



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

**MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO**

TÍTULO:

“NECESIDAD DE REGULAR EN EL REGLAMENTO DE LA LOSEP, EL PROCEDIMIENTO QUE SE DEBE SEGUIR PARA EJERCER EL DERECHO DE REPETICIÓN QUE SE DESPRENDE DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ILEGALES.”

Tesis previa a la obtención del título de Abogada.

AUTORA:

CESY YOBANA SÁNCHEZ AGURTO

DIRECTOR:

DR. MARCELO ARMANDO COSTA CEVALLOS

LOJA - ECUADOR

2014

CERTIFICACIÓN

Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos, Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO, MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CERTIFICO:

Que he dirigido y revisado el trabajo de investigación titulado “**NECESIDAD DE REGULAR EN EL REGLAMENTO DE LA LOSEP, EL PROCEDIMIENTO QUE SE DEBE SEGUIR PARA EJERCER EL DERECHO DE REPETICIÓN QUE SE DESPRENDE DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ILEGALES**”, elaborado por la estudiante: Cesy Yobana Sánchez Agurto, el mismo que cumple con los requisitos metodológicos, científicos y académicos por lo que autorizo su presentación para la defensa y sustentación.

Loja, julio de 2014



Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos, Mg. Sc.

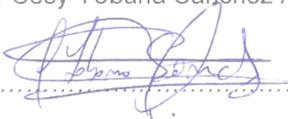
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, **Cesy Yobana Sánchez Agurto**, declaro ser Autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido del mismo.

Adicionalmente acepto y Autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la Publicación de mi Tesis en el repositorio de la Institución- Biblioteca Virtual.

AUTOR: Cesy Yobana Sánchez Agurto

FIRMA: .....

CEDULA: 070252972-8

FECHA: Loja. Julio del 2014.

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Cesy Yobana Sánchez Agurto, declaro ser autora de la tesis titulada: **“NECESIDAD DE REGULAR EN EL REGLAMENTO DE LA LOSEP, EL PROCEDIMIENTO QUE SE DEBE SEGUIR PARA EJERCER EL DERECHO DE REPETICIÓN QUE SE DESPRENDE DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ILEGALES”**, Siendo requisito para optar por el grado de: ABOGADO: Autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja, para que con fines académicos, muestre al mundo la Producción Intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 11 días del mes de Julio del dos mil catorce.

FIRMA:



AUTOR: Cesy Yobana Sánchez Agurto

CEDULA: 070252972-8

DIRECCION: Santa Rosa, Calle Roma 851 y Paris

CORREO ELECTONICO: cecy_70@hotmail.com

TELEFONO: 0989404992

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Marcelo Acosta Cevallos, Mg. Sc.

TRIBUNAL: Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez, Mg. Sc.

Dr. Augusto Patricio Astudillo Ontaneda, Mg. Sc.

Ab. PhD. Galo Stalin Blacio Aguirre.

DEDICATORIA

Con el más alto espíritu de gratitud y cariño dedico este trabajo investigativo al docente, quién supo orientarme durante el desarrollo de mi trabajo, a mi adorable hijo y a todos mis familiares quienes con su apoyo moral, pude culminar con éxito el desarrollo de este trabajo.

CESY

AGRADECIMIENTO

Agradezco a los Directivos de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, Modalidad de Estudios a Distancia (MED), por haberme brindado la oportunidad de poder culminar con éxitos mis estudios y en especial mi sincero agradecimiento al Dr. MARCELO ARMANDO COSTA CEVALLOS, Director de mi tesis, quien con su enseñanza me ha impartido sus conocimientos para así poder cristalizar mis logros de estudios.

Autora

TABLA DE CONTENIDOS

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO
2. RESUMEN
 - 2.1. ABSTRACT
3. INTRODUCCIÓN
4. REVISIÓN DE LA LITERATURA
 - 4.1. MARCO CONCEPTUAL
 - 4.1.1. EL SERVICIO PÚBLICO
 - 4.1.2. EMPLEADO PÚBLICO, FUNCIONARIO PÚBLICO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE REPETICIÓN.
 - 4.1.3. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.
 - 4.1.4. EL DERECHO DE REPETICIÓN. CONCEPTO
 - 4.2. MARCO DOCTRINARIO
 - 4.2.1. LA ACCIÓN DEL LESIONADO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN.
 - 4.2.2. BREVES RASGOS DEL JUICIO ORDINARIO PERTINENTES A LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.
 - 4.2.3. CONCEPTO DE LESIÓN RESARCIBLE Y CARACTERÍSTICAS DE DAÑO EN LA DOCTRINA.
 - 4.2.4. LA IMPUTACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA DOCTRINA.
 - 4.2.5. LA IMPUTACIÓN DEL DAÑO EN LA DOCTRINA.
 - 4.2.6. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.
 - 4.2.7. FALTA DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA.
 - 4.3. MARCO JURÍDICO
 - 4.3.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
 - 4.3.2. CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.

- 4.3.3. LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO.
 - 4.3.4. REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO
 - 4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA
 - 4.4.1. Argentina
 - 4.4.2. Colombia
 - 4.4.3. México
 - 4.4.4. España
 - 4.4.5. Chile
 - 5. MATERIALES Y MÉTODOS
 - 5.1. Materiales
 - 5.1.1. Material de escritorio
 - 5.2. Métodos utilizados
 - 6. RESULTADOS
 - 6.1. ANÁLISIS Y PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA ENCUESTA.
 - 7. DISCUSIÓN
 - 7.1. Verificación de Objetivos
 - 7.1.1. Objetivo General
 - 7.1.2. Objetivos Específicos:
 - 7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS
 - 7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA DE REFORMA
 - 8. CONCLUSIONES
 - 9. RECOMENDACIONES
 - 9.1. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL
 - 10. BIBLIOGRAFÍA.
 - 11. ANEXOS
- PROYECTO
- ÍNDICE

1. TÍTULO

“NECESIDAD DE REGULAR EN EL REGLAMENTO DE LA LOSEP, EL PROCEDIMIENTO QUE SE DEBE SEGUIR PARA EJERCER EL DERECHO DE REPETICIÓN QUE SE DESPRENDE DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ILEGALES.”

2. RESUMEN

El derecho de repetición es una facultad que permite al Estado ejercer una acción en contra del funcionario público que ha ocasionado que el Estado, previa sentencia ejecutoriada indemnice al administrado.

Marca la temática de la presente investigación la falta de un régimen procedimental que regule la acción de repetición en el Ecuador, la misma que planteará el procedimiento más idóneo para ser efectivo el derecho de repetición.

Dentro de la presente investigación, también se analizará profundamente cuál o cuáles son las responsabilidades del funcionario público cuando éste haya ocasionado un daño, partiendo del punto que el daño sufrido por el administrado ya ha sido indemnizado por el Estado.

Por tal motivo crear un procedimiento específico que permita al Estado accionar en contra del administrador público, que haya ocasionado el daño, sería el camino más viable para tratar de proteger tanto al Estado mismo, como al Administrado de actos que les perjudiquen.

La Constitución del Ecuador establece que ejercerá inmediatamente el derecho de repetición contra el empleado o funcionario público, sin embargo esta figura no ha sido utilizada, puesto que no existen los medios idóneos para llevar a cabo la misma, por ello la **necesidad de regular en el reglamento de la LOSEP, el procedimiento que se debe seguir para ejercer el derecho de repetición que se desprende de los actos administrativos ilegales** cometidos por los empleados públicos, cuya acción ilegal, que no sólo mancha el buen nombre de la cosa pública, sino que además ésta incide en la sociedad en general, tanto moralmente como económicamente, es lo que nos proponemos sugerir dentro del presente trabajo investigativo.

La presente investigación, tendrá como propósito estudiar a profundidad la acción de repetición como un Derecho, como se lo puede ejercer, y cuál sería el mejor procedimiento para viabilizar dicha acción o derecho no solo para obtener un procedimiento idóneo que permita ejercer el derecho de repetición, sino para que también se constituya en una advertencia para quienes ejercen la administración pública.

2.1. ABSTRACT

The law of repetition or returning action is a faculty that allows the State to bring an action against the public official who caused the State, prior enforceable sentence to compensate to the managed.

Marks the subject of the present investigation, the lack of a procedural regime that regulates the action of return in the Ecuador, the same that will pose the most suitable procedure to be effective the right of return.

Within this research will also analyze deeply what or what are the responsibilities of the public official when this has caused harm, starting from the point that the damage suffered by the managed has already been compensated by the State.

For that reason create a specific procedure allowing State to operate against the public administrator, who has caused the damage, it would be the most viable path to try to protect both the State itself and the administered of acts that harm them.

The Constitution of Ecuador provides that it will immediately exercise the right to repeat against the employee or public servant, however this figure has not been used, since there are not the appropriate media to carry out the same, therefore the need to regulate in the regulation of the LOSEP, the procedure to be followed to exercise the right to repeat that emerges from the illegal administrative acts "committed by public employees, whose illegal action, which not only stain the good name of res publican, but that Furthermore this affects society in general, both morally and financially, is what we suggest in this investigative work.

This research will have it aims to study in depth the action of repetition as a right, as it can be exercised, and what would be the best procedure to enable such action or right not only to obtain a suitable procedure that allows the right of repetition, but that it also becomes a warning for those who exercised public administration.

3. INTRODUCCIÓN

Dentro de la Carrera de Derecho, Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja (MED), y con la finalidad de aprobar el presente Módulo, ponemos a consideración de los lectores, el presente trabajo investigativo, cuyo título es: **“NECESIDAD DE REGULAR EN EL REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO EL PROCEDIMIENTO QUE SE DEBE SEGUIR PARA EJERCER EL DERECHO DE REPETICIÓN QUE SE DESPRENDE DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ILEGALES”**, que reviste de significativa importancia, dentro del desenvolvimiento del Estado, y la sociedad ecuatoriana, por cuanto los actos administrativos ilegales, se dan constantemente en nuestro sistema de administración pública, quedando mayormente impunes por la falta de este procedimiento para ejercer el derecho de repetición en nuestro país.

Por esta razón se debe buscar el mecanismo más idóneo para ejercer el derecho del Estado a la acción de repetición, cumpliendo así a plenitud con el mandato constitucional, esto será a través de la implementación de mecanismos legales que de alguna manera permitan evitar que se atente a dichos principios y sancionen de una manera correcta a los funcionarios públicos que investidos de poder, accionan ilegalmente en desmedro del bien público.

La investigación planteada se desarrolló con una metodología de investigación de tipo eminentemente jurídica, social, de observación, descriptiva, analítica,

aplicada al Derecho y fundamentalmente en los preceptos que establecen la Constitución de la República del Ecuador, la LOSEP, El Código Orgánico de la Función Judicial, a través del uso del método científico, y de técnicas de recopilación de información, como la encuesta.

La presente investigación se encuentra estructurada en varios temas de estudio, distribuidos así:

En un principio se incluyen los conceptos y definiciones que dentro del derecho administrativo nos atañe, se analizará la responsabilidad patrimonial del Estado, concepto y de la imputación a la administración pública, la relación de causalidad y la reparación, las vías jurisdiccionales de exigencias de responsabilidad, y la acción misma de repetición, conceptualización de los que es el servicio público, empleado público, funcionario público y su relación con el derecho de repetición, tipos de responsabilidad del funcionario público.

Posteriormente se analiza la acción que ejecuta el lesionado contra la administración pública a raíz del daño a la administración pública, el derecho de repetición, tanto en materia constitucional como legal, en cuanto tiene que ver a lo que regula el Código Orgánico de la Función Judicial el régimen de la acción la responsabilidad , así como también estableceremos desde el punto de vista constitucional conceptos y aplicaciones respecto del derecho de repetición; También incluye una descripción detallada de lo que constituye los antecedentes jurisprudenciales, y un análisis profundo de la falta de ejercicio de la acción de repetición en la jurisprudencia ecuatoriana.

Y finalmente recurrimos a la legislación comparada de países con la cual manifestaremos las similitudes y las formas de la acción de repetición.

Al plantear la presente investigación esperamos que se conciencien los funcionarios públicos respecto de la importancia de actuar apegados a la ley, y observando los derechos y obligaciones y los principios constitucionales, para que sus actos no sigan permitiendo que se despilfarre el eradio nacional, y así mismo que a través de la propuesta de reformar el Reglamento de la LOSEP, sea una manera preventiva para los funcionarios y cuya aplicación sea el mecanismo idóneo para que el Estado pueda recuperar su dinero.

4. REVISIÓN DE LA LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. EL SERVICIO PÚBLICO

El concepto de servicio público nació y floreció en Francia, como una actividad de determinado tipo realizada por la administración pública en forma directa o indirectamente a través de concesionarios y fue la noción que sirvió de base para la construcción del viejo Derecho Administrativo, Posteriormente, este concepto fue perdiendo importancia, hasta quedar restringido al mostrarse como un régimen jurídico especial en determinado tipo de actividad. Posteriormente, este concepto fue perdiendo importancia, hasta quedar restringido al mostrarse como un régimen jurídico especial en determinado tipo de actividad.

Actualmente la tendencia conceptual de servicio público tiende a definirlo como toda actividad directa o indirecta de la administración pública, cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por el propio Estado y cuyo objetivo es la satisfacción de las necesidades colectivas por un procedimiento de derecho público; es decir, un régimen a través del cual se satisfacen las necesidades colectivas que se caracteriza por la subordinación de los intereses privados al interés general.

