

Andersson Junior Silva-Vargas; Diego Adrián Ormaza-Ávila

<http://dx.doi.org/10.35381/racj.v7i13.1960>

Vulneración a la seguridad jurídica y legalidad en la aplicación del convenio de pago

Violation of legal certainty and legality in the application of the payment agreement

Andersson Junior Silva-Vargas
andersson.silva.71@est.ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0002-3443-2245>

Diego Adrián Ormaza-Ávila
daormazaa@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0002-3492-0943>

Recepción: 01 de abril 2022
Revisado: 23 de mayo 2022
Aprobación: 15 de junio 2022
Publicación: 01 de julio 2022

Andersson Junior Silva-Vargas; Diego Adrián Ormaza-Ávila

RESUMEN

El presente trabajo se enfoca en analizar y determinar las vulneraciones al derecho de seguridad jurídica y principio de legalidad en la contratación pública derivadas de las actuaciones administrativas implementadas en el procedimiento de suscripción de convenios de pagos “por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”. De alcance metodológico descriptivo. Entre los resultados obtenidos se determina que la falta de normas y “disposiciones jurídicas previas, claras y públicas” sobre el convenio de pago influyen sustancialmente en errores y falencias administrativas, en la inobservancia y elusión de los procedimientos previstos en la LOSNCP, provocando grandes pérdidas económicas al erario fiscal. Consecuentemente, es vital prescindir de las disposiciones que dan fundamento al ilegal acto administrativo que permite reconocer las obligaciones pendientes de pago mediante el convenio de pago.

Descriptor: Administración pública; derecho administrativo; derecho público. (Tesaurus UNESCO).

ABSTRACT

This paper focuses on analyzing and determining the violations of the right to legal certainty and the principle of legality in public procurement derived from the administrative actions implemented in the procedure of signing payment agreements "by the Ecuadorian Institute of Social Security". Of descriptive methodological scope. Among the results obtained, it is determined that the lack of rules and "previous, clear and public legal provisions" on the payment agreement substantially influence administrative errors and shortcomings, in the non-observance and elution of the procedures foreseen in the LOSNCP, causing great economic losses to the fiscal treasury. Consequently, it is vital to dispense with the provisions that provide the basis for the illegal administrative act that allows the recognition of outstanding obligations through the payment agreement.

Descriptors: Public administration; administrative law; public law. (UNESCO Thesaurus).

Andersson Junior Silva-Vargas; Diego Adrián Ormaza-Ávila

INTRODUCCIÓN

El Convenio de Pago se ha convertido en la figura legal más utilizada “por las instituciones y organismos de la Administración Pública” a fin de extinguir las obligaciones derivadas de la adquisición de “bienes, obras o servicios” en materia de “Contratación Pública” que no han observado los procedimientos contractuales, a pesar de no contar con un ordenamiento jurídico que lo regule, su aplicación está vigente en mérito “a los pronunciamientos expedidos por la Procuraduría General del Estado” – PGE, en amparo de resguardar el derecho de igual trabajo, igual remuneración de proveedores que brindan dichas prestaciones.

No obstante, la falta de normas y “disposiciones jurídicas previas, claras y públicas” en el ordenamiento jurídico nacional sobre el convenio de pago, son determinantes en el uso excesivo y discrecional de su excepcionalidad, así como improcedente e inaplicable, en razón “que el Sistema Nacional de Contratación Pública contempla los principios y normas para regular los procedimientos de contratación”.

En el presente trabajo investigativo, realizaremos un estudio sobre la aplicación y cumplimiento de los requisitos legales establecidos por parte de la PGE “a los convenios de pago suscritos en el Hospital de Especialidades - Teodoro Maldonado Carbo, Hospitales Generales del Norte de Guayaquil Los Ceibos, Machala y Manta, Hospitales Básicos - Chone y Esmeraldas y Centro de Salud B - Quevedo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”, lo cual permitirá establecer las vulnerabilidades al derecho seguridad jurídica (Contraloría General del Estado, 2019, p. 2).

REFERENCIAL TEÓRICO.

La Seguridad Jurídica y Legalidad en la Contratación Pública

La Norma Fundamental en “un Estado Constitucional de Derechos” se cimenta en la seguridad jurídica, aquello implica la protección “constitucional” que debe primar en la relación entre el Estado – ciudadano (a), puesto que debe estar sujeta a reglas claras, precisas y determinadas en las normas infraconstitucionales; así lo establece nuestra Constitución al señalar que “el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el

Andersson Junior Silva-Vargas; Diego Adrián Ormaza-Ávila

respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008, p. 42). Por otro lado; García de Enterría & Fernández (2020), argumentan que el principio de legalidad de la Administración:

(...) “otorga facultades de actuación, defendiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta, así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido” (p. 485).

