

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho de la Contratación Pública

Regulación ambiental y contratación pública en el Ecuador

Autor: José Jara Vásquez

Tutora: Eddy de la Guerra

Quito, 2016



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, José Ernesto Jara Vásquez, autor de la tesis intitulada ***Regulación Ambiental y Contratación Pública en el Ecuador***, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho de la Contratación Pública.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito,

.....

Dr. José Jara Vásquez

Resumen

Uno de los problemas más graves del mundo contemporáneo es la degradación ambiental que amenaza con extinguir la vida en el planeta. Frente a semejante escenario, las naciones del mundo han desarrollado respuestas jurídicas que buscan enfrentar esta catástrofe y en ese sentido, el Ecuador con la Constitución que nos rige desde el 20 de octubre de 2008, ha dado un paso fundamental al consagrar en su texto un paradigma ambiental que debe aplicarse transversalmente en todas las actividades productivas que se desarrollen en el territorio nacional.

El nuevo enfoque ecológico de la Constitución de la República se materializa a través de una amplia gama de derechos ambientales humanos subjetivos y colectivos y mediante la importante innovación que representa los derechos de la naturaleza, debiendo señalarse que tanto los derechos ambientales humanos, como los derechos de la naturaleza deben ser ejercidos dentro del marco del desarrollo sustentable, fórmula adoptada por el nuevo orden constitucional para establecer las relaciones entre economía y ambiente.

En ese contexto, la contratación pública, pese a su significativa relevancia económica y social no cuenta con un marco jurídico específico que viabilice la concreción de los postulados ambientales constitucionales, lo que ha ocasionado que, aunque el Art. 288 de la Constitución de la República disponga expresamente que las compras públicas en el Ecuador se deben hacer con criterios de responsabilidad ambiental, dicho mandato sea ignorado en la práctica contractual diaria, con evidente perjuicio para la institucionalidad del país, vulnerando los derechos ambientales consagrados por la Constitución y en detrimento del modelo de desarrollo sustentable.

La contratación pública en el Ecuador debe emprender rápidamente el camino de la sustentabilidad, pero para eso el primer y esencial paso es dotarla de un marco jurídico adecuado que introduzca la variable ambiental en todas las etapas de los procesos contractuales, generando así seguridad jurídica para el Estado y los contratistas, garantizando los derechos ambientales humanos y los derechos de la naturaleza, la institucionalidad del país y contribuyendo al fortalecimiento del modelo de desarrollo sustentable.

Agradecimiento

A Dios creador del mundo y dador de vida.

*A la Universidad Andina Simón Bolívar
por su vertical formalidad académica.*

*A la Dra. Eddy De la Guerra por su
inestimable guía, por su puntual y sabia
dirección en el presente trabajo investigativo.*

Dedicatoria

A mi pequeño Ignacio y a las niñas y los niños de su edad cuyo futuro depende de nuestra conciencia ambiental.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	9
Capítulo primero	11
Los derechos ambientales garantizados por la Constitución de la República	11
1.1. El Derecho Ambiental como instrumento de supervivencia	12
1.2. Origen y principios jurídicos del Derecho Ambiental.....	13
1.3. Relaciones del Derecho Ambiental con el Derecho Administrativo.....	21
1.4. Los derechos ambientales de tercera generación como antecedente de los derechos de la naturaleza	23
1.5. Los derechos ambientales en la Constitución de 1998	24
1.6. El nuevo paradigma ambiental de la Constitución de 2008	25
1.6.1. El <i>sumak kawsay</i> y su componente ambiental	26
1.6.2. Biocentrismo en lugar de antropocentrismo	27
1.6.3. La naturaleza como titular de derechos	27
1.7. Dos conceptos jurídicos indispensables: ambiente y daño ambiental	30
1.7.1. Definición jurídica de ambiente	30
1.7.2. Definición jurídica de daño ambiental.....	31
1.8. Los derechos ambientales reconocidos por la Constitución de la República.....	33
1.8.1. Los derechos de la naturaleza.....	34
1.8.2. Los derechos ambientales subjetivos.....	40
1.8.3. Los derechos ambientales colectivos.....	41
1.9. Otros derechos constitucionales asociados al tema ambiental	42
1.10. El desarrollo sustentable como marco constitucional de los derechos ambientales humanos y de los derechos de la naturaleza.....	46
1.11. Dimensión ambiental de la contratación pública.....	50
1.12. Desarrollo y alcance de la <i>contratación pública verde</i> en la Unión Europea	51
1.12.1. La Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo de 2004	51
1.12.2. Incorporación del componente ambiental en la contratación pública española	53
1.12.3. Resumen de la normativa que sustenta la <i>contratación pública verde</i> en la Unión Europea	54
1.12.4. Repercusión social de la <i>contratación pública verde</i> en la Unión Europea.....	56

1.13. El contrato administrativo como instrumento del desarrollo sustentable...	59
Capítulo segundo	63
Las compras públicas con responsabilidad ambiental	63
2.1. El mandato del Art. 288 CRE determina que las compras públicas en el Ecuador deben cumplir con criterios de responsabilidad ambiental.....	63
2.2. Omisión de normativa específica que permita aplicar correctamente el mandato del Art. 288 CRE.....	65
2.3. Las graves consecuencias jurídicas y socio-políticas de los vacíos normativos de orden ambiental en el sistema nacional de contratación pública....	72
2.3.1. Consecuencias jurídicas por los vacíos normativos de orden ambiental en el sistema nacional de contratación pública.....	72
2.3.2. Consecuencias socio-políticas por los vacíos normativos de orden ambiental en el sistema nacional de contratación pública	74
2.4. Responsabilidades derivadas de daños ambientales causados por contratos administrativos sometidos a la LOSNCP	76
2.4.1. Responsabilidad objetiva por daños ambientales	77
2.4.2. Responsabilidad civil por daño ambiental causado en contratos sometidos la LOSNCP	79
2.4.3. Responsabilidad administrativa por daños ambientales causados en la ejecución de contratos sometidos a la LOSNCP.....	79
2.4.4. Responsabilidad penal por daños ambientales causados en la ejecución de contratos sometidos a la LOSNCP.....	80
2.4.5. Sujetos de responsabilidad por daño ambiental causado por contratos sometidos a la LOSNCP	83
2.4.6. Responsabilidad estatal de restauración de ecosistemas por daño ambiental	87
 Capítulo tercero	88
Aplicación normativa del nuevo paradigma ambiental en la contratación pública ecuatoriana	88
3.1. El componente ambiental como innovación indispensable en la contratación pública ecuatoriana	88
3.1.1. Dificultades para introducir el componente ambiental en la contratación pública.....	90
3.2. Integración del componente ambiental en el sistema nacional de contratación pública.....	91
3.2.1. El principio de responsabilidad ambiental en la LOSNCP.....	92

3.2.2.	Comprar solo lo necesario.....	92
3.2.3.	La definición del objeto del contrato con criterios de sustentabilidad.....	94
3.2.4.	Preferencia para ofertas ambientalmente convenientes.....	96
3.2.5.	Selección de contratistas.....	97
3.2.6.	Cumplimiento de obligaciones ambientales en la fase de ejecución de contratos públicos.....	98
3.2.7.	Terminación unilateral del contrato por daño ambiental.....	102
3.2.8.	Liquidación ambiental del contrato.....	104
3.3.	El componente ambiental como elemento transversal jurídico e ideológico de la contratación pública.....	109
3.4.	Las reformas a la LOSNCP y al RGLOSNCP como primer mecanismo para alcanzar la sustentabilidad en las compras públicas.....	111
4.	CONCLUSIONES.....	113
4.1	Conclusión general.....	113
4.2	Conclusiones específicas:.....	113
	ACRÓNIMOS.....	117
	BIBLIOGRAFÍA.....	118

REGULACIÓN AMBIENTAL Y CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

Introducción

La presente investigación pretende ser un modesto aporte jurídico a la conciencia ecológica nacional desde un ámbito en el que prácticamente nada se ha dicho sobre el tema ambiental, esto es la contratación pública.

