Constitución Política, declárese de competencia exclusiva del Ejecutivo la regulación de la estructura, el funcionamiento y procedimiento de todas sus dependencias y órganos administrativos. En el plazo máximo de tres meses, contados a partir de la vigencia de esta Ley, el Presidente de la República, deberá mediante un Decreto Ejecutivo expedir y promulgar el nuevo Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. En lo sucesivo, dicho Régimen Administrativo podrá ser modificado por el Presidente de la República a través de un Decreto Ejecutivo de acuerdo a las necesidades de la Administración Pública».

n.º 1634, publicado en el Segundo Registro Oficial Suplemento n.º 411, de 31 de marzo de 1994.

El ERJAFE, en el art. 130, reconoció el derecho que tienen los particulares para exigir «directamente a la Administración pública central o institucional de la Función Ejecutiva, ante el órgano de mayor jerarquía, las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio o por el funcionamiento de los servicios públicos», el art. 131 establecía que «el daño alegado deberá ser real y determinado con relación a una persona o grupo de personas»; el art. 132 determinaba que «serán indemnizables los daños causados a las personas cuando éstas no tengan la obligación jurídica de soportarlos»; el art. 133 disponía que «si el órgano competente de la respectiva Administración pública niega la indemnización reclamada en forma total o parcial o se abstiene de pronunciar la resolución en el plazo de tres meses, el interesado tendrá derecho a la acción contenciosa ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente».

Esta regulación guardaba estrecha sintonía con lo determinado en la LRJAP-PAC, aunque la diferencia principal con el ERJAFE radicaba en la elección que podía realizar el interesado de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando ha sido negada la indemnización reclamada o cuando la Administración no se ha pronunciado en el plazo de tres meses. El Ordenamiento jurídico español mantiene el requisito de agotar la vía administrativa para que el interesado pueda acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Otro aspecto importante de destacar de esta norma es la subsidiariedad en cuanto al pago de la indemnización. El ERJAFE en el art. 134 se refería a la responsabilidad subsidiaria, por cuanto determinaba que «los funcionarios y personal de servicio de las Administraciones públicas que hubieren incurrido en dolo o culpa que generaron el daño resarcido por ésta a los particulares responderán por lo indemnizado, siempre que se hubiere efectuado el pago al o a los particulares por parte de aquella». En cambio, el art. 145.2 de la LRJAP-PAC, en contraste con ello, determinaba que la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados, podrá exigir a sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave.

La Constitución de 1998<sup>44</sup> ratificó el principio de responsabilidad patrimonial del Estado y de sus instituciones públicas y reconoció el derecho de la Administración para repetir en contra de los funcionarios responsables de los daños ocasionados, pues el art. 20 determinaba que «las

---

<sup>44</sup> Constitución Política del Ecuador de 1998, publicada en el Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998.

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

Posteriormente, el Decreto Ejecutivo 2428, publicado en el Registro Oficial 536 de 18 de marzo del 2002, realizó algunas modificaciones al ERJAFE; sin embargo, en materia de responsabilidad de la Administración pública, únicamente agregó un inciso al final del art. 130, el cual hacía referencia a que «la reclamación será inmediatamente puesta en conocimiento de la Procuraduría General del Estado para la coordinación de la defensa estatal». Este Decreto únicamente introdujo la intervención del Procurador General del Estado (en adelante, PGE) en los juicios de responsabilidad estatal; los demás artículos del ERJAFE se mantienen conforme al texto de 1994.

La Constitución de 2008<sup>45</sup> propone un nuevo sistema de responsabilidad estatal, que tiene como fundamento, precisamente, el ejercicio y la garantía de los derechos fundamentales. El art. 11, numeral 9 determina que «el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos» Además, señala 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.»

Esta misma norma constitucional establece la responsabilidad de la Administración de Justicia, al determinar que «el Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.» Más adelante agrega que «cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado

---

<sup>45</sup> Constitución de la República del Ecuador de 2008, publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.».

La responsabilidad del Estado, establecida en la Constitución de 2008, da paso a la configuración de un sistema de responsabilidad directa y objetiva, que se desarrolla a través de tres leyes, como veremos a continuación: i) la responsabilidad del Estado cuando ha sido condenado a reparar mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales, o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos, se regula en la LOGJCC; ii) la responsabilidad del Estado por error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso se regula en el Código Orgánico de la Función Judicial<sup>46</sup> (2009); iii) la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños debidamente calificados proveniente de las actuaciones u omisiones de las Administraciones públicas en la prestación de servicios públicos se regula en el COA.

El COA, en el art. 330, desarrolla la responsabilidad extracontractual del Estado, determinando que «las instituciones del sector público, con excepción de la función judicial cuya responsabilidad está determinada en su propia ley, responden por el daño debidamente calificado proveniente de sus actuaciones u omisiones, incluso cuando estas sean lícitas, siempre que el particular perjudicado no tenga la obligación jurídica de soportarlo, en los términos de la reparación por daños prevista en este Código». Señala además que «En los mismos términos la o el delegatario y concesionario responden directamente por los daños que ocasionen y subsidiariamente el Estado. En todos los casos el Estado ejercerá su derecho a la repetición».

El COA, desde el art. 331 hasta el art. 335, establece los requisitos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado y la responsabilidad por falta o deficiencia en la provisión de un servicio público, determina la responsabilidad por acciones u omisiones de los servidores públicos, regula el derecho de repetición y prevé lo relativo a la reparación del daño calificado. La parte procesal está regulada desde el art. 341 hasta el art. 344.

---

<sup>46</sup> Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial Suplemento 544, de 9 de marzo de 2009.

El desarrollo evolutivo de la responsabilidad del Estado en términos generales y de la Administración pública en particular ha tenido un reconocimiento constitucional permanente desde la Constitución de 1967 hasta la vigente Constitución de 2008. El ERJAFE se constituyó en la norma jurídica que dio soporte al régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, desde 1993 hasta el año 2018, cuando entró en plena vigencia el COA<sup>47</sup>.

La principal diferencia que se presenta en cuanto a la evolución del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración pública en España, con relación al sistema de responsabilidad extracontractual del Estado en Ecuador, es su desarrollo normativo que inicia con la aprobación de la LEF en 1954 y que pasa por importantes reformas legislativas hasta la aprobación de las leyes: LRJSP y LPACAP. En este ámbito, se muestra un marco amplio de libertad del Parlamento para regular el principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, que considera como fundamento constitucional la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos, la garantía patrimonial y el derecho de las personas a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes o derechos, independientemente de la ilicitud o culpa de la actuación administrativa, salvo los casos de fuera mayor o aquellos daños que surjan por causas complejas relacionadas con el avance de la ciencia; siempre y cuando la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y el afectado no tenga la obligación jurídica de soportarla.

## **2.2. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN**

### **2.2.1. Noción**

La noción de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas tiene un desarrollo particular que pasa de un Estado irresponsable que no respondía por ningún tipo de daño, a un Estado que responde por todos los daños ocasionados que el particular no tenga la obligación jurídica de soportar, distinguiéndose con ello dos períodos determinantes que marcan la noción de la responsabilidad estatal: i) soberanía, que legitima la actuación irresponsable del Estado y de los poderes públicos; y ii) responsabilidad, que configura en sí mismo un sistema de responsabilidad directa y objetiva, como veremos.

---

<sup>47</sup> La Disposición Final del Código Orgánico Administrativo, dispuso que su vigencia será luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial. (RO-2S 31 de 7 de julio de 2017).

#### 2.2.1.1. La soberanía

La soberanía del Estado se ve representada por el conocido principio *the King cant do not wrong* (el rey no puede hacer ilícito), formulado por los juristas ingleses, que a pesar de su connotación medieval no se debilitó con el nacimiento del Estado moderno<sup>48</sup>, pues fue visible incluso después de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano determinó que «la finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre» y reconoció la propiedad como uno de estos derechos (art. 2). Además de este reconocimiento, proclamó la propiedad como «un derecho inviolable y sagrado», del que nadie podía ser privado, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de que haya una justa y previa indemnización (art. 17). Sin embargo, esta Declaración no se refiere en ninguno de sus artículos a la responsabilidad patrimonial del Estado.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ T. R., afirman que ni el artículo 17 de la Declaración, que «sienta las bases del instituto expropiatorio, ni ningún otro texto, se refieren ni mencionan los daños no expropiatorios, que siguen siendo un reducto de exento de la soberanía del Estado, que simplemente se subroga en el lugar que antes correspondía al Príncipe, heredando, por ello, los privilegios de éste en las esferas no afectadas expresamente por el nuevo orden»<sup>49</sup>.

RIVERO YSERN coincide con esta apreciación, señalando que «respecto a la responsabilidad general del Estado de 1789 no existía ni un solo texto que hiciera alusión a la responsabilidad del Estado, y ello porque para el legislador era un dogma intangible el que el Estado no podía ser responsable: soberanía y responsabilidad se excluían, igual que la monarquía absoluta “le roi ne peut pas mal faire” y en consecuencia no puede ser responsable, en el Estado democrático, que no es sino la nación soberana organizada»<sup>50</sup>.

Afirma el profesor RIVERO YSERN que «el hecho de que todos miembros de la Asamblea constituyente fuesen más o menos propietarios no fue ajeno a la solución: se acuerdan por los tribunales administrativos, con gran libertad, la indemnización por daños causados a la

<sup>48</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ T. R.; y, RIVERO YSERN, E., coinciden en señalar que el principio *the King cant do not wrong* no se debilitó con el nacimiento del Estado Moderno.

<sup>49</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA E Y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, Editorial Palestra - Temis, Lima - Bogotá, 2011, p. 1276.

<sup>50</sup> RIVERO YSERN, E.: *El daño en el Derecho Administrativo*, Editorial Juruá, Porto, 2018, p. 35.

propiedad privada por los daños causados por la construcción de las obras públicas y ello independientemente de que existiese cualquier ilegalidad o “faute”»<sup>51</sup>.

La protección irrestricta a la propiedad privada y a los intereses privados sin duda se constituyó en la piedra angular de la jurisprudencia francesa de los tribunales administrativos, que desarrolló el principio de responsabilidad de los poderes públicos por el riesgo que generaba la construcción de las obras públicas, inicialmente, y que luego se amplió a la prestación de los servicios de forma generalizada.

Concluye RIVERO YSERN que esta jurisprudencia se fundaba no en una responsabilidad del Estado, sino sobre en la inviolabilidad de la propiedad privada, y que «ello abrió la puerta a la jurisprudencia posterior que cristalizó en reconocer la responsabilidad del Estado en aquellos supuestos en los que su intervención, aunque legal y sin “faute” impusiera a un individuo o a un grupo una “charge plus lourde qu’aux autres” (sacrificio especial)»<sup>52</sup>

En este período de soberanía se pone de relieve la ausencia de un marco jurídico que regule la responsabilidad del Estado. Por ello, la actividad de los poderes públicos únicamente encontraba límites en la inviolabilidad de la propiedad privada y el daño ocasionado debía resarcirse independientemente de que existiese cualquier ilegalidad o culpa.

#### 2.2.1.2. La responsabilidad

A diferencia de lo ocurrido en el período de soberanía, en la noción de responsabilidad se observa el desarrollo del «riesgo social» que «sobre la base del principio esencial de la solidaridad, operaría al modo de un seguro colectivo que trasladaría a la caja común cualquier perjuicio o ruptura de la igualdad ante la carga y los beneficios públicos que pudieran sufrir los ciudadanos»<sup>53</sup>.

Francia consagró un sistema con base en el desarrollo jurisprudencial que se origina en el fallo Blanco del 8 de febrero de 1873, mediante el cual el Tribunal de Conflictos atribuyó la competencia contenciosa al juez administrativo. Este fallo fundó la responsabilidad administrativa, derogando el principio de irresponsabilidad de los poderes públicos.

Este sistema desarrollado por la jurisprudencia del Conseil d’État francés es «esencialmente protector del administrado» que se construye sobre la idea «de que “la caisse publique” debe soportar la carga del “risque” que puede ocasionar a los particulares el

<sup>51</sup> RIVERO YSERN, E.: *El daño en el Derecho Administrativo*, cit., p. 36.

<sup>52</sup> RIVERO YSERN, E.: *El daño en el Derecho Administrativo*, cit., p. 36.

<sup>53</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ T. R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, cit., p. 379.

funcionamiento de los servicios públicos, no exigiendo incluso que el particular demuestre que existe una verdadera “faute” imputable a los agentes del servicio»<sup>54</sup>.

DUGUIT pone de relieve que, a menudo, existe realmente una relación entre grupos, o entre grupos e individuos, cuando, en apariencia, no hay más que una relación entre individuos. Por ello, lo que se plantea no es una cuestión de imputabilidad, sino únicamente una cuestión de “risque” (riesgo). De lo que se trata fundamentalmente es saber cuál es el patrimonio que debe soportar definitivamente el “risque” que va unido a la actividad del grupo considerado<sup>55</sup>.

Por ello, en este sistema se prescinde de la idea de culpa, puesto que no es necesario «saber si una “faute” o “negligance” ha sido cometida, sino solamente cuál será el grupo de habrá de soportar la carga del “risque”. No existe otra prueba para practicar más que si se ha causado un perjuicio; practicada esta prueba la responsabilidad se aplica automáticamente»<sup>56</sup>.

Este sistema no acudió a la responsabilidad por culpa (“faute”). Más bien supera la visión del concepto tradicional de responsabilidad que va unida a la idea de culpa («responsabilidad subjetiva») y que se mueve, según DUGUIT, «dentro del principio de imputabilidad moral, que es el fundamento único de la responsabilidad civil»<sup>57</sup>.

De esta manera, el riesgo se constituye en el eje central de la noción de la responsabilidad estatal, pues con ello se busca un aseguramiento en favor de los particulares cuando sean afectados por el rompimiento en la aplicación de las cargas públicas, precisamente por el riesgo que genera el funcionamiento de los servicios públicos.

Otro aspecto que destacar en la noción de responsabilidad es el desarrollo, adaptación y aplicación de la teoría del órgano construida por GIERKE para las personas colectivas, desarrollada y aplicada al Estado por JELLINEK, y adoptada en Francia por algunos juristas de autoridad (MICHOU, HAURIOU). Ello implica, sin embargo, como ha señalado DUGUIT haciendo referencia al art. 1382 del *Code Napoléon* que «el Estado es una persona, que los gobernantes, los agentes son sus órganos y que como tales no tienen personalidad distinta del Estado. El Estado quiere, ordena y actúa por sus propios órganos. Cuando estos ordenan y actúan es el Estado mismo el que quiere y actúa»<sup>58</sup>.

Ello supone que, si en la prestación del servicio se produce un daño, la responsabilidad recae directamente sobre la Administración y, en principio, no es el agente quien debe

<sup>54</sup> RIVERO YSERN, E.: *El daño en el Derecho Administrativo*, cit., p. 39.

<sup>55</sup> RIVERO YSERN, E.: *El daño en el Derecho Administrativo*, cit., p. 38.

<sup>56</sup> RIVERO YSERN, E.: *El daño en el Derecho Administrativo*, cit., p. 38.

<sup>57</sup> RIVERO YSERN, E.: *El daño en el Derecho Administrativo*, cit., p. 38.

<sup>58</sup> RIVERO YSERN, E.: *El daño en el Derecho Administrativo*, cit., pp. 36 y 37.

responder. Lo que se tiene más en cuenta es la actuación del servicio, más que la actuación del agente. Sin embargo, «cuando el perjuicio causado a un particular lo ha sido a consecuencia del funcionamiento del servicio público, por el acto de un funcionario que es extraño al servicio, que no pertenece al servicio; el Estado, el Tesoro público no son responsables, y quien responde frente al particular será el causante del daño»<sup>59</sup>.

Esta distinción entre responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva la destaca GALLARDO CASTILLO, al señalar que «en el Derecho francés, el Consejo de Estado distingue entre las faltas personales de los funcionarios, que son de su exclusiva responsabilidad, y las faltas de servicios, de las que responde directamente el Estado, caracterizándose por resultar de los hábitos del servicio mismo y ser una falta impersonal, que no se individualiza en un funcionario concreto ni requiere su culpa»<sup>60</sup>.

Este sistema diferencia la responsabilidad por el riesgo (“*risque*”) que genera la prestación de los servicios públicos y la responsabilidad personal del funcionario por “*faute personnelle*”, cuando las acciones son ajenas o no corresponden *per se* al servicio público. Por ello, DUGUIT no desconoce «que el funcionario no puede desaparecer de las relaciones que se engendran como consecuencia de la responsabilidad de la Administración, pero sostiene que la responsabilidad del Estado es una responsabilidad objetiva “*pour risque*”»<sup>61</sup>.

La noción de responsabilidad pone de relieve la construcción de la teoría del riesgo que genera la prestación de los servicios públicos, que da paso a la responsabilidad objetiva; por su parte, la construcción de la teoría de órgano, que considera al Estado como una persona que confunde a sus órganos con los agentes estatales y que, por lo tanto, no tienen personalidad distinta del Estado, da lugar a la responsabilidad directa de la Administración. Sin embargo, ello no deja de lado la responsabilidad personal del funcionario cuando sus actos dañosos han sido ajenos a la prestación del servicio público y de este postulado se deriva la responsabilidad subjetiva del agente estatal y el derecho repetición que le corresponde al Estado.

### 2.2.2. Concepto

Para poder arribar a una aproximación respecto del concepto de la responsabilidad patrimonial, revisaremos algunas reflexiones que proponen distintos tratadistas sobre este

<sup>59</sup> RIVERO YSERN, E.: *El daño en el Derecho Administrativo*, cit., p. 40.

<sup>60</sup> GALLARDO CASTILLO, M.: *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Revista Estudios Socio-Jurídicos, (pp. 41-59), Colombia, 1999, p. 43, en línea: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2723397>

<sup>61</sup> RIVERO YSERN, E.: *El daño en el Derecho Administrativo*, cit., p. 39.

instituto. A pesar de la amplitud con la que se ha tratado este tema sobre todo en el Derecho español, aún no podemos afirmar que hayamos conseguido una definición terminada de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas como se denomina en España o de la responsabilidad extracontractual del Estado, como se denomina en Ecuador.

Para el profesor RODRÍGUEZ-ARANA, «la responsabilidad es una categoría central del Derecho, como puede ser, por ejemplo, el acto jurídico o el contrato. Una categoría jurídica que, como sabemos, parte de un axioma incontrovertido: quien ocasiona un daño está obligado a repararlo, algo que se proyecta, como es lógico, en el Derecho público como en el Derecho privado»<sup>62</sup>.

Para el tratadista GONZÁLEZ PÉREZ, «las Administraciones públicas, al actuar en la realización de los fines que tienen encomendados, puede producir, al lado de los efectos propios de la potestad que ejerzan, otros que, por no derivarse directamente de ella, pueden calificarse de efectos anormales»<sup>63</sup>. Agrega, además que, «el supuesto típico de eficacia anormal respecto de la Administración pública lo constituye la responsabilidad patrimonial»<sup>64</sup>.

Cuando se produce una lesión en los bienes y derechos de los administrados, como «consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» la Administración debe reparar el daño causado. Además, pone de relieve que del supuesto antes mencionado se genera la diferencia entre expropiación y responsabilidad<sup>65</sup>, distinguiendo que, en la expropiación, la indemnización no es un efecto anormal, sino normal, ya que es «una función administrativa de provisión de medios»<sup>66</sup>, que comprende «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos e interés patrimoniales legítimos» (art. 1 LEF), mientras que la responsabilidad «por el contrario, se produce como consecuencia del ejercicio de cualquier función administrativa, que determina un daño no directamente procurado»<sup>67</sup>.

Es decir, la responsabilidad patrimonial de la Administración se extiende a «todas las formas de acción administrativa que impliquen una lesión individualizada de los contenidos económicos», siempre que «la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal

---

<sup>62</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J.: *Recensión del libro de Enrique Rivero Ysern: El daño en el Derecho Administrativo*, Porto, Juruá Editorial, 2018, (pp. 119), *Revista de Administración Pública*, 209, (pp.459-502), Madrid, 2019, p. 497.

<sup>63</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit., p. 203.

<sup>64</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit., p. 203.

<sup>65</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit., p. 203.

<sup>66</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit., p. 204.

<sup>67</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit., p. 205.

de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar» (LRJSP, art. 32.1).

BLANQUER CRIADO distingue que, en el caso de la requisita, la ocupación directa y la expropiación forzosa, el daño o efecto es «directo, voluntario e intencional» (la privación coactiva es requerida para usar un aparato respirador o los terrenos necesarios para hacer un hospital de campaña); mientras que, en la responsabilidad patrimonial, el resultado lesivo es «indirecto, involuntario y consecuencial» (durante la ejecución de las obras de una nueva línea de metro se cortan al tráfico unas calles, y a los potenciales clientes les resulta total y absolutamente imposible acceder a los locales comerciales que están en esas calles, por lo que los propietarios de esos establecimientos sufren de forma indirecta un lucro cesante, que se potencia o incrementa por el retraso en la terminación de las obras, y por ello tienen derecho a ser resarcidos a título de responsabilidad patrimonial)<sup>68</sup>.

En la responsabilidad patrimonial, el resarcimiento es siempre posterior a la producción del resultado lesivo (es una «consecuencia» patrimonial de la actuación de la Administración). Por ejemplo, el lucro cesante o disminución de ingresos que se impone a los comercios es una consecuencia del retraso en la ejecución de las obras para la construcción del metro (y no un requisito habilitante para realizar la obra pública)<sup>69</sup>.

En este contexto, MASSÓ GARROTE, complementa este criterio consecuencial al señalar que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es «aquella posición subjetiva a la cual la ley anuda la consecuencia de un hecho lesivo a un interés protegido»<sup>70</sup>. En este mismo sentido, RIVERO ORTEGA precisa que corresponde a la Administración pública «la compensación por los daños ocasionados como consecuencia del actuar o la pasividad administrativa»<sup>71</sup>. Señala, además que «cuando la Administración perjudica derechos o intereses de terceros de modo efectivo y cuantificable, sin que éstos tengan la obligación jurídica de soportarlo, ha de indemnizar»<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> BLANQUER CRIADO, D.: *Los daños por la COVID-19. (Responsabilidad patrimonial; ordenación y privación de los derechos)* (pp. 399 – 502). En BLANQUER, D. (Coord.): *COVID-19 y Derecho Público. (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, 417.

<sup>69</sup> BLANQUER CRIADO, D.: *Los daños por la COVID-19. (Responsabilidad patrimonial; ordenación y privación de los derechos)*, cit., p. 417.

<sup>70</sup> MASSÓ GARROTE M. F.: *El Principio Jurídico Constitucional de la Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Trajano Potentini & Asocs., S.R.L., Santo Domingo, República Dominicana, 2014, p.19.

<sup>71</sup> RIVERO ORTEGA, R.: *Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 190.

<sup>72</sup> RIVERO ORTEGA, R.: *Derecho Administrativo*, cit., p. 190.

Estas reflexiones se muestran sintetizadas en la definición que contiene el DICCIONARIO PANHISPÁNICO DEL ESPAÑOL JURÍDICO, cuando señala que la responsabilidad patrimonial de la Administración es la «obligación de las administraciones públicas de indemnizar por toda lesión que causen sus actividades en cualquiera de los bienes y derechos de las personas, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»<sup>73</sup>.

La obligación de la Administración pública de reparar los daños ocasionados en los bienes o derechos de las personas a consecuencia de la actividad administrativa tiene fundamento en la garantía que tienen las personas en sus bienes y derechos, frente al daño ocasionado por la Administración, cuándo éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo. Por ello, la Administración tiene el deber de asumir las consecuencias jurídicas causadas por la acción u omisión de sus órganos, salvo los casos de fuerza mayor.

### 2.3. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Son varias las teorías<sup>74</sup> que buscan justificar el deber del Estado de reparar o resarcir los daños causados a los particulares. En este contexto, MIR PUIGPELAT sostiene que son tres las principales respuestas ofrecidas por la doctrina administrativista a la pregunta de por qué debe admitirse la responsabilidad en el Derecho de daños público: i) riesgo especial creado por la Administración; ii) el principio de igualdad ante las cargas públicas; y iii) la garantía patrimonial de los administrados.

---

<sup>73</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, en línea: <https://dpej.rae.es/lema/responsabilidad-patrimonial-de-la-administraci%C3%B3n>.

<sup>74</sup> Por ejemplo, el profesor argentino, JULIO I. ALTAMIRA GIGENA sostiene la “teoría del bien común” como fundamento de la responsabilidad del Estado. Es decir, el bien de toda la comunidad y ella no puede encontrarse plenamente satisfecha si un miembro o grupo de sus miembros sufre los daños producidos por la actividad de la Administración; por lo tanto, le corresponde indemnizar los perjuicios que ocasione. Asimismo GUILLERMO ALTAMIRA postula la “teoría de la solidaridad humana”, considera que los cimientos de la doctrina de la responsabilidad deben basarse en el principio de la solidaridad humana que es precisamente el que informa e impone ayuda recíproca a todos los individuos que constituyen la colectividad. Sus fuentes no deben buscarse en la moral ni en la ciudad, sino en un acto de justicia distributiva que la sociedad está obligada realizar para aquellas personas que por hechos que nos les son imputables se encuentran de pronto y por un acontecimiento ajeno a su voluntad, en situación de inferioridad para cumplir con su fin individual y social, y siendo el Estado el órgano por el cual la sociedad realiza esta obra de solidaridad, ya que por su enorme magnitud escapa al poder del individuo, es quien debe afrontar este problema y resarcir. Véase GUILLERMO ALTAMIRA, *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Córdoba 1941, p. 110. *Ibidem*, pp. 86-87.

### 2.3.1. El riesgo especial creado por la Administración

La doctrina de riesgo, desarrollada en el Derecho francés, como señala MIR PUIGPELAT, de gran raigambre en el Derecho civil, es también «aducida con frecuencia por la doctrina iuspublicista en defensa de la responsabilidad objetiva de la Administración: la Administración debe responder objetivamente cuando cree o domine un riesgo especial, cuando cree o domine un riesgo especialmente elevado de producción de resultados lesivos»<sup>75</sup>.

Sin embargo, «esta construcción teórica, tan útil en el Derecho privado para ampliar el radio de acción de la responsabilidad, en materia administrativa no sirve para explicar ciertas y específicas situaciones que producen daños insoportables»<sup>76</sup>, es decir, tiene un campo de actuación limitado, dado que sólo tiene aplicación en el ámbito clásico de los daños accidentales<sup>77</sup> (v. gr., daños que tienen origen en cosas peligrosas –armas, explosivos, centrales nucleares o hidroeléctricas- o actividades peligrosas –hospitales, prisiones, planes de vacunación-).

Aun en estas hipótesis de daños accidentales, el principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas puede servir de fundamento a la responsabilidad, puesto que existen muchas obras públicas (v. gr., carreteras, puentes, muros o canales) que no son portadoras, en sí mismas, de peligros. Además, en todos los casos de responsabilidad por daños accidentales hay un daño anormal y especial que constituye un sacrificio particular, intenso y excepcional que quebranta el principio de igualdad en las cargas pública; en esencia, el riesgo no es indemnizable, sino el daño que produce<sup>78</sup>.

Por ejemplo, la actuación de la Policía Nacional para evitar un robo a una entidad bancaria puede generar daños no sólo a los establecimientos colindantes, sino a las personas que se encuentran dentro de sus instalaciones, como sucedió en el tiroteo que se produjo entre un atracador armado y varios agentes del Cuerpo Nacional de Policía, en donde la agraviada fue retenida por el delincuente y herida por los agentes, sin apreciarse indicio de que el uso de las armas por parte de los miembros de la Policía Nacional no fuera plenamente conforme con las

---

<sup>75</sup> MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad Patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 187.

<sup>76</sup> JINESTA E.: *Responsabilidad Administrativa, Constitución y Derechos Fundamentales* (pp. 961 – 998). En FERRER MAC-GREGOR, E. y ZALDIVAR LELO DE LARREA, A, Coord.: *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador de Derecho*. Tomo XVIII, Procesos Constitucionales Orgánicos. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, México 2008, p. 990.

<sup>77</sup> JINESTA E.: *Responsabilidad Administrativa, Constitución y Derechos Fundamentales*, cit., pp. 990 y 991.

<sup>78</sup> JINESTA E.: *Responsabilidad Administrativa, Constitución y Derechos Fundamentales*, cit., pp. 990 y 991.

previsiones de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante, LOFCS).

En este caso, el Consejo de Estado español señaló que «en esta reclamación de responsabilidad patrimonial no está relacionada con la posible conducta incorrecta de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, a consecuencia de cuyos disparos fue herida, sino con la posible relación entre el daño efectivo sufrido por la rehén y el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» (CE, expediente n.º 785/2019, de 19/12/2019). La actuación de los agentes se acomodó a lo dispuesto en el art. 5.2 de la LOFCS, por lo que no se aprecia que existiera un funcionamiento anormal de los servicios públicos, pues la actuación de la Policía fue adecuada, así como la conducta de la reclamante fue igualmente correcta.

Así las cosas, es oportuno recordar, como ha dicho el Consejo de Estado, que la misma instauración de algunos servicios públicos genera un riesgo para su puesta en práctica, ya que los medios empleados, las armas, son medios susceptibles de desencadenar procesos causales con la producción de daños a particulares. Si estos particulares no tienen obligación de soportarlos nos encontramos ante un título de imputación. Así se refleja, por ejemplo, en el dictamen n.º 54.299, de 5 de abril de 1990, tras la reclamación presentada por la muerte del hijo de los reclamantes, o en el dictamen n.º 2.248/2007, de 31 de enero de 2008, en el que un escolta murió a manos de la Guardia Civil cuando todos ellos desempeñaban correctamente sus funciones<sup>79</sup>.

No cabe duda de que los agentes del Cuerpo Nacional de Policía actuaban en cumplimiento de su deber, pero también es cierto que la disponibilidad del arma encierra, en sí misma, un riesgo que puede constituir título de imputación a la Administración pública<sup>80</sup>. La titularidad de la organización pública de la seguridad ciudadana justifica la imputación a aquella de los daños resultantes del riesgo creado en interés de la colectividad. Como ha señalado el Consejo de Estado en el dictamen n.º 1.407/93, de 27 de enero de 1994, «el fondo institucional de la responsabilidad patrimonial comporta que quien sufre un daño consecuente a la puesta en acción de elementos conectados con el servicio público, en cuya producción no ha participado en modo alguno la persona dañada, debe obtener una reparación (en la medida que ello es factible), de la sociedad beneficiaria del servicio público establecido respecto de la cual actúa medialmente la Administración pública».

<sup>79</sup> Dictamen del Consejo de Estado. Expediente No. 785/2019, Referencia: 785/2019. Aprobación: 19/12/2019.

<sup>80</sup> Dictamen del Consejo de Estado. Expediente No. 785/2019, Referencia: 785/2019. Aprobación: 19/12/2019.

Pues bien, «la legítima utilización de armas de fuego por los policías es una “actuación legal” que pone de manifiesto la creación de un riesgo por la Administración en beneficio general de la seguridad pública de toda la comunidad»<sup>81</sup>. Como ese riesgo beneficia a todos, las consecuencias lesivas no deben ser individualmente soportadas por las personas heridas en el tiroteo o por los titulares de los establecimientos colindantes.

La aplicación del riesgo es limitada a los casos en los cuales la Administración en el ejercicio de sus actividades genera un riesgo en beneficio colectivo; pero en la mayoría de los casos el riesgo es irrelevante, puesto que, una vez demostrado el daño causado en los bienes y derechos de las personas sin que éstas tengan la obligación de soportarlo, la obligación de reparar dicho daño por parte de la Administración es automática.

### **2.3.2. El principio de igualdad ante las cargas públicas**

El principio de igualdad ante las cargas públicas, como puntualiza MIR PUIGPELAT, ha sido y es, probablemente, el argumento más repetido por la doctrina administrativa en defensa de la responsabilidad objetiva de la Administración: «se trata de un argumento propio del Derecho público, desconocido en el Derecho privado, que tiene en cuenta la especificidad del actuar administrativo y de la relación existente entre la Administración y los particulares»<sup>82</sup>.

Este principio tuvo origen en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en su art. 13 estableció que “... unos ciudadanos no deben sufrir más que otros las cargas impuestas en interés de todos”. Por ello, TEISSIER sostenía que «cuando el Estado ejecuta un acto que perjudica a un habitante haciéndole sufrir un daño injusto, con respecto a los demás ciudadanos, está obligado a indemnizar ese daño para no romper el principio de equidad, de igualdad, que ampara por igual a todos los habitantes».<sup>83</sup>

El rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas supone dos escenarios: el primero está relacionado con la idea de beneficio que genera la actuación administrativa en favor de toda la colectividad y el segundo se refiere al sacrificio que sufre el particular con respecto a los demás ciudadanos. La equiparación de esta desigualdad –beneficio colectivo y sacrificio particular– en clave de justicia conmutativa da fundamento a la responsabilidad patrimonial.

---

<sup>81</sup> BLANQUER CRIADO, D.: *Los daños por la COVID-19. (Responsabilidad patrimonial; ordenación y privación de los derechos)*, cit., p. 418.

<sup>82</sup> MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad Patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, cit., p. 190.

<sup>83</sup> TEISSIER, J.: *La responsabilidad de la Puissance Publique*, Paris, 1906, p. 147, citado por ALTAMIRA GIGENA, J.: *Responsabilidad del Estado*, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 77.

Ciertamente, como señala GALLARDO, el fundamento del deber de resarcimiento de los daños ocasionados por consecuencia de la actividad administrativa lo reconoció el Consejo de Estado en los años 70, concretamente en su dictamen de 8 de julio de 1971, en el que sostenía que, si bien los administrados tienen el deber de soportar las cargas públicas generales, los que sufran un daño singular, excesivo y desigual deben ser indemnizados<sup>84</sup>.

Esta función natural que tiene el Estado de imponer cargas a las personas para procurar la obtención de bienes generales puede traducirse en que ellas sean atribuidas sólo a algunos en beneficio del resto de la comunidad. Esta situación, por justificada que resulte desde el punto de vista formal y jurídico-material, puede afectar la garantía de igual distribución de las cargas públicas<sup>85</sup>.

La asunción de la indemnización del daño por parte de la colectividad, por parte de la Administración, es vista así «como mecanismo restablecedor de la igualdad rota y como compensación del sacrificio –en aras de la colectividad– de la víctima»<sup>86</sup>. El beneficio de la colectividad en función del sacrificio particular sólo puede ser aceptado en virtud de la reparación de la igualdad rota, pues la actuación de la Administración se legitima a través de la búsqueda de interés general y cualquier sacrificio debe ser compensado.

Frecuentemente, la Administración tiene que pagar indemnizaciones por responsabilidad patrimonial cuando la actuación es legal pero produce un sacrificio especial (por ejemplo: los daños que se producen en los locales colindantes a una entidad bancaria, cuando la Policía Nacional los genera en el momento de evitar un robo); pero, en la mayoría de los casos, las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial se producen como consecuencia del funcionamiento anormal o ilegal de la Administración (por ejemplo: cuando se incumple el plazo de ejecución de las obras de una vía pública y como producto de ello se afecta la venta en los locales comerciales).

### **2.3.3. La garantía patrimonial de los administrados**

Según MIR PUIGPELAT, el argumento que con mayor frecuencia se ha manejado en España para fundamentar la responsabilidad objetiva de la Administración es el de la garantía patrimonial de los administrados, pues «la Administración debe responder objetivamente

---

<sup>84</sup> GALLARDO CASTILLO, M.: *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, cit., p. 46.

<sup>85</sup> BARROS BOURIE, E.: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 1ª ed., Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2010, p. 490.

<sup>86</sup> MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, cit. pp. 190 y 191.

porque le corresponde garantizar la integridad patrimonial de los administrados frente a la acción pública; existe un principio general y abstracto de garantía del patrimonio de los ciudadanos que obliga a la Administración a compensar todo menoscabo que pueda irrogarles»<sup>87</sup>.

En todo caso, debe afirmarse que el principio cardinal en el que descansa la institución jurídica de la responsabilidad patrimonial «no será la culpa o ilicitud de la actuación administrativa del Estado o sus agentes, sino el derecho a la integridad patrimonial de los particulares, que da base de justificación a la indemnización debida cuando se ha producido una lesión en los bienes o derechos del individuo, que no tenía la obligación jurídica de soportar»<sup>88</sup>.

La necesidad de garantizar dicha integridad patrimonial obliga a prescindir del carácter culposo o diligente, ilícito o lícito, de la actuación administrativa y a tener que indemnizar siempre que se produzca un daño antijurídico, un daño que la ley no obligue expresamente a soportar. La garantía patrimonial exige, así, trasladar la atención de la conducta administrativa al daño que de ella deriva, trasladar la atención de la Administración a la víctima, al titular del patrimonio lesionado<sup>89</sup>.

Este es el fundamento que GARCÍA DE ENTERRÍA otorgó a la responsabilidad objetiva de la Administración española ya a mediados de los años cincuenta. El principio de garantía patrimonial para este autor servía (y sirve) de fundamento, también, a la institución de la expropiación forzosa. La expropiación, como la responsabilidad de la Administración, encontrarían su fundamento unitario en el referido principio de garantía patrimonial<sup>90</sup>.

En relación con la unificación del fundamento del sistema de responsabilidad sin falta sobre la base del principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas, es preciso indicar que en todos los supuesto de este régimen la falta de servicio o el funcionamiento anormal son conceptos inútiles, puesto que el administrado no tiene que probar ninguna falta y la eventual prueba por parte de la administración pública del funcionamiento normal es irrelevante, dado que una vez probado el sacrificio especial e intenso, la responsabilidad es automática y de pleno derecho<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, cit., p 192.

<sup>88</sup> CASTRO ESTRADA, A.: *El sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado*. En: PAMPILLO BALIÑO, J. & MUNIVE PÁEZ, M., Coord.: *Derecho Administrativo*, 1ª ed., Editorial Porrúa S.A., México D.F., 2012, p 371.

<sup>89</sup> MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, cit., pp. 192 y 193.

<sup>90</sup> MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, cit., p 193.

<sup>91</sup> JINESTA E.: *Responsabilidad Administrativa, Constitución y Derechos Fundamentales*, cit., p. 990.

Según lo dicho, el fundamento del sistema «se encuentra en la protección y garantía del patrimonio de los particulares, quienes, sin tener obligación jurídica de soportarlo, han sido víctimas de un daño no buscado, no querido ni merecido, producido como consecuencia de la acción -u omisión- administrativa del Estado, independientemente de la licitud o ilicitud de la conducta causante»<sup>92</sup>.

#### 2.4. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

La responsabilidad patrimonial de la Administración pública es una de las principales instituciones del Derecho administrativo, que tiene por objeto, por un lado, determinar la obligación de la Administración de reparar el daño ocasionado a los particulares por la prestación de los servicios públicos y, por otro lado, garantizar el derecho de las personas a la reparación por el daño ocasionado. Su función consiste en mantener el equilibrio entre las potestades públicas que ejerce la Administración y la garantía que tutela los derechos fundamentales de las personas.

La responsabilidad patrimonial de la Administración pública, desde su recepción en el Ordenamiento jurídico español, y lo propio en el Ordenamiento jurídico ecuatoriano, se ha desarrollado de forma significativa. En España, el fundamento de la responsabilidad patrimonial está determinado, aunque de forma genérica, en el art. 9.3 de la CE, que se refiere a la responsabilidad de los Poderes públicos y de forma conexa se desarrolla en diferentes disposiciones constitucionales.

RODRÍGUEZ-ARANA sostiene que la CE de 1978 no se pronuncia sobre ningún sistema de responsabilidad<sup>93</sup> y se limita a señalar que «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos» (art. 106.2).

El art. 9.2 determina la obligación de los poderes públicos de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas». La libertad como valor jurídico en el ámbito de la responsabilidad patrimonial implica que las personas puedan elegir sin ningún tipo de restricción los bienes y servicios que

<sup>92</sup> CASTRO ESTRADA, A.: *El sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado*, cit., pp. 371 y 372.

<sup>93</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J.: *Recensión del libro de Enrique Rivero Ysern: El daño en el Derecho Administrativo*, Porto, cit., p. 497.

requieran para satisfacer sus necesidades, individuales y colectivas, y la igualdad como principio jurídico exige la aplicación de las cargas públicas en los mismos términos para todos.

Sin embargo, el rompimiento de esa igualdad trae como consecuencia la obligación de la Administración de reparar el daño incurrido como mecanismo de restauración del derecho afectado. Lo cual tiene una relación directa con el art. 9.3, que garantiza «la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». En este contexto, la responsabilidad como principio orienta el desarrollo de la actividad administrativa y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos limita el ejercicio de la potestad estatal frente a los derechos fundamentales de las personas.

La Constitución ecuatoriana, en el art. 11. 9, regula de forma expresa la responsabilidad de los poderes públicos, determinando que el «más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados de la Constitución»; por ello, «el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas».

Así, la Constitución asume como fundamento del sistema de responsabilidad la garantía de los derechos que forma parte de la propia definición de Ecuador como un «Estado constitucional de derechos de justicia» (CRE, art. 1) e incluye dentro de sus deberes primordiales «garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales» (CRE, art. 3, numeral 1), siendo estos derechos «de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte» (CRE, art. 11, numeral 3). Este enfoque garantista de derechos se ve reflejado a lo largo del texto constitucional y es el fundamento de la responsabilidad de los poderes públicos.

A pesar de los matices que existen en los dos regímenes constitucionales que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración, los elementos centrales que constitucionalizan esta institución jurídica giran en torno de la garantía de los derechos patrimoniales y fundamentales. La Constitución española reconoce el derecho de los

particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos; en cambio, la Constitución ecuatoriana establece la obligación de la Administración de reparar las violaciones de los derechos de los particulares.

Toda lesión genera dualidad en el restablecimiento del derecho afectado: por un lado, la obligación de la Administración de reparar la violación y, por otro lado, el derecho de los particulares de exigir la indemnización que corresponde como un medio de reparación del daño y del sufrimiento que ocasionó la Administración al particular que no tenía la obligación jurídica de soportarlo, ya sea a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o por las acciones u omisiones de sus agentes estatales en el desempeño de sus funciones.

## **2.5. LA REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EN EL DERECHO ECUATORIANO**

El régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el Derecho español, a partir de la última reforma, está regulado por la LRJSP y por la LPACAP. Así, la responsabilidad patrimonial de la Administración pública cuenta con una regulación propia que se halla integrada en el Derecho administrativo.

La LRJSP en el título preliminar, capítulo IV, sección 1.<sup>a</sup> regula la «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas». En el art. 32, incorpora el principio de responsabilidad, señalando que «1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

En el Derecho ecuatoriano la responsabilidad extracontractual del Estado se encuentra regulada en el título V del COA. El art. 330 establece que «las instituciones del sector público, con excepción de la función judicial cuya responsabilidad está determinada en su propia ley, responden por el daño debidamente calificado proveniente de sus actuaciones u omisiones, incluso cuando estas sean lícitas, siempre que el particular perjudicado no tenga la obligación jurídica de soportarlo». Además, señala que el delegatario y concesionario responden directamente por los daños que ocasionen y subsidiariamente el Estado y, en todos los casos, el Estado ejercerá su derecho a la repetición.

Las regulaciones del principio de responsabilidad en ambas legislaciones mantienen una estructura común y se fundamentan en el texto constitucional. Esto se aplica tanto al derecho

de los particulares a ser indemnizados, como a la obligación de la Administración de responder por toda lesión –daño resarcible<sup>94</sup>– o daño calificado que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sin que sea necesario probar la falta o deficiencia en la prestación del servicio, incluso cuando éstas sean lícitas, siempre que el particular perjudicado no tenga la obligación jurídica de soportar el daño.

El procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración en el Ordenamiento español está determinado en la LPACAP. El art. 1 establece que «los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones públicas, incluyendo el sancionador y el de reclamación de responsabilidad de las Administraciones públicas, así como los principios a los que se ha de ajustar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria».

En el régimen jurídico ecuatoriano, el procedimiento en sede administrativa para la reclamación de la responsabilidad extracontractual del Estado está previsto en el COA, siguiendo el procedimiento general, pero, cuando la responsabilidad extracontractual se exige ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la acción debe plantearse siguiendo las normas contenidas en el Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP). En cambio, en el Derecho español, la LPACAP contempla la obligación de agotar la vía administrativa para que el interesado pueda elegir la jurisdicción contencioso-administrativa.

## **2.6. RESPONSABILIDAD DIRECTA Y OBJETIVA**

La configuración que da forma a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública es su carácter directo y objetivo.

### **2.6.1. La responsabilidad directa**

La responsabilidad de la Administración se formula como una responsabilidad directa, «no como un simple sistema de cobertura de los daños causados por los actos ilícitos de los funcionarios y agentes de los entes públicos»<sup>95</sup>. La propia teoría del órgano obliga a que las consecuencias dañosas de la actuación del personal adscrito a la Administración se atribuyan siempre a la propia organización titular del servicio»<sup>96</sup>. Es decir, el propio Estado a través de la

<sup>94</sup> REAL ACADÉMICA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, en línea: <https://dpej.rae.es/lema/lesi%C3%B3n>

<sup>95</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E Y FERNÁNDEZ T. R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, cit., p. 388.

<sup>96</sup> GALLARDO CASTILLO, M.: *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, cit. p. 45.

Administración pública debe asumir directamente las consecuencias dañosas de la actividad de sus órganos y agentes, sin perjuicio de la acción de regreso.

GONZÁLEZ PÉREZ señala que «las Administraciones públicas responderán directamente, cualquiera que hubiese sido el grado de culpabilidad en que pudiera haber incurrido la persona física –autoridad, funcionario, agente– en su actuación».<sup>97</sup> Agrega, además, que «los afectados por el daño no tendrán que establecer disquisiciones en orden a la culpabilidad de la persona física a la que pudiera imputarse inmediatamente la actuación»<sup>98</sup>, sino que podrán exigir directamente a la Administración pública la correspondiente indemnización. Aunque después la Administración podrá ejercer el derecho de repetición en contra de sus agentes, siempre que hubiesen actuado con dolo, culpa o negligencia grave.

La LRJSP, en el art. 32.1, así lo ha previsto al señalar que «los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos». En sentido similar, el COA, en el art. 330, determina que las Administraciones públicas «responden por el daño debidamente calificado proveniente de sus actuaciones u omisiones, incluso cuando estas sean lícitas, siempre que el particular perjudicado no tenga la obligación jurídica de soportarlo».

El COA en el art. 333, a diferencia de la LRJSP, introduce una disposición que reconoce la responsabilidad –directa– por acciones u omisiones de servidores públicos: «el Estado responde por el daño calificado, por acción u omisión de la o del servidor público y tendrá la obligación de ejercer la acción de repetición contra quienes, en el ejercicio de sus funciones, generaron el daño por dolo o culpa grave».

La responsabilidad directa se materializa cuando el afectado del daño plantea directamente la acción de responsabilidad en contra de la Administración pública y, cuando agotado el procedimiento administrativo o el proceso contencioso administrativo, se determina la responsabilidad y la consecuente reparación del daño que el administrado no tenía la obligación jurídica de soportar.

---

<sup>97</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit., pp. 218 y 704.

<sup>98</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit., pp. 218 y 704.

### 2.6.2. La responsabilidad objetiva

La teoría de la responsabilidad objetiva «presta toda la atención preferente al daño que se produce por una conducta, sin tomar en cuenta las circunstancias intencionales o intelectuales del sujeto»<sup>99</sup>, independientemente de la idea de culpa, desplazando sobre la colectividad «la generalidad de los perjuicios en que haya intervenido causalmente algún órgano de la Administración»<sup>100</sup>.

Para que se reconozca la responsabilidad objetiva, «no se debe acreditar la existencia de una conducta culpable de los agentes públicos, sino, únicamente, que el daño sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»<sup>101</sup>, «en una relación inmediata y exclusiva de causa-efecto»<sup>102</sup>. Se incluyen no sólo los daños ilegítimos «que son consecuencia de una actividad culpable de la Administración o de sus agentes (lo que la Ley entiende por “funcionamiento anormal” de los servicios públicos), sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita –funcionamiento normal– lo cual supone, a su vez, la inclusión dentro del ámbito de la cobertura a los daños causados de forma involuntaria»<sup>103</sup>.

CASTRO ESTRADA sostiene que la responsabilidad objetiva «deriva de la actividad administrativa irregular, no consiste en cumplir o no cumplir con disposiciones legales y administrativas determinadas –lo que sería legal o ilícito– sino en haber padecido un daño, que no se tenía obligación jurídica de soportar, y que, por tanto, al ser violatoria de una garantía a la integridad patrimonial de los individuos, genera una obligación reparatoria por parte del Estado»<sup>104</sup>, prescindiéndose de la idea de culpa para fundamentar la consecuencia de la indemnización.

La licitud o ilicitud de la conducta individual del agente del Estado «tiene importancia para la responsabilidad administrativa y la eventual reparación por parte de la Administración pública, pero es irrelevante para la configuración de la responsabilidad objetiva del Estado, frente a los particulares que gozan de la mencionada garantía»<sup>105</sup>.

---

<sup>99</sup> LARREA HOLGUÍN, J.; *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. Derecho Civil. Tomo II*, Universidad Tecnológica Equinoccial y Fundación Latinoamericana Andrés Bello – CODEU., Ecuador, 2008, p. 771.

<sup>100</sup> BARROS BOURIE, E.: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, cit., p. 494.

<sup>101</sup> MASSÓ GARROTE M. F.: *El Principio Jurídico Constitucional de la Responsabilidad Patrimonial del Estado*, cit., p. 49.

<sup>102</sup> GALLARDO CASTILLO, M.: *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, cit., 46.

<sup>103</sup> GALLARDO CASTILLO, M.: *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, cit., p. 46.

<sup>104</sup> CASTRO ESTRADA, A.: *El sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado*, cit., p. 399.

<sup>105</sup> CASTRO ESTRADA, A.: *El sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado*, cit., p. 399.

El régimen de responsabilidad de la Administración, como se desprende del art. 330 de la LRJSP, en el caso español, y del art. 330 del COA, en el caso ecuatoriano, es de carácter objetivo, por cuanto «acoge no sólo los daños producidos por el funcionamiento anormal de los servicios públicos –donde encajaría perfectamente la idea de culpa– sino también los derivados del funcionamiento normal de los mismos que es el dato clave que permite cualificar el sistema como –objetivo–»<sup>106</sup>.

La jurisprudencia ha confirmado en reiterados fallos la objetividad de la responsabilidad patrimonial. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo de 9 de octubre de 2007 (Roj: STS 6485/2007 - ECLI:ES:TS:2007:6485), se afirma que la responsabilidad patrimonial de la Administración es «una responsabilidad objetiva, esto es, se prescinde de la idea de culpa, por lo que no es preciso demostrar su existencia, sino únicamente la realidad de una lesión imputable causalmente a la Administración de que se trate».

En otra Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, de 6 de marzo de 2012 (Roj: STS 1345/2012 - ECLI:ES:TS:2012:1345), se afirma que la responsabilidad patrimonial de la Administración se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado, «siendo indiferente que la actuación administrativa haya sido o no correcta, ya que lo que caracteriza la responsabilidad es el daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado»<sup>107</sup>.

La jurisprudencia ecuatoriana igualmente ha confirmado que la responsabilidad extracontractual es objetiva. Por ejemplo, en la Resolución (CNJ) Nro. 709-2018 ha señalado que la responsabilidad objetiva del Estado es entendida «como la obligación del ente estatal de reparar los perjuicios ocasionados a un tercero (que no estaba en la obligación de resistirlo –riesgo excepcional) producto del ejercicio de su actividad pública», determinado que en la responsabilidad objetiva no se encuentra inmersa la culpa propiamente dicha del ente público causante del daño, sino que se habla de una especie de culpa especial relacionada con la falta o falla del servicio (diferenciándose así, sustancialmente de la responsabilidad civil o subjetiva). Bajo esa lógica, se trata de una responsabilidad objetiva, directa y especial del Estado.

<sup>106</sup> LÓPEZ MENUDO, F; GUICHOT REINA, E. Y CARRILLO DONAIRE, J.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, S.A., Valladolid, 2005, p. 29.

<sup>107</sup> Ver., también la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo de 20 de septiembre de 2011 (Roj: STS 5762/2011 - ECLI:ES:TS:2011:5762), que contiene fundamentos análogos.

LÓPEZ MENUDO Y OTROS puntualizan que, para que surja la responsabilidad administrativa, «no es necesario que la producción del daño deba ser anudada a la acción u omisión de un funcionario o de cualquier persona integrada en la Administración o que actúe por cuenta o bajo las órdenes de ella; tampoco es imprescindible la determinación del órgano administrativo al que concretamente hubiera que vincular el daño tras el examen de sus competencias»<sup>108</sup>. Sostienen, además, que precisamente lo decisivo es que «el daño pueda ser referido causalmente al –servicio público– del que dimane, entendida esta noción, como podrá comprobarse en la jurisprudencia examinada, en sentido amplio»<sup>109</sup>.

Pero la responsabilidad objetiva también ha generado posiciones críticas. Por ejemplo, para BARROS BOURIE, los efectos de la responsabilidad objetiva «son absurdos, tanto desde la perspectiva de la justicia correctiva, como de la asignación racional de los recursos públicos». Este tratadista se pregunta si tiene sentido que una persona pague, mediante sus impuestos, por la reparación material que realiza el Estado cuando ha sido condenado por torturar. Ahora bien, aunque el Estado por la responsabilidad objetiva responda ante la víctima prescindiendo de la identificación y del grado de responsabilidad de sus agentes del Estado, no es menos cierto que tienen la obligación de repetir contra aquéllos<sup>110</sup>.

Ello implica que la repetición constituye el elemento legitimador del sistema de responsabilidad objetiva, porque la Administración pública tiene la obligación de investigar y sancionar a los agentes del Estado que provocaron la violación de derechos, «de tal forma que el responsable individual pague lo que el Estado hizo a su nombre. La víctima de violación de derechos reclama al Estado y no al agente».<sup>111</sup> En el Derecho internacional de los derechos humanos, cuando un Estado es sancionado expresamente se determina en la sentencia que se debe investigar y sancionar a quienes provocaron la violación y subsiguientemente se establece la responsabilidad del Estado.

---

<sup>108</sup> LÓPEZ MENUDO, F; GUICHOT REINA, E. Y CARRILLO DONAIRE, J.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, cit., p. 30.

<sup>109</sup> LÓPEZ MENUDO, F; GUICHOT REINA, E. Y CARRILLO DONAIRE, J.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, cit., p. 30.

<sup>110</sup> ÁVILA SANTAMARÍA, R.: *Los Derechos y sus garantías. Ensayos críticos*, Corte Constitucional para el Período de Transición, Quito, 2012, pp. 92 y 93.

<sup>111</sup> ÁVILA SANTAMARÍA, R.: *Los Derechos y sus garantías. Ensayos críticos*, cit., pp. 92 y 93.

## 2.7. DEBATE: LA NATURALEZA OBJETIVA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL VS. LA RESPONSABILIDAD POR EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN

El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido objeto de amplios debates por parte de la doctrina española. Un sector busca mantener el enfoque publicista sobre la base del concepto de lesión que el particular no tiene la obligación jurídica de soportar. El otro sector, en cambio, pretende establecer el funcionamiento anormal de la Administración como título de imputación y anular el criterio de funcionamiento normal salvo ciertas excepciones. A continuación, veremos el debate en torno a estos planteamientos por parte de sus principales exponentes.

Por un lado, MIR PUIGPELAT<sup>112</sup>, con base en supuestos análogos que provee el Derecho civil sostiene que «el título fundamental de imputación de daños a la Administración es y debe ser el de su funcionamiento anormal» y que la doctrina administrativista española hace ya mucho ha abandonado el dogma de la responsabilidad objetiva de la Administración, puesto que se trata de una afirmación retórica, porque en la práctica los tribunales del orden contencioso-administrativo solo condenan a la Administración cuando se constata algún tipo de funcionamiento anormal.

Señala, además, que la crítica de la responsabilidad objetiva global de la Administración española ha calado tan hondo en los últimos años que muy pocos objetarían una reinterpretación semejante del art. 32.1 LRJSP; que nadie sostiene que resulte indiferente cómo ha actuado la Administración y que ésta, por tanto, responda siempre de forma objetiva; y que el mantenimiento de esta ficción genera inseguridad jurídica en todos los operadores jurídicos e induce a muchas víctimas a presentar reclamaciones que nunca prosperarán.