De otra parte, el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual del Profesor Guillermo Cabanellas define al servicio público como el concepto capital del

Derecho Público y Administrativo que ha de satisfacer una necesidad colectiva por medio de una organización administrativa o regida por la administración pública.

En consecuencia, el objeto o finalidad del servicio público es satisfacer una necesidad pública, o necesidad de interés público que significa la suma de las necesidades individuales.

En conclusión, servicio público no es meramente un concepto jurídico; es ante todo un hecho, una realidad; de ahí que las declaraciones de cualquier autoridad pública manifestando que tal o cual actividad constituye un servicio público no tendrían ninguna trascendencia y no pasarían de ser simples declaraciones, en tanto no exista de por medio una real y efectiva satisfacción de una necesidad de interés general.

“Es toda actividad que ejerce directa o indirectamente la Administración Pública para satisfacer necesidades colectivas, sujeto a un régimen jurídico especial y al control de autoridad competente, cuyo objeto es prestar servicios eficientes permanentes, regulares, continuos, iguales, y eficaces para satisfacer necesidades e intereses generales”¹

Analizaremos a continuación, en forma más detenida, los principales caracteres del servicio público.

¹ Jaramillo Ordóñez Herman Felicísimo, Manual de Derecho Administrativo. Cámara del Libro, Núcleo de Pichincha. Quito – Ecuador, 2004, pág. 27

EFICIENCIA.- La eficiencia en la prestación de servicios públicos constituye la capacidad para lograr un fin empleando los mejores medios posibles que, en condiciones ordinarias, propende a la optimización; la eficiencia de la prestación del servicio público, depende de seguir estrictamente los lineamientos de la planificación, pero es conocido que la planificación debe ser flexible, pues existen variables influyentes, especialmente las del entorno que producen cambios que de no poderse actuar en ellos podrían conducir al fracaso, a una prestación deficiente del servicio público.

En resumen, la eficiencia en el servicio público, no significa simplemente el logro de la prestación del servicio, sino de hacerlo con los mínimos costos económicos y sociales, propendiendo siempre a la “buena calidad” o “excelencia” del servicio.

RESPONSABILIDAD.- La responsabilidad del Estado en la dotación de servicios públicos, alude a las obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos a los prestadores de los servicios con el fin de garantizar la consecución de determinados objetivos de interés público. La Constitución de la República del Ecuador determina que será de responsabilidad del Estado, la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar.

UNIVERSALIDAD O GENERALIDAD. La universalidad o generalidad es asimismo otro carácter reconocido por la doctrina que significa que todos los

habitantes tienen derecho a usar los servicios públicos de acuerdo con las normas que regulan a éstos.

Esto quiere decir que el servicio público es para todos, no para determinada persona. Todos los habitantes tienen derecho al servicio con arreglo a la Ley y a los reglamentos que lo regulan. Esta característica de generalidad del servicio público, puede estar condicionado con la utilización necesaria del servicio por los administrados, cuando el orden jurídico así lo establezca.

Verbigracia: El servicio de recolección de basura, no sólo es general sino obligatorio. Así lo establece la respectiva Ordenanza Municipal.

La generalidad implica que el servicio público puede ser exigido y usado por todos los habitantes y el Estado optará por medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato en lo concerniente a los usuarios del servicio.

ACCESIBILIDAD.- El concepto de accesibilidad, en mi opinión, se circunscribe, en lo principal, a considerar que un servicio público de interés general debe prestarse u ofrecerse a un precio asequible de manera que sea accesible para todos. Es importante resaltar que la aplicación de este principio de accesibilidad promueve o contribuye a la cohesión económica y social de una población.

No es posible determinar los criterios que deben utilizarse o tomarse como referentes para definir qué se entiende por precios asequibles. Esta definición va a depender de las condiciones particulares y coyunturales de cada Estado;

estos criterios podrían fijarse por ejemplo tomando en cuenta el precio de una canasta de servicios básicos en relación con la renta disponible de ciertas categorías de clientes; se debería igualmente tomar en cuenta a las necesidades y capacidades de los grupos marginales y vulnerables.

En todo caso, lo más importante desde mi punto de vista, es que una vez establecido un nivel de accesibilidad, el Estado garantice su cumplimiento, estableciendo mecanismos de control de precios eficientes, lo cual permitirá incluso focalizar determinadas subvenciones a favor de las personas indigentes.

La accesibilidad es una noción relativa y contextual por lo que resulta una tarea muy compleja el definirla, pues depende mucho del alcance y contexto del cuestionamiento.

Resulta también importante puntualizar que, tratándose de servicios públicos, no es posible explicar esta condición de accesibilidad sin referirse a la comunidad de discapacitados, pues justamente esta comunidad ha contribuido a nivel mundial al desarrollo de la noción de accesibilidad, de ahí que podamos afirmar que un servicio público es asequible cuando es fácil de ser usado, visitado o accedido en general por todas las personas, especialmente por aquellas que poseen algún tipo de discapacidad.

Sin restar importancia a la definición expresada en el párrafo precedente es igualmente oportuno añadir que la accesibilidad puede ser también conceptualizada en función de los intereses o necesidades de una determinada

comunidad o localidad; así por ejemplo, para ciertos ámbitos, la accesibilidad puede estar referida a la conectividad, para otros a los medios económicos, a la infraestructura, a los medios cognitivos y a la educación.

CONTINUIDAD.- Los servicios públicos de interés general deben garantizar una prestación ininterrumpida de los mismos, dado que la continuidad del servicio contribuye a la *eficiencia* del servicio y a la satisfacción efectiva del requerimiento público, todo lo cual permitirá, además, disponer en forma *oportuna* del servicio esperado.

Cabe agregar que el carácter de continuidad depende en gran medida de la necesidad que se quiera satisfacer. Desde esta perspectiva la doctrina diferencia entre la continuidad absoluta y relativa. Los servicios de carácter permanente o constante requieren una continuidad absoluta, tal por ejemplo el servicio de agua potable o el de energía eléctrica. Por el contrario, en los servicios de carácter intermitente la continuidad es relativa, así ocurre verbigracia con el servicio de bomberos o el servicio de instrucción primaria que no se presta todo el año sino tan solo una parte de él.

En este punto, es necesario advertir que algunos tratadistas suelen hablar indistintamente de continuidad y regularidad; empero, debe aclararse que este carácter de regularidad significa que el servicio público debe prestarse de acuerdo con la reglamentación vigente; la regularidad se vincula con la regulación técnica del servicio mismo.

La regularidad como característica del servicio público significa que éste debe ser prestado con sujeción a reglas, normas positivas o condiciones preestablecidas.

“Regularidad quiere decir conformidad a reglas y condiciones preestablecidas, lo cual es un insalvable pleonasma”.²

Por tanto, no debe confundirse continuidad con regularidad, ya que continuo es lo que funciona sin interrupción, más regular es lo que funciona acompasadamente, siguiendo un ritmo. Por ejemplo el servicio de ferrocarriles es un servicio que funciona en forma continua, pero a la vez en forma regular pues está supeditado a la observancia de estrictos controles y horarios preestablecidos.

Si una anomalía funcional *“traba los servicios, es necesario entonces restablecer la continuidad y la regularidad de ellos y poner término a la anarquía y a la arbitrariedad. Para impedir esto el poder público interviene. En ciertos casos debe extenderse la acción del Estado hasta coordinar los servicios públicos, cuando el interés general lo justifica.”*³

Este carácter de continuidad podría considerarse que únicamente favorece o beneficia al usuario; sin embargo la práctica ha demostrado que la continuidad redundaría definitivamente en beneficio del proveedor del servicio, por lo que, en

² Gordillo Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, FDA. 2006, Cap. VI.

³ Bielsa Rafael, Derecho Administrativo, Tomo I, Sexta Edición, La Ley Sociedad Anónima, Editora e Impresora, Buenos Aires, 1980, pag. 466.

la gran mayoría de legislaciones, no ha sido necesario imponer legalmente a los operadores de servicios una obligación de continuidad.

No obstante este carácter de continuidad ha llevado a la mayoría de países a *“encontrar la forma de conciliar este requisito con el derecho de huelga de los trabajadores y con el respeto del Estado de Derecho”*⁴.

Pero no solo la huelga de los trabajadores atenta contra este carácter de continuidad de servicio público, el mismo efecto ocasiona el paro de los trabajadores. La huelga al suspender al suspender la actividad pertinente, paraliza la prestación del servicio público; por esta razón la doctrina fomenta la prohibición del derecho de huelga en materia de servicios públicos y de ahí que numerosas Constituciones se ocupan de la huelga restringiendo o al menos limitando este derecho.

CALIDAD.- La definición, supervisión y ejecución de los requisitos en materia de calidad se ha convertido en uno de los elementos claves de la regulación de los servicios de interés general por parte de las autoridades públicas, es decir por el Estado.

En cuanto a calidad cabe señalar que en la gran mayoría de países, incluso aquellos en los cuales se ha implantado una corriente liberal, no se ha dejado el mantenimiento y el desarrollo de la calidad de los servicios únicamente en manos de las fuerzas del mercado. Por esta razón, en casi todas las comunidades, Estados, circunscripciones territoriales, existe una legislación

⁴ Rubio Luis A., Seminario Internacional Asociación Público Privada para la Provisión de Servicios de Infraestructura “Conceptualización y formas de financiamiento”, Río de Janeiro, 2003, pag. 18

comunitaria básica que define, condiciones en materia de calidad de los servicios de interés general, por ejemplo aspectos relacionados con la seguridad, exactitud y la transparencia de la facturación, la cobertura territorial y la protección contra la interrupción del servicio.

La uniformidad o igualdad constituye otro carácter esencial del servicio público y se traduce en que todos los habitantes en igual situación tienen derecho a exigir y recibir el servicio en igualdad de condiciones. No obstante cabe aclarar que en situaciones desiguales se justifica una prestación del servicio sujeta a normas o condiciones distintas; verbigracia: los abonados de guía telefónica que quieren un resaltado especial deben pagar una tarifa más costosa que aquellos que figuran en condiciones normales.

Esta característica resulta de la aplicación en el ámbito del servicio público, del principio consagrado en el número 3 del Art. 23 de nuestra Constitución Política que determina que todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación de ninguna naturaleza; por tanto, el servicio público debe prestarse en igualdad de condiciones, pero ello no impide que se establezcan diversas categorías de usuarios, siempre que se dé el mismo tratamiento a todos los que estén en la misma situación como usuarios del servicio público.

El principio de uniformidad, en lo concerniente al usuario, se aplica tanto a las cargas del servicio como a sus beneficios. La tarifa, tasa o precio del servicio debe ser igual para todos los usuarios que se encuentren en igualdad de condiciones.

Es necesario resaltar en este punto añadir que este carácter de uniformidad resulta aplicable con más agudeza en los denominados servicios públicos “*proprios*” a los que anteriormente nos hemos referido, en tanto que no es muy evidente en aquellos servicios denominados como “*impropios*” En todo caso vale resaltar que la mencionada igualdad de trato en la prestación de servicios públicos no es sino un corolario del principio de igualdad ante la ley que se encuentra consagrado en las Cartas Fundamentales de las Naciones.

Finalmente, es importante destacar en esta investigación, **el precio** de los servicios públicos, es decir el carácter retributivo de los mismos, si éstos han de ser prestados en forma gratuita, onerosa o lucrativa.

La gratuidad significa que el servicio será prestado sin que los usuarios abonen suma alguna por tal prestación.

El servicio público es oneroso, cuando el usuario debe abonar una suma en pago por la prestación que le es suministrada, o sea en este caso el servicio ya no gratuito, pero de todas formas no se llega a lucrar. El Estado busca cubrir alguna parte del costo del servicio a prestar, es decir, se **subsidia** en parte el costo del servicio público.

En lo referente a la parte económica de los servicios públicos, es necesario citar el caso del servicio público que genera lucro, el cual se da cuando el importe que abona el usuario cubre el costo de la prestación más un porcentaje en concepto de ganancia a favor de quien presta el servicio.

Por retribución se entiende lo que el administrado debe pagar: el precio, tarifa o tasa del servicio.

La aplicación del vocablo tarifa, según algunos administrativistas, es incorrecto, por el hecho que el mismo es el resultante de la lista de los precios o tasas. O sea, hablando con propiedad, se debe mencionar exclusivamente precios o tasas que es lo que el usuario abona o paga por utilización de un servicio público.

4.1.2. EMPLEADO PÚBLICO, FUNCIONARIO PÚBLICO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE REPETICIÓN.

Es necesario establecer que la Administración Pública es responsable por los daños o menoscabos ilegítimos que sufran los administrados lesionados como producto de un determinado funcionamiento o de una acción administrativa ilegal.

Funcionario público, tradicionalmente se conoce a aquel, cuya labor radica en el hecho de que decide por la administración de que se trate, es decir, es el representante de la voluntad estatal; mientras que **empleado público**, es aquel que ejecuta las decisiones administrativas de los funcionarios. Es importante insistir que la diferenciación no conlleva efectos jurídicos substanciales por lo que su uso no encuentra restricciones.

