PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

LA DISCRECIONALIDAD DEL INFORME ANÁLISIS COSTO BENEFICIO EN MEDIACIONES EN EL SECTOR PÚBLICO.

ALAN ARIEL TAPIA ROSERO

DIRECTOR: DR. JUAN FERNANDO PÁEZ

Quito, D.M. noviembre, 2023

Resumen.

En el año 2021 entró en vigencia el Reglamento a la Ley de arbitraje y mediación o RLAM (por sus siglas), cuyo artículo 16 regula tales aspectos como: la materia transigible en el sector público, la elaboración de un informe análisis costo beneficio y dispone responsabilidades administrativas y civiles a servidores públicos.

En el presente trabajo se analizan las responsabilidades administrativas y civiles contenidas en los numerales 4 y 5 del artículo 16 del Reglamento a la Ley de arbitraje y mediación, estas son impuestas por la no suscripción de un acta de mediación y por la elaboración de un informe análisis costo beneficio. El objetivo es comprobar si estas responsabilidades son arbitrarias o no, por exceder los límites de la potestad reglamentaria.

Se realizará una revisión del concepto de mediación dentro de la doctrina jurídica y el ordenamiento jurídico ecuatoriano. También, se examinará el informe análisis costo beneficio desde la perspectiva de la potestad discrecional.

Palabras clave: mediación, sector público, materia transigible, potestad discrecional, potestad reglamentaria.

Abstract.

In the year 2021, the “Reglamento a la Ley de arbitraje y mediación” (RLAM) entered into force, the article 16 of this norm regulates aspects such as: the tradable matters in the public sector, the preparation of a cost benefit analysis report. Also this norm establishes administrative and civil liabilities to public employees.

This paper analyzes the administrative and civil liabilities contained in paragraphs 4 and 5 of article 16 of the “Reglamento a la Ley de arbitraje y mediación”. The liabilities are imposed for the failure to sign a mediation report and for the preparation of a cost benefit analysis report. The objective is to verify whether or not the responsibilities are arbitrary because they exceed the limits of regulatory power.

The concept of mediation will be reviewed from the perspective of legal doctrine and the ecuadorian legal system. The cost benefit analysis report will be examined from the perspective of the discretionary power.

Keywords: mediation, public sector, tradable matters, discretionary power, regulatory power.

Índice.

Resumen.....II
Abstract. III
Índice..... IV
Introducción. 6
Sección 1. Antecedentes de la mediación; materia transigible en el sector público; responsabilidades del artículo 16 del RLAM. 7
1.1. Antecedentes de la mediación. 7
1.1.1. Definición y principios de mediación según la doctrina jurídica. 7
1.1.2. Historia y definición de la mediación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. 10
1.2. Materia transigible en el sector público. 14
1.2.1. Materia transigible en el Derecho Administrativo. 16
1.2.2. Materia transigible en el Derecho Tributario. 17
1.3. Responsabilidades del artículo 16 del RLAM. 19
1.3.1 Responsabilidades del numeral 4 del artículo 16 del RLAM. 19
1.3.2 Responsabilidades del numeral 5 del artículo 16 del RLAM. 20
Sección 2. El informe análisis costo beneficio; la potestad discrecional; la determinación de responsabilidades civiles y administrativas. 20
2.1. Informe análisis costo beneficio. 20
2.1.1. Informe análisis costo beneficio en materia transigible en el Derecho Administrativo. 23
2.1.2. Informe análisis costo beneficio en materia transigible en el Derecho Tributario. 23
2.2. La potestad discrecional. 24
2.2.1. La potestad discrecional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. 24
2.2.2. La potestad discrecional en la doctrina jurídica. 24
2.3. La determinación de responsabilidades civiles y administrativas. 26
2.3.1. La determinación de responsabilidades civiles y administrativas del art. 16.4. 28
2.3.2. La determinación de responsabilidades civiles y administrativas del art. 16.5. 29
Conclusiones. 30
Recomendaciones. 32
Referencias..... 33

Índice de tablas.

Tabla 1. Manifestación del principio de voluntariedad. 9
Tabla 2. Tipos de actas de mediación. 11
Tabla 3. Límites de potestad reglamentaria en Ecuador. 13
Tabla 4. Entidades que comprenden el sector público. 14
Tabla 5. Actuaciones administrativas. 15
Tabla 6. Partes del informe análisis costo beneficio. 21

Introducción.

El presente trabajo de integración curricular tiene por objeto de estudio la mediación en el sector público, concretamente los aspectos regulados por el artículo 16 del Reglamento a la Ley de arbitraje y mediación o RLAM (por sus siglas). En este proyecto se reflexionará sobre el contenido del artículo señalado como: la materia transigible en el sector público; el informe análisis costo beneficio; la potestad discrecional; las responsabilidades del artículo 16 del RLAM; la determinación de responsabilidades administrativas y civiles por parte de la Contraloría General del Estado.

La motivación de realizar este trabajo es que el RLAM es una norma que ha estado en vigencia por un periodo no mayor a los tres años y carece de estudios previos sobre el artículo 16 que regula ciertos aspectos de la mediación con entidades del sector púbico. Las responsabilidades de los numerales 4 y 5 no han sido revisados por los juristas ecuatorianos a través de estudios jurídicos.

El objetivo de este trabajo es determinar si las responsabilidades reconocidas en los numerales cuatro y cinco del artículo 16 del RLAM, fueron emitidas dentro de los límites establecidos de la potestad reglamentaria contenidos en el numeral 13 del artículo 147 de la Constitución de la República del Ecuador o si fueron emitidas de forma arbitraria. La definición del termino arbitrariedad, según la RAE (2001) “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o capricho” (p. 194).

La sección número uno trata acerca de la mediación y sus principios en la doctrina jurídica; la mediación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; la materia transigible en el Derecho Administrativo y Tributario; las responsabilidades del artículo 16 del RLAM. Se evaluará si las responsabilidades civiles y administrativas de los numerales cuatro y cinco del artículo 16 del RLAM son arbitrarias o no según las fuentes formales del derecho revisadas en esta sección.

En la sección número dos se revisa el informe análisis costo beneficio en materia transigible del Derecho Administrativo y Tributario; la potestad discrecional; y la determinación de responsabilidades del artículo 16 del RLAM. Se evaluará si las responsabilidades del artículo 16 del RLAM son interpuestas arbitrariamente o no con base a la potestad discrecional y la

determinación de las responsabilidades civiles y administrativas por parte de la Contraloría General del Estado.

Finalmente, se recopilarán las conclusiones obtenidas del desarrollo de la sección número uno y dos. Estas conclusiones serán las que permitan verificar si son arbitrarias o no las responsabilidades civiles y administrativas de los numerales cuatro y cinco del artículo 16 del RLAM.

Sección 1. Antecedentes de la mediación; materia transigible en el sector público; responsabilidades del artículo 16 del RLAM.

1.1. Antecedentes de la mediación.

1.1.1. Definición y principios de mediación según la doctrina jurídica.

En el presente capítulo se desarrolla el contenido sobre la mediación y sus principios dentro de la doctrina jurídica, antes de revisar la definición doctrinaria de mediación es indispensable tomar en cuenta que ella forma parte de los métodos alternativos de resolución de conflictos o MASC (por sus siglas). Existe una heterogeneidad al definir los MASC según el criterio de cada autor. Una de las definiciones más completas y sencillas de MASC es la siguiente: “Álvarez (1998) se incluye bajo este nombre toda forma de resolución de conflictos que no pase por la sentencia judicial, el uso de la fuerza o el abandono del conflicto" (citado por Yuquilema y Criollo, 2016, p. 6).

> La doctrina es una de las fuentes formales del derecho, se debe tener en cuenta que contiene un sinnúmero de posiciones respecto a la mediación, que varían en pequeños aspectos, pero se mantienen las características propias de la mediación. Una de las definiciones doctrinarias de mediación más claras, según Folberg y Taylor (1996)

La mediación es un procedimiento que resuelve un conflicto entre dos partes con un acuerdo justo y legal, obtenido de un diálogo mantenido de forma voluntaria y moderado por un mediador imparcial y neutral, provisto de autoridad moral y privado de potestad coercitiva. (citado por Miranzo, 2010, p,12).

