

Análisis de la existencia del perjuicio económico determinado por la Contraloría General del Estado entre entidades públicas.

**Andrea Estefanía Villafuerte Sandoval.
Pontificia Universidad Católica del Ecuador**

RESUMEN

El presente artículo busca explorar la determinación de responsabilidades civiles culposas por parte de la Contraloría General del Estado en el Ecuador, en los casos que intervienen instituciones estatales, partiendo de la idea de que el perjuicio económico no se considere como tal, si el Estado es afectado y responsable a la vez, debido a que aquello implica que no existe una disminución de recursos, es decir, los valores sujetos de perjuicio pertenecen al patrimonio económico del mismo Estado que exige el pago, por lo que, en la práctica el Estado no sufriría detrimento en su patrimonio. En este sentido, a través del análisis descriptivo e histórico se pretende evidenciar desde el punto de vista doctrinario y en criterios emitidos por el Órgano Jurisdiccional, la existencia del perjuicio económico entre instituciones estatales, para finalmente, explicar la pertinencia de su determinación, así como su ejecutabilidad.

Palabras clave: perjuicio económico, entidades públicas, patrimonio público, Contraloría General del Estado, responsabilidad civil.

ABSTRACT

This article seeks to explore the determination of civil liability by the Office of the Comptroller General of the State in Ecuador, in cases involving state institutions, based on the idea that the economic loss is not considered as such, if the State is affected and responsible at the same time, because that implies that there is no decrease in resources, i.e., the values subject to damage belong to the economic assets of the same State that requires payment, so that, in practice the State would not suffer detriment to its assets. In this sense, through the descriptive and historical analysis, the existence of the economic loss between state institutions is

evidenced from the doctrinal point of view and in criteria issued by the Jurisdictional Body, in order to finally explain the pertinence of its determination as well as its enforceability.

Key words: *economic loss, public entities, public assets, Comptroller General of the State, civil liability.*

1. Introducción

La Contraloría General del Estado, por mandato constitucional se encarga del control, fiscalización y auditoría de los recursos públicos, entendiéndose como tales los bienes, fondos, activos, rentas, utilidades, y excedentes provenientes de donaciones, préstamos (inclusive), de propiedad del Estado ecuatoriano. (Constitución de la República del Ecuador , 2008). En ejercicio de esta potestad, el ente de control tiene atribuciones sancionatorias correctivas y de exigencia para la correspondiente reparación económica, establecidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, su Reglamento y el Reglamento de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado.

Según Pinzón (2015) , existen medidas jurídicas de reparación con diferentes fines, las de protección que a su vez son de carácter lesivo, pues lo que hacen es distribuir males; y, las que compensan el daño ocasionado. La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado determina el alcance de la responsabilidad civil culposa de la siguiente manera:

La responsabilidad civil culposa nace de una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar

aquellas cautelas, precautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos.

La responsabilidad civil culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado, calculado a la fecha en que éste se produjo, que nace sin convención, proveniente de un acto o hecho culpable del servidor público, o de un tercero, cometido sin intención de dañar, que se regula por las normas del cuasidelito del Código Civil.

Procesalmente, en la instancia administrativa o judicial, debe probarse por quien afirma la culpa en la emisión o perfeccionamiento del acto o hecho administrativo, que los mismos fueron producto de acciones que denoten impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, impreparación o negligencia. (LOCGE, 2002, art. 52)

En este contexto, la reparación que mantiene nuestro ordenamiento jurídico, respecto de las responsabilidades civiles culposas en el ámbito de control, es de carácter eminentemente indemnizatorio respecto del daño causado. El objetivo del presente trabajo es revisar las consecuencias en el marco de la gestión pública en casos en que las relaciones contractuales o extracontractuales generales entre entidades públicas con determinación de responsabilidades civiles de acuerdo a los exámenes especiales realizados por la Contraloría General del Estado; dado que el perjuicio económico configurado, se ha producido en un escenario de *Estado contra el Estado*.

En este contexto, se revisará si dentro de las actividades regulares que mantiene el Estado entre instituciones de su misma naturaleza, se puede generar o no un perjuicio económico; es decir, se busca establecer el fundamento jurídico bajo el cual el daño deba ser exigible de reparación, en estos casos. El objetivo fundamental del presente trabajo es considerar la pertinencia del establecimiento de responsabilidad civil culposa o el perjuicio económico entre entidades del Estado, por parte de la Contraloría General del Estado; reflexionando si el legislador al momento de establecer la norma consideró esta posibilidad, siendo más que necesario reevaluar la casuística del régimen de responsabilidad, pues más allá de establecer si el actual régimen es de tipo reparatorio o compensatorio, el establecimiento de responsabilidades debería ponderar una política pública preventiva en todos sus niveles, siendo aún más importante en el caso de las responsabilidades civiles.

Para realizar este análisis, la primera sección recoge la definición de daño y posteriormente el de responsabilidad en su más amplio sentido; y, a partir de esta, de manera breve se desglosan los diferentes tipos de responsabilidad que sostiene la doctrina, hasta llegar a la que interesa en este estudio, que es la responsabilidad civil. Aborda la complejidad administrativa que supone el manejo en la administración pública y como se analizan los criterios desde la doctrina y jurisprudencia en los casos en los que se ha configurado responsabilidad civil culposa entre entidades públicas y sus particularidades en circunstancias específicas, sin dejar de plantearse algunos cuestionamientos a la aplicación estricta que históricamente se ha realizado por parte de la Contraloría General del Estado.