Por otro lado, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>113</sup> sostiene que es necesario volver a la explicación originaria del carácter objetivo del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración establecido en el art. 121 de la LEF de 1954<sup>114</sup> y olvidar la interpretación deformada de la responsabilidad objetiva global, producida por una jurisprudencia hace tiempo abandonada y

---

<sup>112</sup> MIR PUIGPELAT, O.: *La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración*, Revista de Administración Pública, 213, (pp. 29-47), 2020, en línea:  
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.02>

<sup>113</sup> FERNÁNDEZ, T. R.: *Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración*. cit.

<sup>114</sup> FERNÁNDEZ, T. R., con ocasión del análisis de la sentencia STC 112/2018, ha señalado que «Vuelvan los señores magistrados a la explicación originaria del carácter objetivo del sistema establecido en 1954 y olviden la interpretación deformada de la responsabilidad objetiva global, que es eso, una deformación producida por una jurisprudencia hace tiempo abandonada que una teorización posterior ha contribuido inoportunamente a difundir.»

que una teorización posterior ha contribuido inoportunamente a difundir. La explicación original que dio en su momento GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>115</sup>, a la que atribuye la consideración de interpretación auténtica del art. 121 de la referida Ley, ubica a la lesión sufrida por la víctima y no al comportamiento del agente causante del daño en el centro del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Señala, además, que la versión deformada de la responsabilidad objetiva global se dio por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, de 14 de junio de 1991<sup>116</sup> y por una parte de la doctrina<sup>117</sup>, según la cual la Administración responde siempre inevitablemente de cualquier perjuicio que una persona pueda sufrir, «siempre que se pueda establecer un vínculo de causalidad entre el agente público y el resultado lesivo», cualquiera que sea dicho vínculo, y no sobre la inicial interpretación que en su momento se diera.

Tras el planteamiento de los puntos más relevantes que se proponen en este debate, corresponde determinar si la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial debe volver a su interpretación original sobre la base del concepto de lesión o si corresponde abandonar la retórica de responsabilidad objetiva y sostener el sistema de responsabilidad en el funcionamiento anormal de la Administración, sin perjuicio de ciertas excepciones en casos de funcionamiento normal.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, con respecto al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, plantea los siguientes argumentos: que en la primera explicación que se dio del nuevo sistema se ubicaba el foco en la lesión, la cual debe entenderse como un perjuicio antijurídico<sup>118</sup>, esto es, como un «perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo»<sup>119</sup>; y que la calificación de la responsabilidad como objetiva viene

---

<sup>115</sup> FERNÁNDEZ T. R., considera que existen buenas razones para considerar interpretación auténtica del art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, que en su momento diera GARCÍA DE ENTERRÍA.

<sup>116</sup> Se refiere a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera (Sección Cuarta) de 14 de junio de 1991.

<sup>117</sup> FERNÁNDEZ, T. R., se refiere al artículo PANTALEÓN PRIETO, F.: *Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*. Documentación Administrativa / n.º 237-238 (enero-junio 1994).

<sup>118</sup> FERNÁNDEZ T. R., señala que prescindir de este dato decisivo, como lo hizo la sentencia de 1991, no tiene disculpa, por lo tanto. Tampoco Pantaleón, que escribe su crítica en 1994, vigente ya, por lo tanto, la Ley 30/1992, hizo uso en su análisis del argumento, al que se refirió como si ese deber de soportar el daño solo pudiera ser impuesto por la ley, lo que no es así con toda evidencia. FERNÁNDEZ, T. R.: *Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración*. cit.

<sup>119</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, cit., p. 175.

dada «no tanto por una conducta culpable que hay que sancionar sino más bien por un quebranto patrimonial que hay que reparar»<sup>120</sup>.

Frente a esto, la teoría de la responsabilidad objetiva global da a entender que se trata de una responsabilidad universal y que la Administración responde siempre, «no sólo cuando el daño derivara del funcionamiento anormal de los servicios públicos, sino también cuando el servicio público hubiera funcionado de un modo perfectamente normal, esto es, al margen de toda ilicitud o culpa», porque es un sistema «completamente ajeno a la idea de culpa», lo cual es ciertamente insostenible, puntualiza.

MIR PUIGPELAT, con respecto al funcionamiento anormal de la Administración como título de imputación, ha planteado, en primer lugar, que sería deseable que el Tribunal Supremo dejara de afirmar de forma mecánica que la responsabilidad de la Administración es objetiva y reinterpretara el art. 32.1 de la LRJSP. No habría inconveniente alguno en afirmar que el funcionamiento normal y el funcionamiento anormal no se sitúan, en dicho precepto, «en pie de igualdad, que la regla general debe ser la responsabilidad por funcionamiento anormal, y que la Administración solo responderá por su funcionamiento normal en aquellos supuestos excepcionales que puedan ir previendo el legislador y la jurisprudencia».

Sostiene igualmente que el legislador no puede ya eximir a la Administración de responsabilidad en caso de funcionamiento anormal, aunque pueda precisar lo que deba entenderse en cada momento por normalidad/anormalidad e incluso establecer supuestos puntuales concretos de responsabilidad por funcionamiento normal que vayan más allá de la garantía mínima que proporciona el art. 106.2 de la CE y que la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración no sería un tipo de responsabilidad objetiva, por mucho que presuponga un concepto objetivo de diligencia administrativa.

### **2.7.1. Comentario respecto de la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial**

El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, al que, por cierto, no hace referencia ni la LRJSP (32.1), ni la Constitución (art. 106.2 CE), como coinciden los dos tratadistas, ha sido sostenida por una parte de la doctrina administrativista y por la jurisprudencia contenciosa-

---

<sup>120</sup> FERNÁNDEZ, T. R.; ha hecho referencia a la sentencia de 4 de marzo de 1983, que LEGUINA recuerda, en el artículo «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 136, p. 667.

administrativa que ha seguido la interpretación inicial sobre la base del concepto de lesión y no en torno al comportamiento del agente causante del daño.

Sin embargo, el carácter objetivo no debe estar dado exclusivamente por la lesión o por el quebranto patrimonial que hay que reparar, sino que debe complementarse en función de los derechos y patrimonio de la persona, que la Administración tiene el deber jurídico de garantizar objetivamente. Porque, de acuerdo con lo establecido en el art. 133.1 de la CE la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y por ello la responsabilidad que asume es de carácter objetivo, ya que es la única forma de satisfacer el interés general.

Así, el concepto de responsabilidad debe entenderse desde sus acepciones positiva y negativa. Desde la óptica del cumplimiento del deber por parte de la Administración, «significa observar y acatar lo que dispone la Constitución, las leyes y reglamentos, obrar con rectitud, honestidad y suma diligencia dentro de las funciones determinadas para garantizar un buen servicio a la colectividad»<sup>121</sup>. En cambio, desde la óptica del deber de responder significa la capacidad de la Administración de asumir las consecuencias que implica la generación del daño antijurídico por el funcionamiento de los servicios públicos y, consecuentemente, la obligación de reparar los derechos y/o el patrimonio afectado.

Bajo este enfoque, la responsabilidad patrimonial de la Administración debe establecer como el centro del sistema la garantía de los derechos y el patrimonio de la persona, en función del servicio objetivo al interés general. Ello implica, por lo tanto, que, para proteger a la Administración del impacto negativo de los reclamos de responsabilidad patrimonial, los funcionarios públicos deben comprender los estándares para cada tipo de actividad o servicio y las formas en que las personas puede estar expuestas a un riesgo significativo.

### **2.7.2. Comentario respecto de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración**

Sostener que el funcionamiento normal y el funcionamiento anormal no se sitúan en pie de igualdad y que la regla general debe ser la responsabilidad por el funcionamiento anormal, y que la Administración solo responderá por su funcionamiento normal en aquellos supuestos excepcionales que puedan ir previendo el legislador y la jurisprudencia, es un planteamiento que en cierta medida se aproxima al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial. Este

---

<sup>121</sup> QUIZHPE CASTRO, O.: *La garantía del sistema de contratación pública bajo el régimen especial, frente a la vigilancia de la Contraloría General del Estado*. Tesis de maestría. Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, p. 32.

planteamiento únicamente discrimina aquellos casos que pueda ir previendo el legislador y la jurisprudencia. Pero con ello queda indeterminado establecer quiénes y por qué tienen el deber jurídico de soportar el daño.

Quizá esta indeterminación en cuanto a la responsabilidad que debe asumir la Administración respecto de los daños que se generen por el funcionamiento normal del servicio público sea lo que ha ocasionado este debate. Por ello, revisaremos dos ejemplos de responsabilidad por funcionamiento normal del servicio público que pueden sugerir algunas respuestas para delimitar en qué casos se debe asumir la responsabilidad por el funcionamiento normal de la Administración.

Los casos de responsabilidad objetiva de la Administración pueden surgir de diversas actividades, incluso de aquellas que generan un riesgo potencial, como la construcción, el uso de productos químicos peligrosos, servicios de seguridad, prestaciones sanitarias, transporte, entre otros. Por ejemplo, si se implementan todas las medidas de seguridad adecuadas para evitar que un tren descarrile, cualquier daño personal o patrimonial causado por el accidente del tren invoca una responsabilidad objetiva, incluso si la actuación del operador ferroviario ha sido adecuada.

En este caso, el servicio cumplió con los parámetros establecidos. Sin embargo, la responsabilidad es imputable a la Administración, no sólo por el riesgo asumido o por la existencia de un nexo causal entre el funcionamiento del servicio y el daño ocasionado, sino porque el afectado no tiene la obligación jurídica de soportarlo; es decir, se trata de un daño en sí mismo antijurídico, no querido, ni consentido.

Si, por el contrario, en otro ejemplo de funcionamiento normal, un paciente ingresa en estado crítico a un hospital a consecuencia de un aneurisma y durante la intervención quirúrgica el médico cirujano toma la decisión «de atender prioritariamente a la resolución del aneurisma del lado derecho (opción legítima desde las reglas de la *lex artis*)»<sup>122</sup>, pero dicha decisión resultó *a posteriori* desacertada y como consecuencia ocasiona lesiones en la persona, el servicio ha funcionado normalmente desde la perspectiva del cumplimiento de las reglas de la *lex artis*, es decir, se han agotado todos los medios posibles con independencia de los resultados. Sin embargo, la responsabilidad no puede ser imputable a la Administración, porque existió un riesgo que ha sido asumido intrínsecamente por la Administración y por el paciente, aun en

ausencia de manifestación expresa del afectado, con el único objetivo de precautelar el derecho a la salud y a la vida misma del paciente.

Bajo estas circunstancias se genera una obligación jurídica entre la Administración que es titular del servicio y el paciente que es el titular del derecho a quien se debe garantizar su ejercicio. Por un lado, la Administración asume el deber de garantizar el derecho a la salud y a la vida y, por otro lado, el paciente asume riesgo que implica la cirugía y, consecuentemente, el deber jurídico de soportar el daño.

## **2.8. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN**

los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, tanto el sistema español como el ecuatoriano, se han centrado en tres elementos o requisitos comunes que dan forma a la responsabilidad patrimonial en los dos Ordenamientos jurídicos: i) la lesión de derechos en el caso español y el daño calificado en el caso ecuatoriano; ii) las actividades determinantes del daño que incluyen la falta o deficiente en la prestación de los servicios públicos; iii) el nexo causal y la correspondiente imputación a la Administración pública.

### **2.8.1. La lesión de derechos y el daño calificado**

La lesión de derechos, determinada en el art. 32.1 de la LRJSP, figura como el eje central del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Sin embargo, para que la lesión sufrida sea indemnizable es imprescindible que «dicha lesión sea además antijurídica; de otra manera, el particular tendría la obligación de sufrir la afectación o perjuicio material como una más de las cargas públicas no indemnizables»<sup>123</sup>.

La lesión antijurídica, como han señalado GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «prescinde inicialmente, como se habrá notado, del elemento tradicional de la culpa o ilicitud de la actuación administrativa como principio o fundamento general y único del sistema, aunque veremos que lo que realmente hace es desplazar el elemento básico de la ilicitud del daño desde la conducta del responsable a la situación del patrimonio de quien sufre el perjuicio, el cual deberá justificar que –no tiene el deber jurídico de soportar–»<sup>124</sup>.

<sup>123</sup> CASTRO ESTRADA, A.: *El sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado*, cit., p. 372.

<sup>124</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E Y FERNÁNDEZ T. R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, cit., p. 388.

La antijuridicidad susceptible de convertir el simple perjuicio material en una lesión propiamente dicha no deriva, sin embargo, del hecho de que la conducta del autor de aquél sea contraria a derecho; no es, en consecuencia, una antijuridicidad subjetiva. Un perjuicio se hace antijurídico y se convierte en lesión resarcible siempre que y sólo cuando la persona que la sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo; la antijuridicidad del perjuicio es, pues, una antijuridicidad referida al perjudicado<sup>125</sup>.

En el mismo sentido se han pronunciado los altos tribunales de justicia (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, de 27 de enero de 1971), al señalar que la lesión supone un «perjuicio que no es antijurídico por la manera de producirse, sino porque el titular del bien o derecho lesionado no tienen el deber jurídico de soportarlo aun cuando el agente que lo ocasione obre dentro del marco de la licitud».

La obligación de la Administración de indemnizar la lesión ocasionada no está vinculada a la actuación lícita o ilícita –acción u omisión– de los órganos o agentes públicos, sino a la afectación de los derechos del administrado, pero no sólo aquellos derechos relacionados con el ámbito patrimonial, sino todos aquellos derechos afectados por daños que aquél no tiene la obligación jurídica de soportar y que, al cumplir con esta característica determinante, se tornan antijurídicos y exigibles de pleno derecho.

Este giro en la fundamentación de la obligación de responder patrimonialmente, que «pasa a ser contemplado desde las perspectiva del daño y no desde la acción del agente causal, es a lo que convencionalmente se ha llamado «objetivización» de la responsabilidad patrimonial de la Administración, introduciendo un cierto equívoco innecesariamente, pues no quiere decir, obviamente, que cualquier perjuicio económico que pueda resultar de los servicios administrativos tenga causa jurídica (si falta ese elemento de licitud del resultado desde la perspectiva del perjudicado) para pretender legítimamente una reparación»<sup>126</sup>.

CASTRO ESTRADA sostiene que se pueden apuntar dos ideas conclusivas en relación a la lesión antijurídica: «i) el calificativo de antijurídico no se refiere estrictamente, a la antijuridicidad o ilicitud del daño o perjuicio que se cause –porque si así fuera, estaríamos frente a las mismas dificultades de la teoría de la culpa– sino al perjuicio antijurídico en sí mismo, lo que le da la connotación objetiva; y, ii) el desplazamiento del que se ha hablado antes, tiene justificación en un principio que consagra la garantía de seguridad e integridad del patrimonio

<sup>125</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E Y FERNÁNDEZ T. R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, cit., pp. 391 y 392.

<sup>126</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E Y FERNÁNDEZ T. R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, cit., pp. 388 y 389.

de los particulares»<sup>127</sup>. Esta última no sólo entendida desde la dimensión patrimonial, como se ha mencionado, sino desde la misma dignidad del ser humano que no tiene la obligación de sufrir un sacrificio especial derivado de la actividad de la Administración, ni la obligación de soportarlo, como se ha señalado en reiteradas ocasiones.

El desplazamiento de la culpa o ilicitud de la actuación administrativa no excluye de modo alguno la exigencia de una causalidad o imputación del hecho dañoso a la Administración<sup>128</sup> en primera instancia, por el mismo hecho de ser una responsabilidad objetiva; pero, finalmente, la culpa o ilicitud tendrá que imputarse al verdadero responsable de la lesión antijurídica mediante la acción de regreso o repetición, siempre y cuando la actuación del agente estatal se haya realizado con dolo o culpa grave. Este marco de actuación debe garantizar el respeto de los derechos patrimoniales y subjetivos de los administrados y su eventual reparación en caso de lesión derivada de la actuación administrativa.

Ahora bien, como ha señalado GALLARDO CASTILLO, el concepto técnico de lesión resarcible requiere de la concurrencia de los siguientes requisitos:

- i) Realidad o efectividad del daño. Es decir, el daño ha de ser actual y no simplemente potencial, eventual o posible. No debe ser futuro ni posible.
- ii) Afección de un bien evaluable económicamente, siendo susceptibles de tal consideración los daños morales, materiales, corporales o personales. El daño ha de ser concreto y que exceda de las cargas comunes. En definitiva, ha de tratarse de una gravedad excepcional.
- iii) Individualización en una persona o grupo de personas determinadas o determinables. El daño ha de ser desigual a los que pudiera afectar al común de la población, en cuyo caso «se trataría de auténticas cargas públicas o colectivas, no indemnizables –pretium doloris– ya que la garantía a la integridad patrimonial protege tanto a los bienes como a los derechos de las personas»<sup>129</sup>.

Por su parte, el daño calificado, establecido en el art. 334 del COA, como un requisito para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado, en el caso de Ecuador, «es 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 derive específica e inmediatamente de la acción u omisión de las Administraciones públicas».

<sup>127</sup> CASTRO ESTRADA, A.: *El sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado*, cit., p 373.

<sup>128</sup> CASTRO ESTRADA, A.: *El sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado*, cit., p 372.

<sup>129</sup> CASTRO ESTRADA, A.: *El sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado*, cit., p 375.

El daño calificado, al igual que la lesión de derechos del sistema de responsabilidad patrimonial español, se sustenta en la protección y garantía del patrimonio de los particulares. Por lo tanto, tienen derecho a ser indemnizados quienes, sin tener obligación jurídica de soportarlo, han sido víctimas de un daño no buscado, no querido ni merecido, producido como consecuencia de la acción u omisión administrativa del Estado, independientemente de la licitud o ilicitud de la conducta causante.

Esta premisa resulta relevante porque el daño irrogado no necesariamente debe provenir de un acto u omisión de carácter ilícito por parte del Estado, ya que la licitud de la actuación estatal no es óbice para que se configure la mentada responsabilidad extracontractual. No tener la obligación jurídica de soportar un daño o una lesión significa que «no existen causas de justificación capaces de legitimar el perjuicio material producido, esto es, siempre que no concurra un título jurídico que determine o imponga como rigurosamente inexcusable, efectivamente querido o, al menos, eventualmente aceptado el perjuicio contemplado»<sup>130</sup>.

El otro elemento circunstancial que determina el daño calificado es la «violación del principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas», circunstancia que no está desarrollada taxativamente en la lesión de derechos del sistema español, pero que guarda relación directa con el sacrificio individual que sufre el particular sin tener la obligación jurídica de soportarlo, que la doctrina y la jurisprudencia ha desarrollado como fundamento del sistema de responsabilidad objetiva de la Administración.

La violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas supone, como ya se ha mencionado, un sacrificio especial de carácter individual que igualmente el particular no está obligado a soportar y, además, un beneficio ilegítimo de carácter colectivo, que sólo puede reestablecerse cuando la colectividad, a través de las entidades administrativas, compense el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas.

### **2.8.2. Actividades determinantes del daño**

La doctrina, al igual que la jurisprudencia, determinan que por servicio públicos «no se entiende exclusivamente una forma de la actividad administrativa, sino el conjunto de ella con independencia de que sea de prestación, de limitación o de fomento»<sup>131</sup>. En este sentido,

<sup>130</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.: *Curso de Derecho Administrativo II*, 8ª ed. Civistas, Madrid, 2002, p. 379.

<sup>131</sup> PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo III: Bienes públicos, Derecho Urbanístico*, Open Ediciones Universitarias, Madrid, 2014, p. 336.

PARADA VÁZQUEZ sostiene «que la calificación que algunas leyes hacen de una actividad como de servicio público no habilita solo para actividades de prestación, sino que constituye un título general de intervención que justifica la limitación de derechos, la sanción e, incluso, el fomento de la acción de los particulares»<sup>132</sup>.

Por ello, el servicio público no debe entenderse solamente como aquella actividad en sentido estricto o prestacional, sino como cualquier actividad que realiza la Administración, ya sea de policía o limitación, sancionadora, arbitral, contractual, entre otras. Bajo este contexto, queda claro que el servicio público comprende toda actividad que se deriva de una potestad pública.

La jurisprudencia española ha determinado con claridad el alcance del servicio público. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, de 7 de abril de 1989 (R.441/1989), señala que el «servicio público viene a ser sinónimo de actividad administrativa y para su calificación hay que atender, más que a una tipificación especial de alguna de las formas en que suelen presentarse, al conjunto que abarca todo el tráfico ordinario de la Administración.»

Bajo esta consideración, cualquier actividad que realice la Administración y que ocasione un daño que el afectado no tenga la obligación jurídica de soportar genera responsabilidad patrimonial. Por ejemplo: el dictado de actos administrativos, vías de hecho, actividades materiales, dilaciones procedimentales, actos administrativos viciados, medidas cautelares, prestación de servicios públicos de toda índole, etc., siempre que se demuestre el nexo causal y sean cuantificables económicamente.

La actividad determinante del daño en los términos del art. 32.1 de la LRJSP se genera como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Sin embargo, para efectos del reconocimiento del derecho del afectado por el daño ocasionado no tiene relevancia determinar si el servicio funcionó con normalidad o tuvo un funcionamiento anormal, sino que lo que realmente tiene trascendencia es determinar si el afectado tuvo la obligación jurídica de soportar el daño.

Situación similar ocurre con el COA, pues el art. 332 hace referencia a la falta o deficiencia en la provisión de un servicio público o cualquier otra prestación a la que el particular tenga derecho. La falta o deficiencia en la prestación del servicio público, al igual que en el sistema

español, se refiere a que dicho servicio no funcionó, funcionó tarde o tuvo un funcionamiento defectuoso.

Pero, para efectos de configurar la responsabilidad patrimonial de la Administración, basta con determinar que el daño antijurídico fue ocasionado en virtud del funcionamiento de los servicios públicos, como estipula la CE en el art. 106.2, toda vez que «el sistema pivota sobre el concepto de lesión entendida ésta, según se ha dicho, como un daño en sí mismo antijurídico. No como un daño causado antijurídicamente, pues el adverbio aquí conlleva una carga circunstancial de subjetividad»<sup>133</sup>.

El funcionamiento normal o anormal del servicio público, en cambio, tiene relevancia como criterio de imputabilidad de la Administración y en el momento de determinar la responsabilidad subjetiva del agente estatal frente a una eventual acción de regreso o de repetición, siempre que se determine que la acción u omisión con la que actuó el dicho agente ha sido con dolo o culpa grave.

Cuando se verifique que el funcionamiento del servicio público ha sido normal (como, por ejemplo, el daño que se ocasiona a las viviendas aledañas a un banco, producto de la intervención policial para frenar un atraco, siempre y cuando la intervención policial que por sí misma genera riesgo, ha seguido los parámetros establecidos en la ley), se configura la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento normal del servicio público, pero, al determinarse que el funcionamiento del servicio ha sido correcto, se exime de responsabilidad al agente estatal.

En cambio, si el funcionamiento de un servicio es anormal (como, por ejemplo, el daño que se genera a los locales comerciales producto del retraso injustificado en el arreglo de la vía pública), igualmente se genera la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero, en este caso, al no ser justificado el servicio debe investigarse si ha existido dolo o culpa grave por parte del agente estatal para determinar la responsabilidad subjetiva y, con ello, plantear la respectiva acción de *regreso o repetición*.

Quedan de este modo incluidos, en principio, en la fórmula legal no sólo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la Administración o de sus agentes, supuesto comprendido en la expresión «funcionamiento anormal de los servicios públicos», sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita, como

indica claramente la referencia que el legislador hace a los casos de «funcionamiento normal»<sup>134</sup>.

### 2.8.3. El nexa causal

El nexa causal se refiere a la relación que debe existir entre la acción u omisión dañosa de la Administración pública y la afectación en los derechos de los particulares. Esta relación de causa y efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido, como explican GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ T. R., es «una condición indispensable para que pueda atribuirse a aquella el deber de resarcir dicho daño»<sup>135</sup>.

Sin embargo, para que un hecho merezca ser considerado como una causa de daño, «es preciso que sea en sí mismo idóneo para producirlo, es decir, que tenga una especial aptitud para producir el efecto lesivo»<sup>136</sup>. Sólo en estos casos, como señala la doctrina –causalidad adecuada–, puede decirse que la actividad tomada en consideración constituye la causa eficiente, la causa próxima del daño, la causa verdadera del mismo.

En iguales términos se ha pronunciado la jurisprudencia en relación con un caso de omisión del deber de vigilancia (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, de 26 de septiembre de 1998), al señalar que esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada, sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, «que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexa y solo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios».

Sin embargo, la garantía de los derechos, en función de la cual se orienta toda la institución de la responsabilidad patrimonial, «contribuye muchas veces a forzar el planteamiento puramente teórico del problema de la causa, obligando al juez a prescindir del concepto de causa adecuada para fundar su decisión en la tesis de equivalencia de las condiciones»<sup>137</sup>.

Esta tesis consiste en equiparar la relevancia de las causas generadoras del daño con la obligación de indemnizar cada una de ellas, es decir, pondera la equivalencia entre la acción u

<sup>134</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E Y FERNÁNDEZ T. R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, cit., p. 389.

<sup>135</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E Y FERNÁNDEZ T. R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, cit., pp. 399 y 412.

<sup>136</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E Y FERNÁNDEZ T. R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, cit., pp. 399 y 413.

<sup>137</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E Y FERNÁNDEZ T. R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, cit., pp. 399 y 400.

omisión dañosa efectuada por la Administración en relación con la afectación generada en el patrimonio y derechos de los particulares, con el objeto de determinar una indemnización proporcional y garantizar la reparación del daño causado.

Pero, más allá de la aplicación de cualquiera de estas tesis que realicen los jueces para determinar la relación de causalidad entre el daño ocasionado y la obligación de reparar, debe primar el derecho de los administrados a ser indemnizados cuando han sufrido un daño no querido ni merecido que rompa el principio de igualdad frente a las cargas públicas, como mecanismo de garantía de los derechos del administrado.

Por ello, LÓPEZ MENUDO Y OTROS señalan que la relación de causalidad es el símbolo del sistema, la expresión visible de la responsabilidad objetiva. Quizás por esta razón sostienen los mismos autores que «se suele buscar en la relación causal la solución a todos los problemas como si tuviera capacidad de absorber todos los aspectos colaterales que se dan cita en cualquier supuesto de responsabilidad administrativa: imputabilidad, antijuridicidad, causas de exoneración, etcétera»<sup>138</sup>.

#### **2.8.4. La imputación a una Administración pública**

La imputación, de acuerdo con lo señalado por GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, es «un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre aquél y éste»<sup>139</sup>. Para CASTRO ESTRADA, es la operación jurídica que consiste en «atribuir –por el ministerio de ley– la acción u omisión lesiva al sujeto pasivo de la relación obligacional, que en el caso específico es el Estado y, tratándose de su actividad formalmente administrativa, la Administración pública»<sup>140</sup>.

En este sentido, al ser la Administración pública el sujeto pasivo de la imputación, ésta se fundamenta en dos razones principales: «a) la prestación de los servicios públicos –lato sensu– es una competencia legal que corresponde a su titular, que lo es el propio Estado, y b) la inserción del autor material del daño en la organización de la persona jurídica responsable y bajo su dependencia»<sup>141</sup>.

Así, la Administración responde por los daños derivados del «servicio» tanto en el caso de que éstos puedan vincularse a personas de que ellas dependen o a la que sirven, como en su

<sup>138</sup> LÓPEZ MENUDO, F; GUICHOT REINA, E. Y CARRILLO DONAIRE, J.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, cit., p. 77.

<sup>139</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E Y FERNÁNDEZ T. R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, cit., p. 399.

<sup>140</sup> CASTRO ESTRADA, A.: *El sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado*, cit., p 375.

<sup>141</sup> CASTRO ESTRADA, A.: *El sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado*, cit., p 375.

condición de centro «anónimo» o impersonal generador de riesgos y daños<sup>142</sup>. Ello amplía notablemente el ámbito de la garantía sobre los bienes y derechos a favor del afectado y, en consecuencia, el campo de acción de la responsabilidad objetiva.

Por tanto, la imputación de la responsabilidad patrimonial en contra de la Administración pública se genera «una vez que se prueba la relación de causalidad existente entre la actividad del sujeto productor del daño y el perjuicio producido»<sup>143</sup>. Sin embargo, cabe mencionar que la imputación no es absoluta, ni en todos los casos en donde se producen daños se genera la responsabilidad patrimonial, pues existen algunas circunstancias que eximen o disminuyen el grado de responsabilidad de la Administración, como efectivamente lo veremos más adelante.

La responsabilidad patrimonial de la Administración, en cambio, es concurrente, cuando de la gestión conjunta de varias entidades públicas se produce el daño antijurídico. En este escenario, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria, pues así lo determina la LRJSP en el art. 33.1 y el COA en el art. 339. En el caso español debe tenerse en cuenta el instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta que podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas. En el caso ecuatoriano la responsabilidad se fijará para cada Administración pública atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención.

Al respecto, COBO OLVERA Y COBO PERALTA señalan que «la concurrencia de competencias hace necesario que para la gestión de determinados servicios actúen al mismo tiempo varias Administraciones públicas, pero manteniendo cada una de ellas su propia personalidad jurídica y su individual responsabilidad»<sup>144</sup>. En la práctica, estos elementos son fundamentales, porque de ellos depende la determinación del grado de responsabilidad y la fijación del monto de indemnización que corresponde a cada Administración.

En el caso de la responsabilidad de Derecho privado, la LRJSP prevé en el art. 35 que este tipo de responsabilidad se configura cuando la Administración pública actúa directamente o lo hace través de una entidad de Derecho privado en relaciones de esta naturaleza. En estos términos, la responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en el artículo 32 y siguientes de la LRJSP. En el caso ecuatoriano, el COA no establece una disposición específica en cuanto a la responsabilidad de Derecho privado. Sin embargo, en la práctica la

---

<sup>142</sup> LÓPEZ MENUDO, F; GUICHOT REINA, E. Y CARRILLO DONAIRE, J.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, cit., p. 31.

<sup>143</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E Y FERNÁNDEZ T. R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, cit., p. 399.

<sup>144</sup> COBO OLVERA, T Y COBO PERALTA, T.: *El procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas*. 7ma edición, Wolters Kluwer, España, 2019, p. 126.

Administración pública también actúa en el marco del Derecho privado y asume las responsabilidades que se derivan de estas relaciones jurídicas.

Cuando la responsabilidad patrimonial de la Administración pública se genera debido a los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de los contratos, se seguirá el procedimiento previsto en la LPACAP, siempre y cuando los daños y perjuicios sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, establezca la Ley de Contratos del Sector Público (LRJSP art. 32. 9).

En cambio, en el Ordenamiento jurídico ecuatoriano, cuando el servicio público es prestado directamente por el Estado, la responsabilidad es de éste, pero cuando el servicio es prestado por delegación de gestión, la responsabilidad es del correspondiente delegatario o concesionario y subsidiariamente del Estado, conforme lo determina el art. 332 del COA. Esta fórmula no desvincula por completo la figura del Estado; se entiende, por tanto, que su responsabilidad es subsidiaria en la medida en que interviene en la generación del daño antijurídico.

## 2.8.5. Causales de exoneración de imputabilidad

### 2.8.5.1. Fuerza mayor y caso fortuito

GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ sostienen que, a los efectos de la doctrina del riesgo, el caso fortuito se define, justamente, por contraposición a la *vis maior* y se caracteriza por dos notas esenciales, «la indeterminación y la interioridad, cuyos contrarios, la determinación irresistible y la exterioridad, singularizan a aquella»<sup>145</sup>. En este sentido, la indeterminación «supone que la causa del accidente productor del daño es desconocida»<sup>146</sup>. Se trata, pues, de una falta de servicio que se ignora, como expresa la doctrina francesa, mientras que la interioridad del evento –elemento esencial que da razón al caso fortuito– por relación a la empresa o actividad en cuyo seno se presenta el daño «se trata, en efecto, de un evento directamente conectado al objeto dañoso, a su constitución, a su naturaleza íntima, al funcionamiento mismo de la empresa o servicio que integra ese objeto»<sup>147</sup>.

Estos elementos faltan, por el contrario, en la fuerza mayor, que, como ya hemos notado, «se caracteriza por sus contrarios, identificándose con una causa extraña, exterior por relación

<sup>145</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA E Y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, cit., p. 1316.

<sup>146</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA E Y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, cit., p. 1316.

<sup>147</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA E Y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, cit., p. 1316.

al objeto dañoso y a sus riesgos propios, ordinariamente imprevisibles en su producción y, en todo caso, absolutamente irresistible, aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista»<sup>148</sup>.

En este mismo sentido, COBO OLVERA Y COBO PERALTA puntualizan que «la fuerza mayor, por tanto, se produce cuando el evento que ocasiona la lesión no puede preverse o, aunque se hubiera podido prever, no podía haberse evitado. La fuerza mayor exonera a la Administración de responsabilidad, pero no exonera de responsabilidad en cambio el caso fortuito, ya que se desenvuelve dentro del círculo de la actividad de la Administración»<sup>149</sup>.

El Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, por su parte, ha determinado que, «la fuerza mayor entroncaría con la idea de lo extraordinario, catastrófico o desacostumbrado, mientras que el caso fortuito haría referencia a aquellos eventos internos, intrínsecos al funcionamiento de los servicios públicos, producidos por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, por su mismo desgaste con causa desconocida, correspondiendo en todo caso a la Administración»<sup>150</sup>.

El Tribunal Supremo también ha destacado que la fuerza mayor y el caso fortuito son instituciones jurídicas diferentes: «a) En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: “falta de servicio que se ignora”); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. [...] b) En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio»<sup>151</sup>.

En el ámbito normativo, la LRJSP, en el art. 32.1, señala que se exime de responsabilidad a los daños ocasionados por fuerza mayor o cuando el particular tenga el deber jurídico de soportar el daño de acuerdo como lo determina la ley. Por lo tanto, la fuerza mayor, caracterizada por la determinación irresistible y la exterioridad, se constituye en una

---

<sup>148</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA E Y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, cit., p. 1316.

<sup>149</sup> COBO OLVERA, T Y COBO PERALTA, T.: *El procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas*, cit., p. 81.

<sup>150</sup> Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, de 13 de junio de 2005 (Roj: STS 3786/2005 - ECLI:ES:TS:2005:3786); 21 de julio de 2008 (Roj: STS 4054/2008 - ECLI:ES:TS:2008:4054); 5 de abril de 2011 (Roj: STS 1715/2011 - ECLI:ES:TS:2011:1715).

<sup>151</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, de 6 de marzo (Roj: STS 1538/2003 - ECLI:ES:TS:2003:1538).

circunstancia eximente de la responsabilidad patrimonial de la Administración, mientras que el caso fortuito, caracterizado por la indeterminación y la interioridad, no figura como tal, aunque puede incidir en mayor o menor medida en la determinación de la responsabilidad patrimonial.

Así, la fuerza mayor «no sólo exige que obedezca a un acontecimiento que sea imprevisible e inevitable, como el caso fortuito, sino que tenga su origen en una fuerza irresistible extraña al ámbito de actuación del agente»<sup>152</sup>. Es decir, eventos «inevitables y ajenos al actuar de la Administración»<sup>153</sup> (v.g. terremotos y otras catástrofes naturales), no aquellos sucesos perfectamente previsibles y ante los que cabe adoptar medidas precautorias para evitar o paliar los peores daños<sup>154</sup>.

Por tanto, la fuerza mayor y el caso fortuito se configuran como dos categorías que se deslindan entre sí, por las características propias de su naturaleza jurídica. La fuerza mayor obedece a causas externas al servicio e irresistibles (determinación/indeterminación irresistible y exterioridad). El caso fortuito, en cambio, obedece a causas intrínsecas y desconocidas ocasionadas por el riesgo que genera la prestación del servicio público (indeterminación e interioridad).

En cuanto a los efectos de su aplicación, lo único que exonera de responsabilidad a la Administración, como ya lo hemos notado, es la fuerza mayor, el caso fortuito no, por cuanto, «lo que otorga responsabilidad es la omisión de la Administración. Cuando la Administración crea el riesgo debe responder por el daño»<sup>155</sup>. Sin embargo, el caso fortuito puede atenuar la responsabilidad, siempre y cuando las circunstancias fácticas se configuren para tal efecto.

En la legislación ecuatoriana, el COA, en el art. 337, establece como eximentes de la responsabilidad extracontractual del Estado el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero. A diferencia del Ordenamiento jurídico español, en el sistema jurídico ecuatoriano no se realiza la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito, pues se considera a estas dos figuras como sinónimas.

---

<sup>152</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, de 31 de octubre de 2006 (Roj: STS 6425/2006 - ECLI:ES:TS:2006:6425).

<sup>153</sup> RIVERO ORTEGA, R.: *Derecho Administrativo*, cit., p. 196.

<sup>154</sup> RIVERO ORTEGA, R.: *Derecho Administrativo*, cit., p. 196.

<sup>155</sup> ARÉVALO REYES, H.: *Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. LTDA. Medellín, 19882, p. 121.

LARREA HOLGUÍN sostiene que el CCec y, en general, las demás leyes «no suelen entrar en esas distinciones, y por eso se definen ambas conjuntamente, como sinónimos perfectos»<sup>156</sup>. Al respecto, el art. 30 del mencionado Código Civil determina que «se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.».

No obstante, LARREA HOLGUÍN repara en señalar que la doctrina suele distinguir el caso fortuito de la fuerza mayor en función de qué o quién lo originan: «el primero se producirá por obra de agentes de la naturaleza como un terremoto, un incendio, etc., mientras que la fuerza mayor sería por la fuerza del hombre cuando no es posible resistir a ella, como los actos de autoridad o también en el asalto de bandoleros, piratas, etc.»<sup>157</sup>.

La jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia<sup>158</sup>, a más de singularizar dicha distinción, considera que la concurrencia de los siguientes elementos configura la fuerza mayor o caso fortuito: «a. Que el hecho o suceso que se invoca como constitutivo del caso fortuito o fuerza mayor sea inimputable o provenga de una causa ajena a la voluntad de las partes, en el sentido que estas no hayan contribuido en su ocurrencia; b. Que el hecho o suceso sea imprevisible, es decir, que no se haya podido prever dentro de cálculos ordinarios o normales; c. Que el hecho o suceso sea irresistible, o sea, que no se haya podido evitar, ni aún en el evento de oponerle las defensas idóneas para lograr tal objetivo; y, d. Que los daños ocurridos se deban causalmente a la ocurrencia del hecho o suceso»<sup>159</sup>.

En cualquiera de las dos circunstancias eximentes, caso fortuito o fuerza mayor, corresponde a la Administración pública reclamada la carga de la prueba, en el evento de que pretenda desvirtuar la responsabilidad patrimonial. Es decir, la Administración debe probar que el hecho o suceso dañoso proviene de una causa externa ajena a la voluntad de las partes; que es imprevisible e incluso aun pudiendo preverse resulta irresistible; y que se deba causalmente a la ocurrencia de dicho hecho o suceso.

---

<sup>156</sup> LARREA HOLGUÍN, J.: *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. Edición Universitaria, Derecho Civil, Tomo I*, Universidad Tecnológica Equinoccial – UTE y Fundación Latinoamericana Andrés Bello, FLAB – CODEU, Quito, 2008, p. 245.

<sup>157</sup> LARREA HOLGUÍN, J.: *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. Edición Universitaria, Derecho Civil, Tomo I*, cit., p. 245.

<sup>158</sup> Sentencias de la Corte Suprema de Justicia [ahora Corte Nacional de Justicia], Sala Primera de lo Civil y Mercantil, 2001, E. Cuaba S.A. vs. El Dorado C.A. de Seguros y Reaseguros, Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. n.º 8, p. 2273; y, Sala Tercera de lo Civil y Mercantil 2007, Multitrans S.A. vs. Inchcape Shipping Services, Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, n.º 4, p. 1434.

<sup>159</sup> Resolución de la Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Laboral, n.º 832-2018 (Juicio n.º 13354-2016-00389).

#### 2.8.5.2. El deber jurídico de soportar el daño

La LRJSP, en el art. 32.1, establece como circunstancia eximente el hecho que se produce cuando el particular tiene el deber jurídico de soportar el daño, siempre y cuando éste se relacione con las cargas públicas impuestas por el régimen expropiatorio, se genere por mandato legal y se legitime en virtud del interés general. En este supuesto, el deber jurídico de soportar el daño marca la diferencia entre el instituto expropiatorio y la responsabilidad patrimonial. Sin embargo, mantienen en común el fundamento de la garantía en favor del afectado que da paso a la indemnización por la afectación producida por el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas. En el caso ecuatoriano, la legislación que regula la responsabilidad extracontractual del Estado no ha previsto esta circunstancia eximente.

#### 2.8.5.3. Culpa de la víctima o el hecho de un tercero

La culpa de la víctima o el hecho de un tercero se configura como una causa eximente o atenuante del deber de indemnizar. RIVERO ORTEGA sugiere que, para ello, en el caso de la víctima, «ha de ser culpable, no determinando necesariamente la exclusión de la responsabilidad, sino moderándola en función de las circunstancias del caso, compartiendo las responsabilidades el patrimonio público y el propio perjudicado»<sup>160</sup>.

Situación similar ocurre cuando un tercero interviene en el hecho dañoso. En este caso, la responsabilidad igualmente se determinará en función del grado de participación en la generación del daño. Por ello, la intervención del tercero en el procedimiento de responsabilidad patrimonial será independiente de otros procedimientos que se pudieren desarrollar en la vía administrativa, civil o penal. La configuración de estas circunstancias eximentes debe observarse tanto en el Ordenamiento jurídico español, como ecuatoriano.

#### 2.8.5.4. El estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica

La LRJSP en el art. 34, numeral 1, estipula que «[...] No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos [...]».

En relación con esta circunstancia eximente, es preciso destacar que el COA, en el art. 34, reproduce literalmente esta regulación, sin ninguna modificación o adaptación al respecto. Ello pone de relieve que el Ordenamiento jurídico español en esta materia se ha constituido en un referente para la regulación de la responsabilidad extracontractual del Estado del Ordenamiento jurídico ecuatoriano, aunque, claro está, con ciertos matices que son propios de este sistema jurídico.

Volviendo al análisis en cuestión, CASADO CASADO Y OTROS sostienen que esta disposición legal se introdujo con «la Ley 4/1999, para salir al paso con las indemnizaciones que se produjeron a favor de personas infectadas por el VIH a consecuencia de transfusiones llevadas a cabo en hospitales públicos antes que se conociera la existencia del virus y de la subsiguiente enfermedad. Con esta cláusula surge el debate en torno al riesgo socialmente asumible entorno al nivel de los conocimientos que se deben exonerar»<sup>161</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte ha señalado que, en todo caso, «no significa que la responsabilidad de las Administraciones públicas por objetiva [que sea] esté basada en la simple producción del daño, pues además éste debe ser antijurídico, en el sentido que no deba tener obligación de soportar por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento»<sup>162</sup>. Algunos de estos casos estuvieron relacionados con enfermedades complejas que en su momento no podían ser tratadas por el alto nivel de complejidad, como sucedió en el pasado con el VIH.

Si bien es cierto que existen circunstancias que no se pueden prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de los daños y que son eximentes de la responsabilidad patrimonial, sin embargo, existen otras circunstancias conexas que son previsibles y que se pueden controlar para mitigar sus efectos, y en estos casos la Administración no se libera de la responsabilidad por los daños que se llegaren a ocasionar.

En la práctica, la concurrencia de estas circunstancias eximentes se las pudo observar, por ejemplo, en el caso de la pandemia causada por el coronavirus (COVID-19), que dejó múltiples enseñanzas a la sociedad y a las propias instituciones del Estado. Algunas circunstancias

---

<sup>161</sup> CASADO CASADO, L.; GIL CASIÓN, I.; PALLARÉS SERRANO, A.; DE LA VARGA PASTOR A.; PRESICCE L. (Autores). FUENTES I G.; JOSEP, R. Y GIFREU I FONT, J. (Directores).: *Esquemas de Procedimiento Administrativo*, cit., p. 213.

<sup>162</sup> Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, de 5 de junio de 2012 ((Roj: STS 3770/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3770) y 13 de noviembre de 2012 (Roj: STS 7272/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7272).

eximentes estaban relacionadas con la trasmisión del coronavirus a humanos y su mutación, un hecho imprevisible e, incluso, siendo previsto, muy complejo de controlar para cualquier Administración sanitaria.

No obstante, y frente a ello, existieron aspectos previsibles que permitían a los Poderes públicos tomar medidas orientadas al control y mitigación de los efectos de la pandemia, como, por ejemplo, la ampliación de las unidades de cuidados intensivos, la adquisición de insumos médicos o equipos de bioseguridad, entre otras acciones. Pero, si dentro de este marco de previsión, la Administración no tomó ninguna medida o, si las medidas adoptadas fueron inoportunas, inadecuadas o deficientes y, producto de ello se generaron lesiones en los bienes y derechos de las personas, estas lesiones son plenamente imputables a la Administración.

Al respecto, BLANQUER CRIADO sugiere que al margen de las medidas gubernamentales impuestas durante el Estado de alarma «la falta de equipamiento de protección personal puede haber causado la infección y posterior fallecimiento de personal sanitario, generando así un supuesto de responsabilidad patrimonial»<sup>163</sup> que plenamente puede imputarse a la Administración.

Situación contraria ocurre cuando se producen daños catastróficos que no se pueden prever o, aun pudiendo, preverse son irresistibles, como en efecto sucedió, por ejemplo, en el terremoto acaecido en la ciudad de Lorca el 11 de mayo de 2011, en donde los poderes públicos habilitaron ayudas y subsidios extraordinarios que no se pagaban a título de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino a título de prestaciones asistenciales<sup>164</sup>. Lo propio ocurrió cuando se produjo el terremoto en la ciudad de Manabí, en la costa norte ecuatoriana, en 2016; en este caso, igualmente, se generaron ayudas y subsidios que no se derivaban de la responsabilidad extracontractual del Estado.

## 2.9. PROCEDIMIENTO PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

El procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración pública es el mecanismo por el cual se busca hacer efectivo la garantía del administrado de reclamar a ésta la indemnización por las lesiones sufridas en la prestación de los servicios públicos o por la

<sup>163</sup> BLANQUER CRIADO, D.: *Los daños por la COVID-19. (Responsabilidad patrimonial; ordenación y privación de los derechos)*, cit., p. 409.

<sup>164</sup> BLANQUER CRIADO, D.: *Los daños por la COVID-19. (Responsabilidad patrimonial; ordenación y privación de los derechos)*, cit., p. 451.

acción u omisión en la actividad administrativa, siempre que el afectado no tenga obligación jurídica de soportar el daño antijurídico.

En España, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se encuentra regulado en la LPACAP. Dentro de esta Ley se establece el procedimiento de exigencia de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, «que se considera una mera especialidad»<sup>165</sup> del procedimiento general, como sostiene MARTÍN REBOLLO.

Bajo este contexto, el procedimiento de exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración pública «comporta el previo y necesario agotamiento de las vías administrativas, tras las cuales, y si no hay una respuesta estimatoria y satisfactoria para el particular perjudicado, cabe utilizar el recurso contencioso administrativo»<sup>166</sup>, como último mecanismo para que las personas afectadas de las lesiones sufridas como consecuencia de la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos puedan exigir la reparación correspondiente.

La activación del recurso contencioso administrativo se da sólo y si no se ha obtenido de la Administración una respuesta estimatoria y satisfactoria. Al respecto, el art. 123.1 de la LPACAP señala que «los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Esta misma disposición legal, en el art. 123.2, establece que «no se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.»

En el Ordenamiento jurídico ecuatoriano, el procedimiento administrativo se regula en el COA, norma que contiene tanto las disposiciones sustantivas como adjetivas, relacionadas con la organización, funcionamiento y actuación de la Administración pública. Asimismo, el COA regula las disposiciones inherentes al procedimiento administrativo ordinario dentro del cual se desarrolla sin distinción de especialidades el procedimiento de responsabilidad extracontractual del Estado.

El COA, en el art. 341, señala que «el reclamo por responsabilidad extracontractual seguirá el trámite del procedimiento administrativo ordinario regulado en el presente Código, salvo que la persona interesada decida acudir directamente a la vía judicial». Se establece de esta manera

<sup>165</sup> MARTÍN REBOLLO, L: *Manual de las Leyes Administrativas*, cit., p. 779.

<sup>166</sup> RIVERO ORTEGA, R.: *Derecho Administrativo*, cit., p. 197.

la posibilidad de que el accionante elija entre la vía gubernativa para exigir la responsabilidad extracontractual y, sin la necesidad de agotar el trámite administrativo, acudir a la vía judicial.

Ahora bien, resulta contradictorio pensar que la misma Administración pública provocadora del daño antijurídico ordene la consecuente reparación. Por ello, la facultad procesal de la persona afectada de prescindir de la vía gubernativa y demandar la responsabilidad extracontractual del Estado de forma directa ante la jurisdicción contencioso-administrativa permite que la expectativa legítima de reparación de quien ha soportado el daño sea mayor cuando la Administración pública deja de ser juez y parte.

Tras contextualizar el marco regulatorio del procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en los dos Ordenamientos jurídicos, es necesario analizar algunos aspectos centrales del procedimiento de reclamación establecido tanto en la LPACAP como en el COA.

### **2.9.1. Competencia**

En el Ordenamiento español, los procedimientos de responsabilidad patrimonial, en el ámbito de la Administración General del Estado, «se resolverán por el Ministro respectivo o por el Consejo de Ministros en los casos del artículo 32.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público o cuando una ley así lo disponga» En cambio, en el ámbito autonómico y local, los procedimientos de responsabilidad patrimonial «se resolverán por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las Entidades que integran la Administración Local» (LPACAP, art. 92).

En el Ordenamiento ecuatoriano la competencia para resolver está determinada de forma general y le corresponde a la misma Administración pública que generó el daño calificado. La competencia no se encuentra delimitada como sucede en el sistema español. El COA, en el art. 341, establece que el reclamo por responsabilidad extracontractual seguirá el trámite del procedimiento administrativo ordinario. El art. 135 del COA, en forma general, determina que a la Administración pública le corresponde «la dirección del procedimiento administrativo en ejercicio de las competencias que se le atribuyan en el ordenamiento jurídico y en este Código».

La desconfianza que produce recurrir ante la misma Administración que produjo el daño para que lo repare sea quizá la causa por la cual los afectados mayoritariamente decidan acudir directamente ante el TCA, para reclamar la responsabilidad extracontractual del Estado. El cuestionamiento de que la Administración pública sea juez y parte en el procedimiento de

responsabilidad extracontractual no es sólo teórico, sino práctico, pues no existe dentro del Ordenamiento ecuatoriano un órgano administrativo independiente con competencia para decidir sobre los reclamos de responsabilidad extracontractual, más allá de la propia Administración que causó el daño y que luego resolverá su eventual responsabilidad.

### **2.9.2. La legitimación activa del interesado**

La legitimación activa para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública corresponde a los particulares a quienes las instituciones del Estado les hubieren irrogado perjuicios. Así lo determina la LPACAP, en el art. 4.1, al señalar que se consideran interesados en el procedimiento administrativo: «a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte». Los interesados con capacidad de obrar podrán actuar «por medio de representante, entendiéndose con éste las actuaciones administrativas, salvo manifestación expresa en contra del interesado» (LPACAP, art. 5.1).

Por su parte el COA, en el art. 149. 1 establece en similares términos que se considera como persona interesada la que «promueva el procedimiento como titular de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. En el caso de intereses colectivos, la persona titular demostrará tal calidad por cualquiera de los medios admitidos en derecho». La persona interesada puede actuar ante las administraciones públicas «en nombre propio o por medio de representante, con capacidad de ejercicio y legalmente habilitada» (COA, art. 152, inc.1).

### **2.9.3. El plazo para la reclamación**

El plazo para solicitar la responsabilidad patrimonial de la Administración «es un plazo de prescripción de un año», como señala MARTÍN REBOLLO. El plazo se comenzará a contar «desde el hecho o acto que motive la reclamación o desde que se manifieste su efecto lesivo, salvo cuando se trate de daños personales en que el plazo empezará a contar desde la curación o la determinación de las secuelas. Si el daño procede de actos que sean anulados por los tribunales, el derecho a reclamar prescribe al año de haberse notificado la Sentencia definitiva que anule dicho acto»<sup>167</sup>.

A diferencia del Ordenamiento español, el COA, en el art. 340, estipula que «la persona afectada puede proponer su reclamo por vía administrativa en el término de noventa días, desde el día siguiente al de la actuación u omisión administrativa que originó el daño» (COA, art. 340). En este caso, se denota una diferencia de nueve meses con relación al plazo determinado en la legislación española. Cabe mencionar que en la práctica un mayor plazo para presentar la reclamación brinda a los afectados mayores oportunidades para el ejercicio de sus derechos.

#### **2.9.4. El inicio del procedimiento de reclamación**

En España el procedimiento de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas podrá iniciar de oficio o petición de parte interesada. Cuando la reclamación inicia de oficio, la Administración «notificará a los particulares presuntamente lesionados, concediéndoles un plazo de diez días para que aporten cuantas alegaciones, documentos o información estimen conveniente a su derecho y propongan cuantas pruebas sean pertinentes para el reconocimiento del mismo. El procedimiento iniciado se instruirá, aunque los particulares presuntamente lesionados no se personen en el plazo establecido» (LPACAP, art. 65.2).

Cuando la reclamación se formula a petición de parte, la persona interesada podrá solicitar el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. Éste, como ya se ha dicho, prescribirá al año de haberse producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo, o desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas y en el caso de actos anulados por los tribunales, al año de haberse notificado la sentencia definitiva que anule dicho acto (LPACAP, art. 67.1).

En la solicitud de reclamación, a más de los requisitos generales determinados en el art. 66 de la LPACAP, se deberá especificar «las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante» (LPACAP, art. 67. 2).

En Ecuador, el procedimiento de responsabilidad extracontractual del Estado se inicia de oficio de acuerdo con los siguientes casos: i) por iniciativa propia del órgano que tiene la

competencia de iniciarlo, cuando la actuación deriva del conocimiento directo o indirecto de las conductas o hechos objeto del procedimiento administrativo. (COA, art. 184); ii) por orden del órgano superior; iii) a petición razonada de otros órganos administrativos que no tiene competencia para iniciarlo, pero tienen conocimiento de los hechos y de su objeto (COA, art. 186); y iv) por denuncia de cualquier persona que pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un hecho que puede constituir fundamento para la actuación de las administraciones públicas. Cabe mencionar que la denuncia no es vinculante para iniciar el procedimiento administrativo, pero, en todo caso, la decisión de iniciar o no dicho procedimiento se comunicará al denunciante (COA, art. 187).

Cuando la reclamación se inicia a petición de parte, la persona afectada puede proponer su reclamo por vía administrativa en el término de noventa días, desde el día siguiente al de la actuación u omisión administrativa que originó el daño. (COA, art. 340). En la solicitud de reclamación el interesado, a más de los aspectos generales, deberá especificar: i) la acción u omisión de la administración pública o el hecho dañoso; ii) los daños alegados; iii) el nexo causal; y, iv) la evaluación económica de la responsabilidad extracontractual, si fuera posible (COA, art. 342).

La configuración de estos requisitos, por un lado, da paso a la instauración del procedimiento administrativo y, por otro lado, en el evento de verificarse el cumplimiento de los requisitos señalados, la consecuente declaración de la responsabilidad extracontractual del Estado y, con ello, la obligación de reparar los daños ocasionados en la prestación de los servicios públicos.

### **2.9.5. La tramitación del procedimiento**

La tramitación de la reclamación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en el Ordenamiento jurídico español se sujeta al procedimiento general establecido en la LPACAP. Sin embargo, la misma Ley, en el art. 96, establece que «si una vez iniciado el procedimiento administrativo el órgano competente para su tramitación considera inequívoca la relación de causalidad entre el funcionamiento de servicios público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización podrá acordar de oficio la suspensión del procedimiento general y la iniciación del procedimiento simplificado»<sup>168</sup>.

<sup>168</sup> CASADO CASADO, L.; GIL CASIÓN, I.; PALLARÉS SERRANO, A.; DE LA VARGA PASTOR A.; PRESICCE L. (Autores). FUENTES I G.; JOSEP, R. Y GIFREU I FONT, J. (Directores).: *Esquemas de Procedimiento Administrativo*, 4ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia 2020, pp. 207 y 208.

En el caso ecuatoriano, la reclamación de la responsabilidad extracontractual del Estado se sujeta únicamente al procedimiento general establecido en el COA, por cuanto esta norma no determina ninguna disposición o regla que permita la iniciación de un procedimiento administrativo simplificado, como sucede en el procedimiento de reclamación patrimonial de la Administración pública en España.