Una vez ya expuesta la principal definición de mediación según la doctrina jurídica se puede evidenciar las características que tiene este método alternativo de solución de conflictos en la doctrina y son las siguientes: que exista un tercero neutral, que trate sobre materia transigible y que las partes ejerzan la voluntariedad (Castillo, 2018).

La mediación cuenta con características que deben ser cumplidas a cabalidad, ya que son propias de la naturaleza jurídica de esta institución jurídica. En caso de que no se cumplan o contravengan con las características establecidas por la doctrina, no se puede considerar que sea una mediación, sino cualquier otra forma alternativa de solucionar conflictos (Castillo, 2018).

La doctrina jurídica define a la materia transigible como: lo que una persona puede transigir de forma válida, estos pueden ser objetos o derechos (Aguirre, 2014). ¿Cómo se identifica la materia transigible? La doctrina jurídica establece dos maneras por las cuales se puede identificar. La primera es la forma genérica que sostiene que se puede reconocer a la materia transigible cuando el conflicto en disputa es sobre derechos patrimoniales de bienes que formen parte del comercio lícito y sobre ellos se pueda llegar a un acuerdo (Aguirre, 2014). La segunda forma se denomina clasificación por exclusión, a diferencia de la primera, esta señala lo que no es materia transigible y establece que no será susceptible de mediarse los conflictos que se hayan dispuesto expresamente en una norma, se encuentra en la legislación propia de cada país (Aguirre, 2014).

Según Yuquilema y Criollo (2016) la doctrina jurídica propone que la mediación debe regirse por principios, los cuales permitirán una correcta ejecución de la institución jurídica. Estos principios deben cumplirse en la práctica, si no se llegasen a cumplir no se podría llegar a un acuerdo satisfactorio que beneficie a ambas partes. Los principios de la mediación pueden ser considerados como la base principal sobre la cual reposa este MASC (p.42). A continuación, se desarrollarán las definiciones de los principios de la mediación según la doctrina jurídica:

El principio de voluntariedad tiene como fundamento uno de los principios constitutivos del derecho civil, ese principio es el de la autonomía de la voluntad (Yuquilema y Criollo, 2016). El cual se lo define de la siguiente forma:

> Una expresión de la libertad del ser humano, reconocido por la ley de forma positiva, que tiene que ver con la posibilidad de las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos. (Chenás, 2021, 28)

El principio de voluntariedad intenta que los acuerdos a los que se lleguen provengan de la voluntad consentida (Castillo, 2018). Este principio se manifiesta en distintos momentos del procedimiento de mediación que serán expuestos a continuación.

Tabla 1. Manifestación del principio de voluntariedad.

Manifestación del principio de voluntariedad.	
Primer momento.	Las personas tienen la posibilidad de elegir resolver sus conflictos a través de la mediación o cualquier otra forma (Yuquilema y Criollo, 2016).
Segundo momento.	Las partes tienen la potestad de escoger al tercero imparcial neutro que asistirá la audiencia de mediación (Yuquilema y Criollo, 2016).
Tercer momento.	Las partes decidirán comparecer o no a las audiencias de mediación y se pueden retirar mientras la audiencia esté en progreso. La no comparecencia o abandono no conlleva ningún perjuicio para los mediados (Yuquilema y Criollo, 2016).
Cuarto momento.	Existe la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo y suscriban un acta de mediación, los mediados no están obligados a llegar a un acuerdo (Yuquilema, 2016).

Fuente: (Yuquilema y Criollo, 2016). Elaboración propia.

El principio de confidencialidad según Castillo (2018) "Toda la información obtenida (verbal o documental), en el trascurso del proceso de mediación será estrictamente confidencial" (p.24). El acta de mediación en la que están los acuerdos alcanzados no formará parte de la confidencialidad, pues, el acta de mediación es un título de ejecución y puede ejecutarse en un proceso judicial público. Las partes pueden acordar que se renuncie a la confidencialidad (Yuquilema y Criollo, 2016).

El principio de flexibilidad denominado también: plasticidad o simplicidad afirma que el procedimiento de mediación no se rige por formalidades, como es en el caso de los procedimientos judiciales. No existen formalismos sobre cuánto debe demorarse en realizar una audiencia de mediación, tampoco sobre la hora y fecha en la que se llevará a cabo; este principio permite que la mediación se ajuste a las necesidades de cada caso (Castillo, 2016).

El principio de neutralidad. Los mediadores tienen el deber de no imponer sus propias escalas axiológicas a las partes mediadas, de esta manera se evita que en la audiencia de mediación se propongan acuerdos según la escala de valores del mediador (Castillo, 2016).

El principio de imparcialidad dispone que el mediador tiene la obligación de llevar el procedimiento sin prejuicios sobre los mediados y no tener ningún tipo de favoritismo por alguna de las partes. Durante todo el proceso de mediación el tercero neutral debe asegurarse que se cumpla el derecho a la igualdad, que implica que ninguna de las partes sean discriminadas por su etnia, sexo, religión, cultural, etc (Yuquilema y Criollo, 2016).

Una vez que ya se revisó la mediación en la doctrina jurídica se reflexionará específicamente sobre el principio de voluntariedad, para verificar si fueron interpuestas de forma arbitraria o no a los funcionarios públicos las responsabilidades civiles y administrativas de los numerales cuatro y cinco del artículo 16 del RLAM, puesto que, la mediación al ser un método alternativo de resolución de conflictos voluntario no se le debe atribuir responsabilidades a los servidores públicos por haber ejercido su voluntariedad.

1.1.2. Historia y definición de la mediación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Ecuador nace como república en el año de 1830, tuvo que pasar más de un siglo y medio para que los métodos alternativos de solución de conflictos como el arbitraje y la mediación sean reconocidos dentro del ordenamiento jurídico nacional. La Ley de arbitraje y mediación entró en vigencia en el año de 1997 (Puertas y Silva, 2023).

Su primer reconocimiento a nivel constitucional fue en la Carta Magna de 1998 en su artículo número 191 (Puertas y Silva, 2023). Asimismo, la vigente Constitución de la República del Ecuador del año 2008 en su artículo número 190 reconoce a los métodos alternativos de resolución de conflictos: arbitraje y mediación.

> Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley. (CRE, 2008, art. 190).

La mediación está señalada en varias normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano. La norma por la que es regulada actualmente es la Ley de arbitraje y mediación o LAM (por sus siglas) que ha tenido modificaciones desde su entrada en vigencia en 1997 (Puertas y Silva, 2023). Esta codificación se la categoriza como una ley ordinaria, según lo previsto por el artículo 133 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE, 2008). La LAM define a la mediación de la siguiente forma:

> Art. 43.- La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto. (Ley 014, 2006, art. 43).

La Ley de arbitraje y mediación menciona que para los efectos de su aplicación se considera que la mediación y la conciliación extrajudicial son sinónimos (Ley 014, 2006). Además, la LAM en su artículo 48 establece que una mediación se lleva a cabo de manera válida si se realiza por un mediador que forme parte de un centro de mediación o por un mediador independiente que esté autorizado para desempañarse como tal. Los mediadores deben contar con el respaldo de una autorización escrita emitida por un centro de mediación, la autorización se emite en razón de las pasantías o cursos que el postulante haya recibido (Ley 014, 2006).

El artículo 47 de la LAM determina que los acuerdos voluntarios obtenidos en el procedimiento de mediación deben estar dentro del contenido de un acta de mediación. Los acuerdos alcanzados son de distintos tipos. El primero es un acuerdo total, en el que se resolvieron todos los puntos del conflicto. El segundo es un acuerdo parcial, es decir, que no se resolvió la totalidad del conflicto y las partes pueden llevar a un litigio los aspectos del conflicto sobre los cuales no se llegó a un acuerdo en la audiencia de mediación. También pueden haber casos en los que no se llegue a un acuerdo (Ley 014, 2006). En la siguiente tabla se indican los tipos de actas que deberá emitir el mediador según cada caso.