Por tanto, este principio se deriva de la seguridad jurídica, por el cual se regula las relaciones entre el ciudadano (a) y el Estado, esta disposición se aprecia en la Carta Magna cuando señala que “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” (“Constitución de la Republica del Ecuador, 2008, p. 108”).

Al referirnos a la relación entre ciudadanos – particulares y el Estado, nos remitimos al ejercicio de los derechos que rigen sobre los primeros, mismos que se desarrollaran de manera progresiva a través de las normas de la “Constitución de la República del Ecuador y la Ley, la jurisprudencia y las políticas públicas”, siendo “el Estado quien generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”. Por otro lado; la Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia N° 089-15-SEP-CC, caso N° 0759-13-EP, sostiene a la seguridad jurídica como:

“Es otro de los pilares fundamentales del modelo constitucional, se basa en el respeto a las Norma Suprema y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes. Es decir, que este derecho conlleva la confiabilidad en el orden jurídico que garantiza la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y a la Ley, es la garantía que da el convencimiento,

Andersson Junior Silva-Vargas; Diego Adrián Ormaza-Ávila

certeza o seguridad a las personas naturales y jurídicas en el sentido de que las autoridades investidas de una potestad jurisdiccional aplicarán y darán cumplimiento a lo previsto en la Norma Suprema y al ordenamiento jurídico vigente”. (p. 10)

Los poderes o potestades otorgadas por la Constitución a los organismos e instituciones que conforman la Administración del Estado se viabilizan por el ejercicio de la política, esta a su vez, se ejecuta mediante las políticas públicas, es decir existe una relación recíproca, “tanto la política como las políticas públicas tienen que ver con el poder social. Pero mientras la política es un concepto amplio, relativo al poder en general, las políticas públicas corresponden a soluciones específicas de cómo manejar los asuntos públicos” (Lahera, 2004, p. 7).

En el Ecuador, con la vigencia de la Constitución de Montecristi, se establecieron un sin número de políticas públicas tendientes a recuperar la rectoría de “la planificación y ejecución del manejo de los recursos públicos, uno de ellos, las compras públicas, puesto que, la ausencia de planificación y de políticas públicas que regulen este sector, incidían en la discrecionalidad y desperdicio de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado; razón por la cual se incorporó la disposición del artículo 288, haciendo énfasis que las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social”.

En mérito a ello, se implementa un “Sistema de Contratación Pública que articule y armonice el marco normativo legal, a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios, así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos, dicho sistema entró en operatividad con la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP), publicada mediante Suplemento del Registro Oficial No. 395 de fecha 04 de agosto 2008”.

Entre los aspectos destacados de la LOSNCPP, establece: “los principios y normas que regulan los procedimientos de contratación pública para la adquisición o

Andersson Junior Silva-Vargas; Diego Adrián Ormaza-Ávila

arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría de las instituciones y organismos que conforman la Administración Pública”, “crea el Servicio Nacional de Contratación Pública quien tiene la potestad de ejercer la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública” (“Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Suplemento 395, 2008, p. 7”).

La gestión emprendida en las compras públicas, tienen que sujetarse de manera irrestricta a los procedimientos de contratación, esto en observancia y “cumplimiento del principio de legalidad previsto en el art. 4 de la LOSNCP, lo cual implica que toda actuación de la administración pública, así como de los proveedores deberán realizarse de acuerdo con el imperio de la Ley. En ese contexto; todos los contratos en materia de contratación pública tienen la denominación de contratos administrativos; en ese sentido:

La relación estructural entre la realidad constituida por la Administración Pública y el ordenamiento jurídico no se afecta por la consideración de misma como un conjunto de órganos, sino a través de su consideración como persona. Para el Derecho Administrativo la Administración Pública es una persona jurídica, todas las relaciones jurídico-administrativas se explican en tanto la Administración Pública, en cuanto a persona, es un sujeto de Derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable. (García de Enterría y Fernández, 2020, p. 54)

No obstante, a pesar de la implementación e innovación de SNCP, el ejercicio del poder y las prerrogativas implícitas de la Administración Pública en la aplicación de mecanismos no estipulados en la normativa legal, pero que son una alternativa o mecanismo legal reconocidos por los órganos de control, incurren en el incumplimiento de los aspectos de forma (POA, PAC, etapas y procedimientos), así como aspectos de fondo (derechos, obligaciones, y garantías) que se deben acatar y cumplir, nos referimos a la figura del convenio de pago.

Andersson Junior Silva-Vargas; Diego Adrián Ormaza-Ávila

El Convenio de Pago en la Contratación Pública

A fin de comprender las implicaciones del término convenio de pago, figura legal carente de clara y explícita regulación normativa en la legislación ecuatoriana, es necesario contextualizar, describir y citar acepciones jurídicas - doctrinarias que orienten a comprender su naturaleza jurídica, es decir, conocer el origen normativo de su aplicación, identificar el marco legal -administrativo en el que se aplica, a la vez que, comprender el carácter de institución jurídica que ocupa en la interrelación entre la Administración y el Administrado o proveedor de bienes, obras o servicios.