### **2.9.6. Informes y dictámenes en los procedimientos de responsabilidad**

La LPACAP, en el art. 81.1, determina que en el caso de los procedimientos de responsabilidad patrimonial «será preceptivo solicitar informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable, no pudiendo exceder de diez días el plazo de su emisión». Cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica o en aquellos casos que disponga la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, la LPACAP, en el art. 81.2, prevé que «será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma.»

Esta misma disposición legal señala que «a estos efectos, el órgano instructor, en el plazo de diez días a contar desde la finalización del trámite de audiencia, remitirá al órgano competente para solicitar el dictamen una propuesta de resolución, que se ajustará a lo previsto en el artículo 91 [de la LPACAP], o, en su caso, la propuesta de acuerdo por el que se podría terminar convencionalmente el procedimiento». El dictamen se emitirá en el plazo de dos meses y deberá pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en dicha Ley.

En el caso de la reclamación de la responsabilidad extracontractual del Estado, el COA, en el art. 122, establece que «únicamente con expresa habilitación del ordenamiento jurídico, un órgano administrativo puede requerir dictámenes o informes dentro de los procedimientos administrativos». El COA no establece ninguna casuística que vincule la necesidad de solicitar dictámenes a órganos especializados cuando los montos de indemnización que se reclaman son elevados y superan una base previamente determinada, como sucede en la legislación española, que exige de un dictamen por parte del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando el monto de la reclamación es superior a los 50.000 euros.

Asimismo, el COA, en el art. 123, señala que el dictamen o informe «se referirá a los aspectos objeto de la consulta o del requerimiento; a las materias objeto de la competencia del órgano emisor y a los aspectos que incumben a la profesión, arte u oficio, de los servidores públicos que lo suscriben». Más adelante, el art. 124 del COA estipula que el dictamen o informe contendrá los siguientes aspectos: i) la determinación sucinta del asunto que se trate; ii) el fundamento que lo sustente; iii) los anexos necesarios; y, las conclusiones, pronunciamientos o recomendaciones que se emitan para el efecto.

### **2.9.7. La resolución**

En cuanto a la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, la LPACAP hace referencia a ciertas especialidades. En el art. 91.1 estipula que «una vez recibido, en su caso, el dictamen al que se refiere el artículo 81.2 o, cuando éste no sea preceptivo, una vez finalizado el trámite de audiencia, el órgano competente resolverá o someterá la propuesta de acuerdo para su formalización por el interesado y por el órgano administrativo competente para suscribirlo». Cuando no se estimase procedente formalizar la propuesta de terminación convencional, el órgano competente resolverá en los términos previstos en el apartado siguiente, como veremos a continuación.

El art. 91.2 de la LPACAP puntualiza que, «además de lo previsto en el artículo 88 [contenido de la resolución], en los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, será necesario que la resolución se pronuncie sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización, cuando proceda, de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla se establecen en el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público».

El numeral 3 de la disposición en referencia prevé que «transcurridos seis meses desde que se inició el procedimiento sin que haya recaído y se notifique resolución expresa o, en su caso, se haya formalizado el acuerdo, podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización del particular». En este caso, le corresponde al afectado acudir a la vía contencioso-administrativa para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

Respecto de la resolución que se emite en el procedimiento de responsabilidad extracontractual del Estado, el COA no contiene especialidades en relación con la resolución,

sino que más bien se refiere a la obligación que tiene el órgano competente de resolver mediante acto administrativo, pues así lo determina el art. 202. Esta disposición, además, indica que el vencimiento de los plazos previstos para resolver –de un mes, contado a partir de terminado el plazo de la prueba– no exime al órgano competente de su obligación de emitir el acto administrativo. Las Administraciones públicas no pueden abstenerse de resolver con la excusa de la falta u oscuridad de la ley.

El COA, en el art. 343, establece que el acto administrativo que resuelve el procedimiento de responsabilidad extracontractual del Estado incluirá: i) la determinación del daño calificado; ii) el nexo causal; iii) la valoración del daño y los criterios utilizados para su cálculo; y iv) la reparación por los daños ocasionados.

## **2.10. INDEMNIZACIÓN O REPARACIÓN DEL DAÑO**

El objeto de la indemnización en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas consiste en resarcir las lesiones ocasionados en los bienes y derechos de los particulares a causa de la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, independientemente de la licitud o ilicitud de la actuación administrativa o de la acción u omisión dolosa o gravemente culposa de los agentes estatales.

En este sentido, la indemnización debe en la medida de lo posible borrar todas las consecuencias adversas del acto ilícito y volver la situación anterior que, según toda probabilidad, habría existido si dicho acto no se hubiera cometido. Así pues, la indemnización llega a constituirse como aquella forma de compensación económica que busca recompensar y restituir el perjuicio que se ha causado a las víctimas. También, puede considerarse como aquella asignación pecuniaria equivalente y proporcional al menoscabo patrimonial, cubriendo las pérdidas que se han generado desde el cometimiento del daño antijurídico.

Bajo estas consideraciones, se puede sostener que la indemnización se constituye en la fórmula general de reparación, tanto en el sistema jurídico español como ecuatoriano –obviamente con ciertos matices–, puesto que su asignación se realiza con base al daño material e inmaterial ocasionado, y su finalidad consiste en hacer efectiva la justicia a favor de los afectados y consolidar la estructura de un sistema que proteja los bienes y derechos de las personas.

El numeral 2 del art. 34 de la LRJSP determina que «la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa

y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social».

El numeral 3 del art. 34 de la LRJSP dispone que «la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.»

El alcance de la indemnización ha de cubrir, además, «tanto daño emergente como lucro cesante (se entiende, una vez más, en los supuestos de antijuridicidad), siempre que se trate de daños reales y efectivos. El daño emergente es el perjuicio arrojado directamente al particular sobre sus bienes y derechos, mientras que el lucro cesante es el beneficio cierto dejado de percibir a resueltas del actuar administrativo, beneficio cierto que exige una acreditación verosímil»<sup>169</sup>.

El numeral 4 del art. 34 de la LRJSP, por su parte, establece que «la indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado». Al respecto, RIVERO ORTEGA sostiene que el legislador acierta al prever, en el régimen de la responsabilidad, «la posibilidad de sustituir la indemnización típica monetaria de una vez por otra posible en especie, así como al posibilitar pagos periódicos, siempre que esté de acuerdo el lesionado y se sirva de este modo también mejor el interés público»<sup>170</sup>. El mismo tratadista sugiere tener presente que «el acuerdo con el interesado es condición necesaria de la utilización de esta alternativa, pues la mayoría de las veces los particulares preferirán una compensación monetaria»<sup>171</sup>.

En la legislación ecuatoriana, el COA, en relación con la reparación por los daños derivados de la responsabilidad extracontractual del Estado, en el art. 336, determina que «cuando el daño sea patrimonial, se procurará la restitución de las cosas a su estado original o al más próximo

<sup>169</sup> RIVERO ORTEGA, R.: *Derecho Administrativo*, cit., p. 198.

<sup>170</sup> RIVERO ORTEGA, R.: *Derecho Administrativo*, cit., p. 198.

<sup>171</sup> RIVERO ORTEGA, R.: *Derecho Administrativo*, cit., p. 198.

al que se encontraban antes de la afectación o de no ser posible, mediante reparación pecuniaria en la que estará incluida la reparación por daños meramente morales, cuando corresponda».

La misma disposición legal estipula que «la reparación pecuniaria podrá sustituirse por una compensación equivalente en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado». Y, cuando el caso lo amerite, la Administración pública podrá, dentro del ámbito de su competencia y con sujeción a los principios de legalidad e igualdad, «establecer reparaciones no patrimoniales siempre que no afecten derechos de terceros ni generen erogaciones adicionales al Estado. Están fuera del ámbito de esta disposición, la reparación integral prevista en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional».

Esta distinción se da porque, efectivamente, la reparación por los daños en materia de responsabilidad extracontractual tiene alcances diferentes en relación con la reparación integral por violación de derechos que regula la LOGJCC. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia No 004-13-SAN-CC, ha dicho que la reparación integral es «i) la garantía y la facultad de toda persona a exigir el resarcimiento a consecuencia de la trasgresión de sus derechos constitucionales y; ii) el mecanismo para asegurar que toda persona pueda volver a ejercer el derecho conculcado»<sup>172</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia no se sujeta a la distinción que la LOGJCC realiza en relación con la reparación integral por violación de derechos y la reparación derivada de la responsabilidad extracontractual del Estado. Por ejemplo, en la resolución n.º 000658-2020, de 2020-09-09, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CNJ ha señalado que al haberse demostrado el denominado “nexo causal” entre la actuación de la administración pública y el daño irrogado, «procede entonces definir los términos de la reparación integral, al efecto, la naturaleza y alcance de esta especie de resarcimientos dependen de los factores de determinación de la responsabilidad estatal. siendo así, el daño antijurídico probado, puede repercutir tanto en los bienes materiales del afectado, así como en el ámbito inmaterial. bajo esa lógica, cuando el daño es de carácter patrimonial la reparación por estos menoscabos se traduce en una

---

<sup>172</sup> SECRETARÍA TÉCNICA JURISDICCIONAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.: *Reparación Integral. Análisis a partir de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador* (A. RUIZ, P. AGUIRRE, D. ÁVILA, & X. RON (eds.)). Quito, 2018, p. 17, en línea:

[http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/2018\\_RI/RI.pdf](http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/2018_RI/RI.pdf)

indemnización pecuniariamente apreciable, más sí el perjuicio trasciende a los bienes personalísimos del afectado se procura compensar, por diversas vías, un daño de naturaleza invaluable».

La Sala, en este caso, considera que, «lo que [se] ha producido es un daño de naturaleza moral, el cual es evidente puesto que como consecuencia de la prohibición de salida del país, se ha impedido al actor asistir a un evento propio de su ejercicio profesional, esto sumado al incomodo momento que tuvo que afrontar en el aeropuerto al dar explicaciones respecto a una situación que no le correspondía y, que se encontraba fuera de su alcance y entender, para finalmente tener que afrontar un trámite administrativo con el fin de que se levanten las indebidas medidas cautelares impuestas en su contra».

Así, cuando el daño sea patrimonial, se procurará la restitución de las cosas a su estado original o al más próximo al que se encontraban antes de la afectación o, de no ser posible, mediante reparación pecuniaria en la que estará incluida la reparación por daños meramente morales. La reparación inmaterial busca compensar y, de igual forma, «pretende restablecer a la víctima al estado anterior al hecho dañoso, pero a diferencia de la reparación material procura ser más efectiva puesto que es elemental determinarla en virtud de su posibilidad»<sup>173</sup>.

El sistema de justicia en relación con la responsabilidad extracontractual del Estado, como hemos visto, no se limita únicamente a otorgar la posibilidad de que los afectados recurran ante los tribunales de lo contencioso administrativo para reclamar la reparación por el daño sufrido, sino que instaura un proceso que le permite al afectado exponer y resolver todas las aflicciones que ha sufrido, permitiéndole defender sus derechos y solicitar que se restablezca todas las consecuencias materiales y morales que se derivan del daño antijurídico.

Por ello, la reparación depende de los factores de determinación de la responsabilidad estatal. Siendo así, el daño antijurídico probado puede repercutir tanto en los bienes materiales del afectado como en el ámbito inmaterial. Bajo esa lógica, cuando el daño es de carácter patrimonial, la reparación por estos menoscabos se traduce en una indemnización pecuniariamente apreciable, más si el perjuicio trasciende a los bienes personalísimos del afectado se procura compensar, por diversas vías, como lo ha señalado la Sala de lo Contencioso Administrativo en la resolución n.º 000658-2020, de 9 de septiembre de 2020.

---

<sup>173</sup> HENAO, J.: *Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado*. Revista de Derecho Privado. núm. 28, (enero-junio, 2015, pp. 277-366). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 311 y 313, en línea: <https://www.redalyc.org/pdf/4175/417539919010.pdf>

Queda claro, entonces, que la reparación derivada de la responsabilidad extracontractual del Estado tiende a buscar una reparación integral que considera para los efectos reparatorios tanto los daños materiales como inmateriales. En este sentido, la reparación integral promueve el respeto a la dignidad de las víctimas, agota diversos mecanismos con el fin de restablecer la situación previa al ilícito y procura, a su vez, proteger de conductas o patrones transgresores que pueden producirse por acciones u omisiones administrativas a los demás sujetos de la sociedad.

Sin embargo, lo que no ha quedado claro son los parámetros que los jueces aplican para establecer la reparación tanto en el ámbito material como inmaterial. Por ejemplo, la Sala de lo Contencioso Administrativo, en relación con el accidente aéreo y fallecimiento de la Ministra de Defensa y su hija, sucedido en un acto oficial en el año 2007, haciendo referencia a la sentencia del Tribunal de primera instancia, ha determinado que ésta «no es nada clara, al pretender aplicar al presente caso un precedente judicial que nada tiene que ver con el caso en cuestión, pues el traer a colación (para fundar incluso el valor de la indemnización) el tristemente célebre caso de la profesora Consuelo Benavides Cevallos, que se trató ante una Corte Internacional de Derechos Humanos, con alegaciones entre otros aspectos de desaparición forzosa y tortura por los órganos de seguridad del Estado, son temas que en forma alguna nada tienen que ver con el caso que aquí se ventila, pues emular los dos casos, sería como tácitamente aceptar que en este caso hubo, por ejemplo, el delito de torturas de por medio, lo cual es inaceptable»<sup>174</sup>.

Pretender tomar como punto de referencia un caso de violación de derechos humanos, por el cual el Estado ecuatoriano habría pagado un millón de dólares americanos a los padres de la víctima en virtud de un acuerdo aprobado por la Corte Interamericana bajo los parámetros de la Convención Americana, resulta fuera de todo contexto, pues se trata de un caso que no se parece en nada al accidente de aviación en el cual falleció la ministra de Defensa y su hija menor de edad.

En este caso, la Sala luego del análisis realizado determinó que, lamentablemente, las Fuerzas Armadas «colocaron a la menor de edad fallecida, Srta. CFAL, en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella de ninguna alguna tenía la obligación de soportar», pues ella nunca debió subir al helicóptero militar artillado en cuestión. Tal error es inexcusable y costó la vida de una ciudadana ecuatoriana menor de edad totalmente inocente.

---

<sup>174</sup> CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. Gaceta Judicial 12, de 24 de agosto de 2012.

Por ello, la Sala declaró la responsabilidad de las Fuerzas Armadas y aceptó parcialmente las demandas presentadas por los abuelos maternos, abuelos paternos y hermanos de la menor fallecida, en contra del Estado ecuatoriano. El fallo de la Sala dispuso que el Ministerio de Defensa Nacional indemnice con ciento cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (USD \$ 150.000,00.) a los familiares de la Srta. CFAL, de la siguiente manera: a los abuelos maternos supervivientes con USD \$ 50.000,00, a sus hermanos supervivientes con USD \$ 50.000,00); a los abuelos paternos supervivientes con USD \$ 50.000,00. Este valor no será imputable a los valores pagados por acta de finiquito y descargo suscrita el 26 de abril de 2007. Además de la compensación pecuniaria señalada, se tomó la siguiente medida de satisfacción y de no repetición: el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, en su calidad de máxima autoridad militar respecto de la planificación y asesoramiento de políticas militares, enviará a los familiares de la menor fallecida una carta en la cual indique que se han tomado las medidas necesarias de seguridad de las diferentes ramas de las Fuerzas Armadas, para que nunca más vuelva a ocurrir un accidente similar.

Otro ejemplo, en donde podemos observar la dificultad que tienen los jueces de lo contencioso administrativo, para establecer la cuantificación de los daños materiales e inmateriales, es en la jurisprudencia recogida en la Gaceta Judicial 4, de 11 de abril de 2007, de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador. En este caso, la sentencia del Tribunal -primera instancia- resolvió declarar con lugar la demanda e ilegal y atentatorio a la Constitución el acto administrativo impugnado, disponiéndose que los demandados Consejo Nacional de Electrificación (CONELEC) y la Empresa Eléctrica de Manabí (EMELMANABI) de manera conjunta y en porcentajes iguales «paguen al actor la suma de un millón de dólares americanos, por concepto de indemnización por los daños físicos, morales y síquicos sufridos por el menor JPAB como consecuencia de haber recibido descarga eléctrica a la que no estaba obligado jurídicamente a recibir, que le ha ocasionado quemaduras, amputación de miembros superior e inferior e incapacidad de 80%, considerándose como factor para determinar el monto de indemnización la edad del niño, el tiempo transcurrido desde la fecha en que se produjo el hecho lesivo, los gastos realizados en el tratamiento inmediato de las lesiones, los gastos para toda la vida, incluyéndose también en este monto indemnizatorio las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil relacionadas al daño emergente, lucro cesante e intereses a percibirse desde el inicio de la obligación indemnizatoria»<sup>175</sup>.

<sup>175</sup> CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. Gaceta Judicial 4, de 11 de abril de 2007.

Sin embargo, la Sala de lo Contencioso Administrativo, dentro del análisis del recurso de apelación, desvirtuó el monto que el Tribunal de primera instancia determinó por concepto de indemnización, señalando es necesario invocar a la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 63.1, dispone la obligación del Estado «cuya responsabilidad ha sido establecida, de reparar el daño ocasionado y sus consecuencias, y la de determinar el pago de una justa indemnización» que cubra tanto los daños materiales como los daños morales.

En lo que respecta a los daños materiales sufridos por el menor JPAB, la Sala consideró el valor que dejaría de percibir el afectado debido a su incapacidad para proveerse de los medios de subsistencia, como cualquier otro trabajador. Además de ello, determinó lo siguiente:

«Es razonable fijar como valor de la indemnización por los perjuicios materiales causados, un monto equivalente al valor de la canasta familiar vital, por cada mes y por el tiempo de esperanza de vida.

El valor de la canasta familiar vital, de conformidad con el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, a marzo del año 2007, es de trescientos dieciséis dólares americanos; en tanto que, la esperanza de vida según la Organización Mundial de la Salud es de setenta años. En tal virtud, dado que el hecho acaeció cuando JPAB tenía ocho años, el valor que percibirá por concepto de indemnización por daños materiales asciende a la suma de doscientos treinta y cinco mil trescientos doce 32/100 dólares de los Estados Unidos de América.

La Sala entiende que no es posible cuantificar las pérdidas extrapatrimoniales que ha sufrido JPAB, por lo que, aclarando que el valor que ahora se fija como reparación de los perjuicios morales sólo busca atenuar el efecto anímico y psicológico. Por ello, basándose en equidad, condena solidariamente a EMELMANABI y a CONELEC al pago de ochenta mil 00/100 dólares de los Estados Unidos de América, por este concepto. En total, la indemnización compensatoria suma el valor de trescientos quince mil trescientos doce 32/100 dólares de los Estados Unidos de América».

Los jueces de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia también han encontrado dificultades para efectos de cuantificar el monto de indemnización por los daños inmateriales. Por ejemplo, en la Resolución (CNJ. SCA) n.º 000658-2020, de 9-9-2020, relacionada con los daños ocasionados por la prohibición de salida del país emitida erróneamente por una entidad bancaria del sector público, que privó a un profesional asistir a un evento de capacitación, la Sala ha señalado «que no existen parámetros definidos para establecer las reparaciones de carácter inmaterial, la ponderación de los daños y los efectos

resarcitorios se han remitido al criterio y prudencia del juzgador, por lo que dadas las circunstancias subjetivas y el compendio de contrariedades que indefectiblemente le ocasionaron perjuicios inmateriales al actor, este tribunal ha concebido prudente el pago de una reparación económica que consiste en cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general para el año 2020»<sup>176</sup>.

Luego de revisar la normativa y jurisprudencia relacionada con la indemnización, tanto en el Ordenamiento jurídico español como en la legislación ecuatoriana, se puede afirmar que los parámetros determinados en la LRJSP tienen un mayor alcance para efectos de cuantificar la indemnización. El art. 34.2 de la referida ley determina con precisión que la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social.

Lamentablemente, en el caso ecuatoriano, el legislador no ha incorporado en el COA regulaciones que permitan orientar el cálculo de la reparación. Por esta razón, la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia ha realizado esfuerzos para cuantificar los montos la reparación, tanto en el ámbito material como inmaterial. Incluso ha recurrido a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos para encontrar los parámetros que permitan cuantificar los montos de indemnización. Por ello, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, ha tenido que ajustar sus criterios subjetivos, fuera de cualquier parámetro objetivo, para establecer los rubros de indemnización tanto en el ámbito material como inmaterial.

Por ello, al existir limitaciones estructurales en cuanto a los parámetros de cuantificación de la reparación integral dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado, le corresponde al legislador ecuatoriano reformar el art. 336 del COA, observando tres aspectos principales: i) determinar un sistema de reparación integral de los daños derivados de la responsabilidad extracontractual del Estado, en función de la doctrina desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana

---

<sup>176</sup> CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución n.º 000658-2020, de 9-9-2020. Juicio 17811-2018-00854 COGEP, en línea: <file:///Users/olgerquzhpecastro/Downloads/Resolucion%20Integra-17811-2018-00854%20COGEP-141927-17811-2018-00854%20COGEP141927.pdf>

de Derechos Humanos; ii) incorporar en los casos de muerte o lesiones corporales como referencia la valoración incluida en la normativa de la Seguridad Social y riesgos laborales; y iii) establecer parámetros objetivos que orienten la cuantificación de los daños inmateriales.

## **2.11. REFLEXIONES FINALES RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA Y EN ECUADOR**

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en el Ordenamiento jurídico español ha tenido un mayor desarrollo normativo y jurisprudencial desde la incorporación del principio de responsabilidad en la LEF, hasta la actual LRJSP. Sin embargo, a nivel constitucional el principio de responsabilidad patrimonial tiene un desarrollo mucho más general que a nivel legislativo.

Así, la Constitución impone «el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración, pero el alcance y los límites de la garantía indemnizatoria no resultan directamente de la propia Constitución, que se remite a los términos establecidos en la Ley. Por lo tanto, se trata de un “derecho de configuración legal”, por lo que el parlamento tiene un cierto margen de libertad a la hora de regular la responsabilidad patrimonial de la Administración pública de una u otra manera»<sup>177</sup>.

Esta libertad de las Cortes Generales se ha visto reflejada en la LRJSP, con la incorporación de regulaciones orientadas a garantizar el derecho de las personas a ser indemnizadas por las lesiones que sufran en sus bienes y derechos, sin la obligación jurídica de soportarlo. La LPACAP, en el ámbito procedimental, ha determinado con claridad las especialidades en el procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, mostrando así el Parlamento español un interés especial en regular de forma adecuada esta institución jurídica como garantía de las personas a no ser lesionadas en sus bienes y derechos, frente a la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos.

En el ámbito jurisprudencial, igualmente en España se ha visto un desarrollo importante de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, aunque no han faltado los cuestionamientos respecto de la responsabilidad directa y objetiva. En este sentido, MARTÍN REBOLLO considera que «la experiencia jurisprudencial reciente que, como no podía ser de otra manera, ofrece un gran casuismo y que ha evolucionado desde las frecuentes desestimaciones

<sup>177</sup> BLANQUER CRIADO, D.: *Los daños por la COVID-19. (Responsabilidad patrimonial; ordenación y privación de los derechos)*, cit., p. 456.

de los primeros años sesenta del siglo XX hasta las nada infrecuentes condenas a las Administraciones públicas en la actualidad»<sup>178</sup>.

Este tratadista además señala que la jurisprudencia ha llevado el principio de responsabilidad a numerosos sectores, como los accidentes causados por el mal estado de las carreteras debido a baches existentes en la calzada o a una deficiente señalización, los atropellos por vehículos públicos o por la caída árboles, los deterioros ocasionados por el desbordamiento de arroyos a causa de deficiencias, falta de limpieza de alcantarillas o de la inexistencia de obras de encauzamiento, los perjuicios que ocasiona la orden de cierre de un establecimiento, el derribo de un edificio declarado ilegal, la licencia revocada, la declaración de ruina posteriormente anulada, los daños producidos a causa de la acción de los bomberos, las lesiones o muertes derivadas de las actuaciones policiales o por maniobras militares, entre otras. Estos son ejemplos, entre muchos, sacados al azar de los repertorios jurisprudenciales de los últimos años<sup>179</sup>.

Este abanico de resoluciones judiciales que, en general, hay que valorar positivamente, como señala el mencionado tratadista, «no excluye las reflexiones apuntadas y, sobre todo, el análisis de la determinación del concepto de lesión que es tanto como decir la identificación de los supuestos en los que la Administración responde sin culpa, objetivamente, que es el aspecto quizá menos claro y más evanescente del sistema»<sup>180</sup>. Porque, si bien se mira, todos o casi todos los ejemplos mencionados son supuestos de funcionamiento anormal, es decir, supuestos en los que la actividad pública (el servicio, como dice la Ley) funcionó mal, funcionó tarde o no funcionó, con independencia de que esa actividad anormal fuera debida a causas humanas o a causa anónimas e internas al propio servicio (causa indemnizatoria que nadie niega)<sup>181</sup>.

En este sentido, RODRÍGUEZ-ARANA, considera que «el sistema de responsabilidad universal, objetiva y directa no es real».<sup>182</sup> Más bien, «el sistema español, aunque objetivo en su formulación, no lo es tanto en su aplicación, pues como advierte Rivero Ysern y enfatiza Moreno Molina, la jurisprudencia nos ofrece ribetes culpabilísticos que no son más que la constatación de la proyección del modelo a la realidad y de la necesidad de proceder a un

---

<sup>178</sup> MARTÍN REBOLLO, L.: *Manual de las Leyes Administrativas*, cit., p. 784.

<sup>179</sup> MARTÍN REBOLLO, L.: *Manual de las Leyes Administrativas*, cit., p.784.

<sup>180</sup> MARTÍN REBOLLO, L.: *Manual de las Leyes Administrativas*, cit., p. 783.

<sup>181</sup> MARTÍN REBOLLO, L.: *Manual de las Leyes Administrativas*, cit., p. 784.

<sup>182</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J.: *Recensión del libro de Enrique Rivero Ysern: El daño en el Derecho Administrativo*, cit., p. 498.

cambio sustancial atendiendo a la regulación europea y sobre todo teniendo en cuenta las sentencias de los tribunales, que cada vez ponen en tela de juicio el esquema objetivo.»<sup>183</sup>

Aparte del debate que se genera en torno a la responsabilidad directa y objetiva de las Administraciones públicas, surge quizá un problema mucho más importante como la impresionante carga que supone para el Estado responder las demandas de responsabilidad que se plantean por las lesiones ocasionadas en los bienes y derechos de las personas con ocasión de la prestación de los servicios públicos o del desarrollo de la actividad administrativa. Por ello, GONZÁLEZ PÉREZ sostiene que, entre las opciones que se formulan ante una posible reforma figura, se halla «la del abandono de la responsabilidad directa y la vuelta a la responsabilidad subsidiaria de la Administración.»<sup>184</sup>

La realidad del sistema de responsabilidad extracontractual del Estado no es diferente en Ecuador, aunque su desarrollo normativo y jurisprudencial presenta ciertos matices. En cuanto al marco normativo que regula la responsabilidad extracontractual del Estado, se denota que históricamente el desarrollo de esta institución jurídica ha tenido un alcance mayor a nivel constitucional. Precisamente, la Constitución de 1967 incorporó por primera vez en el Derecho ecuatoriano la obligación del Estado de indemnizar a los particulares por los perjuicios irrogados en sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de su cargo.

Sin embargo, el legislador tardó en impulsar el desarrollo del principio de responsabilidad a través de la aprobación de una ley que determine su marco regulatorio. En 1994 entró en vigor el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo, una norma estatutaria aprobada por el presidente de la República. Tuvieron que transcurrir alrededor de 50 años desde la recepción del principio de responsabilidad en 1967 hasta que, en el año 2017, el Poder Legislativo finalmente aprobara el COA, norma que establece el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado.

Entre los principales aspectos que se deben revisar en cuanto al sistema de responsabilidad extracontractual del Estado, de cara a posibles reformas, está, por un lado, la incorporación de especialidades principalmente en el procedimiento administrativo de reclamación y, por otro lado, la determinación de los parámetros que permitan cuantificar los montos de reparación material e inmaterial.

---

<sup>183</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J.: *Recensión del libro de Enrique Rivero Ysern: El daño en el Derecho Administrativo*, cit., p. 498.

<sup>184</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit., p. 219.

La falta de especialidades en el procedimiento de la responsabilidad extracontractual muestra un claro desinterés del legislador por generar una vía expedita en el procedimiento de reclamación. Probablemente, esto se configure como un factor clave que puede incidir en la decisión de los afectados de acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, para exigir la reparación de los daños antijurídicos generados por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos.

La jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia también ha mostrado dificultades en la aplicación de la normativa, sobre todo para cuantificar los rubros que deben cubrirse por concepto de reparación integral. Se observa una clara tendencia de la Sala de Contencioso Administrativo de sostener sus decisiones en función de parámetros desarrollados en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esto muestra por parte del juzgador la búsqueda y aplicación de mecanismos orientados a dignificar la condición humana del afectado, frente a los daños que se derivan de la actividad administrativa. Además, pone de relieve las deficiencias de la legislación ecuatoriana en cuanto a la determinación de los parámetros que se deben observar para efectos de determinar la reparación.

Pero, al igual que sucede en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en España, en Ecuador existe una gran carga de reclamaciones que exigen reparaciones en virtud de la responsabilidad extracontractual del Estado. Lo cual hace evidente la necesidad no sólo de establecer reformas en el ámbito de la subsidiariedad de la responsabilidad entre la Administración pública y el agente estatal responsable del daño antijurídico, sino también de incorporar reformas legales orientadas al mejoramiento de la prestación de los servicios públicos en todos los niveles.

Finalmente, se puede asegurar que tanto la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas establecida en el régimen jurídico español, como la responsabilidad extracontractual del Estado determinada en el Ordenamiento jurídico ecuatoriano, como institución jurídica, se constituye en uno de los mecanismos más importantes que tenemos los ciudadanos para que no se desborde la potestad discrecional de la Administración pública y para encausar su actuación en función de los principios de juridicidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

## 3. LA ACCIÓN DE REGRESO

### 3.1. CONCEPTO

La palabra acción proviene del latín *actio*, que significa llevar a cabo la realización de un acto o un hecho. La acción genera la posibilidad de actuar en determinados ámbitos, como sucede en el judicial, donde es considerada como «el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de una pretensión»<sup>185</sup>, el cual se promueve a través de la demanda para «requerir la actividad de la jurisdicción»<sup>186</sup>.

En cambio, la palabra regreso proviene del latín *regresus*, que consiste en la acción de volver hacia atrás, de repetir lo realizado. En el ámbito de la responsabilidad patrimonial, significa «devolver o restituir»<sup>187</sup> a la Administración pública los valores que pagó por la lesión ocasionada a los particulares.

Ahora bien, la palabra repetir, que proviene del latín *repetere*, significa volver hacer lo hecho o decir de nuevo lo que ya se había dicho. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, significa «reclamar contra un tercero, a consecuencia de evicción, pago o quebrantamiento que padeció el reclamante»<sup>188</sup>, es decir, exigir al agente estatal que ocasionó el daño antijurídico de forma dolosa o culposa el reembolso del dinero que la Administración pública pagó al afectado en razón la responsabilidad directa y objetiva.

Este acercamiento etimológico tanto a la acción de regreso, que corresponde al Ordenamiento español, como a la acción de repetición, perteneciente al Ordenamiento ecuatoriano, nos plantea una diferencia en cuanto al enfoque que se le da en cada caso. Cuando hablamos de la acción de regreso nos referimos a la posición jurídica del sujeto que está en

---

<sup>185</sup> COUTURE, E.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 12.

<sup>186</sup> JARAMILLO ORDOÑEZ, H. Y JARAMILLO LUZURIAGA P.: *Justicia Administrativa en el sistema oral*, Offset Grafimundo, Loja, 2014, p. 158.

<sup>187</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA.: *Diccionario de la Lengua Española*, en línea:

<https://dle.rae.es/repetir>

<sup>188</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA.: *Diccionario de la Lengua Española*, en línea:

<https://dle.rae.es/repetir>

obligación a devolver o restituir lo pagado por la Administración pública, obligación que se materializa a través de la formulación de la acción de regreso.

Sin embargo, cuando nos referimos a la acción de repetición, la obligación de recuperar lo pagado por concepto de responsabilidad recae en el propio Estado, siendo la Administración pública el sujeto activo obligado a ejercer el derecho de repetición contra el agente estatal que, por su acción u omisión dolosa o gravemente culposa, provocó el daño antijurídico objeto de la reparación.

No obstante, en los dos casos el objeto de la acción de regreso, que en adelante tomaremos como sinónimo de acción de repetición, es la recuperación de los recursos públicos erogados como consecuencia de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cuya finalidad es precautelar el interés general, ya que los recursos públicos, entendidos históricamente como la caja común, pertenecen a todos los habitantes del país y es deber del Estado, a través de las entidades públicas que correspondan precautelar todo tipo de gasto.

En cuanto a la definición de la acción de regreso, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico determina que es el «mecanismo procesal a través del cual el sujeto que ha hecho frente a una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial por la producción de un daño exige del agente responsable el pago del importe satisfecho», siempre y cuando la acción u omisión del agente estatal haya sido dolosa o gravemente culposa.

JARAMILLO ORDÓÑEZ Y JARAMILLO LUZURIAGA coinciden con esta definición, señalando que la acción de repetición es «un proceso judicial regulado por el ordenamiento jurídico, que tiene por objeto recuperar el monto pagado por el Estado, como consecuencia de un acto doloso o gravemente culposo cometido por un servidor público»<sup>189</sup>, siempre y cuando el daño antijurídico se haya generado en el ejercicio de sus funciones o esté vinculado al servicio público.

Para MOLINA BETANCUR Y CAÑÓN SOLANO, la acción de repetición es «un mecanismo jurídico que busca la declaratoria de responsabilidad directa del agente estatal y el consecuente reembolso de las sumas que el Estado ha pagado por la conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes, en ejercicio o con motivo de sus funciones»<sup>190</sup>. El alcance de este concepto es mucho más amplio, pues configura la acción de repetición no sólo como un mecanismo orientado a la recuperación de los dineros pagados por el Estado, sino que busca

<sup>189</sup> JARAMILLO ORDÓÑEZ, H. Y JARAMILLO LUZURIAGA P.: *Justicia Administrativa. en el sistema oral*, cit., p. 157.

<sup>190</sup> MOLINA BETANCUR, C. Y CAÑÓN SOLANO, M.: *La Acción de Repetición*, 1ª ed., Universidad de Medellín, Medellín, 2013, p. 65.

determinar la responsabilidad subjetiva del agente estatal, verdadero responsable de los daños ocasionados en los bienes y derechos de los particulares, que no tenían y no tienen la obligación de soportarlo.

En suma, estas definiciones, aunque con diferentes matices, configuran la acción de regreso o repetición como un mecanismo procesal que tiene por objeto materializar el derecho que corresponde al Estado, para determinar la responsabilidad del agente estatal que en la prestación de los servicios públicos provocó de forma dolosa o gravemente culposa el daño antijurídico en los bienes y derechos de los particulares que no tienen la obligación jurídica de soportarlo, y, en virtud de la declaración de la responsabilidad patrimonial del agente estatal, le corresponde a la Administración pública la recuperación de los dineros que pagó al afectado en concepto de reparación.

### 3.2. FINALIDAD

La acción de repetición, como la institución jurídica de cierre del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración pública o del sistema de responsabilidad extracontractual del Estado, busca principalmente «garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de la sociedad; el perfeccionamiento de la función pública; la defensa del patrimonio del Estado; y combatir la corrupción por medio de la ética y la moral»<sup>191</sup>.

Garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de la sociedad, a través de la obligación que tiene el Estado en primera instancia de reparar los daños ocasionados a los particulares por el funcionamiento de los servicios públicos; luego, investigar quiénes son los agentes públicos responsables de dicho daño y determinar si su acción u omisión ha sido dolosa o gravemente culposa; y, finalmente, formular la acción de repetición contra los agentes directamente responsables del daño antijurídico, para recuperar los valores pagados por la Administración em concepto de responsabilidad patrimonial.

El perfeccionamiento de la función pública es un mecanismo para «desalentar las conductas ilícitas -dolosas o por culpa grave- y construir un factor de control de la Administración pública, tendiente al incremento progresivo de la calidad de los servicios públicos que presta»<sup>192</sup>, que proyecta a la sociedad una Administración pública responsable que inspira el cumplimiento de los deberes del agente estatal.

<sup>191</sup> JARAMILLO ORDOÑEZ, H. Y JARAMILLO LUZURIAGA P.: *Justicia Administrativa. en el sistema oral*, cit., p. 161.

<sup>192</sup> CASTRO ESTRADA, A.: *El sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado*, cit., p 378.

Para la defensa del patrimonio del Estado, se instrumenta a la acción de regreso como un mecanismo que busca: «i) obtener la declaratoria de responsabilidad patrimonial del servidor o ex servidor público, y en general del agente estatal a causa del ejercicio de la función pública [realizado] de forma dolosa o culposa; y, ii) el reintegro efectivo al patrimonio estatal de la suma a que fue condenado por la causa del agente estatal»<sup>193</sup> y, con ello, evitar el menoscabo o detrimento patrimonial de carácter público. De esta manera, la acción de repetición «se orienta a la protección del patrimonio del Estado y de ahí que éste se halla legitimado para perseguir una indemnización por parte de aquellos agentes estatales que se han distanciado gravemente de sus deberes, funcionales y que han generado una condena reparatoria»<sup>194</sup>. Esta explicación concuerda y tienen a su vez como «fundamento la finalidad de precautelar los recursos públicos, añadiendo que ello es factor para dar legitimidad al Estado para repetir»<sup>195</sup>.

Al combatir la corrupción por medio de la ética y la moral, la acción de regreso o repetición, además de constituirse como un mecanismo que permite ejercer el derecho que tiene el Estado para recuperar los dineros pagados por concepto de responsabilidad patrimonial, se configura como un «instrumento de moralidad y eficiencia de la función pública»<sup>196</sup>, que orienta el accionar de los agentes estatales. El funcionamiento de la Administración pública en virtud de valores éticos y morales debe exigir de las autoridades y demás agentes estatales una administración transparente y honrada del patrimonio público; exigir la rendición de cuentas de la gestión de las autoridades ante la sociedad; anteponer el interés general frente a las pretensiones particulares; y denunciar los actos de corrupción conforme lo determina la ley.

### 3.3. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

La acción de regreso o repetición es una figura jurídica del Derecho administrativo, que está relacionada directamente con la recuperación de los recursos económicos que han sido pagados por concepto de la responsabilidad directa y objetiva de las Administraciones públicas, contra los agentes estatales que actuaron de forma dolosa o culposa en la prestación de los servicios públicos o, en general, en el ejercicio de la actividad administrativa.

Al tratarse de la recuperación de recursos públicos, que pertenecen a la caja común de todos, la acción de regreso se fundamenta en el interés público que «se confunde con el fin

<sup>193</sup> MOLINA BETANCUR, C. Y CAÑÓN SOLANO, M.: *La Acción de Repetición*, cit., p. 65.

<sup>194</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-285 del 23 de abril de 2002.

<sup>195</sup> MOLINA BETANCUR, C. Y CAÑÓN SOLANO, M.: *La Acción de Repetición*, cit., p. 92.

<sup>196</sup> MOLINA BETANCUR, C. Y CAÑÓN SOLANO, M.: *La Acción de Repetición*, cit., p. 62.

mismo del Estado»<sup>197</sup>. El interés público, de acuerdo con PAREJO ALFONSO, se da cuando el «objetivo que debe ser atendido por una actividad afecta a una organización política o administrativa como totalidad y no puede ser logrado más que por esa totalidad»<sup>198</sup>.

El mismo tratadista sostiene que la noción de interés público o general «se refiere a los bienes jurídicos protegidos imputables a la colectividad o comunidad, cuya tutela corresponde, por ello, a los poderes públicos»<sup>199</sup>. Tutela que debe ser ejercida de forma objetiva conforme a sus competencias, ya que el interés público «tiene sin más y con carácter general una posición superior respecto del interés privado [o subjetivo]»<sup>200</sup>.

Al respecto, el profesor MIGUEZ MACHO, señala que en un Estado democrático de Derecho «la Administración obtiene su legitimidad precisamente de su carácter de instrumento objetivo al servicio de los intereses generales bajo la dirección del Gobierno de turno y de su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho generados democráticamente»<sup>201</sup>. Agrega además que «la Administración no tiene, no puede tener intereses propios, sino que ha de servir los intereses generales tal como son definidos por los órganos políticos legitimados democráticamente y con estricto respeto al principio de legalidad»<sup>202</sup>.

En este mismo sentido, NIETO sostiene que la justificación última del poder público «siempre ha sido la consecución del bien común, del interés público o del interés general»<sup>203</sup>. La fuente primaria del bien común o interés general «es la constitución política por contener la cláusula del Estado social y democrático de derecho, la fuente secundaria es la ley, junto con las normas dictadas por la administración en el marco de los intereses generales concretos»<sup>204</sup>.

Así, la Constitución española, en el art. 103.1, determina que la Administración pública «sirve con objetividad los intereses generales», constituyéndose en el fin institucional mismo

<sup>197</sup> PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 506

<sup>198</sup> PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 506

<sup>199</sup> PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 507.

<sup>200</sup> PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 504

<sup>201</sup> MIGUEZ MACHO, L.: *El principio de objetividad de la Administración (Presentación)*. DA. Revista Documentación Administrativa, n° 289, enero-abril 2011, pp. 11-17, ISSN: 0012-4494, España, 2011, pp. 11 y 12, en línea:

<https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/10066>

<sup>202</sup> MIGUEZ MACHO, L.: *El principio de objetividad de la Administración*, cit., pp. 11 y 12.

<sup>203</sup> NIETO, A.: *La Administración sirve con objetividad los intereses generales, Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, T. III, Civitas, Madrid, 1991, p. 2186.

<sup>204</sup> LÓPEZ PEÑA I. E.: *Relatividad de contenido del interés general por su dependencia al principio de estado social y democrático de derecho*. Ciencia Jurídica Universidad de Guanajuato. División de Derecho, Política y Gobierno. Departamento de Derecho. Año 3, núm. 6. p. 162. Reseña: (A propósito del libro *Con miras del Interés General*, de los profesores RIVERO YSERN, E., y RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, J. Ed. BUBOK Publishing. SL. España). Guanajuato, 2014, pp. 75, 76 y 84.

de la Administración pública, «en cuanto poder público, operando simultáneamente como justificación y límite de la actuación administrativa»<sup>205</sup>.

La fórmula introducida en la Constitución de 1978 («la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales»), «se ha convertido en la base de la caracterización constitucional de la Administración pública»<sup>206</sup> y encuentra plena vinculación con la recuperación de los recursos económicos pagados en virtud de la responsabilidad patrimonial, pues el art. 128. 1 determina que «toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general».

No queda duda, entonces, de que el interés público o general está relacionado directamente con el derecho que corresponde ejercer al Estado, a través de las Administraciones públicas, para recuperar los dineros que se pagaron a los particulares por concepto de indemnización de las lesiones sufridas en sus bienes y derechos por la acción u omisión dolosa, gravemente culposa o negligente de los agentes estatales, en la prestación de los servicios públicos o en el desarrollo de la actividad administrativa.

Por su parte, en el caso de la Constitución ecuatoriana, el art. 227 señala que la Administración pública «constituye un servicio a la colectividad» cuya finalidad es «la satisfacción de los intereses generales»<sup>207</sup> y la garantía del ejercicio de los derechos fundamentales. Dentro de este marco de actuación, las Administraciones públicas legitiman el ejercicio de su actividad en la satisfacción del interés general o común, que se hace efectivo mediante la aplicación de políticas y servicios públicos que promueven el real y efectivo goce de los derechos.

El centro de actuación de los poderes públicos y la satisfacción del interés general tiene relación directa con el respeto y garantía de los derechos, que se configuran en el elemento central de actuación de la Administración pública. Así, el art. 85.2 de la Constitución ecuatoriana señala que «sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto».

---

<sup>205</sup> PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 502.

<sup>206</sup> MIGUEZ MACHO, L. *El principio de objetividad de la Administración*, cit., p. 11.

<sup>207</sup> ZAVALA EGAS, J.: *Lecciones de Derecho Administrativo*. 1ª ed., Edilex. S.A., Guayaquil, 2011, p. 214.

Por ello, el art. 11.9 de la Carta Magna señala que «el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios y funcionarias, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas».

Esta disposición sienta las bases constitucionales de la responsabilidad –objetiva y directa– del Estado como garantía misma del ejercicio de los derechos fundamentales. Pero, al mismo tiempo, sienta las bases del derecho de repetición, como mecanismo de cumplimiento del interés general, obligando al Estado, a través de las Administraciones públicas respectivas, a ejercer de forma inmediata el derecho de repetición contra los responsables del daño producido, sin perjuicio de la imputación de responsabilidades civiles, penales o administrativas.

Por lo tanto, la acción de regreso en el sistema jurídico español y la acción de repetición en el sistema jurídico ecuatoriano tienen su fundamento en el interés general o público. En el caso español, toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general; dentro de esta riqueza se incluyen los recursos económicos que son pagados por concepto de responsabilidad patrimonial. Por ello, la Administración pública, al servir con objetividad los intereses generales, está obligada a ejercer el reembolso de estos dineros, cuando la actuación de los agentes estatales ha sido dolosa, gravemente culposa o negligente, precisamente, para cumplir con sus fines institucionales y satisfacer el interés general o público.

En el caso ecuatoriano, el derecho de repetición tiene conexión directa con el interés general, por cuanto deriva de la responsabilidad del Estado, cuyo fundamento es la garantía de los derechos que deben ser desarrollados por las entidades estatales, mediante la prestación de bienes o servicios públicos, como elemento fundamental para la consecución del bien común.

Con base en el análisis realizado se puede concluir que, cuando la Administración pública -sea en el caso español o ecuatoriano- no ejerce el derecho de regreso o repetición de los recursos económicos erogados por concepto de responsabilidad, se afecta directamente: i) al presupuesto institucional de la propia Administración pública o del Estado -la riqueza de todos-; y, ii) al cumplimiento del principio de eficiencia y eficacia administrativa. Lo cual genera altos costos económicos y sociales, que disminuyen la calidad de los servicios públicos y con ello se

afecta a la objetividad que debe mantener la Administración al satisfacer el cumplimiento del interés general.

Por lo tanto, la acción de regreso o repetición, al tener como fundamento el interés general o público, debe constituirse en una acción popular que permita tanto a la Administración pública, a los afectados o a la propia ciudadanía impulsar la recuperación de los recursos pagados por concepto de responsabilidad patrimonial.

#### **3.4. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA ACCIÓN DE REGRESO EN ESPAÑA Y EN ECUADOR**

La configuración legal de la acción de regreso en España está determinada en la LRJSP. El capítulo IV, sección 2.<sup>a</sup>, se refiere específicamente a la «Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas» que se deriva del funcionamiento de los servicios públicos o de la acción u omisión de los agentes estatales en el ejercicio de la función administrativa.

El art. 36 de la LRJSP desarrolla las reglas y el procedimiento para la exigir la responsabilidad patrimonial de las autoridades y demás personal al servicio de las Administraciones públicas, «cuando la lesión resulte de un incorrecto funcionamiento del servicio público por mediar acción u omisión culposa de una autoridad, funcionario, empleado o agente»<sup>208</sup>.

Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales, la LRJSP plantea tres aspectos principales a considerar: i) los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio (responsabilidad directa y objetiva); ii) la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa instrucción del correspondiente procedimiento (responsabilidad subjetiva), y para la exigencia y cuantificación de la responsabilidad de las autoridades y demás personal al servicio de las Administraciones públicas, ponderará los siguientes criterios: a) el resultado dañoso producido; b) el grado de culpabilidad; c) la responsabilidad profesional del personal; y d) su relación con la producción del referido resultado dañoso; y iii) cuando el perjudicado sea la propia Administración pública, ésta debe exigir igualmente (actuando de oficio y cuando haya concurrido dolo, culpa o

---

<sup>208</sup> PAREJO ALFONSO. L.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 1111.

negligencia grave) la responsabilidad patrimonial de sus autoridades, funcionarios, empleados y agentes<sup>209</sup>.

La responsabilidad penal y civil del personal al servicio de las Administraciones públicas, que se derive del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente (LRJSP, art. 37.1). La exigencia de la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial (LRJSP, art. 37.2).

Dentro de las responsabilidades jurídicas, la penal es sin duda la más grave, *«exigible tanto a personas físicas como, más recientemente, a personas jurídicas, Tantas veces son sin embargo las autoridades y funcionarios quienes delinquen, de modo que serán ellos quienes tengan que asumir las condenas. Ahora bien, de la responsabilidad penal se puede deducir otra civil, y en ésta el Estado responde subsidiariamente»*<sup>210</sup>.

En el Ordenamiento jurídico ecuatoriano, la regulación de la acción de repetición se encuentra en dos disposiciones normativas: i) en la LOGJCC (arts. 67), cuando la responsabilidad del Estado se da por la violación de derechos constitucionales, en caso de sentencia de procesos de garantías jurisdiccionales o en el caso de sentencia de organismo internacional de protección de derechos; y ii) en el COA (art. 344), cuando la responsabilidad extracontractual del Estado se da por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos.

Aunque la acción de repetición por la violación de derechos constitucionales (LOGJCC) y la acción de repetición por falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos (COA) busquen el mismo objetivo de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, en la práctica tienen algunos puntos de convergencia y algunas diferencias que matizan esta institución jurídica.

Los puntos de convergencia tanto de la acción de repetición por violación de derechos, como la acción de repetición por deficiencia en la prestación de servicios públicos se dan cuando el daño es consecuencia de la actuación u omisión realizada con dolo o culpa grave del servidor público, que deberá ser declarada en el proceso judicial. Las dos regulaciones

<sup>209</sup> PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 1111.

<sup>210</sup> RIVERO ORTEGA, R.: *Derecho Administrativo*, cit., p. 190.

normativas coinciden, además, en la vía judicial de reclamación ante los jueces de lo contencioso administrativo, excluyéndose en los dos casos toda posibilidad de reclamación ante la Administración pública.

En cuanto a las diferencias, en primer lugar, resalta el plazo en el cual prescribe la acción de repetición. Cuando esta acción deriva de la violación de derechos constitucionales, la prescripción es de tres años (LOGJCC, art. 68). Sin embargo, cuando la acción deriva de la falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos, el plazo de prescripción es de cuatro años (COA, art. 344). En los dos casos el plazo se contará desde que se efectuó el pago.

La LOGJCC, en el art. 68, establece que cualquier persona podrá poner en conocimiento de la PGE la existencia de una sentencia, auto definitivo o resolución de un organismo internacional competente en la cual se ordena la reparación material o interponer la acción de repetición ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente. La acción no vincula procesalmente a la persona. En este caso, la Sala de lo Contencioso Administrativo deberá comunicarlo inmediatamente a la máxima autoridad de la entidad correspondiente para que asuma el patrocinio de la causa. La máxima autoridad de la entidad y el PGE no podrán excusarse de participar en el procedimiento de repetición. En caso de que la máxima autoridad de la entidad no demande la repetición o no asuma el patrocinio de la causa cuando la acción ha sido interpuesta por un particular, se podrá interponer una acción por incumplimiento en su contra.

La LOGJCC, en el art. 69, establece el procedimiento de investigación administrativa para identificar a las personas presuntamente responsables de la violación de derecho, previo al planteamiento de la demanda; el art. 70 determina los requisitos de la demanda; el art. 71 indica el trámite que se debe seguir; el art. 71 plantea los parámetros de la sentencia; y el art. 72 hace referencia de los recursos que se pueden plantear contra la sentencia que se emita al respecto.

Para finalizar el análisis en relación con la legislación ecuatoriana, cabe mencionar que la responsabilidad penal, civil y administrativa de los funcionarios públicos, aunque mantiene conexión con la acción de repetición, se ejerce de forma independiente. Por lo tanto, la Administración pública podrá plantear las acciones que procedan para establecer la responsabilidad que corresponda contra los funcionarios públicos.

Ahora bien, el estudio de Derecho comparado tanto de la acción de regreso, como de la acción de repetición pone de relieve dos aspectos fundamentales. En primer lugar, la configuración legal de la acción de regreso y de la acción de repetición derivan de la

responsabilidad objetiva, en la que la Administración pública responde directamente cuando existe un daño antijurídico y se ha probado el nexo causal, sin más, como un mecanismo de garantía de los bienes y derechos de los particulares. En segundo lugar, la Administración pública está obligada a plantear la acción de regreso o repetición para determinar la responsabilidad del agente estatal y exigir de éste el reembolso de los recursos públicos, como un mecanismo de garantía del interés general.

A pesar del punto de convergencia, los dos sistemas comparados se contraponen en cuanto al órgano que resuelve la acción de regreso o repetición. En el caso español, la competencia para conocer y resolver la acción de regreso es la propia Administración pública en sede administrativa, pero cuando se agota esta vía puede recurrirse a al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En el caso ecuatoriano, la acción de repetición excluye la vía administrativa y determina como único órgano competente para conocer y resolver la acción de repetición a los tribunales de lo contencioso administrativo.

En el Ordenamiento español, la acción de regreso se centra en la exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y demás personal al servicio de las Administraciones públicas que han actuado con dolo, culpa o negligencia grave en la prestación de servicios públicos, cuando la Administración ha indemnizado a los lesionados o cuando la propia Administración es quien ha sufrido los daños.

En cambio, en el Ordenamiento jurídico ecuatoriano se realiza una innecesaria distinción entre la acción de regreso que se plantea cuando la responsabilidad del Estado proviene de la violación de derechos y la acción de repetición que proviene de la responsabilidad extracontractual del Estado, por falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos.

Esta innecesaria distinción se da por cuanto el legislador no considera que tras la violación de un derecho exista un servicio público que funcionó de forma anormal, funcionó tarde o simplemente no funcionó. En este sentido, la regulación del derecho de repetición en diferentes normas legales probablemente sea una de las causas que debilitan a esta institución jurídica en su aplicación práctica.



## 4. LA PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE REGRESO

### 4.1. LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El primer elemento que debe considerarse para efectos de plantear la acción de regreso o repetición es la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y su vinculación directa al pago efectivo «como requisito de procedibilidad, para luego, seguir con la declaratoria de culpabilidad del agente y, por último, el nexo causal y detrimento del patrimonio del Estado»<sup>211</sup>.

La declaración de responsabilidad patrimonial es el acto jurídico mediante el cual la autoridad administrativa o judicial determina la obligación de la Administración pública de reparar el daño antijurídico ocasionado, una vez que se ha verificado la existencia del nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida, que el afectado no tiene la obligación jurídica de soportar.

La declaración de responsabilidad patrimonial puede derivarse de una resolución administrativa cuando es la propia Administración quien resuelve la reclamación o de una sentencia de los jueces de lo contencioso administrativo que ponga fin al proceso judicial. En cualquiera de los dos casos —acto administrativo o sentencia judicial— la resolución debe determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración y su consecuente obligación de indemnizar los daños ocasionados, estableciendo la cuantificación y la forma en que se realizará dicha indemnización.

Así, el art. 91.2 de la LPACAP puntualiza que «además de lo previsto en el artículo 88 [contenido de la resolución], en los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, será necesario que la resolución se pronuncie sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización, cuando proceda,

de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla se establecen en el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público».

Sin embargo, el Ordenamiento jurídico español, dentro de la regulación de la responsabilidad patrimonial, no ha determinado expresamente como requisito de procedibilidad la existencia de una resolución o sentencia que condene a la Administración pública al pago de la indemnización. El art. 91.2 de la LPACAP, como se puede observar, se refiere únicamente a los términos en que debe emitirse la resolución, pero no determina a la declaratoria de responsabilidad patrimonial como requisito de procedibilidad.

En cambio, lo que sí reconoce expresamente el art. 36.2 de la LRJSP como requisito de procedibilidad es el pago de la indemnización que la Administración debe realizar en favor de los afectados. Por ello, una vez que se ha efectuado el pago, es la propia Administración pública quien debe exigir de oficio y en vía administrativa a sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieren incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa instrucción del correspondiente procedimiento, activándose de forma automática el derecho que le corresponde a las entidades públicas para exigir el reembolso de los valores pagados por concepto de responsabilidad patrimonial.

No obstante, aunque el art. 36.2 de la LRJSP establezca de forma expresa la indemnización como un requisito de procedibilidad de la acción de regreso, lo cierto es que, para determinar dicha indemnización, un requisito *sine qua non*, que debe emitirse de forma previa, es la existencia de una resolución administrativa o sentencia judicial estimatoria que determine el monto, el plazo y la forma de realización de la indemnización.

