



Universidad San Gregorio de Portoviejo

Departamento de Posgrado

Programa de Maestría en Derecho Procesal y Litigación Oral

Artículo profesional de alto nivel

“La última ratio del convenio de pago en la contratación pública y su incidencia en los altos niveles de corrupción en su aplicación”

Autores: Abg. Silvia Raquel Vélez Loor

Abg. José Miguel Mendoza Rodas

Tutor: Abg. Cristina Madelaine Vera Mendoza Mgs.

Portoviejo, 13 de agosto de 2021

Resumen

El presente artículo profesional es de revisión, en el cual se determina, mediante argumentos lógicamente expresados y debidamente respaldados que los convenios de pago, definidos por Oficio N° 15628 de 02/08/2010, de la Procuraduría General del Estado, consisten en una figura que se aplica excepcionalmente, en casos de emergencia, consistiendo éstas en aquellas generadas por acontecimientos graves, tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel, nacional, sectorial o institucional. En estos casos sucede que, por la catástrofe, contingencia o imprevisto, las autoridades competentes de una entidad pública, debidamente justificada, por no ser posible celebrar un contrato, adquieren lo necesario o contratan los servicios siendo obligación que, en lo posterior, la referida autoridad está obligada a arbitrar las medidas pertinentes y observar los procedimientos a fin de evitar a futuro, que se presten servicios o se asuman obligaciones sin el correspondiente respaldo contractual. El tema es actual e importante; estos convenios han elevado considerablemente los índices de corrupción. La Contraloría General del Estado ha detectado la utilización, por ejemplo, de pago sobrepagos en hospitales del IESS, determinándose mediante la revisión el incumplimiento de los objetivos de estos convenios, utilizándose los dolosamente, debido a la ausencia de reglamentación y control adecuado de éstos.

Abstract

This professional article is for review, in which it is determined, by means of logically expressed and duly supported arguments that the payment agreements, defined by Official Letter No. 15628 of 08/02/2010, of the State Attorney General's Office, consist of a figure that is applied exceptionally, in emergencies, consisting of those generated by serious events, such as accidents, earthquakes, floods, droughts, serious internal commotion, imminent external aggression, international war, natural catastrophes and others that come from force majeure or fortuitous event, at the national, sectorial or institutional level. In these cases, it happens that, due to the catastrophe, contingency or unforeseen event, the competent authorities of a public entity, duly justified, because it is not possible to enter into a contract, acquire the necessary or contract the services, being the obligation that, in the future, the aforementioned The authority is obliged to arbitrate the pertinent measures and observe the procedures in order to avoid in the future, that services are provided or obligations are assumed without the corresponding contractual support. The topic is current and important; these agreements have considerably increased corruption rates. The Office of the Comptroller General of the State has detected the use, for example, of payment of surcharges in IESS hospitals, determining by means of a review the breach of the objectives of these agreements, using them fraudulently, due to the absence of adequate regulation and control of these.

Palabras claves

Convenios de pago, entidad pública, autoridad, decisión administrativa, ausencia de respaldo contractual, emergencia, excepcionalidad, corrupción.

Keywords

Payment agreements, public entity authority, administrative decision, absence of contractual support, emergency, exceptionality, corruption.

I. Introducción

La evolución del proceso de contratación pública en el Ecuador, se manifestó en forma más coherente con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del R. O. N° 395 de fecha 4 de agosto del año 2008, normativa que, en su Art. 4 dispuso que para la aplicación de este Sistema y los contratos administrativos, debe observarse los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional, poniéndose énfasis en los considerandos de la ley que es necesario crear un sistema de contratación pública que articule y armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, 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. La referida ley, dentro de sus definiciones, contempladas en el Art. 8 contiene una serie de conceptos, principalmente, la contratación pública la cual se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluida la consultoría. Sin embargo, dentro de esta normativa no se contempla las situaciones de emergencia que generan convenios de pago, que se relacionan y tienen expresa concordancia con la fuerza mayor o caso fortuito, que el Código Civil ecuatoriano define en el Art. 30 cuando dispone que “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”. El Código Civil al referirse a las emergencias que se presentan cuando ocurre una fuerza mayor o un caso fortuito, las menciona a vía de ejemplo, porque los hechos imprevistos que sucederán no pueden enumerarse taxativamente. Necesario, sin embargo, es analizar la jurisprudencia y doctrina, esencialmente comparada, particularmente la de la República de Chile, debido a que nuestro Código Civil que comenzó a regir el año 1861, aplicó en su integridad el Código Civil de Chile de 1855, redactado por el jurista Dr. Andrés Bello, especialmente el Art. 45, que es el precepto que define a la fuerza mayor o caso fortuito, expresiones que no son sinónimas y que se analizarán en el cuerpo de este trabajo. Pero en materia de contratación pública y convenios de pago no se especifican ni definen las situaciones de emergencia que generan estos convenios, determinando solamente, la Procuraduría General del Estado, que el uso indebido de las emergencia, ha implicado que se incurra en graves irregularidades por no justificarse ésta, o simplemente, que se adquieren fraudulentamente productos con sobrepuestos, incidiendo notoriamente en los altos niveles de corrupción en su aplicación. De esta forma, los convenios de pago al no contar con un marco regulatorio adecuado son susceptibles de incurrir en corrupción, siendo notorios los casos ocurridos a nivel nacional.

2. Metodología

Se trata de un artículo de revisión cuya función es analizar, sintetizar y discutir las falencias de los convenios de pago en la contratación pública ecuatoriana, los cuales, debido a su falta de reglamentación y control, han contribuido en forma grave a la corrupción sin perjuicio que muchas instituciones públicas, en virtud de situaciones de emergencia, proceden conforme a derecho, arbitrando las medidas pertinentes y observando los procedimientos a fin de evitar, a futuro, que se presten servicios o se asuman obligaciones sin el correspondiente respaldo contractual.

3. Problema jurídico a tratar

El convenio de pago en la contratación pública ecuatoriana, según Oficio N° 15628 de 02/08/2010, de la Procuraduría General del Estado, es una figura que se aplica por excepción, cuando por circunstancias ajenas a la voluntad o decisión de la 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 los servicios o se asuman o se asuman obligaciones sin el correspondiente respaldo contractual y, al mismo tiempo, sin arbitrar las medidas pertinentes y observando los procedimientos a fin de evitar, a futuro, que se presten servicios o se asuman obligaciones sin el correspondiente respaldo contractual.