En el Ecuador y en el mundo, la protección del ambiente se ha convertido en un imperativo de subsistencia y mucho se habla en líneas generales sobre tal imperativo, pero, la efectividad de las acciones para alcanzarlo pasa por la especificidad de los hechos en los diferentes ámbitos de la conducta humana. Así, el respeto a la naturaleza es mucho más efectivo en la medida que se alcanzan puntualizaciones teóricas que se transforman en acciones concretas.

En ese orden de ideas, este trabajo busca conseguir una concreción que permita enfocar correctamente los problemas ambientales que pueden generarse como consecuencia de los contratos públicos, alineándose con la idea de que las obras, bienes y servicios que se contratan con dineros estatales no son una buena inversión si de por medio no está la plena vigencia de los derechos ambientales protegidos por la Constitución de la República y el fortalecimiento del principio de sustentabilidad en el cual deben enmarcarse la productividad y el avance nacional.

La hipótesis principal de este trabajo es que la Constitución que nos rige desde octubre de 2008 proyecta un nuevo paradigma ambiental con el cual, el sistema nacional de contratación pública no guarda armonía, siendo necesario reformarlo primeramente en su componente normativo, para evitar incongruencias que lesionen derechos, ocasionen graves responsabilidades y contravengan el ideal constitucional de desarrollo sustentable.

Esta investigación se ha desarrollado de manera piramidal, así, partiendo de los postulados del derecho ambiental internacional se ha incursionado en los fundamentos ambientales de la Constitución vigente, se ha buscado visibilizar sus cimientos y detallar los derechos que emergen de tales postulados, hasta configurar una clara visión

del nuevo paradigma ambiental que proyecta la Constitución de 2008, a esta tarea se ha dedicado el capítulo primero.

En el capítulo segundo, se ha contrastado el paradigma ambiental constitucional con la normativa que rige la contratación pública en el Ecuador y se han evidenciado los defectos jurídicos que existen, las consecuencias de orden civil, penal y administrativo que pueden derivarse de tal deficiencia y las secuelas negativas para la institucionalidad del país que dicha falencia acarrea.

El capítulo tercero es el vértice de la pirámide y se enfoca en proponer soluciones normativas y en él se han consignado las principales reformas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y a su reglamento, que se proponen para todas las etapas contractuales, argumentando cada innovación desde el punto de vista jurídico y operacional.

El objetivo académico de esta tesis es demostrar que existe un nuevo orden constitucional cuyo paradigma ambiental no es posible ejecutarlo adecuadamente con la normativa específica que actualmente rige para la contratación pública y en tal razón, es necesario innovar este marco jurídico como primer paso hacia la consecución de una contratación pública sustentable en el Ecuador, primer paso que ha de acompañarse con la debida provisión de recursos económicos, técnicos y humanos que permitan que las compras públicas en el Ecuador se realicen efectivamente con responsabilidad ambiental como lo dispone expresamente el Art. 288 de la Constitución de la República.

La motivación personal que ha impulsado este trabajo es la convicción íntima de que todos somos responsables por el futuro del planeta y por la vida que este alberga, especialmente por el bienestar de nuestros descendientes a quienes les espera un futuro precario, si quienes actualmente detentamos la capacidad de reflexión y acción seguimos siendo mudos testigos de la catástrofe ambiental cuyos efectos desastrosos ya se comienzan a sentir.

En tal sentido, la contratación pública, por su inmensa dimensión económica y social, puede y debe constituirse en poderoso puntal del desarrollo sustentable y en ejemplo de acciones estatales destinadas a proteger nuestro hogar común.

Capítulo primero

Los derechos ambientales garantizados por la Constitución de la República

Para nadie es desconocido que la crisis ambiental que atraviesa el planeta es uno de los problemas más graves de la humanidad y una de las reacciones que busca enfrentarlo es el apareamiento y desarrollo del derecho ambiental, fenómeno jurídico prácticamente universal que en el Ecuador, a través de la Constitución vigente se ha reflejado en un nuevo paradigma que ha tomado cuerpo a través de la inclusión de un verdadero catálogo de derechos y principios ambientales.

Los derechos ambientales reconocidos por la Constitución de la República (en adelante se abreviará CRE), son el tema central de este capítulo, pero no se puede abordarlo, sin proporcionar antes un marco teórico que facilite su comprensión, por eso en este capítulo se busca en primer lugar dar una visión general del derecho ambiental, sus más relevantes principios jurídicos y su relación con el derecho administrativo, ubicando luego los derechos ambientales del ser humano dentro de aquellos que la doctrina denomina de *tercera generación*.

Se hará una descripción de los derechos humanos ambientales reconocidos ya por la Constitución de 1998 y luego se expondrá en que consiste el nuevo paradigma ambiental postulado por la Constitución de 2008, se abordarán las definiciones jurídicas de medio ambiente y daño ambiental antes de proceder al análisis de cada uno de los derechos ambientales consagrados en la Constitución vigente y de aquellos derechos que, no siendo específicamente derechos ambientales, tienen profunda vinculación con el tema ambiental, se tocará el tema del desarrollo sustentable como marco en el cual se deben desarrollar los derechos ambientales y finalmente se hablará de la dimensión ambiental que debe tener la contratación pública y de los contratos administrativos como instrumento de desarrollo sustentable.

1.1. El Derecho Ambiental como instrumento de supervivencia

Según un informe elaborado en 2008 por la Sociedad Zoológica de Londres, WWF y *Global Footprint Network* que contiene un indicador (*Living Planet Index*) que mide las tendencias de la biodiversidad de la Tierra, casi un tercio de la vida salvaje (un 30%) se ha extinguido entre 1970 y 2005, según los expertos, esta extinción masiva se está produciendo 10.000 veces más rápido que en otras etapas de la historia humana y se debe a la acción perniciosa del hombre sobre el planeta¹.

Como una caja de pandora abierta se puede definir a la crisis ambiental que enfrentamos actualmente, pues las afectaciones al planeta causadas por el ser humano son un cúmulo de amenazas reales de diferente índole, que en su conjunto ya están causando una catástrofe en la biósfera.

Se pueden identificar varios problemas ambientales que amenazan la vida en el planeta, pero entre los principales, cabe citar los siguientes:

a) El calentamiento global. Producido por el efecto invernadero que es la retención en la atmósfera de irradiaciones térmicas que al no poder salir al espacio producen recalentamiento de la atmósfera. Aunque tiene causas naturales, la principal es la emisión humana de gases como el anhídrido carbónico (CO₂), producido por consumo de combustibles fósiles; la emisión de metano (CH₄); óxido nitroso (NO₂); y, ozono (O₃). Su consecuencia es la modificación del clima, con efectos catastróficos sobre la agricultura, la ganadería, la supervivencia de especies y la elevación del nivel del mar que origina inundaciones y eventual supresión de las playas.²

b) Destrucción de la capa de ozono. Producida por emisiones de fluorocarbonatos o cloro- flúor-carbonatos (CFC), transmitidos a la atmósfera por aerosoles, equipos de refrigeración y climatización, espumas y otros usos como la limpieza de material electrónico y la disolución de esterilizantes farmacéuticos. Produce mayor irradiación ultravioleta y con ello cáncer de piel, enfermedades oculares y daños al sistema inmune, así como menor rendimiento de cultivos y plantaciones.³

¹ Blanca Lozano, *Derecho Ambiental Administrativo*, 10ma ed. (Madrid: Dykinson, 2009), 30-1.

² Jorge Mosset Iturraspe, Tomás Hutchinson y Edgardo Alberto Donna, *Daño Ambiental*, Tomo I. (Buenos Aires: Rubinzan-Culzone, 1999), 194-5.

³ *Ibíd.*, 194.

c) Lluvia ácida. Consiste en que los contaminantes transmitidos a la atmósfera, regresan nuevamente a la tierra en precipitaciones con bajo PH., cuya consecuencia es daño a las superficies vegetales y alteración de la composición del suelo. Su origen está principalmente en el anhídrido sulfuroso, proveniente de la utilización, en procesos industriales y obtención de energía de combustibles fósiles, especialmente el carbón.⁴

d) Destrucción de ecosistemas, crecimiento de la población y deforestación – desertificación. Se debe anotar como dato alarmante que a finales del siglo XX, un tercio de las tierras cultivables se habrían convertido en desierto.⁵

Las alteraciones ambientales enumeradas, no solo tienen una incidencia biológica desastrosa encaminada a la extinción masiva de especies en general y al declive de la especie humana en particular, sino que además ocasionan problemas sociales y atentan contra la paz como valor humano fundamental, pues es previsible suponer que el hambre, las enfermedades y la pobreza generadas por los problemas ambientales, más temprano que tarde causarán conmociones sociales y hasta guerras de impredecible desenlace, por eso, el derecho ambiental, no es solamente una creación intelectual sino también un verdadero instrumento de supervivencia.