Finalmente, el texto explora las principales características de los casos de responsabilidad civil que se han judicializado¹ Se hará un análisis inductivo descriptivo e histórico de la información, en función del contenido de sentencias emitidas por la Corte Nacional de Justicia, sobre la pertinencia del establecimiento de responsabilidades civiles entre entidades públicas, siguiendo las recomendaciones de Sabino (2022), así:

El Proceso de la Investigación: La investigación de tipo descriptiva trabaja sobre realidades de hechos, y su característica fundamental es la de presentar una interpretación correcta. Para la investigación descriptiva, su preocupación primordial radica en descubrir algunas características fundamentales de conjuntos homogéneos de fenómenos. Utilizando criterios sistemáticos que permitan poner de manifiesto su estructura o comportamiento. De esta forma se pueden obtener las notas que caracterizan a la realidad estudiada.

En ese sentido se revisarán las sentencias que determinan como improcedente la resolución de responsabilidad civil culposa, en sede administrativa que confirma el perjuicio económico, a fin de comparar estos instrumentos y analizar entre otros aspectos, el costo beneficio de realizar acciones de control en los casos de perjuicio económico entre entidades públicas, considerando la inversión que realiza el Órgano de Control en un examen especial hasta la etapa de juzgamiento, a propósito de la propuesta de una política pública más objetiva.

2. La contratación vinculada entre organizaciones del Estado: problema de investigación

La Contraloría General del Estado (CGE), por mandato constitucional se encarga del control, fiscalización y auditoría de los recursos públicos, entendiéndose como tales los bienes, fondos, activos, rentas, utilidades, y excedentes provenientes de donaciones, préstamos (inclusive), de propiedad del Estado ecuatoriano. Para hacer efectivo el ejercicio y las facultades del ente de control, la ley contempla procedimientos para que a través de la emisión de actos administrativos se establezcan las responsabilidades administrativas o civiles que darán origen

¹ Entre los casos que se analizarán en este trabajo, corresponden a la glosa por 41 millones de dólares que estableció la Contraloría General del Estado en el año 2018, en contra de quien fuese Ministra del Ambiente de ese entonces y ocho funcionarios, por el “pago excesivo”, en la compra de terrenos al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), predios sobre los que se construyó el parque Samanes en la ciudad de Guayaquil. (Informe General Aprobado de la Contraloría General del Estado DAPAYF-0007-2016). El 19 de agosto de 2022, el Tribunal Contencioso Administrativo en la ciudad de Guayaquil, en audiencia oral, estableció que no existió perjuicio en la compra de los predios, esto, en contraste con la teoría de la Contraloría General del Estado, que afirmaba en el Informe General Aprobado, que el avalúo de dichos terrenos según la Municipalidad de Guayaquil era de 7 millones de dólares, existiendo un sobreprecio de más del 500%.

a una obligación determinada.

Dentro de la actividad estatal muchas operaciones o interacciones de gestión se realizan entre instituciones del mismo estado, evidenciándose por parte del equipo auditor de la Contraloría General del Estado, inconsistencias en estas actividades. Tal es el caso, por ejemplo, de los valores de retención en la fuente que las instituciones públicas deben declarar al Servicio de Rentas Internas y al no hacerlo en los tiempos establecidos en la normativa se generan valores por mora en contra de la institución que no realiza la declaración a tiempo; valores que al cuantificarse se establecen como responsabilidades civiles para el servidor que ocasiona esta circunstancia.

No obstante, la entidad que inobservó la normativa tributaria debe cancelar como concepto de multas los valores exigidos por el Servicio de Rentas Internas (en el caso del ejemplo), lo cual se realiza en el momento del hecho. Es decir, la recaudación de los valores que generaron las multas es dinero estatal y va a las arcas del mismo Estado. En torno a este problema jurídico, existen algunas sentencias emitidas por la Corte Nacional de Justicia de cuyos razonamientos, se pretende analizar y obtener una conclusión respecto a la existencia del perjuicio económico entre instituciones del Estado y resolver de esta manera en la generalidad el conflicto que actualmente existe a nivel país al respecto.

3. Marco Teórico Referencial

3.1. Conceptos Jurídicos sobre la responsabilidad civil.

3.1.1. Definición de daño.

El diccionario de (Cabanellas, 1993), define al daño como:

En sentido amplio, toda suerte de mal material o moral. Más particularmente, el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes. El daño puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o casualidad entre el autor y el efecto. En principio, el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan sólo indemnización; y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia.

Según (Céspedes, 2018), existe una diferencia entre el daño y el daño jurídicamente relevante:

No todo daño le interesa al ordenamiento jurídico, sino sólo aquel que genera consecuencias o efectos jurídicos. Ello acontecerá en cuanto constituya un hecho jurídico o, como graficaba Fischer, cuando sea el fundamento determinante de penas e indemnizaciones: el Derecho no reacciona ante cualquier daño producido, sino sólo respecto de aquellos que previamente ha seleccionado.