En el Ordenamiento jurídico ecuatoriano el art. 344 del COA reconoce la declaración de responsabilidad extracontractual y el pago de la indemnización como requisitos de procedibilidad de la acción de repetición, al señalar que «una vez declarada la responsabilidad extracontractual del Estado y efectuado el pago completo de la respectiva indemnización, la máxima autoridad de la institución responsable propondrá una acción de repetición que se sujetará al trámite ordinario previsto en el Código Orgánico General de Procesos, ante los jueces de lo contencioso administrativo».

En similares términos, el art. 67 de la LOGJCC establece la declaratoria de responsabilidad del Estado por violación de derechos como requisito de procedibilidad de la acción de repetición, cuando el Estado o las instituciones públicas han sido condenados a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales,

o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos.

Por ello, la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, que se deriva de los daños ocasionados en la prestación de los servicios públicos, o la declaratoria de responsabilidad del Estado por violación de derechos se configuran en cada caso como un requisito de procedibilidad y, juntamente con el pago indemnizatorio, activan el derecho que le corresponde al Estado para recuperar el dinero pagado por concepto de responsabilidad patrimonial.

#### **4.2. PAGO EFECTIVO POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

MOLINA BETANCUR Y CAÑÓN SOLANO, sostienen que el pago indemnizatorio que realiza la Administración pública a favor del lesionado, en concepto de responsabilidad patrimonial, «constituye el punto de partida con el cual se cuentan la caducidad [o prescripción] y la procedencia de la acción, además determina el monto a repetir»<sup>212</sup>. Por ello, es de capital importancia en la defensa y reembolso del patrimonio público.

##### **4.2.1. Procedencia de la acción**

La procedencia de la acción de regreso o repetición está determinada por la habilitación que la ley atribuye a las entidades públicas para ejercer el derecho de repetición contra sus autoridades y demás personal a su servicio, una vez que se ha realizado el pago indemnizatorio producto de la responsabilidad patrimonial. El documento que acredita el pago realizado se constituye así en el título habilitante para la procedencia de la acción.

Al respecto, la LRJSP, en el art. 36.2, establece que «la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia grave, previa instrucción del correspondiente procedimiento».

El COA, en el art. 344, reconoce al pago de indemnizatorio como requisito de procedibilidad de la acción de repetición, al señalar que «una vez declarada la responsabilidad extracontractual del Estado y efectuado el pago completo de la respectiva indemnización, la máxima autoridad de la institución responsable propondrá una acción de repetición que se

sujetará al trámite ordinario previsto en el Código Orgánico General de Procesos, ante los jueces de lo contencioso administrativo».

En este mismo sentido, la LOGJCC configura al pago indemnizatorio como requisito de procedibilidad de la acción de repetición, en casos derivados de la responsabilidad del Estado por la violación de derechos. De esta manera, el art. 70, literal b), señala que a la demanda de repetición se adjuntará, entre otros documentos, «el justificativo de pago por concepto de reparación material realizado por el Estado».

Ello significa que la Administración pública, tanto en España como en Ecuador, una vez que ha realizado el pago indemnizatorio queda legitimada para iniciar la acción de regreso o repetición de forma directa, pues no se requiere de la intervención de ningún otro órgano público o impulso ciudadano para exigir el reembolso del dinero pagado. Pero esta autonomía en el ejercicio del derecho de regreso también implica esperar la voluntad –muchas veces cuestionada– de quienes son competentes para iniciar e impulsar la acción en sus diferentes instancias.

Por lo tanto, la configuración del pago efectivo como requisito de procedibilidad pone en contexto algunos aspectos conexos que pueden condicionar la eficacia de acción de regreso o repetición, como la autonomía en el ejercicio de este derecho, lo cual implica la voluntad de las autoridades y funcionarios competentes para iniciar e impulsar la acción en sus diferentes instancias.

#### **4.2.2. Fijación del monto a repetir**

La fijación del monto a repetir tendrá como referencia el pago que la Administración ha realizado en favor del afectado por la reparación de los daños ocasionados. Para la estimación de este monto, se requerirá del análisis técnico-jurídico que permita cuantificar la afectación que generó la acción u omisión dolosa, gravemente culposa o negligente del agente estatal y la determinación del grado de responsabilidad.

En este escenario, la LRJSP, en el art. 36.2, especifica claramente que, para cuantificar el valor a repetir, se deben ponderar entre otros los siguientes criterios: «el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso».

Sin embargo, la aplicación práctica de estos criterios resulta compleja, porque el grado de culpabilidad o el grado de responsabilidad profesional del agente estatal debe determinarse en

función de una escala que contenga parámetros objetivos, que lamentablemente la Ley no contempla. Se corre el riesgo de que las autoridades o agentes estatales encargados de establecer el monto a repetir recurran a criterios subjetivos, dejando de lado la objetividad que debe primar en la actuación de la Administración pública.

En el caso ecuatoriano, la estimación del monto a repetir resulta aún más compleja, porque ni el COA, en el caso de la responsabilidad extracontractual del Estado, ni la LOGJCC, en el caso de responsabilidad del Estado por violación de derechos, contienen criterios específicos para determinar el monto de la indemnización en caso de responsabilidad patrimonial, ni mucho menos para determinar el monto a repetir.

Los jueces ecuatorianos, tanto en el ámbito contenciosos administrativo –responsabilidad extracontractual del Estado– como en el ámbito constitucional –responsabilidad del Estado–, en ausencia de estos criterios, han realizado esfuerzos importantes para determinar los montos de reparación material e inmaterial, observando en primera instancia los criterios desarrollados en las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, estos esfuerzos no han sido suficientes, por cuanto, en muchos casos, ha sido la apreciación subjetiva del juzgador la que ha determinado el valor que corresponde a la reparación.

Por ello, la fijación del monto que se exigirá en la acción de repetición, tanto en los casos derivados de la responsabilidad extracontractual del Estado, como en los casos derivados de la responsabilidad del Estado por violación de derechos, carecen de criterios específicos para su determinación, más allá de lo que establece el inciso cuarto del art. 344 del COA, según el cual «en caso de pluralidad de las o los servidores públicos que hayan actuado con dolo o culpa grave, el valor de las reparaciones a las que haya lugar, se distribuirá de acuerdo con la responsabilidad de la o del servidor y su grado de participación». Lo cual deja vacíos legales que ni la jurisprudencia ha podido llenar.

#### **4.2.3. Prescripción de la acción y caducidad del procedimiento**

La prescripción «es una institución que limita en el tiempo el ejercicio del *ius puniendi*»<sup>213</sup>, lo que genera la «extinción de la eficacia jurídica de las acciones ocasionada por el transcurso

---

<sup>213</sup> Sentencia Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso (Roj: STS 1686/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1686), de 4 de mayo de 2022.

de un lapso de tiempo sin ser ejercitadas que impide su posterior ejercicio»<sup>214</sup>. En este sentido, «las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la ley»<sup>215</sup>.

La normativa española en relación con la acción de regreso no establece ningún plazo específico que determine la prescripción de dicha acción. Este vacío legal ha generado debate por parte la doctrina.

Para unos tratadistas, el plazo de prescripción debería ser de un año en aplicación de las reglas generales sobre acción para exigir la responsabilidad civil<sup>216</sup>.

Para otros, el plazo debería ser el de cinco años [actualmente cuatro] que establece la Ley General Presupuestaria (en adelante, LGP) para la prescripción de los derechos de la Hacienda Pública, «al considerar que no se trata de un supuesto de responsabilidad propiamente sino de un caso de derecho de crédito de la Administración»<sup>217</sup>.

Por último, otros tratadistas son partidarios que se aplique el mismo plazo de un año que se contempla para la reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Así, GONZÁLEZ PÉREZ sostiene que «en aplicación de las reglas generales sobre acción para exigir la responsabilidad civil, el plazo para incoar el procedimiento será de un año (art. 1.968,2º, Cc)»<sup>218</sup>. Para este autor, la referencia del plazo de prescripción es el marco general determinado en el art. 1968.2 del CC, que trata sobre la acción para exigir la responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia.

Para MIR PUIGPELAT, tanto la acción de regreso como la acción por los daños causados a los bienes o derechos de la Administración «són veritables accions de responsabilitat civil»<sup>219</sup> que tienen su origen en un daño provocado por un funcionario o agente público. Por lo tanto, no ve por qué razón «a falta de norma específica, no se pueda usar el plazo de prescripción de un año de la responsabilidad patrimonial de la Administración (y de la del resto de sujetos, no

---

<sup>214</sup> REAL ACADÉMICA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, en línea: <https://dpej.rae.es/lema/prescripci%C3%B3n-de-acciones>

<sup>215</sup> Código Civil Español, publicado en el Real Decreto de 24 de julio de 1889, art. 1961.

<sup>216</sup> MARTÍN REBOLLO, L.: *La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)*, JS Juristas de la Salud, Volumen 9. Número 1 - 2001, p. 17.

<sup>217</sup> MARTÍN REBOLLO, L.: *La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)*, cit., p. 17.

<sup>218</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit., p. 711.

<sup>219</sup> MIR PUIGPELAT, O.: *Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l'Administració*, *Revista jurídica de Catalunya*. 2002;101(4):1023-57, p. 111.

se olvide: la responsabilidad civil de los particulares también queda sometida a un plazo de prescripción de un año –artículo 1968 del Código civil–»<sup>220</sup>.

Este tratadista, además, sostiene que admitir el plazo de cinco años [actualmente cuatro] establecido para el ejercicio de los derechos de crédito en la LGP significaría situar –de forma injustificada– a los funcionarios y agentes públicos en una peor situación que el resto de los sujetos, ya que quedarían expuestos a las acciones de responsabilidad que dispone la Administración durante un plazo cinco [ahora cuatro] veces más largo<sup>221</sup>.

MARTÍN REBOLLO, por su parte, señala que el plazo estipulado en la LGP es «excesivo, no es coherente con las necesidades de una buena administración porque no se puede tener pendiente a un funcionario de la iniciación de una eventual acción de regreso tres o cuatro años después de que la Administración haya pagado»<sup>222</sup>. Por ello, considera que se debe descartar el plazo de cinco años [ahora cuatro] y estar al plazo común de un año previsto para todos los supuestos de responsabilidad<sup>223</sup>, aunque destaca que, desde la perspectiva de la Administración, se trata de un derecho de crédito que se pretende ejercitar, mientras que, desde la óptica del empleado, se trata de un supuesto de responsabilidad.

En cambio, MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA sostiene que el plazo de prescripción debería ser de un año de acuerdo con el art. 142.5 de la Ley 30/1992 [actual art. 67.1 de la LPACAP], porque parece más acorde con la propia configuración del sistema de responsabilidad, que se diferencia del regulado en el CC en tres aspectos: primero, en lo procedimental, puesto que las Administraciones públicas pueden exigir la responsabilidad por medio de un procedimiento administrativo, sin necesidad de acudir a los tribunales para que lo declaren; segundo, en lo sustantivo, ya que el marco jurídico aplicable no es el CC, sino el contenido en el art. 145 de la Ley 30/1992 [actual art. 67.1 de la LPACAP]; tercero, en lo jurisdiccional, el orden competente es el contencioso-administrativo, no el civil<sup>224</sup>.

---

<sup>220</sup> MIR PUIGPELAT, O.: *Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l'Administració*, cit., p. 111.

<sup>221</sup> MIR PUIGPELAT, O.: *Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l'Administració*, cit., p. 111.

<sup>222</sup> MARTÍN REBOLLO, L.: *La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)*, cit., p. 17.

<sup>223</sup> MARTÍN REBOLLO, L.: *La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)*, cit., pp. 17 y 18.

<sup>224</sup> MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I.: *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas*. En: *La Responsabilidad Patrimonial del Estado II*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, número 24, 3ra época, Getafe, Madrid, 2003, p. 254.

FORTES GONZÁLEZ, puntualizando que el monto de repetición «se convertiría en un crédito de la Hacienda Pública cuando se determine, en primer lugar, la existencia de responsabilidad personal, y en segundo lugar, la cuantía exacta a satisfacer en vía de regreso»<sup>225</sup>, considera, por tanto, que «lo lógico será la aplicación del plazo de prescripción de un año establecido con carácter general en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, [actual art. 67.1 de la LPACAP], teniendo en cuenta, además, que la otra alternativa puede demorar en exceso la exigencia de dicha responsabilidad»<sup>226</sup>.

Consideramos que el plazo de prescripción debería ser de un año en sintonía con el art. 67.1 de la LPACAP, que establece el plazo de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, por las siguientes razones: primero, la acción de regreso es una institución jurídica que pertenece al ámbito administrativo y no al civil; segundo, porque la acción de regreso forma parte del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración y en virtud de ello debe aplicarse una interpretación sistemática; y tercero, porque la finalidad de la acción está vinculada al interés general, lo que implica, por un lado, el cumplimiento de la función preventiva en la prestación del servicio público y, por otro lado, el ejercicio de la función resarcitoria de los recursos públicos erogados por concepto de responsabilidad patrimonial, lo cual deslindaría el supuesto derecho de crédito.

En este contexto, la falta de plazos específicos para determinar el inicio del procedimiento administrativo de regreso y la falta de estipulación del plazo de prescripción crean «una grave inseguridad jurídica que, estimamos, debería subsanarse cuanto antes»<sup>227</sup>, mediante la respectiva reforma legislativa, para evitar cualquier discrecionalidad o interpretación sesgada que afecte la eficacia de dicha acción.

En el caso ecuatoriano, la acción judicial de repetición, de acuerdo con el art. 344 del COA, tiene un plazo de prescripción de cuatro años cuando deriva de la responsabilidad extracontractual del Estado. En cambio, el plazo de prescripción de la acción de regreso cuando deriva de la responsabilidad del Estado por violación de derechos constitucionales es de tres años, conforme lo establece el art. 67 de la LOGJCC.

---

<sup>225</sup> FORTES GONZÁLEZ, A.: *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas*, cit., p. 332.

<sup>226</sup> FORTES GONZÁLEZ, A.: *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas*, cit., p. 332.

<sup>227</sup> FORTES GONZÁLEZ, A.: *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas*, cit., p. 274.

En Ecuador, el problema no radica solamente en la dualidad y amplitud del plazo de prescripción, sino también en la falta de precisión del plazo que dispone la Administración para el inicio de la acción. En la práctica, nadie está obligado a ejercer este derecho dentro de un término específico, lo que deja en cierto modo a discrecionalidad de la autoridad o servidor público responsable el inicio de la acción de repetición.

En cuanto a la caducidad de la acción, CASADO CASADO Y OTROS sostienen que «es la forma de extinción del procedimiento administrativo. Tiene lugar por la paralización del mismo durante un cierto tiempo establecido en la ley. Sus requisitos y efectos difieren según si el responsable de la paralización es el interesado o la Administración»<sup>228</sup>. El fundamento de la caducidad del procedimiento es «la necesidad de evitar que éste se prolongue indefinidamente por razones de seguridad jurídica»<sup>229</sup>.

En el sistema jurídico español la ley no precisa el plazo de caducidad, únicamente en el art. 21.3 de la LPACAP se determina que, cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo para dictar y notificar la resolución, éste será de tres meses, desde la fecha del acuerdo de iniciación. Como es sabido, siempre persiste la obligación de la Administración pública de dictar expresamente y de notificar la resolución correspondiente, aun fuera del término establecido (art. 21.1 de la LPACAP).

El art. 21.6 de la de la LPACAP complementa lo anterior estableciendo que «el personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo».

El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio de la concurrencia de otras responsabilidades que hubiera lugar de acuerdo con la normativa aplicable. Sin embargo, cabe puntualizar que el pago indemnizatorio *per se* no determina el punto de partida de la caducidad del procedimiento administrativo de la acción de regreso. La caducidad opera sólo si se emite el acuerdo de iniciación del procedimiento y han transcurrido tres meses sin que la Administración haya dictado y notificado la resolución expresa.

---

<sup>228</sup> CASADO CASADO, L; GIL CISIÓN, I.; PALLARÉS SERRANO, A.; DE LA VARGA PASTOR A.; PÉRSICA L. (Autores). Fuentes I G.; Josep, R. y Gifreu I Font, J. (Directores).: *Esquemas de Procedimiento Administrativo*, cit., p. 78.

<sup>229</sup> CASADO CASADO, L; GIL CISIÓN, I.; PALLARÉS SERRANO, A.; DE LA VARGA PASTOR A.; PÉRSICA L. (Autores). Fuentes I G.; Josep, R. y Gifreu I Font, J. (Directores).: *Esquemas de Procedimiento Administrativo*, cit., p. 78.

La legislación ecuatoriana no determina plazos de caducidad del proceso judicial, sino más bien se refiere al abandono del proceso. El COGEP en el art. 245, señala que «la o el juzgador declarará el abandono del proceso en primera instancia, segunda instancia o casación cuando todas las partes que figuran en el proceso hayan cesado en su prosecución durante el plazo de seis meses contados desde el día siguiente de la notificación de la última providencia dictada y recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos o desde el día siguiente al de la actuación procesal ordenada en dicha providencia».

El art. 248 del COGEP establece que, sentada la razón que ha transcurrido el término señalado, el juzgador mediante auto se limitará a declarar de oficio o a solicitud de parte que ha operado el abandono. Declarado el abandono, se dispondrá que se cancelen las providencias preventivas que se hayan ordenado en el proceso. El abandono no podrá ser declarado por el juzgador, ni de oficio ni a solicitud de parte, luego que se haya realizado algún acto o presentado alguna petición, por cualquiera de los sujetos procesales. El juzgador está proscrito de declarar el abandono con efecto retroactivo. El auto interlocutorio que declare el abandono podrá ser impugnado siempre que se justifique exclusivamente en un error de cómputo.

#### **4.3. LA DETERMINACIÓN DEL DOLO, CULPA O NEGLIGENCIA GRAVE DEL AGENTE ESTATAL**

La acción de repetición procede cuando el daño antijurídico es consecuencia de la acción u omisión dolosa, culposa o gravemente negligente del agente estatal, que deberá ser declarada en el respectivo procedimiento administrativo o proceso judicial, en el cual la Administración pública o el juez de lo contencioso administrativo deberá realizar una valoración objetiva de los hechos y su relación con el daño ocasionado.

La obligación de la Administración de exigir al agente estatal el reembolso de los valores pagados por concepto de responsabilidad patrimonial nace por la afectación que se produce en los bienes y derechos del particular, debido a la violación o inobservancia de los deberes legales preexistentes, dentro del ejercicio de la función administrativa. Cuando el agente estatal es causante del daño antijurídico fuera del margen de actuación legal, la Administración pública, de forma inmediata, debe activar no sólo el derecho de repetición, sino los mecanismos que sean necesarios para restaurar la legalidad.

Ello se debe a que «toda autoridad o servidor público que actúe ejerciendo funciones delegadas por el Estado, no puede actuar de forma distinta a lo que determina la norma legal, sus facultades, competencias están claramente delimitadas en preceptos previos, de allí que

siempre debe actuar conforme a derecho»<sup>230</sup>. Por ello, las autoridades y servidores públicos deben actuar con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico.

En este sentido, la LRJSP, en el art. 36.2, señala que «la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento».

Esta misma disposición legal, en el numeral 3, establece que «asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves» (LRJSP, art. 36.3).

En similares términos, aunque con diferencias en la vía de reclamación, el COA, en el inciso final del art. 344, determina que «la acción de repetición procede cuando el daño es consecuencia de la actuación u omisión con dolo o culpa grave de la o del servidor, que deberá ser declarada en el proceso judicial.»

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

Estas leyes coinciden en establecer que la acción de regreso o repetición procede y se hace efectiva si, y sólo si, la Administración pública prueba que, en el funcionamiento del servicio público generador del daño antijurídico, ha existido o mediado una actuación u omisión dolosa, gravemente culposa o negligente del agente estatal. Si la Administración no logra demostrar que ha existido dolo, culpa grave o negligencia en la prestación del servicio público, se desvanece toda posibilidad de recuperar lo pagado por concepto de responsabilidad patrimonial, liberándose con ello la responsabilidad subjetiva del agente estatal.

Por lo tanto, es crucial que la Administración pública realice cuantas diligencias correspondan para determinar las causas que generaron el daño antijurídico; verificar el funcionamiento del servicio público; examinar si la actuación u omisión del agente estatal ha

sido dolosa, gravemente culposa o negligente; y, en función de ello, establecer el grado de responsabilidad y cuantificar el monto a repetir.

La infracción es dolosa «cuando el acontecimiento dañoso o peligroso viene a ser el resultado de la acción u omisión prevista y querida por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión»<sup>231</sup>. En este caso, se debe probar que el sujeto responsable del hecho realizó la acción infractora «con pleno conocimiento de los elementos del injusto, de modo que se deduzca que tiene plena conciencia del propósito de infringir la norma administrativa y de provocar un resultado dañoso de los intereses públicos tutelados»<sup>232</sup>.

Probar que la acción u omisión del agente estatal ha sido dolosa no es un aspecto sencillo para la Administración. Por esta razón, el órgano competente debe centrarse en demostrar que el agente estatal tuvo pleno conocimiento de la existencia del potencial riesgo de generar el daño y de que su intervención era indispensable para evitarlo. Pero, si a pesar de esta advertencia, la acción u omisión generadora del hecho dañoso se realiza con pleno conocimiento y voluntad, se configura la responsabilidad subjetiva del agente estatal por su comportamiento doloso.

En el ámbito civil, la culpa o negligencia «consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»<sup>233</sup>. La culpa grave «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»<sup>234</sup>.

En el ámbito penal, se considera que existe culpa cuando la persona «infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso»<sup>235</sup>. En el ámbito disciplinario, existe culpa, «cuando el sujeto, sin intención de provocar un daño, lo produce en razón de su imprudencia, negligencia o impericia al obrar»<sup>236</sup>.

Bajo este contexto, podríamos decir que en el ámbito administrativo existe culpa cuando el agente estatal realiza una acción sin la diligencia que exige la actividad administrativa,

---

<sup>231</sup> JARAMILLO ORDOÑEZ, H. Y JARAMILLO LUZURIAGA P.: *Justicia Administrativa en el sistema oral*, cit., p. 162.

<sup>232</sup> Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso (STS 7767/2004 - ECLI:ES:TS:2004:7767), de 30 de noviembre de 2004.

<sup>233</sup> Código de Responsabilidad Civil, Edición actualizada a 11 de mayo de 2023, art. 1104. (Boletín Oficial del Estado), en línea:

[file:///Users/olgerquizhpecastro/Downloads/BOE-411\\_Codigo\\_de\\_Responsabilidad\\_Civil.pdf](file:///Users/olgerquizhpecastro/Downloads/BOE-411_Codigo_de_Responsabilidad_Civil.pdf)

<sup>234</sup> Código Civil (Ecuador), publicado en el Registro Oficial, RO-S 46: 24 de junio de 2005, art. 29.

<sup>235</sup> Código Integral Penal, publicado en el Registro Oficial, RO. S-180, de 10 de 02 febrero de 2014., art. 27.

<sup>236</sup> Resolución de la Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. No. 348-2010, de 8 de octubre de 2010.

infringiendo el deber objetivo de cuidado que le corresponde y produciendo un resultado dañoso inintencional, debido a su imprudencia, negligencia o impericia al obrar. La gravedad de la culpa deberá determinarse en función del daño ocasionado y el grado de participación del agente estatal.

La responsabilidad culposa «genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado»<sup>237</sup>, que nace sin convención, proveniente de un acto o hecho culpable del agente estatal, cometido sin intención de dañar. Procesalmente, en la instancia administrativa o judicial, debe probarse por quien afirma la culpa que los hechos «fueron producto de acciones que denoten impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, imprevención o negligencia»<sup>238</sup>.

Se desvanece la culpa cuando el agente estatal demuestre «que su conducta se ha ajustado al nivel de diligencia que la Ley le exige en su actividad»<sup>239</sup>. La previsión de los parámetros determinados en la ley, el reglamento o en la norma técnica que regula la prestación de los servicios públicos o la actividad administrativa justificará la eventual responsabilidad culposa que pudiere generarse.

La negligencia guarda una estrecha relación con la culpa. Sin embargo, se caracteriza por la «omisión de la atención debida por acción o descuido o por acción incorrecta, inadecuada o insuficiente»<sup>240</sup>. En este caso, la acción u omisión del agente estatal está mediada por la «desatención de las propias obligaciones o descuido en el cumplimiento de las reglas y normas, sin que medie una intención dolosa, es decir, una directa voluntad de omitir o retardar la acción debida, pues se trata, más bien, de una situación de culposa inercia y falta de cuidado»<sup>241</sup>.

Sin embargo, «la consideración de “grave” de la negligencia es el dato relevante que debe tenerse en cuenta, puesto que una mera negligencia no parece que dé lugar a la responsabilidad citada»<sup>242</sup>. La gravedad de la imprudencia «está directamente en relación con la jerarquía de los bienes jurídicos que se ponen en peligro y con la posibilidad de la producción del resultado

---

<sup>237</sup> Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, publicado en el Registro Oficial, RO. S-595, de 12 de junio de 2002, art. 52.

<sup>238</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el ROS 52 de 22 de octubre de 2009, art. 52.

<sup>239</sup> Resolución de la Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. No. 348-2010, de 8 de octubre de 2010.

<sup>240</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, en línea: <https://dpej.rae.es/lema/responsabilidad-patrimonial-de-la-administraci%C3%B3n>.

<sup>241</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, en línea: <https://dpej.rae.es/lema/responsabilidad-patrimonial-de-la-administraci%C3%B3n>.

<sup>242</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso, Madrid, (Roj: STSJ M 5169/2013 - ECLI:ES:TSJM:2013:5169), de 30 de abril de 2013.

lesivo. En otros términos: cuando la acción del autor genera un peligro para un bien jurídico importante en condiciones en las que las posibilidades de producción del resultado son considerables, la imprudencia debe ser calificada de grave»<sup>243</sup>.

Por lo tanto, «habrá de acudir siempre a la naturaleza del deber o de la obligación concernidos y a las circunstancias del caso, pues la valoración siempre se verá afectada por un cierto relativismo, aunque deba partirse del presupuesto básico de que la negligencia leve supone una omisión o desatención menor de la diligencia exigible y la grave negligencia se corresponde con una infracción del deber de cuidado más elemental que cabe exigir en el comportamiento esperable de un profesional precavido en el cumplimiento de sus obligaciones»<sup>244</sup>.

Por ejemplo, de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo contencioso-administrativo de 30 de abril de 2013 (Roj: STSJ M 5169/2013 - ECLI:ES:TSJM:2013:5169) se desprende que se impugnó la resolución del teniente coronel jefe interino de la 9ª Zona (Guardia Civil de Navarra) por la que se declara la responsabilidad administrativa del interesado en cuantía de 1.223 euros, debido a la pérdida de una terminal portátil, que le fue asignada a éste. Sin embargo, el Tribunal emitió sentencia desestimatoria de responsabilidad patrimonial por considerar que una mera negligencia no da lugar a la responsabilidad citada.

Para determinar si ha existido negligencia grave por parte del agente estatal, se debe verificar si se ha infringido el deber de cuidado más elemental que cabe exigir en el comportamiento esperable de un profesional precavido en el cumplimiento de sus obligaciones. Si la acción fue adecuada a las circunstancias específicas de la prestación del servicio público y las medidas tomadas por el agente estatal fueron suficientes, agotando todos los recursos posibles para evitar el daño, se diluye la responsabilidad que se le pretenda imputar.

En cualquiera de los casos a los que se refiere la responsabilidad subjetiva, ya sea dolo, culpa o negligencia grave, siempre se presumirá la inocencia del agente estatal, hasta que, mediante resolución administrativa o sentencia judicial, se determine el nexo causal existente entre el daño ocasionado y la acción u omisión irregular de la autoridad y demás personal al servicio de la administración pública.

---

<sup>243</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Roj: SAP TO 376/2022 - ECLI:ES:APTO:2022:376), de 28 de febrero de 2022. Sentencia Audiencia Provincial de Santander (Roj: AAP S 716/2022 - ECLI:ES:APS:2022:716<sup>a</sup>), de 5 de octubre de 2022.

<sup>244</sup> Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Militar (Roj: STS 116/2015 - ECLI:ES:TS:2015:116), de 23 de enero de 2015.

La responsabilidad subjetiva del agente estatal podrá extinguirse si en el procedimiento administrativo o en el proceso judicial se demuestra que la afectación se produjo en virtud del riesgo que genera la prestación del servicio público; que el servicio funcionó correctamente y la afectación se generó debido a fuerza mayor, caso fortuito o aquellos daños que surjan por causas complejas relacionadas con el avance de la ciencia; o que su actuación se ha desarrollado dentro del marco de la legalidad, independientemente del funcionamiento normal o anormal del servicio público.

#### 4.4. LA INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y LA INVESTIGACIÓN PREVIA

La instrucción «es la fase que se sitúa entre la iniciación y la terminación del procedimiento administrativo y tiene la finalidad de instruir sobre el fondo del asunto al órgano que debe dictar la resolución administrativa. Consta de una serie de actuaciones que tiene como objetivo determinar, conocer y comprobar los hechos sobre los cuales se debe fundamentar la resolución administrativa»<sup>245</sup>.

Es decir, «se trata de instruir sobre el fondo del asunto al órgano que ha de dictar el acto administrativo resolutorio»<sup>246</sup>. La actividad instructiva, como señala GUZMÁN NAPURÍ, «resulta ser indispensable para la resolución del procedimiento administrativo y en gran medida justifica la relativa prolongación de un procedimiento».

Con respecto a la instrucción en la acción de regreso, la LRJSP, en el art. 36.2, establece que «la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento».

El art. 75.1 de la LPACAP complementa la disposición legal antes descrita señalando que «los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio y a través de medios electrónicos, por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos».

<sup>245</sup> CASADO CASADO, L; GIL CISIÓN, I.; PALLARÉS SERRANO, A.; DE LA VARGA PASTOR A.; PÉRSICA L. (Autores). Fuentes I G.; Josep, R. y Gifreu I Font, J. (Directores).: *Esquemas de Procedimiento Administrativo*, cit., p. 43.

<sup>246</sup> CASADO CASADO, L; GIL CISIÓN, I.; PALLARÉS SERRANO, A.; DE LA VARGA PASTOR A.; PÉRSICA L. (Autores). Fuentes I G.; Josep, R. y Gifreu I Font, J. (Directores).: *Esquemas de Procedimiento Administrativo*, cit., p. 43.

En el Ordenamiento jurídico ecuatoriano, el ejercicio del derecho de repetición se da en vía judicial, lo cual exige a la Administración de iniciar un procedimiento administrativo. En este caso, previo al planteamiento de la acción de repetición ante el TCA, el personal encargado, en función de la sentencia que determinó la responsabilidad extracontractual y el pago realizado, debe realizar una investigación previa con el propósito de identificar al agente estatal responsable del daño; examinar si su acción u omisión ha sido dolosa o gravemente culposa; determinar la relación entre la actuación del agente estatal y el daño ocasionado; y cuantificar el monto a repetir de acuerdo al grado de responsabilidad.

A pesar de la centralidad de la investigación interna previa al planteamiento de la acción de repetición, el COA no establece disposición alguna que hagan referencia a la investigación previa o interna como requisito de procedibilidad, ni tampoco determina algún parámetro que el órgano responsable deba observar previo a iniciar la acción judicial. El art. 344 únicamente señala que «la acción de repetición procede cuando el daño es consecuencia de la actuación u omisión con dolo o culpa grave de la o del servidor, que deberá ser declarada en el proceso judicial».

La ausencia de normas que determinen el régimen de la investigación previa deja a la discrecionalidad del personal responsable de plantear la acción de regreso los parámetros que deben cumplirse, lo que genera algunos vacíos legales, como, por ejemplo: la determinación del órgano competente; el plazo de iniciación y cierre; los requisitos que debe contener la investigación. De esta manera, el ejercicio del derecho de repetición se ve limitado. Quizá este requerimiento previo a la formulación de la acción sea uno de los elementos clave que se debe considerar para garantizar su eficacia.

La LOGJCC, a diferencia del COA, no se ha quedado estática en cuanto a la regulación de la investigación interna. El art. 69 prevé que, a más de la sentencia condenatoria, será necesaria una investigación previa a la demanda, como requisito de procedibilidad de la acción de regreso. Para ello, «la máxima autoridad de la entidad deberá determinar, previa a la presentación de la demanda, la identidad de las personas presuntamente responsables de la violación o violaciones de derechos. La máxima autoridad de dicha institución estará obligada a identificar al presunto o presuntos responsables, aún en el caso de que ya no continúen trabajando para dicha institución».

El segundo inciso del art. 69 estipula que «de no determinarse la identidad de los presuntos responsables, la Procuradora o Procurador presentarán la demanda en contra de la máxima

autoridad de la entidad. En caso de existir causal de imposibilidad para la identificación o paradero del presunto o presuntos responsables de la violación de derechos, la máxima autoridad de la institución podrá alegarla en el proceso de repetición».

Esta disposición legal es especialmente relevante, porque, a más de disponer la obligatoriedad de realizar una investigación previa, exige la identificación de los responsables, incluso si ya no continúan trabajando en la institución. En caso de no determinarse la identidad, será el PGE el que demande a la máxima autoridad de la Administración pública, quien podrá alegarla en proceso judicial. Esta regulación resulta inédita en el Ordenamiento jurídico, pues se pretende de alguna manera presionar a la máxima autoridad a identificar a los servidores públicos causantes del daño.

Adicionalmente, el art. 69 de la LOGJCC conecta la acción de repetición con el régimen disciplinario, al establecer que «en caso de existir un proceso administrativo sancionatorio, al interior de la institución accionada, en el que se haya determinado la responsabilidad de la persona o personas contra quienes se debe interponer la acción de repetición, servirá de base suficiente para iniciar el proceso de repetición».

Finalmente, el art. 69 de la LOGJCC busca dar celeridad a la investigación, al establecer que ésta «no podrá extenderse por más del término de veinte días, transcurrido el cual la máxima autoridad de la entidad o la Procuradora o Procurador General deberá presentar la demanda» y con ello iniciar el proceso judicial. Este término debe considerarse desde que el juez ponga en conocimiento de la máxima autoridad de la entidad responsable o del PGE la sentencia o auto definitivo de un proceso de garantías jurisdiccionales.

En este importante marco regulatorio de la investigación previa que el legislador ha desarrollado en la LOGJCC se ponen de relieve tres aspectos fundamentales que se presentan en la aplicación práctica de la acción de regreso: i) la obligación de realizar investigación previa; ii) que la investigación establezca la responsabilidad del agente y que determine que las acciones fueron realizadas con dolo o culpa grave y la manera en que estas acciones incidieron en la producción del daño; iii) la implicación que genera la identificación del agente estatal causante del daño en la sentencia que ha declarado la responsabilidad del Estado.

En cuanto a la obligación de realizar la investigación previa, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la CNJ, mediante Resolución n.º 112-2016, de 27 de octubre de

2016<sup>247</sup>, en referencia a la acción de repetición propuesta por el coronel en servicio pasivo AMI, a favor del Estado, en contra de comandantes generales del Ejército que han estado en funciones desde el año 2002 hasta la actualidad (14 de marzo de 2013), ha señalado que la máxima autoridad de la entidad pública estaba obligada a iniciar un procedimiento investigativo previo que permita determinar a los presuntos responsables contra quienes se va a ejercer la acción de repetición, lo cual en el presente caso no ha ocurrido, toda vez que la demanda fue propuesta directamente por un particular, quien al momento de su presentación no contaba con dicha investigación previa. Ha señalado, además, que «en el presente caso no existe certeza de la presunta responsabilidad de los demandados y lo que resulta más grave, que sean los únicos responsables, lo que genera un error de gran trascendencia procesal pues no se evidencia la relación sustancial que debe existir entre los demandados y lo discutido en esta clase de procesos».

En ese sentido, la Sala coincide con los argumentos del Tribunal de lo Contencioso Administrativo n.º 1, expuestos en la sentencia impugnada de 4 de marzo de 2016, cuando señala que «(...) 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».

Sin embargo, el juez que emitió el voto salvado concurrente, considera que «la investigación previa a la demanda que dispone el artículo 69 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no constituye un requisito de procedibilidad o presupuesto legal que habilita la acción de repetición; salvo que no se haya podido determinar la identidad de los presuntos responsables en el proceso legal previo que haya dado lugar a la acción de repetición, o que no haya existido un proceso administrativo sancionatorio previo al interior de la institución accionada».

---

<sup>247</sup> Resolución de la Corte Nacional de Justicia. Sala de Contencioso Administrativo, 1212-2016 (Juicio n.º 0578-2016), de 27 de octubre de 2016.

Agrega, además, que «diferente es que en el presente caso sí era necesaria tal investigación previa en lo que a los ex-Comandantes Generales del Ejército demandados se refiere, generales: RPTG, LEGV, LAN, ORO, CAUV y JZR, toda vez revisada la resolución No. 039-2001-TC de 12 de marzo de 2002 expedida por el Pleno del ex Tribunal Constitucional, y la sentencia No. 0013- 09-S1S-C de 8 de octubre de 2009 expedida por el Pleno de la Corte Constitucional, en ninguna parte de las mismas se menciona ni por tanto se identifica, a los generales demandados; ni tampoco se lo hace en la sentencia de 5 de julio de 2011 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Mejía Idrovo vs. Ecuador; ni tampoco hubo ningún proceso administrativo sancionatorio previo contra los mencionados generales».

Más allá del debate que se genera entre la decisión de la mayoría de la Sala y el voto salvado concurrente sobre las circunstancias en la cuáles es o no pertinente la investigación previa, lo cierto es que la investigación por mandato legal se configura como un requisito de procedibilidad para interponer la acción de repetición derivada de la responsabilidad del Estado. Por lo tanto, la Administración, una vez que conozca la sentencia condenatoria emitida en su contra, debe realizar la investigación previa, incluso sin la necesidad de esperar que se realice el pago indemnizatorio.

Respecto de los parámetros que debe cumplir la investigación, la Resolución de la Corte Nacional de Justicia. Sala de Contencioso Administrativo, 1321-2016 (Juicio n.º 0637-2015), de 8 de agosto de 2016, en relación con la acción de repetición propuesta por el Ministerio de Salud en contra de varios servidores públicos por daños ocasionados en la prestación de salud, ha señalado que «la investigación previa a la presentación de esta demanda es insuficiente para establecer responsabilidades de todos los entonces agentes estatales, actualmente demandados y si las acciones ejecutadas por ellos fueron realizadas con dolo o culpa grave y de qué manera sus actuaciones en el tratamiento y atención brindada [al afectado] incidieron en su posterior deceso.

La resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo pone en contexto la importancia que reviste la investigación en el análisis y resolución que adopten los juzgadores. Por tanto, no debe considerarse la investigación previa como un mero documento de trámite, sino como un requisito de procedibilidad que debe cumplir con parámetros específicos que determine con precisión: i) que las acciones ejecutadas por los agentes estatales fueron realizadas con dolo, culpa o negligencia grave; ii) de qué forma estas acciones incidieron en la generación del daño (en este caso, en el deceso del paciente).

En cuanto a la implicación que genera la identificación del agente estatal causante del daño, en la sentencia que ha declarado la responsabilidad del Estado, la Sala de lo Contencioso Administrativo, en la Resolución n.º 1070-2016<sup>248</sup>, ha señalado que «la iniciación de un procedimiento administrativo previo de investigación, se constituye en un presupuesto legal imperativo que condiciona la presentación de la demanda de repetición, toda vez que la disposición del artículo 69 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no utiliza un verbo rector de orden facultativo, ni establece exenciones para su cumplimiento, exceptuando el caso previsto en el inciso tercero de dicha norma que refiere a que solo un procedimiento administrativo sancionatorio podría sustituir la exigencia legal de tal investigación previa»<sup>249</sup>.

En este caso, la Sala coincide con los argumentos del Tribunal de lo Contencioso Administrativo n.º 1 expuestos en la sentencia impugnada de 21 de septiembre de 2015, cuando señala que «al omitirse esta investigación previa, resulta evidente que se violó el derecho al debido proceso constitucionalmente consagrado, dentro de cuyas garantías se encuentra el derecho a la defensa y contradicción (...)». Queda así claro que el procedimiento administrativo previo de investigación ordenado en el art. 69 de la LOGJCC constituye un elemento *sine qua non*, indispensable para que proceda la acción de repetición, puesto que en aquél se logrará determinar con certeza el o los funcionarios responsables de la conducta administrativa dolosa, su grado de participación y si en realidad su accionar fue negligente<sup>250</sup>.

Asimismo, la Sala precisó que «si bien en la sentencia expedida por la Corte Constitucional se manifiesta que la actuación administrativa del señor ÁNG como encargado de las funciones consulares del Ecuador en Ipiales ha sido negligente, tal calificación no abarca un comportamiento doloso o gravemente culposo, conductas que jurídicamente conciernen otras circunstancias constitutivas e implicaciones. Como se mencionó con anterioridad si bien se coincide con el criterio del Tribunal de instancia sobre la ineludible obligatoriedad legal que tenía el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana de accionar la investigación previa para interponer la demanda de repetición, no obstante, esta Sala considera que la omisión de dicha etapa administrativa preliminar tiene otro alcance y dimensión procesal puesto que la

---

<sup>248</sup> Resolución de la Corte Nacional de Justicia. Sala de Contencioso Administrativo, 1070-2016 (Juicio n.º 1441-2015), de 21 de septiembre de 2016.

<sup>249</sup> Resolución de la Corte Nacional de Justicia. Sala de Contencioso Administrativo, 1070-2016 (Juicio n.º 1441-2015), de 21 de septiembre de 2016.

<sup>250</sup> Resolución de la Corte Nacional de Justicia. Sala de Contencioso Administrativo, 1070-2016 (Juicio n.º 1441-2015), de 21 de septiembre de 2016.

misma se constituye en un requisito de procedibilidad y/o presupuesto legal que habilita la acción de repetición y por tanto se incorpora como parte del trámite propio de la naturaleza de esta causa»<sup>251</sup>.

Más adelante, la Sala señala que, precisamente por la naturaleza de la acción de repetición, el artículo 69 de la LOGJCC exige que, previo a la presentación de la demanda, «se agote el procedimiento administrativo tendiente a proporcionar los suficientes elementos al juzgador sobre la presunta responsabilidad de los que van a ser demandados en la acción de repetición, su desatención no solo que incumple la disposición legal indicada, sino que vulnera el derecho a la defensa del señor ÁPNG, pues se debe considerar que en la acción constitucional por incumplimiento, el hoy accionado no pudo ejercer su defensa respecto a su participación y responsabilidad en la entrega irregular del vehículo, posteriormente al omitirse la investigación administrativa previa también se le impidió exponer sus argumentos y actuaciones administrativas de descargo; y, de igual forma no se pudo establecer la presunta responsabilidad, de ser el caso, de otros funcionarios involucrados en el acto dañoso. La repetición exige, como se ha mencionado, la predeterminación de la responsabilidad dolosa o culposa, pues sus fines son meramente patrimoniales, consecuentemente la ausencia de la investigación previa en este caso ocasiona inexactitud respecto a la responsabilidad de la persona contra quien se va a ejercer la acción»<sup>252</sup>.

En cambio, en el voto de minoría se sostiene que «una vez determinada la identidad del o de los servidores responsables de que el Estado haya propiciado un daño calificado al administrado, se puede prescindir del requisito procesal contemplado en el antes invocado artículo de la LOGJCC», considerando que «no constituye un requisito de procedibilidad o presupuesto legal que habilita la acción de repetición; salvo que no se haya podido determinar la identidad de los presuntos responsables en el proceso legal previo que haya dado lugar a la acción de repetición, o que no haya existido un proceso administrativo sancionatorio previo al interior de la institución accionada»<sup>253</sup>.

La Sala, en la resolución de mayoría, ha dejado en claro que, aunque se haya determinado la identidad del servidor público en una sentencia, es indispensable que se realice la

---

<sup>251</sup> Resolución de la Corte Nacional de Justicia. Sala de Contencioso Administrativo, 1070-2016 (Juicio n.º 1441-2015), de 21 de septiembre de 2016.

<sup>252</sup> Resolución de la Corte Nacional de Justicia. Sala de Contencioso Administrativo, 1070-2016 (Juicio n.º 1441-2015), de 21 de septiembre de 2016.

<sup>253</sup> Resolución de la Corte Nacional de Justicia. Sala de Contencioso Administrativo, 1070-2016 (Juicio n.º 1441-2015), de 21 de septiembre de 2016.

investigación para que proceda la acción de repetición, puesto que en aquélla se logrará determinar con certeza el o los funcionarios responsables de la conducta administrativa dolosa o gravemente culposa y su grado de participación en la generación del daño. Además de ello, ha señalado que la investigación interna debe proporcionar los elementos suficientes al juzgador sobre la presunta responsabilidad del servidor público, por lo que su desatención no sólo incumple la ley, sino que vulnera el derecho a la defensa del demandado.

Como hemos podido observar, existen algunas limitaciones que afectan a la eficacia de la acción de regreso y que deben ser corregidas en cuanto al desarrollo de la investigación previa, ya que se constituye como un elemento central dentro del juicio de repetición y, si no es aplicada correctamente, puede ser utilizada como un instrumento disuasorio de la responsabilidad subjetiva de los agentes estatales. Puede incluso darse el supuesto de que en la investigación no haya sido posible predeterminar la existencia de responsabilidad del agente estatal, aun existiendo los elementos y pruebas suficientes para imputar la responsabilidad subjetiva del servidor público.

Por ello, se torna fundamental el papel de la autoridad y los servidores públicos encargados de realizar la investigación previa. Si la investigación no cumple con estos parámetros de plano, todo el procedimiento carecerá de fundamento y volveremos a cuestionar la eficacia de la acción de regreso. Una solución frente a esta limitación es la vinculación directa de los organismos de control que vigilen o realicen la investigación, incluso es fundamental que la ley atribuya competencia para formular la demanda en defensa de los intereses estatales.

## 5. EL PROCEDIMIENTO DE LA ACCIÓN DE REGRESO

### 5.1. COMPETENCIA PARA CONOCER Y RESOLVER LA ACCIÓN

La competencia para conocer y resolver la acción de regreso en el Ordenamiento español difiere en relación con el caso ecuatoriano, debido a la naturaleza de la vía de reclamación. En el Ordenamiento español, la LRJSP señala en el art. 36.2 que «la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento». Por su parte, el art. 36.3 de la LRJSP establece que «asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves».

En los dos casos, tanto en los daños y perjuicios generados en los bienes o derechos de la Administración, como del particular, será la propia Administración la competente para instaurar el procedimiento administrativo a las autoridades y demás personal a su servicio, siempre que en su actuación hubiere mediado dolo, culpa o negligencia graves.

En el Ordenamiento jurídico ecuatoriano, para ejercer el derecho de repetición, la Administración competente debe recurrir en vía judicial. El art. 344 del COA, en el primer inciso, señala que «una vez declarada la responsabilidad extracontractual del Estado y efectuado el pago completo de la respectiva indemnización, la máxima autoridad de la institución responsable propondrá una acción de repetición que se sujetará al trámite ordinario previsto en el Código Orgánico General de Procesos, ante los jueces de lo contencioso administrativo. En este tipo de procesos no cabe reconvencción».

La LGJCC, en el caso de la repetición contra servidoras y servidores públicos por violación de derechos, en el art. 68 en el primer inciso, determina que «la máxima autoridad de la entidad responsable asumirá el patrocinio de esta causa a nombre del Estado y deberá interponer la

demanda ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente para que se reintegren al Estado los recursos erogados por concepto de reparación...».

Aunque en un inicio el ejercicio de esta competencia generó confusiones, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución n.º 18-2013<sup>254</sup> tuvo que corregir estos defectos de interpretación. Los antecedentes del caso muestran que el señor MMT, en el juicio n.º 21018-LE, interpuso recurso de casación en contra del auto expedido el 19 de enero de 2010 por la Primera Sala del Tribunal Distrital n.º 1 de lo Contencioso Administrativo, con sede en el ciudad de Quito, que resolvió inhibirse del conocimiento de la acción de repetición iniciada en contra del señor JERP y EGMG en sus calidades de ex presidentes del Consejo Nacional de Evaluación y Acreditación de la Educación Superior (CONEA), inadmitiendo a trámite la demanda y archivando la causa por considerar que la «[...] demanda de Acción de Repetición una materia ajena a la competencia de este Tribunal, tal como lo determinan el Art. 6 literal b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la Disposición Transitoria Cuarta del Código Orgánico de la Función Judicial».

Frente a esta decisión de primera instancia, la Sala de lo Contencioso Administrativo, luego de analizar el primer inciso del artículo 67 de la LOGJCC<sup>255</sup> y la Disposición Transitoria Cuarta del COFJ,<sup>256</sup> señaló que la interpretación lógica de estas normas «es que los actuales tribunales distritales de lo contencioso administrativo también tienen la competencia señalada en la citada Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional». De esta manera se ratificó en sede judicial la competencia de los jueces de lo contencioso administrativo para resolver la acción de repetición.

El COFJ, en el art. 227.14, determina que los jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo serán competentes para «conocer y resolver las causas que instaure la Administración para repetir las indemnizaciones que hubiere tenido que pagar por sentencias

---

<sup>254</sup> Resolución de la Corte Nacional de Justicia, Sala de Contencioso Administrativo, 0018-2013 (Juicio n.º 2010-0100), de 10 de enero de 2013.

<sup>255</sup> El primer inciso del artículo 67 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que «la repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos».

<sup>256</sup> La disposición transitoria cuarta del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que «los actuales tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal, funcionarán con el régimen y competencias establecidos antes de la vigencia de este Código hasta que el nuevo Consejo de la Judicatura integre las respectivas salas de las Cortes Provinciales previo concurso público y con las condiciones de estabilidad establecidas en este Código».

firmer dentro de juicios contencioso-administrativos, por la responsabilidad declarada de sus servidores o de las personas que, por delegación, concesión o privatización, se les haya entregado servicios públicos».

El COGEP, en el art. 328, prevé que «en los casos en que la sentencia declare la responsabilidad de las autoridades, servidoras o servidores públicos en el desempeño de sus cargos o las personas de Derecho privado que ejerzan potestad pública en virtud de concesión o delegación a la iniciativa privada, se ordenará que se inicie el proceso de repetición contra todos aquellos, quienes tendrán responsabilidad solidaria hasta la solución total de la obligación. La repetición se sustanciará ante las o los juzgadores de lo contencioso administrativo mediante procedimiento ordinario». No queda duda, entonces, de que la competencia para resolver la acción de repetición corresponde a los jueces de lo contencioso administrativo.

## 5.2. SUJETOS IMPLICADOS: SUJETOS ACTIVOS Y SUJETOS PASIVOS

### 5.2.1. Legitimación activa

La legitimación activa para el ejercicio de la acción de regreso o repetición le corresponde a la propia Administración pública, como ente titular de los recursos erogados por concepto de la responsabilidad patrimonial. En el Derecho español, esta acción «se veda a los perjudicados, quienes deben reclamar directamente a la Administración, siendo ésta después la que valora si concurren o no los presupuestos de la “repetición” o “regreso” contra el empleado público o la autoridad, lo que ocurre en algunas ocasiones, muy contadas»<sup>257</sup>.

La LRJSP, en el art. 36.2, prevé que «la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento». Asimismo, el art. 36.3 establece que «la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves».

En los dos casos, será únicamente la propia Administración que pagó la indemnización la legitimada activa para instaurar el procedimiento administrativo contra las autoridades y demás

<sup>257</sup> RIVERO ORTEGA, R.: *Derecho Administrativo*, cit., 194.

personal a su servicio, siempre que en su actuación hubiere mediado dolo, culpa o negligencia graves. La Administración pública «no solo tiene como finalidad la eficiencia y eficacia en el manejo de los recursos públicos, sino sobre todo la preservación del interés general»<sup>258</sup> como fundamento de su legitimación. Por ello, su accionar es de especial relevancia, tanto en el ámbito jurídico, económico y político.

En la legislación ecuatoriana, la legitimación activa igualmente corresponde a la Administración pública, a través de la máxima autoridad. El art. 344 del COA, en el primer inciso, señala que «una vez declarada la responsabilidad extracontractual del Estado y efectuado el pago completo de la respectiva indemnización, la máxima autoridad de la institución responsable propondrá una acción de repetición que se sujetará al trámite ordinario previsto en el Código Orgánico General de Procesos, ante los jueces de lo contencioso administrativo».

En el caso de la acción de repetición contra los servidores públicos por violación de derechos, la LGJCC, en el primer inciso del art. 68, determina que «la máxima autoridad de la entidad responsable asumirá el patrocinio de esta causa a nombre del Estado y deberá interponer la demanda ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente para que se reintegren al Estado los recursos erogados por concepto de reparación. Cuando el Gobierno Autónomo Descentralizado ha reparado a la víctima, intervendrá el representante legal de la institución. Se contará, para la defensa de los intereses del Estado, con la intervención de la Procuradora o Procurador General del Estado. En caso de que la máxima autoridad fuere la responsable directa de la violación de derechos, el patrocinio de la causa lo asumirá la Procuraduría General del Estado».

Estas normas jurídicas coinciden en atribuir el ejercicio de la acción de repetición en nombre del Estado a la máxima autoridad de la institución responsable, «para presentar la demanda de acción de repetición ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo contra un servidor público, para hacer efectiva la responsabilidad civil que con dolo o culpa grave haya causado daños y perjuicios, y de esta manera asegurar el reembolso de lo pagado»<sup>259</sup>.

El segundo inciso del art. 68 de la LOGJCC estipula que «la jueza o juez deberá poner en conocimiento de la máxima autoridad de la entidad responsable y de la Procuradora o Procurador General la sentencia o auto definitivo de un proceso de garantías jurisdiccionales o

---

<sup>258</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.: *Fundamentos para una ciencia de la Administración Pública*, Tirant Lo Blanch, Ciudad de México, 2020, p. 918.

<sup>259</sup> JARAMILLO ORDOÑEZ, H. Y JARAMILLO LUZURIAGA P.: *Justicia Administrativa en el sistema oral*, cit., p. 163.

del representante legal del Gobierno Autónomo Descentralizado», para que ejerzan el derecho de repetición que corresponde.

La LGJCC, a diferencia del COA, cuando la acción deba dirigirse contra la máxima autoridad, legitima activamente al Procurador General del Estado para que asuma el patrocinio de la causa, lo que resulta ciertamente novedoso, desde el punto de vista de tutela del interés público, pues al implicar a este organismo público se busca tutelar los intereses patrimoniales del Estado de forma directa.

Esta atribución se relaciona con lo dispuesto en el art. 37.2 de la Constitución y en el art. 3, letra a), de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (en adelante, LOPGE)<sup>260</sup>, que establecen como función del Procurador General del Estado «ejercer el patrocinio del Estado y de sus instituciones», en defensa del patrimonio nacional y del interés público.

La LOGJCC, en el tercer inciso del art. 69, determina que «cualquier persona puede poner en conocimiento de la Procuradora o Procurador General la existencia de una sentencia, auto definitivo o resolución de un organismo internacional competente en la cual se ordena la reparación material». En el cuarto inciso reconoce la legitimación activa de la ciudadanía, al determinar que, de igual forma, «cualquier persona podrá interponer la acción de repetición ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente. La acción no vincula procesalmente a la persona. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente deberá comunicar inmediatamente a la máxima autoridad de la entidad correspondiente para que asuma el patrocinio de la causa. La máxima autoridad de la entidad y la Procuradora o Procurador General no podrá excusarse de participar en el procedimiento de repetición».

En caso de que la máxima autoridad de la entidad no demande la repetición o no asuma el patrocinio de la causa cuando la acción haya sido interpuesta por un particular, se podrá interponer una acción por incumplimiento en su contra. Y, en caso de que sean varias las instituciones públicas declaradas responsables, éstas propondrán en forma conjunta la acción de repetición si los demandados tienen sus domicilios en el mismo distrito judicial; en caso contrario, coordinarán la presentación de las demandas que correspondan.

Sin embargo, posicionar a cualquier persona como legitimado activo para interponer la acción de repetición ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial

---

<sup>260</sup> Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial RO 312, de 13 de abril de 2004.

competente resulta muy riesgoso en términos de eficacia. El particular, al no contar con la investigación previa, o no haber sido parte de ella, carecerá de información relevante para el planteamiento de la demanda, lo que afecta a la eficacia de la acción y con ello, a la efectividad del reembolso de los dineros públicos.