1.2. Origen y principios jurídicos del Derecho Ambiental

El moderno derecho ambiental, en cuanto sistema normativo dirigido a la preservación del entorno humano mediante el control de la contaminación y el uso sostenible de los recursos naturales tiene un origen reciente que se lo puede ubicar a mediados del siglo XX y responde a la necesidad de frenar el deterioro ambiental reflejado en los alarmantes problemas mundiales ya descritos.⁶

Siendo el Derecho Ambiental una respuesta a problemas globales resulta comprensible que sus primeras manifestaciones normativas surjan en foros internacionales, generando instrumentos jurídicos que han tenido importante repercusión en ámbitos nacionales como el nuestro, en ese contexto, de los numerosos instrumentos internacionales que han contribuido a la consolidación del Derecho

⁴ Ibid, 195-6

⁵ Ibid, 196-7

⁶ Blanca Lozano, *Derecho Ambiental Administrativo*, 29-32

Ambiental contemporáneo, por su importancia, especialmente relacionada con el marco conceptual de este trabajo se han seleccionado como referentes tres:

- a) La Declaración de Estocolmo (1972)⁷
- b) El Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (1987)
- c) La Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y el Desarrollo Sustentable (1992)

La Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, es importante, porque en ella se reconoció por primera vez el derecho humano a un medio ambiente sano⁸, antecedente de normativa constitucional como la ecuatoriana que en 1998 ya incorporó este derecho entre aquellos protegidos por sus disposiciones.

En el llamado “informe Brundtland” publicado en 1987 por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, presidida por la entonces primera ministra noruega Gro Harlem Brundtland, se analizaron los problemas ambientales más acuciantes y se formularon propuestas realistas para lidiar con ellos acuñándose el concepto de *desarrollo sostenible* que el informe define como: “el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”⁹

El concepto de *desarrollo sostenible* es importante para este trabajo por que traza los contornos de la fórmula que pretende armonizar el desarrollo con el respeto al ambiente y además, como se verá más adelante, es la posición adoptada por la Constitución de 2008 en la ecuación desarrollo - protección ambiental.

La Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, es uno de los instrumentos internacionales producidos por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Rio de Janeiro entre los días 3 y 14 de junio de 1992 y a través de sus 27 principios busca consolidar definitivamente el objetivo del desarrollo sostenible, estableciendo principios básicos del derecho ambiental como por ejemplo el de las responsabilidades ambientales compartidas pero

⁷ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano (1972)

⁸ Florencia Ortúzar, *Derecho Ambiental Internacional, historia e hitos*, en Informe Anual de la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, 2015. Consultado el 4 de agosto de 2016 de: <<http://www.aida-americas.org/es/blog/el-derecho-internacional-ambiental-historia-e-hitos>>

⁹ Blanca Lozano, *Derecho Administrativo Ambiental*, 56.

diferencias en virtud de la distinta participación en la degradación ambiental (principio 7); principio precautelatorio (principio 15); principio de quien contamina paga (principio 16); principio que exige la aplicación de la técnica de evaluación de impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, sobre cualquier actividad propuesta que probablemente produzca un impacto negativo considerable en el medio ambiente” (principio 17).¹⁰

Este instrumento internacional reviste importancia para este trabajo pues su influencia en la normativa ambiental nacional es muy significativa, así, el artículo 3 de la Ley de Gestión Ambiental (en adelante se abreviará como LGA) textualmente dice: “El proceso de Gestión Ambiental, se orientará según los principios universales del Desarrollo Sustentable, contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de 1992, sobre Medio Ambiente y Desarrollo”¹¹.

Además, cuando se analizan los principios de legislación ambiental contenidos en el artículo 2 del Libro VI del Texto Unificado de Legislación Secundaria de Medio Ambiente (en adelante se abreviará como TULAS), claramente se observa que estos principios, en unos casos replican los del instrumento internacional comentado y aquellos casos que no lo hacen tienen su fundamento en aquel.¹²

Es necesario aclarar que los instrumentos internacionales referidos pertenecen a la categoría de instrumentos denominados *soft-law* y aunque no son vinculantes, han contribuido decisivamente a la construcción del derecho ambiental en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Sin embargo, se debe enfatizar que la calidad de *soft-law* o blandas que caracteriza a la normativa reseñada, es una peculiaridad muchas veces ineludible de los instrumentos internacionales ambientales, pues obedece a la necesidad de flexibilidad de este tipo de normativa, lo que permite su mejor adaptación a las legislaciones internas de los países que la adoptan.¹³

A continuación se enunciarán y explicarán brevemente los principios más importantes del derecho ambiental contemporáneo que revisten especial interés para

¹⁰ *Ibíd.*, 58-9

¹¹ Ecuador: *Ley de Gestión Ambiental*, en Registro Oficial Suplemento 418 (Quito, 10 de septiembre de 2004).

¹² Ecuador: Presidencia de la República, *Texto Unificado de Legislación Secundaria de Medio Ambiente*, Decreto Ejecutivo No. 3516, Registro Oficial Suplemento 2 (Quito, 31 de marzo de 2003) artículo sustituido por Acuerdo Ministerial No. 61, Registro Oficial Suplemento 316 (Quito, 04 de mayo de 2015).

¹³ Diana Olarte, “La efectividad del derecho internacional del medio ambiente”, *Revista Colombiana de Derecho*, (2009): 450

el desarrollo de esta tesis, los cuales han sido reconocidos por la Constitución de la República vigente desde octubre de 2008.

a) Desarrollo sustentable. Este es actualmente es el principio más importante del derecho del medio ambiente¹⁴ y también, como se verá inmediatamente, la brújula constitucional que señala la ruta de las relaciones desarrollo - ambiente en el Ecuador.

El principio de desarrollo sustentable, comprende la combinación de los siguientes elementos y principios: i) integración de desarrollo económico y protección ambiental (principio de integración); ii) preservación de los recursos naturales para beneficio de las próximas generaciones (principio de equidad intergeneracional); iii) explotación de recursos naturales en forma sostenible (principio de uso sostenible); y, iv) uso equitativo de los recursos.¹⁵

La importancia de este principio radica en su posibilidad real de ejecución, pues permite combinar la protección ambiental con las actividades productivas, apartándose tanto del extractivismo descontrolado, como del utópico ideal de naturaleza pura e intocada por el hombre.

Además, es el modelo de desarrollo adoptado por la Constitución de la República y así claramente se expresa en los artículos 3.4 y 395.1 CRE.¹⁶ En la primera de las normas se define como un deber del Estado promover el desarrollo sustentable como requisito para acceder al buen vivir y en el art. 395.1 CRE, se establece la obligación del Estado de garantizar un modelo sustentable de desarrollo.¹⁷

b) Principio precautelatorio. La finalidad de este principio es alcanzar un mínimo grado de seguridad ambiental, constituye una declaración de propósito, un acuerdo voluntario para actuar con extremo cuidado, diligencia y cautela en el momento de tomar una decisión que, directa o indirectamente, pueda repercutir de forma adversa en el ambiente, es en definitiva la obligación de conducirse siempre con prudencia cuando están en juego valores ambientales.¹⁸

¹⁴ Henry Mejía, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, (San Salvador: Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, 2014),79.

¹⁵ *Ibíd*, 79

¹⁶ Constitución de la República del Ecuador [2008], ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización). En adelante su utilizará la abreviatura CRE para la Constitución de la República vigente desde el 20 de octubre de 2008.

¹⁷ Por ser un principio tan importante para la propuesta de este trabajo, en el punto 1.10 de este capítulo se profundizará sobre el tema del desarrollo sustentable y su real posibilidad de ejecución.