Tabla 2. Tipos de actas de mediación.

Acuerdos.	Tipos de actas.
Acuerdo total.	Acta de acuerdo total.
Acuerdo parcial.	Acta de acuerdo parcial.
Ningún acuerdo.	Acta de imposibilidad de acuerdo.

Fuente: (Ley 014, 2006). Elaboración propia.

El artículo 51 de la LAM prescribe que cuando alguna o ambas partes no comparezcan a la audiencia de mediación, se convocará a una segunda audiencia y si no se presentan las dos personas mediadas o alguno de ellos, el mediador emitirá una constancia de imposibilidad de mediación (Ley 014, 2006).

La legislación ecuatoriana al definir a la mediación mencionó el concepto de materia transigible que ya fue revisado desde la perspectiva doctrinal anteriormente en este trabajo. En esta parte se revisará la materia transigible desde la perspectiva de la legislación ecuatoriana. La materia transigible son las materias en las que cabe la transacción (Puertas y Silva, 2023).

El Código Civil reconoce a la transacción de dos formas. La primera, el artículo 1583 la reconoce como una forma de extinguir las obligaciones (Ley 010, 2005). La segunda, el artículo 2348 la califica como un contrato civil y la define de la siguiente forma: "Es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual" (Ley 010, 2005, art. 2348). Por otra parte el Código Orgánico General de Procesos o COGEP (por sus siglas) en el numeral noveno del artículo 153 dispone que la transacción es una excepción previa (Ley 0, 2015).

Al ser la transacción un contrato civil es indispensable que se realice solamente sobre derechos renunciables en conformidad al artículo 11 del Código Civil, es decir que, deben estar reconocidos por ley, solamente debe ser de interés de la persona renunciante y su renuncia no debe estar prohibida (Ley 010, 2005). Por consiguiente, "la mediación solo puede aplicarse en materias transigibles, atándola al contrato de transacción, a pesar de tratarse de instituciones diferentes" (Puertas y Silva, 2023, p.228).

Dentro del ordenamiento jurídico nacional la materia transigible no está señalada en un solo cuerpo normativo. En el artículo 43 del LAM se señala que la mediación es un procedimiento de resolución de conflictos (Ley 014, 2006). Pero no se detalla que tipo de conflictos pueden ser solucionados a través de un procedimiento de mediación. Solo se dispone que debe versar sobre materia transigible. De este modo, ¿Cómo se puede identificar la materia transigible?

Existen dos criterios para identificar la materia transigible en el derecho privado ecuatoriano. El primero es el criterio objetivo, el cual analiza si el conflicto es mediable, es decir que, se consideran como materias transigibles a las que no están prohibidas de forma expresa en la legislación. El segundo es el criterio subjetivo, este analiza si la persona es capaz para transigir, o sea, se reconoce que alguien puede transigir únicamente cuando disponga de los hechos u objetos que sean parte de la mediación (Puertas y Silva, 2023). Por lo tanto, es

indispensable revisar las normas relativas al conflicto para determinar si la controversia es susceptible a ser resuelta en una audiencia de mediación.

En el artículo 47 de la LAM se reconoce que en caso de incumplimiento, las actas de mediación se ejecutarán de la misma forma que una sentencia de última instancia. Además, se señala que son dos los efectos que tienen las actas de mediación de acuerdo total y parcial. El primero es que tienen efecto de sentencia ejecutoriada. El segundo es el efecto de cosa juzgada (Ley 014, 2006).

El 26 de agosto de 2021 entró en vigencia el Reglamento a la Ley de arbitraje y mediación o RLAM (por sus siglas). La Ley de arbitraje y mediación careció de un reglamento durante 24 años. Esta norma fue emitida por el Presidente de la República del Ecuador Guillermo Lasso mediante el decreto 165 en el ejercicio de su potestad reglamentaria. ¿Qué es la potestad reglamentaria? Es la facultad que tiene la administración pública de emitir disposiciones que permitan una sencilla aplicación de las leyes (Vargas, s.f.). A través de reglamentos se expresa esta potestad, ¿Qué es un reglamento? La RAE (2014) lo define como "norma jurídica general y con rango inferior a la ley, dictada por una autoridad administrativa" (p. 1882).

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano existen varios tipos de reglamentos, es preciso identificar que el RLAM es un reglamento de aplicación de ley, es decir que, para su creación se debe considerar el contenido normativo del numeral 13 del artículo 147 de la CRE, en el cual se señala que es una atribución del presidente de la republica "Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración" (CRE, 2008, art. 147). Según el numeral 13 del artículo 147 se rescata que los límites de la potestad reglamentaria en Ecuador son los siguientes.

Tabla 3. Límites de potestad reglamentaria en Ecuador.

No.	Límites de la potestad reglamentaria en Ecuador.
1.	Expedir reglamentos que contravienen la ley.
2.	Expedir reglamentos que alteran la ley.

Fuente: (CRE, 2008). Elaboración propia.

1.2. Materia transigible en el sector público.

Una de las principales novedades de la entrada en vigencia del RLAM fue que en el artículo 16 se regularon ciertos aspectos sobre la forma de realizarse las mediaciones con las entidades pertenecientes al sector público. ¿Qué comprende el sector público? En la siguiente tabla se coloca a las entidades que forman parte del sector público según artículo 225 de la CRE.

Tabla 4. Entidades que comprenden el sector público.

No.	Entidades que comprenden el sector público.
1.	Dependencias y organismos que forman parte de la función ejecutiva, legislativa, judicial, electoral y de transparencia y control social.
2.	Las entidades que conforman el régimen autónomo descentralizado.
3.	Organismos que fueron creados por mandato de la constitución o ley.
4.	Personas jurídicas que prestan servicios públicos creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados.

Fuente: (CRE, 2008). Elaboración propia.

La LAM en su artículo 44 sostiene que pueden acceder a la mediación las personas naturales o jurídicas, ya sean de derecho privado o de derecho público que para transigir sean legalmente capaces (Ley 014, 2006). En síntesis, la LAM permite que las entidades que conforman la administración pública por el hecho de ser personas jurídicas de derecho público puedan formar parte de un procedimiento de mediación.

En el capítulo anterior se explicó cómo se identifica la materia transigible en el derecho privado. Ahora bien, ¿cómo se identifica la materia transigible en el sector público ecuatoriano? Se puede identificar que un conflicto es transigible si se autoriza expresamente por mandato de la ley (Puertas y Silva, 2023). Es decir que, el principio de legalidad es el criterio para identificar las materias transigibles en el sector público. ¿Qué es el principio de legalidad? Este principio tiene dos dimensiones. La primera establece que a los particulares no se les puede impedir realizar actividades que no estén reconocidas como prohibidas (Puertas y Silva, 2023). La segunda dispone que la administración pública puede hacer solamente lo que la ley le permite (Cassagne, 2009).

El ordenamiento jurídico nacional reconoce al principio de legalidad para la administración pública en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador y sostiene que:

> Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución. (CRE, 2008, 226).

Ya se revisó la postura que toma la CRE y LAM. Ahora se procede a revisar el numeral primero del artículo 16 del RLAM.

> 1. El Estado o una entidad del sector público podrán resolver cualquier disputa sobre los hechos, actos o demás actuaciones administrativas que tengan relación o surjan con ocasión de la relación jurídica objeto de mediación, incluyendo dejar sin efecto o modificar actos de terminación, caducidad, sancionadores o multas, indistintamente del órgano administrativo que los emita. (DE-165, 2021, art. 16).

