USFQ LAW REVIEW
Volumen XIII, Núm. 2, noviembre 2026
ISSN: 2631-2573 • ISSN(e): 1390-8014

BY-NC-SA

La dificultad probatoria del dolo y la culpa grave como factor de ineficacia de la acción de repetición en Ecuador

The Evidentiary Difficulty of Fraud and Gross Negligence as a Factor of Ineffectiveness of the Right of Recourse in Ecuador

Mateo Sebastián Polo Fajardo*

Recibido / Received: 22/06/26
Aceptado / Accepted: 25/08/26
DOI: https://doi.org/10.18272/ulr.v13i2.4398

Citación:
Polo Fajardo, Mateo. "La dificultad probatoria del dolo y la culpa grave como factor de ineficacia de la acción de repetición en Ecuador". *USFQ Law Review*, vol. 13, n°. 2. (Noviembre de 2026): https://doi.org/10.18272/ulr.v13i2.4398.

* Universidad del Azuay, estudiante de la Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas, 9no semestre. Cuenca, Azuay, Ecuador. Correo electrónico: meteopolof@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0009-0002-7417-6087.

Resumen

La acción de repetición, consagrada en el artículo 11, numeral 9, de la Constitución de la República del Ecuador, representa un mecanismo fundamental para garantizar la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos cuya conducta dolosa o gravemente culposa haya generado una condena estatal. Sin embargo, su aplicación práctica ha sido notoriamente ineficaz. El presente artículo analiza, desde una perspectiva dogmática, procesal e institucional, las causas de este fracaso, con especial énfasis en la distorsión jurisprudencial que impone una *probatio diabolica* al exigir la demostración del fuero interno del funcionario bajo estándares penales de certeza irrefutable. Se concluye que la superación de este obstáculo epistemológico requiere abandonar el escrutinio psicológico en favor de un estándar normativo y objetivo de razonabilidad. A partir de la teoría contemporánea de la prueba, el análisis comparado del modelo colombiano y la evaluación dogmática de los recientes proyectos de ley orgánica presentados en la Asamblea Nacional (2025), se formulan propuestas de reforma orientadas a instituir presunciones legales, consolidar el deber de aportación probatoria y dotar de viabilidad material a esta figura.

Palabras clave

Acción de repetición; dolo; culpa grave; estándar probatorio; racionalidad epistémica; responsabilidad del Estado; derecho administrativo

Abstract

The right of recourse, enshrined in Article 11, paragraph 9 of the Constitution of the Republic of Ecuador, represents a fundamental mechanism for guaranteeing the financial liability of public servants whose intentional or grossly negligent conduct has resulted in a state judgment against them. However, its practical application has been notoriously ineffective. This article analyzes, from a dogmatic, procedural, and institutional perspective, the causes of this failure, with particular emphasis on the jurisprudential distortion that imposes a probatio diabolica by requiring the demonstration of the official's personal conscience under criminal standards of irrefutable certainty. It concludes that overcoming this epistemological obstacle requires abandoning psychological scrutiny in favor of a normative and objective standard of reasonableness. Based on contemporary evidence theory, comparative analysis of the Colombian model and dogmatic evaluation of recent organic law projects presented in the National Assembly (2025), reform proposals aimed at establishing legal presumptions, consolidating the duty to provide evidence, and giving material viability to this figure are presented.

Keywords

Right of recourse; intent; gross negligence; evidentiary standard; epistemic rationality; State liability; administrative law

1. Introducción

La responsabilidad patrimonial del Estado constituye uno de los mecanismos fundamentales de protección de los derechos de los administrados frente a actuaciones antijurídicas de los poderes públicos. En el modelo constitucional ecuatoriano, esta institución no solo garantiza la reparación integral de las víctimas cuando la actuación estatal ocasiona daños antijurídicos, sino que también incorpora mecanismos destinados a evitar que las consecuencias económicas derivadas de conductas gravemente reprochables de los servidores públicos sean asumidas exclusivamente por el erario.

Dentro de estos mecanismos destaca la acción de repetición, prevista en el artículo 11, numeral 9, de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE), mediante la cual el Estado está obligado a reclamar a los servidores o exservidores públicos el valor de las indemnizaciones pagadas a favor de terceros. Si bien la disposición constitucional establece el mandato general de ejercer esta acción en contra de "las personas responsables del daño producido"[1], el desarrollo normativo y la jurisprudencia constitucional posterior han delimitado que dicho mecanismo resarcitorio se activa cuando la conducta del funcionario ha estado mediada por dolo o culpa grave. Esta institución busca equilibrar dos objetivos complementarios: por una parte, garantizar una reparación efectiva a las víctimas de la actuación estatal y, por otra, asegurar que los funcionarios responsables asuman personalmente las consecuencias patrimoniales de su conducta cuando esta revista una gravedad especial[2].

No obstante, pese a la relevancia constitucional de esta figura, la experiencia comparada latinoamericana y los escasos estudios existentes sugieren que la acción de repetición ha tenido una aplicación limitada y resultados modestos en términos de recuperación efectiva de recursos públicos[3]. La doctrina ha señalado que, aun cuando diversos ordenamientos jurídicos reconocen la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales y establecen mecanismos para hacerla efectiva, la utilización práctica de estas acciones suele ser reducida y enfrenta múltiples obstáculos institucionales y procesales[4].

En este contexto surge una cuestión particularmente relevante para el caso ecuatoriano. Aunque el mandato constitucional de la acción de repetición es amplio, su diseño legal —desarrollado de forma expresa tanto en

1 Artículo 11, Constitución de la República del Ecuador, R. O. 449, 20 de octubre de 2008.
2 Guillermo Enríquez Burbano, "Ineficacia de la acción de repetición", *Ius Humani* 6 (febrero de 2017): 108-109.
3 Sergio Marzo-Vanegas, "La acción de repetición y la Constitución de la República del Ecuador", *Polo del Conocimiento* 2, n.º 6 (junio 2017): 782; cf. Enríquez Burbano, "Ineficacia de la acción", 119.
4 Juan Carlos Henao, *El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998), 45; Manuel Urueta Ayola, *La acción de repetición: Una realidad jurídica* (Bogotá: Leyer, 2004), 33.

el Código Orgánico Administrativo (en adelante COA)[5] como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC)[6]— exige la concurrencia de presupuestos materiales estrictos.

Uno de ellos presenta especiales dificultades: la acreditación judicial de que la conducta del servidor público se adecuó al estándar de dolo o culpa grave. El legislador ecuatoriano exige este alto umbral de imputación subjetiva, excluyendo otros grados de negligencia, con el fin de proteger la toma de decisiones y evitar la parálisis de la administración pública[7]. Sin embargo, a diferencia de otros elementos objetivos de la acción, como la existencia de una condena contra el Estado o el pago efectivo de una indemnización, el dolo y la culpa grave constituyen estados internos cuya demostración depende de complejos procesos inferenciales y probatorios[8].

Esta problemática adquiere especial relevancia desde la perspectiva de la teoría de la prueba. En efecto, demostrar que un funcionario actuó con dolo o culpa grave supone reconstruir circunstancias subjetivas que raramente pueden acreditarse mediante prueba directa, obligando a los jueces a recurrir a indicios, inferencias y valoraciones contextuales[9]. Ello plantea interrogantes acerca del estándar probatorio efectivamente exigido en la práctica judicial y sobre la posible existencia de una carga probatoria particularmente gravosa para las entidades estatales que ejercen la acción[10].

La presente investigación tiene como objetivo analizar la incidencia que posee la exigencia de probar el dolo o la culpa grave del servidor público en la eficacia de la acción de repetición en Ecuador. Parte de la hipótesis de que la dificultad probatoria asociada a estos elementos subjetivos constituye uno de los principales factores que limitan la efectividad práctica de este mecanismo, especialmente debido a la ausencia de reglas probatorias especiales, presunciones legales específicas o criterios jurisprudenciales uniformes que faciliten su acreditación.

5 Artículo 333, Código Orgánico Administrativo [COA], R. O. Segundo Suplemento 31, 7 de julio de 2017.

6 Artículo 67, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], R. O. Segundo Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

7 Si bien el artículo 11, numeral 9, de la Constitución de la República enuncia el derecho de repetición de forma general contra las personas responsables, el ordenamiento secundario (específicamente el artículo 333 del COA y el artículo 67 de la LOGJCC) restringe expresamente esta acción a los casos de dolo o culpa grave. Dogmáticamente, esta limitación legal responde a la necesidad de evitar la denominada *parálisis administrativa*. Si el sistema obligara al servidor a responder con su patrimonio personal por cualquier tipo de culpa o negligencia simple, la toma de decisiones en la gestión pública se volvería inviable ante el temor constante a sufrir represalias económicas. Por ello, el legislador configuró un umbral de imputación subjetiva estricto, reservando la acción de repetición únicamente para las conductas revestidas del máximo nivel de reproche.

8 Daniel González Lagier, *Quaestio facti: Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (Ciudad de México: Fontamara, 2003), 62.

9 Jordi Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2007), 41.

10 Marzo-Vanegas, "La acción de repetición", 783.

2. Naturaleza jurídica y presupuestos materiales de la acción de repetición

2.1. La responsabilidad patrimonial del Estado: origen y fundamento

La construcción dogmática de la responsabilidad patrimonial del Estado tiene sus raíces en la superación del principio de irresponsabilidad soberana que durante siglos dominó el derecho público occidental. La célebre sentencia Blanco, del Tribunal de Conflictos francés de 1873, marcó un hito al reconocer que el Estado podía ser responsable por los daños causados a los particulares a través de sus agentes, sujetando dicha responsabilidad a reglas propias del derecho público y no a las del código civil. Desde ese momento, la doctrina administrativista ha elaborado progresivamente un sistema de responsabilidad estatal sustentado en principios de imputación objetiva, reparación integral y garantía de los administrados[11].

En el ámbito latinoamericano, la influencia española fue determinante. La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992 —posteriormente sustituida por la Ley 39/2015 y la Ley 40/2015— consolidó en España un sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración pública que sirvió de modelo para diversas reformas constitucionales en la región[12]. En el caso ecuatoriano, el sistema de responsabilidad estatal en Ecuador evolucionó de forma fragmentada, sin una ley orgánica especial[13], hasta que la CRE consagró expresamente el deber estatal de reparación integral.

A diferencia de la responsabilidad civil privada, cuyo fundamento tradicional reside en el principio *neminem laedere* (no dañar a otro), la dogmática contemporánea de la responsabilidad patrimonial del Estado ecuatoriano descansa sustancialmente sobre el principio de igualdad ante las cargas públicas. Bajo esta premisa doctrinal, la reparación pecuniaria actúa como el mecanismo indispensable para restablecer la igualdad ante las cargas públicas que ha sido quebrantada, equilibrando el sacrificio que un particular asume frente a una actuación estatal que busca beneficiar a toda la comunidad[14].

11 Jean Rivero y Jean Waline, *Droit administratif* (París: Dalloz, 2004), 307.

12 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo* (Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2015), 378.