Al respecto Gordillo concluye: “Tradicionalmente se distinguen los conceptos de “funcionario público” y “empleado público” y para establecer la diferenciación se desechaban criterios como el de la remuneración o su

jerarquía administrativa, por lo que al distinguir se dice que el funcionario decide, y representa la voluntad del Estado; mientras que, el empleado ejecuta, realiza comportamientos materiales para llevar a la práctica las decisiones de los funcionarios.”⁵

Para concluir y tomando en cuenta el criterio de Gordillo, se determina que no existe diferenciación entre los conceptos de de funcionario y empleado público, ya que cualquier persona dentro de la Administración Pública mantiene el carácter de Estado, por lo que sin distinción todos los agentes del mismo sea cual sea su jerarquía o función deben asumir la responsabilidad que corresponda por sus actos.

4.1.3. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

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

Con el Art. 11, numeral 9 de la Constitución del Ecuador, se suma la obligación de indemnización por parte del Estado, sus delegatarios y concesionarios, la obligación de indemnizar a toda persona que actúe en una potestad pública, es decir que se encuentre adscrito, de alguna manera, a la

⁵ A. Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo. Parte general, Dike, Medellín-Colombia,1998, pp, I-1/XVI-26

administración pública. Por esta razón es esencial analizar el significado doctrinario de los términos.

4.1.4. EL DERECHO DE REPETICIÓN. CONCEPTO

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

Es esencial que para que la conducta de la persona o funcionario pueda ser imputada a la administración pública a la cual el empleado se encuentra integrado se necesita una acción u omisión enmarcada dentro de la gestión pública. Sin embargo las administraciones públicas no pueden responder de aquellos actos puramente personales que deriven de los empleados en su servicio, cuanto la actividad realizada se hubiere llevado a cabo al margen del ejercicio de la función que deben desempeñar⁶

El derecho de repetición o acción de repetición es una facultad que permite al Estado ejercer una acción en contra del funcionario público que ha ocasionado

⁶ J.G. PÉREZ, Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, op.cit.p.259

pérdidas económicas a la Administración por obrar con culpa grave, negligencia o dolo en el ejercicio de su potestad pública y que en virtud de ello ha ocasionado que el Estado, previa sentencia ejecutoriada, indemnice al administrado. La Constitución Política Ecuatoriana establece que se ejercerá inmediatamente el derecho de repetición contra los responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. LA ACCIÓN DEL LESIONADO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN.

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

“No hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios. Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional. Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también, y sobre todo, una cuestión de garantía constitucional de la libertad; si, desde un punto de vista administrativo,

puede parecer ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la Administración más bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional, se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a

los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios.”⁷

Es esencial puntualizar que para que la conducta de la persona o funcionario pueda ser imputada a la Administración Pública a la cual el empleado se encuentra integrado se necesita una acción u omisión enmarcada dentro de la gestión pública. Sin embargo, las Administraciones públicas no pueden responder de aquellos actos puramente personales que deriven de los empleados en su servicio, cuanto la actividad realizada se hubiere llevado a cabo al margen del ejercicio de la función que deben desempeñar⁸.

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

⁷ A. GORDILLO, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, la defensa del usuario y del administrado, op. cit. pp. XIX-1/XIX-2

⁸ J.G.PÉREZ, Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, op. cit., p. 259.

4.2.2. BREVES RASGOS DEL JUICIO ORDINARIO PERTINENTES A LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.

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

Para empezar, la demanda debe presentar todos los requisitos señalados por el Código de Procedimiento Civil. Una vez aceptada la demanda el demandado tendrá el término de quince días para proponer excepciones dilatorias y perentorias. Si las excepciones o la cuestión plateada e la reconvención versan sobre hechos que deben justificarse, el juez señalará día y hora en que las partes deben concurrir, con el propósito de procurar una conciliación que dé término al litigio.

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

En la segunda instancia si es que es que apeló al fallo no explica en diez días, los términos por los que contrae el recurso, se podrá declarar a la apelación

desierta. Si el apelante comparece, entonces se dan diez días para que la otra parte se adhiera al recurso si así lo desea. Se provee un periodo de prueba de 10 días si la Corte considera válido el proceso. Una vez termine el periodo de prueba se dictará sentencia.

4.2.3. CONCEPTO DE LESIÓN RESARCIBLE Y CARACTERÍSTICAS DE DAÑO EN LA DOCTRINA.

Todo el sistema de responsabilidad objetiva de la Administración Pública gira en torno a lo que se conoce como la “lesión”, lo que significa un daño antijurídico sufrido por un administrado o víctima que no tiene porqué sufrirlo, lo que a contrario se muestra que la relación de causalidad desaparece cuando una norma justifica el daño sufrido, lo que no exonera de responsabilidad patrimonial a la Administración Pública, como sería el caso de una expropiación forzosa⁹.

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

Para empezar, el daño debe ser efectivo. Esto conlleva a la necesidad inevitable de probar la existencia del daño ocasionado, lo que encamina a encontrar un apueba rigurosa del daño. Una vez se pruebe el daño, el cálculo de la indemnización se ejecuta utilizando criterios variados, sin embargo, es importante hacer énfasis en que se excluyen los daños futuros, pero se admite

⁹ C:P: PITA. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración, p 4, disponible en: <http://dialnetunirioja.es/busquedadoc?db=2&t=jaime+varas&td=todo>

el lucro cesante si este es debidamente probado, “el daño ha de ser efectivo, ello significa que ha de ser real, presente y no futuro, haber producido una disminución a la víctima y no una molestia pasajera”¹⁰

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

De la misma manera, el daño debe ser cuantificable económicamente, es decir se debe determinar un precio al daño ocasionado, detrimento que puede afectar a cualquier tipo de bienes y derechos, incluyéndose los daños materiales, personales y morales. Vale aclarar que la evaluación económica del daño conlleva muchos problemas cuando el daño es físico o material, sin embargo el daño moral ha ocasionado considerable debate ya que su valoración se ha hecho sumamente complicada.

El daño deberá ser antijurídico, es decir, la Administración tendrá la obligación de indemnizar al particular que padezca una lesión económica que no tenga la obligación de soportar. La concurrencia de alguna causa de justificación del daño y en consecuencia, no existirá lesión indemnizable alguna.

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

¹⁰ J. Rojas, Bases e la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador, op. Cit. Pp 356-358

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

4.2.4. LA IMPUTACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA DOCTRINA.

Para que exista responsabilidad de la Administración no basta la lesión. Hace falta que dicha lesión sea imputable a las Administraciones públicas subjetivamente consideradas mediando una relación de causalidad.¹¹ Partiendo de este concepto se entiende que la imputación necesariamente involucra ya sea al servicio o a la persona que ha causado el daño al administrado, debe encontrarse integrado en el órgano estatal o administrativo del conflicto.

El daño ocasionado al administrado que no debe soportarlo, puede proceder de un servicio administrativo de manera anónimo o de un funcionario administrativo de manera personal, mientras se ejecuta sus deberes mientras está en su cargo. En el caso de que sea el funcionario público quien cause daño ya sea por un acto ilegal o por otros, la administración pública lo “cubre” y tiene derecho de ejercer el conocido “derecho de repetición”, cuando el funcionario haya actuado con dolo o negligencia grave. Cabe recalcar que esa cobertura proporcionada por la Administración no solo se limita a los

¹¹ A. GORDILLO, Tratado de Derecho Administrativo, defensa del usuario y del administrado, p.XX-20

funcionarios públicos sino que se extiende a la organización, autoridades políticas y hasta el mismo personal laboral contratado por la administración.

4.2.5. LA IMPUTACIÓN DEL DAÑO EN LA DOCTRINA.

La fórmula de imputación del daño es sumamente amplia, incluye tanto el daño material directamente imputado de forma lícita, como el producido ilegítimamente. Incluye tanto el daño causado por una persona concreta perfectamente identificada como el daño anónimo imputable sin más a servicio, a la administración que lo gestiona, como sucede en la mayoría de los supuestos que contempla la jurisprudencia: daños por efectos de obras públicas o de instalaciones o por actos administrativos ilegales.

“Es riesgoso para la administración pública el responder solo por funcionamientos anormales, sino también por funcionamientos normales, o por las decisiones tomadas por ciertos funcionarios investidos de poder.”¹²

4.2.6. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

Para que la responsabilidad de la Administración se ejecute es esencial que exista una relación de causalidad que conecte el acto o hecho administrativo determinante del daño, siendo ésta el Vínculo que debe existir entre el hecho que origina responsabilidad y el perjuicio. Este vínculo no existe cuando el daño es producido por fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima. Estas circunstancias exoneran de responsabilidad al demandado

¹² GORDILLO Morales José María. La Acción de Repetición como mecanismo idóneo para determinar la responsabilidad del funcionario público. Universidad San Francisco de Quito. 2010

y juegan de manera diferente según se trate de responsabilidad fundada en una presunción de culpa o de riesgo¹³

4.2.7. FALTA DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA.

Dos de los casos más emblemáticos concernientes a la responsabilidad del Estado son sin duda el caso de Delfina Torres vs. PETROECUADOR, (juicio ordinario Recurso de Casación N°31-2002, debe ahora en adelante referido como Delfina Torres, y el caso de Juan Pablo Andrade Bailón vs. EMELMANABI Y CONELEC, Recurso de Casación N° 168-2007, desde ahora en adelante referido como CONELEC, en dichos juicios se sentenció el pago de indemnizaciones a las víctimas, pero jamás se ordenó que se investigue a funcionarios involucrados con el fin de que el esto pueda repetir contra ello.

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

Debido a la falta de determinación en ambas sentencias de responsabilidades de funcionarios públicos, no se puede repetir contra ellos. Por esta razón, se

¹³ J. ROJAS, Bases de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador, op.cit.p 358.

debería investigar por indicios de negligencia o dolo en las actuaciones de los empleados públicos, pero sobre todo por la falta de una esfera procesal que pueda pautar el camino a seguir en el caso de la acción de repetición casos como los del ejemplo y muchos otros más, se dan y se seguirán dando y se quedarán impunes por tal situación.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

En un Estado de Derecho como es el Ecuador, su característica es vincular los órganos de la Administración Pública a los derechos fundamentales, su deber de respetarlos y garantizarlos, así lo prescribe el Artículo 3 cuando señala como deber Primordial del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes, para en el numeral 3 del Art.11 consagrar como uno de los principios de aplicación de los derechos el que éstos y sus garantías previstas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial de oficio o a petición de parte. Así como precautelar del derecho al debido proceso y procedimiento en los que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden para efecto de los cual corresponde a toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

La Administración pública que es un término simplificador de una realidad distinta, cual es, la existencia de las administraciones públicas- en el Ecuador, consecuentemente tutora y garante de los derechos fundamentales que consagra nuestra Constitución y los tratados internacionales válidos y vigentes en la República tales derechos, como lo hemos dicho, transversalizan todo el

Ordenamiento Jurídico Nacional, y el Estado en su total actividad legislativa, administrativa judicial, de control y en la participación democrática tiene por finalidad su vigencia.

La Constitución de la República en su Art. 11 numeral 9, indica 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 empeladas 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.

En el mismo cuerpo legal en su Art. 233 determina las Responsabilidades de los miembros del sector público indicando que ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativamente, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representante a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estará sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

4.3.2. CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.

A diferencia de la LOSEP, el Código Orgánico de la Función Judicial, en el Art. 15 de este cuerpo legal, habla del principio de Responsabilidad, en que señala que al ser la justicia un servicio público debe ser prestado de conformidad con los principios establecidos en la Constitución y la Ley, en consecuencia, el Estado será el responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, en virtud del recurso de revisión, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y declarada la responsabilidad tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se **repetirá** en contra de ellos en la forma señala en éste Código.

Asimismo señala este código que todas las y los servidores de la Función Judicial, cualquiera que sea su denominación, función o labor o grado, así como los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos a su cargo y serán administrativa, civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones, según los casos prescritos en la Constitución, las leyes y los reglamentos.

4.3.3. LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO.

La Ley Orgánica de Servicio Público, se sustenta en los principios de calidad, calidez, competitividad, continuidad, descentralización, desconcentración, eficacia, eficiencia, equidad, igualdad, jerarquía, lealtad, oportunidad, participación, racionalidad, responsabilidad, solidaridad, transparencia, unicidad y universalidad que promuevan la interculturalidad, igualdad y la no discriminación.

El Art. 2 de este cuerpo legal, señala que el objetivo del Servicio Público y la carrera administrativa tienen por objetivo propender al desarrollo profesional, técnico y personal de las y los servidores públicos para lograr el permanente mejoramiento, eficacia, eficiencia, calidad, productividad del Estado y de sus instituciones, mediante la conformación, el funcionamiento y desarrollo de un sistema de gestión del talento humano sustentado en la igualdad de derechos, oportunidades y la no discriminación.