Definición

Para la determinación de una definición objetiva del convenio de pago, es propicio dimensionar el significado de los dos términos que la componen:

- a. **“Convenio.** - El concierto de voluntades, expresado en convención, pacto, contrato, tratado o ajuste.
- b. **Pago.** - Cumplimiento de una obligación. Entrega de una cantidad de dinero debida”. (Cabanellas de Torres, 2006, p. 68, 90).

Desde estas dos acepciones citadas, se puede determinar que el Convenio de Pago es el acuerdo pactado en documento y reconocido por el acreedor y deudor, en el cual determinan el cumplimiento de una obligación y establecen su forma pago. Refiriéndonos al convenio de pago, en el Ecuador no se registra gran variedad de estudios sobre esta figura, no obstante, a fin de fortalecer la definición propuesta, se cita otras definiciones:

En este sentido; Dávila, (2019),” en su obra El Convenio de Pago en la Contratación Pública, establece: “el convenio de pago es el mecanismo jurídico para extinguir las obligaciones contraídas a nombre de la Administración Pública” (p. 22). Por su parte la Procuraduría General del Estado - PGE, refiriéndose al convenio de pago, señala”: “(...) el convenio de pago es una vía jurídica para extinguir las obligaciones surgidas

Andersson Junior Silva-Vargas; Diego Adrián Ormaza-Ávila

por prestaciones recibidas a satisfacción, siempre que exista la correspondiente disponibilidad presupuestaria” (Procuraduría General del Estado, 2010, p. 6).

Fundamento legal

No existe un fundamento legal expreso respecto a la figura del convenio de pago, sin embargo, “los artículos 116 y 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, establecen disposiciones implícitas permisibles al pago de obligaciones pendientes:

“Art. 116.- Establecimiento de Compromisos. - Los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva certificación presupuestaria. En ningún caso se adquirirán compromisos para una finalidad distinta a la prevista en el respectivo presupuesto. Art. 117.- Obligaciones. - La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos: 1. Cuando ineludiblemente por excepción deban realizarse pagos sin contraprestación, de acuerdo con lo que dispongan las normas técnicas de presupuesto que dicte el ente rector de las finanzas públicas; y, 2 Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo”. (Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, 2010, pág. 28)

De las disposiciones citadas, se determina que es necesario que exista una obligación que genere y produzca una afectación presupuestaria, esto como fundamento básico, sin embargo, contraer compromisos sin la correspondiente certificación presupuestaria implica otras responsabilidades impuestas por el órgano de control; a más de ello:

(...) aunque la situación pendiente de pago se satisfaga con la suscripción del convenio de pago y la erogación económica que se realiza, debemos indicar que el convenio de pago no exime de las responsabilidades de los funcionarios por cuya acción u omisión no se realizó el procedimiento contractual correspondiente. (Suarez, et al. 2016, p. 515)

Andersson Junior Silva-Vargas; Diego Adrián Ormaza-Ávila

En conclusión, ante el hecho que no existe una norma previa, clara y pública que regule la figura del Convenio de Pago, muchos organismos e instituciones de la Administración Pública, ejerciendo sus prerrogativas han aplicado las disposiciones legales antes citadas, y, bajo “el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, la figura del convenio de pago es aplicable”, si bien, aquello evidencia una falta elocuente de cumplimiento en la planificación operativa institucional, al igual que plan anual de contratación, no es pertinente se use esta figura de manera constante. Ahora bien, es pertinente tener presente algunos aspectos importantes que constan en varios pronunciamientos emitidos por el organismo público.

Elementos del convenio de pago

Del análisis realizado al “segundo numeral del art. 117 del Código de Planificación y Finanzas Públicas, se establecen los parámetros que la obligación debe contener, a fin de generar y producir afectación presupuestaria definitiva”, como fundamento legal de la figura del convenio de pago, se aprecian cuatro elementos que son importantes considerar:

- 1. Cuando provengan de terceros, las obras, bienes o servicios.** La obligación debe ser exigida por un tercero (proveedor), quien deberá justificar que ejecutó y entregó la obra, bienes o servicios a la Administración Pública (organismos o instituciones).
- 2. Conocimiento y autorización del funcionario competente.** Es la persona órgano quien ejerce la potestad administrativa, sea como representante legal o su delegado con capacidad de obligarse, como también, en calidad ordenador de gasto, que por lo general recae en la misma persona.
- 3. Acto administrativo válido.** La disposición determina que la obligación debe ser reconocida por acto administrativo válido, es decir, “la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos, donde conste la figura del convenio de pago como medio legal para extinguir la obligación y se autorice el pago correspondiente. Deberá cumplir con

Andersson Junior Silva-Vargas; Diego Adrián Ormaza-Ávila

requisitos de validez, como son: la competencia, objeto, voluntad, procedimiento y motivación”.