13 Patricio Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo* (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 210; Alfonso Zambrano Pasquel, *Derecho constitucional* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 188.

14 Ignacio Covarrubias Cuevas y José Manuel Díaz de Valdés Julia, "La igualdad ante las cargas públicas como criterio para evaluar la constitucionalidad de limitaciones al derecho de propiedad", *Revista Chilena de Derecho* 48, n.º 1 (marzo 2021): 2, https://doi.org/10.7764/R.481.1.

Sobre esta base, el sistema constitucional y legal se erige en torno a tres pilares: primero, el principio de reparación integral del daño calificado o antijurídico[15] —entendido como aquel menoscabo patrimonial que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar—; segundo, el principio de responsabilidad objetiva del Estado por la actuación de sus agentes[16]; tercero, el principio de responsabilidad personal de los servidores públicos por sus actuaciones u omisiones[17]. La reparación integral, en este esquema, no se reduce a la indemnización económica, sino que comprende medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción, garantías de no repetición y la obligación de investigar, juzgar y sancionar[18].

2.2. Fundamento constitucional de la acción de repetición

La acción de repetición halla su fundamento primario en el artículo 11, numeral 9, de la CRE:

> El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios y 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[19].

Este mandato constitucional se complementa con el artículo 233, que dispone que ningún servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones. Ambas normas configuran un sistema de doble responsabilidad: la del Estado frente al ciudadano lesionado y la del funcionario frente al Estado cuando su conducta ha sido dolosa o gravemente culposa. La finalidad de este diseño es dual: por un lado, garantizar la reparación efectiva de las víctimas sin dilaciones fundadas en la solvencia del funcionario individual; por otro, asegurar que el erario no absorba indefinidamente los costos derivados de conductas reprochables[20].

La naturaleza jurídica de la acción de repetición ha suscitado debates respecto de si su ejercicio constituye una facultad discrecional o un deber jurídico del

15 Artículo 333 y 334, COA.
16 Artículo 11, numeral 9, Constitución de la República del Ecuador, 2008.
17 Id., art. 233.
18 Dictamen n.º 1-21-RC/21, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de febrero de 2021, párr. 21. Ver artículo 78, Constitución de la República del Ecuador, 2008; artículo 18, LOGJCC.
19 Artículo 11, Constitución de la República del Ecuador, 2008.
20 Marco Morales Tobar, *Manual de derecho procesal administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 154. Ver Sentencia n.º 71-17-EP/22, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de noviembre de 2022, párr. 33.

Estado. En el caso ecuatoriano, la interpretación constitucional se ha inclinado por esta última posición. En efecto, el artículo 11, numeral 9, de la CRE dispone que el Estado "ejercerá de forma inmediata" el derecho de repetición contra las personas responsables del daño producido, mientras que la jurisprudencia constitucional ha reconocido este mecanismo como una manifestación del principio de responsabilidad de los servidores públicos y de protección del patrimonio estatal[21]. Bajo esta comprensión, la acción de repetición se configura como una obligación constitucional cuya inobservancia podría generar consecuencias jurídicas para la Administración pública[22].

2.3. Naturaleza jurídica: el debate doctrinal

La determinación de la naturaleza jurídica de la acción de repetición no es un ejercicio meramente académico; de ella depende, en gran medida, la determinación del régimen procesal aplicable, el estándar de prueba exigible y el tribunal competente para conocerla. En la doctrina se han sostenido, al menos, tres posiciones principales.

La primera posición, de cuño civilista, sostiene que la acción de repetición es una modalidad de responsabilidad civil extracontractual ejercida por el Estado en calidad de sujeto agraviado. Bajo esta tesis, el Estado actuaría en posición de víctima que busca resarcimiento del daño causado por el funcionario, aplicándose las reglas generales del Código Civil sobre culpa, nexo causal y daño[23]. Esta posición tiene el mérito de ofrecer un régimen claro, pero presenta el déficit de ignorar las especificidades del derecho público y la naturaleza institucional de la relación Estado-funcionario: de hecho, asimilarla estrictamente al derecho privado constituye un error de calificación jurídica, pues la actuación estatal y la relación con sus agentes se rigen por principios propios del derecho público[24].

La segunda posición, de naturaleza administrativa, concibe la acción como un mecanismo de control de la actividad de los agentes públicos, encuadrable dentro del derecho disciplinario o sancionador del Estado. Bajo esta óptica, la repetición sería una consecuencia jurídica de la relación legal y de derecho público que vincula al funcionario con la Administración, asimilándola a un tipo de responsabilidad administrativa. Sin embargo, esta tesis tampoco es

21 Sentencia n.º 439-17-EP/23, Corte Constitucional del Ecuador, 15 de febrero de 2023, párrs. 29, 32. Ver Sentencia n.º 814-17-EP/23, párrs. 58-59; Sentencia n.º 71-17-EP/22, párrs. 33-36.

22 Al respecto, la LOGJCC, en su artículo 68, establece que: "En caso de que la máxima autoridad de la entidad no demande la repetición o no asuma el patrocinio de la causa cuando la acción ha sido interpuesta por un particular, se podrá interponer una acción por incumplimiento en su contra". Debemos recordar, sin embargo, que estas disposiciones aplican únicamente respecto de procesos de repetición originados tras sentencias de garantías jurisdiccionales.

23 Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago de Chile: Imprenta Universitaria, 1943), 72.

24 Tania Maritza Pérez Logroño e Iván Fernando Andrade Arrieta, "La acción de repetición y su eficacia en la recuperación de valores erogados por el Estado", *Resistances* 6, n.º 12 (julio 2025): 4.

plenamente satisfactoria, pues confunde la sanción administrativa o disciplinaria —cuyo propósito es el control del orden interno y tiene un carácter netamente aflictivo— con la pretensión estrictamente patrimonial y resarcitoria que distingue a la acción de repetición[25].

La tercera posición, que se estima como la más adecuada y concordante con la tendencia dominante en Colombia y España, configura la acción de repetición como una institución de derecho público autónoma, con naturaleza patrimonial y finalidad resarcitoria, que no se identifica completamente ni con la responsabilidad civil ni con el derecho disciplinario. Esta visión subraya que calificar a la repetición como una acción netamente civil es un equívoco legal, ya que se rige por reglas especiales y se ejerce a favor del interés público[26].

Dicha autonomía se justifica por las siguientes razones: (i) el legitimado activo es siempre el Estado o sus entidades; (ii) el legitimado pasivo es un sujeto que mantiene o mantuvo una relación de derecho público con el Estado; (iii) la procedencia de la acción presupone necesariamente la existencia de una condena previa o pago a un tercero; y (iv) los presupuestos de procedencia —restringidos normativamente al dolo y la culpa grave— tienen una connotación específica en el derecho administrativo que difiere de la acción puramente civil[27].

2.4. Presupuestos materiales de procedencia

La jurisprudencia constitucional ecuatoriana ha sistematizado dogmática y procesalmente los requisitos para que proceda el ejercicio de esta acción. En la Sentencia n.º 71-17-EP/22, la Corte Constitucional determinó que deben confluir presupuestos insoslayables: la existencia de una condena contra el Estado y el pago total por concepto de reparación material a favor de la víctima; la comprobación de que la disposición de pago se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o culposa del funcionario; y, cuando la máxima autoridad sea la legitimada activa, la obligación de identificar previamente a los presuntos responsables mediante una investigación administrativa que no podrá extenderse por más de veinte días[28].

25 García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 382.

26 Israel Soler Pedroza y William Guillermo Jiménez, "La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función pública: Luces y sombras: Estado del arte", *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas* 9, n.º 16 (2009): 83-84.

27 Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil* (Bogotá: Legis, 2007), 99; Henao, *El daño*, 47.

28 Sentencia n.º 71-17-EP/22, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de noviembre de 2022, párrs. 34-35. Si bien al enumerar estos requisitos procesales el máximo órgano de interpretación y administración de justicia constitucional utiliza la expresión genérica: "conducta dolosa o culposa", en la misma providencia precisa que el objeto central de la figura es hacer efectiva la responsabilidad patrimonial específicamente por "dolo o culpa grave". Esta limitación jurisprudencial guarda estricta concordancia con el artículo 67 de la LOGJCC y, de forma imperativa, con las disposiciones del COA, normativas que delimitan el umbral subjetivo exigible para evitar la imputación por negligencia simple.

2.4.1. Existencia de condena firme o pago estatal

El primer presupuesto de la acción de repetición es la existencia de una condena firme contra el Estado o el pago efectivo realizado a favor del particular lesionado. Este requisito actúa como condición de procedibilidad: sin que se haya materializado el perjuicio patrimonial al erario, no existe objeto de recuperación y la acción carece de sustento fáctico.

El presupuesto descrito se configura cuando el desembolso estatal obedece al cumplimiento de un título de ejecución. Por lo tanto, la obligación de pago no solo puede provenir de una sentencia judicial ejecutoriada o de un laudo arbitral[29], sino también de mecanismos alternativos, como un acta de mediación o una transacción aprobada judicialmente. Para ello, y conforme al ordenamiento ecuatoriano, estos acuerdos deben contar con la autorización ineludible de la Procuraduría General del Estado (en adelante PGE) para transigir[30].

Este elemento, a diferencia de los demás, no plantea mayores dificultades probatorias, puesto que es de estricta verificación documental. Es imperativo aclarar que la sola existencia del título de ejecución no es suficiente para accionar; se requiere acreditar documentalmente el desembolso efectivo. Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado de manera estricta que el Estado debe haber pagado la totalidad por concepto de reparación material a favor de la víctima para que la acción sea procedente[31].

Lo anterior, sin embargo, plantea una cuestión temporal relevante: ¿desde qué momento se computa el plazo para ejercer la acción? El COA establece un plazo de prescripción de cuatro años contados desde la fecha del pago, plazo que, como se verá, en la práctica suele transcurrir sin que la acción sea ejercida[32].

2.4.2. Individualización inequívoca del servidor público

El segundo presupuesto exige que el servidor, exservidor público o delegado cuya conducta u omisión generó la condena estatal sea plenamente identificado e individualizado. Esta exigencia busca evitar la responsabilidad colectiva difusa y asegurar que la pretensión resarcitoria se dirija contra quien efectivamente realizó el acto u omisión dañosa. En contextos de actuación institucional compleja —donde las decisiones son adoptadas por órganos colegiados,

29 Libardo Rodríguez Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano* (Bogotá: Temis, 2008), 471.

30 En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el pago estatal que habilita la repetición debe sustentarse en un título de ejecución válido conforme al artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos. Tratándose de acuerdos transaccionales o de mediación, el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado exige la autorización previa de dicha entidad para que el Estado pueda transigir o someterse a métodos alternativos de solución de conflictos, garantizando así la legalidad del desembolso económico.

31 Sentencia n.º 71-17-EP/22, párr. 35. Ver, Pérez Logroño y Andrade Arrieta, "La acción de repetición", 12-13.

32 Artículo 344, COA.

con base en informes técnicos de múltiples dependencias o ejecutadas a través de cadenas de mando jerarquizadas—, esta individualización puede ser en sí misma un desafío considerable[33].

