

OFICINA DE POSGRADOS

Tema:

**GESTIÓN DE CONVENIO DE PAGO COMO MECANISMO PARA SOLVENTAR
COMPROMISOS EXTRA CONTRACTUALES DEL ESTADO ECUATORIANO**

**Proyecto de investigación previo a la obtención del título de Magister en
Derecho mención en Gestión Pública**

Línea de Investigación:

Derecho, Derecho Administrativo, Gestión Pública, Contratación Pública, Normas
de Control

Autor:

Ab. Marco Antonio Cevallos Moscoso

Director:

Dr. Diego Gonzalo Coca Chanalata, MSc.

**Ambato - Ecuador
Noviembre, 2022**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR SEDE AMBATO
HOJA DE APROBACIÓN

Tema:

**GESTIÓN DE CONVENIO DE PAGO COMO MECANISMO PARA SOLVENTAR
COMPROMISOS EXTRA CONTRACTUALES DEL ESTADO ECUATORIANO**

Línea de Investigación:

Derecho, Derecho Administrativo, Gestión Pública, Contratación Pública

Autor:

Ab. Marco Antonio Cevallos Moscoso

Diego Gonzalo Coca Chanalata Mg.

CALIFICADOR

f.-----
2

Edwin Iván Gavilanes Paredes Mg.

CALIFICADOR

f.-----

María Fernanda San Lucas Solorzano Mg.

CALIFICADOR

f.-----

Juan Carlos Acosta Teneda, P PhD.

DIRECTOR OFICINA DE POSGRADOS

f.-----

Hugo Rogelio Altamirano Villarroel, Dr.

SECRETARIO GENERAL PUCESA

f.-----



Ambato - Ecuador

Noviembre, 2022

DECLARACIÓN DE AUTENCIDAD Y RESPONSABILIDAD

Yo, **MARCO ANTONIO CEVALLOS MOSCOSO**, con C.C. **1804229399**, autor del trabajo investigativo de graduación intitulado: **“GESTIÓN DE CONVENIO DE PAGO COMO MECANISMO PARA SOLVENTAR COMPROMISOS EXTRA CONTRACTUALES DEL ESTADO ECUATORIANO”**, previo a la obtención del título profesional de **MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN EN GESTIÓN PÚBLICA**, en la Oficina de **POSGRADOS**.

1. Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entrar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
2. Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE Ambato, el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Ambato, noviembre 2022



MARCO ANTONIO CEVALLOS MOSCOSO

C.C. 1804229399

AGRADECIMIENTO

Mis agradecimientos sinceros a todos los docentes que muy acertadamente transmitieron sus conocimientos, a la PUCESA, a la cual, llevo mis sentimientos de gratitud y estima, por darme la oportunidad para la realización del presente trabajo de grado, a mi tutor de tesis Dr. MSc. Diego Gonzalo Coca Chanalata. por sus aportes y orientación, y en general a todas las personas e instituciones que con sus importantes acciones fueron parte mi formación humana y profesional.

Marco

DEDICATORIA

A mi Dios, como padre celestial por cubrirme diariamente con su bendición para no claudicar en el camino, a mi padre Marcos Cevallos (+) a mi madre Olga Moscoso, a mi hermana Sandra Cevallos y hermano Erick Cevallos por su apoyo, consejos y motivación en todo momento, y principalmente a mi hija Doménica Cevallos López por ser mi fuerza, mi razón de ser, mi motor para arribar a mis metas profesionales, en mis pensamientos, en mi corazón y mis acciones.

Marco

RESUMEN

La presente investigación, lleva el tema: Gestión de convenio de pago como mecanismo para solventar compromisos extracontractuales del estado ecuatoriano; la misma que logró establecer los criterios jurídicos para el uso del convenio de pago dentro de la gestión pública, en donde se cumplieron con tres objetivos específicos: La fundamentación teórica del uso del convenio, la identificación de las circunstancias que propician el uso del convenio de pago; y, el establecimiento de los elementos jurídicos, por los cuales, el convenio de pago sea incluido dentro de una normativa legal. Dentro de la metodología se estableció un modelo no experimental, con nivel descriptivo, es el objeto de estudio el Ministerio de Transporte y Obras Públicas (zona 3 del Ecuador) fundamentada con una población de 17 casos de las obligaciones adquiridas con los contratistas de servicios y obras, información que fue recabada, depurada, procesada y matriciada (19 elementos de cada caso) según los archivos PDF recabados del MTOP. Finalmente, se concluyó que: Primero, dentro del estado del arte, existe un uso permanente de este instrumento en todas las instituciones públicas del Estado; segundo, se identificaron diez circunstancias que propician u originan el uso del convenio de pago y; tercero, se establecieron los elementos jurídicos, por los cuales, el convenio de pago esté dentro de la normativa, para su uso adecuado y limitado por parte de la administración pública, bajo la observación de la Contraloría General del Estado.

Palabras claves: Gestión, convenio de pago, obligación, extracontractuales.

ABSTRACT

This research project entitled, Management of payment agreements as a mechanism to solve extracontractual commitments of the ecuadorian state, managed to establish the legal criteria for the use of payment agreements within public management. It meets three specific objectives: the theoretical foundation of the use of the payment agreement, the identification of the circumstances that promote the use of the payment agreement, and the establishment of the legal criteria by which the payment agreement must be included within a legal regulation. Within the methodology, a non-experimental model was established, with a descriptive level, being the object of study the Ministry of Transportation and Public Works (zone 3 of Ecuador) based on a population of 17 cases of the obligations acquired with the contractors of services and works, information that was collected, purified, processed and matrixed (19 elements of each issue) according to the PDF files contained from the MTOP. Finally, it was concluded that firstly, within state of the art, there is a permanent use of this instrument in all public institutions of the State. Secondly, ten circumstances that promote or originate the use of the payment agreement were identified, and thirdly, the legal criteria were established by which the payment agreement should be included within the regulations, for its proper and limited use by the public administration, under the observation of the General Controller of the State.

Keywords: Management, payment agreement, obligation, extra-contractual

ÍNDICE

PRELIMINARES

DECLARACIÓN DE AUTENCIDAD Y RESPONSABILIDAD	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
DEDICATORIA.....	v
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
ÍNDICE	viii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. ESTADO DEL ARTE Y LA PRÁCTICA.....	5
1.1. Obligaciones del estado en materia de contratación pública	5
1.2. Contratación Pública	15
1.3. El convenio de pago.....	23
CAPÍTULO II. DISEÑO METODOLÓGICO	32
2.1. Metodología de la investigación	32
2.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	33
CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	35
3.1. Presentación de los resultados	35
3.2. Análisis general	40
3.3. Criterios jurídicos del análisis general	41
CONCLUSIONES.....	48
RECOMENDACIONES	51
BIBLIOGRAFÍA	53
ANEXOS	56

INTRODUCCIÓN

Dentro del marco legal nacional y, sobre todo en apego a la normativa que rige al proceso administrativo de las diversas instituciones públicas en la nación, independientemente de su naturaleza, la cual, es de orden central o descentralizada, se ejecutan procesos de adquisición de bienes y servicios que permiten cumplir con los objetivos encomendados por la sociedad civil ecuatoriana a dichas entidades.

En líneas generales, dichos procesos de contratación y de adquisición de bienes y servicios, mejor conocidos como “compras públicas” en cualquier institución anexa al estado, y en el caso del Ministerio de transporte y Obras Públicas (MTO) de la zona 3, se encuentran estrictamente regulados por normativa específica, la cual, busca garantizar el eficaz funcionamiento del sector público, y ante tal situación, de manera obligatoria para dar fiel cumplimiento a lo expuesto, se genera una situación contractual entre las partes intervinientes que, en este caso, son el estado y los proveedores acreditados del mismo. Ante tal hecho, y bajo las necesidades que tienen las instituciones públicas para cumplir con su cometido y buscar el bienestar público, la implementación obligatoria de un contrato administrativo para la contratación pública ejecutada por medio del Servicio Nacional de Contratación Pública – SERCOP, que es el ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública – SNCP, ha permitido gestionar de manera casi correcta los procesos contractuales del estado.

¿Y por qué de manera casi correcta? En otras palabras, si bien es cierto que el Art. 288 de la Constitución del Ecuador expone que las compras públicas se plasman criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social, en muchos de los casos la adquisición de bienes y/o servicios por parte del estado se ejecutan fuera del marco normativo legal pertinente, evidenciado una ausencia marcada de un respaldo contractual.

Dicho esto, aunque dichas adquisiciones a modo de justificación buscan a toda costa el cumplimiento de los objetivos institucionales, y aunque evidencian,

también, una deficiente planificación en materia de contratación pública, de lo efectuado se derivan de manera inminente dificultades presupuestarias, y, por consiguiente, la dificultad de cumplimiento de las obligaciones adquiridas de manera no programada.

Sin embargo, como se expuso en el párrafo anterior, a pesar de que existe la dificultad para la regularización del compromiso adquirido, y aunque parezca inverosímil, si existe un mecanismo jurídico que, en definitiva, soluciona dicho inconveniente, el denominado convenio de pago que, aunque no es una herramienta instaurada en las leyes y normas que rigen la contratación pública, permite a la administración de turno solventar los compromisos adquiridos ante sus proveedores, se garantiza el pago justo y equitativo por el servicio y/o bien recibido, siempre y cuando sea de manera excepcional, tal cual, como lo manifiesta el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado mediante OF. PGE. N°: 16076, de fecha 25 de agosto de 2010.

En resumen, el convenio de pago, aunque permite solventar las eventualidades para las partes intervinientes, no deslinda de ninguna forma a la institución pública de las responsabilidades que determinan un examen especial por parte del ente de control, en este caso, por parte de la Contraloría General del Estado, y, por consiguiente, de las correspondientes responsabilidades administrativas, civiles o penales por el uso indebido de esta herramienta jurídica que es empleada por los servidores públicos a cargo de los procesos de contratación.

Ante lo expuesto, el problema de investigación dentro del presente desarrollo se encamina a la determinación del uso y regulación del convenio de pago como herramienta jurídica en la resolución de compromisos extracontractuales adquiridos por parte de las instituciones del estado ecuatoriano en procesos de contratación pública, se permite generar claridad procesal en los profesionales intervinientes de esta mecánica administrativa exclusiva del sector público.

La pregunta de estudio en la presente investigación se estructura con las variables propuestas en el tema, estableciéndose de la siguiente manera: ¿Cómo regular el

convenio de pago para satisfacer los compromisos extracontractuales en las instituciones públicas?, a lo cual, se responde por medio del análisis crítico del investigador mediante el presente documento.

Para el direccionamiento estructurado de la investigación, ha sido pertinente determinar los siguientes objetivos:

General

- Establecer criterios jurídicos para el uso del convenio de pago como mecanismo de la gestión pública para solventar los compromisos extracontractuales de las instituciones del Estado.

Específicos

1. Fundamentar teóricamente el uso del convenio de pago como instrumento legal para solventar los compromisos y obligaciones extracontractuales adquiridas por el Estado.
2. Identificar las circunstancias que propician el uso del convenio de pago como herramienta para satisfacer las obligaciones extracontractuales adquiridas por el Estado.
3. Distinguir los elementos jurídicos, por los cuales, el convenio de pago se incluirá dentro de la normativa, para su uso adecuado y limitado por parte de la administración pública.

En cuanto a la metodología, esta se enmarca en el ámbito, inductivo – deductiva, debido a que se toma como punto de partida el análisis del uso del convenio de pago en los de contratación pública que ejecutan las entidades públicas, y del mismo modo, dentro del ámbito deductivo al examinar los procesos extracontractuales como parámetro de análisis, donde se toma como antecedente el fundamento bibliográfico y cualitativo, y clasifica la información como un precedente de lo que sucede a futuro.

La investigación toma justificación debido a que, determinar el conjunto de derechos que tienen los ciudadanos, en este caso el derecho a la libertad de trabajo, precepto establecido en el numeral 17 del Art. 66 de la Constitución ecuatoriana, “El derecho a la libertad de trabajo. Nadie es obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley”, donde es un mandato que no deja de ser cumplido, menos aún en un Estado de derecho, en donde las formas procesales, y los preceptos constitucionales establecidos previamente, son de obligatorio cumplimiento y forman parte de los derechos fundamentales.

CAPÍTULO I. ESTADO DEL ARTE Y LA PRÁCTICA

1.1. Obligaciones del estado en materia de contratación pública

A modo de introducción, la contratación pública en el Ecuador se fundamenta en el establecimiento de una relación que determina la generación, sostenimiento y cumplimiento de derechos y obligaciones entre las partes intervinientes en los diversos procesos de contratación, que deriva en las acciones jurídicas y administrativas pertinentes que esperan la obtención de beneficios mutuos entre el contratista y el contratante.

Es así que, aunque dichos derechos y obligaciones se enfocan en la aplicación y cumplimiento del debido proceso contractual, y si bien es cierto, los mismos se encuentran preestablecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) en sus apartados pertinentes, las obligaciones contraídas por el estado ecuatoriano como producto de una contratación pública activan un vínculo jurídico que entrelaza a los participantes de dicha relación contractual, se exige en su máxima expresión la entrega de lo convenido a la parte contratada, y, por consiguiente, la extinción del pago por parte de la entidad contratante en tiempo y forma señalado (Dávila, 2019).

A pesar de lo especificado, la obligación como parámetro legal dentro de la contratación pública no obtiene una conceptualización específica, y aunque se muestra dentro de la doctrina jurisprudencial civil principales elementos y clases que la componen, son de total aplicabilidad en los procesos de contratación estatal. Por lo expuesto, y para el cometido de la presente investigación, se toma en consideración sus principales características y elementos se muestran, a continuación.

Cuadro 1. Características y elementos de la obligación

La obligación como vínculo jurídico	Características	Genera un vínculo	Limitación de la libertad entre los intervinientes
		Es un vínculo jurídico	Relaciones de orden jurídico que permiten la coacción extrema
		Se requieren dos personas o más	Acreedor y deudor
	Elementos	Los sujetos de la obligación	Existencia de dos sujetos (acreedor y deudor)
		La obligación tiene un objeto	Determinación del objeto, valor del mismo, comerciabilidad y posibilidad de ser realizado
		La causa de obligación	Motivo y fin de la contratación

Fuente: Elaboración propia

Como se evidencia, tanto las características como elementos de la obligación como parte de un vínculo jurídico entre el estado y el acreedor, permiten que se configure en esencia un proceso de contratación pública, que toma en consideración lo especificado con las obligaciones que sostiene el estado ante la contratación, la principal obligación del mismo es poner fin a dicha relación jurídica contractual por medio de la extinción del pago pendiente como derivación del bien y/o servicio requerido. Del mismo modo, el Art. 92 de la LOSNCP especifica en su primer apartado que, la terminación de las relaciones contractuales existentes se enmarca bajo el cumplimiento de las obligaciones tácitas, que den por finiquitado la relación jurídica contractual existente (Asamblea_Nacional, Ley orgánica del sistema nacional de contratación pública , 2008).