4. Marco teórico y discusión

4.1. Concepto de emergencia

Ante la falta de definición de emergencia y ausencia de jurisprudencia específica de la fuerza mayor y/o el caso fortuito, se ha recurrido a la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República de Chile, que, ampliamente trata las situaciones de emergencia y a la doctrina de los autores del país austral que esclarecen la materia, e incluso determinan los elementos esenciales que deben concurrir para que se produzca una situación de fuerza mayor o caso fortuito, expresiones que, en nuestro ordenamiento jurídico, son sinónimas.

Los civilistas chilenos Dres. Alberto Coustasse y Fernando Iturra, en su obra *El caso fortuito ante el Derecho Civil* indica que las expresiones “caso fortuito” y “fuerza mayor”, atendiendo a los más variados aspectos y persiguiendo siempre el interés práctico, se identifican con:

Acaso, accidental, accidente, acontecimiento, acto de autoridad, adventicio, aleatorio, alternativa, apresamiento, avenida, aventura, azar, buen padre de familia, calamidad, caso, casual, condición, contingencia, contingente, culpa, culpable, dolo, doloso, duda, enfermedad, epidemia, evento, eventualidad, extinción, fortuito, guerra, imposibilidad, imprevisto, inaparente, incendio, incertidumbre, incierto, inculpabilidad, indeterminado, mayor, muerte, naufragio, obligación, peligro, rayo, riesgo, ruina, saqueo, suceso, terremoto, ventura. (Coustasse & Iturra, 1958, pág. 66)

Pese a la amplia enumeración de situaciones de emergencia y los casos que generan responsabilidad civil como no actuar como un buen padre de familia, o el caso de la “avenida” que es un desborde de una vía fluvial, la enumeración de los casos de fuerza mayor o caso fortuito expuesta por los citados autores no es taxativa, faltando por ejemplo, los huracanes, los tornados, las erupciones volcánicas, los deslizamientos de tierras, las avalanchas, las lluvias torrenciales, incendios forestales, tsunamis, calentamiento global, etc.

En consecuencia, contemplar en la ley como situaciones de emergencia todos los fenómenos naturales es imposible, razón por la cual el jurista Dr. Andrés Bello, al redactar el Código Civil chileno, claramente, definió al caso fortuito o fuerza mayor como el imprevisto que no es posible resistir.

De conformidad a jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile, de 9 de septiembre de 1992, contenida en el Tomo I del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas:

De la definición de fuerza mayor o caso fortuito dada por el Código Civil, resulta que, para que tal evento ocurra, es necesaria la concurrencia, a lo menos, de tres requisitos: un hecho imprevisto, irresistible para el deudor y que no haya sido desencadenado por el hecho propio. La imprevisibilidad del caso fortuito significa que racionalmente no existe manera de anticipar su concurrencia o, más precisamente, que se desconozca con antelación la causa que lo provoca, razón por la cual el afectado no podrá deducirlo con un cierto grado de seguridad o certeza. Para prever una determinada situación es necesario que el agente se represente mentalmente como probable la causa y de ella pueda deducir el efecto, en este evento, el hecho constitutivo de caso fortuito. Por otra parte, la “irresistibilidad” significa que quien lo sufre sea incapaz de evitar su ocurrencia, como sucede, al decir del mismo Código, tratándose de un naufragio, un terremoto, un acto de autoridad. Finalmente, aún cuando la ley no lo especifique, el hecho no puede haber sido provocado por quien lo alega, puesto que ello implicaría exonerarse de responsabilidad por hecho propio y voluntario. (Corte Suprema de la República de Chile, 1996, pág. 204)

La jurisprudencia comparada de la Excm. Corte Suprema de la República de Chile es categórica en señalar que debido a su imprevisibilidad e irresistibilidad es imposible desconocer con antelación el hecho que provoca la emergencia.

Los mencionados civilistas chilenos Dres. Alberto Coustasse y Fernando Iturra, en su citada obra se refieren a la doctrina que trata el caso fortuito y la fuerza mayor como sinónimos, que sigue la tendencia del Código Civil francés de 1804 o Código de Napoleón y que se contiene en el Art. 30 de nuestro Código Civil, cuando expresan:

Para los civilistas franceses clásicos del siglo XIX Dres. Gabriel Baudry Lacantinerie, Charles Aubry, Charles Rau y René Demogue, las dos expresiones se refieren a la idea, encerrada en una fórmula única por el Art.1.147 del Código Civil francés, de una causa extraña que no puede serle imputada al deudor. Lo conforma el hecho de que el legislador emplea indistintamente ambas expresiones para referirse a esta fórmula [...] las expresiones caso fortuito y fuerza mayor son sinónimas. Ellas designan, conforme a la definición dada en el Derecho Romano, todo suceso que no puede prever o aquel que no se puede resistir, aun cuando no se hubiere previsto.(Coustasse & Iturra, 1958, pág. 67)

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en forma expresa, se refiere a las situaciones de emergencia en el numeral 31 del Art. 6, que dispone:

Art. 6.- Definiciones

31. Situaciones de emergencia: Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018, págs. 6 - 8)

En la Sección II *Contrataciones en situaciones de emergencia*, del Capítulo V *Procedimientos especiales*, el Art. 57, dispone:

Art. 57.- Procedimiento.- Para atender las situaciones de emergencia definidas en el número 31 del artículo 6 de esta Ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la

máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación. Dicha resolución se publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS.

La entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluido los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Podrá, inclusive, contrata con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías, los cuales se cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018, pág. 26)

Definida la emergencia, se analizarán los convenios de pago generados por las emergencias, ajustados a derecho y aquellos que han tenido incidencia en altos niveles de corrupción en su aplicación, lo que se analizará en el punto 4.4. de este artículo profesional de alto nivel, analizando, previamente, para tener una visión omnicomprensiva de la contratación pública en el Ecuador, el contrato y el convenio en el Derecho Civil, el contrato administrativo, el convenio de pago ajustado a Derecho y, finalmente, el convenio de pago contrario a derecho en la contratación pública, con la pronunciación que existe sobre la materia.