Para superar este obstáculo, la jurisprudencia constitucional y la normativa exigen que, previo a la presentación de la demanda judicial, la máxima autoridad de la institución legitimada determine la identidad de las personas presuntamente responsables a través de una investigación administrativa que no podrá extenderse por más de veinte días término. Esta obligación institucional persiste incluso si los presuntos infractores ya no laboran para la entidad; de no lograrse dicha identificación, recae sobre la PGE el deber de presentar la demanda de repetición directamente en contra de la propia máxima autoridad de la entidad[34].

Cuando la condena al Estado deriva de la actuación colectiva de varios funcionarios, la normativa ecuatoriana admite la responsabilidad solidaria, lo que permite al Estado demandar a todos los corresponsables y recuperar el total de lo pagado de cualquiera de ellos, sin perjuicio de las acciones de regreso entre los propios codemandados[35]. Este esquema, sin embargo, exige en todo caso la identificación precisa de cada uno de los responsables individuales, lo cual no siempre es posible en estructuras burocráticas de gran complejidad.

2.4.3. El dolo o la culpa grave: el presupuesto conflictivo

El tercer presupuesto —y el que constituye el nudo crítico de la presente investigación— es la demostración de que el servidor público actuó con dolo o culpa grave. La exigencia de este elemento subjetivo diferencia sustancialmente a la acción de repetición de otras formas de responsabilidad estatal objetiva e introduce al proceso una dimensión probatoria de excepcional complejidad. Mientras que la responsabilidad del Estado frente al ciudadano puede ser declarada con independencia de la culpabilidad del funcionario, la acción de repetición exige un juicio de reprochabilidad subjetiva que trasciende la mera verificación de la ilegalidad de la actuación administrativa[36].

2.5. Diferencias con otras figuras jurídicas

La delimitación conceptual de la acción de repetición exige distinguirla de figuras jurídicas con las que podría confundirse. En primer lugar, la acción de repetición difiere de la responsabilidad administrativa o disciplinaria y de las glosas emitidas por la Contraloría General del Estado (en adelante CGE), en

33 Morales Tobar, *Manual de derecho procesal administrativo*, 159.
34 Sentencia n.º 71-17-EP/22, Corte Constitucional del Ecuador, párr. 35; Pérez Logroño y Andrade Arrieta, "La acción de repetición", 12-13.
35 Artículo 339, COA.
36 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n.º 71-17-EP/22, párr. 35.

tanto estas últimas operan en sede administrativa como mecanismos de control de la legalidad del gasto y pueden generar responsabilidad civil-culposa sin que medie necesariamente una condena judicial previa ni el pago de una indemnización a un tercero. La glosa, en su configuración ecuatoriana, es un instrumento de la función de control que declara la responsabilidad individual del servidor por el perjuicio económico causado directamente al Estado, pero no requiere la concurrencia de dolo o culpa grave en todos los casos[37].

En segundo lugar, la acción de repetición es distinta de la responsabilidad penal del servidor público, pues esta persigue la imposición de una sanción de carácter aflictivo —pena de prisión, multa penal, inhabilitación— bajo criterios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad propios del derecho penal, que requieren una imputación individual de mayor intensidad. La concurrencia de responsabilidad penal no es condición necesaria ni suficiente para el ejercicio de la acción de repetición[38].

En tercer lugar, cabe señalar la diferencia con la acción de regreso española, prevista en el artículo 36 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público[39]. Aunque comparte con la repetición ecuatoriana la misma finalidad —recuperar del agente público lo pagado por la Administración— el modelo español se activa únicamente en casos de dolo, culpa o negligencia grave, y se tramita como un procedimiento administrativo interno, sin que la Administración deba acudir necesariamente ante los tribunales contencioso-administrativos para demandar al funcionario. Esta diferencia procedimental tiene implicaciones relevantes en términos de agilidad y eficacia[40].

Finalmente, frente a la acción de repetición colombiana regulada por la Ley 678 de 2001[41], la ecuatoriana presenta una diferencia estructural decisiva: la inexistencia de presunciones legales de dolo y culpa grave. Como se examinará más adelante, este elemento hace que el modelo colombiano sea significativamente más efectivo en la práctica, al aliviar sustancialmente la carga probatoria del Estado.

37 Artículo 6, Reglamento de Determinación de Responsabilidades; Acuerdo 002-CG-2025, R. O. Suplemento 727, 22 de enero de 2025. El reglamento actual detalla que esta responsabilidad civil culposa (tramitada mediante glosas u órdenes de reintegro) nace por la acción u omisión que causa un perjuicio económico directo o indirecto a los bienes y recursos públicos, generando una obligación indemnizatoria que debe ser resarcida por el sujeto de control, lo que la distingue conceptualmente de la repetición.

38 Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, 105.

39 Artículo 36, Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, BOE 236, 2 de octubre de 2015. El numeral 2 de dicha norma configura un mecanismo que opera de oficio en la propia sede administrativa: "La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento".

40 García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 385.

41 Artículos 5 y 6, Ley 678 de 2001, Diario Oficial 44.509, 4 de agosto de 2001. A diferencia de Ecuador, la legislación colombiana provee presunciones explícitas que trasladan dinámicamente la carga de la prueba. Presume dolo, por ejemplo, cuando el acto administrativo ha sido declarado nulo por desviación de poder o falsa motivación; y presume culpa grave cuando el daño deviene de una infracción directa a la Constitución, a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación de funciones.

3. El nudo crítico procesal: la prueba del dolo y la culpa grave

3.1. La carga de la prueba en la acción de repetición

El punto de partida del análisis probatorio es la regla general sobre distribución de la carga de la prueba. El Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) establece en su artículo 169 que "la obligación de probar los hechos que se alegan corresponde a quien los propone"[42], lo que se traduce en que la entidad estatal que ejerce la acción de repetición —sea la PGE o la institución pública condenada— debe probar cada uno de los presupuestos de la demanda, incluyendo el elemento subjetivo de dolo o culpa grave del funcionario demandado.

Para comprender la magnitud de este problema probatorio, es imperativo distinguir entre el diseño teórico de estas categorías y su aplicación procesal práctica. Desde la dogmática contemporánea, la verificación del dolo y la culpa grave no debería implicar una indagación psicológica directa del fuero interno del agente. El artículo 29 del Código Civil ecuatoriano define a la culpa grave bajo un criterio estrictamente objetivo, referido a la falta de aquel cuidado que aun las personas negligentes emplearían[43].

En este sentido, la doctrina destaca que los estándares genéricos de diligencia apelan a la "razonabilidad" de la conducta frente a las circunstancias, evaluando el comportamiento mediante un contraste normativo y no mediante la introspección del agente[44]. Incluso respecto al dolo, la ciencia penal y civil moderna ha ido abandonando progresivamente la exigencia de un elemento puramente volitivo (la "intención" como deseo psicológico interno), redefiniéndolo prioritariamente como el conocimiento o la representación de la realización de la conducta típica[45].

En efecto, la epistemología jurídica actual subraya que los "hechos internos" o psicológicos (como el dolo) sí son susceptibles de prueba en el proceso, pero esta prueba nunca puede ser directa, sino indiciaria o inferencial, partiendo de la conducta externa y las circunstancias del contexto[46]. Para ello, resulta fundamental aplicar el «principio de racionalidad mínima, según el cual se presume que todo agente orienta sus acciones de manera instrumentalmente adecuada

42 Artículo 169, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R. O. Suplemento 506, 22 de mayo de 2015.
43 Artículo 29, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 46, 24 de junio de 2005.
44 Diego M. Papayannis, "Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia", *Isonomía*, n.º 55 (agosto 2021): 63-64, https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i55.471.
45 Ramón Ragués i Vallès, "Consideraciones sobre la prueba del dolo", *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 4 (2004): 13-16.
46 Santiago Martín Irisarri, "El razonamiento probatorio en la acreditación de hechos externos e internos", *Revista Jurídica Universidad Nacional del Oeste* 1, n.º 1 (diciembre 2023): 107-109, https://doi.org/10.64894/dv5ayx29.

a sus fines[47]. Así, la atribución de la intención no es un ejercicio de lectura de mentes ni una mera ficción normativa, sino una inferencia lógica y cognoscitiva fundamentada en máximas de experiencia objetivas y socialmente compartidas.

Sin embargo, la distribución clásica de la carga probatoria produce, en el contexto jurisdiccional de la repetición ecuatoriana, una asimetría estructural que favorece al funcionario demandado. Esto ocurre porque la judicatura contencioso-administrativa, alejándose del citado estándar objetivo y del razonamiento inferencial moderno, ha incurrido en la distorsión dogmática de exigir al Estado la demostración de la intencionalidad interna casi como si se requiriera una confesión. Quien asume la carga de alegar el dolo o la culpa grave es el Estado, pero quien tiene el acceso privilegiado a la información técnica, los informes previos y las razones fácticas que rodearon la decisión —elementos clave para contrastar la razonabilidad de la conducta— es el propio funcionario.

Exigir al Estado la demostración plena de un actuar deliberado, ignorando que el dolo puede y debe acreditarse mediante la prueba de indicios de la conducta externa, equivale a imponer una *probatio diabolica* que frustra el objetivo constitucional de protección del erario. Esta paradoja justifica imperativamente la aplicación de flexibilizaciones probatorias, como la teoría de las cargas dinámicas de la prueba[48].

La doctrina de las cargas dinámicas —de amplio desarrollo en Argentina y Colombia— postula que la carga de probar determinados hechos debe recaer sobre la parte que se encuentre en mejor posición epistémica para producir la prueba, con independencia de quién sea el demandante o el demandado[49]. Aplicada a la acción de repetición, esta doctrina implica que el funcionario demandado debe asumir un rol procesal activo para demostrar que su actuación estuvo exenta de dolo o culpa grave. De esta manera, el proceso se somete a un verdadero test de control de racionalidad epistémica respecto a la valoración de la conducta. Aunque tradicionalmente se ha afirmado que el ordenamiento procesal ecuatoriano mantiene una rigidez absoluta que castiga al Estado frente al servidor, existe una excepción normativa de vital importancia que acoge este principio de facilidad probatoria en el ámbito de la responsabilidad por inadecuada administración de justicia.

El artículo 33 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), al regular el derecho de repetición del Estado contra los servidores judiciales, dispone expresamente que estos están en la obligación de comparecer a juicio y aportar toda la prueba de que dispongan a fin de demostrar que los actos que

47 Daniel González Lagier, "La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima", *Jueces para la democracia*, n.º 50 (2004): 46-48.

48 Jorge W. Peyrano, "Cargas probatorias dinámicas", en *Cargas probatorias dinámicas*, dirigido por Jorge W. Peyrano (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004), 15; Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial* (Bogotá: Temis, 2002), 488.

49 Ibid.

originaron los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia suya, sino a caso fortuito o a fuerza mayor[50].