La Resolución de la Corte Nacional de Justicia, Sala de Contencioso Administrativo, 1212-2016 (Juicio n.º 0578-2016), de 27 de octubre de 2016, versa sobre la acción de repetición planteada por X.M.M.H. «a favor del Estado en contra de los comandantes Generales del Ejército que han estado en funciones desde el año 2002 hasta la actualidad [14 de marzo de 2013]; entre ellos asevera los ex generales R.P.T.G., L. E.G.V., L.A.N., O. R.O., C.A.U. V. y J.Z., entre otros». La demanda pretendía en lo principal que se ordene a los responsables que, en cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Constitucional del Ecuador, «se reembolse inmediatamente al Estado Ecuatoriano la cantidad de USD 470.722,86 conforme a la liquidación que habría realizado la misma Fuerza Terrestre e Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas».

La Sala consideró que «la falta de predeterminación de la presunta responsabilidad de los demandados para efectos de accionar la vía de repetición, así como la ambigüedad e imprecisión con la que ha sido propuesta la demanda respecto a las circunstancias de participación y responsabilidad de los demandados, tiene otro alcance y dimensión procesal, puesto que en la especie se ha configurado una falta de legítimo contradictor o también denominada “falta de legitimación en causa pasiva”, entendida esta como la ausencia de vinculación entre los demandados y el objeto del proceso de ejecución; en esta clase de juicios de naturaleza especialísima, por disposición legal, la calidad de demandado la tiene privativamente “el presunto responsable de la violación de los derechos”».

La falta de legítimo contradictor o falta de legitimación en la causa —*legitimatío ad causam*— consiste en que «el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues es frente a ellos que la ley permite que el juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial»<sup>261</sup>.

<sup>261</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Mercantil, publicada en la Serie 17, de la Gaceta Judicial 1, de 25 de junio de 1999, p. 63.

En este caso, no existe debida legitimación en la causa debido a dos circunstancias: «a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y b) Cuando aquéllos debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso»<sup>262</sup>.

Como señala la Sala, la repetición exige «la predeterminación de la presunta responsabilidad de quienes van a soportar la carga de ser demandados, pues sus fines son meramente patrimoniales, por lo que en base a los argumentos expuestos en líneas anteriores esta Sala considera que existe una falta de legitimación en causa pasiva, no siendo procedente dictar sentencia de fondo»<sup>263</sup>. Por lo tanto, se rechazan los recursos de apelación propuestos por el ministro de Defensa Nacional y el delegado del PGE, organismos públicos que asumieron la causa propuesta por el ahora coronel en servicio pasivo J.A.M.I.

En este sentido, la legitimación que otorga la LOGJCC a la cualquier persona para actuar como parte accionante en el proceso judicial frente al agente o agentes estatales responsables del daño debe evaluarse a la luz de la aplicación práctica, por cuanto, si se plantea la demanda sin cumplir los requisitos establecidos, la acción no progresará, lo que hará que esta acción resulte incluso mucho más ineficaz.

En cuanto a la legitimación parcial que la LOGJCC otorga a la PGE, igualmente debería revisarse, debido a que la legitimación activa se habilita únicamente cuando es la máxima autoridad de la Administración contra quien se interpondrá la demanda. Además de ello, la regulación resulta insuficiente, por cuanto no establece los parámetros de intervención cuando es la autoridad quien no inicia la acción o cuando abandona el tratamiento de ésta. Sería muy importante que la ley previese la intervención de la PGE, en el desarrollo de la investigación previa, ya que ello proporcionaría los elementos suficientes para plantear la acción de forma adecuada.

La legitimación de la Administración pública se da obviamente «con base en la titularidad de un derecho o interés legítimo que ostenta frente a la parte demandada». Sin embargo, el derecho de regreso o repetición se ve limitado cuando el personal responsable no ejercita la

---

<sup>262</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Mercantil, publicada en la Serie 17, de la Gaceta Judicial 1, de 25 de junio de 1999, p. 63.

<sup>263</sup> Resolución de la Corte Nacional de Justicia, Sala de Contencioso Administrativo, 1212-2016 (Juicio n.º 0578-2016), de 27 de octubre de 2016.

acción o lo hace de una manera deficiente. Ello no sólo afecta al servicio objetivo, sino también a la satisfacción del interés general.

### 5.2.2. Legitimación pasiva

El legitimado pasivo en la acción de regreso o repetición es el agente o exagente estatal al que se le imputa la responsabilidad del daño antijurídico, debido a su conducta dolosa, culposa o negligente, por la cual la Administración pública tuvo que indemnizar al lesionado. En este contexto, el primer aspecto que se debe observar es la vinculación del agente estatal –empleado o servidor público– con el ejercicio de la potestad pública; luego de ello, hay que determinar si dentro de ese marco de actuación es el responsable de la generación del daño, para, finalmente, plantear en su contra la acción de regreso.

El art. 8.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP) señala que «son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones públicas al servicio de los intereses generales». Ello en consonancia con lo que dispone el art. 103.1 de la Constitución, según el cual la Administración pública «sirve con objetividad los intereses generales»<sup>264</sup>.

En este mismo sentido, la LEBE, en el art. 52, estipula que «los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes».

En Ecuador, la Constitución de la República, en el art. 229, dispone que «serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público». En el art. 233 establece que «ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, y serán responsable

administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos».

En este contexto, queda claro que el agente estatal es aquel que, en cualquier forma o a cualquier título, desempeñe funciones retribuidas en las Administraciones públicas. Por ello, el ejercicio de sus funciones está vinculado a la satisfacción del interés general, siendo «un depositario de la confianza ciudadana, de la fe pública, por lo tanto, es un deber jurídico responder por todos los actos dolosos o culposos cometidos por acción u omisión»<sup>265</sup>.

De esta manera, la legitimación pasiva del agente estatal se habilita cuando se le ha imputado la responsabilidad subjetiva por la producción del daño, en virtud de haberse determinado el nexo causal entre éste y su actuación dolosa, culposa o negligente. Cuando el agente estatal se encuentra en esta situación jurídica queda plenamente legitimado para oponerse a la pretensión hecha en su contra.

Es, por tanto, imperativo que la Administración pública satisfaga el interés general, exigiendo el reembolso de los dineros pagados en virtud de la responsabilidad patrimonial al responsable, al verdadero responsable de la generación del daño, que «no es el Estado, no es la Administración pública. La responsabilidad es del titular del órgano al que puede imputarse el acto determinante del daño», como sostiene GONZÁLEZ PÉREZ<sup>266</sup>. Por ello, la Administración tiene la obligación jurídica de actuar con eficiencia, realizando cuantas diligencias sean necesarias para reembolsar el dinero público.

### **5.3. EL PROCEDIMIENTO PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD POR LA ADMINISTRACIÓN A SU PERSONAL**

#### **5.3.1. El procedimiento administrativo de la acción de regreso en España**

En España la acción de regreso la ejercita la Administración en vía administrativa, a través del correspondiente procedimiento administrativo. No existe una acción judicial de la Administración frente a sus propios empleados o autoridades. Los tribunales intervienen únicamente a posteriori. La Administración ejerce la acción de regreso en vía administrativa y si el funcionario no está de acuerdo con la resolución podrá impugnarla en la vía contencioso-administrativa.

<sup>265</sup> JARAMILLO ORDÓÑEZ, H.: *Manual de Derecho Administrativo*, UTPL, Ediloja, Loja, 2014, p. 341.

<sup>266</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Pública*, 3ª ed., Civistas, Madrid, 2004, p. 576.

La LRJSP en el art. 36, apartados 4, 5 y 6, desarrolla el procedimiento para la exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas. El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad, de acuerdo con el art. 36.4, se sustanciará conforme a lo dispuesto en la LPACAP, se iniciará por acuerdo del órgano competente, que se notificará a los interesados, y constará, al menos, de los siguientes trámites:

- a) Alegaciones durante un plazo de quince días.
- b) Práctica de las pruebas admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas durante un plazo de quince días.
- c) Audiencia durante un plazo de diez días.
- d) Formulación de la propuesta de resolución en un plazo de cinco días a contar desde la finalización del trámite de audiencia.
- e) Resolución por el órgano competente en el plazo de cinco días.

Durante el procedimiento, la Administración debe valorar y demostrar que el funcionario ha actuado con dolo, culpa o negligencia grave. Para ello, la Administración deberá observar el art. 36.2 de la LRJSP, que desarrolla los siguientes criterios de ponderación: i) el resultado dañoso producido; ii) la intencionalidad; iii) la responsabilidad profesional del personal al servicio de la Administración y su relación con la producción del daño. Estos criterios servirán «para medir el grado de responsabilidad del funcionario, agente o autoridad»<sup>267</sup>.

La resolución declaratoria de responsabilidad, de acuerdo con lo determinado en el art. 36.5, pondrá fin a la vía administrativa. Sin embargo, existe la posibilidad de interponer recurso potestativo de reposición. La impugnación jurisdiccional se realizará a través del recurso contencioso-administrativo.

La Administración pública, como no puede ser de otra manera, tiene el deber de dictar resolución expresa y en plazo en todos los procedimientos administrativos, «manifestación palmaria del principio de prohibición del non liquet que rige los procesos judiciales. Esta exigencia impide que pueda abstenerse de discutir el asunto so pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de la norma aplicable»<sup>268</sup>.

Así pues, en ningún caso, se debe dejar en el anonimato a los servidores o exservidores públicos responsables del daño. Únicamente cuando el agente estatal demuestre que su

<sup>267</sup> ACOSTA GALLO, P.: *La responsabilidad del Estado-Juez. Error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, Montecorvo S.A., Madrid, 2005, p. 188.

<sup>268</sup> CASADO CASADO, L.; GIL CISIÓN, I.; PALLARÉS SERRANO, A.; DE LA VARGA PASTOR A.; PÉRSICA L. (Autores). Fuentes I G.; Josep, R. y Gifreu I Font, J. (Directores): *Esquemas de Procedimiento Administrativo*, cit., p. 62.

actuación ha sido conforme a la ley y que el daño ocasionado no ha sido producto de su conducta dolosa, culposa o negligente en la prestación del servicio público, no existirá la responsabilidad subjetiva.

### **5.3.2. El proceso judicial de la acción de repetición en Ecuador**

En Ecuador, la acción de repetición se ejercita en vía judicial. El COA y la LOGJCC, restringe cualquier posibilidad de exigir el reembolso de los dineros públicos a través de procedimiento administrativo. La legislación ha mantenido esta vía de reclamación desde la Constitución de 1998, que introdujo por primera vez la acción de repetición como un derecho del Estado para hacer efectiva «la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios»<sup>269</sup>.

El COA, en el art. 344, determina que la «acción de repetición que se sujetará al trámite ordinario previsto en el Código Orgánico General de Procesos, ante los jueces de lo contencioso administrativo». La LOGJCC, en el art. 68, señala que la demanda «deberá interponer la demanda ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente para que se reintegren al Estado los recursos erogados por concepto de reparación». En este mismo sentido, el COGEP en el art. 328, inciso segundo, señala que «la repetición se sustanciará ante las o los juzgadores de lo contencioso administrativo mediante procedimiento ordinario».

El procedimiento inicia con la demanda. En el caso de la acción de repetición derivada de la responsabilidad extracontractual, deben observarse los requisitos determinados en el art. 142 del COGEP, por cuanto en el COA no se han determinado requisitos y documentos adicionales que acompañarán a la demanda. En la acción de repetición derivada de sentencias jurisdiccionales o de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deberán observarse los requisitos establecidos en el art. 142 del COGEP y aquellos determinados en la LOGJCC.

#### **5.3.2.1. El proceso de acuerdo con el COGEP**

Según el art. 142 del COGEP, la demanda se presentará por escrito y contendrá:

1. La designación de la o del juzgador ante quien se la propone.

2. Los nombres y apellidos completos, número de cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte, estado civil, edad, profesión u ocupación, dirección domiciliaria y electrónica de la o del actor, casillero judicial o electrónico de su defensora o defensor público o privado. Cuando se actúa en calidad de procuradora o procurador o representante legal se hará constar también los datos de la o del representado.
3. El número del Registro Único de Contribuyentes en los casos que así se requiera.
4. Los nombres completos y la designación del lugar en que debe citarse a la o al demandado, además de dirección electrónica, si se conoce.
5. La narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente clasificados y numerados.
6. Los fundamentos de derecho que justifican el ejercicio de la acción, expuestos con claridad y precisión.
7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.
8. La solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, si es del caso.
9. La pretensión clara y precisa que se exige.
10. La cuantía del proceso cuando sea necesaria para determinar el procedimiento.
11. La especificación del procedimiento en que debe sustanciarse la causa.
12. Las firmas de la o del actor o de su procuradora o procurador y de la o del defensor salvo los casos exceptuados por la ley. En caso de que la o el actor no sepa o no pueda firmar, se insertará su huella digital, para lo cual comparecerá ante la o el funcionario judicial correspondiente, quien sentará la respectiva razón.
13. Los demás requisitos que las leyes de la materia determinen para cada caso.

La calificación de la demanda de acuerdo con el COGEP debe realizarse en el término máximo de cinco días. Si la demanda no cumple con los requisitos, el juzgador dispondrá que el actor la complete o aclare en el término de cinco días. Si no lo hace, ordenará el archivo y la devolución de los documentos adjuntados a ella (art. 146). Admitida la demanda, se ordenará

que se cite al demandado. El demandado tendrá treinta días para presentar su contestación (art. 291). En el término de tres días desde que es calificada la contestación, se notificará con su contenido a la parte actora, la cual, en el término de diez días, podrá anunciar nueva prueba que se referirá a los hechos expuestos en la contestación (art. 151).

Con relación a la audiencia preliminar, el COGEP señala que, con la contestación o sin ella, en el término de tres días posteriores al vencimiento al plazo de contestación, el juzgador convocará a la audiencia preliminar, que deberá realizarse en un término no menor a diez ni mayor a veinte días (art. 292). Concluidas las intervenciones de los sujetos procesales, el juzgador comunicará motivadamente, de manera verbal, a los presentes sus resoluciones y señalará la fecha de la audiencia de juicio, que se considerarán notificadas en el mismo acto (art. 294).

La audiencia de juicio se realizará en el término máximo de treinta días, contados a partir de la culminación de la audiencia preliminar (art. 297). Tanto en la audiencia preliminar como en la de juicio deben observarse las reglas específicas que determina el COGEP. Al finalizar la audiencia, el juzgador pronunciará su decisión en forma oral. Excepcionalmente y cuando la complejidad del caso lo amerite, podrá suspender la audiencia por el término de hasta diez días para emitir su decisión oral. Al ordenar la suspensión, determinará el día y la hora de reanudación de la audiencia. La resolución escrita motivada se notificará en el término de hasta diez días (art. 93).

El contenido de las resoluciones dictadas en audiencia deberá incluir:

1. El pronunciamiento claro y preciso sobre el fondo del asunto.
2. La determinación de la cosa, cantidad o hecho que se acepta o niega.
3. La procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas. La o el juzgador, en el auto interlocutorio o sentencia escrita, motivará su decisión y cumpliendo con los requisitos, respetará y desarrollará los parámetros enunciados en el procedimiento oral (art. 95).

Finalmente se debe indicar que el contenido de la sentencia escrita contendrá:

1. La mención de la o del juzgador que la pronuncie.
2. La fecha y lugar de su emisión.
3. La identificación de las partes.
4. La enunciación breve de los hechos y circunstancias objeto de la demanda y defensa de la o del demandado.

5. La decisión sobre las excepciones presentadas.
6. La relación de los hechos probados, relevantes para la resolución.
7. La motivación.
8. La decisión que se pronuncie sobre el fondo del asunto, determinando la cosa, cantidad o hecho al que se condena, si corresponde.
9. La procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas (art. 95).

#### 5.3.2.2. Aspectos procesales determinados en la LOGJCC

El art. 70 de la LOGJCC establece que la demanda deberá contener:

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

Se adjuntará a la demanda:

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

En caso de que la demanda sea interpuesta por una persona o personas particulares, éstos no estarán obligados a adjuntar el justificativo de pago. La demanda podrá interponerse en contra de una o varias personas presuntamente responsables. La demanda se interpondrá sin perjuicio de que las servidoras o servidores públicos presuntamente responsables hayan cesado en sus funciones.

El art. 71 en cuanto al trámite señala que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial conocerá de la acción de repetición en procedimiento ordinario, en el cual se citará al PGE cuando no haya comparecido previamente a juicio. En el caso del inciso cuarto del artículo 68 –que se refiere a la facultad de cualquier persona para interponer la acción de repetición ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente–,

la entidad que asuma el patrocinio de la causa podrá reformar la demanda conforme a lo dispuesto en el COGEP.

El art. 72 determina que en la sentencia se declarará, de encontrar fundamentos, la responsabilidad de la persona o personas demandadas por la violación de derechos que generaron la obligación del Estado de reparar materialmente y, además, se ordenará a la persona o personas responsables pagar al Estado lo erogado por concepto de reparación material, estableciendo la forma y el tiempo en que deberá realizarse. Cuando existiere más de una persona responsable, se establecerá, en función de los hechos y el grado de responsabilidad, el monto que deberá pagar cada responsable.

En ningún caso la sentencia podrá dejar en estado de necesidad a la persona responsable. Cuando el Estado hubiere sido condenado al cumplimiento de la obligación de dos o más plazos, la sentencia en el juicio de repetición condenará a las personas responsables al pago de las obligaciones vencidas reclamadas, pero la ejecución deberá comprender las que se hubiesen vencido posteriormente, hasta la total cancelación de lo pagado por el Estado, de acuerdo con lo previsto en el COGEP sobre la ejecución de pensiones periódicas o el cumplimiento de obligaciones a plazo.

El servidor público que no esté conforme con la resolución podrá recurrir la sentencia interponiendo recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, de acuerdo con el art. 73 de la LOGJCC. Esta disposición muestra imprecisión en la denominación del recurso, pues el COGEP en el art. 266 determina que «el recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo», imprecisión que debería corregirse con la oportuna reforma.



## 6. EL BALANCE ACTUAL DE LA ACCIÓN DE REGRESO

### 6.1. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA ACCIÓN DE REGRESO

#### 6.1.1. El ejercicio de la acción de regreso en España

El ejercicio de la acción de regreso en España ha sido fuertemente criticado por su falta de aplicación y por la ineficacia en el reembolso de los valores pagados por concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Algunas investigaciones realizadas durante los últimos años dan cuenta de un número reducido de sentencias que se han emitido con relación a la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos.

DOMÉNECH PASCUAL, en el artículo “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, publicado en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, en el año 2005, hace referencia a tres sentencias relacionadas con la acción de regreso. Sin embargo, señala que tan sólo en una sentencia se contempla su ejercicio efectivo.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 7 de mayo de 1999 (Roj: SAP ZA 253/1999 - ECLI:ES:APZA:1999:253). En este caso, el Ayuntamiento de Melgar de Tera demandó por vía civil al exalcalde del ayuntamiento, reclamándole el importe de las cantidades pagadas por concepto de la indemnización por los daños ocasionados al arrendatario de dos fincas rústicas por una orden de forestación dictada por aquél cuando ostentaba la alcaldía, incumpliendo con las obligaciones contractuales pactadas. La Audiencia Provincial declaró la incompetencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la pretensión formulada, emitiendo sentencia absolutoria. El ayuntamiento debería haber ejercido la acción de regreso a través del procedimiento administrativo contemplado en el artículo 146 de la LRJAP-PAC, siendo irrelevante el hecho de que el causante del daño hubiese perdido ya su condición de alcalde<sup>270</sup>.

<sup>270</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G.: *Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio*, cit., p. 5.

- El mismo tratadista hace referencia a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo contencioso-administrativo, de 25 de julio de 2005 (Roj: STSJ CV 5253/2005 - ECLI:ES:TSJCV:2005:5253), que resuelve un caso en el que se impugnaba la falta de ejercicio de la acción de regreso. La sentencia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un concejal del Ayuntamiento de La Vila-Joiosa contra un acuerdo del pleno que desestimaba su solicitud de que se utilizara la acción de regreso contra el alcalde y otros dos concejales por los daños que a la corporación había ocasionado el despido improcedente de un trabajador<sup>271</sup>.

El tribunal consideró que la facultad que el ordenamiento jurídico otorga al ayuntamiento para readmitir o no al trabajador es legítima en cualquiera de los sentidos por los que se decante y que «el ejercicio de dicha facultad lleva implícito un derecho de indemnidad, de manera que no puede concluirse que optar por la no readmisión del empleado despedido evidencie un dolo específico». Señaló, además, que no son sólo los aspectos económicos de la decisión de prescindir de un determinado trabajador los únicos que deben ser objeto de valoración y que la decisión de no readmitir no consta que constituyera una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, para permitir calificar la conducta de quien la tomó como adoptada con dolo o culpa grave. Bajo estas consideraciones, el tribunal desestimó el recurso y con ello, la pretensión de responsabilidad patrimonial del servidor público.

- Respecto de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, de 13 de enero de 1989 (Roj: STS 54/1989 - ECLI:ES:TS:1989:54), DOMÉNECH PASCUAL sostiene que no contempla un caso de regreso, pero sí uno sustancialmente análogo, en el que se declaró la responsabilidad de un empleado público por daños causados a la Administración. Se trata de un funcionario de la Diputación de Barcelona que había extendido, firmado y estampillado dieciséis certificaciones de obra por un importe total de 45.811.633 pesetas. Después de que la empresa contratista presentara suspensión de pagos y se resolviera el contrato, se descubrió que no se había realizado obra alguna, lo cual provocó que la Diputación sancionara al funcionario con la suspensión de empleo y sueldo por un período de dos meses y, además, le declarara responsable de los perjuicios que a la Corporación le había ocasionado el pago de 29.148.744

---

<sup>271</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G.: *Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio*, cit., p. 5.

pesetas a diversas entidades bancarias a las que el contratista había endosado parte de las certificaciones<sup>272</sup>.

El Tribunal Supremo consideró la concurrencia de «los requisitos exigidos legalmente (art. 410.1 de la Ley de Régimen Local y preceptos concordantes) para la declaración de responsabilidad civil del funcionario actor y que contienen los acuerdos recurridos y confirmados por la sentencia apelada (la negligencia grave en el cumplimiento de los deberes del cargo aparece como indiscutible, etc.), sin que la objeción formulada con base en la prescripción tenga soporte fáctico y jurídico alguno». En este caso, el tribunal estimó la responsabilidad civil del funcionario por haber incurrido en negligencia grave en el cumplimiento de sus deberes, al prescindir del procedimiento de libramiento o intervención legalmente previsto en el art. 770.2º de la Ley de Régimen Local entonces vigente, y extender las certificaciones «como si se tratase de documentos que respondían a cantidades realmente debidas, sin adoptar ninguna precaución».

En otro estudio realizado por VANEGAS ROA<sup>273</sup>, refiere que la inactividad de la Administración para ejercer la acción de repetición se evidencia en el hecho de que sólo se han encontrado cinco sentencias en la revisión que se hizo en el buscador de jurisprudencia del Poder Judicial desde 1989 hasta el 2017. Cabe mencionar que en esta investigación se agregan otras sentencias relacionadas con la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos a las tres sentencias referidas anteriormente.

- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso-administrativo, de 6 de octubre de 2000 (Roj: SAN 6014/2000 - ECLI:ES:AN:2000:6014). Este caso se impugnó la resolución de la Subdirección General de Apoyo, de la Dirección General de la Guardia Civil, que establecía el reintegro de 34.289 ptas. en concepto de intereses abonados por la citada dirección general, y que traía causa de la resolución adoptada por la Secretaría de Estado de Interior, que declaró la responsabilidad patrimonial del guardia civil, interesado y actor, como consecuencia de la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida que le condenaba como autor de un delito de detención ilegal practicada por funcionario público y una falta de imprudencia con resultado de lesiones a las penas de tres meses de suspensión de todo cargo o función, multa de 20.000 ptas., pago de las costas procesales e indemnización, en unión del otro condenado

---

<sup>272</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G.: *Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio*, cit., pp. 5 y 6.

<sup>273</sup> VANEGAS ROA, P.: *Responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de la administración pública cuando provoquen menoscabo de los caudales públicos*, cit., p. 70.

solidariamente, y subsidiariamente el Estado, al lesionado en la cantidad de 414.000 ptas., más sus intereses.

La Audiencia Nacional sostuvo que la sentencia penal determinó la responsabilidad indemnizatoria de los procesados y condenados por delito, y sólo con carácter subsidiario la responsabilidad de indemnizar a cargo de la Administración del Estado. La sala señala que «las sentencias deben ejecutarse en sus propios términos y a la Administración pública, al igual que a los particulares, les corresponde respetar y cumplirlas, por lo que no puede admitirse la alegación de aplicar la prescripción respecto a dicha resolución de la jurisdicción penal». Bajo estas consideraciones, la Audiencia Nacional desestimó el recurso interpuesto contra la resolución del Ministerio del Interior y ratificó la responsabilidad patrimonial del guardia civil apelante.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo contencioso-administrativo, de 29 de mayo de 2003 (Roj: STSJ AR 1630/2003 - ECLI:ES:TSJAR:2003:1630). El general jefe de la IV Zona de la Guardia Civil, en el año 1999, desestimó el recurso de reposición formulado contra la resolución que declaró la responsabilidad patrimonial del cabo 1º D. Armando y del guardia civil D. Germán por la pérdida de un visor nocturno de media distancia, valorado en 519.456 pesetas, con la obligación de entregar a la Hacienda pública dicha cantidad en calidad de resarcimiento.

En este caso, el tribunal consideró que no concurren los requisitos que permiten declarar la responsabilidad patrimonial de los actores, señalando que «del expediente administrativo se desprende que el día 21 de enero de 1999 se hizo entrega de un visor nocturno de media distancia a la pareja de servicio, y sobre las 20 horas, como no la precisasen debido a la intensidad de luz de las farolas existentes en la zona de vigilancia, el Cabo 1º procedió a entregárselo a su compañero quien lo introdujo en su funda y lo depositó sobre el asiento trasero del vehículo, y posiblemente al sacar los efectos personales del mentado vehículo, con ocasión del relevo, se cayó al suelo, sin que nadie se apercibiese de ello; el expresado relato prueba que la pérdida del visor nocturno es imputable a los actores, quienes no observaron la diligencia exigible, pero no cabe estimar que hayan incurrido en negligencia grave, y sabido es que para declarar la responsabilidad del funcionario frente al Estado es preciso que haya mediado “dolo, culpa o negligencia grave”». Con base en este análisis, el tribunal estimó el recurso contencioso-administrativo y anuló las resoluciones, dejando sin efecto la obligación de pago impuesta.

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2006 (Roj: STS 813/2006 - ECLI:ES:TS:2006:813). En este caso, la empresa Pinyer y otros, plantearon una demanda por los daños y perjuicios de orden moral causados por un funcionario público (inspector de Finanzas del Estado) en el ejercicio de su cargo, con motivo de una actuación inspectora de carácter fiscal, directamente contra dicho funcionario con expresa exclusión de la Administración, a la que no se exigió responsabilidad de ningún tipo -según se expresa en la demanda-, sometiendo la parte actora a los tribunales del orden jurisdiccional civil el conocimiento y fallo de la pretensión con amparo en la Ley de 5 de abril de 1904, sobre responsabilidad civil de funcionarios públicos.

El Juzgado de lo Civil de primera instancia de Barcelona dictó auto declarando no haber lugar a admitir la demanda por falta de jurisdicción, por corresponder a los tribunales del orden contencioso-administrativo. Este auto fue confirmado por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que desestimó el recurso de apelación interpuesto. Frente a esta resolución, los actores plantearon recurso de casación. Finalmente, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, falló no ha lugar al recurso de casación interpuesto.

Además de las sentencias referidas en los estudios que hemos revisado anteriormente, podemos agregar otras dos sentencias relacionadas con la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos que hemos podido encontrar luego de la búsqueda realizada en la plataforma CENDOJ, del Consejo General del Poder Judicial. Se trata de dos casos en los cuales la Administración ejerció directamente la acción de regreso en contra de los servidores públicos, por los daños ocasionados en sus bienes.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo contencioso-administrativo), de 28 de diciembre de 2011 (Roj: STSJ MU 3171/2011 - ECLI:ES:TSJMU:2011:3171. Este caso tiene como antecedente una sentencia de 2006, dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo de Murcia, en la cual se condena al Municipio de Totana al pago de 635.623,37 euros, en concepto de indemnización por los daños ocasionados en algunas viviendas por la rotura de una tubería de agua potable. En julio de 2008, la Junta de Gobierno Local acordó requerir a la empresa URBASER, S.A., el pago al Ayuntamiento de Totana de esa cantidad y en noviembre de 2008 se aprobó la propuesta del concejal de Hacienda del Ayuntamiento de Totana para incautar la garantía definitiva nº 2107.955, de fecha 21-06-1997, impuesta para responder de las obligaciones derivadas de la adjudicación de los servicios de abastecimiento de agua potable y alcantarillado, y comunicar

al Banco Credit Lyonnays España que proceda a ejecutar en el plazo de diez días la fianza referida en la cuenta del Ayuntamiento de Totana, por el importe de 197.137,40 euros. Frente a esta resolución municipal, la concesionaria interpuso recurso contencioso-administrativo que fue resuelto en el año 2010.

El Juzgado de lo contencioso-administrativo de Murcia, tras analizar la normativa aplicable a los contratos de la Administración pública, estableció que el procedimiento quedaba fuera del ámbito de aplicación de Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, sin que pueda ser considerada la concesionaria como autoridad o personal al servicio del Ayuntamiento de Totana, que no es un nuevo procedimiento para dirimir la responsabilidad patrimonial ya establecida anteriormente y, que para ejercer el derecho de repetición de la Administración frente a URBASER, S.A., no necesita iniciar la Administración local un nuevo procedimiento, por lo que desestimó la demanda.

El Tribunal Superior de Justicia, finalmente, desestimó el recurso de apelación interpuesto por URBASER, S.A., aceptando los hechos y fundamentos de derecho contenidos en la sentencia recurrida. En lo principal señaló que «examinadas las pruebas practicadas en el recurso contencioso administrativo nº 26/09, el expediente administrativo y documentos aportados por las partes en vía jurisdiccional. Y con fundamento en la cláusula decimosexta apartado 3, del contrato de adjudicación, entre el ayuntamiento de Totana y por el que le corresponde a la adjudicataria URBASER SA indemnizar a terceros de los daños que se ocasionen, cláusulas del contrato administrativo y del Pliego que rige la concesión administrativa, que vinculan a las partes y que la sentencia ha hecho una acertada valoración de la misma».

Lo que llama la atención en este caso es que la concesionaria en las instancias respectivas alegaba que en la sentencia de responsabilidad patrimonial únicamente se condenó al Ayuntamiento de Totana y que, por ello, no le correspondía asumir la responsabilidad a ella. Sin embargo, el tribunal ha ratificado el derecho que le asiste a la Administración de exigir el reembolso de los dineros públicos en virtud de las cláusulas del contrato y del pliego que obligan a la adjudicataria URBASER, S.A., a indemnizar a terceros por los daños que se ocasionen en la prestación de los servicios públicos.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo contencioso-administrativo, de 30 de abril de 2013 (Roj: STSJ M 5169/2013 - ECLI:ES:TSJM:2013:5169).

En este caso, el recurrente impugnó la resolución del teniente coronel jefe interino de la 9ª Zona

(Guardia Civil de Navarra), que declaró su responsabilidad administrativa (en cuantía de 1.223 euros), debido a la pérdida de una terminal portátil que le fue asignada. El tribunal sostuvo que la calificación de estos hechos como «negligencia grave» resulta difícil de asumir, dado que ninguna gravedad se aprecia en la conducta del interesado, «no puede considerarse que dadas las circunstancias concurrentes, se esté ante una negligencia “grave” susceptible de dar lugar a la responsabilidad que se exige, todo ello teniendo en cuenta que en el presente procedimiento no nos encontramos en el seno de un expediente sancionador, sino en la declaración de la existencia de responsabilidad en cuanto al resarcimiento del valor del aparato extraviado».

El tribunal concluyó que, con estos datos y una valoración cuidadosa de las circunstancias concurrentes, las declaraciones practicadas y la propia calificación de la Administración, no se aprecia la gravedad en el sentido que exige la LRJAP-PAC, sin perjuicio de la necesaria atención y cuidado exigibles en los bienes de la Administración que necesariamente han de manejar los miembros de la Guardia Civil. Bajo estas consideraciones, estimó el recurso y se dejó sin efecto la responsabilidad patrimonial del servidor público.

Como hemos podido observar, el ejercicio de la acción de regreso en España es limitado. Durante los últimos veinte años se han emitido ocho sentencias y únicamente en tres de ellas se ha hecho efectivo el reembolso de los dineros públicos. Ello pone en contexto dos aspectos fundamentales que es necesario reflexionar: por un lado, la falta de aplicación de la acción de regreso; y, por otro lado, la ineficacia en cuanto a la determinación de la responsabilidad patrimonial del servidor público.

A continuación, se sintetizan las ocho sentencias que se han podido individualizar en relación con el ejercicio de la acción de regreso que las Administraciones públicas han planteado en contra de sus autoridades y demás funcionarios públicos a su servicio, tanto en los casos derivados de responsabilidad patrimonial, como de aquellos que derivan de la afectación directa en su bienes o derechos.

Tabla n.º 1. Sentencias sobre el ejercicio de la acción de regreso en España.

Resolución / ROJ	Decisión	Argumento
STS 54/1989, 13 de enero de 1989	Estima la responsabilidad	Negligencia grave en el cumplimiento de sus deberes.
SAP ZA 253/1999, de 7 de mayo de 1999	Desestima la responsabilidad	Incompetencia de la jurisdicción civil.
SAN 6014/2000, de 6 de octubre de 2000	Estima la responsabilidad	No se admite la alegación de aplicar la prescripción de la resolución penal. Las sentencias deben ejecutarse en sus propios términos.
STSJ AR 1630/2003, de 29 de mayo de 2003	Desestima la responsabilidad	No cabe estimar que hayan incurrido negligencia grave, para declarar la responsabilidad del funcionario es preciso que haya mediado “dolo, culpa o negligencia grave.
STSJ CV 5253/2005, de 25 de julio de 2005	Desestima la responsabilidad	No constituye una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, para calificar la conducta como adoptada con dolo o culpa grave.
STS 813/2006, de 17 de febrero de 2006	Desestima la responsabilidad	Falta de jurisdicción, por corresponder a los Tribunales del orden contencioso-administrativo.
STSJ MU 3171/2011, de 28 de diciembre de 2011	Estima la responsabilidad	Indemnizar a terceros de los daños que se ocasionen, cláusulas del contrato administrativo y del Pliego que rige la concesión administrativa.
STSJ M 5169/2013, de 30 de abril de 2013	Desestima la responsabilidad	Las circunstancias no configuran una negligencia grave.

Fuente: Elaboración propia, a partir del buscador de jurisprudencia del Poder judicial - CENDOJ.

Los resultados expuestos ponen de relieve la inacción de las Administraciones públicas en el ejercicio de la acción de regreso. Ello genera una marcada desproporcionalidad en relación con las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial que en diferentes instancias se resuelven. En este sentido, RODRÍGUEZ-ARANA sostiene que hoy, aunque mal que nos pese, «los expedientes de responsabilidad patrimonial crecen exponencialmente. No hay más que leer la memoria del Consejo de Estado o de los consejos equivalentes de las comunidades autónomas»<sup>274</sup>.

Por ejemplo, el Consejo de Estado de España, desde el año 2006 hasta el año 2021, ha conocido y ha resuelto alrededor de 15.230 dictámenes sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Entre el 2006 y el 2011, el Consejo resolvía anualmente entre 1.300 y 1.800 reclamaciones. En los últimos cinco años (2017-2021), en promedio resuelve alrededor de 430 reclamaciones de responsabilidad patrimonial anualmente, como veremos a continuación:



<sup>274</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J.: *Recensión del libro de Enrique Rivero Ysern: El daño en el Derecho Administrativo*, cit., p. 501.

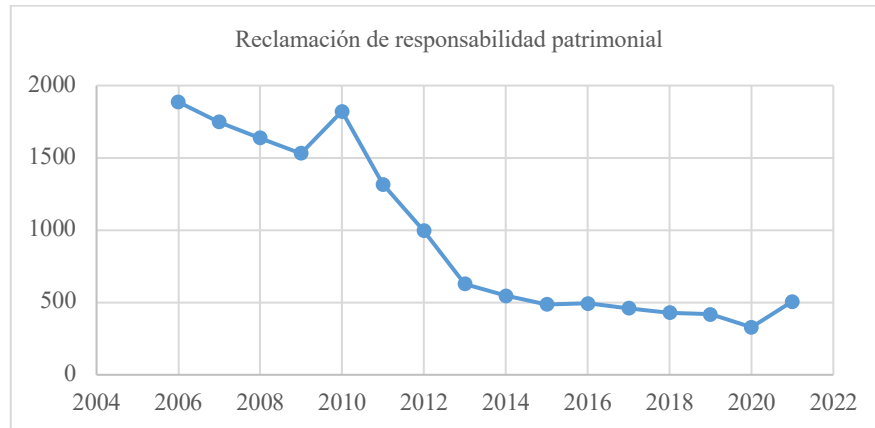


Figura n.º 1. Dictámenes sobre responsabilidad patrimonial de la Administración.

Fuente: Elaboración propia, a partir de las memorias del Consejo de Estado de España (2006-2021).

Este gráfico pone de relieve el volumen de dictámenes que el Consejo de Estado ha emitido respecto de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración, sin incluir otras reclamaciones que se resuelven en otras instancias. Lamentablemente, no podemos decir lo mismo del ejercicio práctico de la acción de regreso, porque no existe un real impulso por parte de la Administración.

Si establecemos una relación entre los resultados obtenidos, veremos que por cada dos mil cien dictámenes emitidos por el Consejo de Estado sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública, tan solo una sentencia que resuelve la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos ha sido dictada. Estos datos sin duda ponen de manifiesto las inconsistencias que ampliamente ha advertido la doctrina y la necesidad de implementar una reforma estructural de la acción de regreso en el Ordenamiento jurídico español.

### 6.1.2. El ejercicio de la acción de repetición en Ecuador

En Ecuador no se han realizado estudios preliminares que muestren o sistematicen el ejercicio de la acción de repetición. En la búsqueda realizada en el Sistema de jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, hemos podido identificar ocho sentencias que resuelven demandas de repetición. La mayoría de los casos estudiados provienen de sentencias constitucionales que han declarado la violación de derechos y han determinado la obligación de su reparación, mientras sólo un número reducido de casos deriva de la instancia administrativa. A continuación, se destacan los aspectos más relevantes de la jurisprudencia.

- Resolución de la Corte Nacional de Justicia, Sala de Contencioso Administrativo, 0018-2013 (juicio n.º 2010-0100), de 10 de enero de 2013. Esta resolución está relacionada con la

impugnación del auto inhibitorio de conocimiento de la acción de repetición, formulada por MMT, en contra de JERP y EGMG en sus calidades de ex presidentes del Consejo Nacional de Evaluación y Acreditación de la Educación Superior (CONEA). El tribunal de instancia inadmitió a trámite la demanda y archivó la causa por considerar que la demanda de acción de repetición es una materia ajena a la competencia del tribunal, por lo que el actor dedujo recurso de casación. La Sala de la Contencioso Administrativo de la CNJ casó el auto recurrido por el actor, por cuanto el art. 68 de la LOGJCC estipula que la competencia para conocer acciones de repetición corresponde a la vía contencioso-administrativa.

- Resolución de la Corte Nacional de Justicia, Sala de Contencioso Administrativo, 781-2014 (juicio n.º 6802012), 30 de octubre de 2014. Este caso se refiere a la acción de repetición que el alcalde y procurador síndico del GAD Municipal de Lago Agrio plantearon en contra de los señores MAJ, LEMM, JCPG y VHCC, en su calidades de ex alcalde titular, ex alcalde encargado, ex procurador síndico y ex jefe de Recursos Humanos, debido al perjuicio económico de \$73,927.89 que el GAD de Lago Agrio asumió por la restitución al puesto de trabajo del señor WHTP y el pago de mora patronal al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS).

El juez de la Unidad Judicial Multicompetente Primera de Lago Agrio, el 15 de noviembre de 2012, emitió un auto a través del cual se inhibió del conocimiento y resolución de la causa, al considerar que es «incompatible en razón de los grados» e indicó que le corresponde conocer este caso a la Sala de Contenciosos Administrativo de la CNJ de Quito. Frente a esta resolución los actores plantearon recurso de apelación.

La Sala de Contencioso Administrativo determinó que de ninguna manera existe conflicto de competencia negativo o positivo que resolver, por cuanto el juez de la Unidad Multicompetente se inhibió del conocimiento de la causa y remitió el proceso a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CNJ, a fin de que conozca y sustancie el proceso. La Sala señaló que ninguna de las competencias determinadas en el COFJ se corresponde con este caso y, por consiguiente, dispuso devolver el expediente a la UMPCLA, a fin de que la remita al juez competente para que conozca y resuelva el proceso.

- Resolución de la Corte Nacional de Justicia, Sala de Contencioso Administrativo, 844-2014 (juicio n.º 3010-2014), de 26 de noviembre de 2014. Este caso tiene como antecedente la sentencia constitucional de 21 de julio de 2010, mediante la cual se aceptó la acción de protección y se dejó sin efecto el acto administrativo que removió del cargo de secretaria

tesorera de la Junta Parroquial de Orianga, disponiendo la inmediata restitución al cargo, el pago de las remuneraciones dejadas de percibir; y en relación con el derecho de reparación integral, dispuso que el presidente de la Junta Parroquial conceda las garantías constitucionales de que el hecho no se repita.

Con este antecedente, la señora MEAC demandó ante Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Loja y Zamora Chinchipe, el cual mediante sentencia dictada el 24 de junio de 2011 dispuso que «al existir sentencia ejecutoriada que acepta acción de protección interpuesta por la accionante, es incuestionable que hay un derecho constitucional lesionado que ha sido protegido por el Juez y que amerita ser reparada en lo material e inmaterial [...] acepta la demanda y ordena que la parte accionada pague a favor de la accionante lo siguiente: a) Por reparación del daño material, el valor de tres mil dólares de los estados unidos de norte América: y, por el daño moral el valor de cinco mil dólares. Sin costas. La entidad accionada tiene el derecho a ejercer la acción de repetición contra su Presidente, funcionario causante de los daños que se manda a repetir». El 30 de junio de 2013 se realizó el depósito de ocho mil dólares y el 19 de agosto de 2013 se emitió la orden de retiro de fondos por tal valor a favor de la accionante.

Tras el pago indemnizatorio, el presidente de GAD Parroquial Rural de Orianga, interpuso una demanda de acción de repetición en contra del señor JAFP, quien se desempeñó anteriormente como presidente del dicha Junta Parroquial. La Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo n.º 5 de Loja y Zamora Chinchipe, en sentencia de 9 de mayo de 2014, consideró que «se encuentran acreditados los presupuestos jurídicos para la procedencia de la Acción de Repetición en la especie, se ha verificado que el Estado ecuatoriano, a través de la Junta Parroquial de Orianga, ha sido condenado al pago del daño material y moral causado a la licenciada MEAC, cuyos valores han sido cancelados conforme se establece en el considerando sexto de esta sentencia. Se ha probado que el acto ejecutado por el demandado ha sido violatorio del principio constitucional del debido proceso y a las normas que regulan a la administración pública, colocándolo al margen de los principios de eficacia, eficiencia y calidad que orientan a la administración pública».

El tribunal agregó que el acto administrativo ejecutado por la parte demandada, declarado inconstitucional y cuya reparación económica fue resuelta por éste, «constituye una conducta contraria a la que debe observar todo servidor público en la ejecución de sus funciones, en el cuidado y conservación de la cosa pública. Dicho acto no previó las consecuencias que ello

generaría, pues no verificó la vinculación de la servidora y las garantías legales que lo cobijan para disponer su cesación, actuando con imprudencia en el ejercicio de sus funciones, en consecuencia, se generó culpa grave al retirar a la Secretaria Tesorera de la Junta Parroquial, sin el lleno de los requisitos legales». El tribunal resolvió aceptar la demanda y ordenó que el exservidor público pague al Estado ecuatoriano lo erogado por concepto de la reparación, el valor de ocho mil dólares, dividido en 25 cuotas mensuales.

En función de los argumentos expuestos, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CNJ, con el voto de mayoría, rechazó el recurso de apelación interpuesto por el accionado y ratificó la sentencia subida en grado. Con ello, estimó la responsabilidad patrimonial del ex presidente de la Junta Parroquial de Orianga, por los daños ocasionados cuando ejerció la Presidencia de dicha Administración pública.

- Resolución de la Corte Nacional de Justicia, Sala de Contencioso Administrativo, 1321-2016 (juicio n.º 0637-2015), de 8 de agosto de 2016. Este caso tiene como antecedente la condena de la CIDH al Estado ecuatoriano como responsable de la violación a los derechos a la vida, integridad personal, garantías judiciales y a la tutela judicial efectiva del señor PMVV y su madre FMVV, motivos por los cuales se le condenó a pagar por concepto de daño material e inmaterial y por reintegro de costas y gastos la suma de USD \$ 62.000,00.

Por ello, el Ministerio de Salud Pública presentó ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo n.º 1 de Quito la demanda de repetición de pago a favor del Estado ecuatoriano en contra de LAPZ, quien desempeñó como director del Hospital “Doctor Gustavo Domínguez Z.” en Santo Domingo de los Colorados, de LMOM, LVM, MMRA, AEZS y WGCO, quienes se desempeñaron como médicos residentes del hospital antes mencionado, y de JAG, director del Hospital Eugenio Espejo de la ciudad de Quito y de EDMZ y GENU, médicos cirujanos generales de dicho Hospital, por cuanto, según afirma el Ministerio, ejercieron funciones médicas en las casas de salud públicas cuando PMVV fue atendido por una herida de bala ocasionada durante la detención efectuada por miembros de la Policía Nacional.

El Tribunal rechazó la demanda por considerar, en lo principal, que la investigación previa a la presentación de esta demanda era insuficiente para establecer responsabilidades de todos los entonces agentes estatales, actualmente demandados, y si las acciones ejecutadas por ellos fueron realizadas con dolo o culpa grave y de qué manera sus actuaciones en el tratamiento y atención brindada a PMVV incidieron en su posterior deceso. Frente a esta resolución, el MSP

y la PGE plantearon recurso de apelación. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la CNJ rechazó el recurso interpuesto y ratificó la sentencia subida en grado, agregando que la máxima autoridad de la entidad pública accionante y la PGE deben demostrar la responsabilidad de los demandados.

- Resolución de la Corte Nacional de Justicia, Sala de Contencioso Administrativo, 1212-2016 (Juicio n.º 0578-2016), de 27 de octubre de 2016. Esta resolución tiene como antecedente la declaratoria de inconstitucionalidad de las órdenes generales que contienen la declaración de disponibilidad y baja del oficial de las Fuerzas Armadas de JAMI, razón por la cual el Estado ecuatoriano por concepto de reparación pagó la cantidad de \$ 470.722,86.

XMMH por sus propios derechos presentó ante Tribunal de lo Contencioso Administrativo n.º 1, de Quito la demanda de repetición que posteriormente fue asumida por el Ministerio de Defensa y el delegado de la PGE, en contra de los comandantes generales del Ejército que han estado en funciones desde el 2002 hasta el 2013. El Tribunal rechazó la demanda por considerar que la repetición exige la predeterminación de la presunta responsabilidad de quienes van a soportar la carga de ser demandados. Frente a esta resolución el Ministerio de Defensa y la PGE plantaron recurso de apelación. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la CNJ consideró que efectivamente existe una falta de legitimación en causa pasiva y, por ello, rechazó el recurso interpuesto.

- Resolución de la Corte Nacional de Justicia, Sala de Contencioso Administrativo, 1070-2016 (juicio n.º 1441-2015), de 21 de septiembre de 2016. Este caso tiene como antecedente la sentencia de incumplimiento n.º 0015-10-AN, emitida por la Corte Constitucional el 13 de junio de 2013, mediante la cual se declaró vulnerado el derecho a la propiedad por la retención injustificada del vehículo, disponiéndose la reparación en favor del señor CDME. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo n.º 1, en sentencia de 23 de octubre de 2013, resolvió que el monto de la reparación económica que debe satisfacer el MREMH es la suma de 11.142 dólares.

En virtud del pago realizado, el MREMH el 11 de diciembre de 2013 presentó ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo n.º 1 la demanda de repetición de pago en contra del señor APGC, canciller, pretendiendo en lo principal que en sentencia se disponga la repetición de pago por el valor de 11.142 dólares, más los intereses legales correspondientes a favor del Estado ecuatoriano.

Mediante sentencia de 21 de septiembre de 2015, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo n.º 1 de Quito rechazó la demanda, señalando que es necesario para que se haga

efectiva la acción de repetición: «a) Que la entidad pública haya sido condenada en sentencia constitucional al pago de un valor determinado; b) Que dicha entidad haya pagado totalmente a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria; y c) Que la condena se haya producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario público. Los dos primeros corresponden a los elementos objetivos para iniciar la acción y el último corresponde al elemento subjetivo que determina la responsabilidad del agente. Al efecto, revisado el expediente sustanciado ante esta judicatura, se evidencia que no existe constancia procesal en el presente caso de que el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, entidad pública responsable de cumplir con la sentencia emitida por la Corte Constitucional, haya iniciado o llevado a cabo un proceso administrativo interno, con la finalidad de determinar a los funcionarios públicos responsables».

Continúa la sentencia diciendo que “todos los elementos expuestos y conjugados entre sí, en los numerales anteriores, conllevan a establecer que la omisión de la investigación previa y la consecuente inobservancia de lo dispuesto en el numeral 3.3. de la sentencia constitucional por incumplimiento de 13 de junio de 2013, acarrear consigo el incumplimiento del trámite propio de esta causa, vulnerando consigo el derecho constitucional a la defensa, y comprometiendo la decisión de la causa, toda vez que no se ha establecido con claridad a través del agotamiento de la etapa previa de investigación la presunta responsabilidad del accionado por dolo o culpa grave, así tampoco se ha logrado identificar (de existir) la presunta responsabilidad de otros funcionarios involucrados en el caso resuelto por la Corte Constitucional, constituyéndose de tal forma el art. 69 LOGJCC referido, en un requisito de procedibilidad de la acción de repetición, consecuentemente al haberse violado el trámite propio de la causa y una vez que se ha identificado las repercusiones procesales y de trascendencia que esta omisión ha ocasionado». Por ello, la Sala declaró la nulidad del proceso n.º 2013-15969 sustanciado ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo n.º 1, a partir de la demanda, dejando a salvo el derecho del actor a que, una vez evacuado el procedimiento administrativo correspondiente, accione nuevamente la demanda de repetición.

- Resolución de la Corte Nacional de Justicia, Sala de Contencioso Administrativo, 1318-2017 (juicio n.º 17811-2016-01659), de 11 de diciembre de 2017. Esta resolución guarda relación directa con la resolución 1070-2016, analizada anteriormente, pues se trata de la acción de regreso que el MREMH y la PGE formularon en contra APNG (canciller 3, agente consular), servidor público del referido Ministerio, por la reparación material que el Estado pagó

(11.142,00 dólares) por la violación del derecho a la propiedad de un automotor propiedad del señor CDME.

Mediante resolución 1070-2016, la Sala de lo Contencioso Administrativo declaró la nulidad del proceso n.º 2013-15969 sustanciado ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo n.º 1 de Quito, a partir de la demanda, dejando a salvo el derecho del actor a que una vez evacuado el procedimiento administrativo correspondiente, accione nuevamente la demanda de repetición.

El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, mediante sentencia de 26 de julio de 2017, aceptó parcialmente la demanda propuesta por el MREMH y declaró la responsabilidad del señor APNG por la violación del derecho a la propiedad del afectado, debido a su comportamiento gravemente negligente. Además, estableció que debe pagar lo erogado por el Estado por concepto de reparación material, esto es el valor de 11.142,00 dólares, valor que debe pagarse sin dejar al demandado en estado de necesidad, razón por la cual se dispuso que el pago adeudado se realice en 18 cuotas iguales.

En este caso, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CNJ, haciendo referencia tanto a lo que consta en autos como a lo debatido en la audiencia, determinó que el Ministerio no vulneró el debido proceso administrativo en la realización del procedimiento administrativo previo de investigación, tramitado conforme el art. 69 de la LOGJCC, pues dentro de dicho proceso administrativo en el Ministerio, mediante providencia n.º 001-INVESPEV-2016-01, efectivamente se informó al apelante señor ÁNG sobre la apertura del expediente investigativo, habiendo éste comparecido por escrito para dar su opinión referente a los hechos investigados, por lo que no fue privado de su derecho de defensa.

Cabe mencionar que el procedimiento de investigación se basaba también en lo dicho en la sentencia de mayoría de 21 de septiembre de 2016, de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, que determinó que la investigación previa prevista en el art. 69 de la LOGJCC, al ser un requisito de procedibilidad de la acción de repetición, debía siempre realizarse y, por tanto, declaró la nulidad del proceso n.º 2013-15969 sustanciado ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo n.º 1 de Quito, a partir de la demanda, dejando a salvo el derecho del Ministerio para que, una vez evacuado el procedimiento administrativo correspondiente, accione nuevamente la demanda de repetición.

En consecuencia, el Ministerio procedió a la apertura de la investigación previa conforme lo dispuesto. Mediante Acuerdo Ministerial n.º 000117, de 6 de octubre de 2016, se determinó

que de la realidad documental se evidencia que el responsable de entregar el automotor era el cónsul de Ecuador en Ipiales, conforme al artículo 65 del Convenio, norma que no fue cumplida, lo cual produjo que el Ministerio pague el valor de 11.142,00 dólares al verdadero propietario del automotor.

Bajo estas consideraciones, la Sala desechó el recurso de casación interpuesto por el demandado señor APNG y ratificó la sentencia subida en grado, estimando la responsabilidad del servidor público en la generación del daño antijurídico que fue objeto de reparación por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.

- Resolución de la Corte Nacional de Justicia, Sala de Contencioso Administrativo, 761-2018 (juicio n.º 17741-2016-0636), de 24 de septiembre de 2018. La acción de repetición propuesta por el secretario nacional jurídico de la Presidencia de la República y por la PGE, en contra del señor MDV tiene como antecedente el pago efectuado a la señora MEAF de 36.490,87 dólares, al haberse declarado la nulidad del acto administrativo de separación de funciones (acción de personal n.º 562 de 29 de septiembre de 2005). El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia expedida el 25 de septiembre de 2007, resolvió inadmitir la demanda de repetición, por considerar los efectos que comportan el acto nulo y la inaplicación de la figura de responsabilidad objetiva. Frente a esta resolución los actores plantaron recurso de casación.

La Sala de Contencioso Administrativo de la CNJ, en el fallo de mayoría previo a desestimar el recurso, puntualizó que la acción contencioso administrativa que da origen al juicio de repetición no es de aquellas derivadas de los casos de responsabilidad objetiva del Estado, pues proviene del proceso contencioso administrativo-recurso subjetivo o de plena jurisdicción mediante el cual MEAF impugnó el acto administrativo contenido en la acción de personal; proceso judicial en el que se declaró la nulidad de dicho acto administrativo y, como consecuencia de tal declaratoria, el reintegro al cargo y el pago de remuneraciones dejadas de percibir.

La Sala compartió el criterio del Tribunal de instancia «respecto a los efectos que comportan el acto nulo y la inaplicación con la figura de responsabilidad objetiva». La sentencia del Tribunal ha expuesto que el art. 46 de la LOSEP (anterior art. 47 de la LOSCCA) prevé la acción de repetición con propósitos de recuperar los valores erogados por el Estado, pagados por efecto de la declaratoria de nulidad del acto administrativo impugnado; que a este efecto se requiere la declaratoria judicial por dolo o culpa grave del funcionario causante del daño; que

en el fallo de instancia no consta un pronunciamiento sobre la responsabilidad del demandado y que en el proceso contencioso administrativo no actuó este funcionario con el fin de ejercer su derecho a la defensa respecto de su responsabilidad, participación y justificativos en la emisión del acto administrativo.

Esta sentencia resulta un poco confusa, por cuanto pone de manifiesto dos aspectos por los cuales se desestimó la demanda de repetición: por un lado, los efectos que comportan el acto nulo y la inaplicación de la figura de responsabilidad objetiva, aunque reconoce que el art. 46 de la LOSEP tiene como propósito recuperar los valores que por este concepto ha erogado el Estado; y, por otro lado, señala que para ejercer el derecho de repetición se requiere la declaratoria judicial de responsabilidad por haber mediado dolo o culpa grave del funcionario causante del daño.