El jurista nacional Dr. Ricardo Mancheno, en su artículo *Compras públicas en estado de emergencia*, expresa que:

Mediante Acuerdo Ministerial N° 00126-2020 de 11 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud, declaró el estado de emergencia sanitaria en el Ecuador, debido a la pandemia del virus COVID-19. Posteriormente, mediante Decreto Ejecutivo N° 1017 de 16 de marzo de 2020, el Presidente de la República declaró el estado de excepción en todo el territorio nacional. Consecuentemente se ha dispuesto varias resoluciones y disposiciones de carácter administrativo para regular la gestión pública y los administrados [...] Dentro de estas resoluciones destacan las N°s RE-SERCOP-2020-0104 de 19 de marzo y RE.SERCOP-2020-015 de 6 de abril de 2020 [...] cuyos aspectos principales se enumeran a continuación:

- La entidad contratante debe declarar de forma expresa que existe una imposibilidad de llevar a cabo procedimientos comunes para superar la situación de emergencia, calificando esta situación a través de acto administrativo motivado que deberá ser publicado en el Portal de *COMPRAS PÚBLICAS*, y que constituirá requisito habilitante para continuar con las contrataciones de emergencia.
- El plazo de duración de la declaratoria de emergencia no podrá ser mayor a 60 días, salvo que se emita un nuevo Decreto Ejecutivo prorrogando o ampliando el estado de excepción.
- Para la contratación de obras, bienes o servicios en situaciones de emergencia, incluidos los de consultoría, se deberá verificar una relación directa y objetiva entre la situación de emergencia y la urgencia de efectuar un procedimiento de contratación para suplir una necesidad actual y emergente que haya surgido como resultado de la mencionada situación. Para toda contratación de emergencia será necesaria una certificación previa de disponibilidad presupuestaria.
- La compra emergente se hará a través de una selección de proveedores de forma ágil, rápida, transparente y sencilla, buscando obtener los mejores costos. Para tal efecto el ente u órgano central rector podrá consolidar la demanda de todos los órganos o entidades de cualquier naturaleza para realizar un procedimiento de selección único.
- En las contrataciones de emergencia para la adquisición de fármacos, dispositivos o insumos médicos, reactivos bioquímicos o de diagnóstico, y demás bienes estratégicos en salud, o la prestación de servicios de salud o exequiales; se dará por cumplido el análisis de la oferta de mercado cuando las entidades contratantes publiquen sus necesidades de contratación en su página web institucional; y, sobre la base de las propuestas que reciban, seleccionen las que más convengan a los intereses institucionales. Para estas contrataciones se considerará como parámetro indispensable la oferta y demanda que a esa fecha exista en el mercado.
- En las contrataciones de emergencia realizadas directamente por la entidad contratante (adquisición de bienes en el extranjero) no se requerirá la verificación de no existencia de producción u oferta nacional, ni la autorización de importación por parte del SERCOP.

- Todo contrato, orden de compra o factura generada en el marco de la declaratoria de emergencia deberá instrumentarse por escrito a través de medios físicos o electrónicos. Las entidades contratantes podrán perfeccionar los instrumentos por medio del uso o transmisión de mensajes de datos de conformidad con las disposiciones de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos. Cuando en las contrataciones de emergencia sea imposible acceder a servicios notariales, la entidad contratante, de manera excepcional y provisional, avalará con fedatarios administrativos aquellos documentos habilitantes necesarios para la suscripción de los contratos. Se permitirá la conformación de consorcios por instrumentos privados, los cuales se formalizarán por escritura pública una vez restablecidos los servicios notariales. Los contratos que por disposición de la ley requieran ser protocolizados se ejecutarán desde su suscripción y se protocolizarán posteriormente. Actualmente, ciertas notarías han sido habilitadas para este propósito, entre otros.
- En las contrataciones en situación de emergencia el SERCOP podrá en cualquier momento iniciar las acciones de control necesarias para garantizar el cumplimiento de la normativa emitida.
- Las normas que regulan la asociatividad temporal para efectuar compras corporativas entre entidades contratantes no serán aplicables a los casos de compras centralizadas (corporativas) de emergencia.
- En caso de declaratorias de emergencia emitidas y publicadas por las entidades contratantes hasta antes de la vigencia de la Resoluciones, tendrán la obligación de cumplir y adaptarse a las disposiciones de éstas.(Mancheno, 2020, págs. 3 - 5)

Claramente en las resoluciones N°s RE-SERCOP-2020-0104 de 19 de marzo y RE.SERCOP-2020-015 de 6 de abril de 2020 se regula el procedimiento de las contrataciones de emergencia, y, en el Acuerdo Ministerial N° 00126-2020 de 11 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud, que declaró el estado de emergencia sanitaria en el Ecuador, debido a la pandemia del virus COVID-19 y el Decreto Ejecutivo N° 1017 de 16 de marzo de 2020, donde el Presidente de la República declaró el estado de excepción en todo el territorio nacional, queda de manifiesto que la emergencia del COVID 19, por razones obvias, no se incluía, expresamente, en la enumeración de las emergencias del numeral 31 del Art. 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en forma expresa, destacando que se comprende como emergencia este imprevisto cuando la disposición se refiere expresamente a **“otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva”**

Las normas expresas, en consecuencia, que rigen los convenios de pago son los Arts. 6 N° 32 y 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, los Arts. 113 inciso 3 y 115 del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y las Resoluciones N°s RE-SERCOP-2020-0104 de 19 de marzo y RE.SERCOP-2020-015 de 6 de abril de 2020, transcritas anteriormente.

La motivación de un convenio de pago, entre otras, de acuerdo a las Resoluciones N°s RE-SERCOP-2020-0104 de 19 de marzo y RE.SERCOP-2020-015 de 6 de abril de 2020, son, entre otras: a) verificar una relación directa y objetiva entre la situación de emergencia y la urgencia de efectuar un procedimiento de contratación para suplir una necesidad actual y emergente que haya surgido como resultado de la mencionada situación. Para toda contratación de emergencia será necesaria una certificación previa de disponibilidad presupuestaria; b) La compra emergente se hará a través de una selección de proveedores de forma ágil, rápida, transparente y sencilla, buscando obtener los mejores costos. Para tal efecto el ente u órgano central rector podrá consolidar la demanda de todos los órganos o entidades de cualquier naturaleza para realizar un procedimiento de selección único y c) en las contrataciones de emergencia para la adquisición de fármacos, dispositivos o insumos médicos, reactivos bioquímicos o de diagnóstico, y demás

bienes estratégicos en salud, o la prestación de servicios de salud o exequiales; se dará por cumplido el análisis de la oferta de mercado cuando las entidades contratantes publiquen sus necesidades de contratación en su página web institucional; y, sobre la base de las propuestas que reciban, seleccionen las que más convengan a los intereses institucionales. Para estas contrataciones se considerará como parámetro indispensable la oferta y demanda que a esa fecha exista en el mercado.