¹⁸ Silvia Jaquenod de Zsögön, *Derecho Ambiental*, 2da ed.(Madrid: Dykinson, 2004), 442

El principio precautelatorio está consignado como el número 15 en la Declaración de Rio de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo a través del siguiente texto: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

En la Constitución de la República este principio ha sido replicado en el texto del inciso primero del Art. 396, debiendo señalarse que su efectividad ha sido reforzada con la imprescriptibilidad que ampara a las acciones legales para perseguir y sancionar daños ambientales, según el inciso final de la norma comentada.

c) Quien contamina paga. Los costos de la contaminación deben asumirse por quien la cause, que está en la obligación de sufragar las medidas de prevención y lucha contra la contaminación sin recibir, ningún tipo de ayuda financiera. La finalidad que se persigue con este principio es lograr una actividad económica más respetuosa con el medio ambiente, que tome en consideración los costes ambientales que conlleva la producción y consumo de bienes económicos, sin traspasar estos costos a la sociedad.¹⁹

En otras palabras, quien realiza una actividad productiva tiene que *internalizar* los gastos ambientales que su actividad de lucro conlleva, debiendo señalarse que la aplicación de este principio resulta de especial importancia en la contratación pública, pues en todo contrato debería incluirse un componente ambiental traducido en rubros económicos asumidos por el contratista, de esta manera se le obligaría, en primer lugar a ser más respetuoso con el ambiente y en segundo término a utilizar técnicas ambientalmente amigables, con el fin de reducir sus costos.

No se puede aceptar que los beneficios sociales generados por actividades productivas, aunque conlleven aparente desarrollo económico y bienestar para la comunidad justifiquen que el costo económico de la contaminación producida por tales actividades los asuma la misma comunidad, esto fundamentalmente porque, el operador económico adquiriría un beneficio económico injusto al eludir el coste de las inversiones que demandan evitar la contaminación. Nada, pues, tan alejado de la lógica

¹⁹ Blanca Lozano, *Derecho Ambiental Administrativo*, 76

como financiar la lucha contra la contaminación con cargo a impuestos que afectarán a personas y regiones que han tenido que soportar injustamente el deterioro medio ambiental.²⁰

Esta aclaración es necesaria porque es muy común argumentar en nuestro medio que las medidas de protección ambiental detienen el desarrollo al entorpecer la construcción de obras necesarias para el bienestar colectivo, lo cual como queda demostrado, es una falacia que en la práctica genera cargas tributarias y ambientales injustas para la propia comunidad y beneficios ilícitos para los ejecutores de las obras.

El principio *quien contamina paga*, se halla recogido en el principio 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y en el inciso tercero del Art. 396 de la Constitución de la República que dice: “Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes y servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente”

La aplicación de este principio no solo resulta jurídicamente necesaria sino también éticamente indispensable, pues es de justicia que cada cual responda por sus actos sin que se pueda endosar responsabilidades propias a terceros.

d) Principio de transversalidad. El derecho ambiental ha tenido una evolución ascendente en la que se han ido incorporando principios fundamentalmente a través de instrumentos internacionales, así, en el año 2002, en la ciudad Sudafricana de Johannesburgo se celebró la Tercera Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo, que generó la *Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible*, documento que en su número 26 reconoce explícitamente que el desarrollo sostenible exige una perspectiva a largo plazo y una amplia participación en la formulación de políticas, la adopción de decisiones y la ejecución de actividades a todos los niveles, estableciéndose de esta manera la necesidad de aplicar transversalmente la normativa ambiental.

El artículo 395.2 CRE, reconoce entre los principios ambientales, la aplicación de políticas de gestión ambiental de manera transversal y obligatoria, por parte del

²⁰ Julio Toledo, “El principio “quien contamina paga” y el canon de vertidos”, *Revista de Administración Pública*, No. 112 (1987): 299.

Estado, en todos sus niveles y por todas las personas naturales y jurídicas en el territorio nacional.

Este mandamiento constitucional debería traducirse en la incorporación de la variable ambiental en todas las actuaciones del sector público incluido por supuesto el ámbito de la contratación pública.

e) Principio *in dubio pro natura*. El artículo 395.4 CRE dice: “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, estas se aplicarán en el sentido más favorable a la naturaleza”

El artículo 11.5 CRE determina que en materia de derechos y garantías constitucionales se deberá aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.

La interpretación va precisamente encaminada a hacer comprensible lo que de ordinario no es unívoco. No se puede hablar de interpretación sino en presencia de una cierta dosis de problematicidad, de duda, que sirve para legitimar el pluralismo interpretativo, la existencia de una multiplicidad de posibles interpretaciones que entran en competencia entre sí, esto es particularmente real para las normas jurídicas que, precisamente por la necesidad de ser aplicadas, deben ser interpretadas continuamente.²¹

Las normas constitucionales referidas parten de la realidad de que pueden existir normas contradictorias aplicables en materia ambiental, en cuyo caso siempre se deberá optar por la interpretación que más favorezca a la naturaleza, lo cual implica reconocer la ambigüedad o insuficiencia de la legislación positiva en algunos temas que puedan tener implicaciones ambientales y ese es el caso de la contratación pública.

Para citar un ejemplo, entre las causales taxativas de terminación de los contratos públicos contempladas en el Art. 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, (en adelante se citará esta norma como LOSNCP), no se encuentra el daño ambiental causado por el contratista en la ejecución del contrato, sin embargo el Art. 5 de la LOSNCP dispone que los procedimientos y los contratos sometidos a esta ley se interpretarán y ejecutarán [...] tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos [...] y el inciso final del Art. 14 CRE declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la

²¹ Francesco Viola, *Derecho e interpretación: elementos de teoría hermenéutica del derecho* (Madrid: Dickinson, 2007),125

biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

En el caso propuesto surge la pregunta: ¿Es lícito terminar el contrato unilateralmente por daño ambiental? ¿Una terminación anticipada del contrato que a la larga representa una sanción para el contratista no vulneraría el principio del debido proceso contemplado en el Art. 76.3 CRE que manifiesta que a nadie se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la Ley?

Precisamente, para reducir el margen de discrecionalidad, fomentar la seguridad jurídica y garantizar con eficacia los derechos ambientales reconocidos por la Constitución de la República, es necesario introducir la variante ambiental en la contratación pública.

Es necesario aclarar que texto del Art. 395.4 CRE constituye una de las variantes del principio precautelatorio cuyo origen se encuentra, como ya se ha referido en el número 15 en la Declaración de Rio de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

Sobre el tema se debe subrayar también que en el derecho, encontramos diversos principios algunos que se encuentran plasmados en normas y otros que no, surgiendo de otras fuentes. En este orden de ideas, cabe destacar la existencia del principio *in dubio pro reo* del derecho penal, *favor debitoris* en el derecho civil, *in dubio pro operario* aquel que favorece al trabajador en el derecho laboral, en los Derechos Humanos el principio *pro homine*.²²

Así, el principio *in dubio pro natura*, tiene además de un origen normativo específico los principios de derecho señalados que propenden a la protección del más débil, que en el caso del derecho ambiental es la naturaleza.

f) Principio de participación. El principio 10 de la Declaración de Rio de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, reconoce que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, para lo cual el Estado debe facilitar la información de todo proceso que tenga implicaciones ambientales.

²² Russo Roberto, “*In dubio pro natura: un principio de precaución y prevención a favor de los recursos naturales*” *Revista de la Universidad EARTH*, (2009),75. Consultado en: <file:///C:/Users/CASA/Downloads/v5.1-07_Russo_Russo%20(2).pdf>

El artículo 395.3 CRE garantiza la participación activa y permanente de las personas, comunidades y pueblos afectados, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales.

Un aspecto fundamental para materializar la participación en temas ambientales es la información continua y adecuada en todos los sectores, la correcta información en materia ambiental crea conciencia a través del conocimiento y permite alcanzar un grado aceptable de sensibilización, formación y conciencia pública. Una vez asumida la auténtica realidad de la situación, será más factible contar con una participación pública activa y plenamente responsable de sus decisiones.²³

Siendo la información adecuada requisito indispensable de la participación en materia ambiental, el primer paso que se debe dar para materializar este principio es la construcción de un verdadero repositorio de información ambiental que debe ser puesto a disposición de la ciudadanía, pero el solo almacenamiento de datos accesibles a la población no basta, es necesario que se despierte su interés en participar activamente en la toma de decisiones, para lo cual el Estado debe promocionar y facilitar la participación ciudadana en todos los ámbitos en los cuales se comprometa la integridad del ambiente y la vigencia de derechos ambientales, entre los cuales, claro está, no puede faltar el ámbito de las compras públicas.