El Art. 4 de la LOSEP, establece los conceptos de Servidoras y 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. 41 de este cuerpo legal, se señala de la Responsabilidad mismo que dice “La Servidora o servidor público que incumpliere sus obligaciones o contraviniera las disposiciones de esta Ley, su reglamento, así como las leyes y normativa conexas, incurrirá en responsabilidad administrativa, que será sancionada disciplinariamente, sin perjuicio de la acción civil o penal que pudiere originar el mismo hecho. Así

mismo el art. 42 habla de las faltas disciplinarias, clasificándolas en faltas leves, graves a continuación nos habla de las sanciones disciplinarias, que por orden de gravedad son: amonestación verbal, amonestación escrita, sanción pecuniaria administrativa, suspensión temporal sin goce de remuneración y destitución. Con el Art. 11, numeral 9 de la Constitución del Ecuador, se suma la obligación de indemnización por parte del Estado, sus delegatarios y concesionarios, la obligación de indemnizar a toda persona que actúe en una potestad pública, es decir que se encuentre adscrito, de alguna manera, a la administración pública. Por esta razón es esencial analizar el significado doctrinario de los términos. Con el Art. 11, numeral 9 de la Constitución del Ecuador, se suma la obligación de indemnización por parte del Estado, sus delegatarios y concesionarios, la obligación de indemnizar a toda persona que actúe en una potestad pública, es decir que se encuentre adscrito, de alguna manera, a la administración pública. Por esta razón es esencial analizar el significado doctrinario de los términos.

4.3.4. REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO

En el Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público, el CAPITULO V DEL REGIMEN DISCIPLINARIO, en la Sección 1a. Responsabilidad administrativa, se establece tanto la responsabilidad como las sanciones para los casos de faltas e incumplimiento de obligaciones de los servidores públicos, es así que el Art. 78.- Responsabilidad administrativa disciplinaria, dice: “En el ejercicio de la potestad administrativa disciplinaria y

sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles, o indicios de responsabilidad penal en las que pudiere incurrir la o el servidor público que incumpliere sus obligaciones o contraviniere las disposiciones previstas en la LOSEP, este Reglamento General, normas conexas y los reglamentos internos de cada institución que regulan sus actuaciones, la o el servidor será sancionado disciplinariamente conforme a las disposiciones establecidas en el Capítulo 4 del Título III de la LOSEP y en el presente Reglamento General. Las sanciones se impondrán de conformidad con la gravedad de la falta”¹⁴.

Art. 79.- Del reglamento interno de administración del talento humano.- “Las UATH elaborarán obligatoriamente, en consideración de la naturaleza de la gestión institucional los reglamentos internos de administración del talento humano, en los que se establecerán las particularidades de la gestión institucional que serán objeto de sanciones derivadas de las faltas leves y graves establecidas en la Ley”.¹⁵

En este aspecto se puede confirmar que el Reglamento de la LOSEP, no tiene establecido un procedimiento a seguir para los casos de acciones de repetición; se limita únicamente a normar las sanciones para las distintas faltas cometidas por los servidores públicos, pero no las acciones a las que se pueden acoger tanto el Estado como los propios servidores.

¹⁴ Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2012

¹⁵ Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2012

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

En legislaciones de diversos países, existe un consenso sobre la prohibición de permitir al administrado, que ha sufrido la lesión ilegítima, para que éste exija la determinación de responsabilidad tanto a la Administración Pública como al funcionario culpable del daño.

4.4.1. Argentina

La legislación argentina es uno de los casos donde se prohíbe accionar contra el funcionario culpable del menoscabo de manera directa. Al respecto califica MARÍA DEL PILAR AMENÁBAR, “se ha declarado que resulta conveniente integrar en toda demanda contra el Estado (representado por la Administración Pública), al o a los agentes o funcionarios presuntamente involucrados, como una forma de coadyuvar a la defensa por igual del propio agente o funcionario, cuanto la del mismo Estado. Ello no implica necesariamente que deba condenarse (sin analizar la distinción entre falta y culpa de servicio y la falta o culpa personal), en forma solidaria a la administración y a tales agentes, cuando no media falta o culpa personal y se da claramente sólo una falta o culpa de servicio.¹⁶

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

¹⁶ AMENÁBAR, MARÍA DEL PILAR, Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, op. cit. p. 239

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

4.4.2. Colombia

La acción de repetición dentro de la legislación positiva de Colombia, es una acción civil, por su naturaleza retributiva, de contenido económico y de obligatorio cumplimiento cuando el daño causado razón de la condena contra el Estado, haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de su funcionario, Esta acción como su nombre lo indica, permite a la entidad pública condenada en un proceso de responsabilidad por sus actos, hechos o contratos, repetir contra un servidor o ex servidor, cuando considere que éste, en razón de su conducta dolosa o gravemente culposa en ejercicio de sus funciones, haya podido ser la causa de la responsabilidad que se le imputó a aquella.

Con antelación a la Constitución Política de 1991 la figura jurídica de la acción de repetición era considerada como una institución de carácter legal, pues sólo la establecía en el artículo 78 del Código Civil. A partir de 1991, la Constitución Política le otorgó canon constitucional, conforme reza su Art. 90:

Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

En la legislación colombiana, esta acción busca responsabilizar patrimonialmente frente al Estado, al funcionario que en ejercicio de sus funciones actúa con dolo o culpa grave, causando un daño antijurídico por el cual debe responder el Estado, ya sea como consecuencia de una condena de carácter judicial, o como producto del acuerdo al cual llega con el perjudicado, para evitar un proceso de terminarlo anticipadamente.

Para iniciar la acción de repetición los únicos legitimados son la entidad directamente perjudicada, el Ministerio Público, y el Ministerio de Justicia y del Derecho. La entidad condenada deberá ejercitar esta acción en un plazo no superior a los seis meses siguientes al pago total efectuado.

La Acción de repetición en la legislación colombiana es una acción constitucional, toda vez que fue consagrada expresamente en la Constitución Política (inciso segundo, Artículo 90).

Su desarrollo se encuentra consagrado expresamente en la ley. Por lo que es de carácter legal,

Cuando se observa que el servidor público actuó con dolo o culpa grave, la entidad deberá repetir, por lo tanto es obligatoria.

Al existir un fallo condenatorio contra la entidad pública responsable o un auto aprobatorio de la conciliación o acta de conciliación u otro documento que acredite el arreglo, contrato de transacción, procede esta acción, pero es indispensable que el valor de la condena o la conciliación haya sido pagada total y efectivamente.

Los requisitos sustanciales para la procedencia de la acción son:

1. Debe existir daño en contra de la entidad por el pago de una sentencia condenatoria de carácter indemnizatorio o de una conciliación debidamente aprobada.
2. Fallos condenatorios contra la entidad pública responsable. La acción de repetición es, entonces, la consecuencia o prolongación de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa o controversias contractuales, según el caso. En otras palabras, es condición de procedibilidad la declaratoria judicial de responsabilidad patrimonial del Estado. En Colombia, la acción de repetición es de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, específicamente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del domicilio del demandado.

El término de caducidad para iniciar la acción de repetición es de dos años contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad. En cualquiera de los casos, para acudir a la jurisdicción de lo

contencioso administrativo, es necesario que el valor de la condena o de la conciliación haya sido pagado total y efectivamente.

4.4.3. México

En el año 2004, se ha expedido la “Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado”, en cuyo capítulo V, Arts. 31 al 35, se prevé que el Estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización cubierta a los particulares cuando, previa sustanciación del procedimiento administrativo disciplinario previsto en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos se determine su responsabilidad, y que la falta administrativa haya tenido el carácter de infracción grave. El monto que se exija al servidor público por este concepto formará parte de la sanción económica que se le aplique.

La gravedad de la infracción se calificará de acuerdo con los criterios que establece la invocada Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

La legislación mexicana, establece criterios para calificar la gravedad de la infracción, entre éstos: Los estándares promedio de la actividad administrativa, la perturbación de la misma, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional y su relación con la producción del resultado dañoso.

Los servidores públicos podrán impugnar las resoluciones administrativas por las que se les imponga la obligación de resarcir los daños y perjuicios que el

estado haya pagado con motivo de los reclamos indemnizatorios respectivos, ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Tanto en Colombia como en México, la acción de repetición es de competencia de la jurisdicción de lo **contencioso administrativo**.

4.4.4. España

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

En primer lugar, se concluye que este sistema de responsabilidad es uno de Derecho Público. En segundo lugar se establece que es un sistema unitario ya que rige para todas las Administraciones Públicas, ya sean estatales, autónomas, locales o institucionales sin importar si se desempeñan en esferas de Derecho Público o Privado.

De la misma manera, el sistema constituye un régimen general a la emanación de voluntades de la Administración, pudiendo ser estas actividades puramente jurídicas o fácticas, por acción u omisión. En siguiente lugar se encuentra la caracterización del sistema de responsabilidad como uno directo ya que la Administración cubre de manera directa la actividad dañosa de sus funcionarios públicos, sin perjuicio de ejercer el respectivo derecho de repetición contra los servidores que han ocasionado el daño por dolo o negligencia grave. En quinto lugar, se constituye el sistema de responsabilidad como de carácter objetivo por el simple hecho de que no se toma en cuenta la

culpa en el cometimiento del acto dañoso y por esta razón lo que se busca es la realidad de una lesión imputable objetivamente a la Administración. En siguiente lugar se encuentran la reparación integral por el daño ocasionado, lo que quiere decir que se debe reparar el daño, ya sea éste material o moral sufrido por el administrado.

Finalmente, el sistema de responsabilidad patrimonial funciona en base a la unidad jurisdiccional, exceptuándose de ésta unidad a la jurisdicción penal, donde la responsabilidad de la Administración es netamente subsidiaria.

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

En la rúbrica “funcionamiento de los servicios públicos” se incluye también tanto el mal funcionamiento del servicio como el funcionamiento tardío o la ausencia de funcionamiento, para cuya verificación es preciso un elemento de

cotejo, un estándar medio y comparativo que, en la práctica, es fijado caso a caso por los tribunales.”¹⁷

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

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

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

¹⁷ L. REBOLLO, La responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales, op. cit. pp. 79.

responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.¹⁸

De igual forma, el artículo 145.2 de la Ley 30/1992, vigente en España, establece lo siguiente: La administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo o culpa o negligencia graves, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.¹⁹

Del citado artículo es necesario aclarar que sufrió una modificación que vale recalcar. Dicha modificación se encuentra en la obligatoriedad de la Administración de exigir la responsabilidad al funcionario, o cualquier miembro del personal bajo su servicio, en que hubieren infringido. Es decir que la obligatoriedad o actuación de oficio reemplazo a la discreción de la Administración a seguir con el proceso. Sin embargo, de ese precepto parte un problema práctico severo. Es relativamente absurdo que una vez la

¹⁸ M. AMENÁBAR, Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, op. cit. p. 345

¹⁹ LEY 30/1992, ARTÍCULO 145.2, ESPAÑA

Administración Pública se haya hecho responsable por el daño ocasionado, pretenda que el funcionario se haga responsable por la cuantía de lo que ha pagado la Administración por sus obras culposas o negligentes graves. De forma más específica, el problema nace en el momento que la Administración no quiere hacer responsable al empleado público. No hay manera de obligar a la Administración a llevar a cabo el derecho de regreso ni tampoco se encuentra ente legitimado para obligárselo por vía judicial.

L. REBOLLO sintetiza el proceso de repetición una vez éste ha sido activado. El proceso, en breves rasgos, consiste en lo siguiente: Se inicia notificando al afectado los motivos y dándole un plazo de presentación de pruebas. Hay un informe del servicio donde se haya producido la lesión, la práctica de las pruebas admitidas, un plazo de audiencia y, finalmente, la resolución. La constatación de la culpa o negligencia graves normalmente procederá de la previa decisión judicial o administrativa que reconoce la indemnización al perjudicado por la acción del funcionario; perjudicado que se ha dirigido antes contra la Administración y ha conseguido la condena de ésta. No será necesario, pues, un expediente disciplinario, aunque la admisión de la responsabilidad administrativa mediando culpa o negligencia puede constituir también una falta grave. La resolución final podrá ser recurrida en vía contenciosa y allí, como en el expediente previo, el afectado podrá discutir tanto los presupuestos de hecho como la cuantía de la responsabilidad.²⁰

²⁰ L. REBOLLO, La responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales, op. cit p. 129.

4.4.5. Chile

La teoría manejada por la doctrina chilena hace énfasis no en la relación que existe entre el ente que ocasionó el daño y el lesionado, si no que afirma que la aplicación de la responsabilidad extracontractual del Poder Público hace a un lado el comportamiento del agente público que ocasiona un daño como requisito elemental para producir la responsabilidad del Estado de indemnizar al administrado lesionado. La doctrina chilena hace especial énfasis en que exista un nexo entre el agente público y el hecho de que éste haya estado prestando un servicio estatal y que exista una estrecha conexión de causalidad entre la acción u omisión y el daño que se ha producido. Al respecto valora H. CALDERA, La actuación nula y perjudicial de los órganos públicos compromete, directamente, la responsabilidad del Estado ante los particulares o administrados, sin perjuicio de que pueda, simultáneamente, comprometerse la responsabilidad disciplinaria administrativa, la civil y la penal del funcionario frente al Estado; en la eventualidad de que se hubiere incurrido en falta, infracción disciplinaria, le será aplicada la correspondiente medida disciplinaria; si hubiere habido perjuicio patrimonial para el Estado, durante la tramitación del sumario administrativo puede decretarse su suspensión de funciones con la retención del cincuenta por ciento de su sueldo, sin perjuicio de tener que reparar el perjuicio total causado al Estado, y si el hecho fuere constitutivo de delito deberá darse cuenta al juez del crimen²¹.

²¹ H.CALDERA, Ecuación del Estado de Derecho, Teoría del Órgano y Responsabilidad Extracontractual del Estado en Chile, p. 2, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649316>, consultado el 3 de Marzo de 2009.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales

Para la ejecución de la siguiente Investigación se utilizó los siguientes materiales:

5.1.1. Material de escritorio

Hojas de papel bond, las mismas que se utilizaron para la realización de las encuestas, guías de entrevista y recopilación de información.