La aparente inversión de la carga que sugiere esta disposición fue objeto de un profundo análisis por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia n.º 10-09-IN y acumulados/22. En dicho fallo, el máximo órgano de interpretación determinó que exigir a los servidores que aporten las pruebas a su disposición no vulnera la presunción de inocencia, sino que opera como un mecanismo para garantizar su derecho a la defensa dentro del debido proceso. Al declarar la constitucionalidad condicionada de dicho artículo, la Corte precisó que la norma no invierte *per se* la carga de la prueba —la cual recae invariablemente sobre la institución que activa la repetición—, sino que impone al servidor la obligación ineludible de aportar los elementos probatorios que estén a su alcance[51].

Este desarrollo normativo y jurisprudencial resulta trascendental para la eficacia de la acción de repetición en su conjunto. Institucionaliza en el derecho ecuatoriano un verdadero "deber de aportación y colaboración probatoria" fundado en la posición de ventaja epistémica del demandado. Si bien el Estado conserva la carga de persuasión inicial para demostrar la antijuridicidad y la inobservancia del deber objetivo de cuidado, el funcionario no puede ampararse en el silencio o en la inactividad procesal, estando compelido a introducir al proceso las pruebas exculpatorias que se encuentren bajo su dominio.

3.2. El problema epistemológico de probar estados mentales

La demostración judicial del dolo o la culpa grave enfrenta un obstáculo epistemológico de primer orden: los estados mentales de las personas —su intención, su conocimiento, su voluntad— no son directamente observables. A diferencia de los hechos físicos o materiales, que pueden acreditarse mediante evidencias sensoriales directas, los estados mentales solo son inferibles a partir de manifestaciones externas de la conducta[52].

Sin embargo, para comprender la magnitud de este problema probatorio, es imperativo distinguir entre el diseño teórico de estas categorías y su aplicación procesal práctica. Como ha consolidado la dogmática civil contemporánea, el juicio de culpabilidad ha superado la exigencia de probar un estado mental en su concepción puramente subjetiva, para centrarse en la evaluación de la conducta externa frente a un estándar normativo y objetivo de razonabilidad[53]. Incluso respecto al dolo, la ciencia penal y civil moderna ha ido abandonando

50 Artículo 33, Código Orgánico de la Función Judicial, R. O. Suplemento 544, 9 de marzo de 2009.
51 Sentencia n.º 10-09-IN y acumulados/22, Corte Constitucional del Ecuador, 12 de enero de 2022, párrs. 120-121.
52 González Lagier, *Quaestio facti*, 78.
53 Papayannis, "Razonabilidad e incertidumbre", 63-64.

progresivamente la exigencia de un elemento puramente volitivo, redefiniéndolo prioritariamente como el conocimiento o la representación de la realización de la conducta típica[54].

Desde la perspectiva de la teoría racionalista de la prueba, esta circunstancia no hace imposible la demostración de los estados mentales, pero sí la somete a exigencias especiales de racionalidad inferencial. La epistemología jurídica distingue con precisión entre prueba de hechos externos y prueba de hechos internos o intencionales, señalando que estos últimos requieren la construcción de máximas de experiencia sobre la conexión regular entre determinadas circunstancias objetivas y los estados mentales que típicamente los acompañan[55]. Para ello, resulta fundamental aplicar el principio de racionalidad mínima, que presupone que todo agente orienta sus acciones de manera instrumentalmente adecuada a los fines que persigue, convirtiendo la atribución de la intención en una inferencia lógica fundamentada en máximas de experiencia objetivas.

Estos procesos requieren la construcción de máximas de experiencia sobre la conexión regular entre determinadas circunstancias objetivas y los estados mentales que típicamente los acompañan[56]. Así, la intención dolosa de un funcionario podría inferirse válidamente de la reiteración deliberada de una conducta ilegal, del conocimiento previo de la ilegalidad acreditado por informes o advertencias formales o de la existencia de un beneficio personal derivado de la decisión impugnable[57].

La dificultad probatoria asociada a la determinación del dolo o de la culpa grave no debe interpretarse como un obstáculo insuperable para la procedencia de la acción de repetición. Se reconoce que la atribución de estados mentales constituye una operación inferencial especialmente compleja, pues el juzgador no tiene acceso directo a los procesos internos de conocimiento o voluntad del agente[58]. En este sentido, el razonamiento probatorio relativo a estos estados es necesariamente inductivo y se encuentra marcado por un margen inevitable de incertidumbre; sin embargo, dicha incertidumbre es inherente a toda actividad de reconstrucción judicial de los hechos y no justifica la renuncia a efectuar el análisis probatorio[59]. Lo que corresponde al juez no es alcanzar una certeza absoluta acerca de la psicología del funcionario, sino determinar si las pruebas incorporadas al proceso constituyen una base racional suficiente para concluir, conforme al estándar probatorio aplicable, que la conducta fue ejecutada con dolo o culpa grave[60].

54 Ragués i Vallès, "Consideraciones sobre la prueba", 17-18.
55 Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2005), 91-98.
56 González Lagier, "La prueba de la intención", 46-48.
57 Michele Taruffo, *La prueba de los hechos* (Madrid: Trotta, 2011), 439-448.
58 Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 95.
59 Michele Taruffo, *La prueba*, traducido por Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán (Madrid: Marcial Pons, 2008), 97.
60 Hanns Prütting, "Carga de la prueba y estándar probatorio: La influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio", *Revista Ius et Praxis* 16, n.º 1 (2010): 459-460.

En el contexto ecuatoriano, el problema se agrava porque la jurisprudencia contencioso-administrativa no ha desarrollado un cuerpo de criterios racionales para la valoración de la prueba indiciaria en procesos de repetición. Este vacío dogmático propicia un escenario procesal en el que ciertos operadores de justicia optan por traspolar principios propios del derecho penal, exigiendo una prueba directa del estado volitivo —casi equiparable a la confesión del funcionario—, lo cual resulta manifiestamente desproporcionado e irracional desde la epistemología jurídica. Que esta distorsión metodológica no constituye una simple hipótesis doctrinaria, sino una falencia real materializada en la judicatura nacional, queda documentado de forma paradigmática en el desarrollo procesal de la Sentencia n.º 439-17-EP/23 de la Corte Constitucional. Al revisar la decisión originaria, se evidencia que el Tribunal Distrital n.º 1 de lo Contencioso Administrativo rechazó la demanda de repetición del Estado argumentando expresamente que la "garantía de la presunción de inocencia" a favor de los demandados hacía necesario establecer "irrefutablemente" la existencia del dolo o culpa grave, concluyendo que tal grado de certeza absoluta estaba ausente[61].

Para superar este estancamiento, resulta imperativo nutrirse de la experiencia comparada. La doctrina y jurisprudencia colombianas, por ejemplo, han consolidado elementos probatorios idóneos para demostrar este elemento subjetivo de forma indirecta pero irrefutable. Entre ellos destacan: la aportación de fallos disciplinarios o penales previos que declaren la responsabilidad del agente a título de dolo; copias de actos administrativos que evidencien desviación del poder, falsa motivación o falta de competencia inexcusable; y dictámenes o testimonios que demuestren que el agente omitió el deber objetivo de cuidado frente a advertencias técnicas previas[62].

Desde esta perspectiva, la racionalidad de la decisión judicial ecuatoriana dependerá de que abandone la búsqueda de pruebas directas imposibles y exija que las inferencias que conectan los hechos objetivamente acreditados— indicios— con la conclusión sobre el estado mental del agente sean explícitas, lógicamente consistentes y susceptibles de control intersubjetivo.

3.3. El concepto de culpa grave en el derecho ecuatoriano

El Código Civil ecuatoriano, en su artículo 29, define la culpa grave o lata como "no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios"[63].

61 Sentencia n.º 439-17-EP/23, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de enero de 2023, nota al pie 2. "La garantía de la **presunción de inocencia** a favor de los demandados, **hacía necesario a la entidad demandante que establezca irrefutablemente la existencia del dolo o culpa grave realizada por los agentes estatales**; cosa que en la especie está totalmente ausente… (sic). El proceso fue signado con el N.º 17811-2014-0259G" (énfasis añadido).

62 Daniella Stefania Meneses Ochoa y Cristhian Ferney Molina Hernández, *El dolo y la culpa grave en la acción de repetición en Colombia* (San José de Cúcuta: Universidad Libre de Colombia, 2021), 19-21.

63 Artículo 29, CC.

Esta definición, heredada del Código de Bello y con raíces en el derecho romano (*culpa lata dolo aequiparatur*), establece un umbral mínimo de diligencia cuya infracción configura la culpa grave: si incluso el negligente habitual habría actuado de otra manera, el sujeto actuó con culpa grave.

En el plano del derecho administrativo, la determinación de la culpa grave bebe directamente de los fundamentos de la responsabilidad civil. Como ha reconocido la propia jurisprudencia contencioso-administrativa ecuatoriana, la institución jurídica de la repetición tiene por objeto la determinación de una responsabilidad eminentemente de carácter civil, por lo que el análisis de la culpa es inherente a dicho concepto. Así como en el derecho privado la negligencia se analiza a la luz de la *lex artis* y el estándar genérico de conducta se construye exigiendo el comportamiento de una persona razonable puesta en las mismas circunstancias en las que se hallaba el agente, el derecho público traslada esta misma lógica a la actuación estatal[64].

De este modo, el estándar de diligencia exigible a un servidor público no se mide en abstracto, sino que la denominada teoría del servidor público diligente exige evaluar la conducta en estricta relación con las competencias, el marco normativo y los recursos disponibles para el cargo específico[65]. Un alcalde, un juez o un ministro poseen obligaciones de diligencia cualificada que difieren sustancialmente de las de un auxiliar administrativo; por tanto, la culpa grave administrativa debe medirse siempre determinando si la inobservancia de los deberes fue de tal magnitud que un funcionario de su misma jerarquía y especialidad, situado exactamente en idénticas circunstancias, no la habría cometido.

La frontera entre la culpa leve y la culpa grave es en sí misma un terreno de notable indeterminación. La doctrina ha propuesto diversos criterios para trazarla: la gravedad del incumplimiento en relación con los deberes del cargo, el carácter manifiesto o inequívoco de la ilegalidad del acto, la existencia de advertencias o informes previos que alertaban sobre la ilegalidad y la posibilidad razonable de que el funcionario conociera la antijuridicidad de su conducta[66]. En todo caso, como señala, la culpa grave no equivale a simple negligencia o descuido excusable, sino que supone una inobservancia tan grosera de las obligaciones del cargo que resulta difícilmente compatible con la buena fe[67]. Esta "grosería" en la conducta es precisamente lo que permite que el control administrativo, a través de los instrumentos de la CGE, identifique una responsabilidad que trasciende el error técnico y se posiciona como una inobservancia deliberada o temeraria de los deberes fundamentales[68].

64 Papayannis, "Razonabilidad e incertidumbre", 63.
65 Rivero y Waline, *Droit administratif*, 312.
66 Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, 105.
67 Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual*, 80.
68 Ver artículo 6, Reglamento de Determinación de Responsabilidades, Acuerdo 002-CG-2025, R. O. Suplemento 727, 22 de enero de 2025. El reglamento establece que la responsabilidad administrativa culposa deriva de la inobservancia de disposiciones legales y el incumplimiento de atribuciones y deberes previstos en el ordenamiento jurídico, configurándose como un estándar técnico para evaluar la falta de diligencia del servidor.