Al estar plenamente regulada la acción de repetición en la LOSEP, no puede restringirse la aplicación de esta acción única y exclusivamente a los casos derivados de responsabilidad extracontractual del Estado –responsabilidad objetiva–, pues en esencia la finalidad de la acción de repetición es el reembolso de los valores que el Estado ha pagado al afectado por los daños generados en la prestación de los servicios públicos, lo que incluye a la misma actividad administrativa.

El otro argumento que la sala utilizó para desestimar el recurso es la necesidad de contar con la declaratoria judicial que determine que la actuación del funcionario público causante del daño ha sido realizado con dolo o culpa grave, pero ello es contradictorio con lo que determina la ley e incluso contradictorio con otras resoluciones que ha aprobado la sala, por cuanto en el juicio contencioso administrativo la Administración debe probar que la acción u omisión del servidor público ha sido dolosa o gravemente culposa. A partir de la prueba aportada en el proceso, el juzgador deberá determinar si existe o no la responsabilidad patrimonial del servidor público.

De lo contrario, se generaría una instancia para determinar si en la actuación del servidor público causante del daño antijurídico ha mediado dolo o culpa grave y, en otro proceso posterior, habría que determinar si corresponde o no ejercer la acción de repetición. Esta resolución tiende a confundir la aplicación práctica de la acción, lo que debería ser clarificado por la misma jurisprudencia o a través de una reforma legislativa que establezca claramente el procedimiento a seguir y el alcance de los efectos de la resolución.

Como hemos podido observar, las resoluciones que resuelven acciones de repetición en Ecuador son pocas, pues no pasan de ocho las resoluciones aprobadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo. De los ocho casos estudiados, únicamente en dos de ellos se ha estimado la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, por culpa grave en el primer caso y por negligencia grave en el segundo caso.

A continuación, se sintetizan las ocho sentencias que se han podido individualizar con relación al ejercicio de la acción de repetición que las Administraciones públicas han planteado en contra de servidores y exservidores públicos, tanto en los casos derivados de responsabilidad del Estado por violación de derechos, como en aquellos que derivan por fallas en el desarrollo de la actividad administrativa.

**Tabla n.º 2. Sentencias sobre el ejercicio de la acción de repetición en Ecuador.**

No. Resolución	Decisión	Argumento
0018-2013, de 10 de enero de 2013	No se estima la responsabilidad	La competencia para resolver la acción de repetición corresponde al Tribunal de lo Contencioso Administrativo
781-2014, 30 de octubre de 2014	No se estima la responsabilidad	Se devuelve el expediente para se remita al juez competente.
844-2014, de 26 de noviembre de 2014	Se estima la responsabilidad	Se determina culpa grave
1321-2016, de 08 de agosto de 2016	No se estima la responsabilidad	Investigación previa insuficiente para establecer responsabilidades de los entonces agentes estatales
1212-2016, de 27 de octubre de 2016	No se estima la responsabilidad	Falta de legitimación en causa pasiva.
1070-2016, de 21 de septiembre de 2016	No se estima la responsabilidad	Falta de investigación previa mediante procedimiento administrativo interno.
1318-2017, de 11 de diciembre de 2017	Se estima la responsabilidad	Comportamiento gravemente negligente
761-2018, de 24 de septiembre de 2018	No se estima la responsabilidad	Inaplicación de responsabilidad objetiva, frente a un acto declarado nulo.

Fuente: Elaboración propia, a partir del buscador de jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador.

Los resultados obtenidos, ponen de relieve dos aspectos fundamentales en cuanto al ejercicio de la acción de repetición en Ecuador. Por un lado, la falta de aplicación de la acción por parte de entidades públicas ha sido una constante, frente al elevado número de demandas por responsabilidad extracontractual y por violación de derechos constitucionales en las que el Estado ha tenido que indemnizar. La falta de transparencia en la publicación de resultados tanto de responsabilidad estatal como de la acción de repetición no ha permitido que podamos establecer una relación entre estas dos instituciones jurídicas.

Por otro lado, en los ocho casos en que el Estado ha planteado la demanda de repetición, solamente en dos sentencias se estima la responsabilidad del servidor público. En los demás

casos se desestima la acción por incompetencia del juez ante quien se plantea la demanda, por deficiencias en la investigación previa para identificar a los servidores públicos responsables y por la inaplicación de la figura de responsabilidad objetiva, frente a un acto administrativo declarado nulo.

Los dos casos que estiman la responsabilidad subjetiva de los servidores públicos provienen de la declaración de responsabilidad del Estado por violación de derechos. En el primer caso se determinó una conducta gravemente culposa en el ejercicio de sus funciones, al haberse destituido a una servidora pública sin observar el debido proceso. En el segundo caso, la estimación de responsabilidad subjetiva se dio por el accionar gravemente negligente que lesionó el derecho a la propiedad privada del afectado.

En cuanto al balance de la aplicación práctica de la acción de regreso en España y Ecuador, podemos afirmar con base en los resultados obtenidos que existe una evidente resistencia de las Administraciones públicas para ejercer el derecho de repetición en contra de los servidores públicos que, por su actuación dolosa, culposa o gravemente negligente en la prestación de los servicios, han ocasionado el daño antijurídico que ha sido objeto de indemnización.

A ello se suman algunos problemas relacionados con la legitimación exclusiva que mantiene la Administración, que no permite a otros organismos públicos ejercer el derecho de repetición ante su inactividad; la falta de mecanismos de control; la falta de plazos específicos para el planteamiento de la acción; y la falta de transparencia respecto de los valores recuperado mediante la acción de regreso.

## **6.2. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS QUE AFECTAN LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA ACCIÓN DE REGRESO**

### **6.2.1. La falta de ejercicio de la acción de regreso**

Con relación a la falta de ejercicio de la acción de regreso, DE MIGUEL BERIAIN sostiene que el anómalo funcionamiento del sistema jurídico «se halla, en suma, radicado en motivos pragmáticos y en la escasa funcionalidad que ofrece un arsenal teórico de recursos jurídicos a disposición de una Administración que, sin embargo, no se halla obligada a ponerlo en funcionamiento»<sup>275</sup>.

---

<sup>275</sup> DE MIGUEL BERIAIN, Í.: *La responsabilidad de los empleados públicos por el incumplimiento de sus funciones*. Revista Jurídica de Castilla y León. Número 43, septiembre 2017, ISSN: 2254-3805. (pp. 41 – 68), 2017, p. 58, en línea:

En primer lugar, se encuentra la salvedad de que la acción sólo deberá ejercerse obligatoriamente cuando haya concurrido «dolo, o culpa o negligencia graves», juicio que solo se podrá formar siguiendo los siguientes criterios: «el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones y su relación con la producción del resultado dañoso». Además, será el propio organismo público el que decide en último término si concurren o no estos requisitos<sup>276</sup>.

El mismo tratadista sugiere que «la circunstancia misma de que el texto normativo (art. 36.2 de la ley 40/2015) hable, además, de “otros” motivos por los que suspender la ejecución de la acción no hace, en la práctica, sino reforzar la capacidad de la Administración para inaplicar la acción descrita sin vulnerar por el ello el ordenamiento jurídico»<sup>277</sup>. Este planteamiento supone la posibilidad de que la misma Administración realice una valoración previa al inicio del procedimiento administrativo, con el objeto de determinar si corresponde o no aplicar la acción de regreso, sin que ello implique afectar la legalidad de la actuación administrativa.

SAURA FRUCTUOSO, por su parte, rechaza la «interpretación de la norma, en torno a una especie de “ponderación previa” que matice la obligatoriedad meridiana que creemos el precepto establece»<sup>278</sup>, considerando que los criterios del párrafo segundo del art. 36.2 de la LRJSP «no pueden ser aplicados “ex ante” porque, precisamente, es en ese mismo procedimiento en el que se deberán dilucidar estos aspectos. No tiene sentido alguno que la Administración prejuzgue estos criterios antes de ejercer la misma acción destinada a tal fin, amén de prescindir de un procedimiento para realizar esas ponderaciones, que permanecerían en el más estricto oscurantismo interno»<sup>279</sup>.

Este planteamiento, en cambio, sugiere que la valoración de los criterios determinados en el art. 36.2 de la LRJSP debe realizarse dentro del procedimiento administrativo y no antes, en virtud de que el mismo mandato legal determina la obligación que tiene la Administración, tras

---

[http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1131978346397/\\_/1284752925752/Redaccion](http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1131978346397/_/1284752925752/Redaccion)

<sup>276</sup> DE MIGUEL BERIAIN, Í.: *La responsabilidad de los empleados públicos por el incumplimiento de sus funciones*, cit., p. 58.

<sup>277</sup> DE MIGUEL BERIAIN, Í.: *La responsabilidad de los empleados públicos por el incumplimiento de sus funciones*, cit., p. 58.

<sup>278</sup> SAURA FRUCTUOSO, C.: *La ignota acción de regreso de la administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad*, Documentación Administrativa. Nueva Época. DA, no 2, enero-diciembre 2015, ISSN: 1989-8983, 2015, p.6. en línea:

<https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/10271>

<sup>279</sup> SAURA FRUCTUOSO, C.: *La ignota acción de regreso de la administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad*, cit., p.6.

indemnizar a los lesionados, de exigir de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento.

Una interpretación contraria a lo establecido en esta disposición legal generaría un margen de discrecionalidad que permitiría a la Administración pública valorar previamente los criterios determinados para la exigencia de la responsabilidad subjetiva del agente estatal; y, en función de esta valoración, la Administración podría determinar si corresponde o no ejercer la acción de regreso. Lo que afectaría a la finalidad misma de la acción, que es el reembolso de los dineros públicos.

Quizá la falta de precisión en la redacción del art. 36.2 de la LRJSP<sup>280</sup> o los sesgos en su interpretación hayan generado la confusión de presumir que la Administración pública puede y tiene la facultad para determinar si ejerce o no el derecho de repetición, cuando lo que corresponde a la Administración es la actuación de oficio, una vez que ha realizado la indemnización respectiva. Y es en el procedimiento administrativo correspondiente en donde debe determinarse la responsabilidad subjetiva del agente estatal.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo contencioso-administrativo de Granada, sección 1.<sup>a</sup> (Roj: STSJ AND 71/2000), de 4 de enero de 2000, ha determinado que «tras la modificación de dicho artículo 145.2 por la referida Ley 4/99 se alude ya al deber de la Administración de "exigir de oficio" la mencionada responsabilidad. La exégesis de tales preceptos, incluso antes de la corrección efectuada, conduce en opinión de la Sala a la conclusión de que la utilización del tiempo verbal "podrá" no puede interpretarse según hace la Administración demandada, como la atribución de una facultad ejercitable discrecionalmente, sino como expresión del reconocimiento legal del derecho de la Administración para reclamar, por vía de regreso, frente a la Autoridad o funcionario causante del daño siempre que en su actuación pueda apreciarse la concurrencia de dolo o negligencia grave; de tal modo que si, tras la instrucción del oportuno expediente, llega a tal conclusión no puede dejar a su libre arbitrio la decisión de exigir o no la pertinente

---

<sup>280</sup> El art. 36.2 de la LRJSP determina que, la Administración correspondiente, «cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento». Esta disposición señala, además, que, para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, «se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso». Este mismo procedimiento, de acuerdo con el art. 36.3, la Administración lo aplicará cuando los daños y perjuicios sean causados en sus bienes o derechos.

responsabilidad, sino que, en la medida en que es gestora de intereses públicos, viene obligada a su exigencia, en cuanto titular de ese derecho-deber legalmente atribuido y finalmente puesto claramente de manifiesto por la nueva redacción del repetido artículo 145.2 de la Ley 30/92».

La Sala de Granada del TSJ de Andalucía ha sido precisa en señalar que el deber de la Administración de «exigir de oficio» la responsabilidad de los funcionarios públicos introducida por la Ley 4/1999 y que mantiene su vigencia en el art. 36.2 de la LRJSP no es una decisión facultativa, sino que es una obligación de aquélla por ser gestora de los intereses públicos y titular del ejercicio del derecho de regreso.

Por lo tanto, es en el procedimiento administrativo correspondiente en donde la Administración debe probar que la actuación del servidor público ha sido dolosa, culposa o gravemente negligente y que, debido a esa actuación en la prestación del servicio público, se ha ocasionado el daño antijurídico. En consecuencia, no cabe ningún criterio o argumento que autorice a la Administración inaplicar la acción de regreso, ya sea de forma previa a la instrucción o en cualquier fase del procedimiento administrativo.

En el Ordenamiento jurídico ecuatoriano, el primer inciso del art. 344 del COA, determina la obligación que tiene la máxima autoridad de proponer la acción ante el tribunal de lo contencioso administrativo, una vez realizada la indemnización a favor del afectado. El tercer inciso de la misma disposición estipula que «la acción de repetición procede cuando el daño es consecuencia de la actuación u omisión con dolo o culpa grave de la o del servidor, que deberá ser declarada en el proceso judicial».

Estas disposiciones establecen, por un lado, la obligación de la máxima autoridad de plantear la acción de repetición, una vez que se ha realizado la reparación del daño antijurídico. Por otro lado, determinan la competencia del tribunal de lo contencioso administrativo para estimar la responsabilidad subjetiva del agente estatal cuando el daño es consecuencia de la actuación u omisión con dolo o culpa grave del servidor público. Por lo tanto, al ser un mandato legal, no cabe ningún margen para la que autoridad correspondiente decida inaplicar la acción de repetición.

En el caso de la LOGJCC, el art. 20 señala que «declarada la violación del derecho, la jueza o juez deberá declarar en la misma sentencia la responsabilidad del Estado o de la persona particular. En el caso de la responsabilidad estatal, la jueza o juez deberá remitir el expediente a la máxima autoridad de la entidad responsable para que inicie las acciones administrativas correspondientes, y a la Fiscalía General del Estado en caso de que de la violación de los

derechos declarada judicialmente se desprenda la existencia de una conducta tipificada como delito. Si no se conociere la identidad de la persona o personas que provocaron la violación, la jueza o juez deberá remitir el expediente a la máxima autoridad de la entidad pública para que determine sus identidades».

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

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

Incluso, esta norma ha previsto que, en caso de que la máxima autoridad de la entidad no demande la repetición o no asuma el patrocinio de la causa cuando la acción ha sido interpuesta por un particular, se podrá interponer una acción por incumplimiento en su contra. Como hemos visto, la LOGJCC establece la obligación de la máxima autoridad de asumir el patrocinio del Estado en el ejercicio del derecho de repetición, que se cuente con la intervención del PGE en la defensa de los intereses estatales y que este órgano público asuma el patrocinio de la acción cuando la máxima autoridad fuere el responsable directo de la violación de derechos. Asimismo, reconoce la posibilidad que cualquier persona intervenga como legitimado activo en el ejercicio del derecho de repetición.

Al igual que el COA, la LOGJCC no establece ningún criterio para que la máxima autoridad de la Administración responsable estime previamente si procede o no la acción de repetición. A la máxima autoridad de la Administración respectiva le corresponde realizar la

investigación previa y formular la demanda de repetición dentro del término de veinte días de haberse realizado el pago indemnizatorio.

La obligación de ejercer el derecho de repetición deriva del estricto cumplimiento del principio de legalidad, en consonancia con el mandato constitucional reconocido en el art. 11.9 de la CR. En virtud de esta disposición, «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».

Finalmente, si realizamos un balance de la aplicación práctica de la acción de regreso, tanto en España, como en Ecuador, en relación con la obligación legal que tiene la Administración pública de aplicar dicha acción, vemos que en la práctica este derecho es escasamente ejercido. Estas circunstancias de inactividad administrativa nos obligan a reflexionar respecto de la necesidad de implementar mecanismos que obliguen a la Administración a ejercer el derecho de repetición.

### **6.2.2. La falta de legitimación ante la inactividad administrativa**

En España, la Administración «figura como el único agente capacitado»<sup>281</sup> para ejercer la acción de regreso. En caso de inactividad administrativa ningún otro organismo público tiene la competencia para ejercer el derecho de repetición. Situación que resulta contradictoria, puesto que «la exigencia de la vía de regreso se fundamenta en un mandato legalmente exigido, y cuya inobservancia se traduce en un perjuicio general a la Hacienda pública»<sup>282</sup>.

Algunos tratadistas, como DOMÉNECH PASCUAL, ponen de relieve que la LRJAP-PAC eliminó «la opción, que la legislación anterior reconocía a quien hubiese sufrido una lesión como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, de exigir responsabilidad directamente al funcionario o autoridad causante del daño. Ahora sólo puede dirigirse contra la correspondiente Administración»<sup>283</sup>.

GONZÁLEZ PÉREZ señala que, bajo este esquema de responsabilidad directa adoptado durante las reformas de la década de los noventa del siglo anterior, «el particular que sufrió el daño no podrá dirigir su acción frente a las personas físicas responsables. Lo que supone

---

<sup>281</sup> DE MIGUEL BERIAIN, Í.: *La responsabilidad de los empleados públicos por el incumplimiento de sus funciones*, cit., p. 58.

<sup>282</sup> SAURA FRUCTUOSO, C.: *La ignota acción de regreso de la administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad*, cit., p. 8.

<sup>283</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G.: *Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio*, cit., p. 4.

prácticamente la absoluta impunidad de los funcionarios, y no digamos de los políticos, ante la inoperatividad de la acción de regreso en los supuestos de «dolo, culpa o negligencia grave»<sup>284</sup>.

Sin embargo, en la práctica incluso con el mecanismo de reclamación directa en contra del servidor público que tuvo vigor hasta la aprobación de la LRJAP-PAC, tampoco fue mayor el ejercicio de la acción de regreso, pues la escasa jurisprudencia demuestra el poco uso que en la práctica ha tenido la acción. Entonces, el problema principal no sólo radica en la configuración de la responsabilidad directa, sino también en el incumplimiento del mandato legal que exige a las autoridades y al personal competente al servicio de la Administración el ejercicio oportuno de la acción de regreso.

En la actualidad, se discute la posibilidad de incorporar la intervención de la ciudadanía para que pueda incidir en el ejercicio de la acción, emulando la formula incorporada en la Ley de Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL), que concede a los vecinos legitimación para que requieran a la Administración local el ejercicio de la acción bajo las condiciones establecidas en la misma ley, incluso con la posibilidad de que los vecinos puedan ejercer dicha acción en nombre e interés de la Entidad local.

Así, el art. 68 de la LBRL establece:

«1. Las Entidades locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos. 2. Cualquier vecino que se hallare en pleno goce de sus derechos civiles y políticos podrá requerir su ejercicio a la Entidad interesada. Este requerimiento, del que se dará conocimiento a quienes pudiesen resultar afectados por las correspondientes acciones, suspenderá el plazo para el ejercicio de las mismas por un término de treinta días hábiles. 3. Si en el plazo de esos treinta días la entidad no acordara el ejercicio de las acciones solicitadas, los vecinos podrán ejercitar dicha acción en nombre e interés de la Entidad local. 4. De prosperar la acción, el actor tendrá derecho a ser reembolsado por la Entidad de las costas procesales y a la indemnización de cuantos daños y perjuicios se le hubieran seguido».

La LBRL, como hemos visto, habilita a cualquier persona vecina de un ente local a requerir el ejercicio de las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos. Incluso, en el supuesto de no conseguir que la entidad local asuma la acción, los vecinos la pueden ejercitar directamente ante los tribunales respectivos sin requerir su intervención. Es decir, pueden presentar la acción en defensa del interés público al margen de su aceptación.

<sup>284</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Pública*, cit., p. 573.

Sin embargo, la incorporación de esta fórmula en la práctica no revestiría mayor eficacia a la acción de regreso, puesto que no es un mecanismo que se use en la práctica; los vecinos no se ponen a pleitear en favor de la Administración pública. Porque, en primera instancia, tienen que correr con todos los gastos económicos que implica la contienda legal y que probamente no puedan recuperar. Y, en segundo lugar, porque los vecinos carecen de la información y no cuentan con los medios y elementos de que dispone la Administración.

En Ecuador, el COA atribuye legitimación exclusiva a la Administración para que formule la acción de repetición en sede judicial. Esta ley no reconoce la intervención de ningún otro organismo público, ni la intervención de la ciudadanía como legitimado activo. Si la Administración no plantea la acción, no se la puede obligar, pues no existe en el Ordenamiento jurídico ningún mecanismo que controle su inactividad y tampoco se ha legitimado a otro ente público para que asuma el ejercicio de la acción de repetición en defensa de los intereses del Estado.

La LOGJCC, por su parte, reconoce la legitimación exclusiva de la Administración correspondiente y dispone que, para la defensa de los intereses del Estado, se cuente con la intervención del PGE. La LOGJCC atribuye legitimación al PGE para iniciar el juicio respectivo cuando se trate de la máxima autoridad contra quien deba formularse la acción. Esta ley también reconoce legitimación activa a cualquier persona para que plantee la demanda de repetición en contra de los servidores públicos responsables. En este caso, la Administración deberá asumir el patrocinio de la causa e incluso podrá reformar la demanda cuando corresponda.

La intervención de la ciudadanía como legitimada activa en la práctica no ha resuelto el problema de la falta de aplicación y de ineficacia de la acción de repetición, sino que, más bien, se ha convertido en un mecanismo de poca efectividad en la recuperación de dineros públicos. Principalmente, porque el ciudadano no cuenta con la información necesaria para plantear la acción y, en el evento que logre plantearla, carecerá de elementos fundamentales tanto para identificar al funcionario responsable, cuanto para determinar las circunstancias del caso.

En la resolución de la Corte Nacional de Justicia, Sala de Contencioso Administrativo, 1212-2016 (juicio n.º 0578-2016), de 27 de octubre de 2016, la Sala determinó que la acción de repetición propuesta por un particular, en contra de los comandantes generales del Ejército ecuatoriano que han estado en funciones desde el 2002 hasta el 2013, carecía de legítimo contradictor. En este caso, el accionante no individualizó con precisión a los presuntos

responsables del daño ocasionado. A pesar de que la Administración y la PGE asumieron el patrocinio de la causa, las acciones realizadas por estos organismos públicos no fueron suficientes para evitar que la Sala desestimase la demanda de repetición.

La extensión de la legitimación activa a cualquier persona, como ha desarrollado la LOGJCC, no ha sido del todo efectiva para fortalecer el ejercicio de la acción de regreso, pues su aplicación práctica así lo ha refutado. En cualquier caso, incluso con la actuación de la ciudadana siempre se requerirá de la intervención de la Administración correspondiente.

Por ello, frente a la inactividad administrativa tanto en España como en Ecuador, quizá sea necesario: implementar mecanismos de control; incorporar sanciones administrativas en contra de los servidores público que no ejerzan el derecho de repetición; y ampliar la legitimación activa para que otros organismos públicos intervengan en defensa de los intereses del Estado.

### **6.2.3. La falta de control ante la inactividad administrativa**

El control en términos generales es la «actividad desarrollada por las Administraciones públicas consistente en la verificación y vigilancia del cumplimiento de la legislación»<sup>285</sup>. Es decir, es la facultad que se atribuye a los organismos públicos especializados en materia de control para verificar la adecuación constitucional y legal de las decisiones de los poderes públicos.

El propósito final del control «es en esencia, preservar la existencia de cualquier organización y apoyar su desarrollo. Su objetivo, es contribuir con los resultados esperados. Los controles administrativos se relacionan con normas y procedimientos relativos a la eficiencia operativa y a la adhesión a las políticas prescritas por la Administración»<sup>286</sup>. Por tanto, el control se torna fundamental para garantizar la eficiencia y el funcionamiento de las instituciones jurídicas.

Con relación al ejercicio de la acción de regreso, vemos que el Ordenamiento jurídico, tanto español como ecuatoriano, no ha incorporado ningún mecanismo de control que vigile la actuación administrativa, pese a que la finalidad de la dicha acción es la recuperación de los dineros que la Administración ha pagado al afectado por concepto de responsabilidad

---

<sup>285</sup> REAL ACADÉMICA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, en línea: <https://dpej.rae.es/lema/control>

<sup>286</sup> QUIZHPE CASTRO, O.: *La garantía del sistema de contratación pública bajo el régimen especial, frente a la vigilancia de la Contraloría General del Estado*, cit., p. 30.

patrimonial. Sin embargo, en la gran mayoría de los casos en los cuales la Administración ha realizado el pago indemnizatorio, no ha hecho uso del derecho de repetición.

LÓPEZ GIL sostiene que esta infrautilización de la acción de regreso «se debe, en primer lugar, a que junto a la obligación de ejercitar la acción no se ha previsto ningún mecanismo de control de la inactividad de la administración, ni tampoco, ningún mecanismo que permita sustituir a la Administración en aquellos supuestos en los que no cumpla con esta obligación, lo que deja al albur de cada organismo público su ejercicio»<sup>287</sup>.

La Administración, en la práctica no tiene nadie quién la controle, nadie que la vigile, nadie que la pueda obligar a ejercer el derecho de repetición. Por ello, cabe reflexionar respecto de quién puede exigir a la Administración que cumpla con la obligación de ejercer de la acción de regreso. Quizá, la intervención de los organismos de control, en los supuestos de inacción administrativa, pueda ser un factor clave para fortalecer el ejercicio del derecho de repetición.

#### **6.2.4. La falta de determinación de plazos para el inicio de la acción**

Tras la revisión normativa, se ha podido determinar la ausencia de plazos específicos que regulen de forma obligatoria el inicio de la acción de regreso. En el caso de España, el art. 36.2 de la LRJSP establece que «la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento».

Esta disposición no determina ningún plazo dentro del cual la Administración esté obligada a iniciar la acción de regreso. El art. 21.3 de la LPACAP únicamente puntualiza que, cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo para dictar y notificar la resolución, éste será de tres meses, desde la fecha del acuerdo de iniciación.

Tampoco es clara la regulación en cuanto al plazo de prescripción o caducidad de la acción de regreso. Por ello, como referencia se puede remitir a la acción de responsabilidad patrimonial que el lesionado puede plantear frente a la Administración, cuyo plazo de prescripción es de un año, claramente establecido en la ley. Sin embargo, como mencionábamos, el plazo que tiene la Administración para ejercer la acción de regreso no está determinado, cuestión que es una incógnita, es un vacío legal que necesita revisarse.

---

<sup>287</sup> LÓPEZ GIL, M.: *Paradojas procesales que plantea el ejercicio de la acción de regreso en el ámbito de la responsabilidad sanitaria*, cit., p. 217.

En el Ordenamiento jurídico ecuatoriano, el COA tampoco estipula un plazo obligatorio para el inicio de la acción de repetición. El art. 344 señala que «una vez declarada la responsabilidad extracontractual del Estado y efectuado el pago completo de la respectiva indemnización, la máxima autoridad de la institución responsable propondrá una acción de repetición que se sujetará al trámite ordinario previsto en el Código Orgánico General de Procesos, ante los jueces de lo contencioso administrativo».

Esta norma no especifica qué plazo tiene la Administración pública, tras realizar el pago indemnizatorio, para formular la acción ante el tribunal de lo contencioso administrativo. La falta de fijación del plazo para iniciar la acción genera un vacío legal que debe revisarse, pues de ninguna manera se deben dejar espacios para la actuación discrecional de la Administración en esta materia.

La LOGJCC en el art. 69, inciso cuarto, prevé que «la investigación prevista en este artículo no podrá extenderse por más del término de veinte días, transcurrido el cual la máxima autoridad de la entidad o la Procuradora o Procurador General deberá presentar la demanda». Como podemos observar esta disposición determina un plazo de veinte días para el desarrollo de la investigación previa y lo que da entender es que después de su cumplimiento se debe presentar la demanda de repetición.

Sin embargo, en la práctica, la fijación de estos plazos, tanto para el desarrollo de la investigación, como para el planteamiento de la demanda, no ha sido suficiente para que la Administración ejerza eficazmente el derecho de repetición. Lo cual pone de relieve la necesidad de vincular mecanismos legales que hagan efectiva la obligación legal que tiene la Administración pública de exigir el reembolso de los valores pagados por concepto de responsabilidad patrimonial.

En cuanto al plazo de prescripción de la acción de regreso, por un lado, el COA determina un plazo de cuatro años; y, por otro lado, la LOGJCC, establece un plazo de prescripción de tres años. Así se duplica de forma innecesaria la regulación de la acción de repetición, lo cual debilita su aplicación práctica y resulta contradictorio, puesto que la acción de repetición tiene la misma finalidad en las dos legislaciones.

#### **6.2.5. La falta de parámetros para determinar el valor a repetir**

En el Ordenamiento jurídico español, la LRJSP en el art. 36.2 especifica que, para cuantificar el valor a repetir, se deben ponderar, entre otros, los siguientes criterios: «el

resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso».

Bajo este escenario, el resultado dañoso estaría determinado por el monto indemnizatorio, que comprende el daño inmaterial y el daño material —lucro cesante y daño emergente— estimado en la respectiva resolución que determine la responsabilidad patrimonial de la Administración. Sin embargo, el grado de culpabilidad y la responsabilidad profesional, y su relación con la producción del resultado dañoso, son aspectos que no están claramente regulados, porque la ley no realiza ninguna distinción o relación entre la actuación dolosa, culposa o gravemente negligente del agente estatal y la cuantificación del daño ocasionado.

SAURA FRUCTUOSO sostiene que las cuantías indemnizadas en el seno de la Administración pueden llegar a tener un monto muy elevado, «por lo que resulta en principio también comprensible esos criterios de modulación de la cuantía, con el límite de la solvencia del empleado público»<sup>288</sup>. DE MIGUEL BERIAIN, por su parte, manifiesta que «aun en el extraño caso de que un ente público se decidiera a ejercer esta acción, la normativa le confiere la posibilidad de reclamar una cuantía diversa a la indemnizada que podría ser notablemente inferior en atención a la cantidad del daño causado»<sup>289</sup>.

La aplicación de estos criterios en la práctica resulta compleja, porque el grado de culpabilidad o el grado de responsabilidad profesional del agente estatal deben estar determinados en función de parámetros objetivos vinculados directamente con la actuación dolosa, culposa o gravemente negligente del agente estatal. Al no estar regulados estos parámetros, persiste el riesgo que las autoridades o servidores públicos encargados de establecer el valor a repetir recurran a criterios subjetivos, dejando de lado la objetividad con la que debe actuar la Administración pública.

En el Ordenamiento jurídico ecuatoriano, la estimación del monto a repetir resulta mucho más compleja, porque ni el COA, en el caso de la responsabilidad extracontractual del Estado, ni la LOGJCC, en el caso de responsabilidad del Estado por violación de derechos, contienen

---

<sup>288</sup> SAURA FRUCTUOSO, C.: *La ignota acción de regreso de la administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad*, cit., p. 5.

<sup>289</sup> DE MIGUEL BERIAIN, Í.: *La responsabilidad de los empleados públicos por el incumplimiento de sus funciones*, cit., p. 58.

criterios específicos para determinar este valor. Si revisamos las dos sentencias<sup>290</sup> en las cuales se estimó la responsabilidad patrimonial del agente estatal, observamos que el valor que se repitió fue el monto que la Administración pagó por concepto de reparación material e inmaterial.

Tanto en el COA como en la LOGJCC no se realiza ninguna distinción o se establece ningún tipo de relación entre el grado de culpabilidad del agente estatal y el resultado dañoso. Por esta razón, en la Resolución de la CNJ, Sala de Contencioso Administrativo, 844-2014 (juicio n.º 3010-2014), de 26 de noviembre de 2014, el juez disidente en el voto salvado consideró que en el valor de responsabilidad patrimonial del servidor público se debía incluir, a más del daño material –tres mil dólares– e inmaterial –cinco mil dólares–, «el valor pagado por concepto de las remuneraciones dejadas de percibir que fueron ordenadas en la sentencia dictada por el juez 14 de lo Civil de Loja Catacocha Paltas, que también fueron catalogadas como daño moral».

Estos hechos muestran efectivamente la necesidad de incorporar parámetros que permitan a la Administración pública exigir de forma objetiva el valor que corresponde a la responsabilidad patrimonial del servidor público, considerando el grado de culpabilidad en función de su actuación dolosa, culposa o gravemente negligente y su relación con el daño ocasionado.

### **6.3. PROBLEMAS CONEXOS QUE AFECTAN A LA ACCIÓN DE REGRESO**

#### **6.3.1. La desconexión entre la acción de regreso y la responsabilidad patrimonial**

La Constitución española, en el art. 103.1, señala que «la Administración pública sirve con objetividad a los intereses generales», lo que, en suma, se configura como el justificativo para legitimar su accionar. En el art. 106.2, la Norma Suprema establece que «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Bajo este esquema constitucional, en primera instancia se garantiza la protección del patrimonio y el ejercicio de los derechos de la persona ante cualquier actuación administrativa

---

<sup>290</sup> Resolución de la Corte Nacional de Justicia, Sala de Contencioso Administrativo, 844-2014 (proceso n.º 3010-2014), de 26 de noviembre de 2014; y Resolución de la Corte Nacional de Justicia, Sala de Contencioso Administrativo, 1318-2017 (juicio n.º 17811-2016-01659), de 11 de diciembre de 2017.

que rompa el principio de igualdad frente a las cargas públicas. En segunda instancia, se tutela el patrimonio público, puesto que la Administración, al servir con objetividad a los intereses generales, tiene implícita la obligación de repetir en contra de los agentes estatales el valor que ha pagado por concepto de responsabilidad patrimonial.

La LRJSP en el Capítulo IV se refiere al sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, siendo la Sección 1.<sup>a</sup> la que se encarga de su desarrollo y la Sección 2.<sup>a</sup> la encargada de estructurar la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones. Configuración legal que fusiona estas dos instituciones jurídicas en sólo sistema normativo para dar respuesta al diseño constitucional de responsabilidad patrimonial.

La LPACAP, en cambio, es la encargada de desarrollar el procedimiento administrativo para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración y para que ésta, a su vez, exija la responsabilidad patrimonial del agente estatal, verdadero responsable del daño antijurídico ocasionado, por su actuación dolosa, culposa o gravemente negligente en la prestación del servicio público.

Sin embargo, la configuración normativa muestra una total desconexión entre estas dos instituciones jurídicas. En el caso de la responsabilidad patrimonial, el art. 91.2 de la LPACAP establece que la resolución debe pronunciarse «sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización, cuando proceda, de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla se establecen en el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público».

En este caso, la resolución, como hemos visto, se limita a determinar la existencia o no del nexo causal entre la lesión producida y el funcionamiento del servicio público; además, cuando proceda establecerá la valoración del daño ocasionado. Pero la resolución no hace referencia a la posibilidad de identificar al agente estatal responsable de la prestación del servicio público o a la posibilidad de determinar si en su actuación u omisión ha mediado dolo, culpa o negligencia grave.

En Ecuador, la Constitución de la República de 2008, en el art. 11.9, establece que «el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

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

Esta disposición constitucional, por un lado, desarrolla el sistema de responsabilidad de los poderes públicos, estableciendo como límite de su actuación la garantía de los derechos de la persona. Por otro lado, esta disposición reconoce el derecho que le corresponde al Estado para repetir en contra de las personas responsables del daño producido el valor pagado por concepto de reparación, independientemente de las responsabilidades civiles, penales y administrativas que se pudiesen determinar de forma conexa.

Se configura así un sistema de responsabilidad estatal, que se complementa con el ejercicio de la acción de repetición. El COA ha incorporado esta institución jurídica para recuperar los valores pagados por concepto de la responsabilidad extracontractual del Estado. Igualmente, la LOGJCC ha incorporado el ejercicio de la acción de repetición, como un mecanismo para recuperar los valores pagados por concepto de responsabilidad del Estado por violación de derechos constitucionales.

Sin embargo, esta configuración legal no mantiene una adecuada sintonía entre la responsabilidad estatal y el ejercicio de la acción de repetición. El COA, en el art. 343, establece que el acto administrativo que resuelve el procedimiento de responsabilidad extracontractual del Estado incluirá: i) la determinación del daño calificado; ii) el nexo causal; iii) la valoración del daño y los criterios utilizados para su cálculo; y iv) la reparación por los daños ocasionados. Como se puede observar, esta regulación no hace referencia a la posibilidad de identificar al responsable del daño ocasionado, ni tampoco se refiere a la posibilidad de determinar si la actuación del servidor público ha sido dolosa, culposa o gravemente negligente.

La desconexión de la responsabilidad extracontractual del Estado y la acción de repetición en la aplicación práctica también ha generado confusión. Por ejemplo, de la Resolución de la Corte Nacional de Justicia, Sala de Contencioso Administrativo, 490-2018, (juicio n.º 01803-2017-00202), de 28 de junio de 2018, se desprende que Tribunal Distrital n.º 3 de lo Contencioso Administrativo de Cuenca, mediante sentencia de 1 de febrero de 2018, resolvió declarar parcialmente con lugar la demanda y declarar la nulidad de la Resolución SG-035-2017 de 17 de abril de 2017, suscrita por el Alcalde del GAD Municipal de Cuenca, ordenando con ello que se indemnice a los actores por el derrocamiento de la puerta y la obra de mampostería,

en un valor de USD 6041.66, dejando a salvo el derecho de repetición contra los servidores públicos responsables.

La Sala, con carácter previo a desestimar el recurso de casación propuesto por el alcalde y por el procurador síndico del GAD Municipal de Cuenca, señaló que «del fallo dictado en este proceso no se observa que se haya declarado el dolo o la culpa grave, ni se ha demostrado la responsabilidad de los servidores públicos, la existencia de causas de responsabilidad extracontractual que la justifiquen, ni la existencia de los otros elementos, por lo que no procede se deje a salvo la repetición». Con este argumento, la Sala eliminó la frase «dejando a salvo el derecho de repetición contra los servidores públicos responsables» que contenía la sentencia de instancia.

En este caso, consideramos que la sentencia de primera instancia, al dejar a salvo el derecho de repetición contra los servidores públicos responsables, claramente buscaba generar la posibilidad de que, tras la indemnización por el daño ocasionado, la Administración plantease la demanda de repetición en contra del alcalde y del procurado síndico municipal. Sin embargo, la Sala ha considerado que no procede dejar a salvo el ejercicio de este derecho, porque no se ha declarado el dolo o la culpa grave, ni tampoco se ha demostrado la responsabilidad de los servidores públicos.

Se pone así de relieve la desconexión que existe entre la responsabilidad que genera la indemnización por los daños ocasionados y el ejercicio de la acción de repetición, aun cuando es evidente que la anulación de una resolución administrativa deja sin fundamento jurídico la actuación material que produjo el derrocamiento de la puerta y la obra de mampostería. En el supuesto caso de que la Sala no hubiese eliminado la frase que deja a salvo el derecho de repetición en contra de los servidores responsables, sabemos que en la práctica la acción tampoco hubiese prosperado, porque es evidente que ni el alcalde ni el procurador síndico municipal realizarían acciones en desmedro de sus intereses.

La regulación normativa es hasta cierto punto inconcreta, porque no determina con claridad quién asume la legitimación activa en los casos en que corresponde ejercer la acción de repetición en contra de las autoridades, ni tampoco establece la conexión entre la responsabilidad extracontractual del Estado y la acción de repetición. Imprecisión normativa que debe revisarse para evitar cualquier confusión que pueda presentarse en su aplicación práctica.

En el caso de la LOGJCC, el art. 20 puntualiza que, declarada la violación del derecho, la jueza o juez deberá declarar en la misma sentencia la responsabilidad del Estado o de la persona particular. En el caso de la responsabilidad estatal, la jueza o juez deberá remitir el expediente a la máxima autoridad de la entidad responsable para que inicie las acciones administrativas correspondientes y a la FGE en caso de que de la violación de los derechos declarada judicialmente se desprenda la existencia de una conducta tipificada como delito. Si no se conociere la identidad de la persona o personas que provocaron la violación, la jueza o juez deberá remitir el expediente a la máxima autoridad de la entidad pública para que determine sus identidades.

Esta disposición legal en cierta medida establece una conexión entre la sentencia que determina la responsabilidad del Estado por violación de derechos y la acción de repetición, puesto que el juez tiene la obligación de remitir el expediente que incluye la sentencia a la máxima autoridad para que inicie las acciones administrativas correspondiente. En caso de desconocer a las personas responsables, la máxima autoridad deberá determinar sus identidades para iniciar las acciones respectivas.

Esta ley en su art. 69 también ha previsto que «de no determinarse la identidad de los presuntos responsables, la Procuradora o Procurador presentarán la demanda en contra de la máxima autoridad de la entidad. En caso de existir causal de imposibilidad para la identificación o paradero del presunto o presuntos responsables de la violación de derechos, la máxima autoridad de la institución podrá alegarla en el proceso de repetición».

La LOGJCC, a pesar de mostrar un avance significativo en su regulación, no ha incorporado la posibilidad de que en la misma sentencia que estima la responsabilidad del Estado por violación de derechos constitucionales, cuando sea posible identificar al servidor público responsable del daño ocasionado, se determine si su actuación u omisión ha sido dolosa culposa o gravemente negligente.

En el caso de la LRJSP y del COA, no se han implementado mecanismos claros que permitan mantener una conexión entre la determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración (objetiva) y la posterior determinación de la responsabilidad del agente estatal (subjetiva). La resolución administrativa y la sentencia de los jueces de lo contencioso administrativo en su orden que estimen la responsabilidad patrimonial de la Administración únicamente se limitan a determinar el nexo causal existente entre el daño antijurídico y la prestación del servicio público, pero no reconocen la posibilidad de determinar las causas

generadoras del daño, la identidad del servidor responsable de la prestación del servicio y las circunstancias de su actuación.

Establecer en resolución o sentencia que estime la responsabilidad patrimonial las causas concretas que ocasionaron el daño antijurídico, identificar al servidor público responsable del servicio y determinar las circunstancias concretas de su actuación, sería un paso importante para mejorar la prestación del servicio público y para exigir la responsabilidad subjetiva del agente estatal.

Así, por un lado, la Administración, una vez que fuere notificada con la resolución o sentencia, podría inmediatamente tomar los correctivos en la prestación del servicio, con el objeto de garantizar su calidad y evitar que se afecten los bienes y derechos de los administrados. Por otro lado, permitiría contar con los elementos suficientes para iniciar el procedimiento administrativo de regreso en el caso de España o plantear la demanda de repetición en caso ecuatoriano.

### **6.3.2. El desplazamiento de la acción de regreso frente a la responsabilidad patrimonial**

El sistema de responsabilidad objetivo, como sostiene FERNÁNDEZ T. R., «ha situado el foco en la lesión sufrida por la víctima, no en el comportamiento del agente causante del daño»<sup>291</sup>, desplazando así la nota de antijuridicidad «desde la conducta subjetiva del agente, donde la situaba la doctrina tradicional, al daño objetivo del patrimonio dañado»<sup>292</sup>.

Este sistema por tanto, «pone el acento en la antijuridicidad del perjuicio sufrido por la víctima, una antijuridicidad que deriva no de la presunta conducta irregular o antijurídica del sujeto que lo produce (criterio subjetivo), sino de la injusticia misma de dicho perjuicio (criterio objetivo), que es, en efecto, antijurídico, injusto, porque el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione haya obrado él mismo con toda licitud»<sup>293</sup>.

Al respecto, PAREJO ALFONSO señala que «la antijuridicidad no trae causa, por tanto, de la incorrección de la acción u omisión causante del hecho dañoso o perjudicial, sino exclusivamente de la inexistencia de deber jurídico en el dañado o perjudicado de sufrir y

---

<sup>291</sup> FERNÁNDEZ, T. R.: *Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración*, cit., pp. 184 y 185.

<sup>292</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, cit., p. 175.

<sup>293</sup> FERNÁNDEZ, T. R.: *Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración*, cit., p. 175.

soportar las consecuencias que de aquel hecho se derivan para su esfera patrimonial, es decir, de la ausencia de título bastante justificativo del daño o perjuicio ocasionado»<sup>294</sup>.

De esta forma, la estructuración del sistema conlleva también al desplazamiento de la prueba, pues «la víctima no tiene ya que probar que el agente de la Administración actuó irregularmente, porque el punto de partida del sistema es la garantía de la indemnidad de su patrimonio. Será, pues, la Administración quien deba probar, si quiere eludir su responsabilidad, que el servicio público funcionó correctamente»<sup>295</sup>.

Este criterio, que se ha fundamentado sobre la base del desplazamiento de la antijuridicidad del perjuicio sufrido por la víctima desde la conducta subjetiva del agente al daño objetivo del patrimonio dañado, como sostiene la doctrina, ha mantenido su vigencia por más de medio siglo de regulación. En la actualidad, la responsabilidad patrimonial directa y objetiva de la Administración está determinada en el art. 36 y siguientes de la LRJSP.

La jurisprudencia, por tanto, ha sido la encargada de poner en práctica su aplicación. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Roj: STS 813/2006 - ECLI:ES:TS:2006:813), de 17 de febrero de 2006, puntualiza que para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración «los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio, con lo cual se impide al perjudicado dirigir su reclamación inicialmente contra el agente causante del daño, de tal suerte que la responsabilidad del funcionario queda limitada a la vía de regreso».

Se configura así un sistema de responsabilidad patrimonial directo y objetivo, donde la Administración responde por toda lesión que el particular no tenga la obligación jurídica de soportar, siempre que se verifique la existencia del nexo causal entre el daño ocasionado y la prestación del servicio público. Pero, paradójicamente, también se ha configurado un sistema en donde la acción de regreso no cumple la función para la cual fue diseñada, que es, precisamente, la recuperación de los valores pagados por concepto de responsabilidad patrimonial.

LÓPEZ GIL, sostiene que este sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración no debe suponer «un reconocimiento de inmunidad en el personal al servicio de la Administración pública, sino que se prima, por el contrario, la plena satisfacción del lesionado

<sup>294</sup> PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 1103.

<sup>295</sup> FERNÁNDEZ, T. R.: *Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración*, cit., p. 184.

por cualquier acto de la Administración»<sup>296</sup>, lo cual debería llevar a buscar el equilibrio entre la responsabilidad del personal al servicio de la Administración y la plena satisfacción del lesionado.

El Ordenamiento jurídico ecuatoriano igualmente ha configurado un sistema de responsabilidad directo y objetivo. La responsabilidad extracontractual se encuentra regulada en el COA. Bajo este diseño legal, el Estado responde por los daños ocasionados por la deficiente prestación de los servicios públicos, siempre que el particular no tenga la obligación jurídica de soportarlo o cuando se rompa la igualdad frente a las cargas públicas. Para estimar la responsabilidad extracontractual, se debe verificar la existencia del nexo causal entre el daño ocasionado y la prestación del servicio público.

La responsabilidad del Estado por violación de derechos constitucionales se encuentra regulada en la LOGJCC. En este caso, la ley prevé que, en cualquier acción constitucional, una vez que ha sido declarada la violación del derecho, la jueza o juez deberá declarar en la misma sentencia la responsabilidad del Estado o de la persona particular. Con ello, tras reparar a la víctima, corresponde formular la acción de repetición.

Para efectos de la responsabilidad directa y objetiva, la jurisprudencia de la Sala de Contencioso Administrativo ha señalado que en materia de responsabilidad extracontractual «no interesa la culpabilidad de los funcionarios públicos al establecer el daño causado al administrado por el deficiente servicio público. Sin embargo, no significa que no debe ser valorada la acción u omisión del servidor público para establecer si tiene carácter de ilegal e incluso dolosa; esto adquiere relevancia cuando el Estado haga uso de su derecho de repetición»<sup>297</sup>.

En cualquier caso, ya sea en el Ordenamiento español o ecuatoriano, el desplazamiento de la antijuridicidad de la conducta subjetiva del agente al daño objetivo del patrimonio dañado ha relegado tácitamente a un segundo plano la responsabilidad subjetiva del agente estatal. La actual configuración del sistema de responsabilidad, al centrarse en el daño objetivo del patrimonio dañado, busca resolver el efecto del hecho dañoso, a través de la indemnización correspondiente, pero deja de lado la causa, el hecho antijurídico, es decir, la conducta dañosa del agente estatal, que representa el verdadero problema del funcionamiento anormal del servicio público.

---

<sup>296</sup> LÓPEZ GIL, M.: *Paradojas procesales que plantea el ejercicio de la acción de regreso en el ámbito de la responsabilidad sanitaria*, cit., p. 206.

<sup>297</sup> Ver. Registro Oficial Edición Jurídica 101, de 20 de mayo de 2016.

Esta fórmula, además, resulta contradictoria. Cuando el afectado reclama la responsabilidad patrimonial, la Administración, si pretende eludir su responsabilidad, debe alegar que el servicio funcionó correctamente conforme determina la ley o debe recurrir a cualquiera de las causales que eximen del daño antijurídico<sup>298</sup>. Sin embargo, si la resolución es estimatoria y se abona la indemnización respectiva, la Administración debe formular la acción de repetición alegando que el daño antijurídico ha sido provocado por la deficiente prestación del servicio público, debido a la acción u omisión dolosa, culposa o gravemente negligente del agente estatal.

Esta contradicción se ha mantenido hasta la actualidad. Por ello, mantener un sistema de responsabilidad patrimonial y resistirse al cambio de su configuración, es aceptar que la Administración está habilitada únicamente para responder de forma recurrente por los daños generados en la prestación de los servicios públicos y escasamente para ejercer el derecho de repetición en contra de los verdaderos responsables del daño antijurídico, dejando de lado el servicio objetivo al interés general que debe prestar la Administración.

Así, «un régimen de responsabilidad objetiva pura, basado en el concepto de daños causados por el desarrollo normal o anormal de actividad administrativa, se sostiene en la medida en que el número y volumen de las reclamaciones sea muy limitado, como hasta ahora ha ocurrido [en España], pero una ampliación sustancial del número de reclamaciones y de las sentencias estimatorias de las mismas resultará inadmisibles por cualquier Hacienda pública, por saneados que sean sus estados contables»<sup>299</sup>.

### **6.3.3. El blindaje de las autoridades y demás personal al servicio de las Administraciones públicas**

La regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, a más de configurar un sistema de responsabilidad directa y objetivo, ha desarrollado, como sostienen varios tratadistas, un esquema normativo que blindará a las autoridades y demás personal al

---

<sup>298</sup> Si el servicio no funcionó correctamente conforme lo determina la ley. La Administración puede alegar que: i) el daño ha sido ocasionado por caso fortuito o fuerza mayor; ii) el daño se ha producido atendiendo a hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquél; iii) el daño se ha producido por la culpa exclusiva de la víctima; o, iv) el afectado tiene la obligación jurídica de soportar el daño.

<sup>299</sup> Ver prólogo de Juan Alfonso Santamaría Pastor, en DE AHUMADA RAMOS, F. J.: *La responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: Lesión de Derechos y Nexo Causal entre la Lesión y el Funcionamiento de los Servicios Públicos*, 1ª ed., Aranzadi. S.A., Navarra, 2004, p. 27.

servicio de la Administración, generando «la repercusión del pago indemnizatorio a los ciudadanos en general, con la consiguiente impunidad del autor real de la lesión»<sup>300</sup>.

GONZÁLEZ PÉREZ refiere que «es insólito el ejercicio de la acción de regreso por las Administraciones públicas, no ya frente a los políticos –que serán por lo general los responsables de los perjuicios cuando éstos son importantes-, sino frente a los funcionarios»<sup>301</sup>. Señala, además, que «en lugar de instrumentar y facilitar los procedimientos para que los administrados puedan exigir eficaz y directamente estas responsabilidades, el legislador elimina toda posibilidad, salvo en los casos de delito»<sup>302</sup>.

RODRÍGUEZ-ARANA, por su parte, puntualiza que «nadie responde porque nadie puede responder. Ni quien ocasiona la lesión, cubierto por ese anónimo manto del dogma de la responsabilidad objetiva y por esa quimera del derecho de regreso, ni tampoco la autoridad, blindada a más no poder en la actual legislación administrativa desde hace décadas»<sup>303</sup>.

GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ T. R., refiriéndose a las reformas introducidas a finales del siglo anterior, señalan que «si las autoridades y funcionarios eran hasta 1992 prácticamente irresponsables de facto, tras la LPC pasaron a serlo prácticamente de iure, lo que resultaba notoriamente insano»<sup>304</sup>. Este planteamiento, a más de referirse al súper blindaje del cual han sido objeto las autoridades y demás personal al servicio de la Administración a lo largo de la vigencia del sistema de responsabilidad patrimonial, pone de relieve la realidad en cuanto a la aplicación práctica de la acción de regreso, antes y después de la positivización de la responsabilidad directa en el Ordenamiento jurídico español.

Estos cuestionamientos aluden a la configuración normativa del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración directo y objetivo, que por décadas se ha mantenido, a pesar de las reformas legislativas que ha tenido desde su configuración inicial en 1954 hasta la actualidad, manteniendo su vigencia en el art. 36 y siguientes de la LRJSP y generando como consecuencia un sistema desproporcionado entre las abundantes reclamaciones de responsabilidad patrimonial y la escasa aplicación de la acción de regreso.

---

<sup>300</sup> SAURA FRUCTUOSO, C.: *La ignota acción de regreso de la administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad*, cit., p. 7.

<sup>301</sup> González Pérez, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit., p. 576.

<sup>302</sup> González Pérez, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit., p. 576.

<sup>303</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J.: *Recensión del libro de Enrique Rivero Ysern: El daño en el Derecho Administrativo*, cit., p. 497.

<sup>304</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ R. T.: *Curso de Derecho Administrativo II*, cit., p. 424.

Mantener un sistema que dificulte exigir la responsabilidad de los agentes estatales es ciertamente insano, porque al no reembolsar los valores públicos se afecta al presupuesto de la Administración y se genera una especie de inmunidad en favor de dichos agentes estatales, blindándose sus actuaciones incluso frente a hechos graves en los que, «como ha establecido la legislación, no son sólo meros deslices o errores que pueden cometerse en el ejercicio corriente de actividades, sino que estamos ante hechos en los que ha mediado dolo, culpa o negligencia graves»<sup>305</sup>.

Sin embargo, la aplicación práctica muestra que el blindaje no sólo es normativo, sino que también la jurisprudencia aporta a su estructuración. Basta con revisar alguno de los casos en donde se haya estimado la responsabilidad patrimonial de la Administración, para observar cómo en la práctica opera dicho blindaje en favor del agente estatal, incluso en favor de empresas privadas proveedoras de servicios públicos, como veremos a continuación.

El Dictamen núm. 205/2020, del Consejo de Estado, estimó la responsabilidad patrimonial de los Ministerios del Interior, Sanidad e Inclusión, Seguridad Social y Migraciones por los daños derivados del fallecimiento de una mujer inmigrante, acogida en un Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI), a quien se le practicaron con ocasión de su ingreso una analítica y un examen serológico, pruebas que revelaron que era portadora del VIH (virus de inmunodeficiencia humana), circunstancia de la que la interesada fue informada con la indicación de las pautas que debía seguir sin que recibiera tratamiento médico<sup>306</sup>.

La afectada fue trasladada del CETI, a un Centro de Internamiento de Extranjeros (CEI), sin que en este traslado se remitiera su historia clínica con sus pruebas diagnósticas, de manera que la información que contenía no pudo ser conocida por el personal sanitario que la atendió en dicho centro. Durante su periplo, experimentó sucesivas recaídas en su estado de salud, acudiendo hasta en diez ocasiones a los servicios médicos del CEI, sin que en ninguna de estas visitas se le prescribiese ninguna prueba diagnóstica que hubiera podido revelar la inmunodeficiencia que padecía<sup>307</sup>.

El personal de servicios médicos del CEI, ante las reiteradas visitas de la interna a estos servicios y el empeoramiento de su estado, prescribieron tratamientos farmacológicos sin solicitar pruebas diagnósticas. Debido a su progresivo empeoramiento, fue trasladada a un

---

<sup>305</sup> SAURA FRUCTUOSO, C.: *La ignota acción de regreso de la administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad*, cit., p. 7.

<sup>306</sup> CONSEJO DE ESTADO DE ESPAÑA.: *Memoria del año 2020*, Madrid, 2021 p.150, en línea: <https://www.consejo-estado.es/wp-content/uploads/2021/05/Memoria-2020-Consejo-de-Estado.pdf>

<sup>307</sup> CONSEJO DE ESTADO DE ESPAÑA.: *Memoria del año 2020*, cit., pp.150 y 151.

centro hospitalario, donde lamentablemente falleció. En la autopsia que se le realizó, se determinó como causa probable del deceso una criptococosis que se desarrolló como consecuencia de la inmunodeficiencia que padecía.

El Consejo de Estado, con carácter previo a emitir el dictamen favorable a la concurrencia de la responsabilidad patrimonial, considera: i) que la inexistencia de un protocolo destinado a asegurar este flujo de información constituía un caso de funcionamiento anormal de los servicios públicos a los efectos del artículo 32.1 de la LRJSP; y ii) que la falla en los servicios médicos del CEI se genera por la prescripción de tratamientos farmacológicos sin solicitar pruebas diagnósticas.