Fotocopias, la mismas que sirvieron para formularios de encuesta

Bolígrafos, lápices, los mismos que sirvieron para anotar la información recaudada en la encuesta.

Equipo de computación

Mismo que sirvió para la redacción, elaboración, del trabajo investigativo.

5.2. Métodos utilizados

Para la realización del presente trabajo Investigativo, nos servimos de los distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, o sea, las formas o medios que permiten descubrir, sistematizar, enseñar y aplicar nuevos conocimientos, los métodos que utilizamos fueron:

El método científico me permitió llegar al conocimiento de los fenómenos, el mismo que se lo empleó para estudiar dicho problema, enfocándolo desde el punto de vista jurídico-social y analizarlo con la realidad objetiva.

El método deductivo permitió conocer la realidad del problema a investigar partiendo de lo general, a lo particular y singular de la problemática, el mismo que lo apliqué en la recaudación de la información partiendo de los conceptos, principios, definiciones, leyes y reglamentos, de los cuales extraje las principales definiciones de los autores para así entender y enfocar de una mejor manera la temática a investigar.

El método materialista histórico lo utilicé en la recopilación de la Información y esto permitió conocer el pasado del problema sobre su origen y evolución y así realizar una diferenciación con la realidad en la que actualmente nos desenvolvemos y comparar los cambios en nuestras leyes con el paso del tiempo.

Método descriptivo nos permitió describir la realidad actual como se dan las dificultades en el sistema de administración público, describiendo las dificultades existentes que involucran en definitiva a toda la sociedad.

El método analítico lo utilicé puesto que permitió, estudiar el problema enfocándolo desde el punto de vista social, jurídico, político y económico; y para analizar así sus efectos ya que a través del análisis se puede descomponer un hecho y explicar las causas que la constituyen.

La investigación es de carácter documental, bibliográfica y de campo y comparativamente para encontrar normas jurídicas comunes en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, para descubrir sus relaciones o estimular sus diferencias o semejantes y por tratarse de una investigación analítica se empleó también la dialéctica en la interpretación de los textos, documentos y doctrinas.

Como técnicas de investigación para la recolección de la información utilicé fichas bibliográficas, fichas mnemotécnicas, con la finalidad de recolectar información doctrinaria, grabadora de sonidos para registrar todos los aspectos relevantes que se puedan establecer durante la investigación de casos y en la recolección de la información o a través de la aplicación de las técnicas de la encuesta y la entrevista.

La encuesta se aplicó a treinta Abogados en libre ejercicio profesional, servidores y funcionarios públicos de la ciudad de Loja, docentes universitarios para que den a conocer su perspectiva sobre la temática a investigada y poder desarrollar con normalidad y absoluta profundidad el trabajo investigativo.

Finalmente los resultados de la investigación recopilada durante su desarrollo se exponen en este informe final en cumplimiento de lo dispuesto por la universidad.

6. RESULTADOS

6.1. ANÁLISIS Y PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA ENCUESTA.

Con la finalidad de constatar la existencia del problema jurídico investigado, y demostrar la validez de la hipótesis planteada, dentro de la presente investigación, hemos determinado la necesidad de utilizar la técnica de la encuesta, y dando cumplimiento con la investigación de campo, la misma nos permitirá orientar y será un verdadero aporte para llegar a las conclusiones y recomendaciones con los argumentos jurídicos dentro del tema propuesto, para lo cual se construyó cinco preguntas, y de la misma manera se procedió a aplicar 30 encuestas, las mismas que se realizaron sobre la temática investigada.

Presentamos seguidamente el análisis de los resultados, obteniendo la siguiente información:

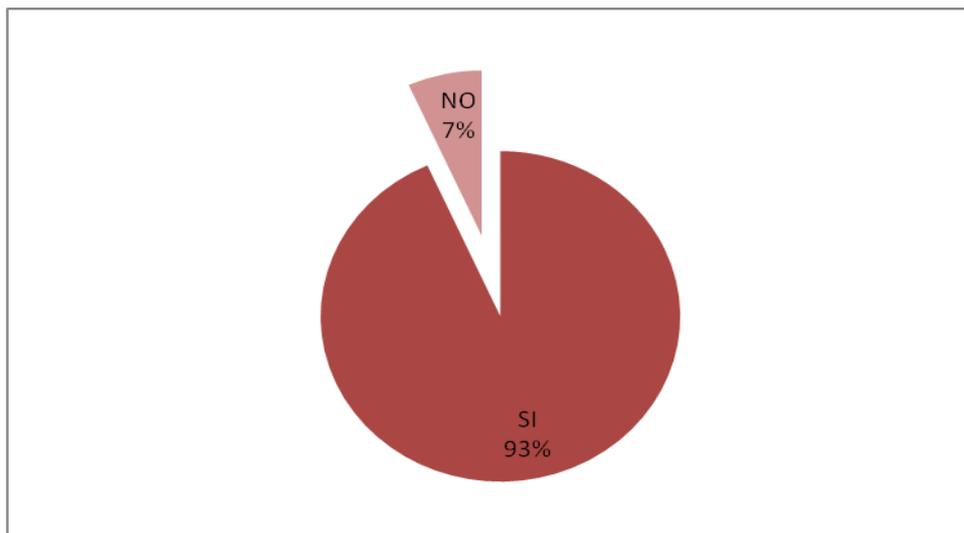
Pregunta N° 1

1. Piensa que un procedimiento adecuado de aplicación del derecho de Repetición que tiene el Estado, frenaría el abuso de poder cometido por funcionarios y servidores públicos.

CUADRO N° 1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	93%
NO	2	7%
TOTAL	20	100%

REPRESENTACIÓN GRAFICA NO. 1



Fuente: Encuestas
Autora: Yovana Sánchez

INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

A la primera interrogante, podemos manifestar que de los 30 encuestados, 28 de ellos que representa el 93% manifestaron posiblemente sí haya un freno en las decisiones administrativas ilegales. Mientras que los otros 2 encuestados restantes que representa el 7% del total de la población encuestada manifestaron no sucedería nada.

ANÁLISIS

Al realizar el respectivo análisis de la pregunta número cinco se puede constatar que el 93% de la población encuestada que corresponde a la mayoría, piensa que con esta propuesta de modificar el Reglamento de la LOSEP con un art. destinado a establecer el procedimiento para las sanciones a los funcionarios públicos que no observan la ley y toman decisiones administrativas ilegales, al verse inmerso en la acción de repetición, un derecho del Estado para recuperar el dinero de las indemnizaciones, se frenarían y lo pensarían mejor.

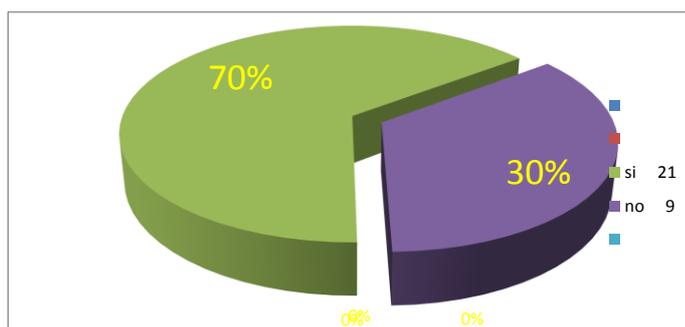
Pregunta N° 2

2. ¿Considera que al funcionario público que realizó actos administrativos ilegales cuya consecuencia dio como resultado la indemnización por parte del Estado al Administrado, debería aplicársele el derecho de repetición?

CUADRO N° 2

VARIABLES	Frecuencia	Porcentaje
SI	21	70%
NO	9	30%
Total	30	100%

REPRESENTACIÓN GRAFICA NRO. 2



Fuente: Encuesta
Autora: Yovana Sánchez

INTERPRETACIÓN:

A la segunda interrogante, podemos manifestar que de los 30 encuestados, 21 manifestaron que si están de acuerdo con aplicar el derecho que tiene el Estado de Repetición lo que representa al 70% de la población encuestada; mientras que los 9 restantes manifestaron que no estarían de acuerdo, lo que representa el 30% del Total de la población encuestada.

ANÁLISIS

Al analizar la segunda interrogante se puede observar que de los 30 encuestados, 21 de ellos que representa el 70% de la población encuestada, si estarían de acuerdo en que se aplique el derecho constitucional que tiene el Estado de la acción de repetición, puesto que sería una forma de recuperar los dineros otorgados por el Estado para cumplir con la indemnización a las personas perjudicadas por las decisiones o actos administrativos ilegales realizados o tomados por los funcionarios públicas. Mientras que los 9 restantes que representan el 30% de la población encuestada manifiestan que dicho derecho no se debe aplicar, puesto que la mayoría de los empleados públicos desconocen dicho derecho.

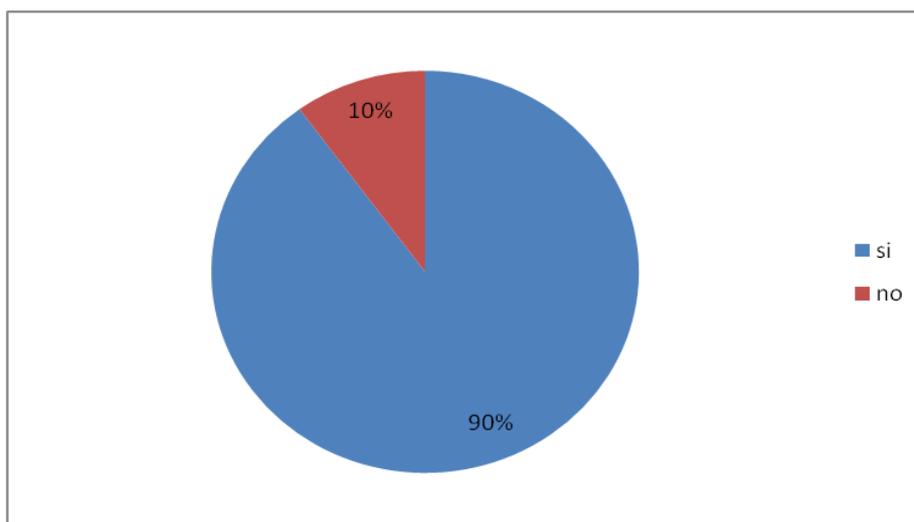
Pregunta N° 3

2. Estaría de acuerdo en que exista un procedimiento a la mano y adecuado para aplicar al funcionario público cuyo acto administrativo ilegal motivó la pérdida de dinero al Estado?

CUADRO N° 3

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	27	90%
No	3	10%
TOTAL	20	100%

REPRESENTACIÓN GRAFICA NRO. 3



Fuente: Encuesta
Autora: Yovana Sánchez

INTERPRETACIÓN:

Como puede observarse, de los 30 encuestados, 27 manifestaron que si están de acuerdo con que exista un procedimiento adecuado que permita aplicar con la celeridad, e inmediatamente este derecho con la finalidad de preservar los bienes patrimoniales del Estado. lo que equivale al 90% del total de la población encuestada, mientras que los 3 restantes manifestaron que no estaban de acuerdo, puesto que no conocían cuales serían las consecuencias de la aplicación de dicho derecho o acción que representa el 10% del total de la población encuestada.

ANÁLISIS

Al analizar la tercera interrogante se puede observar que de los 30 encuestados, 27 de ellos que representa el 90% del total de la población encuestada manifiestan que si es necesario tener un cuerpo normativo que acelere el proceso sancionatorio, ; mientras que los 3 encuestados restantes que representan el 10% de la población manifestaron que este desconocimiento de las consecuencias de la aplicación de este derecho dañarían al funcionario, lo que daría el 100% de la población encuestada.

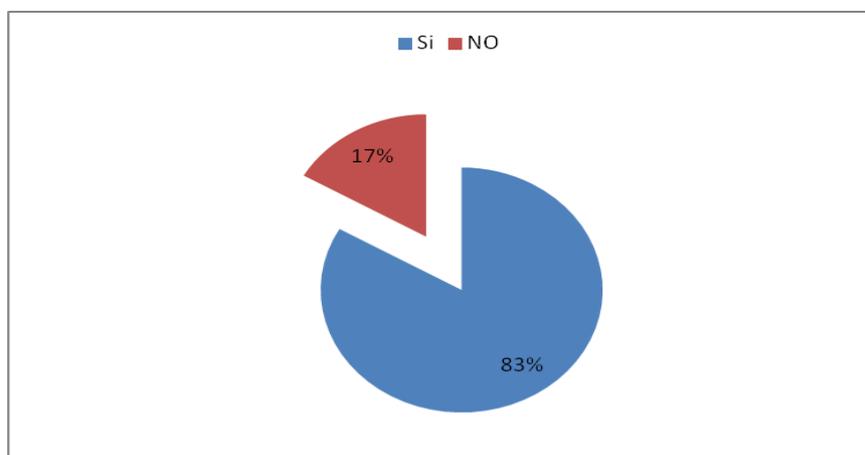
Pregunta N° 4

4. Piensa que es necesario que el procedimiento a seguirse en el derecho de Repetición, se encuentre estipulado dentro del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público?