- 4. Existencia o no de compromiso previo.** La disposición de manera explícita señala que el compromiso surge desde el reconocimiento de la obligación y su autorización que debe ser emitido en el acto administrativo, haciendo énfasis en que, podría existir la contraprestación, es decir la obra, bienes o servicios se encuentren por entregar o por finalizar, en todo caso es imprescindible la respectiva certificación presupuestaria.

Requisitos de procedibilidad del convenio de pago

Para referirnos a los requisitos que permitan aplicar el convenio de pago, hay que remitirse a “los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado - PGE, cuya facultad es asesorar y absolver consultas de carácter vinculante sobre la inteligencia o aplicación de la Ley a la Administración Pública”; al respecto de ello, la PGE en su OF.PGE.N°15628 se ha pronunciado:

Cabe advertir que el convenio de pago es una figura que se aplica por excepción, cuando por circunstancias ajenas a la voluntad o decisión de las autoridades competentes de la entidad, debidamente justificada, no hubiere sido posible celebrar un contrato, por lo que en lo posterior, la Empresa Pública a su cargo deberá arbitrar las medidas pertinentes y observar los procedimientos previos, a fin de evitar a futuro, que se presten servicios o se asuman obligaciones sin el correspondiente respaldo contractual (Procuraduría General del Estado, 2010, p. 9).

Con fundamento en el pronunciamiento y directrices emitidas por parte de la Procuraduría General del Estado, es pertinente referirnos a cada uno de los requisitos establecidos, a fin de proporcionar una mayor comprensión sobre la institución jurídica del convenio de pago, la se desprende de la interpretación normativa y la costumbre administrativa.

- a) Aplicación excepcional.** Conforme lo prescribe la LOSNCP, la Administración Pública está obligada cumplir con los procesos preparatorios, precontractuales y

Andersson Junior Silva-Vargas; Diego Adrián Ormaza-Ávila

contractuales previstos. La excepción como tal, depende de las circunstancias que impidan no acatar tales procedimientos, es decir, deben existir necesidades o urgencias imprevistas en el ejercer administrativo que sea imperante atender. No existe una disposición que regle la excepcionalidad del uso “del convenio de pago, por ende, recae en la potestad administrativa de los actos discrecionales”; aspecto que “la legislación misma confirma la existencia de esa potestad discrecional cuando dispone que la Administración podrá llevar a cabo determinada actividad y también cuando le abre la posibilidad de optar entre diversas soluciones en función de criterios de oportunidad” (Parada Vázquez, 2019, p. 33).

- b) “Surgen de circunstancias ajenas a la voluntad de la Administración”.** Es importante puntualizar dos aspectos, el primero, las circunstancias que motiven la suscripción del convenio de pago que estén destinadas a atender necesidades de interés general (obra social), la segunda, aquellas circunstancias propias de la Administración Pública, es decir, una necesidad institucional, que, en todo caso, ambas circunstancias están sujetas a los procedimientos del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- c) Disposición de la autoridad competente.** Como lo hemos dicho anteriormente ya, la voluntad administrativa se ejerce de la actividad jurídica de la Administración Pública, la cual recae en los representantes legales o sus delegados, para efecto del mismo, la voluntad se declara mediante actos administrativos con efectos individuales, razón por la cual, la decisión administrativa se debe fundamentar en informes y justificaciones previas de las unidades administrativas correspondientes.
- d) Justificación.** La condición de excepcionalidad del convenio de pago implica que debe contener una adecuada motivación y correcta justificación, en el caso de la primera, se debe establecer la identificación de la necesidad imperante, “agotar los criterios de imposibilidad de aplicar los procedimientos establecidos, y que en los actos de simple administración determinen la aplicación del convenio de pago”; en

Andersson Junior Silva-Vargas; Diego Adrián Ormaza-Ávila

la segunda, determinar las circunstancias o necesidad emergente que motive al órgano de la Administración Pública el uso del acto discrecional.

e) Acción posterior de evitar el cumplimiento de procedimientos. Más que un requisito, a mi criterio, versa una implícita recomendación por parte de la PGE “hacia las instituciones y organismos de la Administración Pública, toda vez que, la excepcionalidad en la aplicación de la figura del convenio de pago”, no es un medio para eludir los procedimientos y etapas del proceso contractual, por tanto, al ser aplicado por la justa necesidad, para posteriores necesidades imprevistas que surjan, deben estar ancladas o sujetas al “Plan Operativo Anual y al Plan Anual de Contrataciones”, o a su vez, generar r las respectivas reformas y reprogramaciones que permitan cubrir la necesidad.