En el contenido normativo del numeral primero del artículo 16 del RLAM dispone expresamente que el sector público puede resolver conflictos a través de la mediación, siempre y cuando las controversias versen sobre actuaciones administrativas que se originen o tenga que ver con una relación jurídica objeto de mediación (DE-165, 2021). Pero, ¿Qué son las actuaciones administrativas? El Código Orgánico Administrativo en su artículo 89 señala que son cinco las actuaciones administrativas (COA, 2017). Y serán expuestas en la siguiente tabla.

Tabla 5. Actuaciones administrativas.

No.	Actuaciones administrativas.
1.	Acto administrativo.
2.	Acto de simple administración.
3.	Contrato administrativo.
4.	Hecho administrativo.
5.	Acto normativo de carácter administrativo.

Fuente: (COA, 2017). Elaboración propia.

En resumen, según el principio de legalidad las actuaciones administrativas que posean una relación jurídica objeto de mediación son materia transigible del sector público, porque, así se reconoció expresamente en el numeral primero del artículo 16 del RLAM (DE-165, 2021).

Una vez reconocido que las instituciones públicas son capaces de acceder a un procedimiento de mediación surge la siguiente duda. ¿Cómo comparecen las instituciones de la administración pública a una audiencia de mediación? al ser personas jurídicas públicas necesitan ser representadas, el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado o LOPGE (por sus siglas) dispone que las instituciones que forman parte de la administración pública que cuentan con personería jurídica serán representadas mediante sus respectivos representantes legales o procuradores judiciales y las entidades que carezcan de personería jurídica serán representadas por el Procurador General del Estado (Ley 015, 2004).

1.2.1. Materia transigible en el Derecho Administrativo.

¿Cuáles son las materias transigibles en el Derecho Administrativo ecuatoriano? Al carecer un catálogo de materias transigibles en el ordenamiento jurídico nacional es indispensable revisar la normativa relativa al Derecho Administrativo. A continuación, se revisarán las normas que indiquen asuntos que son susceptibles de ser resueltos a través de un procedimiento de mediación.

En el año 2008 entró en vigencia la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública o LOSNCT (por sus siglas). Esta norma regula “los procedimientos de contratación pública para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría” (Ley 1, 2008, art. 1).

El artículo 104 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública sostiene que cuando haya controversias dentro de los contratos administrativos que no fuesen resueltas en un proceso de ejecución, las partes contractuales tiene la posibilidad de ventilar el conflicto en un procedimiento de arbitraje o mediación conforme se haya estipulado en la cláusula compromisoria (Ley 1, 2008).

Por otra parte, el numeral 1 del artículo 16 del RLAM al hablar sobre las actuaciones administrativas se refiere a las actividades de la administración pública que se encuentran en el

artículo 89 del COA, una de ellas es el contrato administrativo, a través de este tipo de contrato se realiza la contratación pública (COA, 2019).

El Código Orgánico Administrativo define al contrato administrativo de la siguiente manera:

> Art. 125.- Contrato administrativo.- Es el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa. Los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia. (COA, 2019, art.125).

En resumen, los conflictos de un contrato administrativo no resueltos dentro del proceso de ejecución son materia transigible del Derecho Administrativo.

1.2.2. Materia transigible en el Derecho Tributario.

Tras la llegada de la pandemia del COVID-19, el país sufrió un impacto económico negativo, debido a que, se perdieron alrededor de 687.000 empleos formales, el precio del petróleo cayó, hubo problemas en la balanza de pagos al FMI. Con base a estos hechos el gobierno tuvo en déficit fiscal insostenible en el año 2021. El gobierno se encontró en la necesidad de buscar soluciones para recaudar recursos públicos de forma breve (Ley 0, 2021).

Por consiguiente, con la intención de acelerar la recaudación de recursos en 2021 entró en vigencia la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia COVID - 19, en la cual se estableció que se podrán resolver algunos conflictos de materia tributaria a través de la mediación. Esta ley reformó cuerpos normativos como: Código Tributario, Código Orgánico Administrativo, Código Orgánico General De Procesos, etc. Las reformas se realizaron con la finalidad de adecuar la legislación nacional al procedimiento de mediación en materia tributaria (Ley 0, 2021).

La Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia COVID – 19 menciona en su artículo 79 que se agregará después del artículo 56 del Código Tributario la sección sexta, misma que introduce la transacción en la materia tributaria (Ley 0, 2021).

En el artículo 56.2 del ya reformado Código Tributario se establece la materia transigible en el Derecho Tributario.

> Art 56.2.- La transacción podrá versar sobre la determinación y recaudación de la obligación tributaria, sus intereses, recargos y multas, así como sobre los plazos y facilidades de pago de la obligación. La transacción podrá involucrar el levantamiento de todas o parte de las medidas cautelares dictadas en contra del sujeto pasivo. La transacción podrá implicar que la administración tributaria o el sujeto pasivo realicen concesiones sobre aspectos fácticos de valoración incierta controvertidos durante la fase de determinación de la base imponible o dentro de procesos contenciosos. (Ley 009, 2005, art. 56.2).

Además, El artículo 56.2 también indica lo que no es materia transigible en el Derecho Tributario, se muestran dos escenarios en los que no es posible transigir. El primero es sobre el alcance de conceptos jurídicos que estén siendo disputados. El segundo es en los casos que se busque transigir sobre pretensiones que intenten buscar la anulación de reglamentos, ordenanzas, resoluciones y circulares emitidas por la administración tributaria (Ley 009, 2005). Según lo revisado es evidente que la mediación en el Derecho Tributario ha estado en vigencia por poco tiempo en comparación a la contratación pública.

El código tributario identifica dos clases de transacciones.

La transacción extraprocesal. El artículo 56.7 del Código Tributario dispone que esta se presenta cuando las impugnaciones en la vía administrativa de obligaciones tributarias no están pendientes. Se da cuando en el proceso de determinación no ha terminado con la emisión de un acto administrativo. En los actos administrativos ejecutoriados o firmes provenientes de la potestad determinadora solo se podrá transigir sobre las facilidades para realizar el pago y lo relativo a las medidas cautelares. También se da la transacción extraprocesal si ya se ha iniciado la fase de ejecución, pero solamente hasta antes que se verifique la totalidad del pago (Ley 009, 2005).

La transacción intraprocesal se da en la audiencia única o preliminar y se ocuparán las reglas de la conciliación (Ley 009, 2005). El artículo 56.12 del Código tributario establece que:

> Las obligaciones tributarias que sean materia de impugnación judicial podrán ser materia de transacción, sea en el caso de impugnaciones a actos administrativos tributarios; sea en acciones especiales, como las de excepciones a la coactiva o la acción tendiente a la declaración de prescripción de créditos tributarios, intereses y multas; o en cualesquier otras acciones judiciales de Competencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario de acuerdo al Código Orgánico General de Procesos. (Ley 009, 2005, art. 56.12).

Las transacciones en materia tributaria versan sobre actos administrativos. El COA en su artículo 98 define esta clase de actos como:

> Art. 98.- Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo. (COA, 2017, art 98).

En resumen, la diferencia principal entre la transacción extraprocesal e intraprocesal es el momento procesal en el que se desarrolla cada una de ellas (R-36, 2022).

1.3. Responsabilidades del artículo 16 del RLAM.

¿Qué es la responsabilidad? Dentro de la doctrina jurídica para Kelsen (1958) (citado por Fernández 2014.) la responsabilidad se origina cuando alguien que forma parte de un ordenamiento legal incumple lo que las normas establecen. En este sentido, la CRE en su artículo 229 dispone responsabilidades.

> Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, y serán responsable administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. (CRE, 2008, art. 233).

Es preciso destacar ciertos aspectos del artículo 23 de la CRE. Uno de ellos es que las responsabilidades establecidas son impuestas a servidores públicos, el artículo 229 de la CRE prescribe que son servidoras o servidores públicos quienes trabajen o mantengan una relación de servicio para las entidades de la administración pública (CRE, 2008). Otro aspecto relevante es que distingue tres clases de responsabilidades en las que pueden incurrir los funcionarios de la administración pública. Por un lado, por acciones u omisiones serán responsables de manera civil y administrativa, por otro, serán responsables de forma penal por administrar recursos del estado (CRE, 2008).