CUADRO N° 4

<i>VARIABLE</i>	<i>FRECUENCIA</i>	<i>PORCENTAJE</i>
<i>Si</i>	25	83%
<i>NO</i>	5	17%
<i>TOTAL</i>	30	100%

REPRESENTACIÓN GRAFICA NRO. 4



Fuente: Encuestas
Autora: Yovana Sánchez

INTERPRETACIÓN:

A la cuarta interrogante, se puede manifestar que de los 30 encuestados, 25 manifestaron que si están de acuerdo en que se incluya el procedimiento a seguir dentro del reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público. Lo que representa el 83% del total de la población encuestada, mientras que los 5 encuestados restantes manifestaron que no creían necesario incluir dicho procedimiento en el Reglamento de la LOSEP.

ANÁLISIS:

En la tercera interrogante se pudo comprobar que de los 30 encuestados que representa el 100% de la Población encuestada, 25 de ellos que constituyen el 83% del total de la población encuestada manifestaron que sí creían pertinente que se incluya en el Reglamento de la LOSEP, un procedimiento para poder aplicar de manera correcta el derecho que tiene el Estado respecto de la acción de repetición contra aquellos funcionario que han actuado administrativamente de forma ilegal, con independencia de las causas civiles, o penal que pueda enfrentar.; mientras que los otros 5 encuestados restantes que representan el 17% del total de la población encuestada manifestaron, que no estaban de acuerdo por causar daño a los servidores públicos.

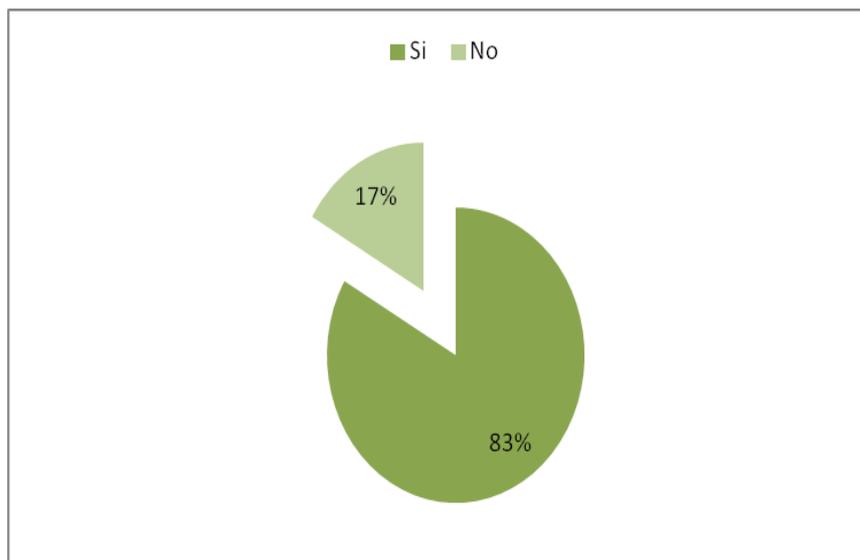
Pregunta N° 5

4. Considera adecuado que se plantee una modificación al reglamento de la LOSEP, en donde se regule el procedimiento a seguirse en los casos de requerirse la aplicación del derecho de repetición?

CUADRO NRO 5

VARIABLE	Frecuencia	Porcentaje
Si	25	83%
No	5	17%
TOTAL	30	100%

REPRESENTACIÓN GRAFICA NO. 5



Fuente: Encuestas
Autora: Yovana Sánchez

INTERPRETACIÓN:

De la quinta interrogante, podemos manifestar que de los 30 encuestados, que representa el 100% de la Población encuestada, 25 de ellos que constituye el 83% del total de la población encuestada manifestaron que estarían de acuerdo en que se plantee la modificación al reglamento de la LOSEP, mientras que los 5 restantes que representan el 17% del total de la población encuestada manifestaron no sería necesario

ANÁLISIS:

Al analizar la quinta interrogante, referente a que si estaría de acuerdo con que se plantee una modificación al reglamento de la LOSEP, incluyendo un artículo que permita aplicar de forma inmediata y efectiva la acción de repetición al funcionario público, se pudo constatar a través de la encuesta que 25 encuestados que representa el 83% del total de la población manifestaron es completamente pertinente y necesario para tener una herramienta útil y necesario para sancionar a los funcionarios que no observaron los derechos constitucionales ni la ley pertinente y actuaron de forma ilegal y hasta caprichos, mientras que los 5 restantes que representan el 17% del total de la población encuestada manifestaron que no estaban de acuerdo porque muchas veces no lo hacen con dolo, sino que son errores involuntario.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de Objetivos

7.1.1. Objetivo General

Realizar un estudio crítico, reflexivo, doctrinario y jurídico respecto del Derecho de Repetición y el derecho y la obligación del Estado de aplicarlo.

El objetivo general se lo cumplió a cabalidad ya que a través de la Información recaudada mediante la recopilación de datos, se hizo el estudio crítico, jurídico y reflexivo sobre los sobre el derecho de aplicar la Acción de Repetición constante en nuestra Constitución y la falta de la falta de una esfera procedimental para su aplicación en nuestro País.

7.1.2. Objetivos Específicos:

1. Realizar un análisis sobre las leyes que puedan contener procesos que ayuden a esclarecer como acción para demandar este derecho del Estado.

Objetivo cumplido, puesto que al realizar el acopio del material de investigación y de estudio, se fue tomando en cuenta todas aquellas leyes que podrían coadyuvar a cumplir con el derecho que tiene el Estado de aplicar la repetición a aquellos funcionarios cuya acción haya dado como resultado que el Estado pierda recursos.

2. Establecer los efectos que causa el no poseer un procedimiento adecuado para que sean sancionados aquellos funcionarios que motivaron la indemnización.

Se cumplió este objetivo específico, puesto que al realizar el estudio y las encuestas, dieron como resultado que muchos de los casos en que el administrado haya ganádole al Estado, y por ende haya habido que indemnizarlo, esos dineros no se han podido recuperar, por falta de un procedimiento que, estipulado dentro de un marco jurídico legal adecuado se posible aplicarlo de inmediato.

3. Plantear un Proyecto de Reforma al Reglamento de Ley Orgánica de Servicio Público en el que principalmente se establezca el mecanismo para incoar la acción inmediatamente contra el funcionario que motivó la pérdida económica al Estado a través de la indemnización a terceros, producto de su acción administrativa ilegal.

El tercer objetivo fue posible cumplirlo y se encuentra plateado al final del presente trabajo, puesto que a través del estudio realizado sobre la falta de marco legal que norme el procedimiento del derecho de repetición del estado, más el aporte de las opiniones de los encuetados, fue lo que nos permitió llegar a cumplir el objetivo con el planteamiento de la reforma al reglamento de la LOSEP.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La falta de un procedimiento adecuado, dentro de la legislación ecuatoriana y de la LOSEP, que sancione los actos inadecuados de los Administradores Públicos, no ha permitido que el Estado recupere el dinero indemnizado y que ejerza de manera adecuada, el derecho de repetición.

En el proyecto de investigación se había planteado la hipótesis referida anteriormente, la misma ha sido contrastada, pues actualmente no existe un procedimiento adecuado dentro de la LOSEP, que permita sancionar de manera inmediata y eficaz, las acciones inadecuadas e ilegales de los Servidores y/o funcionarios públicos, quedando en la mayoría de los casos, o mejor dicho en todos los casos, en la impunidad y con pérdida para el Estado, sin que nadie haya respondido por los daños hechos a la sociedad Ecuatoriana, ya que dichos dineros corresponden al patrimonio Estatal.

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA DE REFORMA

La Constitución de la República en su Art. 11, Principios para el ejercicio de los derechos, da la pauta para regirnos en ellos y exigir los mismos, el numeral 9 de del mismo cuerpo legal, nos permite sustentar nuestra propuesta de trabajo de investigación y al saber y constatar a través de ella la falta de la esfera procesal que nos lleve a aplicar el derecho de repetición del Estado contra el Funcionario público, nos da el sustento legal y jurídico para proponerla.

El derecho de repetición es una figura que se ha visto plasmada en las últimas Cartas Políticas del Ecuador, sin embargo, con el pasar de los años se ha demostrado que esta acción no ha sido utilizada, lo que ha provocado la falta de determinación de responsabilidades a los funcionarios por parte de la Administración Pública. La esfera procesal no dispone de un procedimiento que regule esta acción y su tratamiento. Si bien la última Constitución ecuatoriana, estrenada en el 2008, no cambia los conceptos de responsabilidad objetiva del Estado así como tampoco obvia el derecho de repetición, el sistema procesal ecuatoriano aún se mantiene sin herramientas para poder ejercer este derecho del Estado”²².

La falta de un régimen procedimental que regule la acción de regreso en el Ecuador marca la pauta para la siguiente pregunta, ¿Cómo se hace efectiva, en la esfera procedimental, la responsabilidad del funcionario público como cuando este haya ocasionado un daño al ciudadano?. Se debe partir del punto que el daño sufrido por el administrado ya ha sido indemnizado por el Estado. Yo sostengo que se debería crear una acción y procedimiento específicos que no se encuentran regulados en el Ecuador, los mismos que consistirían en permitir al Estado accionar en contra del empleado público que haya ocasionado un daño como consecuencia de negligencia o dolo en el ejercicio de su cargo, tomando en consideración elementos fundamentales como lo son la responsabilidad objetiva del Estado y la acción del administrado lesionado contra la Administración Pública.

²² Gordillo Morales José María. La acción de repetición como mecanismo idóneo para determinar la responsabilidad del funcionario público. Universidad San Francisco de Quito. 2010

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

La acción de regreso del Estado contra el empleado público se sustenta en el principio de responsabilidad del Estado. Esto quiere decir que el Estado se hace responsable por los daños ocasionados por sus organismos o funcionarios adscritos, excepto en materia penal, ya que en casos de responsabilidad penal, la responsabilidad del Estado es subsidiaria e indirecta, lo que quiere decir que el funcionario debe hacer frente, directamente a la responsabilidad penal, consecuencia de delitos tipificados en el Código Penal y Código de Procedimiento Penal. “Como premisa básica del régimen de responsabilidad del Estado, se entiende que la Administración Pública se basa

en los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y calidad en la prestación de sus servicios, razón por la cual el Estado debe responder en el caso de prestaciones de servicios de pobre calidad y deficientes, defectuosos e incluso en el caso en que el servicio sea inexistente”²³.

Por lo que estoy convencida que una reforma al Reglamento de la LOSEP, dará primero como resultado que al saber de su aplicación, los funcionarios públicos cuidarán mucho más sus actuaciones y sus resoluciones, y de darse el caso la aplicación de esta reforma permitirá recuperar el dinero patrimonio del Estado Ecuatoriano.

²³ Gordillo Morales José María. La acción de repetición como mecanismo idóneo para determinar la responsabilidad del funcionario público. Universidad San Francisco de Quito. 2010

8. CONCLUSIONES

- Que la falta un procedimiento adecuado que esté inmerso en un marco legal correspondiente ha permitido que quede impune las actuaciones ilegales de muchos funcionario públicos.
- Es necesario un régimen de responsabilidad objetiva del Estado así como la acción del administrado ilegítimamente lesionado contra la Administración Pública, como elementos que habilitan el ejercicio del derecho de repetición con el fin de recuperar el dinero que el Estado ha tenido que utilizar para cumplir con demandas indemnizatorias de sus administrados lesionados a causa de una actividad negligente o dolosa de sus servidores públicos.
- Que la impunidad referida ha traído como consecuencia que no haya recuperado el dinero patrimonio del Estado.
- Que en el Ecuador no existe jurisprudencia que respalde el ejercicio del derecho de repetición, por lo que se necesita normas que regulen la acción de regreso, con parámetros claros, que establezcan un proceso determinado para estos casos.
- Que es necesario reformar el Reglamento de la LOSEP para poder aplicar el derecho de repetición que tiene el Estado contra aquellos funcionarios cuya actuación ilegal permitieron que se dé la indemnización a los administrados.

- Que la necesidad de reformar el Reglamento de la LOSEP para que contenga el procedimiento a seguir para aplicar el derecho de repetición contra el funcionario público, es primordial hoy en día a la vez que servirá como una forma de prevención.

9. RECOMENDACIONES

- Se recomienda a la Administración Pública referirse de manera legal siempre que tengan que emitir sus resoluciones administrativas, con el fin de que éstas no se conviertan en perjuicio para el Estado.
- Se recomienda tomar en cuenta el principio de repetición como un derecho que tiene el Estado para sancionar al funcionario público que actuó administrativamente de manera ilegal.
- Se recomienda que el proceso de la acción de repetición, se lleve a cabo iniciado por el administrado lesionado en contra del Estado y que no exista una acción directa del lesionado en contra del funcionario público presuntamente culpable del daño ocasionado.
- Se recomienda establecer como una de las causales para interponer la acción de repetición el cometimiento de un hecho administrativo dañoso por parte de un empleado público.
- Se recomienda a la Asamblea Nacional que modifique el reglamento de la LOSEP, con la finalidad de incluir el procedimiento más adecuado para repetir en contra de los funcionarios públicos que causen a través de sus decisiones, daño o pérdida al Estado Ecuatoriano.
- Se recomienda a los administradores públicos dar seguimiento, y control respecto de los abusos de poder que ejecutan los funcionarios públicos contra sus administrados, para así preservar el patrimonio del Estado.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

La Honorable Asamblea Nacional de la República del Ecuador

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución de la República del Ecuador dispone 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;

Que el Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador, al hablar de los principios para el ejercicio de los derechos, en el numeral 9, indica inciso tercero, indica 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.