1.3. Relaciones del Derecho Ambiental con el Derecho Administrativo

El Derecho Administrativo es la rama jurídica que más relación tiene con la problemática ambiental, fundamentalmente por las obligaciones que corresponden al Estado en las decisiones que se adoptan relacionadas con conservación y defensa del ambiente, pero también por la capacidad reglamentaria que le asiste a la administración pública.²⁴

Se entiende entonces que la actuación del Estado en materia ambiental siempre deberá estar orientada a la conservación y defensa de los derechos ambientales humanos y de los derechos de la naturaleza, aplicando los principios con jerarquía constitucional que se han analizado y cuando sea necesario, reglamentando tal aplicación para garantizar su vigencia.

²³ Silvia Jaquenod, *Derecho Ambiental*, 279

²⁴ *Ibíd.*, 231

Además el Derecho Administrativo regula la organización y funcionamiento de las actividades de la Administración Pública y las relaciones entre ésta con los particulares, debiendo notarse que los servicios que presta la administración pública pueden ser realizados directamente por ésta, o bien mediante un particular que actúa bajo su dirección, supervisión y control.²⁵

Entre los servicios que presta la administración pública está la provisión de bienes, la construcción de obras y la prestación de servicios contratados con el fin de cumplir las obligaciones que el Estado tiene con los ciudadanos, pero esta actividad contractual y los contratos en sí mismos están bajo su dirección, supervisión y control, en tal razón, si el Estado tiene entre sus obligaciones la de conservar y defender el ambiente, resulta indiscutible que los contratos administrativos deben guardar armonía con esta obligación estatal.

Entre las atribuciones estatales reguladas por el Derecho Administrativo se encuentra el poder de policía, que alude a la facultad de imponer restricciones y limitaciones a los derechos individuales, con la finalidad de salvaguardar la integridad del ambiente.²⁶

Así pues, el Derecho Administrativo no solo debe regular y orientar ambientalmente el contenido de los contratos públicos, sino que también debe ser instrumento eficaz para aplicar medidas restrictivas y limitantes, cuando sea necesario resguardar la integridad del ambiente.

Se puede concluir que el Derecho Administrativo presta el marco jurídico adecuado para aplicar los preceptos del Derecho Ambiental, garantizando seguridad jurídica a todos los participantes que actúan en temas ambientales, en el caso de la contratación pública, el Derecho Administrativo brinda seguridad jurídica, al Estado en sus decisiones, a los contratistas en sus derechos y obligaciones, a la ciudadanía como titular de derechos ambientales y a la naturaleza en orden a precautelar sus derechos constitucionalmente reconocidos.

²⁵ *Ibíd.*, 232

²⁶ *Ibíd.*

1.4. Los derechos ambientales de tercera generación como antecedente de los derechos de la naturaleza

Los derechos ambientales pertenecen a aquellos que la doctrina constitucional ha definido como los de *tercera generación*, denominación que obedece a la secuencia cronológica de la evolución de derechos, en la cual, se designan como de *primera generación* a los derechos básicos de existencia, libertad y propiedad con origen en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América y de la Revolución Francesa. Los derechos de *segunda generación* son los que afloran con el constitucionalismo de entreguerras y son los también llamados derechos sociales y económicos como los relacionados con el trabajo y la seguridad social.²⁷

Como se puede apreciar, la calidad de *tercera generación* da cuenta de la aparición reciente de los derechos ambientales y en ese sentido se puede afirmar que su efectiva vigencia es todavía un proceso en construcción que arranca con la constitucionalización a nivel mundial de los derechos ambientales humanos.

Desde la Declaración de Estocolmo (1972), prácticamente todas las Constituciones reconocen, de un modo u otro, el llamado *derecho al medio ambiente*, en el principio número 1 de este documento se habló del derecho del ser humano al disfrute de condiciones adecuadas en un medio ambiente de calidad que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, pero debe notarse que esta visión contempla la tutela desde un enfoque antropocéntrico, personalista, al igual que la declaración de Río, que 20 años más tarde sostenía en su principio 1 que *los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible*.²⁸

La introducción del derecho del ser humano a gozar de un ambiente sano en las constituciones del mundo obedece sin duda a la preocupación generalizada de la población del planeta sobre los efectos nocivos que la degradación ambiental puede causar sobre su bienestar y representa un avance jurídico extraordinario en defensa de la integridad de la naturaleza, pues aunque no se la reconozca como titular directo de derechos, si se la reconoce como fuente de bienestar, como un bien preciado que merece protección por la utilidad que brinda para el bienestar humano.

²⁷ Jorge Mosset, Tomás Hutchinson y Edgar Alberto Dona, *Daño Ambiental*, Tomo I, 332-5

²⁸ Fernando Yarza, “El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de derecho Constitucional*, num. 094 (2012): 153, 159-60

1.5. Los derechos ambientales en la Constitución de 1998

La Constitución Política de la República del año 1998 (en adelante se utilizará la abreviatura CPR), incorporó de manera explícita los derechos ambientales humanos y también estableció mandamientos claros de protección ambiental en favor de la naturaleza.

Entre los derechos civiles, en el Art. 23.6 CPR, se establece que el Estado reconocerá y garantizará a las personas el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación, declarando además que la ley establecerá restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, para proteger el medio ambiente.²⁹

Este derecho ambiental humano se amplifica con el contenido de los artículos que corren desde el 86 al 91, que hablan de la protección ambiental, de las responsabilidades ambientales, de la participación ambiental de la comunidad, de los objetivos ambientales del Estado, de la prohibición sobre armas químicas y de las responsabilidades generadas por daño ambiental, normas que en su conjunto persiguen preservar la naturaleza en función del bienestar humano, estableciendo eso sí, mandamientos claros para conseguir este objetivo.

Constituyen mandamientos claros en favor de la naturaleza el declarar de interés público: i) la preservación del medio ambiente y la conservación de ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país (Art. 86.1 CPR); ii) la prevención de la contaminación ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados y el manejo sustentable de los recursos naturales (Art. 86.2 CPR); iii) El establecimiento de un sistema nacional de áreas protegidas que garanticen la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los servicios ecológicos (Art. 86.3 CPR).

La Constitución Política de 1998 representa un avance sustancial en el establecimiento de derechos ambientales humanos y contiene ya el germen de los derechos de la naturaleza establecidos como gran innovación en la Constitución de la República del año 2008.

²⁹ *Constitución Política de la República del Ecuador* [1998] en Registro Oficial No. 1 (11 de agosto de 1998)

1.6. El nuevo paradigma ambiental de la Constitución de 2008

Una de las características prominentes de la Constitución de la República, que nos rige desde octubre de 2008 es la de constituir a la protección ambiental como uno de sus puntos cardinales en todo su texto, para cuyo efecto el constituyente ha incluido numerosas disposiciones constitucionales que abordan directa o indirectamente el tema ambiental, que desde el inicio del texto constitucional adquiere relevancia especial.³⁰

En el preámbulo de la Constitución de la República, el constituyente enuncia las características de la sociedad que se desea construir y define como la primera: “Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”³¹.

Partiremos del texto transcrito para explicar cuál es el nuevo paradigma ambiental de la Constitución ecuatoriana.

En primer lugar, el constituyente determina una nueva forma de convivencia ciudadana, lo cual entraña un cambio en el modelo de organización de la sociedad que en el caso ecuatoriano, está expresado en el tránsito desde el constitucionalismo neoliberal, representado por las constituciones de 1979 y 1998, hacia el constitucionalismo post - moderno que se encarna en la Constitución de 2008.³²

Se debe destacar que para consolidar el nuevo modelo, la Constitución de 2008, ha buscado recuperar el protagonismo estatal en la dirección de la sociedad, en oposición a la delegación de poderes y atribuciones hacia los particulares que caracterizaron al modelo neoliberal.