1.3.1 Responsabilidades del numeral 4 del artículo 16 del RLAM.

En el numeral cuarto del artículo 16 del RLAM que regula las mediaciones en el sector público detalla lo siguiente:

> 4. La suscripción del Acta de Mediación y la emisión de los informes conforme a los incisos anteriores no generará responsabilidad civil o administrativa de los funcionarios de la entidad pública o la Procuraduría General del Estado, salvo la existencia de dolo en su emisión. (DE-165, 2021, art. 16).

En síntesis, el numeral cuarto del artículo 16 del RLAM plantea que se deben determinar responsabilidades administrativas y civiles a los funcionarios públicos por emitir un informe análisis costo beneficio con dolo (DE-165, 2021).

1.3.2 Responsabilidades del numeral 5 del artículo 16 del RLAM.

El numeral quinto del artículo 16 del RLAM sostiene que:

> 5. Incurrirá en responsabilidad civil o administrativa el funcionario público que, negándose a suscribir un acuerdo de mediación, hubiese provocado una condena a la entidad pública, cuando era razonablemente predecible que la posición de la entidad estatal no hubiese sido acogida en un litigio y. con base en un análisis costo-beneficio, hubiese sido preferible para el erario público llegar a un acuerdo. (DE-165, 2021, art. 16).

Se puede atribuir responsabilidades civiles o responsabilidades administrativas, o ambas a funcionarios públicos dependiendo de cada caso en concreto. Para incurrir en las responsabilidades mencionadas es necesario que se cumpla con todo lo dispuesto en el numeral quinto.

Es preciso destacar que el numeral 5 atribuye responsabilidades a funcionarios públicos por no suscribir un acta de mediación, se debe tomar en cuenta que la medición es un MASC voluntario.

Sección 2. El informe análisis costo beneficio; la potestad discrecional; la determinación de responsabilidades civiles y administrativas.

2.1. Informe análisis costo beneficio.

En el numeral 2 del artículo 16 del RLAM se establece que:

> 2. En la mediación el representante del Estado o la entidad pública, con el apoyo de sus dependencias técnicas y legales, realizará un análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia, considerando el costo en tiempo y recursos de un litigio, la expectativa de éxito de seguir tal litigio, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible. (DE-165, 2021, art. 16).

El numeral segundo indica que se debe elaborar un informe análisis costo beneficio para que se lleven a cabo las mediaciones con entidades del sector público. ¿Quiénes elaboran este informe? al mencionar dependencias técnicas, este numeral se refiere a los funcionarios públicos de los departamentos financiero y jurídico de la entidad pública que desee acceder a un procedimiento de mediación. Ellos brindarán apoyo en la elaboración del informe desde sus respectivas áreas de conocimiento (DE-165, 2021). La sección dos del presente trabajo se

enfocará en el desarrollo del informe análisis costo beneficio desde la perspectiva de los funcionarios de los departamentos jurídicos.

En el numeral segundo se indica que el informe análisis costo beneficio se divide en tres partes, las cuales serán señaladas en la siguiente tabla.

Tabla 6. Partes del informe análisis costo beneficio.

Partes del informe análisis costo beneficio.	
1.	La consideración del costo en tiempo y recursos de un litigio.
2.	La expectativa de éxito de seguir tal litigio.
3.	La conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible.

Fuente: (DE-165, 2021). Elaboración propia.

Para tener una aplicación eficaz del Derecho es necesario interpretar las normas jurídicas en todos los casos (Galiano, 2020). En este sentido, para interpretar el contenido del numeral segundo del artículo 16 del RLAM que regula el informe análisis costo beneficio se debe tomar en cuenta los métodos, principios y reglas sobre interpretación dispuestos en el ordenamiento jurídico nacional (Galiano, 2020). De este modo, ¿Cómo se debe interpretar jurídicamente este numeral? para interpretar este numeral se usará la segunda regla de interpretación del artículo 18 del Código civil, la cual dispone que las palabras de la ley se deben entender por su definición obvia, a menos que la legislación otorgue otro significado (Ley 010, 2005).

A continuación, se interpretará cada una de las partes del informe análisis costo beneficio según el uso general de las palabras, tal como dispone la regla segunda del artículo 18 del Código civil.

- La consideración del costo en tiempo y recursos de un litigio. La definición de considerar, según la RAE (2014) “pensar o creer, basándose en algún dato, que alguien o algo es como se expresa” (p. 610).

- La expectativa de éxito de seguir tal litigio. La definición de expectativa, según la RAE (2012) “esperanza de realizar o conseguir algo” (p. 992).

- La conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible. La palabra conveniencia proviene de conveniente que significa, según la RAE (2014) “útil, oportuno, provechoso” (p. 627).

Las palabras que fueron definidas previamente tienen en común que nacen del criterio personal. Una vez realizada la interpretación jurídica de las partes del informe análisis costo beneficio, se procederá a analizar este informe.

La consideración del costo en tiempo y recursos de un litigio, al considerar el costo en tiempo de un litigio, es preferible resolver el conflicto en un procedimiento de mediación. Debido a que, es más rápido mediar que solucionar un conflicto a través de un procedimiento judicial que incluso podría demorarse años en concluir (Castillo, 2018).

A su vez, al considerar el costo en recursos, se debe tener en cuenta que un proceso judicial es más costoso que un procedimiento de mediación. (Castillo, 2018). Por ende, resulta más económico resolver las controversias a través de la mediación.

Mediar un conflicto no siempre es más económico para el erario público, pues, en los casos que no se llegue a un acuerdo o se haya llegado a un acuerdo parcial y sea necesario recurrir a un procedimiento judicial para ejecutarlo o resolverlo, no sería más económico, por el contrario, sería más costoso en tiempo y recursos para el estado. De este modo, solo se puede llegar a tener un estimado de los costos en tiempo y recursos, las consideraciones no son exactas.

La expectativa de éxito de seguir tal litigio. Se intenta saber si la decisión que tomará el juez será favorable para la entidad pública. Se debe tomar en cuenta que no existe un método para calcular una expectativa de tener éxito en un litigio, pues, el juez competente es quien toma las decisiones en los procedimientos judiciales ejerciendo su jurisdicción. El numeral segundo del artículo 16 del RLAM solo establece que se debe realizar el informe, pero no establece un proceso o modelo en el puedan basarse los funcionarios púbicos para realizar lo solicitado (DE-165, 2021).

La conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible. Al hablar de la instancia más temprana posible el RLAM se refiere a la mediación. En otras palabras, lo que se intenta saber es ¿Cuál es la conveniencia de resolver la controversia a través

de un procedimiento de mediación? No se puede saber si habrá alguna conveniencia porque no se puede conocer si se llegará a resolver o no el conflicto en una audiencia de mediación.

En este trabajo de todas formas se señalarán algunas conveniencias que se encuentran al revisar la ley, las cuales podrían ser consideradas por el funcionario público para elaborar el informe análisis costo beneficio. Las conveniencias varían según el conflicto forme parte del Derecho Administrativo o Tributario, las cuales serán analizadas a continuación.

2.1.1. Informe análisis costo beneficio en materia transigible en el Derecho Administrativo.

Se debe tener en cuenta que el RLAM no determinó un método para desarrollar la parte tercera del informe análisis costo beneficio sobre la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible, de todas formas se expondrán las conveniencias que se pueden encontrar al revisar la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Se pueden identificar dos conveniencias. La primera conveniencia para las entidades públicas se da cuando un conflicto proveniente de un contrato público que está a punto de terminar es llevado a mediación y se llegue a un acuerdo, se evita realizar un proceso nuevo de contratación pública que puede demorarse (Ludeña y Alvarado, 2023). La segunda sucede cuando la institución pública es multada por no ejecutar lo que se estipulo en el contrato público, si se llegase a un acuerdo a través de mediación el valor de las multas deja de aumentar. (Ludeña y Alvarado, 2023).