En este contexto, es preciso retroceder en la historia hasta los inicios del Estado como organización jurídica política de la sociedad, investido de potestades públicas emanadas por el *ius imperium* ejercidas por sus agentes, a quienes inicialmente se les hizo responsables personalmente por su accionar. (Mogrovejo, 2009)

Con la evolución de la sociedad y con el nacimiento del Estado moderno, posteriormente esta responsabilidad se trasladó a gobernantes y gobernados, estableciendo así que ambos se encuentran sometidos al ordenamiento jurídico; manteniendo roles diferentes, siendo los funcionarios del Estado quienes ejercen las potestades públicas y esta condición es lo que permite establecer responsabilidades. (Mogrovejo, 2009).

A partir de lo anterior, es pertinente analizar cómo se incorpora al espectro de la determinación de responsabilidades, en específico la responsabilidad civil culposa, que emite la Contraloría General del Estado. El artículo 52 de la Ley de la Contraloría General del Estado señala:

La responsabilidad civil culposa nace de una acción u omisión culposa, aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, precautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos. La responsabilidad civil culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado, calculado a la fecha en que éste se produjo, que nace sin convención, proveniente de un acto o hecho culpable del servidor público, o de un tercero, cometido sin intención de dañar, que se regula por las normas del cuasidelito del Código Civil. Procesalmente, en la instancia administrativa o judicial, debe probarse por quien afirma la culpa en la emisión o perfeccionamiento del acto o hecho administrativo, que los mismos fueron producto de acciones que denoten impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, impreparación o negligencia.

Considerando entonces que, para el establecimiento de responsabilidades civiles culposas, es necesario que existan los siguientes elementos:

- a) El monto del perjuicio (daño emergente)
- b) Cuantificación del perjuicio (lucro cesante)
- c) Cuantificación de intereses (CÓDIGO CIVIL, 2005)

La existencia del **daño**, entonces obedece a la disminución del **patrimonio**. (CÓDIGO CIVIL, 2005)

En este sentido, resulta interesante revisar si de las acciones de control que resulten responsabilidades civiles entre entidades públicas, se cumple el primer elemento para la determinación de las mismas.

3.1.2. La responsabilidad.

El artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador, indica:

Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. (CRE, 2018)

Por su parte, Facio dice que la palabra “responsabilidad comienza a utilizarse en Francia por los filósofos y escritores del siglo XVIII, la etimología del término, se deriva del latín *responsus*, y proviene del verbo responder que implica constituirse en garante”. (Bravo, 2019). Lo anterior advierte claramente, que sobre la acción u omisión de los servidores sopesa una responsabilidad, es decir una obligación de responder, sea esta de carácter civil o administrativa.

Concomitante a lo anterior, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y el Reglamento de Determinación de Responsabilidades, para el establecimiento de responsabilidades civiles o administrativas culposas, señala la concurrencia de condiciones a ser revisadas en el análisis del hallazgo, durante la etapa de juzgamiento en sede administrativa.

Entre las condiciones señaladas se encuentran que el hallazgo de auditoría se encuentre de manera objetiva expresa y que sea el resultado de auditoría gubernamental realizada por la Contraloría General del Estado, organismo que tiene la potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002).

3.1.3. Tipos de Responsabilidad

El establecimiento de responsabilidades nace de la necesidad de resarcir el perjuicio ocasionado al Estado, siendo pertinente que se guarden ciertas condiciones a fin de cumplir el

objetivo de su sometimiento. Al respecto, la Ley de la Contraloría General del Estado, establece dos tipos de responsabilidades por su objeto: 1) Administrativas culposas y 2) Civiles culposas.

En el caso de las responsabilidades administrativas culposas se establecen ante la detección de incumplimientos normativos y legales, atribuciones y deberes que les compete a los servidores en razón de sus competencias específicas. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002)

Por otra parte, las responsabilidades civiles culposas se establecen en razón del perjuicio económico causado a la entidad u organismo, por la acción u omisión de los servidores públicos o de terceros, previo estudio del movimiento financiero o del proceso de contratación y la ejecución de estudios o proyectos de obras públicas. (CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO, 2019)

El artículo 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, dispone que la responsabilidad civil culposa, se extiende a cualquier servidor y o personas de derecho público o privado que ocasione el perjuicio económico. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002)

Para la responsabilidad civil, la condición primaria es la indemnización o reparación económica por los daños y perjuicios ocasionados. La pérdida o falta de conservación de los recursos en una entidad, obliga a la restitución inmediata de los mismos a su estado normal. Ciertos daños y perjuicios, por ser irreparables, tienen que solucionarse económicamente, al no haber otro mecanismo de reparación. (CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO, 2019).

3.1.4 La responsabilidad civil

La Contraloría General del Estado, define a la responsabilidad como:

La responsabilidad civil culposa se fundamenta en el perjuicio económico causado a la entidad u organismo, por la acción u omisión de los servidores públicos o de terceros, previo estudio del movimiento financiero o del proceso de contratación y la ejecución de estudios o proyectos de obras públicas. (CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO, 2019).

De acuerdo a lo señalado por el artículo 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, el perjuicio económico se establece de las siguientes formas:

- a) Mediante la predeterminación o glosa de responsabilidad civil-culposa.
- b) Mediante órdenes de reintegro (pago indebido)

Cada una de las formas señaladas, señala su propio procedimiento, así como su objeto y origen es diferente.

Brevemente, se entendería que la **Glosa** es el perjuicio económico al erario público, detectado a través de un hallazgo de auditoría gubernamental, ocasionado por un servidor o por un tercero público o privado; mientras que la **Orden de Reintegro** es un pago realizado sin fundamento legal o contractual. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002).