Que es deber del Estado ecuatoriano, preservar el Patrimonio Estatal,

Que es necesario expedir la reforma al Reglamento de la LOSEP.

En ejercicio de las facultades constitucionales y legales, expide la siguiente:

REFORMA AL REGLAMENTO DE LA LOSEP PARA REGULAR EL PROCEDIMIENTO QUE SE DEBE SEGUIR PARA EJERCER EL DERECHO DE REPETICIÓN QUE SE DESPRENDE DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ILEGALES”

En el Capítulo V, Del Régimen Disciplinario, Sección Primera, Responsabilidad Administrativa, luego del Art. 78, insertar los siguientes artículos enumerados:

Art.....El Estado será responsable por el error cometido por el Funcionario Público, retardo o inadecuada administración del poder, y por violaciones a los principios y reglas del debido proceso.

Art.....En los casos contemplados en el Art. anterior, el Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición contra las personas o persona responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales, de haber varios responsables, todos quedarán solidariamente obligados al reembolso del monto total pagado, más los intereses legales desde la fecha del pago y las costas judiciales.

Art..... Para el cobro del dinero antes mencionado, y una vez que la sentencia se haya ejecutoriado contra el Estado, y éste haya tenido que pagar la indemnización, la Administración a la cual pertenecen, ordenará el cobro inmediato vía coactiva contra los servidores o servidoras responsables para el reembolso de lo que es Estado deba pagar al perjudicado.

Disposición final: La presente reforma entrará en vigencia a partir de la publicación en el Registro oficial.

Dada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la sala de sesiones de la Honorable Asamblea Nacional del Ecuador, a los 04 días del mes de enero de 2014.

.....

PRESIDENTA DE LA ASAMBLEA NACIONAL.

.....

SECRETARIO GENERAL DE LA ASAMBLEA NACIONAL

10. BIBLIOGRAFÍA.

- AMENABAR, María del Pilar, Responsabilidad Extracontractual del Administración Pública, Argentina.
- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Volumen I y II, Editado Omeba, Buenos Aires 1960-1961.
- CAMACHO Galindo, Miguel, Derecho Administrativo t. II 2º Edición Porrúa, México 1998.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.
- Diccionario de la Real Academia Española, 2010.
- GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Parte general, Dike, Medellín-Colombia, 1998
- GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, la defensa del usuario y del administrado. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires.
- Jaramillo Ordóñez Herman Felicísimo, Manual de Derecho Administrativo. Cámara del Libro, Núcleo de Pichincha. Quito – Ecuador, 2004, pág. 27
- LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO
- LEY ORGÁNICA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL Y SU REGLAMENTO
- LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO.
- PÉREZ, Jesús, Responsabilidad Patrimonial de las Administración Pública. Navarra México.
- REBOLLO, Luis. La responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales. Iustel, Madrid.
- ROJAS, Jaime. Bases e la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador. España.
- Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2012
- ZABALA EGAS, Jorge, Derecho Constitucional, Neo constitucionalismo y Argumentación Jurídica.

11. ANEXOS

PROYECTO

1. TEMA

“Necesidad de regular en el reglamento de la LOSEP, el procedimiento que se debe seguir para ejercer el derecho de repetición que se desprende de los actos administrativos ilegales”

2. PROBLEMÁTICA:

El derecho de repetición es una figura que se encuentra plasmada en la Constitución de la República, en ésta e inclusive en las anteriores, sin embargo y a pesar de ello, se ha demostrado que ésta acción no ha sido utilizada, lo que ha provocado la falta de determinación de responsabilidad a los funcionarios públicos por parte de la Administración Pública, éste procedimiento, no se lo encuentra enmarcado en ninguna ley afín, ni tampoco existe uno que regule la acción y su tratamiento.

La Constitución Ecuatoriana, indica la responsabilidad objetiva del Estado, sin obviar el derecho de repetición, pero se encuentra obstaculizado al no contar con las herramientas para poder ejercer este derecho.

La falta de un régimen procedimental que regule la acción de repetición en el Ecuador, marcaría la pauta para resolver, cómo hacer efectiva dentro de la esfera procedimental, la responsabilidad del funcionario público cuando éste haya ocasionado un daño., partiendo del punto que el daño sufrido por el administrado ya ha sido indemnizado por el Estado.

Por tal motivo crear un procedimiento específico que permita al Estado accionar en contra del administrador público, que haya ocasionado el daño, sería la vía más viable para tratar de proteger tanto el Estado mismo, como el del Administrado de actos que les perjudiquen.

En este sentido crear o sugerir un procedimiento idóneo e inmediato, que le permita al Estado accionar en contra del funcionario o de los funcionarios que hayan causado daño por negligencia o dolo, en ejercicio de su cargo, sería la herramienta necesaria para que estos actos no queden impunes. Si bien existe en la actualidad el procedimiento que sigue la Contraloría General del Estado, misma que sanciona procedimientos inadecuados, éste es un procedimiento completamente diferente, y que no cumple con el propósito del ejercicio de una acción de repetición. Esta ausencia de procedimiento que regule la acción de repetición, ocasiona que nunca sea utilizada, lo que conlleva a que el funcionario público no se haga responsable por los daños que ha causado tanto a los administrados como a la Administración Pública. A la segunda, el daño económico, pérdidas constantes de fondos, que es un dinero estatal, y no sanciona la irresponsabilidad del funcionario público, mismo que abusa de su posición y actúan arbitrariamente en muchas ocasiones.

Ante todo lo expuesto, se convierte indispensable la inserción de una normativa en la LOSEP, a fin de poder ejercer de forma inmediata el Derecho de Repetición en contra de las personas, en este caso Administradores

Públicos, responsable del daño o perjuicio ocasionado a través de actos administrativos ilegales debidamente demostrados mediante el proceso legal correspondiente.

3. JUSTIFICACIÓN:

Las Universidades en la actualidad, contribuyen al desarrollo del país a través de la investigación, en particular la nuestra, que al acogerse al tipo de enseñanza-aprendizaje por Objetos de Transformación que contribuye en la investigación científica en los campos de la ciencia jurídica, social, a través del diseño de soluciones a los problemas que enfrentamos.

La presente investigación, tiene asidero e importancia porque trata de un problema jurídico y que trata exclusivamente sobre la protección de los recursos económicos del Estado, que al mismo tiempo se constituye en un recurso de todos. La problemática diseñada, se enmarca y se encuentra dentro del Derecho Administrativo, y del Derecho Social, pensamos que cumple con el requisito de trascendencia social, el cual es ampliamente justificado, ya que nuestro objetivo es reformar la norma legal respecto del derecho de repetición, puesto que las Indemnizaciones que por una mala actuación de un funcionario público el Estado debe desembolsar para resarcir los daños ocasionados, pero no se ha podido a través de esta figura hasta ahora, recuperar el dinero Estatal.

Así mismo, como estudiantes de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, tenemos la obligación de estudiar las normas de los

principales objetivos, y que debemos aportar para hacer de nuestra sociedad, más justa, equitativa, y valedera en el campo jurídico, evitando que día a día esté inmersa en injusticias, en la impunidad administrativa y de la burocracia dorada de las instituciones del Estado, ante ello, estamos llamados a realizar cambios sustanciales como estructurales, y que también sea concebidas, por el desarrollo equilibrado de nuestra nación.

Estos motivos son los que nos han llevado a proponer: regular en el reglamento de la LOSEP, el procedimiento que se debe seguir para ejercer el derecho de repetición que se desprende de los actos administrativos ilegales, relacionado a que a los dineros indemnizados por el Estado a terceros, sean recuperados de forma inmediata, por éste para precautelar los fondos públicos.

Las nociones adquiridas durante los años de estudio, nos permiten, hacer una recolección de la información teórica, doctrinaria, jurisprudencial, así como científica, para la organización y estructuración de los contenidos temáticos en la investigación jurídica propuesta; abordar y profundizar en el tratamiento del problema propuesto que tiene relación con la Administración Pública, del objeto de estudio de transformación, establecer los resultados válidos para proponer las sugerencias jurídicas, que después con el análisis de la misma, se fundan alternativas de solución al problema jurídico social a investigar, como un aporte a la sociedad ecuatoriana.

4. OBJETIVO:

4.1. GENERAL.-

Realizar un estudio crítico, reflexivo, doctrinario y jurídico respecto del Derecho de Repetición y el derecho y la obligación del estado de aplicarlo.

4.2. ESPECÍFICOS:

4.2.1 Realizar un análisis sobre las leyes que puedan contener proceso que ayuden a esclarecer como acción para demandar este derecho del Estado.

4.2.2. Establecer los efectos que causa el no poseer un procedimiento adecuado para que sean sancionados aquellos funcionarios que motivaron la indemnización

4.2.3. Plantear un Proyecto de Reforma al Reglamento de Ley Orgánica de Servicio Público en el que principalmente se establezca el mecanismo para incoar la acción inmediatamente contra el funcionario que motivó la pérdida económica al Estado a través de la indemnización a terceros, producto de su acción administrativa ilegal.

4.3. HIPÓTESIS:

La falta de un procedimiento adecuado y claro, dentro de la legislación ecuatoriana, y dentro de la LOSEP, que sanciona los actos inadecuados de los Administradores Públicos, no ha permitido que el Estado recupere el dinero indemnizado y que ejerza de manera adecuada, el derecho de repetición.

5. MARCO TEÓRICO:

En el presente trabajo de investigación a desarrollarse, es importante establecer algunas conceptualizaciones respecto del tema a tratarse, por lo que el mismo lo amerita en consideración al ámbito del derecho administrativo y del servicio público, más concretamente del mandato Constitucional, en cuanto se refiere al Derecho de Repetición en el Ecuador, por lo tanto, me permito enunciar algunos conceptos que hacen referencia al tema y problemática propuesta, como son los siguientes:

El **marco conceptual** nos permitirá establecer una serie de conceptos y referentes con el ánimo de esclarecer conceptos del tema que nos ataque tanto en forma general en cuanto tiene que ver a definiciones de términos utilizados dentro del Derecho Administrativo, de la Administración Pública, sus responsabilidades, etc., así como también establecer desde el punto de vista constitucional, conceptos y aplicaciones respecto del derecho de repetición.

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; caso contrario carecerán de eficacia jurídica²⁴

El Dr. Jorge Enrique Zavala Egas, en su obra Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, hace manifiesto respecto de la potestad administrativa, “ la tiene el sujeto que debe ejercer una actividad para realización del bien público a través de un procedimiento regido por los

²⁴ MANUAL DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO, MARCO MORALES TOBAR, pág. 51

principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización coordinación, participación, planificación, transferencia y evaluación, premisas básicas del Régimen de Responsabilidad del Estado, a esta actividad de servicio a la colectividad es a la que se refiere la norma contenida en el art. 227 de la Constitución, de tal manera que el procedimiento administrativo es una exigencia constitucional, es una auténtica garantía de que las potestades no lesionen los derechos fundamentales de ningún ciudadano²⁵

El mismo autor se refiere al acto administrativo y expresa que éste es como una institución, parte del sistema del Derecho Administrativo, y por lo tanto, obedece a sus fundamentos constitucionales, más bien a todas las normas de la Constitución que vinculan a todo nuestro Derecho público: primero con los derechos fundamentales (Art. 3.1; 11.9,84, 132.1 y 133.2), segundo con su necesaria e incondicional sujeción a la Ley y al Derecho, y tercero su vinculación a la seguridad jurídica que comprende el derecho a la tutela judicial y al debido procedimiento administrativo, principios y normas que evolucionan y obligan a que la dogmática administrativista esté en un proceso de revisión continua de sus propias categorías.²⁶

El profesor Otto Mayer, descubrió un elemento esencial y es que el acto administrativo es una actividad que obedece al poder público, es decir es una decisión imperativa, deriva de la supremacía estatal.

²⁵ ZABALA EGAS Jorge. DERECHO CONSTITUCIONAL, NEOCONSTITUCIONAL Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, Pág.153

²⁶ DERECHO CONSTITUCIONAL, NEOCONSTITUCIONAL Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, ZABALA EGAS Jorge. Pág.163, 163, 167

Será necesario hacer precisiones en cuanto tiene que ver a conceptos más concretos como el de funcionario público, cuál es su desempeño y responsabilidad.

Asimismo esclarecer conceptualmente la responsabilidad del Estado respecto de los actos de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y los efectos que acarreen dichos actos ilegales, nos permitirá trazar el camino que nos conducirá hasta nuestro objetivo.

Referirse a la Evolución Histórica del Derecho de Repetición en el Ecuador será un paso también muy importante para conocer su origen y su verdadero espíritu.

El Derecho de Repetición tiene su origen en Roma, esta tuvo su aplicación inicial a propósito del “enriquecimiento sin causa” y “el pago de lo no debido”.

“Repetir” entonces no se trata de otra cosa más que el reclamo de restitución que ha de hacerse contra un tercero, así la Enciclopedia Jurídica 2 señala: “...repetir” –de re y petere- significa: reclamar, y “repetición” es utilizada en el sentido de recuperación...”.

Este precepto ha sido previsto en varias constituciones que han regido nuestro país, contemplando sanciones para los servidores públicos infractores en muchas de ellas.