Ahora bien, conforme a los requisitos previstos y analizados en líneas anteriores establecen los parámetros que permitirían aplicar el convenio de pago esto con la finalidad garantizar la legalidad en su aplicación, es propicio tener presente la confrontación normativa que surge en el contexto de las reformas realizadas al Código Integral Penal, efectuadas mediante la “Ley Orgánica Reformatoria al Código Integral Penal”, las cuales, con la finalidad de combatir la corrupción en el sector público, reformó la figura del peculado, tipificado como un “delito contra la Eficiencia de la Administración Pública.

METODOLOGÍA

La presente investigación jurídica se afianza en una metodología mixta, es decir, en lo cuantitativo y cualitativo, ya que se pretende establecer “un conjunto de procesos sistemáticos, empíricos y críticos de investigación e implican la recolección y el análisis de datos cuantitativos y cualitativos, así como su integración y discusión conjunta, para realizar inferencias producto de toda la información recabada (metainferencias) y lograr un mayor entendimiento del fenómeno bajo estudio (Aguilar, 2016, pág. 1)”.

Andersson Junior Silva-Vargas; Diego Adrián Ormaza-Ávila

El alcance de la presente investigación es descriptiva y explicativa, en razón que, mediante la primera, se recolecto información que permitió contextualizar las acciones o actuaciones administrativas aplicados en los convenios de pago suscritos en las unidades médicas del IESS y que vulneran la seguridad jurídica y legalidad; con la segunda, en base a los resultados del “Examen Especial DNAI-AI-0231-2019 de la Contraloría General del Estado” establecer las causas que originan el problema planteado.

Las fuentes utilizadas en el presente trabajo fueron, fuentes primarias (Examen Especial de Contraloría, Pronunciamientos de la PGE, leyes, Constitución de la República del Ecuador) y las secundarias (libros, ensayos y artículos) mediante análisis de contenidos y documental.

RESULTADOS

Análisis de los Convenios de Pago suscritos por el IESS entre 2016 – 2018

Los convenios de pago objeto de este análisis forman parte del informe DNAI-AI-0231-2019, emitido por la “Dirección Nacional de Auditorías Internas de la Contraloría General del Estado”, dicho examen especial tuvo como objetivo y alcance:

Determinar la legalidad, origen, utilización, suscripción, registro y desembolso de los convenios de pago con proveedores de bienes, obras y servicios suscritos en el Hospital de Especialidades - Teodoro Maldonado Carbo, Hospitales Generales del Norte de Guayaquil Los Ceibos, Machala y Manta, Hospitales Básicos - Chone y Esmeraldas y Centro de Salud B - Quevedo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el periodo comprendido entre el 1 de enero del 2015 y el 30 de junio del 2018. (Contraloría General del Estado, 2019, p. 2)

Entre los resultados y conclusiones del examen establecidos por la CGE se aprecia que existe “una falta de ejecución del Plan Anual de Contratación del 2018 del Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo”, en la parte pertinente señala:

Andersson Junior Silva-Vargas; Diego Adrián Ormaza-Ávila

En relación a las adquisiciones canceladas a través de convenios de pago y las efectuadas mediante procesos de contratación pública, se determinó en el año 2016, se realizaron adquisiciones por 112 379 513,20 USD, de los cuales 105 872 670,88 USD que representa el 94,21%, corresponde a procesos de contratación pública y 6 506 842,32 USD que representa el 5,79% a convenios de pago; en el año 2017, se determinó que se efectuaron adquisiciones por 219 374 689,55 USD, de los cuales 173 045 832,80 USD que representa el 78,88% corresponde a procesos de contratación pública y 46 238 865,75 USD que representa el 21,12% a convenios de pago; y en el año 2018 hasta el 30 de junio, fecha de corte del examen especial, se efectuaron adquisiciones por 86 678 018,98 USD, de los cuales 14 374 674,62, USD que representa el 16,58% corresponde a procesos de contratación pública y 72 303 344, 36 USD que representa el 83,42% a convenios de pago, demostrando que existió una tendencia de incremento en las adquisiciones canceladas a través de convenios de pago frente a las efectuadas por procesos de contratación pública”. (Contraloría General del Estado, 2019, pág. 449).

Teniendo como referencia los datos precedentes, el órgano de control realiza “una consolidación de las variaciones en valores por cada año, en base a los porcentajes acumulados hasta el 30 de junio del 2018, fecha de corte del examen especial, con lo cual se observó que se realizaron adquisiciones mediante procesos de contratación pública por un total de 193 293 178,39 USD que representa el 69,44% y con la suscripción de convenios de pago 125 139 52,43 USD que representa el 30,56%, como se demuestra” en el siguiente gráfico:

Andersson Junior Silva-Vargas; Diego Adrián Ormaza-Ávila

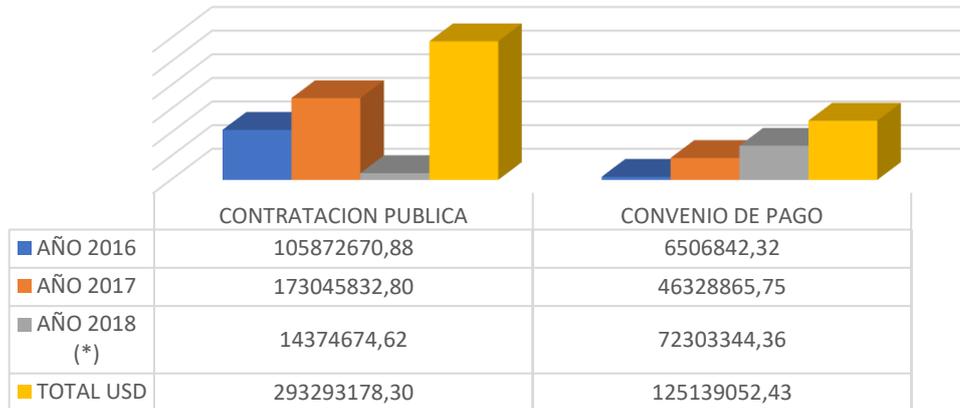


Gráfico 1. Comparativo Convenio de Pago vs Contratación Pública 2016 - 2017 y 2018. Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo Comparativo Convenio de Pago vs Contratación Pública 2016 - 2017 y 2018.

Fuente: Informe DNAI-AI-0231-2019, emitido por la Dirección Nacional de Auditorías Internas de la Contraloría General del Estado.

DISCUSIÓN

El objeto de estudio de la presente investigación tuvo como universo 37 convenios de pago suscritos, los cuales fueron analizados y contrastados en las siguientes variables: **1). - Determinación de falencias y errores**, a lo cual el investigador tomó como referencia 10 indicadores en las cuales se incurren en el procedimiento, estos indicadores fueron evidenciados en los resultados del estudio del informe DNAI-AI-0231-2019; **2). - Incumplimiento de requisitos**, esta variable se la determina en base a los requisitos preestablecidos por la PGE en sus pronunciamientos, aplicados por la CGE en el examen especial, objeto de análisis en la presente investigación, contrastados con la variable 1.

Andersson Junior Silva-Vargas; Diego Adrián Ormaza-Ávila

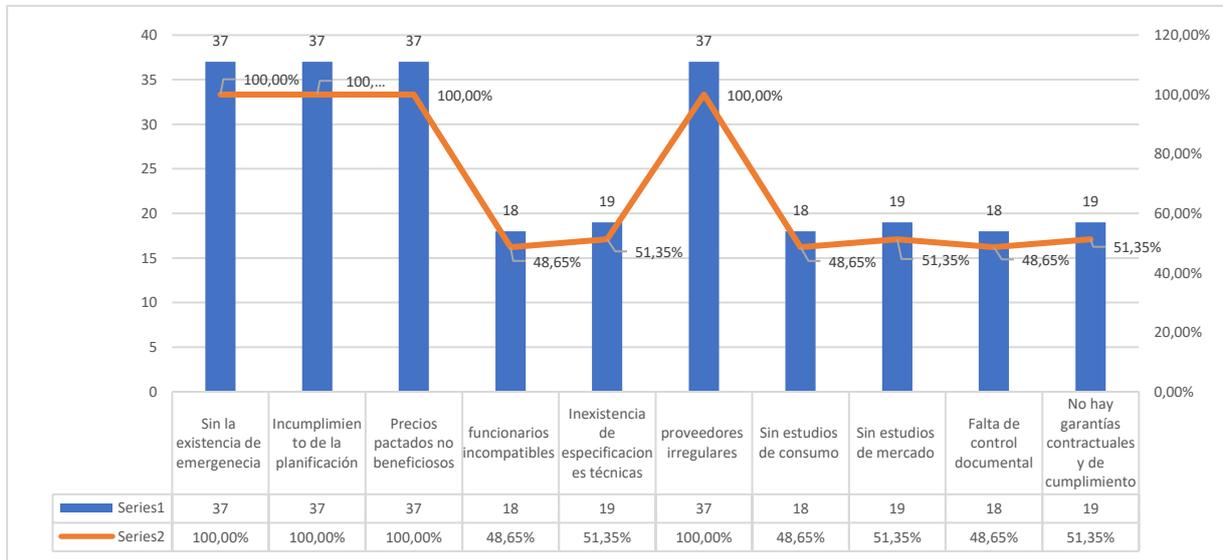


Gráfico 2. Determinación de falencias – errores en los convenios de pago

De los 37 convenios de proceso de pagos analizados, 18 corresponden a procesos de compra de insumos médicos y 19 a procesos de compra de equipos médicos; al respecto, el análisis realizado evidencia que la frecuencia de error en los 37 procesos de convenios de pagos analizados, el 100% incurren simultáneamente en las siguientes falencias: sin la existencia de emergencia, incumplimiento de la planificación, precios pactados no beneficiosos y proveedores irregulares.