A juicio del Consejo de Estado, ninguna de esas causas resultó por sí sola decisiva en la producción del resultado lesivo, pudiendo considerarse que todas ellas contribuyeron en igual medida a provocar los daños. En consonancia, la conclusión del dictamen fue favorable a estimar la reclamación. Por lo tanto, aplicando las cuantías previstas en la tabla I para los sujetos incluidos en el grupo II, propone una indemnización de 167.188,22 euros, que ha de incrementarse en un 10% en aplicación del correspondiente factor de corrección, lo que supone un total de 183.907,02 euros.

Teniendo en cuenta el criterio seguido en asuntos similares, se consideró por parte del Consejo de Estado que los sujetos responsables han de responder en la misma proporción, asumiendo cada uno de ellos un tercio de las indemnizaciones antes señaladas. Ello, no obstante, ha de entenderse en aplicación de la doctrina antes expuesta que corresponde al Ministerio del Interior, en cuanto titular del servicio, asumir el pago de la parte proporcional exigible a la contratista y ejercer, posteriormente, la acción de regreso.

En virtud de la responsabilidad directa y objetiva, las Administraciones involucradas en este caso responden proporcionalmente e, incluso, en el caso del Ministerio del Interior, asume la parte que le corresponde al CEI, como contratista encargado de prestar el servicio de salud en el CEI, por considerarse que «todas estas prestaciones se desenvuelven bajo la cobertura de la Administración y el hecho de que alguna o algunas de ellas puedan desarrollarse por un tercero con base en una contratación administrativa –como en este caso ocurría con la asistencia sanitaria en el CEI donde tuvieron lugar los hechos– no altera esta situación»<sup>308</sup>.

Bajo esta configuración, las Administraciones públicas asumen la responsabilidad patrimonial en la proporción que les corresponde y, con ello, de forma automática se desplaza a un segundo plano: i) la responsabilidad de los servidores públicos del CETI, que tenían la obligación de remitir el expediente médico y las pruebas diagnósticas de la afectada al CEI de destino, en el momento mismo de su traslado; y ii) la responsabilidad del personal del CEI, por falla en la prestación del servicio público de salud, debido a la falta de realización de pruebas diagnósticas que permitieran conocer las causas de las constantes recaídas que sufrió la víctima durante su internamiento y por la prescripción de tratamientos farmacológicos sin solicitar las referidas pruebas diagnósticas.

Por un lado, el Consejo de Estado, al considerar que una de las causas del funcionamiento anormal del servicio público es la inexistencia de un protocolo destinado a asegurar este flujo de información, determina efectivamente la deficiencia en cuanto a la gestión de la información médica. Pero, por otro lado, atenúa la responsabilidad de los servidores públicos que, independientemente de la existencia del protocolo, tenían la obligación de remitir el historial médico con las pruebas diagnósticas, por cuanto se trataba de una persona vulnerable que padecía una enfermedad catastrófica que lamentablemente terminó con su vida y por su condición migratoria que le exigía permanecer en el CIE.

Al respecto, no cabe ninguna justificación del atentado contra el derecho a la salud y vida de una persona, pues la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (2000/C 364/01), en el art. 21 reconoce el principio de igualdad y a la prohibición de toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, e incluso por razón de nacionalidad. En el art. 35, reconoce el derecho que toda persona tiene a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.

Es cierto que se requiere de un protocolo para el flujo de información médica, pero también es cierto que el reconocimiento del derecho a la protección de la salud, que recoge la Constitución de 1978 en su art. 43, obliga a los poderes públicos a organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Por lo tanto, las personas responsables de la prestación de este servicio debían agotar todos medios necesarios para precautelar la salud y la vida de la persona recluida en el CEI.

La doctrina del Consejo de Estado, al determinar a la ausencia de un protocolo destinado a asegurar el flujo de información como una de las causas del daño antijurídico, no hace más que atenuar la responsabilidad que le corresponde asumir: i) al personal del CETI, por la falta de envío de la información médica; y ii) la responsabilidad del personal del CEI, por la falta de realización de las pruebas diagnósticas indispensables para brindar la prescripción de tratamientos farmacológicos.

Finalmente, cabe señalar que en este caso se dedujo una acción penal contra las personas que desempeñaban los servicios sanitarios del CEI. Sin embargo, recayó sentencia absolutoria, al entender que no cabía considerarlas autoras de la muerte, aunque se consideró que dichas personas incurrieron en una clara infracción de la *lex artis* en su desempeño. A criterio del mismo Consejo de Estado, aunque «la sentencia penal ha sido absolutoria para las personas que prestaron el servicio de salud, muestra una deficiencia sistemática en la prestación de dicho servicio».

Como hemos podido apreciar a lo largo del análisis de este caso, la deficiencia en la prestación del servicio de salud ha sido sistemática. Pero también ha sido sistemático el blindaje en favor del personal del CETI y en favor de los empleados de la empresa contratista del CIE, proveedora del servicio de salud. A pesar de los graves hechos suscitados en la prestación del servicio de salud que ocasionaron el fallecimiento de una persona inmigrante, hasta la actualidad ninguno de los implicados ha respondido. Únicamente han respondido patrimonialmente las Administraciones públicas involucradas, incluso asumiendo la responsabilidad de terceros.

En este caso, y otros similares, los actores de hechos lesivos, algunos de ellos rozando el ámbito penal, como sostiene SAURA FRUCTUOSO, «siguen sin tener ningún desincentivo o estímulo para corregir su conducta en el futuro, permaneciendo en el aparato administrativo y restándole por consiguiente la necesaria eficiencia y eficacia, empeorando con todo ello el servicio público prestado»<sup>309</sup>.

En el Ordenamiento jurídico ecuatoriano, a pesar que la Constitución de 2008, en el art. 11.9, establece que el Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición, independientemente de la responsabilidad administrativa, civil o penal en la que incurrieren los responsables del daño ocasionado, en la práctica este derecho ha sido escasamente ejercido y

---

<sup>309</sup> SAURA FRUCTUOSO, C.: *La ignota acción de regreso de la administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad*, cit., p. 7.

cuando la Administración ha hecho uso de él, no ha sido precisamente de forma inmediata o eficaz, lo cual ha generado una especie de blindaje en favor de los servidores públicos responsables del daño antijurídico.

El COA y la LOGJCC configuran un sistema de responsabilidad directo y objetivo, en donde el Estado a través de las Administraciones públicas responde por los daños ocasionados por la prestación de los servicios públicos o por los daños derivados de la vulneración de derechos constitucionales. Así establecido, este régimen determina que «si existe un hecho dañino, que causa perjuicios indemnizables a un particular, que atribuya jurídicamente por cualquiera de los títulos de imputación al Estado o a sus agentes, nace el deber de reparar los perjuicios, sean estos materiales o inmateriales»<sup>310</sup>.

Sin embargo, esta configuración normativa ha desplazado a un segundo plano la responsabilidad de los servidores públicos, dejando a merced y voluntad de la Administración, el inicio e impulso de la acción de repetición, lo cual es notoriamente insano, porque la Administración en los casos en que corresponde asume su responsabilidad, pero no aplica la acción de regreso, porque la regulación del sistema de responsabilidad tal como está desarrollada blindada al funcionario público.

La jurisprudencia también ha contribuido a fortalecer este esquema de blindaje que favorece a los servidores públicos. Por ejemplo, la Resolución de la Corte Nacional de Justicia, Sala de Contencioso Administrativo, 324-2013 (juicio n.º 276-2010), de 9 de mayo de 2013, que desestimó la demanda planteada por el esposo de la víctima en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) por mala práctica médica, muestra una serie de elementos que blindan la actuación del médico anestesiólogo que intervino en la cesárea que derivó en el estado vegetativo y la posterior la muerte de su cónyuge.

La esposa del actor, el 8 de julio de 1999 ingresó al hospital Carlos Andrade Marín, en donde se le practicó cesárea, obteniéndose el nacimiento de su hijo; pero, por exceso de anestesia al final de la intervención, la paciente entró en paro respiratorio. Fue enviada a la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI), en donde adquirió una infección pulmonar nosocomial y conductual, lo que le provocó quedar en estado vegetativo hasta el 17 de diciembre de 2002, fecha en que lamentablemente falleció.

<sup>310</sup> Resolución de la Corte Nacional de Justicia. Sala de Contencioso Administrativo, 324-2013, (Juicio No. 276-2010), de 9 de mayo de 2013.

De los antecedentes del caso se desprende que en la hoja de anestesia no se han llenado todos los datos, ni se ha dejado constancia de la grave complicación presentada. De acuerdo con el protocolo, la cesárea fue realizada entre las 10:15 h y las 11:15 h, mientras que en la hoja de anestesia consta que la intervención se realizó de las 9:15 h hasta las 10:35 h, existiendo contradicción entre los datos.

En la historia clínica no constaban las notas de evolución de la paciente ni tampoco se evidenció en la hoja de anestesia el detalle de los procedimientos utilizados y las complicaciones presentadas. El hecho de que tales datos no consten en la historia clínica demuestra una actuación negligente. Los registros operatorios incompletos no permitieron una evaluación posterior adecuada.

Por ello, el fallo de mayoría señala que el recurrente ha hecho mención del “Informe del examen especial a la atención médica brindada a la paciente IOAM” y la cataloga como prueba fundamental de la presunta negligencia médica que produjo la muerte de su cónyuge. En este informe, «se señalan anomalías en el protocolo de la intervención médica a cargo del médico anesthesiólogo, lo que devino en la sanción administrativa correspondiente por parte del Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social».

Sin embargo, la Sala consideró que, sobre el tema de la causalidad, «no consta en el proceso, elemento probatorio suficiente y necesario para concluir con certeza que la negligencia señalada haya sido la causa específica y adecuada para provocar el hecho dañino. No es posible presumir que la falta señalada en el informe haya conducido a la muerte de la paciente, por lo que esta Sala no puede aceptar, sin esos elementos probatorios concluyentes, que el daño sea imputable a la acción u omisión de los funcionarios médicos de la institución demandada. Por tanto, al no existir el nexo causal probado, uno de sus elementos esenciales, no puede configurarse la responsabilidad directa del Estado que dé paso al deber de reparar». Lo cual llevó a desestimar con estos argumentos la reclamación de reparación presentada.

En el fallo de minoría se consideró que los registros incompletos del manejo administrativo técnico del caso no permiten su adecuada evaluación posterior. Por lo tanto, «se desprende que sí hubo un mal funcionamiento del servicio público de salud en el caso de la señora IOAM, lo cual no implica necesariamente que haya habido una negligencia o imprudencia de carácter penal dentro del equipo médico, como un todo, que la trató; pues el determinar si ello se dio o no, a nivel individual o como grupo, es tema de otro juzgamiento, pero no del presente».

A criterio de ALFONSO GONZÁLEZ, et al., en este caso es evidente que «el juez ponente ha cometido un error en la interpretación y aplicación de la norma jurídica pues ha justificado la no exigencia de responsabilidad al Estado a partir de la existencia de una concausa, negando el nexo causal entre la conducta y la producción de daño. La infección nosocomial no puede verse como concausa y mucho menos como caso fortuito o fuerza mayor. Es un riesgo latente que no debe asumir el paciente y que sí está en la obligación de eliminar la administración a partir del deber de cuidado que es objetivo»<sup>311</sup>.

Los mismos tratadistas sostienen que «no solo es importante valorar el resultado dañoso de muerte que ha sido producido por las complicaciones de la infección devenida sino también el daño fisiológico, referido al estado vegetativo, producido indiscutiblemente por una mala práctica médica, por administración excesiva de anestesia. El daño debe verse de manera objetiva y todas estas acciones, las del anesthesiólogo por una impericia médica y la omisión de la institución de salud en cuanto a la infección nosocomial, han producido un daño que debe ser reparado»<sup>312</sup>.

Asimismo, cabe señalar que la carga probatoria recayó en los afectados por el daño. Las pruebas valoradas por el Tribunal se fundamentaron en el informe pericial del propio hospital del IESS, que certificó que las causas de la complicación son propias de esta cirugía<sup>313</sup>. Bajo estas circunstancias, se restó objetividad a la carga probatoria, pues el afectado no está obligado a demostrar la existencia del daño, sino que corresponde a la Administración pública desvirtuar el daño antijurídico imputado, mediante el ejercicio de actuaciones objetivas.

El mismo fallo de mayoría ha destacado que resulta evidente en estos casos de prestación deficiente de servicios públicos de salud, que casi toda (o toda) la información clínica e informes médicos del paciente no los tiene él mismo ni sus familiares, sino el hospital o la clínica en cuestión, esto es, la institución médica de que se trata, por lo que hay una desigualdad real entre la paciente víctima del daño y el hospital donde se realizó la intervención médica. Ello limita la posibilidad de conocer y tener acceso a los hechos y circunstancias médicas del

---

<sup>311</sup> ALFONSO GONZÁLEZ, I., CASTRO SÁNCHEZ, F., & VACA ACOSTA, P.: *Responsabilidad extracontractual del estado por deficiente prestación del servicio público de salud en Ecuador*, Revista Asociación Latinoamericana De Ciencias Neutrosóficas. ISSN 2574-1101, Vol., 19, 2022, p. 8, en línea: <http://fs.unm.edu/NCML2/index.php/112/article/view/176>

<sup>312</sup> ALFONSO GONZÁLEZ, I., CASTRO SÁNCHEZ, F., & VACA ACOSTA, P.: *Responsabilidad extracontractual del estado por deficiente prestación del servicio público de salud en Ecuador*, cit., p. 8.

<sup>313</sup> ALFONSO GONZÁLEZ, I., CASTRO SÁNCHEZ, F., & VACA ACOSTA, P.: *Responsabilidad extracontractual del estado por deficiente prestación del servicio público de salud en Ecuador*, cit., p. 8.

caso concreto, así como la valoración técnica-científica de que se haya realizado conforme la *lex artis*.

Como se puede apreciar, tanto en el sistema jurídico español como ecuatoriano existe una clara tendencia a blindar las actuaciones de los servidores públicos. Sin embargo, como sostiene RODRÍGUEZ-ARANA, «el Estado social y democrático de derecho no se compadece con este súper blindaje que tienen los funcionarios, y sobre todo las autoridades, frente a los ciudadanos, como consecuencia del régimen actual»<sup>314</sup>.

Es indiscutible que la Administración pública debe asumir su responsabilidad cuando ha ocasionado daños antijurídicos en la prestación del servicio público, pero es fundamental que ejerza el derecho de repetición no sólo para precautelar el dinero público, sino también para prevenir conductas antijurídicas en el ejercicio de la función administrativa. Se torna necesario desmontar el super blindaje que por décadas ha favorecido a las autoridades y demás personal al servicio de las Administraciones públicas.

---

<sup>314</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J.: *Recensión del libro de Enrique Rivero Ysern: El daño en el Derecho Administrativo*, cit., p. 499.

## 7. EL REPLANTEAMIENTO DE LA ACCIÓN DE REGRESO

### 7.1. HACÍA UN NUEVO ENFOQUE DE LA ACCIÓN DE REGRESO

El sistema actual de responsabilidad patrimonial de la Administración, tanto en España como en Ecuador, se centra en el daño antijurídico y en su reparación como mecanismo de restauración del derecho dañado y como garantía de los derechos fundamentales de la persona. Ello en clave de justicia conmutativa, porque el lesionado no tiene la obligación jurídica de soportar el daño y porque se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas.

Sin embargo, este esquema normativo resulta limitado, ya que no se enfoca en todo el problema que engloba la deficiente prestación del servicio público, sino únicamente en el efecto del daño antijurídico, que es la reparación patrimonial. En cambio, deja de lado las causas que ocasionaron el daño antijurídico las cuales, fuera de las circunstancias eximentes de la responsabilidad patrimonial de la Administración, previstas en la ley, radican en la conducta dolosa, culposa o gravemente negligente del agente estatal, producida en el ejercicio de la función administrativa.

Más de medio siglo de jurisprudencia ha puesto de manifiesto que «la mayoría de los casos en que se reconoce el derecho de la víctima a ser indemnizado por los daños sufridos por ella a consecuencia de la actividad de la Administración (o de la falta de la misma) lo son de funcionamiento anormal, irregular, de esta. Aquellos en los que se reconoce también la responsabilidad de la Administración sin que haya mediado un comportamiento incorrecto de sus agentes son, obviamente, una minoría, como es lógico igualmente»<sup>315</sup>.

Si la mayoría de los casos en que se reconoce el derecho de la víctima a ser indemnizado por los daños sufridos a consecuencia de la actividad de la Administración (o de la falta de la misma) lo son de funcionamiento anormal, irregular de ésta, entonces, es necesario «buscar

---

<sup>315</sup> FERNÁNDEZ, T. R.: *Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración*, cit., p. 184.

soluciones en las que la Administración pública actúe con mayor diligencia»<sup>316</sup>, articulando un sistema de prevención administrativa de daños.

Si se quiere hacer se puede, «es cuestión de voluntad política y, por encima de todo, de tener bien claro que el centro del derecho es la dignidad humana, no los privilegios y prerrogativas de unas autoridades que se han beneficiado durante bastante tiempo de un régimen que hemos tenido que pagar el conjunto de los ciudadanos»<sup>317</sup>. El interés general y la dignidad humana exigen nuevas soluciones.

En función del interés general y de la dignidad de la persona, el daño antijurídico imputable a la Administración debe repararse como garantía de los bienes y derechos de la persona; el funcionamiento anormal del servicio público debe prevenirse, restaurarse y mejorarse como garantía del buen funcionamiento del servicio público; y los valores pagados por concepto de reparación patrimonial deben reembolsarse como garantía de protección del patrimonio público.

El esquema del planteamiento en cuestión se muestra en la siguiente figura, que sintetiza el enfoque que se propone para operativizar la aplicación de la acción de regreso:

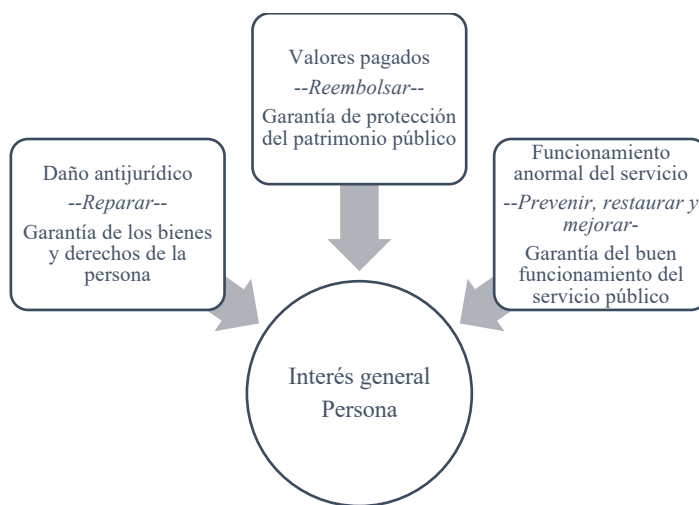


Figura n.º 2. Nuevo enfoque de la acción de regreso.

Fuente: elaboración propia.

<sup>316</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J.: *Recensión del libro de Enrique Rivero Ysern: El daño en el Derecho Administrativo*, cit., p. 502.

<sup>317</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, J.: *Recensión del libro de Enrique Rivero Ysern: El daño en el Derecho Administrativo*, cit., p. 502.

El interés general es un principio que orienta y legitima la actuación de los poderes públicos dentro del marco constitucional y legal. Implica «una posición superior respecto del interés privado»<sup>318</sup>. Así, el interés general «constituye la base del derecho fundamental a la buena Administración pública en cuanto este está orientado a la promoción de la dignidad humana».<sup>319</sup> La Administración pública y sus agentes, funcionarios y demás personas a su servicio «deben estar a disposición de los ciudadanos para atender los asuntos de interés general de manera adecuada, objetiva, equitativa y en plazo razonable»<sup>320</sup>.

En España, la Constitución de 1978, en el art. 103.1, señala que «la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Este diseño constitucional implica que la Administración no tiene y no puede tener intereses propios o particulares «sino que ha de servir a los intereses generales tal como son definidos por los órganos políticos legitimados democráticamente y con estricto respeto al principio de legalidad»<sup>321</sup>.

La Constitución ecuatoriana, por su parte, en el art. 227, determina que la Administración pública «constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación», proyectándose a todas las actuaciones administrativas y concretándose en el profundo respeto a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, que habrá de promover y facilitar permanentemente.

La dignidad de la persona implica en sí mismo el «fin supremo de todo el derecho y acción del Estado».<sup>322</sup> La dignidad de la persona es el fundamento de los derechos humanos, como establece el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 de Naciones Unidas, así como, el art. 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el

---

<sup>318</sup> PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 504

<sup>319</sup> CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO (CLAD): *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*, Ciudad de Panamá, 2013, Capítulo segundo, núm., 2, en línea:

[https://interconecta.aecid.es/Documentos%20de%20la%20comunidad/Carta\\_%20Derechos%20y%20Deberes%20Ciudadano.pdf](https://interconecta.aecid.es/Documentos%20de%20la%20comunidad/Carta_%20Derechos%20y%20Deberes%20Ciudadano.pdf)

<sup>320</sup> CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO (CLAD): *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*, cit., núm., 2.

<sup>321</sup> MIGUEZ MACHO, L.: *El principio de objetividad de la Administración*, cit., pp. 11 y 12.

<sup>322</sup> REAL ACADÉMICA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, en línea: <https://dpej.rae.es/lema/dignidad-de-la-persona>

preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), entre otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

Al posicionarse el interés general y la dignidad de la persona como elementos centrales del sistema de responsabilidad patrimonial, la acción de regreso debe cumplir con una doble finalidad: «por un lado, recuperar el dinero pagado por el Estado a las víctimas que han sufrido vulneraciones a sus derechos, protegiendo el patrimonio público; y, por otro lado, prevenir conductas antijurídicas atribuibles al Estado»<sup>323</sup>.

Bajo este enfoque, a las Administraciones públicas les corresponde garantizar la indemnidad patrimonial y los derechos de la persona, frente a cualquier daño antijurídico que se produzca en el ejercicio de la función administrativa; garantizar la calidad en la prestación de los servicios públicos en función del mejoramiento continuo; y garantizar la protección del dinero público a través del ejercicio de la acción de regreso.

Para ello, es fundamental introducir reformas legislativas de gran calado, que configuren la acción de regreso como una institución jurídica eficaz en la recuperación de los dineros públicos pagados por concepto de responsabilidad patrimonial y como un instrumento orientado a la prevención de conductas antijurídicas por parte de los funcionarios responsables de proveer los servicios públicos.

### **7.1.1. La garantía de los bienes y derechos de la persona**

La protección de los bienes y derechos de la persona tiene un amplio reconocimiento tanto en el ámbito internacional como en el ámbito nacional. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), en el art. 17.1, establece que «toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida».

El art. 41.3 del mismo instrumento jurídico determina que «toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros».



<sup>323</sup> Sentencia de la Corte Constitucional n.º 71-17-EP/22, 28 de noviembre de 2022.

En consonancia con estas disposiciones del Derecho Internacional, la CE en el art. 106.2 establece que «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Es irrefutable, por tanto, el derecho que asiste a la persona de ser indemnizado por la comunidad por toda lesión que sufra en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o que la lesión se deriven de la propia responsabilidad de la persona afectada o por hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.

El marco de referencia sobre la responsabilidad estatal en el ámbito internacional para Ecuador está determinado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El art. 1.1 de este instrumento establece que los Estados parte «se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». Por su parte, el art. 21.2 señala que «ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley».

En armonía con estas disposiciones del Derecho internacional, la Constitución ecuatoriana, en el art. 11, numeral 9, determina que «el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos».

Por lo tanto, el daño antijurídico generado en la prestación de los servicios públicos debe repararse de forma material e inmaterial, en función de la garantía de los bienes y derechos de la persona, para restaurar el derecho lesionado y el patrimonio afectado, puesto que el respeto al patrimonio y a los derechos de la persona constituye un límite a la actividad administrativa.

### 7.1.2. La garantía de protección del patrimonio público

GONZÁLEZ PÉREZ señala que «incuestionable es el derecho de todo ciudadano a obtener plena reparación del daño sufrido como consecuencia de los servicios públicos, no menos lo es el derecho de todos a no soportar los gastos ocasionados por la soberbia, obcecación, cuando no negligencia y falta de preparación de los rectores de las Administraciones públicas»<sup>324</sup>.

GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ T. R. sostienen que la Administración está obligada a indemnizar a la víctima si ésta se dirigía contra ella, pero no lo está «en cambio, a soportar definitivamente sobre su patrimonio las consecuencias de ese pago, en cuanto que éste procedía de un hecho que tenía un autor personalmente responsable, contra el que la ley la facultaba para actuar, en vía de regreso, y exigirle de forma unilateral y ejecutoria, sin perjuicio de los recursos procedentes, el reembolso de la indemnización abonada»<sup>325</sup>.

Así pues, si bien la Administración está en la obligación de reparar el daño causado por el funcionamiento de los servicios públicos, no está en la obligación de soportar indefinidamente el desmedro de su patrimonio, como consecuencia del pago indemnizatorio. Los contribuyentes «no tienen por qué cargar con las consecuencias patrimoniales negativas de las conductas gravemente irregulares de los agentes de la Administración»<sup>326</sup>.

Por ello, la acción de regreso debe configurarse como un instrumento eficaz en la defensa de los recursos públicos. Sin embargo, esta institución jurídica desde su positivización, tanto en el Ordenamiento jurídico español como ecuatoriano, no ha cumplido la función de recuperar los dineros pagados por concepto de responsabilidad patrimonial, principalmente porque la Administración no actúa, no tiene nadie que la controle, nadie que la vigile, ni nadie que la pueda obligar a impulsar o ejercer el derecho de repetición.

Frente a ello, se torna fundamental implementar reformas jurídicas para: i) fortalecer el ejercicio de la acción de regreso, implementando mecanismos coercitivos ante la inactividad administrativa; ii) ampliar la legitimación activa, en los casos en que la Administración se resista a impulsar la acción; iii) reconducir el procedimiento; y iv) implementar mecanismos de transparencia, control y rendición de cuentas.

<sup>324</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, cit., pp. 575 y 576.

<sup>325</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, cit., pp. 423 y 424.

<sup>326</sup> BARCELONA LLOP, J.: *La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Revista Española de Derecho Administrativo, 105, 2000, p. 39.

Hay que partir de que «los poderes de regulación confiados a los poderes públicos aseguran y protegen los intereses generales de la comunidad»<sup>327</sup> y de que estos poderes deben ser aplicados de forma coherente para rediseñar una institución jurídica, que regulada adecuadamente se configuraría como un instrumento jurídico eficiente no sólo en la recuperación de los recursos públicos, sino que incidiría directamente en el mejoramiento de los servicios públicos.

### 7.1.3. La garantía del buen funcionamiento del servicio público

El servicio público, de acuerdo con PARADA VÁZQUEZ, «es la técnica única de que se dispone para atender las necesidades vitales de los ciudadanos en el régimen de igualdad y a cubierto de la explotación y lucro que guía a la empresa privada»<sup>328</sup>. MIGUEZ MACHO sostiene que el servicio público aparece caracterizado «como una técnica jurídica dirigida a garantizar a los individuos prestaciones de carácter económico y social que son consideradas esenciales por el Poder público en un momento histórico dado»<sup>329</sup>.

Para YOUNES MORENO, el servicio público es «toda actividad organizada que tiende a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente o por personas privadas»<sup>330</sup>. JHAYYA SEGOVIA, por su parte, señala que el servicio público es «toda actividad y prestación de la Administración pública, sea que la ejerza directamente o indirectamente, encaminada a satisfacer necesidades colectivas o de interés general o social; prestación que debe ser universal, permanente, continua, accesible, equitativa, eficiente, eficaz y reglada por normas y principios de Derecho público»<sup>331</sup>.

Los servicios públicos «deben ofrecer a los usuarios determinados patrones o estándares concretos de calidad»<sup>332</sup>, para garantizar y satisfacer «en forma eficiente, eficaz y transparente

---

<sup>327</sup> VILLAGRASA ROZAS, M.: Recensión al Libro del Profesor, MIGUEZ MACHO, L.: *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1999, 302 páginas. Revista de Administración Pública, ISSN 0034-7639, N° 152, pp. 525-529, 2000, p. 526, en línea:

<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/35987maria-del-mar-villagrasa-rozas-rap-152.pdf>

<sup>328</sup> PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo III: Bienes públicos, Derecho Urbanístico*, cit., p. 336.

<sup>329</sup> MIGUEZ MACHO, L.: *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*. Ed. Cedecs, Barcelona, 1999, p.126. Citado por VILLAGRASA ROZAS, M.: En el comentario que realiza al Libro en referencia, cit., p. 527.

<sup>330</sup> YOUNES MORENO, D.: *Curso de Derecho Administrativo*, Temis, Bogotá, 2007, p. 227.

<sup>331</sup> JHAYYA SEGOVIA, A.: *Diccionario Derecho Administrativo*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008, p. 222.

<sup>332</sup> CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO (CLAD): *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*, cit., núm., 33.

las necesidades y aspiraciones de la población como titulares de derechos individuales y colectivos»<sup>333</sup>.

ALONSO TIMÓN destaca que al menos son tres los estándares cuyo cumplimiento garantiza la buena prestación del servicio: continuidad, mutabilidad e igualdad. El estándar de continuidad significa que el servicio público debe prestarse con una regularidad previsible, potencialmente conocida por los posibles usuarios de éste y con vocación de permanencia<sup>334</sup>.

El estándar de mutabilidad implica la evolución de la forma de prestación del servicio «adaptándola a los cambios jurídicos, económicos, sociales y, por su puesto, técnicos que mejore la eficacia y eficiencia en su prestación»<sup>335</sup>.

El estándar de igualdad impone a la Administración pública la obligación de proporcionar un trato idéntico a todos los usuarios del servicio que cumplan con las normas aplicables al mismo, sin que se produzca discriminación de ningún tipo en su acceso o disfrute que pudiera contravenirlo<sup>336</sup>.

En el marco tanto español como ecuatoriano, la calidad de vida tiene un papel central y está desarrollada de forma intrínseca en función de tres aspectos capitales que configuran la responsabilidad de la Administración, no desde el plano indemnizatorio, sino como un valor que implica el estricto cumplimiento de la legalidad, el respeto de la dignidad de la persona y la prohibición de cualquier tipo de arbitrariedad que genere daño en los bienes o derechos del particular.

La CE, en su preámbulo, «proclama y requiere asegurar a todos “una digna calidad de vida”»<sup>337</sup>, elevando con ello a los estándares más altos a la dignidad y a la vida de la persona, lo cual irradia el accionar del Poder público y el funcionamiento de los servicios. El art. 9.3 señala que «la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

El art. 10.1, en relación con los derechos y deberes fundamentales, señala que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la

<sup>333</sup> JARAMILLO ORDÓÑEZ, H.: *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 200.

<sup>334</sup> ALONSO TIMÓN, A.: *Las Formas de Acción Administrativa*. En, ALONSO, A.; ARÉVALO, A.; BURZACO, M.; JEREZ, J.; Y, TARLEA, R.: *Medios y Formas de Acción Administrativa*, Dykinson, S.L., Madrid, 2017, p. 323.

<sup>335</sup> ALONSO TIMÓN, A.: *Las Formas de Acción Administrativa*, cit., pp. 323-324.

<sup>336</sup> ALONSO TIMÓN, A.: *Las Formas de Acción Administrativa*, cit., pp. 323-324.

<sup>337</sup> RIVERO YSERN, E.: *El daño en el Derecho Administrativo*, cit., p. 87.

personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Por lo tanto, los derechos constituyen el horizonte y el marco de referencia en la prestación de los servicios públicos.

El art. 106.2 determina que «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.» Esta disposición, a más de ser el fundamento del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, tiene como finalidad no sólo garantizar el derecho a ser indemnizado por la lesión sufrida, sino elevar los estándares del funcionamiento del servicio público y prohibir cualquier conducta que pueda ocasionar lesión en los bienes y derechos de los particulares.

En la Constitución ecuatoriana, el art. 11.9 señala que «el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos».

Esta disposición impone el respeto del ejercicio de los derechos constitucionales y la obligación del Estado y de las personas que actúen en el ejercicio de una potestad pública de reparar los daños que ocasionen, e intrínsecamente establece el mejoramiento de la prestación del servicio público con el objetivo de evitar la falta o deficiencia en su funcionamiento.

El art. 52 establece que «las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características». El art. 66 reconoce y garantiza a las personas «el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características».

El art. 227 establece que «la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación».

Por lo tanto, para que el servicio público cumpla con la garantía del buen funcionamiento, éste debe proveerse en función de un marco jurídico previamente determinado; cumplir con los estándares de calidad que corresponden en función de la naturaleza del servicio; y debe

reconocer la dignidad de la persona como el elemento central de la prestación del servicio público.

#### 7.1.3.1. La función preventiva y restauradora del servicio público

Cuando los servicios públicos generan daños imputables a la Administración pública, ésta debe responder patrimonialmente para garantizar la reparación de los bienes o derechos afectados, independientemente de la licitud o ilicitud del accionar del agente estatal. Sin embargo, si el funcionamiento del servicio público es consecuencia de la actuación dolosa, culposa o gravemente negligente del agente estatal, éste debe asumir la responsabilidad por el quebrantamiento de la legalidad y por los daños ocasionados.

La responsabilidad administrativa tiene por finalidad restaurar el quebrantamiento del Ordenamiento jurídico y asegurar con ello que los servicios cumplan los estándares de calidad y satisfagan el interés general, previniendo y controlando la conducta antijurídica del servidor público, puesto que toda actuación antijurídica —dolosa, culposa o gravemente negligente— en la que ha incurrido el agente estatal lesiona la objetividad y la legalidad con la que deben desarrollarse las actuaciones administrativas.

La conducta del agente estatal es merecedora de sanción administrativa cuando perjudica el correcto funcionamiento del servicio, ya que el fin específico del Ordenamiento es mantener el correcto funcionamiento de la actividad administrativa. Esta responsabilidad se deriva de la ley, de tal suerte que «el ejercicio correcto es permitido, el incorrecto es sancionado. La sanción es uno de los medios indirectos con que cuenta el poder público para mantener la eficacia de las normas, restaurar el orden jurídico alterado y evitar que prevalezcan actos contrarios al buen servicio»<sup>338</sup>.

La acción de regreso, en cambio, tiene por finalidad proteger el dinero público reembolsando los valores pagados por la Administración para indemnizar los daños ocasionados. Esta exigencia «se fundamenta en un mandato legalmente exigido, y cuya inobservancia se traduce en un perjuicio general a la Hacienda pública»<sup>339</sup>.

Las consecuencias de una y otra opción son importantes «para concretar la finalidad perseguida por la exigencia de responsabilidad a los funcionarios: finalidad reparadora de unos daños causados, o finalidad sancionadora de una conducta reprochable; además, las

<sup>338</sup> JARAMILLO ORDÓÑEZ, H.: *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 341.

<sup>339</sup> SAURA FRUCTUOSO, C.: *La ignota acción de regreso de la administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad*, cit., p. 8.

consecuencias en cada caso son distintas, en el primer caso lo que se persigue es una reparación integral de los perjuicios ocasionados, sin embargo, cuando la finalidad es sancionadora, dicha responsabilidad puede modularse»<sup>340</sup>.

El servicio público, al tener una naturaleza tangible que puede percibirse y valorarse, debe mantener un mejoramiento continuo para satisfacer el interés colectivo. Porque sólo en la medida en que los servicios públicos cumplan los estándares de calidad y se constituyan en el mecanismo para desarrollar los derechos fundamentales, el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración será sostenible y podrá superar el desbalance que por décadas ha venido existiendo entre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial y el ejercicio de la acción de regreso.

#### 7.1.3.2. La responsabilidad del servidor público frente a la Administración y frente a la ciudadanía

Los servidores públicos «se asocian usualmente con la representación del Estado, con el cumplimiento de las funciones públicas y con la satisfacción del interés general»<sup>341</sup>, lo que genera una mayor grado de responsabilidad en el ejercicio de sus actividades y justifica un mayor nivel de protección en el ámbito laboral.

Así, la relación laboral del servidor público está determinada: i) por el cumplimiento del principio de legalidad, puesto que su vinculación jurídica con la Administración es de carácter administrativa —estatutaria—, sujeta al cumplimiento de las competencias atribuidas por la Constitución y la ley; y ii) por la satisfacción del interés general, que se hace efectiva a través de la prestación de los servicios públicos que se derivan del ejercicio de dichas competencias.

En virtud de ello, el agente estatal tiene la obligación jurídica de responder frente a cualquier transgresión a la ley o ante cualquier actuación que afecte los derechos del administrado o el patrimonio de la propia Administración; y, paralelamente, tiene el deber de contribuir a la satisfacción de las necesidades sociales o institucionales que se derivan del ejercicio de sus funciones.

Por ello, el doble estándar que genera la relación laboral del servidor público, como un trabajador del Estado —titular de derechos fundamentales— y como un servidor de la

---

<sup>340</sup> FORTES GONZÁLEZ, A.: *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas*, cit., p. 173.

<sup>341</sup> VERGARA, MESA. H.: *El sistema de fuentes de la función pública colombiana: una relectura desde el valor del derecho del trabajo*. *Opinión Jurídica*, 16(32), (pp. 27-50), 2017, p. 1, en línea: <https://doi.org/10.22395/ojum.v16n32a1>

comunidad —administrador de los servicios públicos—, garantiza un mayor nivel de estabilidad laboral que solo puede afectarse cuando el funcionario ha cometido faltas graves que son de su exclusiva responsabilidad y que se sancionan con la destitución del cargo.

Cuando la actuación dolosa, culposa o gravemente negligente del agente estatal en la prestación de los servicios públicos ha ocasionado daños en los bienes o derechos de los particulares, éste debe asumir la responsabilidad patrimonial —civil— de restituir los valores pagados por la Administración en concepto de indemnización. Si la actuación del funcionario no responde a una falta grave sancionada con la destitución del cargo, no se afecta su derecho a la estabilidad laboral. La Administración únicamente debe ejercer el derecho a la repetición.

En contraste con ello, la responsabilidad del agente estatal se extingue cuando el daño ocasionado a los particulares se ha producido exclusivamente debido a las faltas de servicio por resultar de los hábitos intrínsecos del mismo servicio y por constituir una falta impersonal, que no se individualiza en un funcionario concreto ni requiere su culpa<sup>342</sup>, dolo o negligencia grave. En este caso, la Administración responde directamente.

Al exigírsele al servidor público un mayor nivel de responsabilidad frente a la Administración —cumplimiento del principio de legalidad— y frente a la ciudadanía —satisfacción del interés general—, se justifica un mayor nivel de protección laboral. Por lo tanto, la estabilidad laboral del servidor público vista desde el prisma de la legalidad y del interés general, sólo puede interrumpirse en virtud del cometimiento de faltas graves que se sancionen con la destitución del cargo, conforme la aplicación del régimen disciplinario previamente establecido.

Si bien debe existir conexión entre la responsabilidad patrimonial —civil— y la responsabilidad administrativa —disciplinaria— del servidor público, también el Estado debe garantizar un mayor nivel de protección laboral a través de un marco normativo que considere:

«La favorabilidad y el pro homine que constituyen pautas de preferencia para la interpretación y aplicación de las normas regulatorias de la relación de trabajo, que no reducen su vigencia al ámbito privado, sino que la trasladan a las relaciones laborales

estatales, que por sus especiales características de excesiva subordinación laboral y administrativa, justifican un mayor nivel de protección del empleado público»<sup>343</sup>.

En este sentido, la responsabilidad del servidor público exige un mayor compromiso frente al Estado y frente a la ciudadanía, debido a su excesiva subordinación laboral y administrativa como un órgano público al servicio de la Administración y al servicio de la satisfacción del interés general. Pero este nivel de responsabilidad también demanda la protección de sus derechos laborales, a tratarse de un sujeto social que tiene necesidades y expectativas como cualquier otro trabajador.

## **7.2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES AL PLANTEAMIENTO Y DISCUSIÓN DE LAS PROPUESTAS DE REFORMA LEGAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO**

La regulación de la acción de regreso tanto en el Ordenamiento español como ecuatoriano se ha mantenido intacta por años, a pesar de los diversos problemas de aplicación y eficacia que en la práctica esta institución jurídica atraviesa. Sin embargo, en el Derecho comparado, concretamente en el Ordenamiento jurídico colombiano, se observa un desarrollo mucho más específico que dinamiza el ejercicio del derecho de repetición y brinda algunas alternativas a considerar.

En este contexto, se estima pertinente analizar los aspectos más relevantes en torno a la configuración legal de la acción de repetición en Colombia, como un insumo previo al planteamiento y discusión de las propuestas de reforma legal que se promueven tanto en el Ordenamiento español como ecuatoriano. El análisis normativo se centra en los aspectos sustantivos, procesales, llamamiento en garantía y medidas cautelares.

La Constitución Política de 1991 elevó la acción de repetición al rango constitucional. El art. 90 establece que, en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de un daño antijurídico «que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. Así, la constitucionalización de esta institución jurídica ha sido en un elemento fundamental para la posterior configuración legal.

La Ley 678 de 3 de agosto de 2001 (en adelante, Ley 678), posteriormente reglamentó «la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, a través del ejercicio

---

<sup>343</sup> VERGARA, MESA. H.: *La regla de favorabilidad laboral y el principio pro homine en la función pública colombiana. A propósito del problema del nombramiento provisional*. Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas, 45(123), (pp. 453–480), 2015, p.475, en línea: <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v45n123.a06>

de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición». La mentada Ley 678 ha sido modificada en dos ocasiones: en primera instancia, por la Ley 1474 de 2011, que fortaleció los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública; y en segunda instancia, por la Ley 2195 de 2022, que adoptó medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción.

El marco normativo que rige la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado se complementa con la aplicación de las disposiciones pertinentes contenidas en la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante, Ley 1437), que en el apartado correspondiente desarrolla el procedimiento de los diferentes medios de control entre ellos la acción de repetición.

El legislador colombiano, con la aprobación de la Ley 678, ha optado por un régimen que regula la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado en función de los criterios de competencia y especialidad, a diferencia de lo que ha sucedido en el Ordenamiento español y ecuatoriano, en donde el legislador ha regulado la acción de regreso como una institución complementaria dentro del sistema general de responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

### **7.2.1. Aspectos sustantivos**

La acción de repetición en el Derecho colombiano ha sido definida 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, art. 2).

Esta acción también debe ejercitarse en contra del particular que, investido de una función pública, haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial. Para tal efecto, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales.

La acción de repetición también deberá intentarse cuando el Estado pague las indemnizaciones de perjuicios declarados en decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, previstas en la Ley 288 de 1996, siempre que el reconocimiento

indemnizatorio haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal.

Igualmente, se ejercerá el derecho de repetición en contra de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, de conformidad con lo dispuesto en la mencionada ley y en las normas que sobre la materia se contemplan en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, lo que amplía significativamente el ámbito de aplicación.

La finalidad de la acción de repetición es de interés público y «está orientada a garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella» (Ley 678, art. 3). Con esta disposición se busca, por un lado, recuperar las sumas de dinero que el Estado ha sido obligado a pagar por la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes; y, por otro lado, generar un incentivo para evitar daños que provoquen nuevas obligaciones.

En virtud de este marco normativo, las Entidades públicas tienen el deber de exigir el reembolso de los valores pagados por concepto de responsabilidad patrimonial en contra los servidores públicos responsables del daño antijurídico. Por tanto, ninguna entidad legitimada podrá desistir de la acción. El incumplimiento de este deber constituye falta disciplinaria (Ley 678, art. 4).

La Ley 678, en el art. 5, establece la distinción entre la conducta dolosa y la conducta gravemente culposa del agente estatal. Se presume que la conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio público. Para ello, se debe considerar las siguientes causas:

1. Que el acto administrativo haya sido declarado nulo por desviación de poder, indebida motivación o falta de motivación, y por falsa motivación.
2. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
3. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia contrario a derecho en un proceso judicial.
4. Obrar con desviación de poder.

En cambio, se presume que la conducta del agente estatal es gravemente culposa cuando el daño ocasionado es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (Ley 678, art. 6), lo que implica la inobservancia del principio de legalidad o el desvío de poder.

### 7.2.2. Aspectos procesales

La Ley 678, en el art. 7, determina que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo conocerá de la acción de repetición. Para el efecto, será competente el juez o tribunal ante el cual se tramite o se haya tramitado el proceso de responsabilidad patrimonial de acuerdo con las reglas de competencia estipuladas en la Ley 1437. Cuando la reparación patrimonial se haya originado en una conciliación o cualquier otra forma permitida por la ley para solucionar un conflicto con el Estado, será competente el juez o tribunal que haya aprobado el acuerdo o que ejerza jurisdicción territorial en el lugar en que se haya resuelto el conflicto.

Cuando la acción de repetición se ejerza contra el Presidente o el Vicepresidente de la República u otros altos funcionarios, incluidos aquellos que pertenecen a los organismos jurisdiccionales, conocerá privativamente y en única instancia la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado. Cuando la acción de repetición se ejerza contra miembros del Consejo de Estado, conocerá de ella privativamente en única instancia la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena. Si la acción se plantea en contra de varios funcionarios, será competente el juez que conocería del proceso en contra del de mayor jerarquía. Estas reglas también se aplican en el caso de los ex funcionarios públicos.

La legitimación activa para el ejercicio del derecho de repetición corresponde a la Administración perjudicada. Sin embargo, si dentro de los seis meses siguientes al pago total o al pago de la última cuota efectuado por la entidad pública, ésta no ejercita la acción de repetición podrá actuar como legitimado activo el Ministerio Público o el Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme determina el art. 8 de la Ley 678.

La intervención del Ministerio Público y del Ministerio de Justicia y del Derecho se legitima en virtud de la defensa de los recursos públicos que lleva implícito el servicio objetivo en favor del interés general. Por ello, ampliar la legitimación activa para que otras Instituciones públicas cualificadas intervengan en el ejercicio del derecho de repetición es un factor clave ante la inactividad administrativa.

Adicional a ello, la Ley 678 habilita para que cualquier persona pueda requerir a las entidades legitimadas que ejerzan la acción de repetición. Esta regulación es un paso importante en el desarrollo del derecho de petición. Sin embargo, el particular no cuenta con legitimación activa para formular y sustanciar el proceso, quedando a expensas del accionar de las entidades legitimadas.

La caducidad de la acción de repetición, según el art. 11 de la Ley 678, se hace efectiva por el vencimiento del plazo de cinco años contados a partir del día siguiente de la fecha del pago o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo con que cuenta la Administración para el pago de condenas, conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto, de conformidad con lo previsto en el art. 192 de la Ley 1437.

En todo proceso de repetición, habrá lugar a una audiencia de conciliación. La Administración correspondiente y el agente del Estado podrán conciliar sobre fórmulas y plazos para realizar el pago, siempre y cuando el acuerdo que se logre no sea lesivo para los intereses del Estado (Ley 678, art. 12). La entidad pública podrá disminuir el capital solicitado en su pretensión, ponderando el monto a devengar y el patrimonio del agente estatal.

Para la aplicación de estos criterios, el Comité de Conciliación de la entidad pública o el representante legal, según corresponda, adoptará la decisión luego de un análisis en torno a la gravedad de la conducta y al cumplimiento de los requisitos económicos establecidos. El sujeto de repetición, para acceder a estas fórmulas conciliatorias, deberá presentar los documentos que demuestren sus ingresos y patrimonio. Sin embargo, será el juez o magistrado quien finalmente aprobará o no el acuerdo.

La conciliación extrajudicial opera siempre que no exista un proceso judicial previo. Para el efecto, se considerarán los términos de conciliación referidos anteriormente. La Administración correspondiente podrá conciliar extrajudicialmente ante los agentes del Ministerio Público o autoridad administrativa competente de acuerdo con las reglas vigentes. Si se llegase a un acuerdo, dentro de los tres días siguientes a su celebración se remitirá al juez o Administración competente para que resuelva o no su aprobación. El auto aprobatorio no será consultable (Ley 678, art. 13).

Una vez ejecutoriada la decisión y en el marco del proceso ejecutivo, se podrán realizar acuerdos de pago (Ley 678, art. 13.1). Adicional a ello, se podrá realizar una condonación de intereses del 100% si el sujeto de repetición realiza el pago en un término máximo de un año después de la ejecutoria de la sentencia, hasta en un 50% si realiza el pago en un término máximo de dos años, y hasta en un 30% si realiza el pago dentro de un término máximo de tres años.

Cuando la autoridad judicial decida que el perjuicio causado al Estado fue debido a la conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes, cuantificará el monto de la condena correspondiente atendiendo el grado de participación del agente en la producción del

daño, la culpa grave o el dolo, y la valoración que haga con base en las pruebas aportadas al proceso de repetición (Ley 678, art. 14).

En la sentencia condenatoria, la autoridad judicial respectiva, de oficio o a solicitud de parte, establecerá un plazo para el cumplimiento de la obligación. Si el plazo establecido ha finalizado y el repetido no ha cancelado totalmente la obligación, la jurisdicción que conoció del proceso de repetición continuará conociendo del proceso de ejecución sin levantar las medidas cautelares, de conformidad con las normas que regulan el proceso ejecutivo ordinario establecido en el Código de Procedimiento Civil (Ley 678, art. 15).

### **7.2.3. Del llamamiento en garantía.**

En los procesos de responsabilidad en contra del Estado, relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la Administración pública perjudicada o el Ministerio Público podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente identificado como aquel que desplegó la acción u omisión causa del daño respecto del cual se reclama la responsabilidad del Estado, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la Administración y la del funcionario (Ley 678, art. 19). El llamamiento en garantía se llevará en cuaderno separado y paralelamente al proceso de responsabilidad del Estado.

Cuando en un proceso de responsabilidad estatal se ejercite el llamamiento en garantía y éste termine mediante conciliación o cualquier otra forma de terminación de conflictos, el agente estatal llamado podrá en la misma audiencia conciliar las pretensiones en su contra. Si no lo hace, el proceso del llamamiento continuará hasta culminar con la sentencia, sin perjuicio de poder intentar una nueva audiencia de conciliación, que deberá ser solicitada de mutuo acuerdo entre las partes (Ley 678, art. 21).

En la sentencia que ponga fin al proceso de responsabilidad en contra del Estado, el juez o magistrado se pronunciará no sólo sobre las pretensiones de la demanda principal, sino también sobre la responsabilidad del agente llamado en garantía y la repetición que le corresponda al Estado respecto de aquél. Cuando el proceso principal termine anormalmente, mediante conciliación o cualquier forma de terminación de conflictos, se seguirá el proceso de llamamiento en garantía (Ley 678, art. 22).

#### **7.2.4. Medidas cautelares**

En los procesos de acción repetición son procedentes las medidas de embargo y secuestro de los bienes del demandado, según las reglas del Código General del Proceso. El art. 23 de la Ley 678 determina que será procedente el embargo de salarios sin transgredir los límites establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo y lo dispuesto en el Decreto-ley 3135 de 1968 y la Ley 1429 de 2010, en cuanto a servidores públicos. Para tal efecto, la autoridad judicial competente, antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o del llamamiento en garantía, decretará las medidas cautelares que se hubieren solicitado conforme el artículo anterior (Ley 678, art. 24).

La petición de levantamiento de medidas cautelares de acuerdo con el art. 29 de la Ley 678, procederá cuando, terminado el proceso, el agente estatal sea absuelto de la pretensión de repetición o cuando los demandados o vinculados al proceso presten caución en dinero o constituyan garantía bancaria o de compañía de seguros por el monto que el juez señale para garantizar el pago de la condena. Esta causal procederá dentro del proceso de repetición, del llamamiento en garantía y en el de ejecución del fallo.

### **7.3. PLANTEAMIENTO Y DISCUSIÓN DE LAS PROPUESTAS DE REFORMA LEGAL**

#### **7.3.1. El replanteamiento de la acción de regreso en España**

Una de las reformas más importantes que se discute y se propone es otorgar competencia al Tribunal de Cuentas para que resuelva las acciones de regreso. El Tribunal asumiría esta competencia por tratarse de un tema económico que implica la recuperación de recursos públicos. La reforma concurrentemente inhabilitaría a la Administración pública de resolver las acciones de regreso, porque su actuación resulta sesgada debido a la falta de imparcialidad.

Es cuestionable que la Administración intervenga como juez y parte en el procedimiento de regreso. El hecho de que la autoridad o servidor público contra quien se debe exigir el reembolso de los dineros públicos forme parte de la misma Administración que debe resolver su participación en la producción del daño antijurídico, genera conflicto de intereses entre el *statu quo* de los servidores públicos y la satisfacción del interés general, lo cual afecta la objetividad con la que debe actuar la Administración. Ello, en la práctica, ha incidido negativamente en el ejercicio del derecho de regreso.

Adicionalmente, es preciso considerar que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), en el art. 41.1, dispone que «toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable». En este mismo sentido, el art. 47, respecto del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, en el inciso segundo, señala que «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley».

Por lo tanto, lo más conveniente es que la reforma legal regule la intervención del Tribunal de Cuentas como el órgano competente para resolver la acción de regreso, con el objetivo de garantizar, por un lado, la imparcialidad en el ejercicio y resolución de la acción y, por otro lado, la vigencia del servicio objetivo al interés general. Para ello, el legislador debe reconducir la acción siguiendo el esquema de la responsabilidad contable, por cuanto, «está siempre vinculada al manejo de caudales o efectos públicos»<sup>344</sup> y porque tiene «una finalidad reparadora del daño causado a las arcas públicas»<sup>345</sup>.

Una reforma de esta naturaleza tendría un impacto positivo en la aplicación práctica de la acción de regreso, porque encajaría plenamente con la política que ha adoptado el Tribunal de Cuentas acerca del ejercicio de sus funciones a este respecto, «una actitud considerablemente diferente al resto de la Administración pública que viene identificada por un grado de ejercicio de este medio legal que es cuando menos significativo, sobre todo si lo comparamos con el que conocen las demás herramientas reseñadas ahora»<sup>346</sup>.

### **7.3.2. La unificación de la regulación de la acción de repetición en Ecuador**

Una reforma de capital importancia que debe implementarse en Ecuador es la unificación de la acción de repetición en un solo cuerpo normativo. La duplicidad en la regulación de la acción de repetición en la COA, derivada del funcionamiento de los servicios públicos, y en la LOGJCC por la violación de derechos constitucionales, afecta la eficiencia de esta institución jurídica.

---

<sup>344</sup> Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso Sede: Madrid. (Roj: STS 5250/2011 - ECLI:ES:TS:2011:5250), de 21 de julio de 2011.

<sup>345</sup> VANEGAS ROA, P.: *Responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de la administración pública cuando provoquen menoscabo de los caudales públicos*, cit., p. 174.

<sup>346</sup> DE MIGUEL BERIAIN, Í.: *La responsabilidad de los empleados públicos por el incumplimiento de sus funciones*, cit., p. 65.

En la reforma se debe considerar que la acción de regreso es una institución del Derecho administrativo, que se resuelve ante los jueces de lo contencioso administrativo. Por lo tanto, es en el COA donde debe establecerse el marco regulatorio de la acción de repetición, independientemente si ésta proviene del funcionamiento de los servicios públicos o de la violación de derechos constitucionales.

### **7.3.3. La conexión de la acción de regreso con la responsabilidad patrimonial y con la responsabilidad administrativa**

Los casos de responsabilidad patrimonial en España y en Ecuador en su mayoría se producen debido a la actuación dolosa, culposa o gravemente negligente del agente estatal. Los casos de responsabilidad sin falta, como sostiene FERNÁNDEZ T. R., «son, aquí y fuera de aquí, pocos, como es natural, ya que cuando se actúa de forma regular y correcta no se produce normalmente daño alguno»<sup>347</sup>.

Por lo tanto, si la mayoría de los casos en que se determina la responsabilidad patrimonial de la Administración son por la actuación arbitraria, ilegal e irresponsable del agente estatal, entonces la acción de regreso no debe cumplir únicamente con la función de exigir el reembolso de los valores de la indemnización, sino que, además, debe constituirse en instrumento para prevenir cualquier conducta que afecte la prestación de los servicios públicos.

En este sentido, la reforma legal debe establecer la conexión entre la resolución o la sentencia que estime la responsabilidad patrimonial de la Administración y la responsabilidad subjetiva del agente estatal, tanto en el ámbito patrimonial como administrativo. Por ello, la resolución o sentencia, a más de determinar la existencia del nexo causal entre el daño antijurídico y el funcionamiento de los servicios públicos, debe: i) identificar la unidad administrativa titular del servicio; ii) individualizar al funcionario público responsable del daño; y iii) establecer las causas generadoras del daño antijurídico.