Los casos de corrupción más graves se relacionan con el literal c) del párrafo anterior, en el cual la adquisición de fármacos, dispositivos o insumos médicos, reactivos bioquímicos o de diagnóstico, y demás bienes estratégicos en salud, fueron hechas con sobreprecios que generaron ingresos indebidos e ilegales por varios millones de dólares en los Hospitales del IESS, conforme se expone en el punto 4.5 de este artículo.

Respecto de la interpretación de las normas, se generan varias situaciones como irregularidades administrativas cuando se otorga un plazo para que se celebre el contrato, de conformidad a lo que dispone el Art. 113 inciso 3 y el Art. 115 del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pero como este trabajo se refiere a los indicios de corrupción en esta clase de contrataciones, en el punto 4.5. de este trabajo se invoca pronunciamiento expresa donde Contraloría General del Estado ha determinado diversos casos de corrupción generados en relación a convenios de pago.

4.2. Concepto de contrato, convención y convenio

El término “contrato”, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, se define como: “2. *Der.* Aquel por el cual una persona se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio a otro mediante un precio” (Real Academia Española, 1992, pág. 395); el mismo diccionario, por su parte, al definir los términos “convención” y “convenio”, lo hace en términos sinónimos, cuando expresa que: “Convención: (Del lat. *conventio* – *ōnis*) f. ajuste y concierto entre dos o más personas o entidades” y “Convenio: (De *convenire*) m. Ajuste. Convención. (Real Academia Española, 1992, pág. 397)

De acuerdo al referido diccionario, el término **contrato** es similar al de **convención** y **convenio**, porque al contenerse en la definición de contrato, la expresión “que una persona se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio a otro mediante un precio”, haciéndose, con ello, referencia a la voluntad de obligarse como elemento esencial del contrato, lo que, igualmente se considera en la expresión **concierto** con que se define a la convención, acepción que, de acuerdo al señalado diccionario significa: “2. Ajuste o convenio de dos o más personas o entidades sobre alguna cosa” (Real Academia Española, 1992, pág. 374). En consecuencia, de acuerdo a los significados de las tres palabras existe, entre ellas, una similitud que dilucidan las normas de interpretación del Código Civil ecuatoriano, en el numeral 2° de su artículo 18 que dispone: “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”. (H. Congreso Nacional, 2005, pág. 14)

Si bien, las palabras “contrato” o “convención” se utilizan como sinónimas en el Art. 1454 del Código Civil, el Art. 125 del Código Orgánico Administrativo, por su parte, define al **contrato administrativo** como: “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”. (Código Orgánico Administrativo, 2017, pág. 23)

Respecto de lo expuesto en el párrafo precedente, la doctrina comparada es tajante en determinar que en los contratos administrativos deben, necesariamente, respetarse los intereses de la administración como el de los particulares, de conformidad a lo que expresa la jurista brasileña Mgr. Aline Lícia Klein, en su obra *Los vicios del contrato administrativo*, cuando indica, con claridad meridiana:

En las licitaciones públicas y los contratos administrativos, existe una combinación de la actividad administrativa con la actuación de las personas, y los intereses de ambos deben protegerse como tales. El particular asume el cargo de colaborador de la Administración, La supremacía del interés público, en el Estado Democrático de Derecho, nunca puede significar la aniquilación de los intereses de los individuos frente a los que ostenta el Estado. En este contexto, junto al principio de legalidad administrativa, surgen como dignos de protección los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima de los administrados. La estabilización de las relaciones jurídicas administrativas es un objetivo a perseguir en las controversias en torno a los contratos administrativos. (Klein, 2005, págs. 3 - 4)

En concordancia con lo anteriormente expuesto, las normas civiles se aplican supletoriamente en la contratación pública, de conformidad a Oficio del Servicio Nacional de Contratación Pública N° SERCOP-CGAJ-2020-0449-OF, que expresa:

La naturaleza de la supletoriedad de la materia civil en la contratación pública, se encuentra estipulada en los artículos 66 y 112 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al disponer que los contratos públicos previstos en la LOSNCP, se regirán por las normas de la Ley ibídem, su Reglamento General, por la normativa que emita el SERCOP, y supletoriamente, por las disposiciones del Código Civil en lo que sea aplicable [...] el Código Civil ha regulado elementos esenciales en todo contrato, siendo los siguientes: **i) la manifestación de voluntad o consentimiento libre de vicios, ii) la capacidad de los sujetos intervinientes; iii) el objeto lícito física y jurídicamente posible, y iv) las solemnidades de cada caso.** Siguiendo esta línea, se puede colegir que uno de los principios generales del Derecho que marcan la formación y ejecución de los contratos es el de autonomía de la voluntad [...] En este sentido resulta imprescindible, aclarar que los contratos administrativos sometidos a la LOSNCP deben cumplir de forma estricta con los elementos esenciales de todo contrato, definidos por el artículo 1461 del Código Civil; por lo que, la manifestación de libertad libre de vicios y el principio de autonomía de la voluntad de las partes son elementos aplicables supletoriamente a los contratos administrativos, claro está con las limitaciones en materia de contratación pública que se encuentran en la LOSNCP, su Reglamento General y normativa conexa, especialmente en lo contenido en los artículos 64, 65 y 68 de la Ley ibídem (Servicio Nacional de Contratación Pública, 2020, págs. 7 - 8)

Mediante esta exposición normativa y doctrinaria, se ha demostrado que uno de los elementos esenciales de un contrato, sin distinciones, es la manifestación de voluntad de los contratantes, sin perjuicio que, en los contratos administrativos, necesariamente, una de las partes debe ser quien ejerce una función de administración pública.

4.3. Contrato administrativo

La definición de contrato administrativo, contemplada en el Art. 125 del Código Orgánico Administrativo, emana de la expuesta por el jurista argentino Dr. Roberto Dromi, que lo define como: “toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos

personas, una de las cuales está en ejercicio de la función administrativa”. (Dromi, 1996, pág. 307)

Las definiciones de contrato, contemplada tanto en el Código Civil como en el Código Orgánico Administrativo y expuestas por el Dr. Dromi, tienen como común denominador el elemento esencial que es la voluntad de los contratantes; en materia civil entre dos o más sujetos de derecho, y, en materia administrativa, donde uno de los sujetos de derecho que participa en el respectivo acuerdo de voluntades, por expresa disposición del COA, necesariamente debe ejercer una función administrativa.