De las falencias mencionadas anteriormente, en los 37 procesos, se identifica en 19 procesos de compra de equipos médicos que equivale al 51,35%, incurren simultáneamente en las falencias de: inexistencia de especificaciones técnicas, sin estudios de mercado y no hay garantías contractuales y de cumplimiento; a su vez, de 37 procesos el 48,65% que equivale a los 18 procesos de compra de insumos médicos incurren en falencias como: funcionarios incompatibles, sin estudios de consumo y falta de control documental.

Andersson Junior Silva-Vargas; Diego Adrián Ormaza-Ávila

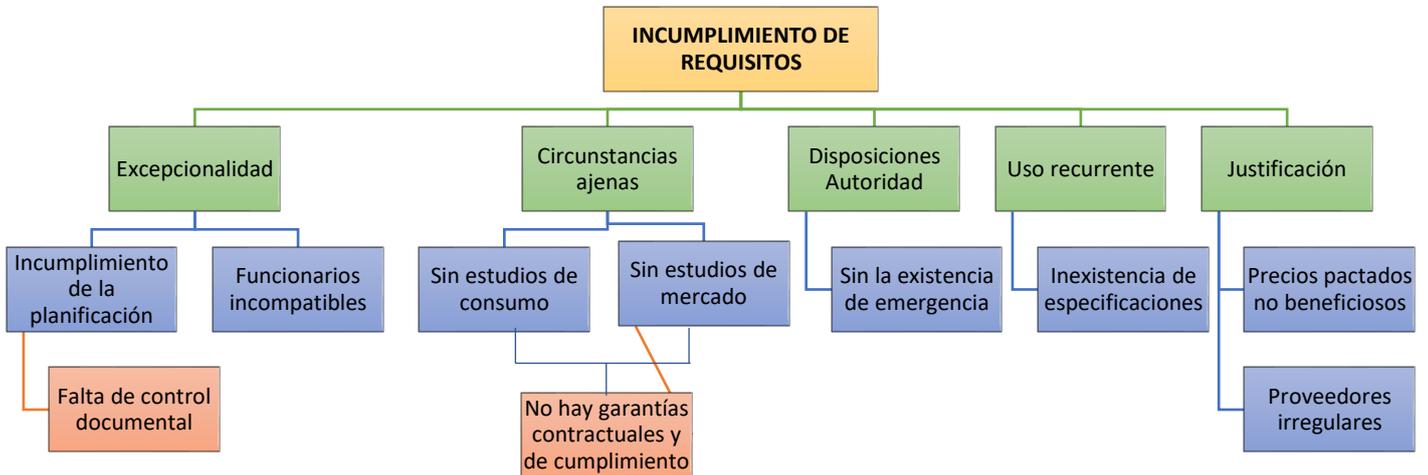


Grafico 3. Relación entre incumplimiento de requisitos y falencias

De conformidad a los requisitos de procedencia de la figura del convenio de pago establecidos por la PGE, en base al levantamiento de información de los 37 convenios de pago analizados por la Contraloría General del Estado en el examen especial, con los cuales se determinaron las 10 falencias o errores, se determina que el incumplimiento de los requisitos: (excepcionalidad, circunstancias ajenas, disposiciones autoridad, uso recurrente y justificación) procede de la incurrencia de diversas falencias, como se detalla a continuación:

- De la inobservancia del requisito de excepcionalidad deriva de forma independiente, en el incumplimiento de la planificación institucional y en la intervención de funcionarios incompatibles a los procesos de adquisición; considerando que la falta de planificación conlleva a la falta de control documental, lo cual incide en la falta de sustentos legales la procedencia del pago.

Andersson Junior Silva-Vargas; Diego Adrián Ormaza-Ávila

- De la inobservancia del requisito de las circunstancias ajenas, deriva de forma independiente, en la falta de estudios de consumo y estudios de mercado de los productos hacer adquiridos, la falta de los mismos conlleva a la inexistencia de garantías técnicas contractuales y de cumplimiento, lo cual pone en riesgo la calidad de los bienes, obras o servicios.
- De la inobservancia del requisito, disposición de la máxima autoridad previo a la suscripción del convenio de pago, de forma independiente tiene una ingerencia en la inexistencia de una emergencia institucional, esto sin duda alguna vulnera “el principio de seguridad jurídica, ya que la decisión de aplicar el convenio de pago” incurre en el reconocimiento de una obligación y por ende en la garantía de un derecho.
- De la inobservancia del requisito que los convenios de pago no deben ser usados recurrentemente deriva de forma independiente en la inexistencia de especificaciones técnicas y términos referencia, toda vez que, todo proceso contractual nace de las necesidades de la institución reflejadas” en el plan operativo anual y su plan anual de contrataciones”.
- De la inobservancia del requisito de justificación influye de forma independiente en que “los precios pactados en los convenios de pago” no son los beneficiosos para la institución, además que intervienen proveedores irregulares.