Bajo este esquema, los servidores públicos «deben responder patrimonialmente como cualquier otro ciudadano, asumiendo personalmente la obligación de indemnizar»<sup>348</sup>.

<sup>347</sup> FERNÁNDEZ, T.-R.: *Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración*, cit. p. 184.

<sup>348</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones públicas*, cit., p. 575.

Y como la responsabilidad patrimonial es independiente y acumulable a la responsabilidad disciplinaria<sup>349</sup>, concurrentemente los servidores públicos deben responder disciplinariamente, porque es «un incentivo para que los servidores públicos adopten medidas encaminadas a evitar daños similares»<sup>350</sup>.

Debe tenerse en cuenta que la responsabilidad disciplinaria es «una manifestación del poder de la Administración para mantener la disciplina interna dentro de la organización administrativa ante un incumplimiento o vulneración de las obligaciones y deberes de los empleados públicos, incumplimiento que, en ocasiones, puede generar daños y perjuicios a la Administración o a los particulares»<sup>351</sup>.

En España, la compatibilidad entre responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad patrimonial «se refleja normativamente en el art. 94.1 del Estatuto Básico del Empleado Público»,<sup>352</sup> que dispone que «las Administraciones públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio señalado en el artículo anterior cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudieran derivarse de tales infracciones».

En Ecuador, dicha compatibilidad está determinada en la Constitución de la República, en art. 11.9, inciso tercero, que establece 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». Asimismo, en el art. 233 determina que «ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, y serán responsable administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos».

La conexión de ambas responsabilidades «es indudable, por cuanto, muchas de las acciones u omisiones determinantes de responsabilidad disciplinaria llevan aparejada la causación de daños o perjuicios reales y efectivos a los bienes y derechos de la Administración en la que se

---

<sup>349</sup> La responsabilidad patrimonial repercute en el infractor la cuantía indemnizatoria abonada por la Administración. Con la responsabilidad disciplinaria, en cambio, se busca la retribución de la conducta no deseada y realizada por el empleado público, ejercitándose control sobre la actividad realizada.

<sup>350</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G.: *Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio*, cit., p. 6.

<sup>351</sup> FORTES GONZÁLEZ, A.: *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas*, cit., p. 338.

<sup>352</sup> FORTES GONZÁLEZ, A.: *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas*, cit., p. 338.

integran»<sup>353</sup>. Por ello, la sentencia o resolución que estime la responsabilidad patrimonial debe servir como un instrumento para exigir la responsabilidad administrativa por el quebrantamiento del Ordenamiento jurídico y la responsabilidad patrimonial por la indemnización realizada.

#### **7.3.4. La legitimación activa ante la inactividad administrativa**

La Administración pública por décadas ha mantenido la exclusividad de la legitimación activa en el ejercicio de la acción de regreso. Sin embargo, en la práctica la Administración no ha hecho uso de esta institución jurídica en defensa del patrimonio público. Por ello, es fundamental que ante la inactividad administrativa otros organismos públicos y la misma ciudadanía puedan asumir el ejercicio del derecho de repetición.

El España, entre otras posibilidades, se podría otorgar legitimación al Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción de regreso. Al respecto LÓPEZ GIL sostiene que sólo ampliando la legitimación y permitiendo el control del Ministerio Fiscal «conseguiremos que el ejercicio de la acción de regreso no quede a la mera voluntad de la administración»<sup>354</sup>.

Esta reforma tiene fundamento en la Constitución de 1978. El art. 124.1 de ésta dispone que «el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social».

En función del interés público se debería legitimar la intervención del Ministerio Fiscal, luego que ha transcurrido el plazo previsto para el inicio de la acción de regreso y que ésta no haya sido planteada por la Administración pública correspondiente. En este caso, el instrumento habilitante será la respectiva certificación en la cual se indique que dicha acción no ha sido formulada ante el Tribunal de Cuentas.

La otra reforma que se discute, frente a la inactividad administrativa, es la intervención de la ciudadanía como legitimada activa en el ejercicio de la acción de repetición. Al respecto, SAURA FRUCTUOSO señala que se «debe reconocer claramente al ciudadano su interés para que

<sup>353</sup> FORTES GONZÁLEZ, A.: *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas*, cit., p. 338.

<sup>354</sup> LÓPEZ GIL, M.: *Paradojas procesales que plantea el ejercicio de la acción de regreso en el ámbito de la responsabilidad sanitaria*, cit., p. 217.

se cumpla la legalidad en este asunto, permitiéndole acudir a la vía contenciosa en caso de pronunciamiento expreso denegatorio, silencio administrativo e inactividad de la Administración»<sup>355</sup>.

REBOLLO DELGADO, por su parte, señala que el ejercicio del derecho de petición «es una forma de activar el poder público, de ponerlo en funcionamiento»<sup>356</sup>. Así, la acción de regreso estaría vinculado con el derecho de petición, mediante el cual el ciudadano podrá pretender de cualquier institución pública, administración o autoridad una actuación sobre cualquier asunto, que sea competencia del destinatario y que no contenga una pretensión coincidente con un derecho o interés legítimo<sup>357</sup>.

Ahora bien, la última parte de este planteamiento es debatible, por cuanto, al tratarse del reembolso de recursos públicos, todos los ciudadanos tienen un interés legítimo que justificaría su intervención. La limitación de la ciudadanía no es por cuestiones de legitimación, sino más bien de medios, por las dificultades que implica acceder a la información, a las pruebas y otros medios fundamentales para iniciar y sustanciar la acción de regreso.

Por lo tanto, la reforma legislativa debe legitimar la intervención de la ciudadanía para que cualquier persona pueda plantear la acción de regreso ante el Tribunal de Cuentas. La intervención de la ciudadanía finalizará con el planteamiento de la acción. El Tribunal de Cuentas, posteriormente, notificará a la Administración y al Ministerio Público para que asuma la causa y continúe con el proceso respectivo. La Administración correspondiente y el MF podrán reformular los términos y demás elementos de la demanda. De la intervención de la ciudadanía no derivará perjuicio alguno para el accionante.

Aunque conceder legitimación a la ciudadanía podría resultar riesgoso porque podría generarse politización en cuanto a su aplicación práctica, lo cierto es que este mecanismo únicamente permitiría el accionar ciudadano en caso de inactividad administrativa y sólo en la formulación de la acción de regreso ante el Tribunal de Cuentas, con el único propósito de forzar a la Administración para que exija el reembolso del dinero pagado por concepto de responsabilidad patrimonial.

---

<sup>355</sup> SAURA FRUCTUOSO, C.: *La ignota acción de regreso de la administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad*, cit., p. 8.

<sup>356</sup> REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho de petición*, Revista de Derecho Político, nº 53, 2002, p. 91, en línea: <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8840/8433>

<sup>357</sup> REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho de petición*, cit. p. 91.

En Ecuador, la legitimación activa en el ejercicio de la acción de repetición tiene diferentes matices. En el caso del COA, corresponde exclusivamente a la Administración pública que realizó el pago indemnizatorio. Ningún otro organismo tiene competencia para exigir el derecho de repetición. En cambio, en la LOGJCC, a más de la legitimación atribuida a la Administración correspondiente, se ha extendido la legitimación a la PGE para exigir el reembolso de los dineros públicos cuando debe interponerse dicha acción contra la máxima autoridad o cuando se desconoce la identidad del servidor público.

Sin embargo, ni en el COA ni en la LOGJCC se ha previsto la intervención de otro organismo público ante a la inactividad administrativa en el ejercicio de la acción de repetición. Por lo tanto, la reforma legislativa debe establecer la legitimación activa de la PGE, cuando haya transcurrido el plazo previsto y la Administración no haya formulado la demanda de repetición. La intervención de la PGE está plenamente justificada en virtud de garantizar la vigencia del interés general.

En cuanto a la participación de la ciudadanía, únicamente la LOGJCC reconoce la legitimación activa para que cualquier persona pueda interponer la acción de repetición ante los tribunales de lo contencioso administrativo. Por ello, es necesario reformar el COA para reconocer la legitimación de la ciudadanía en el ejercicio de la acción ante la inactividad administrativa.

La Corte Constitucional en sentencia n.º 71-17-EP/22, 28 de noviembre de 2022, ha señalado que «en la legislación ecuatoriana, la acción de repetición tiene carácter popular pues cualquier persona puede presentar la acción.» Para que opere la legitimación activa de la ciudadanía la Corte ha previsto que «la predeterminación de responsabilidad no le es exigible a cualquier persona que presente la acción de repetición, sino a la máxima autoridad cuando esta sea la legitimada activa».

Lo cual es lógico, porque el particular no dispone de la información respectiva. Por lo tanto, la reforma debe legitimar a la ciudadanía para que pueda formular directamente la demanda de repetición ante el TCA respectivo. Posteriormente, el tribunal notificará a la máxima autoridad de la Administración correspondiente y a la PGE para que asuman el patrocinio de la causa. La Administración y la PGE podrán reformular el contenido de la demanda.

En caso de determinar la legitimación activa de otras Administraciones públicas o de la misma ciudadanía para ejercer la acción de repetición, será el interés general el principio que justifique su intervención, ya que es el patrimonio público lo que se busca proteger. Con ello,

se pretende dar mayor trascendencia, eficiencia y eficacia al ejercicio de la acción de repetición, como institución jurídica de cierre del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración.

### **7.3.5. La determinación del monto a repetir**

Como hemos podido observar, en el Ordenamiento jurídico español y ecuatoriano no se ha determinado claramente los parámetros que deben considerarse para estimar el monto que se debe repetir. En el caso de España, la LRJSP, en el art. 36.2, establece como criterios de ponderación para determinar dicho monto «el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso».

En el caso ecuatoriano, la ley no se refiere a ningún parámetro para estimar el monto a repetir. En la práctica, en las demandas de repetición se ha exigido el mismo que la Administración ha pagado por concepto de reparación patrimonial. Esta falta de regulación deja un amplio margen para que las autoridades o servidores públicos encargados de impulsar la acción recurran a criterios subjetivos, dejando de lado la objetividad con la que debe actuar la Administración pública.

Por lo tanto, se considera que la fórmula que debe implementarse en la reforma legal para determinar el monto de repetición debe ser la proporcionalidad vinculada, por un lado, a la gravedad de la actuación del servidor público y, por otro lado, al daño ocasionado.

Cuando se determine que la acción u omisión del servidor público ha sido dolosa, éste debe asumir la totalidad del daño ocasionado, dado que cualquier acción u omisión dolosa en el ejercicio de la función administrativa es prevista, querida y ejecutada con pleno conocimiento y voluntad.

Cuando la actuación u omisión del agente estatal sea culposa, el monto de repetición debe reducirse al menos en un 25% del valor de indemnización, puesto que la culpa se configura cuando la actuación del agente estatal se realiza sin la debida diligencia que exige la actividad administrativa, infringiéndose con ello el deber objetivo de cuidado que le corresponde al agente estatal, lo cual produce un resultado dañoso inintencional, debido a su imprudencia, negligencia o impericia.

Cuando la acción u omisión es gravemente negligente, la responsabilidad debe reducirse al menos en un 50% del monto de reparación, por cuanto la actuación del agente estatal se da sin

que medie intención de causar daño, sino que ésta se genera por descuido o debido a la acción incorrecta, inadecuada o insuficiente. Sin embargo, si la acción fue adecuada frente a las circunstancias específicas de la prestación del servicio público y las medidas tomadas por el agente estatal fueron suficientes, agotando todos los medios posibles para evitar el daño, se diluye la responsabilidad que se le pretenda imputar.

En cualquiera de los casos expuestos, el daño, para dar lugar a lesión, y ser, por tanto, indemnizable, debe derivar de hechos o circunstancias previsibles o evitables según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su producción, de acuerdo con el art. 34.1 LRJSP. La imprevisibilidad o inevitabilidad excluyen la antijuridicidad y, en consecuencia, la responsabilidad.

### **7.3.6. La investigación previa y el inicio de la acción**

La acción de regreso, al ser un mecanismo que tiene como una de sus finalidades la recuperación de los valores pagados por concepto de responsabilidad patrimonial, no debe tener un plazo de iniciación mayor a los treinta días, contados desde el momento que se realizó el pago de la indemnización o desde el momento en que se firmó el plan de pagos por parte de la Administración. Así lo impone el propósito de resarcir oportunamente el perjuicio económico que la Administración ha sufrido al responder por los daños ocasionado por su personal.

En el transcurso del plazo previsto, la Administración debe realizar la investigación correspondiente para reunir los elementos y la información necesaria para plantear la acción de regreso. En la fase de investigación se debe considerar que «la ponderación y valoración del dolo, imprudencia o negligencia graves y, más aún, las circunstancias moduladoras de la responsabilidad no deben valorarse con carácter previo al procedimiento propio de la acción de regreso»<sup>358</sup>, pero sí se debe contar con todos los elementos que permitan presumir la responsabilidad subjetiva del agente estatal.

Si ha transcurrido el plazo previsto y la Administración no ha planteado la acción de regreso, automáticamente se legitimará la intervención del MF en el caso de España y de la PGE en el caso de Ecuador. Con ello, estos organismos dispondrán de un plazo adicional de treinta días para plantear la acción de regreso, contados desde la notificación que se realice a la Administración con el inicio de la investigación. En este caso, la Administración coordinará

---

<sup>358</sup> SAURA FRUCTUOSO, C.: *La ignota acción de regreso de la administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad*, cit., p. 9.

con el MF y la PGE, según corresponda, el desarrollo de las diligencias respectivas y facilitará la entrega de la información que se requiera.

Previo a formular la acción de regreso se debe contar con la resolución o sentencia que estime la responsabilidad patrimonial de la Administración; el documento que acredite la totalidad del pago indemnizatorio realizado o el plan de pagos debidamente aprobado; y los informes que demuestren que el daño antijurídico producido en la prestación del servicio público ha sido por la conducta dolosa, culposa o gravemente negligente del agente o exagente estatal.

### **7.3.7. La incorporación de mecanismos de control**

Tras el análisis de la legislación española y ecuatoriana se ha hecho evidente la falta de mecanismos de control ante la inactividad administrativa en el ejercicio de la acción de regreso. La Administración no tiene quien la controle, quien la vigile, nadie que la pueda obligar a ejercer el derecho de repetición. Quizá ésta sea una de las razones por las cuales esta institución jurídica en la práctica es tan débil.

Por ello, se torna fundamental implementar reformas legislativas que permitan incorporar mecanismos de control ante la inactividad administrativa, lo cual resulta clave para un adecuado funcionamiento de la Administración pública. En el sistema español lo que mejor se adaptaría es que el Tribunal de Cuentas controle y exija a la Administración el ejercicio de la acción de regreso.

Debe tomarse en consideración que la Constitución de 1978 atribuye al Tribunal de Cuentas la fiscalización del sector público y el enjuiciamiento de la responsabilidad contable. Así pues, se trata de un órgano colegiado cuya estructura responde a la doble naturaleza, fiscalizadora de la gestión económico-financiera del sector público y jurisdiccional, juzgando y ejecutando lo juzgado en el ámbito de la responsabilidad en que incurran quienes tengan a su cargo la recuperación de fondos públicos.

En el caso ecuatoriano, la reforma legislativa debe atribuir a la Contraloría General del Estado (en adelante, CGE) el control en el ejercicio de la acción de regreso, por ser precisamente este organismo el encargado del sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, cuya competencia consiste en examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos. En este sentido, la CGE en función de esta atribución tendría capacidad de

imponer sanciones administrativas o civiles en contra de los funcionarios públicos cuando no ejerzan el derecho de repetición.

### **7.3.8. La sanción disciplinaria ante la inactividad administrativa**

La aplicación práctica de la acción de regreso se ha convertido en un asunto netamente discrecional, sometido a la voluntad de quienes tienen la obligación jurídica de iniciar e impulsar la acción en sus diferentes instancias. La discrecionalidad administrativa se da principalmente por la falta de un marco regulatorio que incorpore dentro de sus disposiciones legales sanciones disciplinarias en contra de las autoridades y servidores públicos que retrasen o no formulen la acción de regreso.

Frente a esta discrecionalidad y ausencia de un marco regulatorio, surge la necesidad de «establecer un sistema de sanciones respecto a las autoridades y órganos superiores que no ejercieran la obligada acción de regreso»<sup>359</sup>. En este sentido, en la reforma legal debe considerarse como falta grave el hecho no plantear la acción de regreso dentro del plazo previsto en la ley.

En España, el procedimiento disciplinario lo iniciará y sustanciará el MF ante Tribunal de Cuentas, órgano de control que emitirá la sanción respectiva de acuerdo con el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). En Ecuador, corresponde a la PGE, iniciar y sustanciar el procedimiento disciplinario, ante la CGE, organismo público que emitirá la sanción respectiva.

La acción de regreso es un derecho y un deber que debe ejercerse obligatoriamente por parte de la Administración pública, luego de realizar el pago indemnizatorio, por cuanto la acción está vinculada al interés general y tiene como finalidad proteger el patrimonio público y proteger la prestación del servicio público frente a cualquier conducta antijurídica que afecte los bienes y derechos de las personas.

En este sentido, no cabe ninguna justificación por parte de los funcionarios al servicio de la Administración para dejar de exigir el cumplimiento de la acción de regreso. Ninguna autoridad o servidor público estará exento de responsabilidades por los actos u omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones. La máxima autoridad y los funcionarios designados para ejercer el derecho de repetición serán responsables administrativamente en el ámbito de sus competencias por el retraso o falta de aplicación de la acción.

<sup>359</sup> BLANQUER CRIADO, D.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Ponencia especial de estudios del Consejo de Estado, Ministerio de Administraciones públicas, Madrid, 1997, pp. 117 y 119.

### 7.3.9. La implementación de mecanismos de transparencia

La transparencia, de acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), es un concepto «relacionado con la posibilidad de que la información real de una empresa, gobierno u organización puede ser consultada por los diferentes sujetos afectados por ella, de tal modo que éstos pueden tomar decisiones con conocimiento de causa y sin asimetría de información»<sup>360</sup>.

En España, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre<sup>361</sup> en el preámbulo señala que la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Esta norma señala además que «sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos».

Sin embargo, en la práctica del ejercicio de la acción de regreso, las autoridades y demás funcionarios públicos llamados a exigir el reembolso de los recursos públicos no están sometidos al escrutinio de la ciudadanía, «a pesar de que las bases de datos jurisprudenciales están trufadas de Sentencias declarando la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, mediando situaciones de dolo o imprudencia graves, existe una ausencia total de datos oficiales respecto al número de acciones o al ejercicio de la vía de regreso por la Administración»<sup>362</sup>.

Prácticamente no se cuenta «con datos de su ejercicio efectivo, tanto desde la época de su configuración facultativa como preceptiva»<sup>363</sup>. Falta mucho camino por recorrer para configurar un sistema transparente, en el que los ciudadanos tengan acceso a la información pública que se genera con relación al ejercicio de la acción de regreso.

En Ecuador, la transparencia en relación con la aplicación de la acción de regreso es aún más compleja, por cuanto se carece de información que dé cuenta de los rubros recuperados por

---

<sup>360</sup> PERRAMON J.: *La transparencia: concepto, evolución y retos actuales*. Revista de Contabilidad y Dirección Vol. 16, año 2013, pp. 11-27, School of Management - Universitat Pompeu, 2013, p.12, en línea:

[https://accid.org/wp-content/uploads/2018/10/La\\_transparencia\\_Concepto\\_evolucion\\_y\\_retos\\_a.pdf](https://accid.org/wp-content/uploads/2018/10/La_transparencia_Concepto_evolucion_y_retos_a.pdf)

<sup>361</sup> Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

<sup>362</sup> SAURA FRUCTUOSO, C.: *La ignota acción de regreso de la administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad*, cit. p. 6.

<sup>363</sup> SAURA FRUCTUOSO, C.: *La ignota acción de regreso de la administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad*, cit., p. 6.

el ejercicio del derecho de repetición o de bases de datos que sistematicen las sentencias que estimen la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, ya sea en los casos derivados de la deficiente prestación de los servicios o de la violación de los derechos constitucionales.

Ni la Administración pública afectada por la erogación de los recursos públicos, ni los organismos jurisdiccionales, ni los organismos de control están obligados a publicar información relacionada con el ejercicio de la acción de regreso. Por ello, se torna «fundamental la mejora de la regulación y de las prácticas de las diferentes administraciones públicas»<sup>364</sup>.

Frente a esta falta de transparencia, deben implementarse reformas legislativas que obliguen a las Administraciones correspondientes a publicar la información relacionada con los valores que anualmente se pagan por concepto de responsabilidad patrimonial y los valores que se recuperan mediante el ejercicio de la acción de regreso. A este respecto ha de tenerse en cuenta que «los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social»<sup>365</sup>.

#### **7.3.10. La rendición de cuentas**

La rendición de cuentas «constituye el mecanismo a través del cual los responsables de la entidad responden de la gestión económica-financiera desarrollada ante quienes les proporcionan sus recursos y atienden a las necesidades de información de los usuarios: el parlamento nacional, el Tribunal de Cuentas, las asambleas legislativas autonómicas, los órganos de control externo autonómicos, los gestores, los órganos de control interno, los usuarios de los servicios públicos, los órganos de representación política, los acreedores, los analistas económicos y financieros, los servicios de rating, las organizaciones públicas nacionales o internacionales, los contribuyentes y los ciudadanos en general»<sup>366</sup>.

La responsabilidad de los poderes públicos «requiere un régimen de rendición de cuentas»<sup>367</sup> que permita poner en conocimiento de la ciudadanía y de los organismos

---

<sup>364</sup> PERRAMON J. *La transparencia: concepto, evolución y retos actuales*, Revista de Contabilidad y Dirección Vol. 16, año 2013, (pp. 11-27), Barcelona School of Management - Universitat Pompeu Fabra, 2013, p.21, en línea:

[https://accid.org/wp-content/uploads/2018/10/La\\_transparencia\\_Concepto\\_evolucion\\_y\\_retos\\_a.pdf](https://accid.org/wp-content/uploads/2018/10/La_transparencia_Concepto_evolucion_y_retos_a.pdf)

<sup>365</sup> Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

<sup>366</sup> TRIBUNAL DE CUENTAS.: *Informe sobre actuaciones del Tribunal de Cuentas para promover la rendición de cuentas en el ámbito local*, (núm. 1074), 2014, p. 2, en línea:

<https://www.tcu.es/repositorio/beef3ff7-afeb-4ac9-a4ef-a97b753df91f/11074.pdf>

<sup>367</sup> RIVERO ORTEGA, R. Y GRANDA AGUILAR, V.: *Derecho Administrativo*, 1ª ed. Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Quito, 2017, p. 35.

competentes la información relacionada con los valores que la Administración ha pagado por concepto de responsabilidad patrimonial y aquellos rubros que ha recuperado aplicando la acción de repetición.

Además de ello, la rendición de cuentas incluiría las acciones implementadas por la Administración para mejorar la prestación de los servicios públicos; la capacitación brindada a los servidores públicos correspondientes respecto del asunto que ha sido objeto del daño antijurídico; y las sanciones disciplinarias que se hayan impuesto en contra de los funcionarios que han actuado al margen de la ley debido a su conducta dolosa, culposa o gravemente negligente en el ejercicio de sus funciones.

Para el efecto, cabe valorar la procedencia de la implementación de una unidad administrativa que concentre la información derivada de los daños ocasionados en la prestación de los servicios públicos, cuya finalidad sea el seguimiento de las acciones ejecutadas para mejoramiento del servicio que permitan prevenir las conductas antijurídicas atribuibles a la Administración.

## 8. CONCLUSIONES

I.- En España y en Ecuador se ha desarrollado un sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas directo y objetivo que cumple una función fundamental en la defensa de los derechos y patrimonio de las personas. Sin embargo, paradójicamente también se ha configurado en un sistema que genera: impunidad en favor de los funcionarios públicos responsables del daño antijurídico; ineficiencia de la Administración en el ejercicio de la acción de regreso; falta de precaución en la prestación de los servicios públicos; y perjuicio económico al Estado porque la indemnización es asumida con recursos públicos que no se recuperan.

La Administración efectivamente responde por los daños ocasionados debido al funcionamiento de los servicios públicos, pero no ejerce la acción de regreso para reembolsar los valores pagados por concepto de indemnización, lo cual afecta directamente al patrimonio estatal y a la prestación de los servicios públicos. Por lo tanto, es fundamental implementar reformas de gran calado que aseguren la operatividad y la efectividad de la acción de regreso tanto en España como en Ecuador.

II.- Una de las reformas más importantes que se proponen es el replanteamiento de la acción de regreso en España, otorgando competencia al Tribunal de Cuentas para que resuelva las acciones de regreso, al tratarse de un asunto económico que implica la recuperación de recursos públicos. La intervención de este organismo garantizaría la imparcialidad en el ejercicio y resolución de la acción, porque es un actor independiente, no es juez y parte en el procedimiento de regreso como sucede con la Administración, que enfrenta un conflicto entre el *statu quo* de los empleados públicos y la satisfacción del interés general. El fundamento jurídico de esta reforma es el principio de imparcialidad reconocido en el art. 41.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). Esta reforma adicionalmente implica reconducir la acción de regreso siguiendo el esquema de la responsabilidad contable, vinculada al manejo de caudales o efectos públicos y a la finalidad reparadora del daño causado a las arcas públicas.

III.- En Ecuador la duplicidad en la regulación de la acción de repetición, tanto en el COA por los casos derivados por el funcionamiento de los servicios públicos, como la acción regulada en la LOGJCC por la violación de derechos constitucionales, afecta la eficacia de esta institución jurídica. Por ello, una de las reformas sustanciales que se debe realizar es la unificación de la regulación de la acción de repetición en el COA, ya que se trata de una institución que forma parte del Derecho administrativo y que se resuelve en la jurisdicción contencioso-administrativa, independientemente si ésta proviene del funcionamiento de los servicios públicos o de la violación de derechos constitucionales.

IV.- Tanto en España como en Ecuador existe un vacío normativo que no permite establecer la conexión de la acción de regreso con la responsabilidad patrimonial y con la responsabilidad administrativa. Ello implica que, en la práctica, estas instituciones jurídicas, que son complementarias, se ejerciten de manera separada, lo que limita el propósito de esta acción, que es exigir el reembolso de los valores pagados por concepto de indemnización y constituirse en un instrumento para prevenir cualquier conducta irregular que afecte la prestación de los servicios públicos.

En este contexto, el empleado público debe asumir la responsabilidad patrimonial ante la ciudadanía en virtud de la satisfacción del interés general y paralelamente debe asumir la responsabilidad disciplinaria ante la Administración por la ilegalidad o arbitrariedad en el ejercicio de sus competencias. Para ello, es necesario incorporar en el art. 91.2 de la LPACAP y en el final del art. 343 del COA la previsión de que las resoluciones o sentencias en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, a más de establecer la existencia del nexo causal entre el daño antijurídico y el funcionamiento de los servicios públicos, deben: i) identificar la unidad administrativa titular del servicio; ii) individualizar al funcionario o funcionarios públicos presuntamente responsables de la generación del daño; y iii) establecer las causas generadoras del daño antijurídico.

V.- Uno de los principales aspectos que limita la aplicación de la acción de regreso tanto en España como en Ecuador es la inactividad administrativa. Por ello, se propone que frente a esta inactividad la reforma legal establezca que otros organismos públicos y la misma ciudadanía puedan asumir el ejercicio del derecho de repetición. En el caso español, debe otorgarse legitimación al MF, por ser el organismo competente para promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (CE, art. 124.1). En el caso ecuatoriano, la legitimación activa en el ejercicio

de la acción de repetición debe otorgarse a la PGE, por ser el organismo competente para representar judicialmente al Estado y a las Entidades públicas, (CRE, art. 237.1).

Paralelamente a esta reforma es necesario otorgar legitimación activa a la ciudadanía. En el caso de España, la reforma habilitaría a cualquier persona para que pueda plantear la acción de regreso ante el Tribunal de Cuentas, organismo que posteriormente notificaría a la Administración y al MF para que asuman la causa y continúen con el proceso respectivo. La Administración correspondiente y el MF podrán reformular los términos y demás elementos de la demanda. En el caso ecuatoriano, la reforma habilitaría a cualquier persona para que pueda plantear la acción de regreso ante el TCA y posteriormente este organismo notificaría a la Administración y a la PGE para que asuman la causa y continúen con el proceso respectivo. La Administración correspondiente y la PGE podrán reformular los términos y demás elementos de la demanda. En los dos casos, de la intervención de la ciudadanía no derivará perjuicio alguno para el accionante.

VI.- En el Ordenamiento jurídico español, aunque el art. 36.2 de la LRJSP establece como criterios de ponderación el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso es necesario, además, incorporar parámetros que establezcan la proporcionalidad entre el daño ocasionado y el grado de intervención del agente estatal.

Cuando la acción u omisión ha sido dolosa, éste debe asumir la totalidad del daño ocasionado, por mediar circunstancias previstas, queridas y ejecutadas con pleno conocimiento y voluntad. Cuando la actuación u omisión ha sido culposa, el monto de repetición puede reducirse al menos en un 25% del valor de la indemnización, puesto que esta actuación ha sido realizada sin la debida diligencia, infringiéndose el deber objetivo de cuidado que le corresponde al agente estatal, sin que medien circunstancias previstas y queridas. Cuando la acción u omisión ha sido gravemente negligente, la responsabilidad puede reducirse al menos en un 50% del monto de reparación, porque la actuación del agente estatal se da sin que medie intención de causar daño, sino que ésta se genera por descuido o debido a la acción incorrecta, inadecuada o insuficiente.

En el caso ecuatoriano no se ha determinado ningún criterio de ponderación ni se ha establecido parámetros de proporcionalidad para estimar el monto que se debe repetir. En la práctica, las demandas de repetición exigen el mismo monto que la Administración pagó por

concepto de reparación patrimonial. Frente a este vacío normativo, es fundamental incorporar en la regulación de la acción los criterios de proporcionalidad y los parámetros de ponderación descritos anteriormente.

VII.- Tanto en el Ordenamiento jurídico español como ecuatoriano, existe un vacío legal en cuanto al plazo para el desarrollo de la investigación previa y el inicio de la acción de regreso. Por ello, debe establecerse el plazo máximo de treinta días para la investigación e inicio de la acción. Si ha transcurrido este plazo y la Administración no ha planteado la acción de regreso, automáticamente se legitimará la intervención del MF en el caso de España y la intervención de la PGE en el caso de Ecuador.

Estos organismos dispondrían de un plazo adicional de treinta días para realizar la investigación y plantear la acción de regreso. La Administración coordinará con el MF en el caso español o con la PGE en el caso ecuatoriano las diligencias respectivas y facilitará la entrega de la información que se requiera.

VIII.- Tras el análisis de la legislación española y ecuatoriana se ha hecho evidente la falta de mecanismos de control frente a la inactividad administrativa en el ejercicio de la acción de regreso. La Administración, no tiene quien la controle, quien la vigile, nadie que la pueda obligar a ejercer el derecho de repetición. Por ello, es fundamental implementar reformas legislativas que permitan incorporar mecanismos de control. En el sistema español lo que mejor se adaptaría es que el Tribunal de Cuentas controle y exija a la Administración el ejercicio de la acción de regreso, al tratarse de un órgano que responde a una doble naturaleza, fiscalizadora de la gestión económico-financiera del sector público y jurisdiccional, juzgando y ejecutando lo juzgado en el ámbito de la responsabilidad en que incurran quienes tengan a su cargo la recuperación de fondos públicos. En el caso ecuatoriano, la reforma legislativa debe atribuir a la Contraloría General del Estado el control en el ejercicio de la acción de regreso, por ser este organismo el encargado del sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado.

IX.- En la práctica, la aplicación de la acción de regreso se ha convertido en un asunto discrecional, sometido a la voluntad de quienes tienen la obligación jurídica de iniciar e impulsar la acción en sus diferentes instancias. La discrecionalidad se da principalmente por la falta de un marco regulatorio que incorpore dentro de sus disposiciones legales sanciones disciplinarias en contra de las autoridades y servidores públicos que no ejerciten la acción de regreso.

Frente a esta discrecionalidad y ausencia de un marco regulatorio, surge la necesidad de establecer reformas que consideren como falta grave el hecho de no plantear la acción de regreso dentro del plazo previsto en la ley. En España, el procedimiento disciplinario lo iniciará y sustanciará el MF ante el TC, organismo de control que emitirá la sanción respectiva de acuerdo con el EBEP. En Ecuador, correspondería a la PGE iniciar y sustanciar el procedimiento disciplinario ante la CGE, organismo público que emitirá la sanción respectiva.

X.- En el ejercicio de la acción de regreso, las autoridades y demás funcionarios públicos llamados a exigir el reembolso de los recursos públicos no están sometidos al escrutinio de la ciudadanía, pues en la práctica no se publican datos que den cuenta de la aplicación de la acción de regreso, ni la información en torno a los valores pagados por concepto de responsabilidad y a los valores recuperados por el ejercicio del derecho de repetición. Frente a esta falta de transparencia, deben implementarse reformas legislativas que obliguen a la Administración a publicar la información relacionada con los valores que anualmente se pagan por concepto de responsabilidad patrimonial y los valores que se recuperan mediante el ejercicio de la acción de regreso.

XI.- Persiste la necesidad de implementar un sistema de rendición de cuentas que permita poner en conocimiento de la ciudadanía y de los organismos competentes la información relacionada no sólo con los valores que la Administración ha pagado por concepto de responsabilidad patrimonial y aquellos rubros que ha recuperado ejerciendo el derecho de repetición, sino también con las acciones implementadas por la Administración para mejorar la prestación de los servicios públicos; la capacitación brindada a los agentes estatales en relación al asunto que ha sido objeto del daño antijurídico; y las sanciones disciplinarias que se hayan impuesto en contra de aquellas autoridades o empleados al servicio de la Administración que han actuado al margen de la ley, debido a su conducta dolosa, culposa o gravemente negligente en el ejercicio de sus funciones.



## 9. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA GALLO, P.: *La responsabilidad del Estado-Juez. Error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, Montecorvo S.A., Madrid, 2005.
- ACOSTA, M.: *La responsabilidad del empleado público en España*. Revista CES Derecho. Vol. 10, No. 2, (605-640), julio–diciembre, 2019, en línea:  
<http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v10n2/2145-7719-cesd-10-02-605.pdf>
- ALFONSO GONZÁLEZ, I., CASTRO SÁNCHEZ, F., & VACA ACOSTA, P.: *Responsabilidad extracontractual del estado por deficiente prestación del servicio público de salud en Ecuador*, Revista Asociación Latinoamericana De Ciencias Neutrosóficas. ISSN 2574-1101, Vol., 19, 2022, en línea:  
<http://fs.unm.edu/NCML2/index.php/112/article/view/176>
- ALMANZA JUNCO, E.: *Constitucionalización de los derechos laborales a través del desarrollo jurisprudencial en el caso de la estabilidad laboral y ocupacional reforzada*. Revista de Estudios Socio Jurídicos, 23(1), (pp.,1-17), 2020, en línea:  
<https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.10026>
- ALONSO TIMÓN, A.: *Las Formas de Acción Administrativa*. En, ALONSO, A.; ARÉVALO, A.; BURZACO, M.; JEREZ, J.; Y, TARLEA, R.: *Medios y Formas de Acción Administrativa*, Dykinson, S.L., Madrid, 2017.
- ALTAMIRA GIGENA, J.: *Responsabilidad del Estado*, Astrea, Buenos Aires, 1973.
- ARÉVALO REYES, H.: *Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. LTDA. Medellín, 19882, p. 121.
- ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR.: *Informe para el segundo debate del Proyecto de Código Orgánico Administrativo, aprobado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado*, Quito, 21 de diciembre de 2016, en línea:  
<https://leyes.asambleanacional.gob.ec/>
- ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR.: *Informe de Primer Debate del Proyecto del Código Orgánico Administrativo*, Quito, 2016, en línea:

<https://es.slideshare.net/mariangel1982/informe-para-primer-debate-del-proyecto-de-codigo-orgnico-administrativo>

ÁVILA SANTAMARÍA, R.: *Los Derechos y sus garantías. Ensayos críticos*, Corte Constitucional para el Período de Transición, Quito, 2012.

BADENES GASSET, R.: *Metodología del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1959.

BALESTERO CASANOVA, M.: *¿Qué es el derecho a la estabilidad laboral tecnológica?* Revista de Derecho, 21, (pp.118-148), 2020, en línea: <https://doi.org/10.22235/rd.vi21.2100>

BLANQUER CRIADO, D.: *Los daños por la COVID-19. (Responsabilidad patrimonial; ordenación y privación de los derechos)* (pp. 399 – 502). En BLANQUER, D. (Coord.): *COVID-19 y Derecho Público. (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

——— *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Ponencia especial de estudios del Consejo de Estado, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1997.

BARROS BOURIE, E.: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 1ª ed., Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2010.

CASADO CASADO, L.; GIL CASIÓN, I.; PALLARÉS SERRANO, A.; DE LA VARGA PASTOR A.; PRESICCE L. (Autores). FUENTES I G.; JOSEP, R. Y GIFREU I FONT, J. (Directores).: *Esquemas de Procedimiento Administrativo*, 4ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

CASSAGNE, J. C.: *Acerca de algunas cuestiones que debaten civilistas y administrativistas en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado*, Revista de Administración Pública, 214, 11-42, 2021, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.214.01>

CASTRO ESTRADA, A.: *El sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado*. En: PAMPILLO BALIÑO, J. & MUNIVE PÁEZ, M., Coord.: *Derecho Administrativo*, 1ª ed., Editorial Porrúa S.A., México D.F., 2012.

CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO (CLAD).: *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*, Ciudad de Panamá, 2013, en línea:

[https://intercoonecta.aecid.es/Documentos%20de%20la%20comunidad/Carta\\_%20Derechos%20y%20Deberes%20Ciudadano.pdf](https://intercoonecta.aecid.es/Documentos%20de%20la%20comunidad/Carta_%20Derechos%20y%20Deberes%20Ciudadano.pdf)

COBO OLVERA, T.: *El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas*, 1ª ed., Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1998.

- COBO OLVERA, T Y COBO PERALTA, T.: *El procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas*. 7ma edición, Wolters Kluwer, España, 2019.
- COURTIS, C.: *El juego de los juristas: ensayo de caracterización de la investigación dogmática, en Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, (pp.105-156), Trotta, Madrid, 2006.
- COUTURE, E.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1958.
- CONSEJO DE ESTADO DE ESPAÑA.: *Memoria del año 2020*, Madrid, 2021, en línea:  
<https://www.consejo-estado.es/wp-content/uploads/2021/05/Memoria-2020-Consejo-de-Estado.pdf>
- DANÓS ORDÓNEZ, J.: *El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana*. THEMIS, Revista de Derecho, número 55, (pp. 255-264). Lima, 2008, en línea:  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9236/9650>
- DE AHUMADA RAMOS, F. J.: *La responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos estructurales: Lesión de Derechos y Nexo Causal entre la Lesión y el Funcionamiento de los Servicios Públicos*, 1ª ed., Aranzadi. S.A., Navarra, 2004.
- DE FERRARI, F.: *Derecho del Trabajo*, Vol. I (2ª ed.). Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1968.
- DE MIGUEL BERIAIN, Í.: *La responsabilidad de los empleados públicos por el incumplimiento de sus funciones*. Revista Jurídica de Castilla y León. Número 43, septiembre 2017, ISSN: 2254-3805. (pp. 41 – 68), 2017, en línea:  
[http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1131978346397/\\_/1284752925752/Redaccion](http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1131978346397/_/1284752925752/Redaccion)
- DOMÉNECH PASCUAL, G.: *Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio*, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N°. 2, Barcelona, 2008, en línea: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/545\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/545_es.pdf)
- DWORKIN, R.: *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press, Cambridge, 2011.
- DUQUE SÁNCHEZ, L. C.: *Acción de Repetición en Colombia. Una tarea pendiente en la administración pública (I avance)*. Jurídicas, 9(1), 136–153, Caldas, 2012, en línea:  
<https://revistasojs.ucaldas.edu.co/index.php/juridicas/article/view/4923>
- FERNÁNDEZ, T. R.: *Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración*, Revista de Administración Pública, 216, 169-186, Madrid, 2021.

- Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. I. Editori Laterza, Roma-Bari, 2007.
- *Doce cuestiones en torno a Principia iuris*. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. N° 1, septiembre 2011 – febrero 2012, (pp. 3-34), ISSN 2253-6655. Traducción de José Roberto Ruiz Saldaña, 2012.
- FERRER MURILLO, J Y ZULUAGA JARAMILLO, A.: *Interpretación y argumentación jurídica*, 2a. ed., Universidad de Medellín, Medellín, 2013.
- FORTES GONZÁLEZ, A.: *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas*, 1ª ed., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2014.
- GALINDO, J. C.: *La Responsabilidad del Agente Estatal, la Acción de Repetición y el Llamamiento en garantía*. Boletín de Derecho Público, Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, 2006.
- GALLARDO CASTILLO, M.: *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Revista Estudios Socio-Jurídicos, (pp. 41-59), Colombia, 1999, en línea:  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2723397>
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1984.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E Y FERNÁNDEZ T. R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, 13ª ed., Aranzadi, S.A., Navarra, 2013.
- *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, Editorial Palestra - Temis, Lima - Bogotá, 2011.
- *Curso de Derecho Administrativo II*, 8ª ed. Civistas, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 5ª ed., Civistas-Thomson, Madrid, 2010.
- *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Pública*, 3ª ed., Civistas, Madrid, 2004, p. 576.
- GUANOLUISA ALMACHE, F.; BOSQUEZ REMACHE, J.; ESPARZA PIJAL, S.; BENAVIDES SALAZAR, C.: *Apuntes sobre los métodos de investigación y técnicas de recolección de datos utilizadas en la investigación jurídica*. Bibliotecas. Anales de Investigacion;19(2 especial), (pp. 1-17), 2023, en línea:

- HENAO, J.: *Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado*. Revista de Derecho Privado. núm. 28, (enero-junio, 2015, pp. 277-366). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, en línea:  
<https://www.redalyc.org/pdf/4175/417539919010.pdf>
- JARAMILLO ORDÓÑEZ, H.: *Manual de Derecho Administrativo*, UTPL, Ediloja, Loja, 2014.
- JARAMILLO ORDÓÑEZ, H. Y JARAMILLO LUZURIAGA P.: *Justicia Administrativa en el sistema oral*, Offset Grafimundo, Loja, 2014.
- JHAYYA SEGOVIA, A.: *Diccionario Derecho Administrativo*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008.
- JIMÉNEZ, W. G., & SOLER PEDROZA, I.: *Causas de ineficacia de la acción de repetición en Colombia y sus posibles correctivos*. Diálogos De Saberes, (36), 65–80, Bogotá, 2012, en línea:  
<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/1846>
- JINESTA E.: *Responsabilidad Administrativa, Constitución y Derechos Fundamentales* (pp. 961 – 998). En FERRER MAC-GREGOR, E. y ZALDIVAR LELO DE LARREA, A, Coord.: *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador de Derecho*. Tomo XVIII, Procesos Constitucionales Orgánicos. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, México 2008.
- LAMAS, F.: *Dialéctica y Derecho*, en Circa Humana Philosophia, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, N° III, Buenos Aires, 1998.
- LARREA HOLGUÍN, J.; *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. Derecho Civil. Tomo II*, Universidad Tecnológica Equinoccial y Fundación Latinoamericana Andrés Bello – CODEU., Ecuador, Quito, 2008.
- LÓPEZ GIL, M.: *Paradojas procesales que plantea el ejercicio de la acción de regreso en el ámbito de la responsabilidad sanitaria*, Revista de Derecho Procesal. Núm. 1/2021, (pp. 175-221), 2021, en línea:  
<https://app.vlex.com/#vid/876692284>
- LÓPEZ MENUDO, F; GUICHOT REINA, E. Y CARRILLO DONAIRE, J.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, S.A., Valladolid, 2005.

- LÓPEZ PEÑA1. E.: *Relatividad de contenido del interés general por su dependencia al principio de estado social y democrático de derecho*. Ciencia Jurídica Universidad de Guanajuato. División de Derecho, Política y Gobierno. Departamento de Derecho. Año 3, núm. 6. p. 162. Reseña: (A propósito del libro *Con miras del Interés General*, de los profesores RIVERO YSERN, E., Y RODRIGUEZ ARANA-MUÑOZ, J. Ed. BUBOK Publishing. SL. España). Guanajuato, 2014.
- MARCOS, F.: *Los principios jurídicos, la dialéctica y la retórica*, Prudentia Iuris. nro 81, 2016, en línea: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2977>
- MARTÍNEZ, B-G. V.: *Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVI, núm. 136, (pp. 39-67), 2013.
- MARTÍN REBOLLO, L.: *Manual de las Leyes Administrativas*, Aranzadi. Navarra, 2019.
- *La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos*, JS Juristas de la Salud, Volumen 9. Número 1 – 2001, en línea: <https://www.ajs.es/es/index-revista-derecho-y-salud/volumen-9-numero-1-2001/la-accion-regreso-los-profesionales>
- MARTÍNEZ MONTENEGRO, I.: *Sobre los métodos de la investigación jurídica*, Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, (pp. 1-4), E-ISSN 0719-2150, Vol. 14, N° 1, 2023, en línea: doi: <https://doi.org/10.7770/rchdcp-V13N2-art2994>
- MASSÓ GARROTE M. F.: *El Principio Jurídico Constitucional de la Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Trajano Potentini & Asocs., S.R.L., Santo Domingo, República Dominicana, 2014.
- MIGUEZ MACHO, L.: *El principio de objetividad de la Administración (Presentación)*. DA. Revista Documentación Administrativa, n° 289, enero-abril 2011, pp. 11-17, ISSN: 0012-4494, España, 2011, en línea: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/10066>
- MIR PUIGPELAT, O.: *La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración*, Revista de Administración Pública, 213, (pp. 29-47), 2020, en línea: doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.02>
- *La responsabilidad Patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2002.

- MIR PUIGPELAT, O.: *Funcionaris responsables. La responsabilitat civil del personal al servei de l'Administració*, Revista jurídica de Catalunya. 2002;101(4):1023-57, en línea: [https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/42930/Mir\\_rjc\\_func.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/42930/Mir_rjc_func.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- MOLINA BETANCUR, C. Y CAÑÓN SOLANO, M.: *La Acción de Repetición*, 1ª ed., Universidad de Medellín, Medellín, 2013.
- MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I.: *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas*. En: *La Responsabilidad Patrimonial del Estado II*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, número 24, 3ra época, Getafe, Madrid, 2003, en línea: [https://patrimoniocumental.icam.es/es/catalogo\\_imagenes/grupo.do?path=1032717](https://patrimoniocumental.icam.es/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=1032717)
- MORALES, M.: *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010.
- NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.: *Observación General N° 18*, sobre contenido normativo del Artículo 6 Derecho al Trabajo del Pacto de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), 2005.
- NIETO, A.: *La Administración sirve con objetividad los intereses generales, Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, T. III, Civitas, Madrid, 1991.
- PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo III: Bienes públicos, Derecho Urbanístico*, Open Ediciones Universitarias, Madrid, 2014.
- PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, 10ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- OBREGÓN SEVILLANO, T. M.: *Estabilidad Laboral No es Sinónimo de Reposición*. Derecho & Sociedad, (46), 199-206, 2016, en línea: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18832>
- OREIRO ROMAR, A.: *Responsabilidad patrimonial por el impacto de la normativa COVID-19 en el ejercicio de las actividades económicas*. Revista Galega de Administración Pública, EGAP. Núm. 64, julio-diciembre 2022, (pp. 269-295). Santiago de Compostela, 2022, en línea: <https://doi.org/10.36402/regap.v2i64.4983>
- PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. Dykinson, Madrid, 2009.

- PERRAMON J.: *La transparencia: concepto, evolución y retos actuales*, Revista de Contabilidad y Dirección Vol. 16, año 2013, (pp. 11-27), Barcelona School of Management - Universitat Pompeu Fabra, 2013, en línea: [https://accid.org/wp-content/uploads/2018/10/La\\_transparencia\\_Concepto\\_evolucion\\_y\\_retos\\_a.pdf](https://accid.org/wp-content/uploads/2018/10/La_transparencia_Concepto_evolucion_y_retos_a.pdf)
- PLÁ, RODRÍGUEZ. A.: *Curso de Derecho Laboral, Contrato de Trabajo*. Tomo II Volumen I. Ediciones IDEA, Montevideo, 1987.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.: *Objeción parcial al Proyecto de Código Orgánico Administrativo*, Quito, 21 de mayo de 2017, en línea: <https://leyes.asambleanacional.gob.ec/>
- REAL ACADÉMICA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, en línea: <https://dpej.rae.es/>
- REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho de petición*, Revista de Derecho Político, nº 53, 2002, en línea: <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8840/8433>
- QUIZHPE CASTRO, O.: *Constitución, Principios y Reforma*, en *Apuntes de Derecho Constitucional*, Corporación de Estudios y Publicaciones, CEP, 1ra ed. (pp. 55-85), Quito, 2019.
- *La garantía del sistema de contratación pública bajo el régimen especial, frente a la vigilancia de la Contraloría General del Estado*. Tesis de maestría. Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, 2012.
- RIVERO ORTEGA, R.: *Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- RIVERO ORTEGA, R. Y GRANDA AGUILAR, V.: *Derecho Administrativo*, 1ª ed. Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Quito, 2017.
- RIVERO YSERN, E.: *El daño en el Derecho Administrativo*, Editorial Juruá, Porto, 2018.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J.: *Recensión del libro de Enrique Rivero Ysern: El daño en el Derecho Administrativo*, Porto, Juruá Editorial, 2018, (pp. 119), Revista de Administración Pública, 209, (pp.459-502), Madrid, 2019.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.: *Fundamentos para una ciencia de la Administración Pública*, Tirant Lo Blanch, Ciudad de México, 2020.

- SAURA FRUCTUOSO, C.: *La ignota acción de regreso de la administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad*, Documentación Administrativa. Nueva Época. DA, no 2, enero-diciembre 2015, ISSN: 1989-8983, 2015, en línea: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/10271>
- SECRETARIA TÉCNICA JURISDICCIONAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.: *Reparación Integral. Análisis a partir de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador* (A. RUIZ, P. AGUIRRE, D. ÁVILA, & X. RON (eds.)). Quito, 2018, en línea: [http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/2018.\\_RI/RI.pdf](http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/2018._RI/RI.pdf)
- TRIBUNAL DE CUENTAS.: *Informe sobre actuaciones del Tribunal de Cuentas para promover la rendición de cuentas en el ámbito local*, (núm. 1074), 2014, en línea: <https://www.tcu.es/repositorio/beef3ff7-afeb-4ac9-a4ef-a97b753df91f/I1074.pdf>
- VANEGAS ROA, P.: *Responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de la administración pública cuando provoquen menoscabo de los caudales públicos*, Tesis doctoral, Universidad de Granada, Granada, 2017.
- VELAÑA BAYAS, B.: *La afectación del derecho al trabajo de los servidores públicos ocasionado por los contratos ocasionales en el Ecuador*. *Boletín De Coyuntura*, (22), (pp. 20–23), 2019, en línea: <https://revistas.uta.edu.ec/erevista/index.php/bcoyu/article/view/720>
- VERGARA, MESA. H.: *El sistema de fuentes de la función pública colombiana: una relectura desde el valor del derecho del trabajo*. *Opinión Jurídica*, 16(32), (pp. 27-50), 2017, en línea: <https://doi.org/10.22395/ojum.v16n32a1>
- *La regla de favorabilidad laboral y el principio pro homine en la función pública colombiana. A propósito del problema del nombramiento provisional*. *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, 45(123), (pp. 453–480), 2015, en línea: <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v45n123.a06>
- VILLAGRASA ROZAS, M.: Recensión al Libro del Profesor, MIGUEZ MACHO, L: *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1999, 302 páginas. *Revista de Administración Pública*, ISSN 0034-7639, N° 152, pp. 525-529, 2000, p. 526, en línea: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/35987maria-del-mar-villagrasa-rozas-rap-152.pdf>

VILLORIA M.: *La transparencia como política pública en España: algunas reflexiones*, Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. (pp. 85-103), ISSN 2253-6655. Nº 7, 2014, en línea:

<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2234>

YOUNES MORENO, D.: *Curso de Derecho Administrativo*, Temis, Bogotá, 2007.

ZAGREBELSKY, G.: *Tres capítulos de justicia constitucional*. Editorial Trotta. S.A. Esta obra fue traducida en 2014, por MARTÍNEZ NEIRA, M Y MORA CAÑADA, A., Madrid, 2008.

ZAVALA EGAS, J.: *Lecciones de Derecho Administrativo*. 1ª ed., Edilex. S.A., Guayaquil, 2011.

## RELACIÓN DE LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA PRINCIPAL

### Normativa

Constitución Española de 29 de diciembre de 1978. BOE-A-1978-31229

Constitución de la República de Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial Nº 31 – Segundo Suplemento, de 7 de julio de 2017.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009

### Sentencias sobre acción de regreso (España)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, (Roj: SAP ZA 253/1999 - ECLI:ES:APZA:1999:253), de 7 de mayo de 1999.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso, (Roj: STSJ CV 5253/2005 - ECLI:ES:TSJCV:2005:5253), de 25 de julio de 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, (Roj: STS 54/1989 - ECLI:ES:TS:1989:54), de 13 de enero de 1989.

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, (Roj: SAN 6014/2000 - ECLI:ES:AN:2000:6014), de 6 de octubre de 2000.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso, Zaragoza, (Roj: STSJ AR 1630/2003 - ECLI:ES:TSJAR:2003:1630), de 29 de mayo de 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, (Roj: STS 813/2006 - ECLI:ES:TS:2006:813), de 17 de febrero de 2006.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso, Murcia, (Roj: STSJ MU 3171/2011 - ECLI:ES:TSJMU:2011:3171), de 28 de diciembre de 2011.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso, Madrid, (Roj: STSJ M 5169/2013 - ECLI:ES:TSJM:2013:5169), de 30 de abril de 2013.

#### **Sentencias sobre acción de repetición (Ecuador)**

Resolución de la Corte Nacional de Justicia. Sala de Contencioso Administrativo, 0018-2013, (Juicio No. 2010-0100), de 10 de enero de 2013.

Resolución de la Corte Nacional de Justicia. Sala de Contencioso Administrativo, 781-2014, (Juicio No. 6802012), 30 de octubre de 2014.

Resolución de la Corte Nacional de Justicia. Sala de Contencioso Administrativo, 844-2014, (Juicio No. 3010-2014), de 26 de noviembre de 2014.

Resolución de la Corte Nacional de Justicia. Sala de Contencioso Administrativo, 1321-2016, (Juicio No. 0637-2015), de 08 de agosto de 2016.

Resolución de la Corte Nacional de Justicia. Sala de Contencioso Administrativo, 1212-2016, (Juicio No. 0578-2016), de 27 de octubre de 2016.

Resolución de la Corte Nacional de Justicia. Sala de Contencioso Administrativo, 1070-2016, (Juicio No. 1441-2015), de 21 de septiembre de 2016.

Resolución de la Corte Nacional de Justicia. Sala de Contencioso Administrativo, 1318-2017, (Juicio No. 17811-2016-01659), de 11 de diciembre de 2017.

Resolución de la Corte Nacional de Justicia. Sala de Contencioso Administrativo, 761-2018, (Juicio No. 17741-2016-0636), de 24 de septiembre de 2018.



## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla n.º 1. Sentencias sobre el ejercicio de la acción de regreso en España.....	164
Tabla n.º 2. Sentencias sobre el ejercicio de la acción de repetición en Ecuador.....	174

## ÍNDICE DE FIGURAS

Figura n.º 1. Dictámenes sobre responsabilidad patrimonial de la Administración.....	165
Figura n.º 2. Nuevo enfoque de la acción de regreso.....	206



Recurrentemente la Administración pública, tanto en España como en Ecuador, ha sido condenada a pagar cuantiosas sumas de dinero por concepto de responsabilidad patrimonial debido a los daños ocasionados por el funcionamiento anormal de los servicios públicos. Sin embargo, ni la Administración correspondiente ni otros organismos estatales ejercen el derecho de repetición en contra de los empleados y demás autoridades causantes del daño antijurídico. Por ello, en esta investigación se analiza la acción de regreso en el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, desde un enfoque jurisprudencial y de Derecho comparado, con el objeto de comprender su configuración; reflexionar sobre los principales problemas que atraviesa; y, formular propuestas de reforma legal que aseguren su funcionamiento.