El nuevo orden constitucional, según Ramiro Ávila se identifica por ser decolonizador, igualitarista-distribuidor, por contener en sí mismo todas las posibilidades de luchas emancipadoras y finalmente por la fuerte protección de los más expuestos a los abusos tradicionales del poder: los seres humanos y la naturaleza.³³

³⁰ En una búsqueda temática realizada por el autor para la elaboración de este trabajo se han detectado en la Constitución de la República 44 artículos que se ocupan directamente del tema ambiental. Los artículos con contenido ambiental directo son: 3.5; 10; 14; 15; 27; 32; 57.8; 59; 66.27; 71; 72; 73; 74; 83.6; 258; 259; 267.4; 276.4; 277.1; 283; 284.9; 288; 290.2; 291; 310; 313; 315; 317; 318; 321; 323; 347.4; 376; 385; 389; 395.1.2.3.4; 396; 397.1.2.3.4.5; 398; 399; 403; 406; 409; y, 423.

³¹ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], preámbulo ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008).

³² Ramiro Ávila, *El neoconstitucionalismo transformador: el estado y el derecho en la constitución de 2008*, (Quito: Ediciones Abya Yala, 2011), 91-3

³³ *Ibíd.*, 93-4

Resumiendo, en la base de la nueva convivencia ciudadana postulada por la Constitución ecuatoriana, se encuentra la idea de garantizar eficazmente los derechos de los más débiles (seres humanos y naturaleza) y por eso, en su artículo 11.9, se establece que: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”, disposición que replica el más amplio contenido del artículo 3.1 CRE.³⁴

Esta nueva convivencia ciudadana debe hacerse en armonía con la naturaleza, respetándola íntegramente, lo cual en el fondo constituye un cambio conceptual respecto a la naturaleza, a la cual la Constitución le ha reconocido como titular de derechos y con ello una categoría jurídica superior a la de simple cosa.

1.6.1. El *sumak kawsay* y su componente ambiental

El buen vivir, *sumak kausay*, es el objetivo principal configurado por el constituyente y aunque en el texto constitucional no hay un concepto específico que lo defina, las ideas expresadas por el economista Alberto Acosta, exteriorizan una clave para entenderlo:

Dejemos sentado desde el inicio que el Buen Vivir se presenta como una oportunidad para construir colectivamente una nueva forma de vida. No es un recetario plasmado en unos cuantos artículos constitucionales y tampoco se trata simplemente de un nuevo régimen de desarrollo. El Buen Vivir, en esencia, es el proceso de vida que proviene de la matriz comunitaria de pueblos que viven en armonía con la Naturaleza³⁵.

Nótese que el ex - presidente de la Asamblea Constituyente que promulgó la Constitución que nos rige destaca en su concepto de buen vivir, la condición de armonía con la naturaleza como componente esencial del *sumak kawsay*, pero, tal armonía no puede existir si primero no opera un cambio desde la concepción antropocentrista rectora en la Constitución de 1998, hacia una nueva concepción biocentrista que es la que informa los contenidos ambientales de la Constitución de 2008.

³⁴ Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”

³⁵ Alberto Acosta, *Buen vivir, sumak kausay: una oportunidad para imaginar otros mundos*, (Quito: Ediciones Abya Yala, 2012), 20

1.6.2. Biocentrismo en lugar de antropocentrismo

En esencia, el *biocentrismo* se fundamenta en la idea de que todo ser vivo debe ser tratado con igual consideración y respeto, en la medida en que todos los seres vivos comparten el mismo valor. La persona humana según, el biocentrismo, no es la única que puede reivindicar un trato preferente, pues se encuentra inmersa en un sistema más complejo que la contiene y del que además depende, de ahí que los seres humanos no son más que una parte importante, pero parte al fin de la naturaleza, debiendo destacarse que, la naturaleza puede existir sin la presencia humana, pero no al contrario.³⁶

La tesis biocéntrica que anima los contenidos ambientales de la Constitución de 2008, se fundamenta en un razonamiento que, además de lógico resulta éticamente justificable. Es lógico, pues nadie puede negar que, por ejemplo, los animales gozan y sufren, aunque no tengan el grado de racionalidad que ostenta el ser humano y su presencia, al igual que la de los vegetales ocupa un lugar propio e importante en la compleja interacción de la biósfera; y, es éticamente justificable en cuanto resulta evidente que el ser humano, no tiene derecho a destruir la vida en cualquiera de sus manifestaciones con el único argumento de su superioridad racional.

En la visión biocéntrica, el ser humano en su relación con la naturaleza pasa de conquistador de la comunidad terrestre a ser miembro y ciudadano de ella. Las especies deben seguir existiendo por *puro derecho biótico*, independientemente de la presencia o no de ventajas económicas que de ellas pueda obtener el ser humano.³⁷

Partiendo de estas reflexiones, la consecuencia jurídica razonable es que la naturaleza como un todo que contiene la vida en el planeta tiene derechos que deben ser protegidos por el Estado y respetados por todos los ciudadanos que habitan en su territorio, independientemente de la utilidad económica que puedan generar.

1.6.3. La naturaleza como titular de derechos

³⁶ Jorge Benavides, “Prólogo”, en Julio Marcelo Prieto Méndez, *Derechos de la naturaleza, fundamentos, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, (Quito: Corte Constitucional, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, CEDEC, 2013), 15

³⁷ Patricia Klett y Pablo Martínez Fe Anguita, *La justicia con la naturaleza*, (Madrid: Dykinson, 2014), 55

La titularidad de los derechos de la naturaleza está categóricamente reconocida en el inciso segundo del artículo 10 de la Constitución de la República que claramente manifiesta: “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución” y los artículos que corren del 71 al 74 enuncian expresamente esos derechos.

La naturaleza como titular de derechos representa una de las innovaciones más profundas de la Constitución vigente, porque desafía un principio tradicional del derecho occidental, en el cual, solo los seres humanos pueden ser titulares de derechos.³⁸

Implica además un modo distinto de entender la naturaleza a la cual doctrinariamente se le ha dotado de los atributos jurídicos de dignidad, derecho subjetivo, capacidad e igualdad, concedidos tradicionalmente en forma exclusiva al ser humano, atributos que en su conjunto forman un sistema que sostiene y justifica jurídicamente semejante innovación.

La dignidad de la naturaleza se sustenta en la teoría de que ésta es un ser vivo organizado con fines propios y que en consecuencia no es únicamente un medio utilizable por el ser humano. El derecho subjetivo de la naturaleza se afianza, siguiendo el pensamiento de Luigi Ferrajoli, en su reconocimiento por norma expresa, que en este caso es nada menos que la Constitución de la República. El atributo de capacidad jurídica tiene soporte, en tanto es evidente que los derechos se pueden ejercer a través de representación legal o tutelada, lo cual no enerva al derecho en sí mismo, como sucede con el tratamiento de las personas jurídicas, que siendo una ficción y no teniendo materialidad, tienen representación y protección jurídica. La igualdad significa que se reconoce la comparabilidad entre sujetos vivos dentro de cuya categoría está la naturaleza conforme el texto del inciso primero del artículo 71 CRE.³⁹

El respeto a los derechos de la naturaleza implica un cambio de paradigma en cuanto a la existencia y titularidad de derechos, reconociendo que los seres humanos no somos los únicos que podemos tenerlos y ejercerlos, sino que la naturaleza también tiene derechos que deben ser tutelados y ejercidos efectivamente.

³⁸ Ramiro Ávila, “Los derechos de la naturaleza: Fundamentos”, en Ramiro Ávila, *Los derechos y sus garantías, ensayos críticos*, (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional CEDEC, 2012),116

³⁹ *Ibíd.*, 119-130

Mario Melo -con quien estoy de acuerdo- sostiene que este cambio de paradigma es comparable a la evolución positiva que se ha dado en el caso de la abolición de la esclavitud, el reconocimiento del derecho de sufragio de las mujeres o la incorporación de derechos colectivos difusos, hoy aceptados casi universalmente, pero que en el tiempo en que aparecieron fueron considerados herejías jurídicas y argumenta que en el caso de los derechos de la naturaleza también constituye un imperativo de justicia, pero además de necesidad.⁴⁰

Sobre el tema, es justo destacar el rol protagónico que ha tenido el Ecuador al tomar esta posición pionera, que seguramente será adoptada en otras latitudes, debido a la necesidad imperiosa de detener la degradación ambiental.