En los dos casos, se asume que se ha realizado una afectación patrimonial al Estado y por tanto corresponde su resarcimiento o pago; sin embargo, la discusión se circunscribe a los casos en que el Estado es el afectado y también el transgresor. Tal como lo establece la norma, la responsabilidad civil culposa, se determina en contra del servidor o tercero que produce dicha afectación.

La estructura de la determinación de responsabilidades de manera general establece que una acción u omisión realizada por un servidor público en ejercicio de sus funciones y período de actuación es objeto de sanción administrativa una vez que se ha desvirtuado su legitimidad a través de la auditoría gubernamental; hasta aquí la responsabilidad tiene carácter administrativo. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002)

Sin embargo, cuando de la inobservancia a la norma deviene como consecuencia el perjuicio económico o el pago indebido, se configura la responsabilidad civil, considerándose en un aforismo coloquial que *sin responsabilidad administrativa no existe responsabilidad civil*.

Al respecto, no existe jurisprudencia que afiance los asertos expuestos, a pesar de ello la Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado en varias ocasiones, siendo pertinente examinar los presupuestos que se encuentran en algunas de estas sentencias.

3.2. Estudio de criterios doctrinarios sobre la determinación de responsabilidad civil entre entidades públicas.

A partir del siglo XX se conoce la responsabilidad civil en la esfera del derecho, cuya evolución se marca principalmente por la legislación y la jurisprudencia, en esta última se han considerado las decisiones judiciales concluyentes para el resarcimiento de daños. En su denominación mas moderna, la responsabilidad civil también conocida como Derecho de daños ha tomado protagonismo tanto en cuanto se reconoce el daño perpetrado, concibiéndose así

mismo como parte de la existencia misma del universo, como un caso fortuito, por ejemplo. (Almodóvar, 2013)

Entonces, si bien es cierto, los daños no siempre devienen de casos fortuitos, al producirse el daño se lesiona un bien jurídico o un derecho. Para (Céspedes, 2018):

Si bien el estudio tradicional de este instituto subdivide entre responsabilidad contractual (analizada en el Derecho Civil de Obligaciones) y responsabilidad extracontractual, (orientada al Derecho de Daños), lo cierto es que la responsabilidad civil tiene una columna vertebral común a cualquiera de sus múltiples manifestaciones (contractual, extracontractual, subjetiva, objetiva, por hecho propio, por hecho de tercero, de los particulares, de la Administración, por conducta lícita o ilícita, etcétera). Estos elementos imprescindibles son la conducta lesiva, el daño, el nexo de causalidad y el criterio de imputación.

El Tribunal Supremo de Puerto Rico, expresa que el concepto de Culpa es tan amplio como la conducta de los seres humanos e incluye cualquier falta de una persona que produce un mal o un daño. Esto es, la culpa carga con el presupuesto de la antijuridicidad, o ilicitud, o de todo lo que es contrario a derecho; de modo que es injusto cualquier comportamiento que esté en contra de la prudencia o de la sensatez. (Almodóvar, 2013).

A la luz de lo anterior, el Ordenamiento Jurídico Puertorriqueño procura establecer un sistema reparador más que punitivo, es decir, resarcir el daño causado desde la figura de indemnización bajo la cual se compensa el perjuicio ocasionado.

Nos parece que, desde la perspectiva social, es un enfoque equitativo. El concepto moral de culpa cede su primacía y su protagonismo al concepto de daño y de responsabilidad social; es decir, que el énfasis se centra en el efecto más que en la causa y en la intención del daño. (Almodóvar, 2013)

La doctrina argentina, señala que el sistema unitario de responsabilidad civil mantiene tres presupuestos comunes de aplicación: antijuridicidad (que ha de manifestarse de manera material y objetiva), factor de atribución y daño; y, relación de causalidad. (Moreno, 2018). En este sentido, las obligaciones indemnizatorias se imponen frente a quienes causaron el daño o quienes deber responder como guardianes, custodios o responsables de la cosa que originó el perjuicio, de ahí que no se pueda establecer homogeneidad por cuanto existen diferencias entre el tipo de responsabilidades (contractual y extracontractual). (Moreno, 2018).

En **España**, la responsabilidad civil entre instituciones públicas se denomina también como responsabilidad patrimonial de la Administración y podría definir de una forma simple como el deber legal de la Administración de reparar los daños y perjuicios causados a otros sujetos de Derecho, que deriven de sus actividades. (SÁNCHEZ, 2014). En el Dictamen del Consejo de Estado n.º 1450/1998, de 8 de febrero de 2001, podemos encontrar un supuesto de hecho en que se desestima la reclamación de daños y perjuicios solicitada a la Administración debido a que la información en cuestión provenía de un órgano incompetente para ofrecerla:

En los hechos, una entidad formuló reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que se le produjeron con ocasión de un acta de liquidación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social valenciana que se practicó a la citada empresa por bonificaciones indebidas de las cuotas de la Seguridad Social, todo ello en relación con la celebración de determinados contratos de trabajo en prácticas de vigilantes jurados de seguridad. La empresa se había acogido a esta modalidad contractual para conseguir la bonificación sobre la base de la respuesta dada por el Director del Instituto Nacional de Empleo (INEM) a la información solicitada por el Jefe de Personal de la citada entidad. A pesar de los antecedentes, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó acta de liquidación de cuotas de la Seguridad Social a la reclamante, que fue confirmada por resolución de la Dirección Provincial y posteriormente por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. La referida acta de liquidación se fundaba en que los trabajadores afectados carecían de titulación académica o laboral necesaria para poder ser contratados bajo el régimen de contrato en práctica, por lo que estimó que la empresa se había beneficiado indebidamente de las ventajas que en relación con la cotización a la Seguridad Social establecían los artículos 5 y 7 RD 1992/1984. Las resoluciones referidas fueron recurridas y se solicitó responsabilidad patrimonial a la Administración Pública por parte de la entidad que había solicitado la información al INEM. (ACOSTA, 2016).