Sin embargo, como se aprecia en los apartados anteriores, a pesar de tener varios parámetros para manejar de manera efectiva la contratación pública, en muchas de las ocasiones surge de forma inesperada la adopción de obligaciones extra contractuales como producto de una contratación pública no regulada, que a priori evidencia la ausencia de procesos pre contractuales y contractuales que permitan la adquisición de bienes, servicios y/u obras en materia estatal, y derivan de forma casi inminente la búsqueda y aplicación del mecanismo denominado convenio de pago como medio para subsanar las obligaciones adquiridas.

Por consiguiente, convenio de pago es una herramienta a través, de la cual, se efectúa un reconocimiento económico hacia los proveedores del Estado que han

ejecutado la prestación de su contingente por disposición de una autoridad administrativa del sector público (Procuraduría_General_de_Estado, 2020). Sin embargo, este mecanismo ha resultado ser pertinente, en función de las eventualidades que ocurren en una obra o consultoría y que no son imputables al funcionario de turno, no obstante, hay que recordar que para su ejecución se contara con la documentación de respaldo que justifique su aplicación, caso contrario existiría un uso indiscriminado del mismo, aunque la particularidad del convenio de pago radica en lo atípico de su naturaleza, no poseer una regulación expresa en la legislación referente a contratación pública.

La contratación en la Administración Pública

Dentro del Estado de Derechos ecuatoriano, donde es prioridad el bienestar de la ciudadanía bajo el fomento de su actividad económica, y busca corregir la inequidad social mediante la prestación de una mayor cobertura de servicios y mejora en sus condiciones de vida, el estado y sus diferentes organismos que la conforman, tomaron en consideración la contratación de bienes y servicios de particulares ecuatorianos con la finalidad de dar fiel cumplimiento a sus objetivos trazados como instituciones estatales, y es aquí donde por medio de dicha contratación que emergen los denominados contratos administrativos, que tienen como consigna otorgar el fiel cumplimiento de los compromisos adquiridos entre sus intervinientes. (Asamblea_Nacional, Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Como es de conocimiento general, el estado responderá a la necesidad de disponer de mecanismos ágiles, eficientes y adecuados que permitan a los diferentes organismos públicos disponer de procedimientos normativos, técnicos y tecnológicos necesarios para llevar a cabo los procedimientos de contratación y adquisición de bienes, obras y servicios, y toma en consideración que, la naturaleza de la contratación administrativa responde a la concepción de ser un acto de colaboración voluntaria con la Administración, mismo que está destinado a satisfacer fines públicos que selecciona la oferta que más convenga en el cumplimiento de tales intereses, así como de los fines cometidos de la

Administración (Servicio_Nacional_de_Contratación_Pública_SERCOP, Evaluación Sistema Nacional de Contratación Pública - Ecuador, 2021)

Es decir, en términos generales bien se menciona que por contratación administrativa se designa la contratación que realiza la Administración a través de las diversas instancias públicas, la cual, requiere una especial consideración y tratamiento por el ordenamiento jurídico en virtud de que en ella están comprometidos fondos públicos y el interés público de los bienes y servicios que se desean adquirir.

El contrato administrativo

A modo de revisión, dentro de la doctrina del Derecho Administrativo, la misma reconoce al contrato administrativo como una de sus principales instituciones, definiéndola como “una de las técnicas de colaboración de los administrados con la Administración, razón, por la cual, el Estado ya no ve como un adversario, sino como un colaborador cuyos intereses no son necesariamente opuestos al interés del Estado” (Suarez, 2015)

Dentro de la misma línea, el contrato administrativo no separa sus bases de su forma más cercana, un contrato civil. Sin embargo, sus singularidades hacen que no sea concebido dentro del derecho privado. Es así que, dentro de la configuración de colaboración entre el estado y el sector privado, el contrato administrativo es concebido como una cooperación de las partes que intervienen en el mismo en “materia de suministros, servicios públicos, obras públicas, etcétera.

Quien contrata con la Administración Pública no es un contratista ordinario, sino un colaborador que coopera en la ejecución de cometidos públicos, aún con la actuación en la situación de subordinación económica-jurídica respecto de las personas públicas comitentes; y lo conceptualiza simplemente como un acuerdo creador de relaciones jurídicas”

Por otro lado, y dentro de un acercamiento más preciso a la conceptualización del contrato administrativo, el Art. 60 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación, considera que los contratos a los que se refiere esta Ley, celebrados por las partes, son contratos administrativos caracterizados por elementos especiales tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin jurídico o propio de la Administración y que llevan explícita o implícita cláusulas exorbitantes del derecho privado (Pazmiño, 2018)

El Código Orgánico Administrativo por su parte determina en su Artículo 125.- Contrato administrativo. Es el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales, uno ejerce una función administrativa.

Los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia.

Elementos del contrato administrativo

En cuanto a los elementos primordiales del contrato administrativo, e imperante apuntar que, dichos elementos guardan una estrecha relación con los elementos del contrato privado. Sin embargo, el contrato administrativo posee características propias asociadas a: el sujeto, la voluntad o el consentimiento, el objeto, las formalidades, las prerrogativas especiales de la administración pública, la adhesión y la causa.

Como se aprecia, es evidente que los principales elementos que configuran un contrato administrativo son el reflejo de una estructura que se incorpora como elemento esencial al contrato en sí. En resumen, la postura, distingue los contratos administrativos de los contratos regidos por el derecho privado, donde exista un interés público relevante que conlleve a un régimen jurídico especial, típico del derecho público, bajo una figura legítima, verdadera y comprobada, de manera que

responda a las necesidades institucionales y el resultado final sea el beneficio común de la colectividad.

Cuadro 2. Elementos del contrato administrativo

Elementos del contrato administrativo	Sujetos del contrato	Representación reflejada por la administración pública y un proveedor particular
	La voluntad o consentimiento	Manifestación voluntaria de negociar y actuar
	Se requieren dos o más personas	Acuerdo de voluntades que concurren a la celebración del contrato
	Objeto del contrato	Satisfacer las finalidades estatales, buscando atender necesidades de la sociedad en general
	Formalidades del contrato	Cumplimiento de lo estipulado por la ley, buscando la validez del documento
	Prerrogativas especiales	Ejercer el control sobre la relación contractual
	Adhesión del contrato	El proveedor se adhiere a lo establecido en el contrato debido a su naturaleza
	Causa del contrato	Satisfacción de los intereses estatales para el cumplimiento de los fines sociales

Fuente: Elaboración propia

Potestad del estado dentro del contrato administrativo

El Estado ecuatoriano ha emitido legislación concreta para regular el contrato administrativo desde el Código Orgánico Administrativo (Asamblea_Nacional, Código Orgánico Administrativo, 2017), que fue promulgado para controlar de mejor manera lo que antes estaba supeditado por el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva, ERJAFE, es así que el COA, define al contrato administrativo de la siguiente manera:

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

En el año 2008 se expidió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, con el fin de controlar los procesos precontractuales y contractuales que han sido, históricamente, objeto de polémica dentro de la administración pública.

Así esta polémica, se ha desarrollado potestades una ventaja del Estado dentro de los contratos, lo que ha dado origen al término administrativo de prerrogativa exorbitante, que son aquellas cláusulas que son privilegio del Estado dentro de la relación contractual, las mismas que se traducen como la normativa que se encuentra incorporada a la LOSNCP, cuyo enfoque radica en proteger los intereses del Estado en materia de contratación pública, con mayor razón, en la materia del presente tema de investigación, adquiere particular interés analizar las circunstancias y el derecho que le asiste al ciudadano que ha proporcionado un servicio al Estado, sin respaldo contractual y cómo éste adquiere la obligación de compensar ese trabajo.

Así históricamente, el Ecuador nace con una falta de institucionalidad sustancial, que le permita al Estado consolidarse como un ente rector sólido, la contratación pública, ha sido pues, un eje, en el cual, se permitió el beneficio indirecto del grupo de poder de turno, con el devenir del siglo XX el Ecuador fundamentalmente con la llegada de la misión Kemmerer al país, se produjeron avances significativos en la modernización del estado y el fortalecimiento institucional.

En este contexto, finalmente, los contratos administrativos necesitaron de un proceso complejo y extenso para distinguirse de aquellos que son meramente civiles, se entiende que la contratación pública no sólo busca la satisfacción mutua de dos partes contratantes, sino que la una, y, busca el bienestar común y el interés colectivo que es responsabilidad del Estado.

Principios que rigen a la contratación pública

La contratación pública en esencia se fundamenta en principios básicos constitucionales que garantizan su correcta aplicación. Es decir, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación dispone mediante su Art. 4.- Principios, determina que se observan de manera irrenunciable los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia,

transparencia, publicidad; y, participación nacional.
(Servicio_Nacional_de_Contratación_Pública_SERCOP, 2019)

- 1. Principio de legalidad.** El principio de legalidad, como principio fundamental de la Administración Pública; y, como principio fundamental de la contratación pública, es siempre aquella obligación de servidores públicos de hacer únicamente aquello que ésta en la ley, y para los ciudadanos la garantía de que si bien dentro de un proceso de contratación pública y con la suscripción de un contrato público se encuentran en bajo condiciones desiguales, no obstante, la entidad contratante se limitara aquello a lo que la ley le permite. De tal manera que los procedimientos de selección del contratista se definen inicialmente, en un modo en forma precisa, cierto y concreta, para que la administración no evada las reglas predefinidas en los textos legales vigentes, que establecen su marco de acción dentro de la potestad discrecional se utiliza conforme a Derecho dentro del Artículo 14.- COA del Principio de juridicidad “La actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código”
- 2. Principio de trato justo.** Implica que los proveedores no sean sujetos de discriminación o descalificación en un proceso de contratación, si no por aquellas causales debidamente establecidas en la ley, de tal manera, que durante la fase precontractual los oferentes tienen la posibilidad de participar en un proceso bajo las mismas condiciones sin que existan privilegios de alguna clase. Este principio se considera vulnerado en aquellos procesos en los que las micro, pequeñas y medianas empresas y quienes formen parte de la economía popular y solidaria, local, por tener esta calidad se hacen merecedores de un puntaje adicional, permitiéndoles alcanzar más puntos que las grandes empresas. Cabe señalar que esta otorgación de puntos responde a una política estatal de impulsar la participación de estos grupos económicos en los procesos de contratación pública.
- 3. Principio de igualdad.** Implica que todos los proveedores son iguales ante la ley, todos están sujetos a sus disposiciones; y, por ende, tienen la obligación de observarla, lo cual, implica que las entidades contratantes sin

importar de qué proveedor se trate se aplicara la ley. El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece en su artículo 20 respecto a los Pliegos, en donde constan las reglas y condiciones, a las cuales, los oferentes se sujetan. En virtud de este artículo las entidades contratantes se encuentran obligadas a establecer condiciones que no impliquen algún tipo de discriminación que obligue a los oferentes a desistir de su participación en un proceso. Salvo casos debidamente justificados, en los cuales, la entidad de manera previa de a conocer que los bienes o servicios requeridos no son ofertados en el país.

- 4. Principio de calidad.** La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 52 dispone: “Art. 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad (...)” En este sentido lo que garantiza que los servicios, obras o bienes contratados cumplan con este principio es la responsabilidad que los servidores públicos tienen al momento de elaborar las especificaciones técnicas o términos de referencia de los servicios, bienes u obras requeridos, pues a mayor detalle y observancia de los más altos estándares, mayor garantía de recibir servicios de óptima calidad, caso contrario se considera que el contratista se limita a cumplir con las especificaciones mayor riesgos de recibir servicios, bienes y obras de baja calidad.
- 5. Principio de vigencia tecnológica.** El principio de vigencia tecnológica guarda relación con la obligación del contratista de entregar a favor de la entidad contratante una garantía que prevea el mantenimiento preventivo o correctivo de los bienes sujetos a la vigencia tecnológica por el tiempo de vida útil de los mismos, luego, del cual, se procede con la recompra del bien por parte del contratista. Este principio se encuentra materializado en los artículos 117 al 145 de la Resolución SERCOP No. 72, de 31 de agosto de 2016.
- 6. Principio de Oportunidad.** La actuación de los organismos públicos es oportuna, es decir, que toda su institucionalidad funcionara acorde a las necesidades de la sociedad, la planificación, por lo tanto, no va separada de la realidad que vive el país, la provincia, ciudad o parroquia. Una actuación

inoportuna o fuera del tiempo requerido es lo mismo que no haber actuado, se evidencia un uso irresponsable de los recursos públicos.

En donde, al remitirse a la práctica de la prerrogativa que se cita atrás, se consideraría que el principio de oportunidad más bien se refiere a la actuación del Estado, a través de sus instituciones, en materia de contratación, busca las condiciones más favorables al interés colectivo, y se daría por entendido, más bien que se tendría que hablar de un principio de igualdad o equidad para referirse a los ciudadanos.

- 7. Principio de Concurrencia.** Este principio surge para fortalecer la posibilidad de oposición y competencia, entre los oferentes del contrato, en el plano de los derechos de la libertad de empresa, para lograr la estimulación del mercado competitivo, y una mayor participación de los oferentes y que por tanto la administración dispone de una importante gama de servicios. La concurrencia es favorecida con la gratuidad de la inscripción aun cuando nada obsta a que se deban comprar los pliegos; por la redacción clara y simple de los pliegos sin trámites burocráticos para aplicar los principios de celeridad, economía, y, finalmente, la concurrencia es protegida, y obliga a la Administración a aplicar la legislación positiva.
- 8. Principio de transparencia.** En virtud a este principio se exige que la administración despliegue su actividad con la finalidad de que los ciudadanos conozcan los aspectos más importantes del proceso de selección de contratistas. La obligación de publicar los documentos más relevantes del proceso de contratación en el portal de compras públicas o Sistema Oficial de Contratación del Estado SOCE, permite que cualquier persona tenga acceso a dicha información y hacer uso del derecho de fiscalizar la actuación de la Administración Pública. Es importante señalar que se exceptúan de esta obligación las contrataciones que se realicen para la seguridad interna o externa del país.
- 9. Principio de publicidad.** La publicidad va de la mano del principio de transparencia, pues ambos buscan que las necesidades que las entidades públicas requieren cubrir a través de un proceso de contratación, lleguen al conocimiento del mayor número de proveedores y brinda a la entidad llegar a la adjudicación luego de un riguroso proceso de calificación.

10. Principio de participación nacional. Por medio de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se dispone:

Art. 25.1.- Participación Nacional. - Los pliegos contendrán criterios de valoración que incentiven y promuevan la participación local y nacional, mediante un margen de preferencia para los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos la consultoría, de origen local y nacional, de acuerdo a los parámetros determinados por la entidad encargada de la Contratación Pública.

Art. 25.2.- Preferencia a bienes, obras y servicios de origen ecuatoriano, y a los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, pequeñas y medianas empresas. - En todos los procedimientos previstos en la presente ley, se preferirá al oferente de bienes, obras o servicios que incorpore mayor componente de origen ecuatoriano o a los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, Pequeñas y Medianas Empresas.