3.4. El concepto de dolo en sus diversas dimensiones

En el derecho ecuatoriano, el dolo presenta dimensiones que varían según la rama jurídica en que se analice. El artículo 29 del Código Civil lo define como "la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro"[69]. Esta definición exige, en su dimensión civil, un binomio insoslayable: un elemento cognitivo (conocimiento de la antijuridicidad del acto) y un elemento volitivo (intención de producir el daño).

Por su parte, la dogmática penal comprende el dolo como el conocimiento y la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo penal, con variantes de dolo directo, dolo indirecto o de consecuencias necesarias y dolo eventual[70].

En el derecho administrativo, la naturaleza de la acción de repetición exige una reconfiguración de esta categoría. El dolo del funcionario no requiere necesariamente la intención de perjudicar al ciudadano afectado —aunque puede incluirla—, sino que abarca también los casos en que el servidor actúa con plena conciencia de la ilegalidad de su conducta y no obstante la ejecuta. Esta concepción amplia del dolo administrativo, que incluye el llamado "dolo de conocimiento", resulta más adecuada para la acción de repetición, pues permite abarcar supuestos frecuentes en que el funcionario no persigue un daño específico, sino que actúa con una indiferencia consciente frente a la norma y hacia las consecuencias jurídicas de su proceder[71].

Esta distinción es fundamental para la eficacia del mecanismo, ya que la acción de repetición no es una vía para imponer penas aflictivas, sino un instrumento de naturaleza patrimonial y resarcitoria destinado a garantizar la eficacia y moralidad de la función pública[72]. Si en el proceso de repetición se traspalara estrictamente el dolo penal— cuyo estándar es de mayor intensidad probatoria—, se vaciaría de contenido la protección del erario.

La falta de claridad sobre la prevalencia de una u otra concepción en el proceso contencioso-administrativo ecuatoriano constituye, hoy por hoy, una fuente de inseguridad jurídica que debe resolverse en favor de una interpretación funcional, donde el dolo administrativo sea valorado como la inobservancia deliberada y consciente del ordenamiento jurídico en el ejercicio de la potestad pública[73].

69 Artículo 29, CC.

70 Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal: Parte general* (Buenos Aires: Ediar, 2002), 495.

71 Morales Tobar, *Manual de derecho procesal administrativo*, 162.

72 Ver Pérez Logroño y Andrade Arrieta, "La acción de repetición", 2-4. Los autores enfatizan que la repetición cumple una función preventiva y moralizadora, la cual no debe confundirse con la naturaleza aflictiva del derecho penal.

73 Soler Pedroza y Jiménez, "La acción de repetición como mecanismo moralizador", 74, 82. Los autores argumentan que la repetición es un mecanismo destinado a garantizar los principios de moralidad y eficiencia; por tanto, la interpretación del dolo en este ámbito debe ser aquella que facilite el cumplimiento de esta finalidad recuperadora y no la que la obstruya.

3.5. Estándares probatorios y su aplicación judicial

Uno de los problemas más significativos y menos estudiados en el ámbito de la acción de repetición ecuatoriana es la ausencia de un estándar probatorio claramente definido por la ley o la jurisprudencia. La teoría de la prueba distingue, al menos, tres estándares aplicables en distintos tipos de procesos: (i) la preponderancia de la evidencia o probabilidad prevaleciente, propio del proceso civil, que requiere que la hipótesis del demandante sea más probable que su negación; (ii) la prueba clara y convincente, aplicable en algunos ordenamientos a ciertos procesos civiles especiales; y (iii) la prueba más allá de toda duda razonable, reservada al proceso penal[74].

En el proceso civil-administrativo ecuatoriano, en ausencia de disposición expresa, la lógica del sistema apunta a que el estándar aplicable debería ser el de probabilidad prevaleciente, consistente con la naturaleza civil-patrimonial de la pretensión y con los principios de igualdad de armas y tutela judicial efectiva. Sin embargo, diversos estudios empíricos elaborados por otros autores en la doctrina nacional —como las investigaciones de Cascante y Vaca o Pérez y Andrade— exponen en sus resultados una tendencia judicial a aplicar un estándar de convicción sumamente exigente, equiparable a la certeza más allá de toda duda razonable propia del ámbito penal[75].

Esta premisa doctrinaria encuentra un sustento documental directo en la jurisprudencia contencioso-administrativa del país. La revisión de los fallos de instancia revela que la acreditación del elemento subjetivo constituye, en la práctica procesal, una barrera casi insuperable. Los tribunales rechazan sistemáticamente las pretensiones resarcitorias del Estado argumentando que la entidad accionante no logra precisar con exactitud la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario, o bien exigen que dicha responsabilidad subjetiva cuente con una declaratoria judicial previa e ineludible[76].

74 Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law*, 35; Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 99.

75 Ver Pérez Logroño y Andrade Arrieta, "La acción de repetición", 16-18; Dennys Gonzalo Cascante Cabezas y Pablo Miguel Vaca Acosta, "La efectividad de la acción de repetición en la jurisprudencia ecuatoriana", *Debate Jurídico Ecuador* 4, n.º 3 (2021): 244-259; Marzo-Vanegas, "La acción de repetición", 775-780. Ambos estudios empíricos sobre la jurisdicción ecuatoriana concluyen que la rigidez de los operadores judiciales al exigir pruebas directas y la inexistencia de un procedimiento ágil, sumado a la aplicación de estándares probatorios que no distinguen la naturaleza resarcitoria de la acción, explican la baja tasa de éxito de la repetición en el país.

76 Esta barrera probatoria se encuentra exhaustivamente documentada en múltiples sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ejemplo, en el Proceso n.º 17811-2013-015969 se rechazó la demanda al considerar que no se logró determinar la existencia de dolo o culpa grave en la conducta del funcionario. En similar sentido, dentro del Proceso n.º 17811-2013-3707**,** el tribunal concluyó que tales circunstancias subjetivas no concurrieron en la causa. En el Proceso n.º 17741-2016-0578, la judicatura desestimó la acción señalando que el Estado no precisó con exactitud la actuación dolosa o culposa de los demandados. En casos de exigencia extrema, como el Proceso n.º 17741-2015-0637, el juzgador llegó a requerir que se establezca irrefutablemente la existencia del dolo o culpa grave, amparándose expresamente en la garantía de presunción de inocencia. Adicionalmente, en el Proceso n.º 17741-2016-0636, la judicatura desestimó la repetición fundamentando que los accionantes debían presentar como prueba una declaratoria judicial previa por dolo o culpa grave, la cual no existía al momento de demandar. Finalmente, en el caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador (Juicio n.º 17811-2019-00104), se negó la pretensión al carecer de una acreditación previa en sede judicial de la negligencia o culpa de los juzgadores.

Esta extrema severidad probatoria —que en casos documentados ha llegado al extremo de invocar la garantía de presunción de inocencia para requerir pruebas irrefutables— tiene como efecto práctico la casi imposibilidad de ganar un proceso de repetición mediante prueba indiciaria, por más robusta que esta sea[77], frustrando constantemente la recuperación de sumas millonarias para el erario[78].

Esta confusión de estándares se explica, en parte, por la gravedad de las consecuencias económicas que la condena en repetición implica para el funcionario demandado: la obligación de devolver sumas que pueden ser cuantiosas supone, en la práctica, una afectación severa de su patrimonio personal. Ello genera en los jueces una tendencia intuitiva a elevar el umbral de convicción necesario para condenar, asimilando el rigor probatorio al del proceso penal. Sin embargo, como señala Michele Taruffo, este razonamiento —aunque comprensible— es jurídicamente incorrecto, porque mezcla la magnitud de las consecuencias con el tipo de proceso[79].

Como bien advierte la doctrina, la decisión probatoria no puede descansar en la mera íntima convicción o en la gravedad de la afección al demandado, sino en la justificación racional del grado de corroboración alcanzado por las hipótesis en conflicto[80]. El juzgador debe motivar su decisión no solo sobre los hechos probados, sino también sobre aquellos que no alcanzarán el umbral requerido, explicitando por qué las pruebas aportadas —indiciarias o directas— son o no suficientes conforme el estándar de probabilidad prevaleciente[81].

La falta de este rigor metodológico en Ecuador no solo contraviene los derechos fundamentales al debido proceso y a la prueba, sino que desvirtúa la finalidad misma de la acción de repetición, convirtiéndola en un mecanismo de eficacia nula ante el rigorismo probatorio indebidamente aplicado.

3.6. La ausencia de presunciones legales en el derecho ecuatoriano

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el diseño probatorio de la acción de repetición se asienta sobre el principio clásico del derecho civil según el cual la

77 González Lagier, *Quaestio facti*, 85.

78 Cascante Cabezas y Vaca Acosta, "La efectividad de la acción de repetición", 255-256. Investigaciones empíricas que evalúan la eficacia de estas acciones concluyen que el Estado ha dejado de recuperar más de 29 millones de dólares en condenas —incluyendo fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— debido a la imposibilidad de acreditar el elemento subjetivo bajo los estrictos parámetros requeridos en juicio.

79 Ver Taruffo, *La prueba*, 102. Si bien se ha establecido que la acción de repetición constituye una institución autónoma de derecho público debido a la calidad de sus sujetos y del régimen jurídico de la función pública, su pretensión o finalidad última es netamente resarcitoria y patrimonial. Al no perseguir la imposición de una sanción aflictiva propia del *ius puniendi* estatal, el estándar para valorar la prueba no puede ser el de certeza más allá de toda duda razonable, sino que debe corresponder al umbral de probabilidad prevaleciente que gobierna la reparación de daños y la restitución de patrimonios.

80 Ferrer Beltrán, *Manual de razonamiento probatorio*, 399-403.

81 Ibid., 472-475.

buena fe se presume y, por consiguiente, el dolo o la culpa grave deben probarse. Fiel a esta tradición, ni el COA, ni la LOGJCC, ni el COGEP establecen supuestos tasados en los que se presuma —siquiera *iuris tantum*— que el funcionario actuó con intención lesiva o negligencia inexcusable[82]. Si bien la presunción de buena fe constituye un pilar innegable del derecho común, la doctrina contemporánea de la responsabilidad advierte que, en ámbitos de alta asimetría informativa y complejidad probatoria, la exigencia inamovible de probar la culpa bajo las reglas ordinarias suele frustrar *de facto* la pretensión resarcitoria.

Por ello, para aliviar la carga probatoria y evitar la indefensión procesal, la tendencia en diversos ordenamientos modernos consiste en desarrollar mecanismos de flexibilización, que incluyen la configuración excepcional de presunciones legales de culpa frente a infracciones objetivas, directas y graves[83]. La renuencia del legislador ecuatoriano a incorporar este tipo de herramientas presuntivas traslada el peso íntegro de la prueba sobre el Estado, erigiéndose como uno de los factores más determinantes en la ineficacia práctica de esta institución a nivel local. Esta inoperancia normativa contrasta notoriamente con las soluciones adoptadas en el derecho comparado para sortear este mismo obstáculo epistemológico, como se evidenciará más adelante al analizar el modelo colombiano.