No se puede garantizar que llegar a un acuerdo y suscribirlo en un acta de mediación sea beneficioso para el estado, porque, se desconoce si el contratista cumplirá con lo que se estipulo en el acta. Determinar la conveniencia de resolver un conflicto en mediación solo es un estimado, nada puede garantizar que realmente será conveniente.

2.1.2. Informe análisis costo beneficio en materia transigible en el Derecho Tributario.

¿Cuál es la conveniencia de resolver una controversia de materia tributaria a través de un procedimiento de mediación? la conveniencia es que se recaudan recursos públicos de manera rápida en comparación con un proceso judicial. La recaudación de recursos públicos con brevedad es conveniente para el estado porque ayuda a gestionar el déficit fiscal que está atravesando el Ecuador, tal como intenta hacerlo la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia COVID - 19 (Ley 0 de 2021).

Cuando los conflictos que son transigibles en el Derecho Tributario pasan por un proceso de mediación no necesariamente se llegará a un acuerdo y si se llegase se desconoce si el sujeto pasivo va a cumplir con lo acordado.

2.2. La potestad discrecional.

2.2.1. La potestad discrecional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En el año de 2017 entró en vigencia el Código Orgánico Admirativo o COA (por sus siglas). Este es el cuerpo legal que "regula el ejercicio de la función administrativa de las entidades que conforman el sector público" (COA, 2017, art. 1). El COA reconoce que la administración pública deberá aplicar los principios que se encuentren en los instrumentos internacionales de derecho, la CRE y el COA (COA, 2017).

Dos de los principios señalados en el COA nombran a la potestad discrecional. Uno de ellos es el principio de juridicidad del artículo 14 y sostiene que las actuaciones que realice la administración pública se sujetan a lo establecido en la Constitución, la jurisprudencia, la ley, los principios y al mismo COA. Además, menciona que las potestades discrecionales deben ser ejercidas en conformidad al derecho (COA, 2017).

El otro es el principio de interdicción de la arbitrariedad contenido en el artículo 18 y establece que:

> Art. 18.- Los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias. El ejercicio de las potestades discrecionales, observará los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad. (COA, 2017, art. 18).

El Código Orgánico Administrativo reconoce a la potestad discrecional, es decir que, los funcionarios públicos pueden ejercerla de ser el caso. En resumen, el COA estable que para cumplir con un deber discrecional se debe considerar lo siguiente. Primero, el ejercicio de la discrecionalidad se ejecuta conforme a derecho (COA, 2017). Segundo, los servidores públicos "observarán los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad" (COA, 2017, art. 14).

2.2.2. La potestad discrecional en la doctrina jurídica.

En este capítulo se revisaran algunas definiciones doctrinarias con el objetivo de entender el alcance de la potestad discrecional. Ahora bien, ¿Qué es la potestad discrecional? La doctrina jurídica tiene varias definiciones, en este trabajo nos enfocaremos en la del autor Michoud

(1994) “aquel supuesto en el que una autoridad administrativa actúa libremente sin que la conducta que deba adoptar le venga predeterminada por la norma” (citado por Cassagne, 2009, p. 190).

La doctrina jurídica define discrecionalidad administrativa como:

> Se vincula con la idea de libertad entendida como permiso o ausencia de impedimentos para elegir entre distintas alternativas, el origen de esta discrecionalidad viene dado por la indeterminación del Derecho, entendida como un problema en la subsunción de un caso en el supuesto de hecho de una norma. (Lifante, 2002, 430)

El autor Gordillo 2013 (citado por Martínez.) establece que las actividades administrativas se las puede clasificar de dos formar. Las facultades regladas, se consideran así cuando una ley establece de manera específica un comportamiento que el servidor público debe adoptar, es decir, cuando el sistema legal define previamente lo que la entidad debe hacer en un caso concreto. Las facultades discrecionales suceden cuando el sistema legal brinda cierta flexibilidad para optar por diferentes cursos de acción para realizar una acción u otra y llevarla a cabo de una forma u otra. Para Delpiazzo 2011 (citado por Martínez.) una facultad es discrecional siempre que se solicita realizar apreciaciones sobre la conveniencia de llevar a la práctica alguna actuación administrativa.

Un aspecto importante de la discrecionalidad administrativa es que carece de métodos que indiquen como deben tomar decisiones los servidores públicos (Lifante, 2002). Entonces, ¿Cómo deben tomar decisiones discrecionales los funcionarios públicos? La doctrina jurídica sostiene que el personal administrativo puede adoptar decisiones según las razones que consideren que son correctas (Lifante, 2002).

Para entender mejor la discrecionalidad administrativa, es prudente analizar el concepto de certeza jurídica que se define como: la necesidad de que las decisiones jurídicas se tomen en función a normas jurídicas que sean válidas (Mesquida, 2003). La doctrina jurídica indica que hay casos en los que se pone en riesgo el concepto de certeza jurídica, a estas situaciones se les denomina casos controvertidos. La potestad discrecional se ejerce en los casos controvertidos que son desarrollados y especificados por la doctrina (Mesquida, 2003). En este sentido, se tomará en cuenta el siguiente caso controvertido, este se da cuando algún funcionario público no toma decisiones de carácter jurídico, pero elabora algún acto que influye en la toma de decisiones jurídicas posteriores (Mesquida, 2003).

Según los aspectos revisados hasta aquí sobre la potestad discrecional se puede demostrar que el informe análisis costo beneficio es una discrecionalidad administrativa por los siguientes motivos.

1. La finalidad del informe análisis costo beneficio es influir o guiar a los representantes de las instituciones del estado a tomar o no la decisión de suscribir un acta de mediación que tiene efectos jurídicos. Esto se subsume a los hechos del caso controvertido expuesto en este trabajo, porque, con base al informe se toman decisiones jurídicas posteriores.

2. La elaboración del informe análisis costo beneficio se relaciona con la toma de decisiones discrecionales, debido a que, en ambas se toman decisiones con base a consideraciones que proviene del criterio personal del servidor público (Mesquida, 2003).

3. La parte tercera del informe análisis costo beneficio sobre la conveniencia de llevar un conflicto a mediación es una facultad discrecional, pues, para Delpiazzo 2011 (citado por Martínez.) una facultad es discrecional siempre que se realicen apreciaciones sobre la conveniencia de llevar a la práctica alguna actuación administrativa.

Una vez que ya fue revisado el concepto de discrecionalidad surge la siguiente duda, ¿La discrecionalidad administrativa tiene alguno tipo de control? La doctrina jurídica sobre la discrecionalidad administrativa resuelve que el contenido de una decisión discrecional no se debe revisar jurídicamente, debido a que, esa decisión es de carácter personal y nace del criterio del funcionario público. (Mesquida, 2003). Tiene sentido revisar jurídicamente una decisión jurídica, pero no tiene sentido revisar jurídicamente una decisión personal. (Mesquida, 2003). El informe análisis costo beneficio no debe ser revisado jurídicamente, pues, es una discrecionalidad administrativa.

2.3. La determinación de responsabilidades civiles y administrativas.

¿A qué institución le corresponde determinar las responsabilidades civiles y administrativas? dentro de este marco, la CRE define a la Contraloría General del Estado como un organismo técnico que se encarga de controlar la forma en la que se usan los recursos estatales (CRE, 2008).

El artículo 212 de la Constitución de la República en su numeral 2 establece que será función de la Contraloría General del Estado “Determinar responsabilidades administrativas y

civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujeta a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado" (CRE, 2008, art.212).

Por otra parte, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado reconoce que la Contraloría General del Estado es un organismo autónomo en los ámbitos financieros, presupuestarios y administrativos. Está representada por el Contralor General, además, es una persona jurídica que forma parte del derecho público (ley 73, 2002).