1.2. Contratación Pública

Anteriormente se hizo referencia a que, por regla general, todo proceso para licitaciones dentro de la contratación pública se observaran los principios establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública y en el caso de ser oportuno las disposiciones internas de cada institución.

Es necesario puntualizar que la legislación respectiva, contempla distintas modalidades de contratación, en función del monto, tipo de producto adquirido y la realidad concreta de cada Cartera de Estado, lo cual, se encuentra directamente relacionado con un Plan Anual de Contrataciones, el mismo que es elaborado con la colaboración de cada área técnica, bajo la coordinación de una departamento de planificación o finanzas, este plan es cargado en la plataforma informática que para su efecto a destinado el Portal de Compras Públicas en los primeros 15 días de cada ejercicio económico; por lo tanto, las dependencias pública no inician, validar

y suscribir contratos que no se hallen contemplados de forma sistematizada en el Plan Anual de Contrataciones. (Asamblea_Nacional, Reglamento a la ley organica sistema nacional contratacion pública, 2009)

A continuación, se detallan los principales procedimientos de contratación pública empleados por las entidades estatales en el Ecuador, bajo los parámetros establecidos en su normativa pertinente.

- **Compra por Catálogo Electrónico.** El Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP, cuenta con un catálogo de bienes y servicios que son de acceso público a través de la plataforma www.compraspublicas.gob.ec, a fin de facilitar la adquisición de estos por parte de cada entidad pública. La administración y control de este catálogo le corresponde al mismo SERCOP, quien es responsable, de que el proceso se lleve a cabo de forma transparente, remitiéndose a las políticas y condiciones que se hubieren dispuesto aplicar en cada caso y, de acuerdo a cada nivel técnico de control de calidad y precio, determinados productos, bienes o servicios son adquiridos de forma directa del catálogo mediante una Orden de Compra, este proceso se halla contemplado en el artículo 46 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, caso contrario, si no estuviere registrado en el catálogo, se inicia un proceso de licitación con oferentes que hayan obtenido el Registro Único de Proveedores.
- **Subasta Inversa Electrónica.** El Portal de Compras Públicas define a la subasta inversa, fundamentalmente, como un proceso dinámico que se utiliza para la adquisición de bienes y servicios normalizado, donde los proveedores pujan hacia la baja del precio que se oferta y la propuesta más económica es la ganadora. El postor que gane la puja es responsable de cumplir con las especificaciones y parámetros contemplados en los pliegos elaborados por la entidad contratante, así como su justa relación con el presupuesto referencial sin que, bajo ningún concepto, el valor ofertado es superior al predeterminado por la institución a cargo de la contratación. Si el monto de la necesidad institucional supera la cuantía fijada para Subasta Inversa Electrónica, se opta por otro proceso de mayor cuantía.

- **Régimen Especial.** Como bien hace referencia su nombre, esta modalidad de contratación es abordado de forma especial por la ley, que en este caso la contratación es directa, sin embargo, hay que entender que no supone una excepción en el sistema, donde todos los proveedores cumplen estrictamente con los requisitos que establece la normativa, concretamente la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece aquellos bienes o servicios que entran dentro de esta categoría de contratación en su Art. 2: 1.- La adquisición de fármacos y bienes estratégicos para mejorar el sistema de salud pública y seguridad social. 2.- Las que necesarias para la seguridad interna y externa del Estado por parte de FF.AA. y Policía Nacional. 3.- Aquellas destinadas a la comunicación social e información de las acciones del Gobierno Nacional. 4.- Las referentes a la contratación de asesoría y patrocinio jurídico. 5.- Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística literaria o científica; 6.- Las de adquisición de repuestos y accesorios no incluidos en el catálogo Electrónico del Portal de COMPRAS PÚBLICAS. 7.- Las de transporte de correo internacional o nacional. 8.- Las que se celebren entre entidades Estatales o empresas con un mínimo de 50% de participación estatal, es decir, cuando un requerimiento cumple con una de las condiciones establecidas en el referido artículo, la contratación se la realiza a través de Régimen Especial. Su característica fundamental es que la entidad, directamente, invita a un proveedor para que este remita su oferta y posteriormente se proceda con la adquisición, el precio es fijado en función de la oferta del mismo, y que guarden relación con aquellos establecidos en el mercado.
- **Ínfima Cuantía.** La ley, en función de la práctica cotidiana dentro de la contratación pública, ha creado esta modalidad que tiene su razón de ser en el monto independientemente del tipo de bien o servicio, el artículo 52.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece el presupuesto referencial de este procedimiento que resulta de multiplicar el coeficiente 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado de cada ejercicio económico , que para este año 2022 asciende a un total de 33.899.730.000 millones de dólares, da como resultado un valor de contratación de ínfima

cuantía de 6.779,95 dólares. Una característica esencial de esta modalidad es que no necesita estar especificada en el Plan Anual de Contrataciones, pues justamente su monto hace que esta herramienta sea utilizada para contratos en lo que no está en juego un valor elevado de dinero y se reducen más bien a gastos que son de índole logístico como material de papelería de oficina, lo que si se toma en cuenta es que, a pesar de ser valores bajos en relación a otros procesos, se observan los precios fijados en el mercado para tomarlos como punto de referencia, para lo que se solicitaran proformas a distintos proveedores.

- **Feria Inclusiva.** El artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esta modalidad consiste en la realización de una Feria enfocada en proveedores pertenecientes a las microempresas, a los artesanos, en general a los pequeños productores que fundamentalmente se hallan financiados y trabajan directamente con el sector de la economía popular y solidaria. La feria no tiene sólo como objetivo el de convertirse en proveedor del Estado, al contratar con una entidad pública, sino que, también, permite a los participantes el intercambio de experiencias, conocimientos e incluso la asociación en función de sus productos, desarrollo geográfico, género o etnia, su finalidad esencial es que los recursos públicos sean usados para promover el consumo nacional y local.
- **Licitación.** También, es conocida como contratación mediante concurso público cuando el monto de la obra, bien o servicio objeto del contrato supera el valor resultado de la multiplicación del coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, que para este año 2022 asciende a un total de 33.899.730.000 millones de dólares, da como resultado un valor de contratación de 508.495,95 dólares. Por ser montos elevados, la entidad contratante nombra una comisión técnica que garantice que el procedimiento se lleve a cabo conforme las necesidades institucionales, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública estipula en su Art. 38 que, incluso se realiza la invitación internacional previo a la autorización del SERCOP. Incluso si sólo hubiera una oferta, el proceso continua, siempre y cuando la misma, reúna los requisitos establecidos en los pliegos y el presupuesto referencial.

A pesar de los parámetros expuestos sobre los procesos de contratación pública ejecutados en el territorio ecuatoriano, coexisten otros procesos asociados a la compra pública como la Menor Cuantía, Cotización, Lista Corta, Consultoría, Obras, que son empleados en función de las necesidades institucionales, y sobre todo a la factibilidad de su uso.

Servicio Nacional de Contratación Pública

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP) define claramente al Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) por medio de su Art. 7 como el “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”

Ante lo estipulado, se considera al SNCP como una herramienta que enmarca los lineamientos generales para la contratación pública en el territorio ecuatoriano. Por otro lado, dentro del SNCP, se crea una relación basada en la generación de derechos y obligaciones de quienes intervienen en los diferentes procesos de contratación pública, lo que deriva diversas acciones jurídicas y administrativas, de las cuales, se obtiene un beneficio mutuo entre la entidad contratante y el contratista. Es decir, el SNCP se fundamenta en la LOSNCPP y en su reglamento, donde se determinan las diferentes regulaciones jurídicas y se garantiza su correcta ejecución (Gonzalez, 2016)

Del mismo modo, es importante establecer que la LOSNCPP determina categóricamente el ámbito de su aplicación, mediante el numeral 5 del su Art. 6, en el que se estipula que “la contratación pública se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría”, por partes de las instituciones del estado y sus derivados.

Dentro del SNCP, uno de sus principales procedimientos establece el cumplimiento del debido proceso contractual, donde para ello se cumple con todo lo estipulado en la normativa jurídica y aplicar todos los principios establecidos en la LOSNCP. Por lo tanto, para que se cumplan los objetivos estatales, es fundamental disponer de un marco jurídico que permita regular el proceso de contratación pública en articulación con todas las instancias, organismos e instituciones públicas.

Del mismo modo, El Art. 9 de la LOSNCP, define los objetivos planteados para el Sistema Nacional de Contratación Pública, son prioritarios los siguientes preceptos:

1. Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo;
2. Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales;
3. Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública;
4. Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional;
5. Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta Ley;
6. Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna;
7. Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, de conformidad con el Reglamento;
8. Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales;
9. Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado;

10. Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público; y,
11. Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP. (Asamblea_Nacional, Ley orgánica del sistema nacional de contratación pública , 2008).

Reglamento a Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

El Reglamento a la LOSNCP (Asamblea_Nacional, REGLAMENTO A LA LEY ORGANICA SISTEMA NACIONAL CONTRATACION PUBLICA, 2016), regula la ejecución de la ley, en lo medular se observa las reglas establecidas en materia de contratación y el enfoque que las mismas tienden precisamente a impedir que los procesos contractuales omitan pasos y puntos de control, el Art. 26 de forma específica habla sobre el Plan Anual de Contrataciones, de cómo se incluye en este plan todas las necesidades institucionales en función de un Plan Nacional de Desarrollo, por lo que para la ejecución del mismo se requiere de que hayan gestionado las respectivas partidas presupuestarias.

Contraloría General del Estado en materia de contratación pública

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (Asamblea_Nacional, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2021) tiene como finalidad ejercer el control de las instituciones estatales, los gastos uso y manejo de fondos públicos, por lo que es de fundamental importancia hacer alusión a este organismo dentro del tema de investigación, puesto que, como se ve más adelante , la contraloría juega un papel fundamental en el proceso de evaluación de la implementación del convenio de pago, se encuentran dentro de sus funciones y atribuciones realizar los exámenes especiales que determinan indicios de responsabilidad administrativa, civil o penal.

Art. 31.- Funciones y atribuciones. - La Contraloría General del Estado, además, de las atribuciones y funciones establecidas en la Constitución Política de la República, tendrá las siguientes:

3. Examinar los gastos, inversiones, utilización, administración y custodia de recursos públicos;
4. Examinar y evaluar en términos de costo y tiempo, la legalidad, economía, efectividad, eficacia y transparencia, de la gestión pública;
5. Examinar y evaluar el sistema de control interno de cada una de las instituciones sujetas a su control;
6. Ejercer la función fiscalizadora en las instituciones del Estado, mediante la predeterminación, o glosa y la determinación, para la oportuna protección y seguridad de los recursos públicos;
7. Identificar y evaluar los procedimientos internos de prevención contra actos de corrupción en las entidades sujetas a su control;

Todo convenio de pago pasa por un examen de contraloría, esto conforme lo determina mediante memorando Nro. MTOP-CGJ-2017-1283-ME (Ver anexo 1), emitido por la Coordinación General de Asesoría Jurídica del MTOP, que en su parte final establece: Al ser el Convenio de Pago una figura jurídica que se aplica por excepción, todo Convenio de Pago suscrito y cancelado, es remitido a la Coordinación General de Asesoría Jurídica para que a través de la Máxima Autoridad, se solicite a la Contraloría General del Estado la realización de un examen especial, con la finalidad de determinar responsabilidades por las acciones u omisiones de los servidores que inobservaron los procedimientos contractuales establecidos en la Ley.

Manual de buenas prácticas de la contratación pública para el desarrollo del Ecuador

Si bien es cierto que, al pasar por alto todo el proceso de contratación establecido en la LOSNCP y su reglamento (Superintendencia_de_Control_del_Poder_de_Mercado, 2015), para adquirir una obra, bien o servicio, no deja de observar, en la medida de lo que es posible y con mucha más rigurosidad aún, todas aquellas prácticas que son propias de un proceso contractual como, por ejemplo: documentación habilitante como lo es la que acredita la idoneidad de una persona natural o jurídica para realizar un obra o

proveer un servicio, un presupuesto referencial que se ajustó a los precios del mercado, órdenes de trabajo y firmas de responsabilidad, fiscalización de ser el caso, actas de entrega recepción etc.

Todas estas prácticas se encuentran detalladas en el Manual de buenas prácticas de la contratación pública para el desarrollo del Ecuador, que es parte de las directrices que constantemente emite el SERCOP para su observación y aplicación, al tomar en cuenta que, como se ha señalado claramente, adicionalmente existe la disposición No. MTOP-CGJ-2017-1283-ME del 23 de noviembre de 2017, donde todo convenio de pago es remitido a contraloría para su examen y determinación de responsabilidad.

1.3. El convenio de pago

A modo de antecedente, es fundamental señalar que, cuando una persona o entidad del Estado actúa en nombre del mismo, es imprescindible respetar la máxima jurídica establecida por medio del Art. 226 de Constitución expedida por la (Asamblea_Nacional, Constitución de la República del Ecuador, 2008), la cual, estipula que se “ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley” (p.117), de la misma manera, el principio de juridicidad contemplado en el Art. 14 del Código Orgánico Administrativo que establece que la actuación administrativa se somete a la Constitución, los instrumentos internacionales, la ley y los principios que rigen la administración pública en estricto apego al Derecho.

Para el ejercicio de los procedimientos que buscan la adquisición de obras, bienes o servicios que se encuentran preestablecidos en Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Asamblea_Nacional, Código Orgánico Administrativo, 2017), se dictan lineamientos que buscan evitar que los servidores públicos a cargo de los procesos de contratación ejecuten y pongan en práctica situaciones arbitrarias que conlleven a determinar responsabilidades ulteriores por parte de los entes rectores en materia de contratación pública. Del mismo modo, justamente en la ley detallada, su Art. 4 establece de manera tácita que, la

Administración Pública actúa únicamente amparada en las disposiciones legales vigentes.

Aunque no existe una definición jurídica explícita dentro de la legislación ecuatoriana para el convenio de pago, brindar un significado jurídico ha sido una tarea algo complicada, a pesar de los pronunciamientos ejecutados por la Procuraduría General del Estado a las consultas realizadas por las diferentes instituciones de orden público, las cuales, frente al temor que tienen para acogerse a esta figura jurídica dirigen sus dudas a esta entidad del estado, la cual, es el órgano calificado para dichos pronunciamientos.

Sin embargo, para (Asamblea_Nacional, 2022), el convenio de pago es considerado un mecanismo jurídico a través, del cual, una institución del sector público cancela económicamente sus obligaciones contraídas con anterioridad, independientemente de la forma como fue tramitado, para lo cual, se observan las disposiciones del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, así como los constantes pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado con carácter de vinculantes para toda la Administración Pública. En otras palabras, se diría que el convenio de pago es el mecanismo jurídico para extinguir las obligaciones contraídas a nombre de la Administración Pública.