La ausencia de tales presunciones obliga al Estado a afrontar en cada proceso la prueba integral del elemento subjetivo desde cero, con total independencia de la gravedad o manifiesta ilegalidad del acto que originó la condena[84]. Así, aunque el acto administrativo que motivó la condena haya sido declarado nulo por violación flagrante de derechos constitucionales, o por haberse emitido con desviación de poder documentada, o por desconocer jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional, el Estado deberá igualmente acreditar el dolo o la culpa grave mediante prueba independiente, sin que la gravedad del acto genere ninguna presunción a su favor.

Esta situación contrasta radicalmente con el modelo colombiano[85], que será analizado en la sección comparada, y revela una laguna normativa estructural que el legislador ecuatoriano ha dejado sin atender, pese a la experiencia comparada disponible.

82 Ver Artículo 344, COA; artículos 67-73, LOGJCC.

83 Josep Solé Feliu, "Mecanismos de flexibilización de la prueba de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria", *Revista de Derecho Civil* 5, n.º 1 (2018): 63-64. Aquí, aunque el autor habla de responsabilidad médica, la cita avala dogmáticamente que los ordenamientos crean presunciones legales para flexibilizar la prueba de la culpa frente a asimetrías de información.

84 Meneses Ochoa y Molina Hernández, *El dolo y la culpa grave en la acción de repetición en Colombia*, 6-9. Los autores sostienen que la exigencia de probar el elemento subjetivo sin presunciones constituye una "parálisis probatoria" que desnaturaliza la finalidad resarcitoria de la acción.

85 Ver artículos 5 y 6, Ley 678 de 2001, Diario Oficial 44.509, 4 de agosto de 2001. La norma colombiana no solo establece presunciones *iuris tantum*, sino que estas actúan como un mecanismo moralizador al obligar al agente a justificar su proceder ante actuaciones contrarias a derecho o sentencias vinculantes.

3.7. Balance crítico

El análisis desarrollado en esta sección permite identificar cuatro déficits estructurales que explican la parálisis probatoria de la acción de repetición en Ecuador: (i) la ausencia de reglas de distribución dinámica de la carga probatoria que trasladen al funcionario la obligación de justificar su conducta cuando el acto es manifiestamente ilegal; (ii) la indeterminación conceptual del dolo y la culpa grave en el ámbito administrativo, que genera inseguridad sobre qué conductas deben acreditarse; (iii) la traspolación indebida del estándar penal al proceso de repetición, que eleva injustificadamente el umbral de convicción exigido; y (iv) la ausencia de presunciones legales que faciliten la actividad probatoria del Estado ante supuestos paradigmáticos de mal ejercicio de la función pública. La combinación de estos factores convierte la acción de repetición en un mecanismo de eficacia casi nula en la práctica[86].

4. Obstáculos institucionales a la efectividad de la acción de repetición

4.1. El deber estatal de ejercer la acción: titularidad y legitimación activa

La CRE y el COA distribuyen la legitimación activa para ejercer la acción de repetición entre la máxima autoridad de la entidad condenada. El artículo 344 del COA establece que la institución que haya realizado el pago de la indemnización ordenada en sentencia deberá, dentro del plazo máximo de cuatro años desde el pago, iniciar las acciones de repetición correspondientes[87]. La PGE, en cumplimiento de su deber constitucional de patrocinio y defensa del Estado, puede coadyuvar o iniciar estas acciones de forma autónoma cuando la entidad directamente afectada omita su ejercicio[88].

Esta doble titularidad, lejos de fortalecer el sistema, genera en la práctica un fenómeno de difusión de responsabilidades: cuando tanto la entidad como la PGE tienen la facultad de actuar, es frecuente que ninguna lo haga. Esta disfunción organizacional, descrita en la teoría de la elección pública como el

86 Israel Soler Pedroza y William Guillermo Jiménez, "Causas de ineficacia de la acción de repetición en Colombia y sus posibles correctivos", *Diálogos de Saberes* 36 (2012): 77-79. Aunque el estudio se centra en Colombia, los autores concluyen que la deficiencia probatoria y la falta de voluntad política son "factores estructurales de fracaso" compartidos por la región cuando no se optimizan las reglas de carga de la prueba.

87 Artículo 344, COA.

88 Ver artículo 237, n.º 3, Constitución de la República del Ecuador, 2008; Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, R. O. 312, 12 de abril de 2004, art. 3; y Artículo 68, LOGJCC.

"problema del polizón institucional"[89], se agrava en contextos donde la acción —demandar a un exfuncionario— implica costos políticos o rompe solidaridades corporativas internas.

4.2. Incentivos institucionales insuficientes y la cultura de la omisión

El análisis de los incentivos que enfrenta la autoridad al momento de decidir si ejerce o no la acción de repetición revela una estructura que favorece sistemáticamente la omisión. En primer lugar, el ejercicio de la acción requiere una inversión de recursos humanos y económicos significativa: tiempo de asesores jurídicos, elaboración de informes, recolección de pruebas, sostenimiento del proceso judicial durante años. Estos costos son ciertos e inmediatos. En contraste, el beneficio patrimonial derivado del éxito de la acción —la recuperación de los fondos pagados— es incierto, lejano en el tiempo y, en muchos casos, irrecuperable si el funcionario carece de bienes suficientes para responder la condena.

En segundo lugar, demandar a un exfuncionario puede generar tensiones políticas al interior de la institución o entre instituciones, especialmente cuando el demandado fue nombrado por las mismas fuerzas políticas que controlan la entidad en el momento de ejercer la acción, o cuando existe solidaridad corporativa entre los funcionarios activos y los pasivos. Este factor ha sido documentado en Colombia como uno de los principales obstáculos para la efectividad de la repetición, incluso con un marco legal más favorable[90].

En tercer lugar, el ordenamiento jurídico ecuatoriano carece de un régimen sancionatorio general y efectivo para la autoridad que incumple su deber de ejercer la acción de repetición dentro del plazo de caducidad. Si bien la LOGJCC contempla una sanción específica cuando la acción deriva de una violación de derechos en procesos constitucionales —permitiendo la interposición de una acción por incumplimiento contra la autoridad que omite demandar o asumir el patrocinio[91]—, esta herramienta es de alcance limitado al no cubrir la totalidad de los supuestos de responsabilidad patrimonial estatal. La ausencia de una consecuencia jurídica directa y general para quien omite la acción de repetición en casos civiles o administrativos —más allá de la

89 Elinor Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990), 45.

90 Soler Pedroza y Jiménez, "Causas de ineficacia", 77-79. Aunque el estudio analiza el caso colombiano, sus hallazgos sobre la "desidia administrativa" y el "espíritu de cuerpo" como barreras culturales son plenamente extrapolables al contexto ecuatoriano, donde la estructura jerárquica y el temor a represalias inhiben el ejercicio de la acción. Ver también Urueta Ayola, *La acción de repetición*, 58.

91 Artículo 68, LOGJCC. Este artículo dispone que, ante la omisión de la máxima autoridad en la interposición o patrocinio de la acción de repetición derivada de garantías jurisdiccionales, se faculta la interposición de una acción por incumplimiento, marcando una excepción al régimen de impunidad general que aqueja a la figura.

responsabilidad genérica del artículo 233 constitucional[92]— elimina el principal incentivo negativo para la conducta omisiva.

A diferencia de otros sistemas que han implementado mecanismos de control, el sistema ecuatoriano permite que la inacción de la autoridad quede, en la práctica, impune, consolidando una cultura administrativa en la que el ejercicio de la acción de repetición se percibe como una facultad potestativa y no como una obligación irrenunciable[93].

4.3. El rol de la Contraloría General del Estado y los sistemas paralelos

La CGE opera un sistema paralelo de responsabilidad a través de las glosas, que declaran la responsabilidad civil culposa de los servidores que han causado daño económico al Estado en el ejercicio de sus funciones o mediante el manejo de recursos estatales[94]. Teóricamente, el expediente administrativo de determinación de responsabilidades podría constituir el insumo probatorio idóneo para que las entidades estatales fundamenten una posterior acción de repetición, en tanto documenta de forma técnica la irregularidad y el nexo causal[95].

Sin embargo, esta articulación interinstitucional fracasa en la práctica debido a una desconexión material. Los sistemas operan sobre presupuestos distintos: las glosas buscan resarcir daños directos al Estado, mientras que la repetición exige como presupuesto indispensable el pago previo de una indemnización a un tercero por un daño antijurídico [96].

A esta divergencia de procedencia se suma una profunda incompatibilidad en los estándares de valoración. La CGE opera bajo un criterio de control de cuentas que no requiere demostrar la intencionalidad o la negligencia inexcusable —dolo o culpa grave—, elementos subjetivos rigurosos exigidos por el mandato constitucional para que proceda la repetición [97].

92 Artículo 233, Constitución de la República del Ecuador, 2008. Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

93 Al respecto, ver la crítica sobre la impunidad institucional en Pérez Logroño y Andrade Arrieta, "La acción de repetición", 23-24, quienes señalan que la falta de consecuencias punitivas para el funcionario que omite ejercer la repetición es una causa central del fracaso sistémico.

94 Ver artículos 1 y 6, Acuerdo 002-CG-2025 [Reglamento de Determinación de Responsabilidades], R. O. Suplemento 727, 22 de enero de 2025. Este instrumento precisa que la responsabilidad civil culposa, tramitada mediante glosas u órdenes de reintegro, nace por la acción u omisión que causa perjuicio económico al Estado, generando una obligación jurídica indemnizatoria.

95 Soler Pedroza y Jiménez, "Causas de ineficacia", 70. Los autores identifican que la falta de articulación entre los órganos de control fiscal y los jueces contencioso-administrativos impide que el hallazgo administrativo se convierta en una prueba eficaz dentro del proceso de repetición.

96 Artículo 67, LOGJCC. La repetición es una acción que, a diferencia de la glosa, nace de la obligación estatal de reparar a una víctima tras una condena previa.

97 Artículo 6, Reglamento de Determinación de Responsabilidades, Acuerdo 002-CG-2025. La norma diferencia claramente los supuestos de responsabilidad administrativa culposa de aquellos que requerirían un análisis subjetivo más profundo para una acción de repetición.

Este desfase técnico se agrava por un obstáculo procedimental: la sustanciación de las glosas suele prolongarse durante años, provocando frecuentemente la caducidad autónoma del derecho de repetición frente a la justicia contencioso-administrativa [98].

Lejos de complementarse, la inexistencia de un mecanismo legal vinculante que obligue a la CGE a coordinar sistemáticamente sus hallazgos con las entidades demandantes genera una severa fragmentación en la tutela del patrimonio público[99].

4.4. ¿Problema probatorio o problema institucional?