Además, el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado sostiene que determinar las responsabilidades civiles y administrativas culposas es de potestad exclusiva de la Contraloría General del Estado (ley 73, 2002). En resumen, una vez ya revisada la Constitución y las normas relativas, se concluye que la contraloría es el organismo técnico competente para determinar las responsabilidades civiles y administrativas a los funcionarios públicos.

A continuación, se definirán los conceptos de responsabilidad administrativa y civil dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La responsabilidad administrativa culposa está definida en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y dispone que incurrirán en esta clase de responsabilidad los funcionarios públicos por el no cumplimiento de sus atribuciones, deberes, obligaciones propias de su puesto laboral o de su relación contractual. Dentro de este artículo se establecen causales, los funcionarios públicos pueden incurrir en alguna o varias de ellas por acción u omisión (Ley 73, 2002).

La responsabilidad civil culposa se define en el artículo 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y sostiene que se da por una acción u omisión de carácter culposo de un funcionario público, beneficiario, un tercero, autor de un acto administrativo que fue emitido sin cautelas que permitan evitar resultados que perjudiquen los recursos públicos (Ley 73, 2002). Se origina una obligación jurídica con el objetivo de indemnizar el perjuicio pecuniario provocado a la administración pública. En sede administrativas y judicial procesalmente la persona que afirme que existe culpa por emitir algun acto administrativo o por

realizar un hecho administrativo debe probar que las actuaciones administrativas provienen de acciones negligentes (Ley 73, 2002).

Ahora bien, ¿cómo se determinan las responsabilidades civiles y administrativas? El artículo 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado detalla que las responsabilidades mencionadas con anterioridad se determinan basándose en los informes que contengan los resultados de una auditoría interna o una auditoría gubernamental (ley 73, 2002).

¿Qué es la auditoria interna? El artículo 14 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado menciona que las instituciones públicas cuando sea necesario deben tener una unidad auditora interna, que dependerá de la Contraloría General del Estado de manera administrativa y técnica. Con base a las normas internacionales y nacionales de auditoria en el sector público se ejecutarán las auditorías internas (ley 73, 2002).

¿Qué es la auditoria gubernamental? Un sistema de prevención de riesgos, asesoría y asistencia en el que se revisa y evalúa las obras y acciones realizadas por los funcionarios públicos que administren recursos del estado, se elabora un informe con los resultados obtenidos (ley 73, 2002).

Para entender mejor en concepto de auditoria gubernamental mencionado en el párrafo anterior es menester recurrir al artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, el cual sostiene que la Contraloría General del Estado elaborará un control externo (ley 73, 2002). Esta la ley no dispone una definición sobre el control externo solamente señala que se ejercerá a través del informe especial y de la auditoria gubernamental (ley 73, 2002). ¿Qué es el examen especial? Es el que estudia, evalúa y verifica las actividades relativas a las gestiones financieras, operativas, de medio ambiente y administrativas (ley 73, 2002).

2.3.1. La determinación de responsabilidades civiles y administrativas del art. 16.4.

El RLAM reconoce en el numeral quinto del artículo 16 que los funcionarios públicos que emitan el informe análisis costo beneficio con dolo incurrirán en responsabilidades civiles y administrativas (DE-165, 2021). ¿Qué se entiende por dolo en la legislación ecuatoriana? El Código Civil ecuatoriano define al dolo en el inciso segundo del artículo 29 como:

> Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen

> emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo. (Ley 010, 2005, art. 29).

En el numeral 2.2.2 de este trabajo sobre la potestad discrecional, se demostró que el informe análisis costo beneficio es una discrecionalidad administrativas. La doctrina jurídica sostiene que las discrecionalidades no deben tener un control jurídico (Mesquida, 2003), es decir que, la Contraloría General del Estado no debe determinar responsabilidades civiles ni administrativas con base al informe análisis costo beneficio porque es una discrecionalidad administrativa. La elaboración del informe es una facultad discrecional, es decir que, no se puede cuestionar la forma de su elaboración, porque, no se estableció un mecanismo para hacerlo.

2.3.2. La determinación de responsabilidades civiles y administrativas del art. 16.5.

¿Cómo debería la Contraloría General del Estado determinar las responsabilidades civiles y administrativas al funcionario público que se niegue a suscribir un acta de mediación? La CGE deberá verificar que se cumplan con todas circunstancias señaladas en el numeral quinto.

La primera situación que se menciona es que el funcionario público en la mediación se niegue a firmar un acta de mediación (DE-165, 2021). La segunda, como efecto de la no suscripción:

> Se hubiese provocado una condena a la entidad pública, cuando era razonablemente predecible que la posición de la entidad estatal no hubiese sido acogida en un litigio y. con base en un análisis costo-beneficio, hubiese sido preferible para el erario público llegar a un acuerdo. (DE-165, 2021, art.16).

En el caso que se llegue a dar una condena no favorable para una entidad estatal, la Contraloría General del Estado según el informe de una auditoria interna o gubernamental iniciará la determinación de responsabilidades, en la cual se debe verificar que dentro de la audiencia de mediación existieron acuerdos en los que hubiese sido mejor para el erario público suscribirlos.

La Ley de arbitraje y mediación en su artículo 50 señala que la mediación es confidencial y las partes pueden renunciar a la confidencialidad de acuerdo común, además, sostiene que las personas que comparecieron deben guardar reserva sobre lo discutido (Ley 014, 2006). Es decir que, la Contraloría General del Estado al ser un organismo técnico ajeno a la mediación no tiene acceso a conocer cuáles fueron los acuerdos planteado por las partes en la audiencia. En

consecuencia, para la Contraloría General del Estado es imposible saber cuáles fueron los acuerdos que se plantearon.

Tomando en cuenta el principio general del derecho de *ad impossibilia nemo tenertur* o mejor conocido como *a lo imposible nadie está obligado*, el cual indica que ninguna persona está obligada a cumplir algo que no es posible de realizarse. Este principio se puede aplicar en cualquier situación de cualquier materia del Derecho (Hernández, 2015). Es imposible para la Contraloría General del Estado conocer que acuerdos existieron dentro de la audiencia de mediación, de este modo, no está obligada a determinar las responsabilidades civiles o administrativas del numeral cinco.

Conclusiones.

Conclusión de la sección 1. En esta sección se revisó la mediación y sus principios en la doctrina jurídica, y se analizó la mediación en el ordenamiento jurídico nacional. Al hacer un contraste de lo revisado con las responsabilidades 4 y 5 del artículo 16 del RLAM, se concluye que:

1. El numeral 5 es arbitrario, debido a que, se establecen responsabilidades administrativas y civiles a los funcionarios públicos por no suscribir un acta de mediación, es preciso destacar que la mediación es un método alternativo de resolución de conflictos identificado como voluntario por la doctrina y la legislación ecuatoriana. El artículo 43 de la Ley de arbitraje y mediación sostiene que la medición es un procedimiento voluntario (Ley 014, 2006). Por ende, se excedió uno de los límites de la potestad reglamentaria por contravenir a la LAM.

Conclusiones de la sección 2. Aquí se analizó: el informe análisis costo beneficio desde la perspectiva de la potestad discrecional y la determinación de responsabilidades por parte de la Contraloría General del Estado. Se comparó las responsabilidades civiles y administrativas del artículo 16 del RLAM con lo expuesto en esta sección y se concluyó que:

1. El numeral 4 es arbitrario, porque, establece que los funcionarios públicos serán responsables civil y administrativamente por emitir el informe análisis costo beneficio con dolo. En el capítulo 2.2.2. de este trabajo se demostró que la elaboración del informe análisis costo beneficio es una potestad discrecional. La doctrina jurídica sostiene que las decisiones que

emanan de la facultad discrecional no pueden ser revisadas a nivel jurídico porque son de carácter personal y no jurídico. Otra particularidad de la discrecionalidad administrativa es que no existen métodos que especifiquen como se deben tomar las decisiones.