En tal sentido, el convenio de pago constituye y es empleado como un instrumento legal que permite a la administración pública solventar aquellos compromisos adquiridos con proveedores del Estado, independientemente de si existió o no contrato previo, en razón de garantizar el respeto de los derechos constitucionales, pero; cabe indicar que dicha herramienta administrativa no deja de lado las responsabilidades que determine un examen especial de contraloría y correspondientes consecuencias tanto administrativas, civiles o penales para los servidores involucrados en el proceso de contratación pública (Arias, 2018)

Características del convenio de pago

En concordancia con lo detallado en el epígrafe anterior, es de vital importancia exponer los pronunciamientos emitidos por parte del Procurador General del Estado en el año 2010, por medio del Registro Oficial 296 de fecha 08 de octubre (Procuraduría_General_de_Estado, 2020), donde como parte de las características del convenio de pago a modo aclaratorio expone:

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 arbitra 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 (p.28).

Del mismo modo, el Procurador General del estado adjudica cinco características fundamentales para que el convenio de pago es procedente, estipula que: 1) su aplicabilidad es excepcional; 2) se ejecuta por circunstancias ajenas a la voluntad; 3) es y es una decisión expresa de la máxima autoridad del organismo; 4) está debidamente justificado y 5) se adoptaran medidas pertinentes para evitar la reincidencia de los convenios de pago. A continuación, se expone un análisis de cada una de las características detalladas.

La aplicabilidad del convenio de pago es excepcional

La primera e inequívoca cualidad del convenio de pago, es que su carácter es absolutamente excepcional, refiriéndose a la definición de excepcional, (Cabanellas, 1981), en sentido general define a la palabra como la exclusión de la regla o generalidad, caso o cosa aparte, especial, privilegio, dispensa o licencia particular. En cuanto a la satisfacción de una obligación adquirida por el Estado, se remite su definición de uso común, al referirse a una omisión de la regla en favor de un afectado, un privilegio conferido en virtud del aporte significativo que realiza

a un persona natural o jurídica para la ejecución de una obra o la adquisición de un bien o servicio, en donde median fondos públicos y que, por su naturaleza, concitan especial atención por parte del Derecho Administrativo.

Así, al haber sido recurrido sin que exista ninguna otra opción de gestión administrativa que permita solventar alguna necesidad institucional, por cuanto, esta práctica se vuelve recurrente en los procesos administrativos, los organismos de control estatales tienen la obligación de efectuar un análisis minucioso en los procedimientos mediante, los cuales, fueron adquiridas obras, bienes y/o servicios de forma extracontractual, emite las recomendaciones oportunas y de ser el caso, determinar las responsabilidades que tuvieran lugar.

El convenio de pago se ejecuta por circunstancias ajenas a la voluntad

En la administración pública, se suscitan situaciones que ameritan una eventual declaratoria de emergencia en un sector concreto de la infraestructura, bien o servicio del Estado ecuatoriano, lo cual, se halla definido en el Art. 6, numeral 31 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública – LOSNCP (2010) y su procedimiento regulado en la Resolución No.045-2013 emitida por el extinto Instituto Nacional de Compras Públicas, ahora denominado El Servicio Nacional de Contratación Pública – SERCOP.

Al considerar esta situación como punto de referencia, se deduce que existen situaciones urgentes o de apremio que no esperan la declaratoria de emergencia, o en su caso, que se cumplan los tiempos establecidos por la ley para su ejecución. Sin embargo, es importante traer a colación que, bajo las circunstancias anteriormente expuestas, opera de manera efectiva y es útil el convenio de pago, pero, también, no se olvida que, al ser circunstancias fortuitas o eventuales, o que ya sea por desconocimiento tanto de ley como de normativa, o por malas prácticas intencionada o no de servidores públicos, se ejecuten contrataciones de manera directa a la inobservancia de los procedimientos legales preestablecidos.

A pesar de ello, aunque el convenio de pago se efectivice, la autoridad que emitió la autorización correspondiente, así como los servidores que fueron partícipes del proceso extra contractual o procedimental, responden en base a la determinación de responsabilidades que establezca el organismo de control, en este caso la Contraloría General del Estado.

El convenio de pago es una decisión de la autoridad competente

Dentro de la gestión pública y sus órdenes procedimentales, la persona a cargo de tomar decisiones sobre gastos en materia de contratación pública, así como las autorizaciones correspondientes para tal cometido, es la máxima autoridad y sus delegados en territorio en función de las resoluciones adoptadas en la estructura jerárquica de dicha institución estatal. Ante ello, se deduce que, la autoridad al momento de posesionarse en su cargo, conoce y maneja la normativa pertinente para los procesos de contratación a ejecutarse, por lo que la decisión de adquirir bienes o servicios mediante la figura de convenio de pago, es planamente responsabilidad de la autoridad nominadora.

El convenio de pago está justificado

Para que el convenio de pago sea la figura que se implementa, existe un expediente con la documentación de respaldo debidamente organizada, se incluye los actos administrativos que justifiquen la urgencia o condiciones excepcionales que determinaron ejecutar la adquisición y/o ejecución contractual de una obra, un bien y/o un servicio, incluso el de consultoría. La sustentación de los informes técnicos, así como los informes financieros y jurídicos evidenciaran la situación apremiante que comprometió la orden de la máxima autoridad. De igual forma, para ejecutar el pago justo y equitativo por el bien y/o servicio adquirido por la institución del estado, se emite una resolución administrativa debidamente motivada y fundamentada para proceder de manera eficaz al desembolso.

Adoptar medidas encaminadas a evitar la reincidencia en los convenios de pago

Es contradictorio sostener que el Convenio de Pago es una herramienta excepcional y, sin embargo, realizar un análisis sobre la recurrencia del mismo, es por eso que, conjuntamente con la autorización para solventar los compromisos extracontractuales, a través del convenio de pago, se expide instrucciones o lineamientos con el fin de que en la medida de lo que es previsible, se disponga a la dirección financiera de cada institución que incluya dentro del programa anual de contrataciones y gasto corriente, las contrataciones que se anticiparan de forma anual o bianual, y busca evitar incurrir en la adquisición de bienes, servicios o consultorías sin contar con la certificación presupuestaria o en su defecto, incluir los mismos dentro del gasto corriente que tiene cada entidad de forma regular y debidamente planificada.

En efecto, si una institución pública ha utilizado el convenio de pago cumple con los requisitos citados, y responde a circunstancias apremiantes debidamente justificadas con respaldo documental, ha gestionado la partida presupuestaria correspondiente y ha establecido directrices para evitar que este mecanismo sea ejecutado de manera recurrente, es muy probable que no existan a posterior responsabilidades administrativas, culposas o dolosas sobre los funcionarios involucrados.

Normativa y base legal del convenio de pago

Como se ha expuesto minuciosamente, una vez que se han producido las circunstancias que conllevan a que la autoridad competente disponga la adquisición de una obra o servicio sin respaldo contractual, es necesario valorar algunos elementos que facilitan y otorgan legitimidad al cumplimiento de una obligación que ha sido adquirida por el Estado en inobservancia de lo que establece la LOSNCP, sin embargo, para que este acto adquiera legalidad, es necesario que exista un criterio jurídico con base legal que sustente la suscripción del mismo.

En este sentido y de conformidad con la jerarquía legal, todo convenio de pago se remite de manera inicial a lo establecido en el numeral 17 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador (Asamblea_Nacional, 2008), el cual, reconoce y garantiza a las personas, el derecho a la libertad de trabajo y establece que: "Nadie es obligado a realizar un trabajo gratuito forzoso, salvo los casos que determine la ley", y toma en cuenta, que en los casos a ser analizados dentro del presente trabajo de investigación y en la tónica general de las circunstancias que originan una obligación extracontractual, la autoridad competente únicamente dispone el trabajo sin garantía normativa de la remuneración, más allá del documento administrativo que se conoce usualmente como orden de trabajo.

Ya en cuanto leyes vigentes, el convenio de pago tiene sustento legal en lo que establece el numeral dos del artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que manifiesta:

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.

El registro de obligaciones se justifica para el numeral 1 y comprobado para el numeral 2 con los documentos auténticos respectivos. Para estos efectos, se entiende 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.

Finalmente, y al no estar tipificada la definición y uso concreto del convenio de pago en ningún cuerpo legal, la Procuraduría General del Estado ha emitido dos

pronunciamientos que, si bien es cierto, tienen ya más de una década siguen son citados para la justificación legal del empleo del convenio de pago.

- OF. PGE. N°: 16330, de 03-09-2010: "En aplicación del principio constitucional de que nadie es obligado a realizar un trabajo forzoso, cabe la realización de un convenio de pago sustentado en el informe y certificación de la unidad requirente en el que se determine que: 1) existió la necesidad institucional previa, ..; 2) los precios que fueron pactados son los del mercado a la fecha de adquisición; 3) que los bienes o servicios fueron recibidos a satisfacción por el responsable del proceso; 4) los bienes o servicios adquiridos fueron utilizados en actividades y funciones inherentes a ese Portafolio (...)"
- (martes, 07 de diciembre de 2010, Registro Suplemento - Nro. 335) - OF. PGE. N°: 05605, de 26-12-2012: "Para que proceda el convenio de pago, en dicho instrumento se determina: 1) Que existió la necesidad institucional previa, de acuerdo con la certificación que otorgue el director del área requirente, de conformidad con los planes operativos de la entidad; 2) Que los precios que fueron pactados son los del mercado a la fecha de ejecución de la obra, prestación de los servicios, o de adquisición de los bienes; 3) Que hay constancia documentada de las obras, bienes o servicios fueron recibidos a entera satisfacción por los funcionarios responsables de ese Ministerio; 4) Que las obras ejecutadas, bienes adquiridos o servicios prestados fueron utilizados en actividades y funciones al Ministerio..."
- OF. PGE. N°: 00466, de 16-02-2011: "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 justificadas, no hubiere sido posible celebrar un contrato donde se observe todas las formalidades previas"

Es necesario recordar que, la ejecución de obras, entrega de bienes y prestación de servicios sin que exista ninguna expresión de la voluntad por parte de la autoridad competente no genera una obligación de pago y las personas o

funcionarios involucrados en estos actos son responsables administrativa, civil y penalmente por el perjuicio que pudiera ocasionarse al Estado.

En este caso, sin que exista una orden de trabajo, el Estado no estaría obligado a pagar y los funcionarios que generen documentación con respecto a la recepción de una obra sin la debida disposición de la autoridad competente, por lo que, son investigados por el posible cometimiento de un delito vinculado a este hecho, sin que el contratista tenga posibilidad alguna de reclamar un pago.

CAPÍTULO II. DISEÑO METODOLÓGICO

2.1. Metodología de la investigación

La presente investigación se realizó en función del modelo crítico positivo, porque por medio del mismo se logró interponer en análisis, diferentes contextos jurídicos relacionados con la gestión de convenios de pago en los procesos extracontractuales de las instituciones públicas, bajo el parámetro normativo, dogmático y teleológico, y de igual forma, su incidencia en los procesos administrativos ejecutados.

Como diseño de investigación, se empleó una metodología descriptiva – explicativa, debido que se muestra la realidad y actualidad en torno al sistema adoptado para la contratación pública en la administración pública y su aplicación en dichos procesos, es relevante haberse recubierto del suficiente fundamento doctrinario al deducir de manera técnica en relación con la experiencia empírica, al considerar los mejores criterios de especialistas en la materia.

La presente investigación adoptó una ruta cualitativa, debido a que la recopilación de información que forma la estructura investigativa, se sostiene bajo el análisis minucioso y pormenorizado de documentos, registros y materiales (Hernández-Sampieri & Mendoza, 2018) de orden legal en relación a las variables de estudio, al entender y exponer el contexto social, actual e histórico del tema en desarrollo.

Los métodos aplicados en la investigación son los que se reconocen como teórico y práctico, referente al ámbito teórico, se inicia desde el parámetro inductivo, deductivo, a través del que deriva la realidad problemática desde una óptica general y es en este procedimiento en las que se encuentran las bases del problema, que después de ser delimitados se los reestructura nuevamente como un todo, para tener un concepto íntegro del problema.

En relación a las modalidades que se usan en la investigación, se tomó como referencia la modalidad bibliográfica-documental, debido a que la bibliografía otorga

al autor del conocimiento suficiente acerca de los pronunciamientos de la Procuraduría General del estado, así como del marco normativo en el que se desarrolla la gestión del convenio de pago. Con respecto al ámbito documental, se intenta sustentar la investigación desde lineamientos jurisprudenciales en donde se ve de manera clara y precisa los lineamientos a seguir, y del mismo modo el vacío legal al que se encuentra ligado el convenio de pago en la contratación pública.

2.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Para llevar a cabo la obtención de resultados, según cada objetivo planteado, se ha llevado a cabo el análisis de 25 estudios de casos que se han generado dentro de un plazo de ocho años desde 08-ago.-13 hasta 30-jun.-21 en el Ministerio de Transporte de Obras Públicas (MTOB).

Posteriormente dicha información fue procesada, tabulada y depurada con un total de 17 estudios vinculados a casos que cumplen con la trayectoria de los convenios de pago cumplidos según código administrativo, así:

1. CP-DDCO-001-2017
2. CP-MTOB-DDPAST-001-2017
3. NN
4. CP-DDT-002-2018
5. NN
6. CP-SZ3-001-2017
7. NN
8. CP-DDT-001-2016
9. CP-DDT-002-2016
10. NN
11. CP-SZ3-001-2016
12. NN
13. CP-DDT-002-2018
14. NN
15. NN

16.NN

17.NN

Para el levantamiento e interpretación de la información necesaria para el presente trabajo se emplearon las siguientes técnicas e instrumentos de recolección de información:

- **Observación:** Mediante la recopilación de archivos PDF de los casos de convenios de pago se recolectó información de los casos de interés para identificar los elementos que intervienen en los convenios de pago en el Ministerio de Transporte de Obras Públicas (MTO).
- **Entrevista no estructurada:** Al existir el requerimiento de fuentes primarias de información que permita disponer de indicadores de las variables, se establecieron un listado de elementos y características vinculadas al campo, área y aspectos del tema de investigación, de esta manera se procedió a recolectar información a través de una entrevista realizada con el Coordinador Jurídico Zonal y la Subsecretaria Encargada de la Zona 3 del MTO, quienes tuvieron la cortesía de colaborar con la investigación, sobre los convenios de pago, sus características, las novedades de cada situación, así como las condiciones administrativas y políticas del momento en que se generaron.
- **Criterio técnico:** Fue necesario la consulta respectiva de las condiciones legales, administrativas y económicas de ciertos convenios de pago con el objeto de homogenizar la información respecto a la generación de categorías de cada uno de los elementos tabulados en la matriz de información.

CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Presentación de los resultados

Dentro de la estructuración de los objetivos de la investigación en primera instancia se solventó la realidad de la aplicación de las obligaciones contractuales como un mecanismo válido y aplicable para cumplir con compromisos adquiridos por el estado ecuatoriano por medio del Ministerio de Transporte y Obras Públicas (MTO) con proveedores de bienes y servicios.