En la Sentencia del TS de 16 de octubre de 2007, se puntualizan los siguientes elementos para que una lesión sea indemnizable:

- a. Real y efectivo,
- b. No traducible a meras especulaciones o simples expectativas, incidiendo sobre derechos o intereses legítimos.
- c. Evaluable económicamente, cuya concreción cuantitativa o las bases para determinarla pueden materializarse también en ejecución de sentencia.

En cuanto al lucro cesante la misma sentencia exige la certeza del mismo, que se manifiesta en la realidad de la actividad, desarrollo y rendimiento, de manera que no pueden considerarse como tal las aspiraciones, deseos y previsiones cuya materialización no resulte contrastada y constituyan una mera eventualidad. (Sentencia , 2007)

En relación con lo anterior dispone la sentencia que, respecto de las ganancias meramente posibles, pero inseguras, dudosas o contingentes, por estar desprovistas de certidumbre y carecer de prueba rigurosa, no es admisible su cómputo para fijar la indemnización reclamada. (Sentencia , 2007) Para Gordillo, (2013) la responsabilidad por hechos y actos administrativos deriva en primer lugar sobre lo establecido en el Código Civil respecto a la responsabilidad extracontractual, cuya línea exige que debe ser producida por una conducta culposa o negligente, no obstante, muchos autores establecen contrariamente, que, al ser Estado no actúa con culpa debido a su naturaleza (persona ficticia). Adicional a ello, el tratadista plantea otro problema en la determinación de responsabilidad patrimonial, y tiene que ver con el sujeto a quien va dirigida, señalando que puede ser directa e indirecta, no obstante, se determina que siempre es directa, considerando que, al igual que en el anterior aspecto es el Estado a pesar de que se ejecute por sus servidores o funcionarios conforme el accionar de sus competencias.

De manera concluyente, Gordillo (2013) señaló:

Ambos conceptos coinciden en la medida en que en ellos lo determinante de la responsabilidad es el ejercicio aparente de la función. En otras palabras, existiendo ejercicio aparente de la función, existe responsabilidad del Estado en ambos criterios.

En ambos casos debe exigirse que el daño sea sometido por el agente (órgano o dependiente) “en ejercicio” y no “con ocasión” de la función: Es decir, que no basta con que el daño sea cometido en el lugar y en horas de trabajo, sino que debe tener alguna relación, aunque sea aparente, con el objeto de las funciones encomendadas al agente.

Sin embargo, estos criterios difieren en la práctica en algo importante: Encauzado el criterio jurisprudencial en el sentido de que “responsabilidad indirecta” del Estado es la que le corresponde por los hechos y actos de sus propios agentes públicos, no encontré fundamento jurídico disponible para decidir que el Estado debiera ser responsable por los actos y hechos de sus entidades descentralizadas, y es así como ha resuelto que teniendo éstas personalidad jurídica propia, no puede demandarse al Estado central por los daños por ellas cometidos. Ahora bien, analizando la cuestión desde nuestro concepto, en el que hemos llamado responsabilidad directa a la que corresponde al Estado por los hechos de sus órganos, es fácil llegar a la conclusión de que los entes descentralizados del Estado, como dependientes que son del Estado central (pues han sido creados por él y pueden ser disueltos por él; son controlados también por el, a través del recurso de alzada, nombramiento de autoridades, intervención, autorización o aprobación del presupuesto, etc.) comprometen su responsabilidad indirecta. La diferencia, pues, es que considerando responsabilidad indirecta a la que corresponde al Estado por los hechos de sus agentes, no existe un fundamento jurídico para hacerlo fácilmente responsable por los hechos de sus entidades descentralizadas; a la inversa, considerando a la primera, como corresponde, responsabilidad directa, surge lógica la aplicación de los principios de la responsabilidad indirecta a la segunda situación. Tal es, pues, nuestro criterio en la cuestión. (GORDILLO, 2013)

Al cierre del presente capítulo es necesario que se señale que de acuerdo a la doctrina que se ha reproducido anteriormente, para la determinación de responsabilidades civiles o responsabilidades patrimoniales deben concurrir algunos elementos, como la existencia del nexo causal (relación de causalidad entre el hecho y perjuicio), la existencia de un hecho imputable a la administración pública, un acto lesivo o perjuicio antijurídico, económicamente evaluable, y que este sea objetivo y probado. Adicional a ello, no debe generarse a partir de un caso fortuito.

Estas condiciones o elementos, en términos generales deben concurrir necesariamente en la determinación de responsabilidades civiles, siendo el punto neurálgico de este análisis, conocer si existe un perjuicio cuando es el mismo Estado quien ejerce la calidad de las dos partes.