El Código Orgánico Administrativo sostiene que las potestades discrecionales "se utilizarán conforme a Derecho" (COA, 2017, art.14). Además, estas deben observar "los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad" (COA, 2017, art.18). Pero, el COA no indica un método para poder llevar a cabo las discrecionalidades.

Por ende, no se puede establecer que haya dolo en la emisión de un informe análisis costo beneficio porque es una potestad discrecional. El numeral 4 es arbitrario porque contravino a la justicia, la doctrina jurídica también es una fuente del derecho. Se recuerda que arbitrario es un "acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o capricho" (RAE, 2001, p.194).

2. El numeral 5 es arbitrario, debido a que, la Contraloría General del Estado debe tener conocimiento sobre cuáles fueron los acuerdos que se expusieron dentro de una audiencia de mediación que ya concluyó para poder determinar las responsabilidades civiles y administrativas de este numeral. La doctrina jurídica y la LAM sostienen que la mediación es confidencial a menos que se haya renunciado de acuerdo común, además, las partes deben mantener toda la información que se manejó en la audiencia bajo reserva (Ley 014, 2006). Con base en esta última premisa expuesta, a la CGE le es imposible saber que acuerdos fueron planteados.

Este numeral contraviene a la confidencialidad del artículo 50 de la Ley de arbitraje y medición, debido a que, la Contraloría General del Estado para determinar estas responsabilidades debe pedir a las partes de la mediación información sobre cuáles fueron los acuerdos propuestos en la audiencia. Un aspecto importante es que la CGE bajo el principio de *a lo imposible nadie está obligado* puede excusarse en determinar las responsabilidades del numeral 5.

Conclusión general. Según lo expuesto se concluye que el numeral 5 del artículo 16 del RLAM vulnera al derecho a la seguridad jurídica que "se fundamenta en el respeto a la constitución" (CRE, 2008. Art.82). ¿Por qué se da esta vulneración? porque no se respetó el numeral 13 del artículo 147 de la CRE cuando el Presidente de la República del Ecuador

Guillermo Lasso emitió el Reglamento a la Ley de arbitraje y mediación excediendo los límites de la potestad reglamentaria.

Recomendaciones.

1. Se recomienda que los aspectos del artículo 16 del RLAM sobre la mediación con entidades del sector público se mantengan en un reglamento de aplicación de ley y no incorporarlos a la Ley de arbitraje y mediación, porque, hay contradicciones entre la mediación regular y la mediación en el sector público. En caso de antinomias la LAM prevalecerá sobre el RLAM por ser una ley ordinaria jerárquicamente superior.

2. Se recomienda derogar el numeral 4 del artículo 16 del Reglamento a la ley de arbitraje y mediación porque es arbitrario establecer responsabilidades civiles y administrativas por ejercer una potestad discrecional, además, no se puede establecer que haya dolo en una facultad discrecional.

3. Se recomienda que el numeral 5 del artículo 16 del Reglamento a la ley de arbitraje y mediación sea derogado por ser emitido de forma arbitraria al sobrepasar los límites de la potestad reglamentaria.

4. Se recomienda que el Código Orgánico Administrativo desarrolle un concepto propio de potestad discrecional.

Referencias

Aguirre, J. (2014). Materia transigible: requisito para la mediación. Recuperado de https://derechoecuador.com/materia-transigible-requisito-para-la-mediacion/

Amazo, D. (2007). Estudios Socio-Jurídicos. ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?, 9(2), (pp.182-203). Recuperado de https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/345/291

Asamblea constituyente. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. [Ley 1 de 2008]. (17 de febrero de 2021). RO. 395 de 4 de agosto de 2008.

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico Administrativo. [Ley 0 de 2017]. (7 de julio de 2017). RO. 31 de 7 de julio de 2017.

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico General de Procesos. [Ley 0 de 2015]. (21 de agosto de 2018). RO. 506 de 22 de mayo de 2015.

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica Ley Orgánica para el desarrollo económico y sostenibilidad fiscal tras la pandemia COVID-19. [Ley 0 de 2021]. (29 de noviembre de 2021). RO. 587 de 29 de noviembre de 2021.

Cassagne, J. (2009). El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Buenos Aires, Argentina: Marcial Pons Argentina, S.A

Castillo, R. (2018). La mediación. Quito, Ecuador: CEP

Chenás, M. (2021). Problemas para la ejecución del acta de mediación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. (Tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar: Quito, Ecuador.

Congreso Nacional. Código Civil. [Ley 010 de 2005]. (12 de abril de 2017). RO. 46 de 24 de junio de 2005.

Congreso Nacional. Código Tributario. [Ley 009 de 2005]. (10 de agosto de 2023). RO. 38 de 14 de junio de 2005.

Congreso Nacional. Ley de arbitraje y mediación. [Ley 014 de 2006]. (21 de agosto de 2018). RO. 417 de 14 de diciembre de 2006.

Congreso Nacional. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. [Ley 73 de 2002]. (18 de diciembre de 2015). RO. 595 de 12 de abril de 2002.

Congreso Nacional. Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. [Ley 015 de 2004]. (03 de enero de 2014). RO. 312 de 13 de abril de 2004.

Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). 2da Ed. CEP.

Fernández, A. (2014). Homenaje al maestro José Barroso Figueroa por el Colegio de Profesores de Derecho Civil, Facultad de Derecho-UNAM. Recuperado de http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/12722/el-concepto-de-responsabilidad.pdf?sequence=10&isAllowed=y

Galiano, G. (2020). La interpretación del Derecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: estudio doctrinal y legal. Revista de derecho, (27), (pp.39-57). DOI: https://doi.org/10.5377/derecho.v0i27.9248

Lifante, I. (2002). Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica, 25, (pp.413-439). Recuperado de https://www.cervantesvirtual.com/obra/dos-conceptos-de-discrecionalidad-jurdica-0/

Ludeña, E. y Alvarado, J. (2023). La eficacia de los métodos autocompositivos para la solución de controversias de contratación pública en Ecuador. Polo del conocimiento, 8(6), (pp.825-841). DOI: 10.23857/pc.v8i6

Martínez, S. (2017). Una aproximación teórica al concepto de discrecionalidad jurídica en el Derecho Administrativo. Revista de derecho, (15), (pp.89-112). DOI: https://doi.org/10.22235/rd.v1i15.1374

Mesquida, J. (2003). El concepto de discrecionalidad y su control. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 23, (pp.377-358). DOI: https://doi.org/10.30827/acfs.v37i0.1096

Miranzo, S. (2010). Revista de mediación. Quiénes somos, a dónde vamos… origen y evolución del concepto mediación, (5), (pp.8-15). Recuperado de https://revistademediacion.com/articulos/quienes-somos-a-donde-vamos-origen-y-evolucion-del-concepto-mediacion/index.html

Presidencia de la República del Ecuador. Reglamento a la Ley de arbitraje y mediación. [Decreto 165 de 2021]. (26 de agosto de 2021). RO. 524 de 26 de agosto de 2021.

Puertas, R. y Silva, E. (2023). Revista metropolitana de ciencias aplicadas. Materias transigibles en mediación en el Ecuador, 6(3), (pp.227-237). Recuperado de http://remca.umet.edu.ec/index.php/REMCA/article/view/728/732

Real Academia Española. (2001). Diccionario de la lengua española. 22. edición. Madrid, España: Espasa Libros

Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española. 23. edición. Madrid, España: Planeta Colombiana, S.A

Servicio de Renta Internas. Instructivo para la aplicación de la transacción en materia tributaria. [Resolución 36 de 2022]. (27 de octubre de 2022). RO. 114 de 27 de julio de 2022.

Vargas, M. (s.f.). Revista de Derecho y Jurisprudencia. La potestad reglamentaria, (pp. 89-116). Recuperado de https://vlex.cl/vid/potestad-reglamentaria-233208789

Yuquilema, J. y Criollo, G. (2016). Teoría y práctica de la mediación y conciliación. Quito, Ecuador: CEP