Para llevar a cabo la presentación de resultados relacionados con los objetivos específicos uno y dos, se llevó a cabo la estructuración de una matriz de datos en base a los 17 casos de estudios, a los cuales, se obtuvo acceso, se resume la información en una tabla de 19 elementos de cada caso particular, así:

1. N°
2. Código
3. Fecha recepción
4. Fecha convenio
5. Plazo
6. Año recepción
7. Año convenio
8. Beneficiario
9. Personería
10. Concepto
11. Tipo
12. Lugar
13. Monto
14. IVA
15. Origen de convenio
16. Dependencia
17. Jurisdicción
18. Responsable

19. Cargo

Dentro de la información establecida dentro del MTOP se establecieron siete escenarios que emplea la información recabada para fijar una realidad transversal y que emplea a los montos como un elemento prioritario de relación.

1. Origen de convenio / personería / monto
2. Fecha de recepción / año de convenio / monto
3. Concepto / año de convenio / monto
4. Beneficiario / concepto / monto
5. Dependencia / concepto / monto
6. Origen de convenio / concepto / monto
7. Plazo / jurisdicción / monto

Posteriormente se procedió a relacionar dichos escenarios con los objetivos de la investigación así se cumplió las tareas de identificar las circunstancias que propician el uso del convenio de pago, y el establecimiento elementos jurídicos, por los cuales, el convenio de pago se incluye dentro de la normativa, así:

Circunstancias que propician el uso del convenio de pago

Tabla 1. Origen de convenio / personería / monto

Origen	Jurídica	Natural	Total general
Compromiso presidencial	3.084.352,24		3.084.352,24
Daño colateral de obra	2.639.074,32		2.639.074,32
Desbordamiento de río		4.950,00	4.950,00
Error de contrato		17.166,67	17.166,67
Estudios urgentes	96.835,76		96.835,76
Falta de partida presupuestaria	220.019,92		220.019,92
Fiscalización de obra extracontractual	284.492,50		284.492,50
Obra complementaria	544.240,14	1.294.377,29	1.838.617,43
S/D	558.113,12		558.113,12
Trabajos extracontractuales	3.373.316,78		3.373.316,78
Total general	10.800.444,78	1.316.493,96	12.116.938,74

Fuente: Elaboración propia

- **Origen de convenio / personería / monto**

Tabla 2. Fecha de recepción / año de convenio / monto

Origen	Jurídica	Natural	Total general
Compromiso presidencial	3.084.352,24		3.084.352,24
Daño colateral de obra	2.639.074,32		2.639.074,32
Desbordamiento de río		4.950,00	4.950,00
Error de contrato		17.166,67	17.166,67
Estudios urgentes	96.835,76		96.835,76
Falta de partida presupuestaria	220.019,92		220.019,92
Fiscalización de obra extracontractual	284.492,50		284.492,50
Obra complementaria	544.240,14	1.294.377,29	1.838.617,43
S/D	558.113,12		558.113,12
Trabajos extracontractuales	3.373.316,78		3.373.316,78
Total general	10.800.444,78	1.316.493,96	12.116.938,74

Fuente: Elaboración propia

- **Fecha de recepción / año de convenio / monto**

Tabla 3. Concepto / año de convenio / monto

Fecha de recepción	2016	2017	2018	2019	2020	2021	Total general
08-ago.-13		1.089.400,77					1.089.400,77
25-nov.-13		558.113,12					558.113,12
24-ene.-14						3.195.531,34	3.195.531,34
01-abr.-15			204.976,52				204.976,52
31-oct.-15	54.854,32						54.854,32
28-abr.-16		96.835,76					96.835,76
07-jun.-16					3.084.352,24		3.084.352,24
09-nov.-16	33.711,20						33.711,20
15-nov.-16	544.240,14						544.240,14
01-dic.-16		177.785,44					177.785,44
02-dic.-16	2.639.074,32						2.639.074,32
06-ene.-17					284.492,50		284.492,50
27-jun.-17			17.166,67				17.166,67
29-ago.-18						4.950,00	4.950,00
09-jun.-19				53.734,40			53.734,40
08-oct.-20					48.720,00		48.720,00
30-jun.-21						29.000,00	29.000,00
Total general	3.271.879,98	1.922.135,09	222.143,19	53.734,40	3.417.564,74	3.229.481,34	12.116.938,74

Fuente: Elaboración propia

- **Concepto / año de convenio / monto**

Tabla 4. Beneficiario / concepto / monto

Concepto	2016	2017	2018	2019	2020	2021	Total general
Consultoría	544.240,14	274.621,20	222.143,19		284.492,50		1.325.497,03
Obra	2.639.074,32	1.647.513,89			3.084.352,24	3.195.531,34	10.566.471,79
Servicio	88.565,52			53.734,40	48.720,00	33.950,00	224.969,92
Total general	3.271.879,98	1.922.135,09	222.143,19	53.734,40	3.417.564,74	3.229.481,34	12.116.938,74

Fuente: Elaboración propia

- **Beneficiario / concepto / monto**

Tabla 5. Beneficiario / concepto / monto

Beneficiario	Consultoría	Obra	Servicio	Total general
ANDESEG CIA. LTDA.			54.854,32	54.854,32
ASOSEGURIDAD CIA. LTDA.			53.734,40	53.734,40
BECERRA CUESTA CIA. LTDA.		3.084.352,24		3.084.352,24
CIEPER-GEOVIAL	96.835,76			96.835,76
CONFASING CIA. LTDA.		558.113,12		558.113,12
CONSORCIO VIAL COTOPAXI		3.195.531,34		3.195.531,34
COWIPAL CIA. LTDA.		2.639.074,32		2.639.074,32
Domingo Masache Abad	222.143,19			222.143,19
EDBRIDYC CIA. LTDA.	544.240,14			544.240,14
Galo Coloma Becerra			4.950,00	4.950,00
INWIN CIA. LTDA.			48.720,00	48.720,00
IRIGOYEN Y ASOCIADOS CIA. LTDA.	284.492,50			284.492,50
Jose Alvarado Lascano		1.089.400,77		1.089.400,77
SECOIN CIA. LTDA.			29.000,00	29.000,00
TRZADOS CIA. LTDA.	177.785,44			177.785,44
VISPRIN CIA. LTDA.			33.711,20	33.711,20
Total general	1.325.497,03	10.566.471,79	224.969,92	12.116.938,74
	3	9	2	4

Fuente: Elaboración propia

Elementos jurídicos, por los cuales, el convenio de pago se incluye dentro de la normativa

- **Dependencia / concepto / monto**

Tabla 6. Dependencia / concepto / monto

Dependencia	Consultoría	Obra	Servicio	Total general
Dirección distrital Chimborazo			4.950,00	4.950,00
Dirección distrital Cotopaxi	177.785,44	7.369.284,35		7.547.069,79
Dirección distrital Pastaza		558.113,12	83.854,32	641.967,44
Dirección distrital Tungurahua	1.050.875,83		136.165,60	1.187.041,43
Subsecretaría MTOP	96.835,76	2.639.074,32		2.735.910,08
Total general	1.325.497,03	10.566.471,79	224.969,92	12.116.938,74

Fuente: Elaboración propia

- **Origen de convenio / concepto / monto**

Tabla 7. Origen de convenio / concepto / monto

Origen	Consultoría	Obra	Servicio	Total general
Compromiso presidencial		3.084.352,24		3.084.352,24
Daño colateral de obra		2.639.074,32		2.639.074,32
Desbordamiento de río			4.950,00	4.950,00
Error de contrato	17.166,67			17.166,67
Estudios urgentes	96.835,76			96.835,76
Falta de partida presupuestaria			220.019,92	220.019,92
Fiscalización de obra extracontractual	284.492,50			284.492,50
Obra complementaria	749.216,66	1.089.400,77		1.838.617,43
S/D		558.113,12		558.113,12
Trabajos extracontractuales	177.785,44	3.195.531,34		3.373.316,78
Total general	1.325.497,03	10.566.471,79	224.969,92	12.116.938,74

Fuente: Elaboración propia

- **Plazo / jurisdicción / monto**

Tabla 8. Plazo / jurisdicción / monto

Plazo	Chimborazo	Cotopaxi	Pastaza	Tungurahua	Total general
4 días				48.720,00	48.720,00
9 días				33.711,20	33.711,20
10 días				2.639.074,32	2.639.074,32
15 días				544.240,14	544.240,14
3 meses				53.734,40	53.734,40
5 meses		177.785,44	29.000,00		206.785,44
1 año			54.854,32	114.002,43	168.856,75
3 años	4.950,00			489.469,02	494.419,02
4 años		4.173.753,01	558.113,12		4.731.866,13
7 años		3.195.531,34			3.195.531,34
Total general	4.950,00	7.547.069,79	641.967,44	3.922.951,51	12.116.938,74

Fuente: Elaboración propia

3.2. Análisis general

En el Ministerio de Transporte y Obras Públicas entre los años 2016 y 2021 se han ejecutado 17 convenios de pago únicamente en la zona tres del país, estos son aplicados a distintos escenarios en los que la autoridad competente se vio en la necesidad de recurrir a este mecanismo para solventar las obligaciones que la entidad adquirió de forma extracontractual.

Como punto de partida, estos casos, se constata que las órdenes de trabajo versan sobre distintas necesidades que en un momento determinado resultaron apremiantes, entre la cuales, están: servicio de guardianía, consultoría en fiscalización y ejecución de obra.

Al respecto se enfatiza lo siguiente, los trabajos de consultoría y ejecución de obra fueron el resultado de eventos imprevisibles, que, dadas las circunstancias y puesta en riesgo que implicaba la pérdida de obras de mayor envergadura justificaron la disposición de la máxima autoridad para que el consultor o contratista intervenga con la realización de un trabajo, para el cual, no existía partida presupuestaria tal como lo dispone el Art. 27 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, posteriormente y, previo al respectivo proceso mediante, el cual, se reúnen los requisitos previstos por recomendación de la Procuraduría General del Estado, como son: necesidad urgente, orden de trabajo, precio justo y recepción satisfactoria de la obra o servicio, se procediera a cancelar valores con la figura de convenio de pago.

Por otro lado, en el caso de la guardianía privada, bajo la observación facilitada por el personal financiero de la institución, se deduce que no constituye un imprevisto o caso fortuito, sino que más bien se trata de una falta de planificación en cuanto al diseño y puesta en marcha del Plan Anual de Contrataciones, al tomar en cuenta los tiempos, antecedentes y requerimientos necesarios para disponer de la debida partida presupuestaria que permite iniciar un proceso precontractual y contractual en mérito de lo que establece la LOSNCP.

Puesto que, la seguridad de que son objeto los bienes muebles e inmuebles del Estado se constituye en una constante que se prevé, lo contrario, fuerza a la institución a recurrir a estos mecanismos que implican que el personal jurídico, técnico y administrativo deba recopilar la información, armar el expediente y disponer el pago por convenio, contraviene lo que dispone la constitución en cuanto al principio de eficiencia y eficacia de la administración pública.

3.3. Criterios jurídicos del análisis general

Por otra parte, en los casos estudiados en el MTOP Zona 3, evidencian la necesidad de analizar pormenorizadamente, de qué forma afectan el desenvolvimiento de las actividades administrativas de la institución al considerar lo estipulado en la Constitución de la República:

Art. 227.-La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

Lo convenios de pago implican que funcionarios de distintos niveles y jerarquías destinen parte valiosa de su tiempo para el análisis de los casos que se producen dentro de su jurisdicción, tal como es el caso de estudio en la zona 3, se requiere que tanto las áreas técnica, financiera y jurídica emitan pronunciamientos al respecto sin que de por medio exista normativa jurídica vigente que sirva como base legal concreta de análisis.

En los casos estudiados, es recurrente que el criterio jurídico que los acompaña usualmente haga referencia, en lo fundamental a lo siguiente:

El numeral 17 del artículo 66, señala: "El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley".

Los trabajos dispuestos por la autoridad competente se constituyen en obligaciones adquiridas por el Estado, aunque sean de forma extra contractual, pues los

derechos fundamentales así lo estipulan, el Estado, en este caso, a través del MTOP, compensa al proveedor del servicio o constructora de la obra que se ha dispuesto.

Cabe señalar que para que la orden o disposición de trabajo tenga validez, se materializa de forma escrita, con firma y sello de responsabilidad de la autoridad competente, dentro de las atribuciones que le hubiere conferido la ley y el orgánico funcional de la institución a la que pertenece, así como encontrarse el hecho dentro de la jurisdicción que le corresponde, así lo establece la constitución de la república.

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

En este sentido la génesis del convenio de pago entra en conflicto con lo manifestado en la constitución, pues en ninguna ley, código o reglamento establece la figura de convenio de pago como mecanismo para solventar las deudas del Estado con los contratistas, tal es así que el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas establece:

Art. 115.- Certificación Presupuestaria. - Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria.

Sin embargo, la legislación ecuatoriana no ha contemplado que, debido al resultado de las fuerzas naturales o un eventual caso fortuito, la autoridad competente se ve forzada a disponer la realización de trabajos o adquirir servicios, que contribuyen a superar un desastre que atente contra la vida o integridad de los habitantes de un determinado territorio, así como, también, la afectación imprevista de una obra cuyo deterioro no espera que, mediante los canales correspondientes se tramite la

respectiva partida presupuestaria para que su contratación sea incluida en el PAC del correspondiente año fiscal, en estas eventualidades, el accionar urgente de la autoridad competente, por lo que es motivo del presente análisis el dilucidar la necesidad de que exista una normativa que establezca un procedimiento regulado por la ley.

Los datos muestran que alrededor de 12 millones de dólares han sido cancelados por medio del convenio de pago, la gestión de estos recursos sin que exista una normativa vigente ha llegado a generar conflictos interdepartamentales en el Ministerio, interfiere con el normal desarrollo de las actividades de despacho de los mismos, y, por lo tanto, con la afectación a la ejecución de proyectos y normal desenvolvimiento de esta Cartera de Estado.

Es necesario puntualizar que los funcionarios públicos, conforme lo establece el Art. 178 del COPFP, son responsables absolutamente de las decisiones que tomen y estén encaminadas a comprometer recursos públicos sin contar la debida certificación presupuestaria, no establece excepciones ni eventualidades en los que se omite la aplicación de este artículo:

Art. 178.- "Sanciones por comprometer recursos públicos sin certificación presupuestaria. - Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos ni autorizar o contraer obligaciones, sin que conste la respectiva certificación presupuestaria. Los funcionarios responsables que hubieren contraído compromisos, celebrado contratos o autorizado o contraído obligaciones sin que conste la respectiva certificación presupuestaria serán destituidos del puesto y serán responsables personal y pecuniariamente".