Que la Naturaleza es nuestra madre, es una verdad evidente que la repiten desde los niños de preescolar. Siendo nuestra madre, ella cumple día a día con su deber de ser soporte de vida para todas las especies, incluyendo la especie humana. [...] Siendo así, parecería evidente que los seres humanos, hijos a menudo ingratos, tenemos el deber de reconocer, humildemente, que nuestra Gran Madre tiene derechos. Al menos el derecho fundamental a existir y a no sufrir atentado alguno que ponga en peligro definitivo sus procesos naturales que le permiten ser soporte de vida. Ninguna otra propuesta debería ser más de consenso.⁴¹

La naturaleza con derechos, es un imperativo de justicia, porque resulta por demás inequitativo que los humanos no tengamos reciprocidad con la fuente primaria de nuestro bienestar y la degrademos inmisericordemente en perjuicio de otras especies y de las próximas generaciones y es un imperativo de necesidad porque por el momento, la tierra es el único planeta en que podemos vivir.

Pero más allá del debate doctrinario que ha generado este adelantado concepto de la naturaleza con derechos, lo cierto es que los derechos de la naturaleza están ostensiblemente reconocidos en la Constitución ecuatoriana y por lo tanto deben respetarse en todos los ámbitos del quehacer nacional, especialmente en las actividades que implican participación estatal, pues es el Estado el primer llamado a respetar los derechos de la naturaleza y a impulsar su vigencia plena como forzoso garante de los derechos reconocidos por la Constitución.

⁴⁰ Mario Melo, “Los derechos de la naturaleza en la nueva constitución ecuatoriana” en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, *Derechos de la Naturaleza: el futuro es ahora*, (Quito:Ediciones Abya – Yala, 2009), 53-58

⁴¹ *Ibíd.*, 53

La contratación pública es una actividad que involucra directamente al Estado y a los contratistas e indirectamente a toda la población, en consecuencia, en todas las obras, bienes y servicios que se contraten, se deben respetar los derechos de la naturaleza, pues como ya se indicó este es un mandato constitucional transversal, que además está reconocido como obligación de todos los ecuatorianos en el artículo 83.6 CRE.

1. 7. Dos conceptos jurídicos indispensables: ambiente y daño ambiental

Antes de abordar el tema de los derechos ambientales reconocidos por la Constitución de 2008, es necesario aclarar el alcance jurídico de estos dos conceptos sin cuya comprensión, los derechos ambientales en el Ecuador no pueden ser apreciados correctamente.

1.7.1. Definición jurídica de ambiente

Doctrinariamente se debate sobre el alcance jurídico de la expresión *ambiente* reconociéndose una posición que aboga por una cobertura restringida que abarca únicamente el entorno físico como conjunto de elementos naturales objeto de una protección jurídica específica y una noción amplia que llega a englobar el entorno cultural y social.⁴²

La legislación ecuatoriana se ha inclinado por la segunda posición, pues en el libro VI del TU LAS, en el glosario de términos se dice: “se entiende al ambiente como un sistema global integrado por componentes naturales y sociales, constituidos a su vez por elementos biofísicos en su interacción dinámica con el ser humano, incluidas sus relaciones socio-económicas y socio-culturales”⁴³

Esta aclaración es necesaria para comprender la verdadera dimensión de los derechos ambientales al amparo de la legislación ecuatoriana, que como se puede observar no se limita solo a proteger los componentes físicos de agua, aire, suelo y biodiversidad, sino que se extiende también a las relaciones socio-económicas y socio-culturales, vale decir, a todo el entorno físico y social de cada individuo o colectividad,

⁴² Fernando Yarza, “El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Número 94: (2014): 166.

⁴³ Ecuador: *Texto Unificado de Legislación Secundaria del Medio Ambiente*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 2, Quito, 31 de marzo de 2003, art. 3. En adelante se citará esta norma también como TULAS.

de tal manera que cuando el Estado contrate obras, bienes o servicios, debería hacerlo respetando esa integridad.

1.7.2. Definición jurídica de daño ambiental

La LGA, en su glosario de términos define al daño ambiental así: “toda pérdida, detrimento o menoscabo significativo de las condiciones preexistentes en el medio ambiente o uno de sus componentes. Afecta al funcionamiento del ecosistema o a la renovabilidad de sus recursos”⁴⁴

El TULAS, en el glosario de términos contenido en el Art. 3 del Título I, Libro VI dedicado a la Calidad Ambiental enuncia la siguiente definición de daño ambiental que me parece más completa: “Es el impacto ambiental negativo irreversible en las condiciones ambientales presentes en un espacio y tiempo determinado, ocasionado durante el desarrollo de proyectos o actividades, que conducen en un corto, mediano o largo plazo a un desequilibrio en las funciones de los ecosistemas y que altera el suministro de servicios y bienes que tales ecosistemas aportan a la sociedad.”

Las definiciones transcritas se limitan a conceptualizar el daño ambiental sin vincularlo inequívocamente a la noción de responsabilidad jurídica que es precisamente lo que se debe esclarecer, ya que pueden producirse daños ambientales por efecto de fenómenos naturales o de acciones humanas pretéritas que no generen responsabilidades jurídicas.

Por ejemplo, un movimiento telúrico que produce el derrumbe de una obra pública alterando el cauce de un río, no necesariamente acarrea responsabilidades ambientales para el contratista que la construyó, así como éste no tendría responsabilidad ambiental si el derrumbe se produjo por obras anteriores no ejecutadas por el contratista.

Para que el daño ambiental provoque responsabilidades jurídicas debe reunir los siguientes requisitos:

a) Debe ser causado por una acción u omisión humana. Por vía de acción cuando por ejemplo se disponen incorrectamente residuos o se producen emisiones de

⁴⁴ Ecuador: *Ley de Gestión Ambiental*, [2004], Glosario de términos, en *Registro Oficial, Suplemento*, No 418, Quito, 10 de septiembre de 2004. Al momento de presentación de esta tesis, se encuentra en trámite el Código Orgánico del Ambiente, cuyo proyecto recoge las disposiciones actualmente previstas en la Ley de Gestión Ambiental.

humano o ruido y por omisión, cuando se descuidan los deberes específicos impuestos por la legislación correspondiente.⁴⁵ Sin la participación humana, no puede existir responsabilidades personales por daño ambiental.

b) Debe existir y ha de ser probado, tanto en su objetividad como en su consistencia, porque sin perjuicio no hay responsabilidad y menos posibilidad de reparación.⁴⁶ Lo dicho no contraría el principio precautelatorio, recogido en el número 1 del Art. 397 de la Constitución de la República, que en lo referente a daños ambientales lo que persigue es invertir la carga de la prueba, más no dar por hecho un daño ambiental actual o futuro no probado.⁴⁷

c) Debe ser antijurídico, es decir contener un elemento formal que consiste en que el daño ambiental viole un derecho protegido por una norma jurídica.⁴⁸ Uno de los objetivos de este trabajo es precisamente proponer innovaciones en la contratación pública que eviten daños ambientales y por consiguiente la vulneración de derechos ambientales.

d) Debe ser relevante, no permisible, pues como toda actividad humana altera el ambiente y puede producir daños ambientales, se han establecido límites de tolerancia o permisibilidad, creándose en la legislación ambiental la figura del *daño permisible*.⁴⁹

Cuando el daño ambiental reúne las características de ser causado por el ser humano, existir, ser antijurídico y relevante, estamos frente a un hecho jurídico que vulnera derechos y que además, como sostiene el autor salvadoreño Henry Alexander Mejía, siempre trasciende hacia el ámbito público, ya que, aunque se produzca en predios privados, la administración tiene la obligación de intervenir para velar por la

⁴⁵ Jorge Mosset, *Daño Ambiental*, Tomo I, 59

⁴⁶ Tomás Hutchinson, *Daño Ambiental*, Tomo II, 34

⁴⁷ El daño ambiental puede ser actual o futuro, pues como enseña Tomás Huctchinson, en la obra citada, el “daño cierto”, puede ser presente o ulterior, pues las actividades que degradan el ambiente tienden a ocasionar daños continuados, progresivos o acumulativos y es muy probable que no se hayan llegado a producir al momento del reclamo, a estos se los denomina también daños evolutivos y son siempre la prolongación inevitable de un daño actual, por ejemplo, la pérdida de ingresos futuros por un accidente ambiental actual. Tomo II, 44-48.