La contratación pública en el Ecuador, según expresa el jurista nacional, abogado y Mgr. en Derecho Administrativo, Rafael Andrés Cocíos Núñez, en su tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Máster en Derecho Administrativo en el Colegio de Posgrados de la Universidad San Francisco de Quito, titulada *La Contratación Pública en Situaciones de Emergencia en el Ecuador*, ha evolucionado, consagrando una serie de principios expresa:

En materia de Contratación Pública, el Ecuador, antes de la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no contaba con una legislación ágil, transparente y moderna que responda eficientemente a la realidad y que frene las continuas prácticas corruptas, todo lo cual desanimaba a los contratistas a intervenir en los procesos de contratación pública. Con la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se concibió a la contratación pública como un sistema o “conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes”. (Cocíos Núñez, 2015, págs. 20 -21)

4.4. El convenio de pago en la contratación pública

Los convenios de pago, según Oficios N°s 15844, de 12 de agosto de 2010 y N° 15628 de 2 de agosto de 2010 de la Procuraduría General del Estado, no son contratos, cuando expresa:

- a) **Convenio de pago: servicios prestados por contratistas Of. PGE. N° 15844 de 12 de agosto de 2010, consultante Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca: Pronunciamiento:** Es pertinente advertir que el convenio de pago es una figura que se aplica por excepción, cuando por circunstancias ajenas a la voluntad o decisión de la entidad debidamente justificadas, no hubiere sido posible celebrar un contrato observando todas las formalidades previas, por lo que en lo posterior, el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca deberá adoptar las medidas pertinentes y observar los procedimientos previos, a fin de evitar a futuro, que se reciben servicios o en general se asuman obligaciones, sin el correspondiente respaldo. En consecuencia, corresponde a la Auditoría del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, ejercer el control correspondiente de los procedimientos adoptados con respecto al tema que motiva la consulta que se absuelve en el presente pronunciamiento. El Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, para efectos de control posterior, deberá informar a la Procuraduría General del Estado y a la Contraloría General del Estado, de cualquier convenio de pago que se celebre teniendo como antecedente la absolución de esta consulta (Procuraduría General del Estado, 2010, pág. 2)
- b) **Convenio de pago: sin respaldo contractual Of. PGE N° 15628 de 2 de agosto de 2010. Consultante Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas.- Pronunciamiento:** 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 entidades 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, pág. 1)

En forma clara y categoría, de acuerdo a los oficios transcritos, se establece que los convenios de pago no constituyen ni un contrato, convención o convenio porque en ellos faltan los elementos esenciales de todo contrato, expuestos anteriormente, i) la manifestación de voluntad o consentimiento libre de vicios, ii) la capacidad de los sujetos intervinientes; iii) el objeto lícito física y jurídicamente posible, y iv) las solemnidades de cada caso.

En el caso de los convenios de pago especificados en los literales a) y b) anteriores, se trató de convenios de pago en los cuales, por circunstancias ajenas a la voluntad del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca y de la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas, se autorizó el procedimiento, con la salvedad y condición que, en el futuro se presten servicios o se asuman obligaciones sin el correspondiente respaldo contractual.

Coincide lo expuesto en el párrafo anterior lo expuesto en los Oficios N°s 15844, de 12 de agosto de 2010 y N° 15628 de 2 de agosto de 2010 de la Procuraduría General del Estado, en los cuales expresa que por circunstancias ajenas a la voluntad o decisión de las autoridades competentes de la entidades esté debidamente justificado, que no fue 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.

A los convenios de pago en la contratación pública, se refiere el Art. 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que dispone:

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 contra-prestación, 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.

El registro de obligaciones deberá ser justificado para el numeral 1 y además comprobado para el numeral 2 con los documentos auténticos respectivos. Para estos efectos, se entenderá por documentos justificativos, los que determinan un compromiso presupuestario y, por documentos comprobatorios, los que demuestran la entrega de las obras, los bienes o servicios contratados. (Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, 2010, págs. 36 - 37)

La disposición transcrita se refiere al procedimiento legal de los convenios de pago, disposición que coordina con el el inciso 3° del Art. 113 del Reglamento de la Ley Orgánica de Contratación Pública, que se refiere a los convenios de pago ajustados a Derecho, cuando dispone

Adjudicado el contrato, el adjudicatario o su representante debidamente autorizado, deberá suscribir el contrato dentro del término previsto en los pliegos o en la Ley, para lo cual la entidad contratante le notificará señalando la fecha para hacerlo, que no podrá exceder de quince (15) días término siguientes a la fecha de adjudicación, excepción hecha para el caso de que el adjudicatario sea un consorcio o asociación, en cuyo caso tendrá quince días adicionales para la formalización de dicha asociación. (Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009, pág. 35)

En el caso sub júdice el adjudicatario o su representante legal debidamente autorizado está obligado a suscribir el contrato dentro del término previsto en los pliegos o en la ley que no podrán exceder de 15 días siguientes a la fecha de adjudicación y en el evento que sea un consorcio o asociación se otorga 15 días adicionales para la formación de dicha asociación.

El Art. 115 del Reglamento de la Ley Orgánica de Contratación Pública regula el caso en que la entidad contratante no suscriba el contrato después de vencido el término a que alude el Art. 113 del señalado reglamento, ya explicado anteriormente, el Art. 115, dispone:

Art. 115.- Falta de suscripción por la entidad contratante.- En caso de que la Entidad contratante no cumpla con la suscripción del contrato después de vencido el término de 15 días, el oferente la requerirá mediante comunicación escrita para que lo haga en un nuevo término que no deberá exceder de los diez (10) días. Vencido el término sin que la entidad haya suscrito el contrato, el oferente tendrá la opción de solicitar se deje sin efecto la adjudicación realizada a su favor, debiendo la entidad reconocer los costos de preparación de la propuesta y los gastos financieros que acredite el oferente adjudicatario. La entidad podrá repetir contra el o los responsables del retardo por los perjuicios que sufra. (Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009, pág. 35)

Estos convenios de pago, de conformidad a lo expuesto, pueden estar ajustados a la legalidad, cuando se procede conforme dispone el señalado Oficio N° 15628 de 02/08/2010 Asesoría Jurídica, Agosto 2010”, es decir, cuando la entidad pública justifica su decisión en la que manifiesta la imposibilidad de celebrar un contrato, arbitrando todas las medidas que correspondan y los procedimientos previos pertinentes para que no se asuman, en el futuro, obligaciones que carezcan de respaldo contractual.