La normativa citada pone de manifiesto la posibilidad recurrente de caer en una antinomia jurídica, por cuanto existen contradicciones normativas que riñen con los hechos que se han analizado en los 17 casos expuestos y que inciden en la seguridad jurídica del país, al tratar el convenio de pago como un incidente excepcional, es en realidad un fenómeno recurrente en la administración pública.

El Código Orgánico Administrativo muy acertadamente versa:

Artículo 22.- Principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Las administraciones públicas actuarán bajo los criterios de certeza y previsibilidad. La actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado. La aplicación del principio de confianza legítima no impide que las administraciones cambien, de forma motivada, la política o el criterio que emplearán en el futuro. Los derechos de las personas, no son afectados por errores u omisiones de los servidores públicos en los procedimientos administrativos, salvo que el error u omisión haya sido inducido por culpa grave o dolo de la persona interesada.

Es menester entonces, que la administración pública, así como su normativa, establezcan estos criterios de certeza y previsibilidad en función de la estadística del presente trabajo y en general a todos aquellos que hayan tenido como objeto la tramitación del convenio de pago como aquella ficción jurídica que permite solventar una obligación contraída sin contrato previo. Objeto de análisis han sido los incidentes suscitados en las obras a cargo de la zona 3 del MTOP, sean esta consecuencia de las fuerzas de la naturaleza o producto del error humano, sin que esto menoscabe el hecho de que deban determinarse responsabilidades administrativas, civiles o incluso penales.

Dadas las circunstancias, se pondera los intereses públicos en la eventualidad, para tomar la decisión que solvante la emergencia producida dentro de los criterios de certeza que se establece por normativa, en este contexto es necesario señalar que la LOSNCP establece en el numeral 31 del artículo 6:

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.

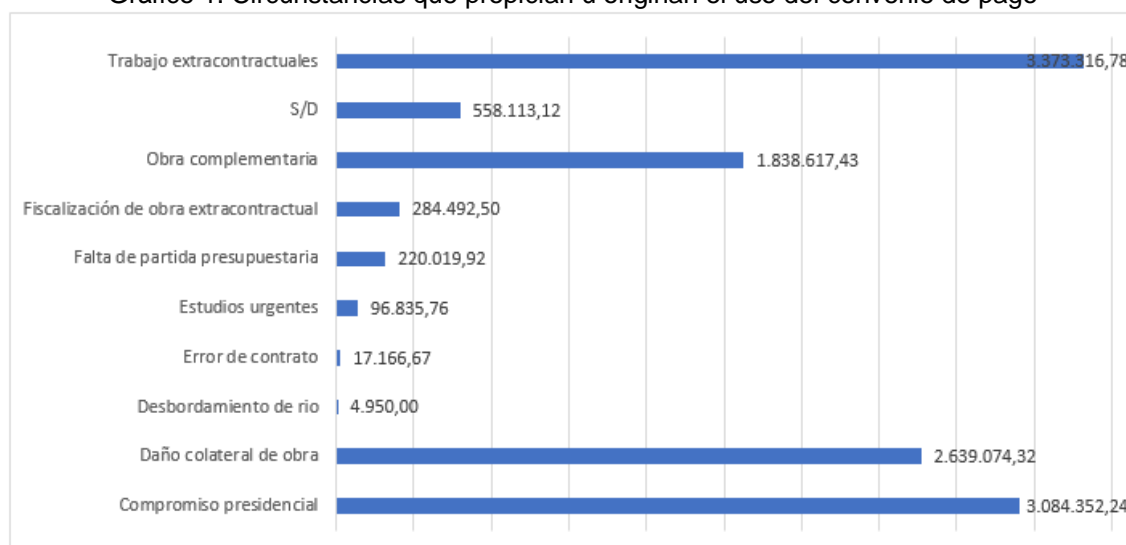
Pese a que la ley señala y categoriza las eventuales situaciones de emergencia, existen situaciones como las estudiadas en los casos de convenio de pago, en las que, sin que medie la urgencia que impida la declaratoria de una situación de emergencia, si existe la necesidad de brindar soporte técnico a ciertas obras o servicios con la finalidad de que los gastos para el Estado en lo futuro no vayan en detrimento con el interés público.

En el mismo texto legal se establece lo siguiente:

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 debe emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación. Dicha resolución se publica en el Portal COMPRASPUBLICAS. La entidad puede contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Puede, inclusive, contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales, se cumplen una vez suscrito el respectivo contrato.

De los casos estudiados en el presente trabajo, se evidencia que, las inclemencias del tiempo, los errores humanos sobre obras construidas, las falencias que de forma fortuita se presentan, con la debida intervención de la máxima autoridad, fueron determinantes para que la autoridad zonal, disponga que se lleven a cabo trabajos o se adquieran bienes.

Gráfico 1. Circunstancias que propician u originan el uso del convenio de pago



Fuente: Elaboración propia

Así, el caso descrito en los convenios donde se ha dispuesto la fiscalización de una obra no prevista, sea cual haya sido el motivo, la fiscalización es un requisito a cumplir toda obra, y es un ejemplo claro de que, aunque no estén dentro del presupuesto anual, se lleva a cabo para subsanar las falencias que pudieran producirse en la premura de emitir una disposición de trabajo y que por su monto son imposibles de ser contratadas mediante el presupuesto de ínfima cuantía. Sin embargo, existen situaciones que superen a la administración pública competente dentro de su jurisdicción y sea necesario que en un nivel jerárquico superior o incluso fuera del área de sus competencias deba acudir con su contingente para salvaguardar los intereses colectivos, se atiende al principio de colaboración que establece que las administraciones trabajan de manera coordinada, complementaria y se presta auxilio mutuo. Acuerdan mecanismos de coordinación para la gestión de sus competencias y el uso eficiente de los recursos. En todo caso, la Procuraduría General del Estado ha establecido:

OF. PGE. N°: 00466, de 16-02-2011: “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 justificadas, no hubiere sido posible celebrar un contrato que observe todas las formalidades previas”

Con este tipo de pronunciamientos, se generan los antecedentes que se convierten en base legal para la ejecución de los convenios de pago, tal es la atención que le ha brindado esta dependencia del Estado que existen dos pronunciamientos concretos que se refieren al tema del convenio de pago.

Pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado

- OF. PGE. N°: 16330, de 03-09-2010: "En aplicación del principio constitucional de que nadie son obligado a realizar un trabajo forzoso, cabe la realización de un convenio de pago sustentado en el informe y certificación de la unidad requirente en el que se determine que: 1) existió la necesidad institucional previa, ..; 2) los precios que fueron pactados son los del mercado a la fecha de adquisición; 3) que los bienes o servicios fueron recibidos a satisfacción por el responsable del proceso; 4) los bienes o servicios adquiridos fueron utilizados en actividades y funciones inherentes a ese Portafolio (...)"
- OF. PGE. N°: 05605, de 26-12-2012: "Para que proceda el convenio de pago, en dicho instrumento se determina: 1) Que existió la necesidad institucional previa, de acuerdo con la certificación que otorgue el director del área requirente, de conformidad con los planes operativos de la entidad; 2) Que los precios que fueron pactados son los del mercado a la fecha de ejecución de la obra, prestación de los servicios, o de adquisición de los bienes; 3) Que hay constancia documentada de las obras, bienes o servicios fueron recibidos a entera satisfacción por los funcionarios responsables de ese Ministerio; 4) Que las obras ejecutadas, bienes adquiridos o servicios prestados fueron utilizados en actividades y funciones al Ministerio"

Estos pronunciamientos dejan constancia de lo recurrente que ha sido esta figura, dadas las eventualidades antes expuestas y que, como se ha puntualizado en el caso de la zona 3 del MTOP, se presentan 17 casos sin tomar en cuenta que son aquellos de los que esta investigación tuvo acceso, se tiene conocimiento de que existen más procesos, de los cuales, no existió acceso a la información completa.

CONCLUSIONES

- La fundamentación teórica del uso del convenio de pago como instrumento legal para solventar los compromisos y obligaciones extracontractuales adquiridas por el Estado, radica en que el convenio de pago es una ficción jurídica que ha adquirido legitimidad en la administración pública, como instrumento legal que permite subsanar las inobservancias al proceso legal de contratación y adquisición de obligaciones del Estado a través de sus instituciones, por cuanto, en ausencia de legislación establecida para su aplicación, se logra garantizar de este modo el derecho de los ciudadanos a no ser obligados a realizar trabajos forzosos de forma gratuita, el derecho a la seguridad jurídica. El convenio de pago emerge de la necesidad de la administración pública, de solventar los compromisos que adquiere en virtud de las eventualidades no contempladas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y ha sido objeto de análisis y pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, que ha establecido requisitos esenciales que debe reunir todo proceso de pago extracontractual para tener validez jurídica; y, por lo tanto, respuesta oportuna del Estado.

Estas circunstancias excepcionales desembocan en la imposibilidad de realizar un proceso precontractual y contractual definido con claridad en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dejando en manos de la autoridad competente la obligación de: generar la documentación que demuestre la necesidad de disponer la realización forzosa de un trabajo, la fijación de precios justos como prestación por la realización de dicho trabajo, la disposición en concreto de manera expresa y formal por parte de la autoridad competente de realizar el trabajo concreto y, finalmente, la recepción satisfactoria de la obra concluida.

- La identificación de las circunstancias que propician el uso del convenio de pago como herramienta para satisfacer las obligaciones extracontractuales adquiridas por el Estado, como consecuencia del estudio de los casos prácticos citados en el presente trabajo de investigación se pudo establecer que, ninguno de los casos tratados contaba con partida presupuestaria asignada, sin

embargo, se dispusieron de un total de 12.116.938,74 de dólares que corresponden a los 17 estudios de casos analizados; y, que han solventado, por un período de ocho años, los compromisos extracontractuales del estado ecuatoriano en la zona 3 del medio del Ministerio de Transporte y Obras Públicas (MTOB).

Aparte de lo señalado, destaca que, de los motivos que en su mayoría originan el uso del convenio de pago, están, la falta de partida presupuestaria por urgencia en la disponibilidad de recursos con cinco casos, obra complementaria con tres casos, y trabajos extracontractuales con dos casos. De lo expuesto se concluye, que las circunstancias que originan el convenio de pago son inevitables más que imprevisibles.

Estas circunstancias hacen que el servidor público deba actuar supra norma, que utiliza la figura del convenio de pago. Esto, por cuanto la administración pública está en la obligación de cubrir aquellos costos que se generaron por disposiciones de esta. Adicional a ello, habría que observar si la conducta del servidor tiene algún grado de responsabilidad.

- La distinción de los elementos jurídicos, por los cuales, el convenio de pago se incluye dentro de la normativa, para su uso adecuado y limitado por parte de la administración pública, luego de una revisión pormenorizada de la legislación vigente y su aplicabilidad en los casos analizados se han establecido cuatro elementos jurídicos distintivos y que no dejan lugar a duda para la aplicación del convenio de pago, siendo los siguientes:
 - a. **Imposibilidad de contratación por emergencia.**- El Art. 178 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, establece que ningún proceso contractual es llevado a cabo sin que conste la respectiva certificación presupuestaria, sin embargo, no señala ninguna excepción, por lo tanto, dentro del proceso de declaratoria de emergencia, se solicita la partida presupuestaria, lo que conlleva en el mejor de los casos días, si no es que semanas o incluso meses, da como resultado que la situación no se solucione de forma inmediata, es por esta razón que la declaratoria de emergencia no aplique en ciertas eventualidades.

- b. **Imposibilidad de aplicar contratación por ínfima cuantía.** - En el caso de la ínfima cuantía el obstáculo fundamental es el tope de precio que fija la ley en 0,0000002 del presupuesto general del Estado, conforme lo establecido en el Art. 52.1 de la LOSNCP, lo cual, dada la realidad presupuestaria no alcanza si quiera a los 10.000 dólares, por lo que esta limitante impediría disponer trabajos de mayor cuantía si fuera el caso.
- c. **Servicio a la colectividad de la Administración Pública.** - En virtud de este antecedente se toma en cuenta que la administración pública se ve en la necesidad de actuar de forma oportuna, eficiente y eficaz ante cualquier calamidad producida dentro de su jurisdicción, tal como lo manifiesta el Art. 227 de la Constitución de la República.
- d. **Derecho a la libertad de trabajo.** – Cuando la autoridad competente tome la decisión de disponer la realización de un trabajo o ejecutar una obra se contempla que, el numeral 17 del artículo 66 de la Constitución, establece que nadie es obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley, por lo que, es necesario que una norma regule al convenio y la misma sea insertada en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, así, los convenios de pago son aplicables en caso de que se generen circunstancias que no se eviten.

RECOMENDACIONES

Por lo expuesto en el presente trabajo investigativo, se analiza los casos suscitados en la zona 3 del MTOP, se parte a una generalidad que no es ajena en la administración pública, sobre el uso recurrente de convenios de pago, lo cual, se contrapone a los pronunciamientos que hablan de excepcionalidad, y, es por esta razón que:

- Se considera incluir en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública un articulado que regule la pertinencia, previsibilidad y criterios técnicos y jurídicos que deban ser tomados en cuenta previo a disponer la adquisición de una obra, bien o servicio de forma extracontractual, es en extremo rigurosa a fin de depurar de la práctica administrativa el uso indiscriminado de esta ficción legal, así como, la clara advertencia a los funcionarios públicos que en ella incurran, de las consecuencias legales por su aplicación. En este contexto los elementos que ha tomarse en cuenta son:
 - a) Informe técnico que justifique la necesidad de intervención impostergable por parte de la administración pública.
 - b) Orden de trabajo suscrita de manera formal por parte de la autoridad competente.
 - c) Fijación de precios justos conforme a la realidad del mercado al momento de disponer el trabajo.
 - d) Entrega recepción de la obra a entera satisfacción de la entidad que dispuso el trabajo extracontractual.
 - e) Remisión del expediente con la documentación de respaldo a la Contraloría para un examen especial.

- La Contraloría General del Estado, emite un pronunciamiento de descargo o a su vez de responsabilidad ya sea administrativa, civil o penal, en todos los casos que se presenten, pues la omisión de este paso, es justamente lo que provoca su recurrencia, en donde, de la investigación realizada y consultada la fuente que es el MTOP, no existen, al menos de los casos presentados, pronunciamiento alguno de contraloría, se hace imposible determinar si la

aplicación de los convenios se ha legitimado por el ente de control de la función pública.