A continuación, algunas sentencias ecuatorianas emitidas por diferentes organismos jurisdiccionales bajo las cuales se ha declarado la nulidad de los actos administrativos emitidos por la Contraloría General del Estado (responsabilidades civiles), por cuanto no se ha demostrado que exista un perjuicio económico real.

4. ANÁLISIS DE SENTENCIAS QUE HAN DESVANECIDO LAS RESPONSABILIDADES CIVILES ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS.

4.1 Análisis de la fundamentación con base a las cuales el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil deja sin efecto la responsabilidad civil referente al proceso de adquisición de 66 lotes de terrenos ubicados en la Lotización Santa Inés, parroquia Tarqui, cantón Guayaquil, sentencia dentro del juicio (CASO SAMANES, 2018):

En el caso señalado, la competencia se radicó en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, en calidad de accionante la ciudadana MARCELA PAOLA AGUIÑAGA VALLEJO, por sus propios derechos, domiciliada en el cantón Guayaquil y como accionada: La Contraloría General del Estado.

La entidad accionada ejecutó el examen especial N° DAPAyF-0007-2016 sobre el proceso de compraventa mencionado por el período comprendido entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de enero de 2016.

El hecho específico materia del proceso, consiste en la propuesta de compraventa al Ministro de Defensa Nacional de 66 lotes de terreno de propiedad del ISSFA; y, la suscripción del contrato de Promesa de Venta del 22 de noviembre del 2010 ante el Notario Cuadragésimo Interino del Cantón Guayaquil, el acto administrativo impugnado, oficio N° 00000111-DNRR de fecha 27 de febrero de 2018, suscrito por el Subcontralor General del Estado.

La Accionante presentó una acción subjetiva ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Guayaquil, quien aceptó la demanda y como principales argumentos de su decisión se fundamentó en:

4.1.1.- Caducidad.

En el libelo de la demanda se lee:

Suscribe la promesa de compra venta, estos actos son previos a la suscripción de la escritura de compraventa con la que se efectiviza la transferencia del dominio del bien, actos que cabe señalar son los que ocasionaron además de la falta administrativa, un perjuicio económico a la entidad el 7 de diciembre de 2010 con la suscripción de la escritura de compraventa y el pago efectuado con CURS de pago 344, 128 y 391 de 10 de diciembre de 2010, 28 de enero de 2011 y 17 de febrero de 2011, respectivamente; en tanto que, fue legalmente notificada con la resolución el 6 de noviembre de 2017, por lo que no han transcurrido los siete años señalados en el artículo precedente contados desde los actos que dieron lugar al perfeccionamiento de la desviación. (CASO SAMANES, 2018).

4.1.2.- Falta de Motivación.

Como segundo argumento el Tribunal señala:

Que existe una insuficiente motivación para establecer responsabilidad por dicho acto, al normar el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública procedimiento para la transferencia de dominios de bienes inmuebles del sector público, transferencia que no es un efecto jurídico del contrato de promesa de venta... (CASO SAMANES, 2018)

El Tribunal enfatiza que las normas jurídicas invocadas por la Contraloría General del Estado deben establecer las razones en las que fundamentan los hechos develados, es decir la resolución del ente de control no es un procedimiento mecánico, en el que se invocan artículos, sino que estos deben ser incorporados analizando su pertinencia y aplicación a los antecedentes y hechos.

Este sustento se encuentra establecido claramente en la sentencia 1158-17-EP/21, en la cual, la Corte Constitucional, analiza si una sentencia de casación vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación y, para ello, realiza un balance sistemático de la jurisprudencia de la Corte Constitucional: se aleja explícitamente del test de motivación y, con base en la jurisprudencia reciente de la Corte, establece varias pautas para examinar cargos de vulneración de la referida garantía. Esas pautas incluyen un criterio rector, según el cual, toda argumentación jurídica debe tener una estructura mínimamente completa (de conformidad con el art. 76.7.1 de la Constitución). Las pautas también incorporan una tipología de deficiencias motivacionales, es decir, de incumplimientos de dicho criterio rector: la inexistencia, la insuficiencia y la apariencia; esta última surge cuando la argumentación jurídica incurre en algún tipo de vicio motivacional, como son: la incoherencia, la inatención, la incongruencia y la incomprensibilidad.

4.1.3.- Objetividad.

Como último punto dentro de la decisión del tribunal observamos que señala:

La motivación sirve al administrado para conocer de una manera objetiva los antecedentes que dieron origen a la decisión administrativa; darse cuenta si se observó el principio de legalidad; como medio de prueba para la protección de los derechos subjetivos que se hayan conculcado; y para analizar si hubo una justa y legal decisión administrativa. (CASO SAMANES, 2018)

Es decir, no basta que los actos contengan una relación de hechos, una transcripción de normas jurídicas y un nexo, sino que debe tratarse de hechos ciertos, reales, normativa aplicable y un nexo coherente.

Al respecto, el Tribunal Supremo Español señala en Sentencias de 22 de octubre y 20 de diciembre de 2004 –recursos de casación 6777/2000 y 3999/2001:

El concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, y se reduce a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final como presupuesto o conditio sine qua non, esto es, como acto o hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del precedente, aunque es necesario, además, que resulte normalmente idóneo para determinar el concreto evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso. (ROBLES, 2004)

4.1.4. Análisis del nexo causal.

La resolución civil culposa, establecía que el perjuicio se generó por la suscripción de las promesas de compraventa sin cuya existencia no se perfeccionaban los pagos que se realizaron de manera posterior, pagos que no tendrían la justificación adecuada además por cuanto el equipo auditor de la Contraloría General del Estado estableció sobreprecio en el Informe General Aprobado.