A continuación se presentarán el desarrollo evolutivo que se evidenció desde las primeras constituciones del Ecuador, hasta llegar a la última y “definitiva”, expedida en el 2008.

Dentro del **marco jurídico** se analizará lo que es el derecho de repetición, tanto en materia constitucional como en materia legal, esto es la regulada en el Código Orgánico de la Función Judicial, aclarando que la primera se refiere a la repetición en contra de los servidores públicos, mientras que la segunda se refiere a la acción de repetición en contra de los servidores judiciales.

La concepción básica de Prestación de Servicios Públicos, se funda en la imperecedera exigencia de satisfacer las necesidades públicas que deben ser solucionadas por entes estatales ya sea a nivel de Gobierno Central o Gobiernos seccionales en forma directa o indirecta.

Para ser considerada como tal, la prestación de servicios Públicos debe ser regular y continua, al punto que nuestra Constitución Política de 2008, en procura de dicha continuidad estableció la prohibición de huelgas por primera vez, como una forma de garantizar su continuidad, resaltando así la suprema importancia del bien común.

Muchos tratadistas han dedicado importantes esfuerzos por definir al Ente Público y el servicio que presta, resultaría redundante en muchos casos, y ciertamente quimérico intentar citarlos a todos, sin embargo encontramos muy completa la definición que el Autor Guillermo Vargas C. elabora en su obra titulada **Derecho Administrativo**, al describirlo como: “toda organización de

carácter permanente destinada a satisfacer una necesidad pública, de una manera regular y continua, nosotros nos atreveríamos agregar además que debe darse esta en forma “oportuna y eficiente”.

Latinoamérica en general salvo contadas y muy honrosas excepciones, que no son sino la confirmación de la regla, se ha caracterizado a lo largo de la historia por proporcionar servicios públicos (en sus distintos Gobiernos Centrales y Seccionales) que no solo dejan mucho que desear debido a sus deficiencias, sino que en infinidad de ocasiones han provocado daños y perjuicios de distinta índole a sus usuarios.²⁷

Analizar la Ley orgánica de la Función Judicial, en la parte pertinente al motivo de nuestra investigación, será imprescindible, puesto que mejorará la visión de cómo realizar la propuesta de reforma al Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Analizaremos también la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ya que en su *“Art. 20 se refiere a lo que es la Responsabilidad y repetición* en materia constitucional,

Se analizará de la ley antes mencionada el Art. 2 de la misma Ley, habla de los principio de la Justicia constitucional, que serán siempre los que se observe a más de los ya estipulados en la Constitución, para resolver las causas que se sometan a su conocimiento.

²⁷Revista Jurídica. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Universidad Católica Santiago de Guayaquil.

Sería preciso también dentro del marco doctrinario, analizar referentes de otros países, esto nos permitirán tener en consideración sus procesos.

Asimismo analizar la Ley Orgánica de la Función judicial, en su parte pertinente permitirá ampliar nuestro concepto y conocimiento, que nos permitirá desarrollar de mejor manera nuestra propuesta.

6. METODOLOGÍA:

Para la realización del presente trabajo Investigativo, utilizaremos, los distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, es decir, de formas o medios que permiten sistematizar, enseñar y aplicar nuevos conocimientos, los métodos a utilizar son:

Método científico.- Es el instrumento adecuado que permite llegar al conocimiento de los fenómenos, el mismo que lo empleamos para estudiar dicho problema, enfocándolo desde el punto de vista jurídico-social y analizarlo con la realidad objetiva, dentro del cual están:

El Método deductivo.- Este método lo utilizaremos ya que nos permitirá conocer la realidad del problema a investigar partiendo de lo general, a lo particular y singular de la problemática,

El Método descriptivo.- A este método lo utilizaremos al realizar la investigación ya que describiremos la realidad actual como perjudica al Estado, cuando éste tiende que indemnizar a causa de un acto administrativo ilegal y se dificulta recuperar el dinero.

Método analítico.-Utilizamos este método ya que nos permitió, estudiar el problema enfocándolo desde el punto de vista social, jurídico, político y económico; y, analizar así sus efectos ya que a través del análisis grupal pudimos descomponer un hecho y explicar las causas que la constituyen.

La investigación será de carácter documental, bibliográfica y de campo y comparativamente para encontrar normas jurídicas comunes en el ordenamiento jurídico internacional, para descubrir sus relaciones o estimular sus diferencias o semejantes y por tratarse de una investigación analítica se empleará también la dialéctica en la interpretación de los textos, documentos y doctrinas.

Como técnicas de investigación para la recolección de la información utilizaremos fichas bibliográficas, fichas mnemotécnicas, con la finalidad de recolectar información doctrinaria, grabadora de sonidos para registrar todos los aspectos relevantes que se puedan establecer durante la investigación de casos y en la recolección de la información o a través de la aplicación de las técnicas de la encuesta y la entrevista.

La encuesta será aplicada a treinta Abogados en libre ejercicio profesional, funcionarios judiciales del distrito de Loja, empleados públicos, y docentes universitarios para que nos den a conocer su perspectiva sobre la temática a investigar y poder desarrollar con normalidad y absoluta profundidad el trabajo investigativo.

7. CRONOGRAMA:

Tiempo en meses.	ABRIL 2013				MAYO 2013				JUNIO 2013				JULIO 2013				AGOSTO 2013				
Tiempo en semanas.	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	
Actividades.	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	
Selección de tema y problema.	X	X																			
Elaboración del Marco Referencial, justificación y objetivos.		X	X	X																	
Diseño del proyecto de tesis.					X	X	X	X													
Tramite para la aprobación del proyecto.									X	X											
Acopio de la Información Bibliográfica.											X	X									
Investigación de Campo													X	X							
Presentación y análisis de los resultados de la investigación.															X	X					
Redacción del Borrador de la Tesis.																X	X				
Redacción del informe final.																		X	X	X	

8. PRESUPUESTO:

Para la realización de la presente Investigación se tiene a cabo llevar el siguiente presupuesto, para el mismo se contará con financiamiento propio de los integrantes del grupo.

Recursos Personales:

AUTORA: Cesy Yobana Sánchez Agurto

DIRECTOR: Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos

ENCUESTADOS: 30 abogados en libre ejercicio profesional y expertos en la temática.

Recursos Materiales

Elaboración del proyecto	\$	25,00
Material de escritorio	\$	30,00
Bibliografía Especializada	\$	20,00
Elaboración del Primer informe	\$	25,00
Reproducción del informe final	\$	20,00
Imprevistos	\$	<u>30,00</u>
TOTAL	\$	150,00

El total de gastos asciende a la suma de **CIENTO CINCUENTA DÓLARES** americanos.

9. BIBLIOGRAFÍA

- **AMENABAR, MARÍA DEL PILAR**, Responsabilidad Extracontractual del Administración Pública, Argentina.
- Bielsa Rafael, Derecho Administrativo, Tomo I, Sexta Edición, La Ley Sociedad Anónima, Editora e Impresora, Buenos Aires, 1980, pag. 466.
- **CABANELLAS, Guillermo**, Diccionario Jurídico Elemental, Volumen I y II, Editado Omeba, Buenos Aires 1960-1961.
- **CAMACHO GALINDO, MIGUEL**, Derecho Administrativo t. II 2º Edición Porrúa, México 1998.
- Diccionario de la Real Academia Española, 2010.
- **LARREA Olgún, Juan**, Servicios Públicos, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2005.
- **Leticia Calzada**, Profesionalización en la administración pública, El Universal, 1998.
- **MORALES TOBAR, MARCO**, Manual de Derecho Procesal Administrativo.
- Rubio Luis A., Seminario Internacional Asociación Público Privada para la Provisión de Servicios de Infraestructura “Conceptualización y formas de financiamiento”, Río de Janeiro, 2003
- **ZABALA EGAS, Jorge**, Derecho Constitucional, Neo constitucionalismo y Argumentación Jurídica.
- **DELGADILLO GUTIÉRREZ LUIS HUMBERTO**, Compendio de Derecho Administrativo, Segundo Curso, Porrúa México 1999.

- **DROMI, ROBERTO**, Derecho Administrativo, Buenos Aires Argentina, Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos.
- **FIORINI, BARTOLOMÉ**, Derecho Administrativo, t. II 2º Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- **CHERSI, CARLOS ALBERTO**, Teoría General de la Reparación por daños.
- **GOLDENBERG, ISIDORO**, La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil. Buenos Aires, Astrea, 1984.
- **GORDILLO AGUSTÍN**, Tratado de Derecho Administración. Tomo II. La Defensa del usuario y del Administrado, Buenos Aires.
- GORDILLO Morales José María. La Acción de Repetición como mecanismo idóneo para determinar la responsabilidad del funcionario público. Universidad San Francisco de Quito. 2010
- **ORTIZ SOLTERO, SERGIO MONSERRIT**, Responsabilidades Legales de los servidores públicos.
- **PÉREZ, JESÚS**, Responsabilidad Patrimonial de las Administración Pública. Navarra México.
- **REBOLLO, LUIS**, La Responsabilidad Patrimonial de las Entidad Locales, Iustel, Madrid.
- **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.**
- **LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO**
- **LEY ORGÁNICA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL Y SU REGLAMENTO**
- **LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO.**

ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA CARRERA DE DERECHO

Nombre.....

Profesión.....

Con la finalidad de constatar la existencia del problema jurídico investigado, y demostrar la validez de la hipótesis planteada, dentro de la presente investigación, hemos determinado la necesidad de utilizar la técnica de la encuesta, y dando cumplimiento con la investigación de campo, la misma nos permitirá orientar y será un verdadero aporte para llegar a las conclusiones y recomendaciones con los argumentos jurídicos dentro del tema propuesto, para lo cual se construyó cinco preguntas, y de la misma manera se procedió a aplicar 30 encuestas que se realizaron sobre la temática investigada, mismas que han sido dirigidas a profesionales del derecho,

PREGUNTA 1

1. Piensa que un procedimiento adecuado de aplicación del derecho de Repetición que tiene el Estado, frenaría el abuso de poder cometido por quienes ejercen la administración pública?

• Si ()

• NO ()

¿Porque?.....

.....

PREGUNTA 2

2. Considera que el funcionario público que realizó actos administrativos ilegales cuya consecuencia dio como resultado la indemnización por parte del Estado al Administrado, debería aplicársele el derecho de repetición?

- Si ()
- NO ()

¿Porque?.....

PREGUNTA 3

3. Estaría de acuerdo en que exista un procedimiento a la mano y adecuado para aplicar al funcionario público cuyo acto administrativo ilegal motivó la pérdida de dinero al Estado?

- Si ()
- NO ()

¿Porque?.....

PREGUNTA 4

4. Piensa necesario que dicho procedimiento se encuentre estipulado dentro del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Público?

- Si ()
- NO ()

¿Porque?.....

PREGUNTA 5

5. Entonces estaría de acuerdo con que se plantee una modificación al reglamento de la LOSEP, incluyendo un artículo que permita aplicar de forma inmediata y efectiva la acción de repetición al funcionario público?

- Si ()
- NO ()

¿Porque?.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO.....	VI
TABLA DE CONTENIDOS.....	VII
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN.	2
2.1. ABSTRACT	3
3. INTRODUCCIÓN	4
4. REVISIÓN DE LA LITERATURA.....	7
4.1. MARCO CONCEPTUAL	7
4.1.1. EL SERVICIO PÚBLICO	7
4.1.2. EMPLEADO PÚBLICO, FUNCIONARIO PÚBLICO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE REPETICIÓN.	17
4.1.3. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.	18
4.1.4. EL DERECHO DE REPETICIÓN. CONCEPTO	19
4.2. MARCO DOCTRINARIO.....	21
4.2.1. LA ACCIÓN DEL LESIONADO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN.....	21
4.2.2. BREVES RASGOS DEL JUICIO ORDINARIO PERTINENTES A LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.	23
4.2.3. CONCEPTO DE LESIÓN RESARCIBLE Y CARACTERÍSTICAS DE DAÑO EN LA DOCTRINA.	24
4.2.4. LA IMPUTACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA DOCTRINA.....	26
4.2.5. LA IMPUTACIÓN DEL DAÑO EN LA DOCTRINA.....	27
4.2.6. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.....	27

4.2.7.	FALTA DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA.	28
4.3.	MARCO JURÍDICO	30
4.3.1.	CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR	30
4.3.2.	CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.	32
4.3.3.	LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO.	33
4.3.4.	REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO	34
4.4.	LEGISLACIÓN COMPARADA	36
4.4.1.	Argentina	36
4.4.2.	Colombia	37
4.4.3.	México	40
4.4.4.	España	41
4.4.5.	Chile	46
5.	MATERIALES Y MÉTODOS	47
5.1.	Materiales	47
5.1.1.	Material de escritorio	47
5.2.	Métodos utilizados	47
6.	RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	50
6.1.	ANÁLISIS Y PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA ENCUESTA.	50
7.	DISCUSIÓN	61
7.1.	Verificación de Objetivos	61
7.1.1.	Objetivo General	61
7.1.2.	Objetivos Específicos:	61
7.2.	CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	63
7.3.	FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA DE REFORMA	63
8.	CONCLUSIONES	67

9.	RECOMENDACIONES	69
9.1.	PROPUESTA DE REFORMA LEGAL	70
10.	BIBLIOGRAFÍA	72
11.	ANEXOS	73
	PROYECTO	73
	ÍNDICE	91