BIBLIOGRAFÍA

Arias, A. (2018). *La recepción de pleno derecho y sus consecuencias jurídicas*. Quito, Pichincha. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6134/1/T2638-MDE-Arias-La%20recepci%C3%B3n.pdf>

Asamblea_Nacional. (2022). *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*. Quito: Pichincha. Obtenido de https://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/09/CODIGO_PLANIFICACION_FINAZAS.pdf

Asamblea_Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Monte Cristi, Manabí, Ecuador. Obtenido de <https://www.cosede.gob.ec/wp-content/uploads/2019/08/CONSTITUCION-DE-LA-REPUBLICA-DEL-ECUADOR.pdf>

Asamblea_Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi. Obtenido de https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_ane_cons.pdf

Asamblea_Nacional. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Quito: Registro Oficial. Obtenido de <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2021/09/losncpactualizada.pdf>

Asamblea_Nacional. (2009). *Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública*. Quito. Obtenido de https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/downloads/2016/11/CONTRATO-REGLAMENTO_A_LA_LEY_ORGANICA_SISTEMA_NACIONAL_CONTRATACION_PUBLICA.pdf

Asamblea_Nacional. (2016). *Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registr oficial. Obtenido de https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/downloads/2016/11/contrato-reglamento_a_la_ley_organica_sistema_nacional_contratacion_publica.pdf

Asamblea_Nacional. (2017). *Código Orgánico Administrativo* (Vol. 31). Quito, Pichincha, Ecuador: Asamblea Nacional. Obtenido de [https:// www. gobiernoelectronico.gob.ec/wp-content/uploads/2020/11/COA.pdf](https://www.gobiernoelectronico.gob.ec/wp-content/uploads/2020/11/COA.pdf)

Asamblea_Nacional. (2021). *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Quito, Pichincha, Ecuador. Obtenido de [https:// www. fielweb. com/ Index. aspx?157Rabf6ik65998](https://www.fielweb.com/Index.aspx?157Rabf6ik65998)

Cabanellas, G. (1981). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta.

Cancado Trindade, A. A. (12 de Abril de 2016). *Curso Brasileño Interdisciplinario de Derechos Humanos*. Obtenido de [http:// ibdh. org. br/ wp-content/ uploads/ 2016/ 02/ El- principio- de- humanidad- y- la-salvaguardia- de- la- persona- humana. pdf# page= 96:](http://ibdh.org.br/wp-content/uploads/2016/02/El-principio-de-humanidad-y-la-salvaguardia-de-la-persona-humana.pdf#page=96)

Chávez Vásquez, J. N. (16 de Junio de 2015). *Avances*. Obtenido de Revista de investigación jurídica: [http:// revistas. upagu. edu. pe/ index. php/ AV/ article/ view/170](http://revistas.upagu.edu.pe/index.php/AV/article/view/170)

Gonzalez, J. (2016). *Régimen jurídico del nuevo sistema de contratación pública ecuatoriano en el contexto internacional*. Quito. Obtenido de [https:// repositorio. uasb. edu. ec/ bitstream/ 10644/ 5301/ 1/ TD078- DDE- Gonzalez-La%20contratacion.pdf](https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5301/1/TD078-DDE-Gonzalez-La%20contratacion.pdf)

Montaluisa Quevedo, M. A. (16 de Noviembre de 2018). *DSPACE Uniandes*. Obtenido de La atenuante trascendental y el principio de proporcionalidad: [http:// dspace. uniandes. edu. ec/ bitstream/ 123456789/ 9189/ 1/ PIUAAB082-2018.pdf](http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/9189/1/PIUAAB082-2018.pdf)

Ojeda Veintimilla, S. O. (12 de Agosto de 2016). *Dspace UNL*. Obtenido de El principio de proporcionalidad y su aplicación en la modificación de las penas,

en los delitos que atentan contra la integridad de las personas: <https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/1275/1/TESIS%20DE%20ROBERT%20OJEDA.pdf>

Pazmiño, C. (2018). *Naturaleza jurídica de los contratos celebrados por las empresas públicas ecuatorianas en el marco del giro específico del negocio*. Quito. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6228/1/T2659-MDA-Pazmi%C3%B1o-Naturaleza.pdf>

Procuraduría_General_de_Estado. (2020). *Reflexiones de contratación Pública*. Quito. Obtenido de http://www.pge.gob.ec/images/2021/infografias/boletin_reflexiones_cp_01.pdf

Servicio_Nacional_de_Contratación_Pública_SERCOP. (2019). *Conoce la normativa*. Quito, Pichincha. Obtenido de <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/normativa/>

Servicio_Nacional_de_Contratación_Pública_SERCOP. (2021). *Evaluación Sistema Nacional de Contratación Pública - Ecuador*. Quito: Sercop. Obtenido de https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2021/05/libro_evaluacion_sncp_2021-comprimido.pdf

Suarez, L. (2015). *La desacertada definición de las cláusulas del contrato administrativo como exorbitantes y sus efectos jurídicos*. Quito, Pichincha. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4804/1/T1815-MDE-Suarez-La%20desacertada.pdf>

Superintendencia_de_Control_del_Poder_de_Mercado. (2015). *Manual de buenas prácticas de la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*. Quito, Pichincha, Ecuador. Obtenido de https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_panel5_SERCOP_3.2.1_man_bue_pr%C3%A1c_CP.pdf

ANEXOS

Anexo 1: Memorándum de instructivo de convenios MTOP



COORDINACIÓN GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Memorando Nro. MTOP-CGJ-2017-1283-ME

Quito, D.M., 23 de noviembre de 2017

PARA: Sr. Ing. Alfonso Vicente Ordoñez Zuñiga
Subsecretario Zonal 1

Sr. Ing. Ángel Espinel García
Subsecretario Zonal 3, Encargado

Sr. Ing. Gustavo Mauricio Ochoa Rodas
Subsecretario Zonal 6

Sr. Ing. Hugo Valle Zuñiga
Subsecretario Zonal 5

Sr. Mgs. Jaime Ramiro Calderon Ojeda
Subsecretario Zonal 7

Sr. Abg. José Ricardo Herrera Falcones
Subsecretario Zonal 4

Sr. Ing. Omar Alexander Benavides Morillo
Subsecretario Zonal 2

Sr. Arq. Carlos Andres Vargas Acuña
Director Distrital de Transporte y Obras Públicas de Pichincha

Sr. Ing. Darwin Rolando Reinoso Jara
Director Distrital de Transporte y Obras Públicas de Morona Santiago

Sr. Arq. Diego Fernando Escorza Davila
Director Distrital de Transporte y Obras Públicas del Carchi

Sr. Ing. Diego Fernando Galarza Garcia
Director Distrital de Transporte y Obras Públicas de Tungurahua

Srta. Ing. Emma Katherine Gamboa López
Directora Distrital de Transporte y Obras Públicas de Pastaza, Encargada

Srta. Ing. Evelyn Karina Diaz Arequipa
Director Distrital de Transporte y Obras Públicas del Napo



COORDINACIÓN GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Memorando Nro. MTOP-CGJ-2017-1283-ME

Quito, D.M., 23 de noviembre de 2017

Sr. Ing. Francisco Alberto Oswaldo Arroyo Calderon
Director Distrital de Transporte y Obras Públicas de Santo Domingo de los Tsáchilas

Sr. Ing. Gabriel Vicente Sánchez Yoza
Director Distrital de Transporte y Obras Públicas de El Oro

Sr. Ing. Gustavo Xavier Pilamunga Lhuniguano
Director Distrital de Transporte y Obras Públicas de Bolívar

Sr. Ing. Hugo Francisco Vásquez Vásquez
Director Distrital de Transporte y Obras Públicas del Azuay

Srta. Ing. Ingrid Pamela Santillán Morocho
Directora Distrital de Transporte y Obras Públicas de Chimborazo, Encargada

Sr. Ing. Ivan Fernando Ganchozo Villavicencio
Director Distrital de Transporte y Obras Públicas de Manabí, Encargado

Sr. Ing. Iván Patricio Chaca Álvarez
Director Distrital de Transporte y Obras Públicas del Cañar

Sr. Ing. José Villamarín Navarro
Director Distrital de Transporte y Obras Públicas de Cotopaxi

Sr. Ing. Julio Cesar Matamoros Arias
Director Distrital de Transporte y Obras Públicas de Santa Elena

Sr. Ing. Néstor Alexander Agreda Orellana
Director Distrital de Transporte y Obras Públicas de Zamora Chinchipe

Sr. Arq. Olger Oswaldo Zambrano Vera
Director Distrital de Transporte y Obras Públicas de los Ríos

Sr. Ing. Richard Patricio Lara Mendoza
Director Distrital de Transporte y Obras Públicas de Orellana, Encargado



COORDINACIÓN GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Memorando Nro. MTOP-CGJ-2017-1283-ME

Quito, D.M., 23 de noviembre de 2017

Sr. Ing. Robin Cristian Enriquez Ocampos
Director Distrital de Transporte y Obras Públicas de Sucumbios

Sr. Ing. Rusbel Enrique Ludeña Suescun
Director Distrital de Transporte y Obras Públicas de Loja

Sra. Arq. Toa Priscila Maldonado Saravino
Directora Distrital de Transporte y Obras Públicas de Imbabura

Ing. Vicente Fernando Rodas Mejía
Director Distrital de Transporte y Obras Públicas de Esmeraldas

Sr. Ing. Freddy Marcelo Gallardo Tapia
Director de Planificación e Inversión de la Infraestructura y Gestión del Transporte

Sra. Arq. Mónica Fabiola Quezada Jara
Coordinadora General de Planificación y Gestión Estratégica

Sr. Dr. Javier Marcelo Maldonado Almeida
Director Financiero, Encargado

Sr. Ing. Renato Alfonso Piedra Veintimilla
Director Administrativo

Sr. Dr. Teodoro Oswaldo Tamariz Valdivieso
Coordinador General Administrativo Financiero

Sr. Ing. Jorge Fernando Salgado Brasero
Director de Construcciones del Transporte, Encargado

Sra. Econ. Yolanda Gaete Zambrano
Subsecretaría de Delegaciones y Concesiones

Sr. Ing. Ricardo Octavio Paula López
Subsecretario de Infraestructura del Transporte

Srta. Ing. Jessica Alomia Méndez
Subsecretaría del Transporte Aéreo

COORDINACIÓN GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Memorando Nro. MTOP-CGJ-2017-1283-ME

Quito, D.M., 23 de noviembre de 2017

ASUNTO: INSTRUCCIONES SOBRE TRÁMITE DE CONVENIOS DE PAGO

De mi consideración:

Se ha observado en el MTOP la existencia de obligaciones pendientes ejecutadas sin contar con los recursos económicos y sin respaldos contractuales, por lo que es necesario impartir instrucciones para viabilizar el pago por excepción y extinguir las obligaciones surgidas por la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios, incluidos los de consultoría, sin que se cuente con el respaldo contractual correspondiente.

I. ANTECEDENTES.-

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), estableció el Sistema Nacional de Contratación Pública, el cual determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría que realicen las entidades sujetas al ámbito de aplicación de esa ley; entre ellas, el Ministerio de Transporte y Obras Públicas. Dicho sistema está sometido a control en su fase precontractual, de ejecución del contrato y de evaluación del mismo; por lo que la inobservancia de los procedimientos y condiciones establecidos en la *Ley citada, su Reglamento General de aplicación, las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) y demás normativa aplicable, es de entera responsabilidad de quienes incumplen y permiten la prestación de los servicios y la ejecución de obras sin que se cuente con el respaldo contractual pertinente.*

Sin embargo, la existencia, verificación y recepción de obras, bienes o servicios, provenientes de terceros, a favor del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, que no cuentan con un contrato legalmente celebrado, obliga a esta institución pública, a solventar y honrar las obligaciones en aplicación de los principios de equidad y buena fe; por lo que, se requiere viabilizar e instrumentar los pagos a través de mecanismos lícitos, tendientes a subsanar los efectos de tales obligaciones pendientes.

Por lo que, de conformidad con el principio establecido en el numeral 17 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual determina que nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, se podrá recurrir a la figura jurídica del "Convenio de Pago", que permita solventar obligaciones con los proveedores tanto de obras, bienes o servicios, que han sido recibidos a satisfacción de la entidad, pero que carecen de un contrato o instrumentación previa que contenga la obligación prestada. Es preciso insistir que el "Convenio de Pago" es una figura que se aplica de manera excepcional.

Mediante Acuerdo Ministerial Nro. 0102 de 03 de diciembre de 2015, se expidió el

COORDINACIÓN GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Memorando Nro. MTOP-CGJ-2017-1283-ME

Quito, D.M., 23 de noviembre de 2017

"Reglamento para la Aplicación de Procesos Administrativos de Contratación pública y Ordenadores de Gasto del Ministerio de Transporte y Obras Públicas". en el cual delegó facultades a funcionarios de dicho Ministerio para la suscripción de contratos de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría. En virtud de las delegaciones referidas se han ejecutado trabajos, se han prestado servicios incluidos los de consultoría y se han adquirido bienes, sin observar lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General de aplicación, las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) y demás normativa aplicable para la celebración de todo contrato en el sector público y que es de cumplimiento obligatorio.

II. MARCO LEGAL.-

Constitución de la República del Ecuador:

- El numeral 17 del artículo 66, señala: "El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley".

- El numeral 2 del artículo 212, señala como función de la Contraloría General del Estado: "Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control,...".

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

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

- Art. 237.- "Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley: (...) 3. El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos".

- Art. 297.- "Las Instituciones y entidades que reciban o transfieran bienes o recursos públicos se someterán a las normas que las regulan y a los principios y procedimientos de transparencia, rendición de cuentas y control público".

COORDINACIÓN GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Memorando Nro. MTOP-CGJ-2017-1283-ME

Quito, D.M., 23 de noviembre de 2017

Código Civil:

- Art. 9.- "Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención".

- Art. 1453.- "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia".

- Art. 1486.- "Las obligaciones son civiles o meramente naturales. () Civiles, las que dan derecho para exigir su cumplimiento. () Naturales, las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento; pero que, cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas. () Tales son: () Las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos; () Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción; () Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que surtan efectos civiles; como la de pagar un legado impuesto por testamento que no se ha otorgado en la forma debida; y, () Las que no han sido reconocidas en juicio, por falta de prueba.

Para que no pueda pedirse la restitución en virtud de estas cuatro clases de obligaciones, es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes".

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas:

- Art. 115.- "Certificación Presupuestaria.- Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria".

- 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. El compromiso subsistirá hasta que las obras se realicen, los bienes se entreguen o los servicios se presten. En tanto no sea exigible la obligación para adquisiciones nacionales e internacionales, se podrá anular total o parcialmente el compromiso".

COORDINACIÓN GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Memorando Nro. MTOP-CGJ-2017-1283-ME

Quito, D.M., 23 de noviembre de 2017

- 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; 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 demuestren la entrega de las obras, los bienes o servicios contratados".

- Art. 178.- "Sanciones por comprometer recursos públicos sin certificación presupuestaria.- Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos ni autorizar o contraer obligaciones, sin que conste la respectiva certificación presupuestaria. Los funcionarios responsables que hubieren contraído compromisos, celebrado contratos o autorizado o contraído obligaciones sin que conste la respectiva certificación presupuestaria serán destituidos del puesto y serán responsables personal y pecuniariamente".

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado:

- El Art. 31 numeral 34 dispone que: "Establecer responsabilidades individuales administrativas, por quebrantamiento de las disposiciones legales, reglamentarias y de las normas de que trata esta Ley; responsabilidades civiles culposas, por el perjuicio económico sufrido por la entidad u organismo respectivo, a causa de la acción u omisión de sus servidores, e indicios de responsabilidad penal, mediante la determinación de hechos incriminados por la ley".