Sin embargo, el mayor defecto de estos convenios, según expresa la Prefecta Provincial del Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Esmeraldas, Ingeniera Lucía Sosa de Pimentel en Resolución administrativa P-GADPE-2018-001, citando al jurista nacional Dr. Pablo Oswaldo Dávila, en su obra *Teoría general de la contratación pública ecuatoriana*:

En realidad existe escasa información sobre la utilización de esta figura jurídica, el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas tan sólo brinda sustento legal necesario para su aplicabilidad, ello genera cierto nivel de desorientación para los servidores públicos respecto de cuándo y cómo utilizar el convenio, consultas formuladas a la Procuraduría General del Estado, las cuales reflejan de cierto modo, el temor de las autoridades a acogerse a esta figura jurídica como instrumento legal para extinguir obligaciones contraídas a nombre de la Administración Pública; con dichas consultas formuladas la Procuraduría ha ido desarrollando de mejor manera la aplicabilidad de la figura del convenio de pago. (Sosa de Pimentel, 2018, pág. 3)

A los convenios de pago en la contratación pública, se refiere el Art. 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que dispone:

Art. 117.- Obligaciones.- La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos:

3. Cuando ineludiblemente por excepción deban realizarse pagos sin contra-prestación, de acuerdo con lo que dispongan las normas técnicas de presupuesto que dicte el ente rector de las finanzas públicas; y,
4. Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo.

El registro de obligaciones deberá ser justificado para el numeral 1 y además comprobado para el numeral 2 con los documentos auténticos respectivos. Para estos efectos, se entenderá por documentos justificativos, los que determinan un compromiso presupuestario y, por documentos comprobatorios, los que demuestren la entrega de las obras, los bienes o servicios contratados. (Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, 2010, págs. 36 - 37)

La disposición transcrita se refiere al procedimiento legal de los convenios de pago en la, coordina con la anterior disposición en un proceso regular de convenios de pago, el inciso 3° del Art. 113 del Reglamento de la Ley Orgánica de Contratación Pública, que dispone:

Adjudicado el contrato, el adjudicatario o su representante debidamente autorizado, deberá suscribir el contrato dentro del término previsto en los pliegos o en la Ley, para lo cual la entidad contratante le notificará señalando la fecha para hacerlo, que no podrá exceder de quince (15) días término siguientes a la fecha de adjudicación, excepción hecha para el caso de que el adjudicatario sea un consorcio o asociación, en cuyo caso tendrá quince días adicionales para la formalización de dicha asociación. (Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009, pág. 35)

El Art. 115 del Reglamento de la Ley Orgánica de Contratación Pública, regula la falta de suscripción por la entidad contratante, cuando dispone

Art. 115.- Falta de suscripción por la entidad contratante.- En caso de que la Entidad contratante no cumpla con la suscripción del contrato después de vencido el término de 15 días, el oferente la requerirá mediante comunicación escrita para que lo haga en un nuevo término que no deberá exceder de los diez (10) días. Vencido el término sin que la entidad haya suscrito el contrato, el oferente tendrá la opción de solicitar se deje sin efecto la adjudicación realizada a su favor, debiendo la entidad reconocer los costos de preparación de la propuesta y los gastos financieros que acredite el oferente adjudicatario. La entidad podrá repetir contra el o los responsables del retardo por los perjuicios que sufra. (Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009, pág. 35)

Las disposiciones transcritas se refieren a inconvenientes administrativos que generan la extinción de un convenio de pago, otorgándose al oferente un término extra de diez días para que suscriba el contrato, debiendo la entidad reconocer los costos de preparación de la propuesta y los gastos financieros que acredite el oferente adjudicatario. La entidad podrá repetir contra el o los responsables del retardo por los perjuicios que sufra, pero este procedimiento trata de convenios en los que no ha mediado, obviamente, corrupción.

4.5. El convenio de pago contrario a derecho en la contratación pública

La catedrática española de Derecho Administrativo de la Universidad de Burgos, Dra. Teresa Medina Arnáiz, en su artículo *Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública*, al referirse a la corrupción en la contratación pública, indica:

La corrupción en la contratación pública se materializa a partir de una serie de actuaciones de distinta naturaleza que, o bien suponen la quiebra de la legalidad o bien la quiebra de la imparcialidad, pero que, en cualquier caso, implican la adopción por parte de los servidores públicos de decisiones que se desvían del objetivo propio de la actuación administrativa —que es el interés general— para obtener alguna clase de beneficio para sí o para un tercero. (Medina Arnáiz, 2010, pág. 7)

En el caso de los convenios de pago en la contratación pública, la quiebra de la legalidad se produce deliberadamente, obviando el proceso licitatorio sustentados en una situación de emergencia, sin que se procure 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. Es un procedimiento que, simplemente, prescinde del proceso licitatorio para celebrar, con posterioridad, un contrato administrativo basado en una situación de emergencia, a la cual se refiere el jurista nacional y catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador

Los servidores públicos, cuyas actuaciones administrativas van directamente vinculadas con un principio de legalidad consagrado en la constitución de la República del Ecuador, se encuentran en la plena posibilidad legal de poder aplicar bajo consideraciones discrecionales al momento de resolver la adquisición de un bien o servicio, desviando su deber objetivo y responsable de cumplir con lo que dice la norma, al tener esta vía del convenio de pago cuya vigencia y aplicación ha permitido una violación directa a los diferentes principios de la contratación pública que al final de dicho resultado se ven un sinnúmero de beneficios a diferentes proveedores que perjudican en la mayoría de los casos los intereses institucionales y dentro del marco de responsabilidades pueden generar incluso indicios que pueden conllevar a una investigación penal puesto que no existe un análisis o cotización de precios, afectando cada vez más a la lucha contra la corrupción que enuncia dentro de sus considerandos la Constitución de la República del Ecuador.

Al considerar el tema como de ultima ratio dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, mediante estos convenios de pago, se atenta contra el principio de legalidad de las actuaciones de la administración pública, resultando que los pagos bajo esta vía, debido a su irregularidad han impedido principalmente por parte de la ausencia de publicación de los instrumentos en el portal de compras públicas, con la finalidad de poder controlar el abuso de la aplicación de este procedimiento de pago cuyas responsabilidades podrían acarrear las sanciones administrativas, civiles y penales.