El análisis desarrollado permite responder a una de las preguntas centrales del presente estudio: ¿es la ineficacia de la acción de repetición en Ecuador primariamente un problema probatorio o un problema institucional? La respuesta, como suele ocurrir con los fenómenos jurídicos complejos, es que ambas dimensiones son reales y se retroalimentan mutuamente.

La dificultad probatoria para acreditar el dolo o la culpa grave es un obstáculo real y técnicamente identificable, que por sí solo desalentaría el ejercicio de la acción incluso en un sistema institucional con incentivos perfectos. Pero la debilidad institucional —la falta de incentivos para actuar, la ausencia de sanciones por omisión, la cultura de impunidad corporativa— agrava el problema y garantiza que incluso los casos en que la prueba sería relativamente accesible no lleguen a los tribunales. Resolver únicamente el problema probatorio sin atender la dimensión institucional, o viceversa, produciría mejoras parciales pero insuficientes. La reforma necesaria debe ser sistémica y abordar ambas dimensiones de forma simultánea.

5. Perspectiva de derecho comparado

5.1. El modelo colombiano: Ley 678 de 2001

El referente comparado más relevante para el análisis de la acción de repetición ecuatoriana es, sin duda, el modelo colombiano. Colombia cuenta con un sistema de repetición y llamamiento en garantía regulado de forma

98 Pérez Logroño y Andrade Arrieta, "La acción de repetición", 14-15. Los autores evidencian cómo la lentitud administrativa en la determinación de responsabilidades y la falta de plazos sincronizados con la acción judicial provocan la caducidad frecuente de los derechos del Estado.

99 Ibid., 25-27. Se subraya la necesidad de una unificación normativa que obligue a la Contraloría y a las entidades demandantes a coordinar información para evitar la dispersión de esfuerzos.

sistemática por la Ley 678 de 2001, que representó un hito en la región al abordar específicamente el problema de la prueba del elemento subjetivo mediante la creación de presunciones legales[100].

El artículo 5 de la Ley 678 de 2001 establece las presunciones legales de dolo, que admiten prueba en contrario (*iuris tantum*). Conforme a dicha norma, se presume que el funcionario actuó con dolo, entre otros supuestos, cuando (i) la conducta del agente fue identificada como generadora del daño en una sentencia penal condenatoria; (ii) el funcionario expidió el acto desconociendo sentencias del Consejo de Estado o del Tribunal Constitucional; (iii) el servidor realizó una actividad con evidente manifiesta desviación de poder; (iv) el funcionario actuó en una posición de ventaja derivada del cargo para obtener un beneficio personal[101].

Por su parte, el artículo 6 de la misma ley establece las presunciones de culpa grave. Se presume esta modalidad cuando (i) el agente violó de manera manifiesta e inexcusable las normas de derecho; (ii) el funcionario asumió riesgos que no debía asumir dado el cargo que desempeñaba; (iii) el servidor actuó con violación al debido proceso administrativo; (iv) se omitió el cumplimiento de las funciones propias del cargo; (v) la acción o la omisión derivó en caducidad o prescripción de acciones judiciales[102].

El efecto práctico de estas presunciones es reestructurar el debate probatorio: el Estado queda relevado de la exigencia de acreditar, mediante complejas inferencias indiciarias, la configuración del dolo o la vulneración del estándar normativo propio de la culpa grave —tareas que en la práctica resultan probatoriamente arduas—. Su carga procesal se reduce a demostrar únicamente el hecho base objetivo que activa la presunción (v.g. que el funcionario expidió un acto manifiestamente contrario a jurisprudencia vinculante). Una vez probado este extremo fáctico, la presunción opera de pleno derecho y corresponde al funcionario demandado la carga de desvirtuarla, aportando prueba suficiente de que su actuar se encontraba justificado, por ejemplo, por un error invencible de derecho, fuerza mayor o caso fortuito[103].

El Consejo de Estado colombiano ha desarrollado una jurisprudencia relevante sobre la interpretación de estas presunciones, precisando sus alcances y limitaciones. En particular, ha señalado que las presunciones no convierten la acción de repetición en un sistema de responsabilidad objetiva,

100 Urueta Ayola, *La acción de repetición*, 62; Soler Pedroza y Jiménez, "Causas de ineficacia", 75-76.
101 Artículo 5, Ley 678 de 2001.
102 Id., art. 6.
103 Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, 108.

sino que únicamente redistribuyen la carga de la prueba, manteniendo la posibilidad de que el funcionario pruebe causales de exclusión de su responsabilidad[104].

5.2. El modelo español: la acción de regreso

El ordenamiento español regula la responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones públicas en el artículo 36 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. La denominada *acción de regreso* permite a la administración exigir de sus autoridades y personal el reembolso de las indemnizaciones pagadas a los ciudadanos cuando hubieren incurrido en dolo, culpa o negligencia graves[105].

Una diferencia procesal fundamental respecto del modelo ecuatoriano es que la acción de regreso española se tramita, en primera instancia, como un procedimiento administrativo interno. La administración inicia el procedimiento de oficio, notifica al interesado y dicta resolución, que puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Este diseño procedimental simplifica el ejercicio de la acción y no exige que la administración acuda directamente a los tribunales, lo que reduce los costos del proceso y facilita la recuperación en casos de menor cuantía[106].

Sin embargo, el modelo español tampoco ha logrado una aplicación masiva de la acción de regreso, lo que evidencia que el problema de la ineficacia no es exclusivo del diseño ecuatoriano o colombiano. La doctrina española ha señalado que la tendencia de las Administraciones a proteger a sus funcionarios y a evitar conflictos internos, combinada con la dificultad de identificar al responsable individual en decisiones institucionales complejas, opera como freno a la utilización del mecanismo[107].

5.3. Lecciones para Ecuador

La comparación de los modelos colombiano y español con la situación ecuatoriana permite extraer lecciones valiosas. Primera: la creación de presunciones legales de dolo y culpa grave —como las de la Ley 678 colombiana— constituye la intervención normativa más eficaz para reducir el obstáculo probatorio sin sacrificar las garantías del funcionario demandado.

104 Causa n.º 11001-03-26-000-2013-00108-00 (48016), Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 27 de agosto de 2015, 40-42. M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En este precedente, el Consejo de Estado señala que la acción de repetición mantiene su naturaleza subjetiva y que las presunciones legales de dolo y culpa grave admiten prueba en contrario, garantizando al funcionario demandado la posibilidad de desvirtuarlas.

105 García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 392.

106 Artículo 36, Ley 40/2015.

107 García de Enterría y Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 397.

Las presunciones *iuris tantum* permiten redistribuir la carga de la prueba sin establecer una responsabilidad objetiva, manteniendo la posibilidad de defensa plena del demandado.

Segunda: la tramitación de la acción como un procedimiento administrativo previo —como en el modelo español— puede reducir significativamente los costos y tiempos del proceso, haciendo más accesible el mecanismo para recuperar sumas menores. Tercera: ninguna reforma normativa será suficiente sin una transformación de los incentivos institucionales y de la cultura de la organización pública, que actualmente favorece la omisión sobre la acción. Los modelos comparados muestran que incluso con marcos legales más favorables, la efectividad práctica de la repetición sigue siendo limitada si los incentivos institucionales no están correctamente alineados.

6. Propuestas de reforma

6.1. Tipificación de presunciones legales de dolo y culpa grave

La reforma más urgente y de mayor impacto en la efectividad de la acción de repetición es la incorporación, en el COA o en una ley especial, de presunciones legales *iuris tantum* de dolo y culpa grave inspiradas en el modelo colombiano, pero adaptadas a la realidad institucional ecuatoriana[108]. Estas presunciones deben estar asociadas a supuestos objetivamente verificables que evidencien, en términos de racionalidad epistémica, una alta probabilidad de conducta dolosa o gravemente culposa.

Entre los supuestos que debería contemplar la presunción de dolo se proponen los siguientes: (i) cuando el acto que generó la condena desconoció expresamente sentencias vinculantes de la Corte Constitucional o fallos del tribunal contencioso-administrativo; (ii) cuando el funcionario emitió el acto en situación de evidente conflicto de intereses no declarado; (iii) cuando existía informe jurídico previo que advertía expresamente sobre la ilegalidad de la conducta y el funcionario lo ignoró sin justificación motivada; (iv) cuando la conducta fue calificada como dolosa en sentencia penal ejecutoriada.

Entre los supuestos de presunción de culpa grave se propone incluir: (i) cuando el funcionario expidió un acto sin motivación alguna en materia de derechos fundamentales; (ii) cuando la condena al Estado derivó de la violación de garantías básicas del debido proceso administrativo imputable al funcionario;

108 Ver Procuraduría General del Estado, *Proyecto de Ley Orgánica de Repetición* (Quito: Procuraduría General del Estado, 2025). El proyecto busca superar los vacíos dejados por la dispersión normativa actual al establecer una regulación integral, sistemática y especializada.

(iii) cuando la caducidad o prescripción de una acción que perjudicó al Estado se debió a la omisión o inacción del funcionario competente; (iv) cuando el servidor incumplió de forma manifiesta los manuales de funciones o protocolos de actuación aplicables a su cargo.

6.2. Clarificación del estándar probatorio y carga dinámica

El legislador debe establecer expresamente que el estándar probatorio aplicable en la acción de repetición es el de probabilidad prevaleciente o preponderancia de la prueba, propio del proceso civil-patrimonial, y no el estándar penal de certeza más allá de toda duda razonable. Esta aclaración eliminaría la confusión jurisprudencial actual y reduciría el umbral de convicción requerido a un nivel compatible con la naturaleza resarcitoria de la pretensión.

Complementariamente, el texto normativo debe acoger la doctrina de las cargas dinámicas de la prueba para los procesos de repetición, estableciendo que cuando el Estado acredita el hecho base de la ilegalidad manifiesta del acto, corresponde al funcionario demandado aportar la prueba que justifique la razonabilidad de su actuación. Esta regla instituye, en estricto sentido, una auténtica inversión de la carga de la prueba; no obstante, dicha inversión se encuentra plenamente justificada por la abrumadora ventaja epistémica del servidor frente a la Administración pública, resultando constitucionalmente idónea y compatible con las garantías del derecho a la defensa[109].

6.3. Obligatoriedad reforzada y consecuencias por omisión

Para corregir los déficits institucionales identificados, es necesario establecer consecuencias jurídicas directas y efectivas para la autoridad que omita ejercer la acción de repetición dentro del plazo de caducidad. Se propone que la máxima autoridad de la entidad pública que, sin emitir un informe jurídico motivado que justifique la inviabilidad de la acción, deje prescribir el plazo para ejercer la repetición, responda patrimonialmente de forma solidaria por el monto total de la condena original frente al erario.

Esta propuesta busca alinear los incentivos de las autoridades públicas con el mandato constitucional de ejercer la repetición de forma inmediata. La responsabilidad por omisión debe activarse únicamente cuando la inacción sea injustificada: si la autoridad emite un informe jurídico motivado que da cuenta de la inviabilidad probatoria o jurídica de la acción, la omisión queda justificada y no genera responsabilidad adicional.