- Art. 41.- "Órdenes superiores.- Ningún servidor, funcionario o empleado de las instituciones del Estado, podrá ser relevado de su responsabilidad legal alegando el cumplimiento de órdenes superiores, con respecto al uso ilegal, incorrecto o impropio de los recursos públicos de los cuales es responsable. Los servidores públicos podrán objetar por escrito, las órdenes de sus superiores, expresando las razones para tal objeción. Si el superior insistiere por escrito, las cumplirán, pero la responsabilidad recaerá en el superior. Esta disposición se aplicará en armonía con lo dispuesto en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa".

- Art. 42.- "Responsabilidad directa.- Los servidores de las instituciones del Estado, encargados de la gestión financiera, administrativa, operativa o ambiental, serán responsables, hasta por culpa leve, cuando incurrieren en acciones u omisiones relativas al incumplimiento de normas, falta de veracidad, de oportunidad, pertinencia o

COORDINACIÓN GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Memorando Nro. MITOP-CGJ-2017-1283-ME

Quito, D.M., 23 de noviembre de 2017

conformidad con los planes, programas y presupuestos y por los perjuicios que se originaren de tales acciones u omisiones".

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

- Art. 1.- "Objeto y Ámbito.- Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría."

- Art. 7.- "Sistema Nacional de Contratación Pública SNCP.- El Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) es el 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. Forman parte del SNCP las entidades sujetas al ámbito de esta Ley.

- Art. 14.- "Alcance del Control del SNCP.- El control del Sistema Nacional de Contratación Pública será intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello. Incluirá la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo. () El Servicio Nacional de Contratación Pública tendrá a su cargo el cumplimiento de las atribuciones previstas en esta Ley, incluyendo en consecuencia, la verificación de: () 1. El uso obligatorio de las herramientas del Sistema, para rendir cuentas, informar, promocionar, publicitar y realizar todo el ciclo transaccional de la contratación pública; () 2. El uso obligatorio de los modelos precontractuales, contractuales oficializados por el Servicio Nacional de Contratación Pública; () 3. El cumplimiento de las políticas emitidas por el Directorio del SERCOP y los planes y presupuestos institucionales en materia de contratación pública; () 4. La contratación con proveedores inscritos en el RUP, salvo las excepciones puntualizadas en esta Ley. () 5. Que los proveedores seleccionados no presenten inhabilidad o incapacidad alguna hasta el momento de la contratación; y,

6. Que la información que conste en las herramientas del Sistema se encuentre actualizada. () Cualquier incumplimiento dará lugar a las sanciones previstas en esta Ley. () Para ejercer el control del Sistema, el Servicio Nacional de Contratación Pública podrá solicitar información a entidades públicas o privadas que crea conveniente, las que deberán proporcionarla en forma obligatoria y gratuita en un término máximo de 10 días de producida la solicitud.

Reglamento de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado:

- Art. 1.- "Responsabilidad.- Las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, los personeros, directivos, empleados,

COORDINACIÓN GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Memorando Nro. MTOP-CGJ-2017-1283-ME

Quito, D.M., 23 de noviembre de 2017

trabajadores y representantes de las personas jurídicas y entidades de derecho privado con participación estatal o terceros, actuarán con la diligencia y empeño que emplean generalmente en la administración de sus propios negocios y actividades, caso contrario responderán por sus acciones u omisiones, de conformidad con lo previsto en la ley".

- Art. 2.- *"Factores de responsabilidad.- Los factores determinantes de la responsabilidad de las personas mencionadas en el artículo precedente corresponden a los deberes y cometidos que les sean exigibles, de acuerdo con normas o estipulaciones legítimamente establecidas, el grado de poder de decisión, el grado de importancia del servicio público que se trata de llenar, y las consecuencias imputables del acto o de la omisión".*

- Art. 8.- *"Identificación de los sujetos de la responsabilidad.- Se identificarán a uno o más sujetos de la responsabilidad por acción cuando se establezca que un acto o hecho les es imputable, por la ley o por las circunstancias que rodean al acto o hecho, pudiendo distinguirse categorías de responsabilidad, según el grado de imputabilidad en cada caso. La identificación de uno o más sujetos de la responsabilidad por omisión se realizará mediante el análisis de las obligaciones que pesen sobre los sujetos, según la ley, la distribución interna de funciones en cada entidad u organismo, estipulaciones contractuales o los cometidos asignados".*

- Art. 9.- *"Alcance de "acción" y "omisión".- En cuanto a la acción y a la omisión de las autoridades, dignatarios, funcionarios y demás servidores de las instituciones del Estado, de los personeros, directivos, empleadas, trabajadores y representantes de las personas jurídicas y entidades de derecho privado con participación estatal; así como de terceros, se distinguirán los siguientes aspectos: () 1. La acción, que es la actividad positiva puesta por el agente, puede dar fundamento para la responsabilidad administrativa culposa, la civil culposa o los indicios de responsabilidad penal. () 2. La omisión, que consiste en dejar de hacer algo a que estaba obligado por disposición legal, por la distribución de funciones, por estipulaciones contractuales, o cometidos asignados, puede ser intencional o culposa. () 3. La omisión intencional, que es aquella que se produce con el designio de obtener algún resultado dañoso, puede dar lugar a la determinación de responsabilidad conforme el numeral primero de este artículo. () 4. La omisión culposa, que se equipara con la culpa leve del Código Civil y consiste en la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, no puede generar responsabilidad penal sino administrativa culposa o civil culposa, o ambas a un tiempo".*

Pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado:

- OF, PGE. N°: 16330, de 03-09-2010: *"En aplicación del principio constitucional de que nadie será obligado a realizar un trabajo forzoso, cabe la realización de un convenio de pago sustentado en el informe y certificación de la unidad requerente en el que se*

COORDINACIÓN GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Memorando Nro. MTOP-CGJ-2017-1283-ME

Quito, D.M., 23 de noviembre de 2017

determine que: 1) existió la necesidad institucional previa, ...; 2) los precios que fueron pactados son los del mercado a la fecha de adquisición; 3) que los bienes o servicios fueron recibidos a satisfacción por el responsable del proceso; 4) los bienes o servicios adquiridos fueron utilizados en actividades y funciones inherentes a ese Portafolio (...)" (Martes 07 de diciembre de 2010, Registro Suplemento - Nro. 335)

- OF. PGE. N°: 05605, de 26-12-2012: "Para que proceda el convenio de pago, en dicho instrumento se deberá determinar: 1) Que existió la necesidad institucional previa, de acuerdo con la certificación que otorgue el director del área requirente, de conformidad con los planes operativos de la entidad; 2) Que los precios que fueron pactados son los del mercado a la fecha de ejecución de la obra, prestación de los servicios, o de adquisición de los bienes; 3) Que hay constancia documentada de las obras, bienes o servicios fueron recibidos a entera satisfacción por los funcionarios responsables de ese Ministerio; 4) Que las obras ejecutadas, bienes adquiridos o servicios prestados fueron utilizados en actividades y funciones al Ministerio."

III. INSTRUCCIONES.-

I.- ¿Cuándo se procederá con el Convenio de Pago?:

Se recurrirá al convenio de pago tomando en consideración el numeral 17 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual reconoce y garantiza a las personas, el derecho a la libertad de trabajo y establece que: "Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito forzoso, salvo los casos que determine la ley".

Se recuerda que, la ejecución de obras, entrega de bienes y prestación de servicios sin que exista ninguna expresión de la voluntad por parte de la autoridad competente no genera una obligación de pago, salvo cuando designe expresamente otro efecto que el de nulidad, principio aplicable a las personas naturales y jurídicas de derecho privado y en las relaciones propias que pueden generarse entre los particulares y el Estado; la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, obliga a todas las entidades del sector público a procedimientos específicos de contratación y cuya omisión excepcionalmente genera una obligación al Estado bajo los presupuestos establecidos en el artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, cualquier circunstancia que se aparte de estos supuestos de hecho no estarían jurídicamente amparados y por lo tanto no generan obligación de carácter civil.

Por lo tanto, para las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes recibidos de terceros, sin que para ello haya existido un contrato legamente celebrado; y, en tal virtud, pueda aplicarse la figura jurídica excepcional de "Convenio de Pago", deberá obligatoriamente demostrarse de manera documentadamente que:

- Existió la necesidad institucional previa, de acuerdo con la certificación que otorgue el

COORDINACIÓN GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Memorando Nro. MTOP-CGJ-2017-1283-ME

Quito, D.M., 23 de noviembre de 2017

director del área requirente, de conformidad con los planes operativos de la entidad;
Los precios que fueron pactados son los del mercado a la fecha de ejecución de la obra, prestación de los servicios, o de adquisición de los bienes;

- Existe constancia documentada de las obras, bienes o servicios fueron recibidos a entera satisfacción por los funcionarios responsables del Ministerio de Transporte y Obras Públicas.

- Las obras ejecutadas, bienes adquiridos o servicios prestados fueron utilizados en actividades y funciones del Ministerio de Transporte y Obras Públicas.

2.- ¿Cómo se procede con el Convenio de Pago?:

El procedimiento y requisitos para celebrar un Convenio de Pago excepcionalmente, se someterá a lo siguiente:

a) Iniciará según corresponda, a través de la Subsecretaría Zonal, la Dirección Distrital o la Unidad que generó la necesidad para la ejecución de los trabajos, prestación de los servicios, incluidos los de consultoría o adquisición de bienes; y, se sustentará en documentos justificativos originales y comprobatorios debidamente motivados, elaborados en su orden por el Área Requirente: Fiscalización, Administración y Máxima Autoridad Zonal y Distrital, los que contendrán en forma clara y definitiva los pronunciamientos sobre la procedencia de tramitar el Convenio de Pago y la cancelación de los valores por concepto de las obligaciones adquiridas sin respaldo contractual.

b) Una vez que se cuente con los informes técnicos y jurídicos respectivos, el abogado de la unidad que generó la obligación (si lo hubiere) o el abogado Zonal o Distrital respectivo, elaborará el proyecto de Convenio de Pago.

c) Posteriormente el Subsecretario Zonal, expresando su conformidad, pondrá en conocimiento de la Coordinación General de Asesoría Jurídica el expediente con los informes técnico, jurídico y proyecto de Convenio de Pago, para su revisión y pronunciamiento correspondiente.

d) La Coordinación General de Asesoría Jurídica analizará la documentación remitida por la Subsecretaría Zonal y emitirá el pronunciamiento respectivo y de ser favorable solicitará a la Coordinación General de Planificación y Gestión Estratégica el trámite del aval correspondiente.

e) La Coordinación General de Planificación y Gestión Estratégica, manifestará su conformidad y emitirá el aval para la aprobación del señor Ministro, para posteriormente remitirla a la Coordinación General Administrativa Financiera.

COORDINACIÓN GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Memorando Nro. MTOP-CGJ-2017-1283-ME

Quito, D.M., 23 de noviembre de 2017

f) La Coordinación General Administrativa Financiera, informará a la Coordinación General de Planificación y Gestión Estratégica que el aval se encuentra aprobado en el ESIGEF.

g) La Coordinación General de Planificación y Gestión Estratégica, informará a la Coordinación General de Asesoría Jurídica, Subsecretaría Zonal, la Dirección Distrital o la Unidad requirente para continuar con el trámite y emisión de la certificación de recursos y partida presupuestaria que se aplicará el Convenio de Pago.

h) La Subsecretaría Zonal, la Dirección Distrital o la Unidad requirente, una vez que cuenten con todos los informes respectivos incluida la partida presupuestaria, procederán con la suscripción del Convenio de Pago, y remitirán el expediente completo a la Coordinación General Administrativa Financiera, solicitando el pago respectivo.

IV. CONSIDERACIONES FINALES. -

En virtud de lo expuesto, los Subsecretarios Nacionales, Subsecretarios Zonales, Directores de la Administración Central y Directores Distritales del Ministerio de Transporte y Obras Públicas deben cumplir los procedimientos previos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General de aplicación, las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) y demás normativa aplicable; para que no se efectúen obras, se adquieran bienes, servicios o en general se asuman obligaciones, sin contar previamente con la certificación presupuestaria y sin observar los procedimientos contractuales obligatorios establecidos en la Ley.

Al ser el Convenio de Pago una figura jurídica que se aplica por excepción, todo Convenio de Pago suscrito y cancelado, deberá ser remitido a la Coordinación General de Asesoría Jurídica para que a través de la Máxima Autoridad, se solicite a la Contraloría General del Estado la realización de un examen especial, con la finalidad de determinar responsabilidades por las acciones u omisiones de los servidores que inobservaron los procedimientos contractuales establecidos en la Ley.

Con sentimientos de distinguida consideración.

Atentamente.



Ministerio
de Transporte
y Obras Públicas



COORDINACIÓN GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Memorando Nro. MTOP-CGJ-2017-1283-ME

Quito, D.M., 23 de noviembre de 2017

Documento firmado electrónicamente

Mgs. Francisco José Donoso Moscoso

COORDINADOR GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Copia:

Sr. Dr. Víctor Paul Granda López
Ministro de Transporte y Obras Públicas

Sr. Ing. Jorge Aurelio Hidalgo Zavala
Viceministro de Infraestructura del Transporte

Sr. Ing. Boris Paul Palacios Vásquez
Viceministro de Gestión del Transporte

Sr. Mgs. Andrés Emiliano Bejarano Flores
Asesor

Sr. Tigo. Andrés Leonardo Molina Cordero
Asesor 4

Sr. Lodo. Arturo Rafael Arizaga Andrade
Asesor 3

Sr. Ing. Daniel Mauricio Ajoy Jaramillo
Asesor 2

Sr. Ing. Diego Eduardo Fajardo Vasquez
Asesor 3

Sr. Mgs. Fernando Panta Suárez
Asesor 2

Sr. Arq. Francisco Javier Jaramillo Castillo
Asesor Ministerial

Sr. Mgs. Freddy José Rojas Villa
Asesor 4

Sr. Ing. Gustavo Patricio García Caputi
Asesor Despacho Ministerial

Sr. Lodo. Juan Diego Guzmán Zambrano
Asesor 3

Sr. Abg. Leonardo Agustín Morales Ordóñez
Asesor 4

Sr. Ing. Leonardo Bolívar Albán Tinoco
Asesor 2

Sr. Ing. Luis Homero Calle Peñaherrera
Asesor 3





Ministerio
de Transporte
y Obras Públicas



COORDINACIÓN GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Memorando Nro. MTOP-CGJ-2017-1283-ME

Quito, D.M., 23 de noviembre de 2017

Srta. Mgs. María Dolores Bermeo Cordova
Asesor 3

Sr. Dr. Miguel Ángel Loja Llamas
Asesor 2

Sr. Con. Paul Damián Velasco Molina
Asesor 2

Sr. Econ. Pedro José Vintimilla Vega
Asesor 2

pc