El Informe de la Dirección Nacional de Auditorías Internas [DNAI] de la Contraloría General del Estado DNAI-AI-0231-2019 Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS informe general, se refiere en más de 500 páginas a 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, su origen, desembolso, utilización y registro, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2015 y el 30 de junio de 2018, determinándose las siguientes irregularidades**

1. Adquisición de medicamentos mediante suscripción de convenios de pago con 7 proveedores intermediarios sin la existencia de una emergencia y eludiendo los procedimientos de contratación pública con precios pactados que no fueron los más beneficiosos para la entidad;
2. En el Hospital de Especialidades Médicas Teodoro Maldonado Carbo se realizaron 241 adquisiciones de dispositivos médicos e insumos emergentes mediante suscripción de

- convenios de pago sin estudios previos de consumo y rotación mismos que no fueron utilizados para el objetivo que fueron requeridos;
3. Falta de desglose de rubros y materiales utilizados y planos de distribución en el 435 servicio de adquisición, instalación y mantenimiento correctivo del sistema de iluminación exterior e interior en el Hospital Teodoro Maldonado Carbo;
 4. Falta de ejecución del Plan Anual de Contratación del 2018 del Hospital de 447 Especialidades Teodoro Maldonado Carbo Inadecuado registro contable de los Convenios de Pago en el Hospital de 458 Especialidades Médicas Teodoro Maldonado Carbo;
 5. No se realizó la entrega recepción de los documentos y archivos de soportes de los 463 trámites de Convenios de Pago en el Hospital de Especialidades Teodoro Maldonado Carbo;
 6. Ejecución de adecuaciones no programadas en la bodega del Hospital General 467 Machala canceladas mediante la suscripción de convenio de pago;
 7. Falta de planificación para la previsión del servicio de alimentación en el Hospital 489 General de Manta;
 8. Falta de oportunidad en la contratación del servicio de seguridad y vigilancia derivó 497 en la suscripción de tres convenios de pagos en el Hospital Básico Chone;

Motivo del examen: El examen especial 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, se realizó de conformidad a la Orden de Trabajo 0001 -IESS-AI-2018-I de 3 de septiembre de 2018, suscrita por el Auditor Interno del IESS y con cargo a imprevistos del Plan de Control del año 2018 de la Unidad de Auditoría Interna del IESS y modificaciones autorizadas por el Director Nacional de Auditorías Internas mediante oficios 38665. 39446 y 40819-DNAI de 28 de septiembre de 2018, 3 de octubre de 2018 y 12 de octubre de 2018, en su orden.

Objetivo del examen Determinar la legalidad del 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, su origen, desembolso, utilización y registro.

Alcance del examen Comprendió 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, su origen, desembolso, utilización y registro, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2015 y el 30 de junio de 2018, determinándose las irregularidades señaladas en los puntos 1 a 8 anteriores.

Efectos del informe, respecto del Hospital Teodoro Maldonado Carbo de Guayaquil.

Según Boletín de Prensa de la Fiscalía General del Estado N° 376-DC-2021, Guayaquil, de 20 de abril de 2021:

La audiencia de evaluación y preparatoria de juicio por presunta delincuencia organizada para la compra de insumos médicos, adquiridos entre 2015 y 2019, en el Hospital del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) Teodoro Maldonado Carbo, se instaló la mañana del lunes 19 de abril, en la Unidad Judicial Sur Valdivia. En la diligencia, que inició a las 08:30 y se desarrolló hasta pasadas las 19:30, se analizaron los vicios de procedimiento, procedibilidad, prejudicialidad y competencia. El juez Patricio Vidal declaró válido el proceso, dando paso a que Fiscalía sustente y fundamente su dictamen acusatorio en contra de las dieciséis personas que son procesadas en este caso. El Juez de Garantías Penales suspendió la audiencia y dispuso su reinstalación para el próximo viernes 23 de abril, a partir de las 08:30. **Antecedente:** El 5 de junio de 2020, en operativos liderados por Fiscalía, en coordinación con la Policía Nacional, varias personas fueron detenidas en distintos sectores de Guayaquil, como La Garzota, Puerto Santa Ana, Vernaza Norte y en urbanizaciones privadas en las vías a Daule, Samborondón y Salinas. Entre los procesados constan Luis Enrique J. Z. (ex director de la casa de salud), Esteban Raúl S. M., Jorge Josué H. A. y Xavier V. R. (ex funcionarios) y varias personas naturales y representantes de compañías proveedoras de insumos médicos. La Fiscalía investiga a una presunta organización delictiva que habría comercializado insumos médicos con sobreprecio. El perjuicio económico sería de casi 12 millones de dólares, mediante 18 órdenes de pago. **Información jurídica:** Fiscalía procesa este caso con base en lo dispuesto en el artículo 369 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), que sanciona el delito de delincuencia organizada con pena privativa de libertad de siete a diez años. (Fiscalía General del Estado, 2021, págs. 1 - 3)

En audiencia de vinculación, realizada en la Unidad Judicial Valdivia, al sur de Guayaquil, el fiscal Nelson Macías presentó los indicios y elementos recaudados en la fase investigativa iniciada y que demostrarían la presunta participación de los ahora procesados en los hechos indagados, determinándose que en el Hospital Teodoro Maldonado Carbo de Guayaquil, uno de los más grandes del IESS, en el cual con fecha 3 de agosto de 2021, la Contraloría General del Estado encontró irregularidades en doce convenios de pago por US\$ 17.500.000 (Diecisiete millones quinientos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) en que se mal utilizó convenios de pago entre los años 2018 hasta julio de 2020 sustentados en casos excepcionales de emergencia y sobre precios por adquisición de fármacos, lo que da a entender que la falta de regulación y control de los convenios de pago determinaron la existencia de obligaciones sin respaldo contractual y sobreprecios que incidieron en los altos niveles de corrupción que se generaron por el uso indebido de estos convenios de pago.

Boletín de Prensa FGE N° 194-DC-2021 de 26 de febrero de 2021, caso de peculado Hospital Teodoro Maldonado Carbo.

En varios allanamientos ejecutados la noche del jueves 25 de febrero en Guayaquil, tres personas fueron detenidas por su presunta participación en delito de peculado en la compra de insumos médicos al Hospital Teodoro Maldonado Carbo, del Instituto Ecuatoriano de Seguro Social (IESS), en un contrato correspondiente al 2018. La acción, que contó con la participación de varios agentes fiscales y personal de la Unidad de Delitos Aduaneros y Tributarios de la Policía Nacional, se desarrolló en las urbanizaciones Puerto Azul y Los Ángeles, y en la parroquia Febres Cordero, todas en Guayaquil. En los lugares fueron detenidos dos exfuncionarios de la casa de salud, identificados como César Antonio T. G. y Juan Vicente M. A. (exdirector y exmiembro de Comisión Técnica del Hospital, respectivamente), y del proveedor, Juan Pablo J. D. (ciudadano extranjero). El fiscal de la Unidad de Administración Pública, César Suárez Pilay, investiga un presunto delito de peculado a la casa asistencial, tras un Informe de Indicios de Responsabilidad Penal emitido por la Contraloría General del Estado, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de octubre de 2019. La investigación se centró en un contrato del año 2018, valorado en 938.969 dólares, destinado para la compra y adquisición de insumos médicos correspondientes a cánulas de que del, filtro bacteriano, humidificador descartable y estéril, sondas, filtro higroscópico, entre otros productos, destinados para la Unidad de Terapia Respiratoria del centro hospitalario. El perjuicio económico sería de más de \$302.000,00. Los detenidos fueron trasladados a la Unidad de Flagrancia Cuartel