109 Peyrano, "Cargas probatorias dinámicas", 22.

6.4. Unificación normativa y los proyectos de ley en la Asamblea Nacional

La dispersión actual de la normativa —fragmentada entre el COA, el COGEP, el COFJ y la LOGJCC— ha generado antinomias procedimentales que lastran la eficacia del mecanismo[110]. Para solventar este déficit estructural, resulta indispensable analizar las iniciativas legislativas recientes. Aunque en 2021 existió un proyecto de Ley de Repetición presentado por la PGE que no llegó a materializarse[111], la Asamblea Nacional procesa actualmente dos proyectos de ley fundamentales presentados en 2025, ambos calificados por el Consejo de Administración Legislativa.

Por un lado, el proyecto impulsado por la asambleísta Camila León opta por una reforma transversal a los cuerpos legales vigentes[112]. Entre sus aciertos procesales, la propuesta modifica el COGEP, a través de su artículo 25, para tramitar la repetición mediante procedimiento sumario, dotando a la acción de una celeridad indispensable[113]. Adicionalmente, los artículos 333.1 y 333.2 del proyecto introducen medidas cautelares directas, como la prohibición de enajenar, retención y secuestro de bienes, exigibles desde el libelo de la demanda para asegurar el cobro futuro[114]. Un aporte dogmático innovador es la creación de la figura del llamamiento anticipado, regulado en los artículos 13[115] y 14[116] de la iniciativa, que permite vincular a los funcionarios presuntamente responsables desde el desarrollo del juicio principal seguido contra el Estado.

Sin embargo, a la luz de la teoría racionalista de la prueba, este proyecto presenta una carencia fundamental: se enfoca exclusivamente en la agilidad procedimental y el aseguramiento patrimonial, pero omite por completo resolver el nudo crítico epistemológico. Al no alterar las reglas de distribución de la carga de la prueba ni establecer presunciones legales frente al dolo y la culpa grave, el procedimiento sumario corre el riesgo de convertirse en una vía rápida hacia sentencias desestimatorias, pues el Estado seguirá enfrentándose a la barrera inexpugnable de la prueba diabólica bajo los estándares de valoración actuales de la judicatura.

110 Cascante Cabezas y Vaca Acosta, "La efectividad de la acción de repetición", 253-255. Los autores concluyen que la dispersión legislativa genera duplicidad de procedimientos e ineficacia, siendo la unificación en un solo cuerpo legal el correctivo principal.

111 Proyecto de Ley Orgánica de Repetición, iniciativa del Procurador General del Estado Dr. Íñigo Salvador Crespo, Trámite n.º 405618, Asamblea Nacional del Ecuador, 5 de julio de 2021.

112 Proyecto de Ley Orgánica de Repetición Para la Recuperación de Recursos Económicos Del Estado Ecuatoriano, iniciativa de la asambleísta Camila León, Trámite n.º AN-LCC-2025-0029-M, Asamblea Nacional del Ecuador, agosto de 2025.

113 Id., art. 25.

114 Id.

115 Id., art. 13.

116 Id., art. 14.

Por otro lado, el proyecto presentado por el procurador general del Estado, Juan Carlos Larrea, busca la creación de una Ley Orgánica de Repetición autónoma e integral, derogando definitivamente los artículos dispersos en la legislación actual[117]. Esta propuesta, fundamentada en la urgencia de recuperar más de 2800 millones de dólares pagados por el Estado en laudos y sentencias internacionales y nacionales, destaca por su rigor en la estructuración de una fase de investigación preliminar[118]. Los artículos 11[119] y 12[120] del proyecto configuran un procedimiento investigativo previo con plazos precisos de hasta ciento veinte días, garantizando el debido proceso y la recolección del acervo probatorio documental antes de presentar la demanda.

No obstante, el proyecto adolece de un conservadurismo procesal que atenta contra la propia exposición de motivos. Al mantener, en su artículo 6, la sustanciación de la acción a través del procedimiento ordinario, sacrifica la celeridad exigida para la oportuna recuperación de los fondos públicos[121]. Más grave aún, aunque el artículo 17 de la propuesta enuncia criterios normativos para determinar el grado de responsabilidad, como el nivel jerárquico del demandado y su deber especial de supervisión[122], fracasa en incorporar mecanismos efectivos de facilidad probatoria. La propuesta de la PGE no instituye presunciones *iuris tantum* objetivas ni acoge expresamente las cargas probatorias dinámicas, dejando intacta la asimetría epistémica que obliga al Estado a soportar el rigor íntegro de probar el dolo o la culpa grave bajo esquemas civilistas tradicionales.

La consolidación, el debate y la eventual unificación de estos esfuerzos legislativos es el paso ineludible para transformar el derecho de repetición de una mera aspiración constitucional a un mecanismo materialmente viable. El legislador ecuatoriano tiene el imperativo de amalgamar los aciertos de ambos textos: rescatar la celeridad del procedimiento sumario, las medidas cautelares y el llamamiento anticipado del primer proyecto, integrándolos dentro de la estructura institucional unificada y la fase investigativa de la ley orgánica propuesta por la PGE. Todo ello condicionado a la imperiosa necesidad de inyectar en el texto definitivo un régimen probatorio moderno que, reconociendo el estándar normativo de razonabilidad analizado en este trabajo, consagre presunciones legales y distribuya la carga de la prueba conforme a la disponibilidad epistémica de la evidencia.

117 Proyecto de Ley Orgánica de Repetición, iniciativa del Procurador General del Estado Dr. Juan Carlos Larrea, Trámite n.º 471390, Asamblea Nacional del Ecuador, 3 de septiembre de 2025.
118 Id.
119 Id., art. 11.
120 Id., art.12.
121 Id., art. 6.
122 Id., art. 17.

6.5. Lineamientos jurisprudenciales sobre estándar probatorio y prueba indiciaria

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Contencioso Administrativo y la Corte Nacional de Justicia deben desarrollar criterios explícitos y uniformes sobre la valoración de la prueba indiciaria en los procesos de repetición. Estos criterios deberían precisar qué tipos de indicios tienen valor probatorio suficiente para acreditar el dolo o la culpa grave administrativa, en qué condiciones una cadena indiciaria puede tener el valor de prueba plena y cómo debe el juez motivar sus conclusiones sobre la desviación del estándar de conducta del funcionario demandado.

La elaboración de estos lineamientos podría articularse a través de sentencias de triple reiteración o de resoluciones de precedente vinculante, en ejercicio de las potestades de los órganos de cierre del sistema judicial. Este desarrollo jurisprudencial, aunque complementario a la reforma legislativa, podría producir resultados rápidos en el corto plazo sin necesidad de esperar la tramitación del proceso legislativo.

6.6. Sistema de seguimiento, transparencia y rendición de cuentas

Finalmente, es indispensable crear un sistema público de seguimiento que permita monitorear el cumplimiento del mandato constitucional de ejercer estas acciones. Este sistema, administrado conjuntamente por la PGE y la CGE, debería publicar periódicamente información sobre el número de condenas ejecutoriadas que generan obligación de ejercer la repetición, las acciones efectivamente iniciadas, el estado de los procesos en curso, los montos recuperados y las autoridades que han dejado caducar el plazo sin actuar.

La transparencia actúa como un mecanismo de rendición de cuentas que, en ausencia de sanciones directas, genera incentivos sociales y políticos para el cumplimiento del mandato institucional. Adicionalmente, la información sistematizada sobre el ejercicio de la repetición permitiría a los investigadores y a los operadores jurídicos identificar patrones, evaluar el impacto de las reformas y proponer ajustes adicionales con base en evidencia empírica continua.

7. Conclusiones

El análisis dogmático, procesal y jurisprudencial desarrollado a lo largo de este artículo permite formular conclusiones precisas que responden a las interrogantes planteadas en la introducción. Al integrar las correcciones dogmáticas

sobre el estándar de conducta y el reciente panorama legislativo, las conclusiones definitivas del estudio se estructuran de la siguiente manera:

1. La ineficacia material y la traspolación de estándares. La acción de repetición en Ecuador carece de eficacia práctica como mecanismo de resarcimiento patrimonial del erario. Su consagración en el artículo 11, numeral 9, de la CRE, aunque impecable en su formulación garantista, ha chocado con un diseño procesal deficiente y una judicatura contencioso-administrativa que exige estándares de valoración probatoria incompatibles con su naturaleza civil-patrimonial. Al traspolar indebidamente la presunción de inocencia y exigir pruebas "irrefutables" —como lo ha evidenciado la jurisprudencia constitucional analizada—, el sistema impone una *probatio diabolica* que asfixia la pretensión estatal y fomenta la impunidad patrimonial.

2. El abandono del fuero interno y el estándar de razonabilidad. El nudo crítico de la figura es de naturaleza probatoria, pero su origen es un error de dogmática jurídica. La exigencia judicial de acreditar una voluntad psicológica interna desconoce los avances de la responsabilidad contemporánea. El dolo y la culpa grave administrativa no requieren una introspección mental, sino que deben evaluarse mediante un estricto control de racionalidad epistémica: el contraste objetivo entre la conducta exteriorizada por el agente y el estándar de razonabilidad o la *lex artis* exigible a un servidor público puesto en las mismas circunstancias. Superar la ineficacia de la repetición requiere que los jueces abandonen la búsqueda de confesiones o pruebas directas y asuman la validez de las inferencias indiciarias objetivas.

3. El deber de aportación probatoria y el modelo comparado. Para equilibrar la profunda asimetría de información que perjudica al Estado, es imperativa la adopción de presunciones legales *iuris tantum* frente a infracciones objetivas (inspiradas en el exitoso modelo colombiano) y la consolidación legal de las cargas probatorias dinámicas. Si bien el ordenamiento ecuatoriano ha dado un primer paso valioso a través del artículo 33 del COFJ —que impone a los servidores judiciales un deber ineludible de colaboración y aportación probatoria—, este criterio de facilidad epistémica debe universalizarse legislativamente para todos los agentes estatales, garantizando la tutela del patrimonio público sin vulnerar el debido proceso.

4. Desconexión institucional y la urgencia de la unificación normativa. La inoperancia del sistema se agrava por la fractura interinstitucional, evidenciada en la incapacidad de articular los hallazgos técnico-administrativos de la CGE con las exigencias subjetivas de la repetición jurisdiccional. Por

> ello, la reforma estructural exige ineludiblemente la aprobación de una ley orgánica de repetición autónoma e integral. La Asamblea Nacional tiene el imperativo de amalgamar los aciertos de los proyectos de ley presentados en 2025; esto supone rescatar la celeridad del procedimiento sumario, la eficacia de las medidas cautelares directas y la figura del llamamiento anticipado, integrándolos armónicamente con una fase de investigación administrativa rigurosa y plazos de caducidad unificados.

En suma, la acción de repetición puede y debe transformarse en un pilar efectivo de la responsabilidad estatal ecuatoriana. Para lograrlo, el marco jurídico y la praxis judicial deben alinearse, dotando al sistema de las herramientas procesales e institucionales que permitan convertir el mandato del artículo 11, numeral 9, de la CRE en una garantía patrimonial tangible y no en una simple declaración de intenciones.