En 2017 la Contraloría General del Estado estableció una glosa por responsabilidad civil culposa en contra de la accionante por el valor de 41 millones de dólares, en el año 2018 la glosa fue ratificada por cuanto el recurso de revisión estableció que se pagó siete veces más por terrenos de propiedad del Municipio de Guayaquil. (CGE, 2016)

El Tribunal competente, realizó la siguiente conclusión:

Se concluye que el contrato de promesa de compraventa no es título traslativo, ni un título para adquirir el dominio, toda vez el contrato de promesa de venta confiere derechos personales y no reales, por lo que existe una insuficiente motivación para establecer responsabilidad por dicho acto, al normar el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública procedimiento para la transferencia de dominios de bienes inmuebles del sector público, transferencia que no es un efecto jurídico del contrato de promesa de venta. (Sentencia , 2007)

Del análisis de la sentencia que se trae al contexto, se evidencia que su aceptación como se señala, no se sustenta en el verificación de la acciones u omisiones o perjuicio económico causado por las supuestas mal uso de recursos públicos, la aceptación y desvanecimientos de las responsabilidades instituidas por la Contraloría General del Estado, se sustentan en la trasgresión del principio constructivo de la motivación de los actos administrativos, al omitirse una adecuada vinculación y sustentación de los hechos con la norma invocada así como no establecer un nexo coherente del accionar observado con relación a la trasgresión normativa.

4.2 Análisis de la fundamentación con base a las cuales la Corte Nacional de en recurso de casación 325-2010. (RECURSO DE CASACIÓN, 2013), en este caso, la accionante en la señora Carmen Mélida López Albarracín y en calidad de accionada comparece la Contraloría General del Estado.

4.2.1 Análisis de los hechos

Por sentencia expedida el 12 de abril de 2010, 10h00, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 5 de Loja y Zamora Chinchipe: "rechaza la demanda, por haber caducado la acción; y de conformidad a lo previsto por el Art. 68 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva se declara la legitimidad, validez y ejecutoriedad de la Resolución Nro. 384 del 27 de julio de 2007, emitida por el señor Contralor General del Estado, y notificada el 13 de agosto del 2007."; dentro del juicio de impugnación de glosas No. 04-2008, propuesto por la señora Carmen Mélida López Albarracín en contra del Contralor General del Estado. (RECURSO DE CASACIÓN, 2013)

Conforme se relata en el fallo recurrido, la señora Carmen Mélida López Albarracín comparece deduciendo recurso subjetivo, impugnando la Resolución 384 del 27 de junio de 2007, emitida por el señor Director de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado, y notificada el 13 de agosto de 2007; que la impugna diciendo que la Contraloría estableció una glosa solidaria por USD\$ 1.922,99 por no haber recuperado el IVA pagado y declarado por los egresos realizados durante su gestión. (RECURSO DE CASACIÓN, 2013)

Al respecto, la Corte Nacional de Justicia resolvió dejar sin valor la resolución 384 emitida por el Director Nacional de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado, sobre la base de los siguientes razonamientos:

¿la falta de devolución del IVA causa perjuicio al Estado?, pues se debe considerar que al ser el IVA un impuesto, una vez que se paga ingresa a la Cuenta del Tesoro Nacional, y por tanto, su devolución hace que ese dinero se mantenga en esa misma cuenta, por lo que en la práctica no hay una disminución de los recursos del Estado, es decir, no sufre un perjuicio, con lo que no se cumple la condición para que se pueda producir la responsabilidad del funcionario al no verificarse el perjuicio estatal. Distinto sería si la funcionaria no habría intentado la devolución, pues habría incumplido sus deberes, lo que sí podría producir responsabilidad, pero al comprobarse que los trámites para la devolución si fueron presentados, queda a esperar que el Servicio de Rentas Internas, en ejercicio de sus atribuciones legales, acepte o niegue esa solicitud. En consecuencia, en el presente caso, no se verifica el perjuicio al Estado volviendo a la glosa improcedente. (RECURSO DE CASACIÓN, 2013)

5. Conclusiones

5.1 El perjuicio económico entre entidades del sector público, no se podría establecer como tal, toda vez que, bajo el contexto del ánimo reparatorio no existe una compensación por hacer, en tanto que no se han perfeccionado las acciones lesivas en contra del patrimonio mismo, siendo que, es el mismo Estado el que, se constituye en actor de reparación y perjudicado a reparar. La responsabilidad civil conlleva una afectación de carácter patrimonial, no

obstante, luego de dirimir si existe un perjuicio real entre entidades públicas, se define que al no ser probados los hechos que lo generan, el referido perjuicio no existe.