Modelo para la correspondiente audiencia de formulación de cargos.(Fiscalía General del Estado, 2021, págs. 1 - 3)

Aparte de los hechos por los cuales se procesó a más de dieciséis personas, informe periodístico de redacción la Revista Vistazo, de reciente 03 de junio de 2021, publicó la noticia que, en el hospital Teodoro Maldonado Carbo se detectaron múltiples irregularidades durante el punto más álgido de la pandemia de Covid-19 en Guayaquil, en 2020. De hecho, la casa de salud se convirtió en uno de los hospitales en donde se detectaron más delitos relacionados a la compra y venta de insumos médicos para atender a pacientes infectados con el coronavirus.(Informe de redacción Revista Vistazo, 2021, pág. 1)

En cuanto a la motivación que generó los convenios de pago delictuales, simplemente obedeció a la intervención de una asociación ilícita que se lucraba con procesos fraudulentos que han generado que se someta a procesos a una serie de personas, entre ellos ex servidores del señalado hospital por hechos absolutamente comprobados.

En relación a un aporte que podría dar solución a esta problemática, claramente existe un procedimiento de convenios de pago que, simplemente, fue mal utilizado por los delincuentes y no controlado, por las autoridades del Hospital, debido a que el propio director del establecimiento era uno de los principales involucrados, la única solución es que Contraloría General del Estado revise mensualmente todos los convenios de pago existentes con los correspondientes respaldos y adquisiciones, ya que los particulares e incluso otros servidores del hospital, no tienen acceso a esta información.

Conclusiones

PRIMERA.- No existe una norma dentro del ordenamiento jurídico que permita regular en forma asidua y permanente, las condiciones y procedimiento previo o posterior que permita o prohíba la aplicación del convenio de pago como figura jurídica para realizar los pagos de la adquisición de un bien o servicios en la administración pública.

SEGUNDA: Los diversos Órganos de Control, han emitido un sin número de recomendaciones dentro de informe definitivos, como ocurre, por ejemplo, con la Contraloría General de Estado, donde se recomienda el no uso o el uso como última instancia del pago de compromisos presupuestarios por la modalidad de convenio de pagos, incluso en ciertos casos emitiendo informe de responsabilidad penal a diferentes funcionarios por adquirir bienes y servicios favoreciendo a un proveedor al evadir los procedimientos precontractuales determinados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de contratación Pública y por existir un beneficio económico por tener dichos bienes o servicios valores elevados en relación a los estudios de mercados realizadas en cada examen.

TERCERA: Al existir un instrumento jurídico que puede ser discrecional su uso por no existir una norma que lo regule adecuada y acuciosamente, los índices de corrupción son más elevados en el Ecuador.

CUARTA: Es imperiosamente necesaria la promulgación de una norma que regule este tipo de instrumentos jurídicos para el pago respectivo, que permita a los funcionarios públicos honestos

aplicar las norma adecuadas bajo los procedimientos precontractuales determinados en la LOSNCP y su reglamento de exista un procedimiento administrativo, ante la Contraloría General de Estado, donde las partes tengan derecho al debido proceso y al derecho a defensa, en cuyas etapas procesales administrativas los supuestos responsables, puedan acreditarla buena fe, así como el uso racional y ajustado a derecho de convenio de pago utilizado.

REFERENCIAS

Cocós Núñez, R. A. (2015). *La Contratación Pública en Situaciones de Emergencia en el Ecuador*. Quito: Colegio de Posgrados de la Universidad San Francisco de Quito.

Código Orgánico Administrativo. (2017). Quito: Suplemento Registro Oficial N° 31 de 07 de julio de 2017.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Publicas. (2010). Quito: Registro Oficial Suplemento 306 de 22-oct.-2010.

Corte Suprema de la República de Chile. (1996). *Jurisprudencia de 9 de septiembre de 1992, Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas, Código Civil y Leyes Complementarias, Tomo I*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Coustasse, A., & Iturra, F. (1958). *El caso fortuito ante el Derecho Civil*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Dromi, R. (1996). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Ciudad Argentina.

Fiscalía General del Estado. (2021). *Boletín de Prensa FGE N° 194-DC-2021 de 26 de febrero de 2021*. Guayaquil: Fiscalía General del Estado.

H. Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*. Quito: Suplemento Registro Oficial N° 46, de 24 de junio de 2005, codificación 2005 - 010 .

Informe de redacción Revista Vistazo. (3 de junio de 2021). <https://www.vistazo.com/actualidad/nacional/procesadas-6-personas-por-nuevo-caso-de-peculado-en-el-teodoro-maldo-nado-XC352374>. Obtenido de <https://www.vistazo.com/actualidad/nacional/procesadas-6-personas-por-nuevo-caso-de-peculado-en-el-teodoro-maldonado-XC352374>:<https://www.vista-zo.com/>

Klein, A. L. (2005). *Los vicios del contrato administrativo*. Curitiba, Brasil: Facultad de Ciências Jurídicas de la Universidad Federal de Paraná.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (2018). Quito: Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de agosto de 2008.

Mancheno, R. (15 de Julio de 2020). *Compras públicas en el estado de emergencia*. Obtenido de <https://corralrosales.com/compras-publicas-en-estado-de-emergencia-ricardo-mancheno>: <https://corralrosales.com>

Medina Arnáiz, T. (2010). *Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública*. Burgos: Diario La Ley, N° 7382, Sección Doctrina, 16 Abr. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY.

Procuraduría General del Estado. (2010). *Of. PGE. N° 15628 de 2 de agosto de 2010, consultante Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas*. Quito: Procuraduría General del Estado.

Real Academia Española. (1992). *Diccionario de la Lengua Española XXI Edición*. Madrid: Espasa - Calpe.

Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional de Contratación Pública. (2009). Quito: Registro Oficial Suplemento 588 de 12 de mayo de 2009.

Servicio Nacional de Contratación Pública. (2020). *Oficio N° SERCOP-CGAJ-2020-0449-OF*. Quito: Servicio Nacional de Contratación Pública.

Sosa de Pimentel, L. (2018). *Resolución Administrativa P-GADPE-2018-001, punto 15*. Esmeraldas: Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Esmeraldas.