CONCLUSIONES

La falta de regulación normativa en la legislación ecuatoriana sobre el convenio de pago, incide en la errónea interpretación e inadecuada aplicación de las y los servidores públicos que adoptan, implementan y suscriben esta figura, como medio de pago ante “el incumplimiento de obligaciones derivadas de la contraprestación de bienes, obras o servicios, cuya consecuencia radica en la inobservancia y evasión de los procesos de contratación pública previstos en el Sistema Nacional de Contratación Pública, lo cual incurren en el presunto cometimiento de peculado, tipificado como

Andersson Junior Silva-Vargas; Diego Adrián Ormaza-Ávila

delito contra la Eficiencia de la Administración Pública, lo cual vulnera el derecho a la seguridad jurídica y trasgrede el principio de legalidad”.

La aplicación de los requisitos de procedibilidad del “convenio de pago establecidos por la Procuraduría General del Estado en sus pronunciamientos”, considerados vinculantes para las instituciones y organismos del sector público y privado que manejan recursos públicos, son ambiguos y carecen de validez jurídica, toda vez que, promueve la excesiva discrecionalidad e incompatibilidad en su aplicación, considerando la especialidad de las disposiciones jurídicas previas, claras y públicas en” la contratación pública prescritas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, la Codificación de las Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública”, supletoriamente al Código Orgánico Administrativo, Código Civil y las Normas de Control Interno, entre otras.

Es imperante reformar las disposiciones prescritas en “los artículos 116 y 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que dan fundamento legal al acto administrativo” que permite reconocer las obligaciones pendientes de pago mediante el convenio de pago, figura implementada por los pronunciamiento de la PGE, puesto que los requisitos de procedencia impiden la correcta aplicación de las etapas del ciclo presupuestario previsto y que son elemento clave en la planificación de las instituciones del Estado.

FINANCIAMIENTO

No monetario.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Católica de Cuenca; por motivar el desarrollo de la Investigación.

Andersson Junior Silva-Vargas; Diego Adrián Ormaza-Ávila

REFERENCIAS CONSULTADAS

- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP). Registro Oficial Suplemento 395 de 04-ago.-2008 Última modificación: 21-ago.-2018. Recuperado de <https://acortar.link/IDTBaG>
- Cabanellas de Torres, G. (2006). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* [Encyclopedic Dictionary of Common Law]. Argentina: Heliasta.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20-oct-2008 Última modificación: 13-jul-2011. Recuperado de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Recuperado de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_plani.pdf
- Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia N° 089-15-SEP-CC, caso N° 0759-13-EP*. Recuperado de <https://acortar.link/poqe1g>
- Contraloría General del Estado. (2019). *Consulta de informes aprobados* [Consultation of approved reports]. Obtenido de <https://www.contraloria.gob.ec/Consultas/InformesAprobados>
- Dirección Nacional de Auditorías Internas de la Contraloría General del Estado. (2019). Informe DNAI-AI-0231-2019. Recuperado de <https://acortar.link/JMdIIR>
- Dávila, C., P. O. (2019). El convenio de pago en la contratación pública [The payment agreement in public procurement]. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- García de Enterría, E. & Fernández, T. (2020). Curso de Derecho Administrativo I, Cap 1. La Administración como persona jurídica [Course on Administrative Law I, Chapter 1. The Administration as a legal entity]. Madrid: Aranzandi, S.A.U
- Lahera, E. (2004). *Política y políticas públicas* [Politics and public policies]. Obtenido de <http://hdl.handle.net/11362/6085>
- Ley Orgánica Reformativa al Código Integral Penal. Registro Oficial No. 107, 24 de diciembre 2019. Recuperado de <https://n9.ci/brn2o>

Andersson Junior Silva-Vargas; Diego Adrián Ormaza-Ávila

Parada Vázquez, R. (2019). Derecho Administrativo II. El acto administrativo [Administrative Law II. The administrative act]. Madrid: Dickinson.

Procuraduría General del Estado. (2010). *Absolución de Consultas [Consultation Absolution]*. Obtenido de <https://n9.cl/bzi67>

Procuraduría General del Estado. (2012). *Busqueda de Consultas Absueltas*. Obtenido de http://jufu1.pge.gob.ec:7782/sipge/consultas.principal_palabra

Servicio Nacional de Compras Públicas. (2015). Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador [Manual of Good Practices in Public Procurement for the Development of Ecuador]. Quito: Servicio Nacional de Compras Públicas.

Suarez, D. L., Perez, J. A., & Aguilar, J. L. (2016). Manual de Contratación Pública [Public Procurement Manual]. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.