- 5.2** Existe pertinencia legal y jurídica para el establecimiento de responsabilidades civiles por parte de la Contraloría General del Estado, en tanto la Constitución y la Ley así lo determinan; sin embargo, respecto a los casos de estudio, corresponde establecer las responsabilidades siempre que exista un hecho real y cuantificable, evitando que las mismas se fundamenten en meras presunciones o proyecciones de pérdida.
- 5.3** El establecimiento responsabilidades administrativas, siendo pertinente evidenciar si existe o no un daño material inminente para que se pueda configurar una responsabilidad civil. Por otra parte, resulta importante revisar los casos en los que la Corte Nacional de Justicia ha decidido que el perjuicio resultó en un pago que, de todas formas, debía cumplirse; como en el caso de pagos al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o Servicio de Rentas Internas toda vez que, las multas generadas a las entidades deudoras, deben ser pagadas y acreditadas en la cuenta Única del Tesoro.
- 5.4** De las sentencias estudiadas, se desprende que los jueces de Corte Nacional mantienen razonamientos diferentes respecto del perjuicio económico, pues además examinan en su contexto la vulneración a las normas procesales y el procedimiento adecuado de la aplicabilidad de la normativa del caso; no obstante, todas convergen en un hilo argumental común el cual expone que para que exista un perjuicio económico y que este pueda ser responsabilizado a un sujeto en específico, debe considerarse la motivación como un aspecto primigenio en la determinación de responsabilidades, creando la expectativa legítima por parte del administrado de que el hecho sea aprobado por la entidad fiscalizadora superior; y, que dichas responsabilidades se fundamenten en un perjuicio evidente..
- 5.5** Las posturas doctrinarias expuestas, respecto del perjuicio económico avizoran que, debe existir necesariamente un daño inminente o detrimento

monetario que pueda demostrarse como lesivo para la administración; sin embargo, de aquello, la acción reparatoria resultante de dicha conducta, debería considerarse desde un ámbito disciplinario más que de carácter civil, en tanto que, las entidades no se afectan patrimonialmente entre sí, por tanto, al no existir un perjuicio como tal, las responsabilidades civiles que emite la Contraloría General del Estado deben revisar el efecto dañoso como resultado del accionar del sujeto de control.

6. Recomendaciones

- 6.1 Es necesario que la Corte Nacional de Justicia, a fin de establecer uniformidad y salvaguardar la seguridad jurídica, produzca jurisprudencia sobre los casos en los que no se perfeccione el perjuicio económico; o, por el contrario, situaciones en las que pudiera ser el propio Estado el que se encuentre inmerso como el responsable del perjuicio, y, por su naturaleza también el afectado, de modo que, en sede administrativa, se señale jurisprudencia definida para el establecimiento de responsabilidades civiles.
- 6.2 Durante los últimos años, la determinación de responsabilidades civiles por parte de la Contraloría General del Estado, se ha cuestionado en sede judicial, entre otros aspectos, por la falta de objetividad al establecer el perjuicio. Esta circunstancia, ha ocasionado que muchas de las responsabilidades civiles no puedan ejecutarse a través de la recaudación efectiva, lo que a su vez produce un desgaste en la administración, para lo cual se recomienda que, en la etapa de Control, se logre establecer parámetros por parte del Organismo Técnico de Control a fin de que los hallazgos mantengan siempre que se debe el perjuicio de manera tangible.

7. Bibliografía

- ACOSTA, T. (2016). La responsabilidad patrimonial de la Administración por información errónea en la doctrina del Consejo de Estado. *Revista Digital de Derecho Administrativo- Universidad Externado de Colombia*.
- Almodóvar, J. (2013). Evolución de la responsabilidad civil: Una aproximación. *CEIBA*, 8-21.

- Bravo, M. (2019). LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CULPOSA EN LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO. AMBATO, TUNGURAHUA, ECUADOR: UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA.
- Cabanellas, G. (1993). *DICCIONARIO*. EDITORIAL HELIASTA S.R.L.
- CASO SAMANES, 09802-2018-00449 (TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE GUAYAQUIL 2018).
- Céspedes, C. (Junio de 2018). *SCielo*. Obtenido de Artículos de Investigación:
https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000100129
- CGE. (2016). *Examen Especial al proceso de Compraventa de lotes de terreno en el parque Samanes*. Guayaquil.
- CÓDIGO CIVIL. (2005). En C. NACIONAL, *EL EFECTO DE LAS OBLIGACIONES*. QUITO.
- Constitución de la República del Ecuador* . (2008).
- CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO*. (2019). Obtenido de
<https://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=15&tipo=nor>
- CRE. (2018). QUITO: ASAMBLEA NACIONAL.
- GORDILLO, A. (2013). La responsabilidad del Estado. En A. Gordillo, *La responsabilidad del Estado* (págs. 545-550).
- LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO*. (2002). QUITO: REGISTRO OFICIAL 595.
- Mogrovejo, D. (2009). La responsabilidad estatal en la Constitución del Ecuador de 2008. *FORO*, 73.
- Moreno, V. (2018). Evolución y Actualidad de la Responsabilidad Civil . *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de la Plata*, 184-209.
- PINZÓN, C. (2015). *EL DERECHO DE DAÑOS EN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- RECURSO DE CASACIÓN, 325-2010 (Sala de lo Contencioso Administrativo 11 de junio de 2013).
- ROBLES, M. (octubre de 2004). *Publicaciones electronicas* . Obtenido de Sentencias Tribunal Supremo Español:
http://www3.udg.edu/publicacions/vell/electroniques/dret_ad/espa%C3%B1ol/pagine_s/modulo2/Unidad%206/arxiu/Responsabilidad.pdf
- SÁNCHEZ, M. (2014). Derecho Administrativo. En M. Sánchez. Madrid: TECNOS.
- Sentencia , 10422/2003 (SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 16 de octubre de 2007).