⁴⁸ Tomás Hutchinson, *Daño Ambiental*, Tomo II, 36

⁴⁹ *Ibidem*, 39. En la legislación ambiental ecuatoriana el “daño permisible” se identifica como “límite permisible” reconocido con esa denominación por el Art. 1 de la Ley de Gestión Ambiental, debiendo señalarse que en el Libro VI “De la Calidad Ambiental” del Tulas, si bien no se establece una definición del límite permisible si se determinan los parámetros técnico – legales para precisar los máximos de contaminación tolerable en aire, agua y suelo.

utilización racional de los recursos ambientales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y defender y restaurar el medio ambiente.⁵⁰

En consecuencia, reducir las posibilidades de que se produzcan daños ambientales es una responsabilidad estatal que se debe efectivizar en todos los ámbitos en los cuales el Estado tenga capacidad de actuación, siendo la contratación pública un ámbito que no puede estar excluido de tal obligación estatal.

Para terminar este punto, cabe aclarar que las alteraciones negativas al ambiente producidas por fenómenos naturales si bien no pueden ser consideradas jurídicamente como daño ambiental, si pueden producir vulneración de derechos, por ejemplo, un terremoto que desvía el curso de un río, no puede ser tratado jurídicamente como daño ambiental, pero sus secuelas, si alteran negativamente el ambiente vulneran los derechos ambientales del ser humano y hasta de la misma naturaleza.

1.8. Los derechos ambientales reconocidos por la Constitución de la República

Los derechos humanos ambientales, doctrinariamente han sido calificados como subjetivos y colectivos a la vez ya que están indisolublemente ligados a derechos tan esenciales como la calidad de vida y la salud de las personas, por ello pueden ser invocados por un individuo, por un grupo de personas y por instituciones públicas o privadas.⁵¹

Siguiendo esta línea doctrinal, nuestra Constitución ha establecido derechos humanos ambientales cuya titularidad y ejercicio le asiste a toda la población, a las personas en forma individual y a determinados colectivos.

El inciso primero del artículo 14 CRE, reconoce el derecho de toda la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

El artículo 66.27 CRE, reconoce y garantiza a las personas el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza.

Los derechos ambientales colectivos están recogidos en los números 7 y 8 del Art. 57 de la Constitución de la República y en sus artículos 58 y 59.

Es necesario enfatizar que los derechos ambientales del ser humano son diferentes de los derechos de la naturaleza, distinción que se evidencia no solo en los

⁵⁰ Henry Mejía, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, 152

⁵¹ Juan Rodríguez, "Los derechos humanos y el medio ambiente", en *Dikaion, Revista de Fundamentación Jurídica*, Año 20, Número 15, (2006): 75.

sujetos titulares de derechos, sino también en que, aunque en ambos casos el bien jurídico protegido es *el ambiente sano*, en el caso de los seres humanos, su protección está encaminada a satisfacer los derechos de las personas (agua, salud, calidad de vida, etc), mientras que en el caso de los derechos de la naturaleza se trata de un derecho inherente a ésta, en razón de ser el espacio donde se reproduce y realiza la vida.⁵²

Por lo dicho, para los fines de este trabajo diferenciaremos tres clases de derechos constitucionalmente protegidos: a) derechos de la naturaleza, b) derechos ambientales de los individuos; y, c) derechos ambientales de los colectivos, debiendo señalarse que además, existe una cuarta categoría de derechos que, por su íntima relación con el tema ambiental, también serán tratados en este capítulo.

1.8.1. Los derechos de la naturaleza

El constituyente consignó en los artículos que corren del 71 al 74 de la Constitución de la República una enumeración de derechos de los cuales la naturaleza es titular, derechos que están protegidos por los principios de ejercicio de derechos contenidos en el Art. 11 CRE y para cuya identificación seguiremos los criterios de Antonio Salamanca y Alejandro Rosillo.⁵³

El artículo 71 contiene tres derechos básicos de la naturaleza:

a) Derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y proceso evolutivos.

El derecho de existencia, mantenimiento y regeneración de los ciclos vitales de la naturaleza, tiene su origen en la llamada hipótesis Gaia, según la cual el planeta es un ser viviente, no como un organismo o un animal, pero sí en cuanto sistema que se autorregula.⁵⁴

Esta es una idea capital para entender los derechos de la naturaleza, pues de ella se debería partir al momento de justipreciar adecuadamente la relación del hombre

⁵² Julio Prieto, *Derechos de la naturaleza, fundamentos, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, (Quito: Corte Constitucional, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, CEDEC, 2013), 90

⁵³ Antonio Serrano y Alejandro Rosillo, *Derechos Humanos de los Pueblos y Derechos de la Naturaleza*, (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2012, Tomo I, prólogo), XXVII y XXVIII.

⁵⁴ Eugenio Zafaroni, “La Pachamama y el ser Humano”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, *La naturaleza con derechos, de la filosofía a la política*, (Quito: Ediciones Abya Yala, 2011), 76.

con la naturaleza, relación en la cual no se puede lesionar al ser viviente llamado planeta.

b) Derecho a que toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad exija a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.

En temas ambientales hay que tener en cuenta que *todos somos vecinos*, lo que alguien haga en su propiedad, tiene proyecciones que superan los perjuicios de quienes están a su lado, las molestias llegan muy lejos, por una vía u otra, se trate del agua, el aire, el suelo o la flora.⁵⁵

Esa *vecindad compartida* entraña la obligación-derecho, también compartido de cuidar la casa común ejerciendo a nombre de la naturaleza el cumplimiento de sus derechos.

c) Derecho a que el Estado incentive a personas naturales o jurídicas y a los colectivos para que la protejan y promuevan el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

El tema ambiental es fundamentalmente un asunto de conciencia y comportamiento, necesitamos un cambio de mentalidad y en ese sentido está muy bien que entre los derechos de la naturaleza se encuentre el derecho a que se propicie desde el Estado esa transformación, siendo deseable que en el currículo de educación formal se incluya una asignatura cuyo fin sea el estudio de la sustentabilidad como sistema de convivencia social.

El artículo 72 CRE, se refiere a los siguientes derechos de la naturaleza:

a) Derecho a la restauración.

Es necesario aclarar que *restauración* se debe entender como un derecho independiente al de indemnización a los individuos o colectivos que dependan de los sistemas ecológicos afectados.

Como gráficamente lo expresa Eduardo Gudynas, la analogía aplicable al caso es la de una persona que pierde su salud con un accidente, la restauración sería recuperar el estado de salud anterior del accidentado, independientemente de las sanciones o multas impuestas al causante del accidente, debiendo entenderse que la restauración cesa únicamente cuando la persona recuperó la salud y en el caso de la

⁵⁵ Jorge Mosset, “Daño Ambiental”, Tomo I, 50

naturaleza, corresponde a la situación del ecosistema antes de sufrir el daño ambiental.⁵⁶

Restaurar representa entonces gastos muy fuertes con resultados no siempre óptimos, pues es muy difícil volver las cosas a su estado anterior, especialmente si se considera que las condiciones primarias de la naturaleza son consecuencia de muchos años de evolución, es entonces mejor prevenir el daño ambiental y a eso se debe apuntar con las acciones del Estado.

b) Derecho a que el Estado establezca mecanismos eficaces para alcanzar su restauración.

Los mecanismos que prevé la Constitución para alcanzar la restauración de la naturaleza son cinco: i) responsabilidad objetiva para daños ambientales (Art. 396 CRE, 2do inciso); ii) imprescriptibilidad de las acciones legales para perseguir y sancionar daños ambientales (Art. 396 CRE inciso final); iii) principio *in dubia pro natura* (Art. 395.4); iv) Inversión de la carga de la prueba (Art. 397.1 CRE); y, v) Intervención estatal inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y restauración de los ecosistemas y repetición contra los causantes del daño ambiental (Art.397 CRE inciso primero).

Sin embargo, para que operen efectivamente los mecanismos de responsabilidad objetiva y la intervención estatal inmediata y subsidiaria para restaurar ecosistemas se necesitan asignaciones presupuestarias especiales y estructuras estatales con las que no se cuenta al momento.⁵⁷

c) Derecho a que el Estado adopte las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas en casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de recursos naturales no renovables.

Las medidas a las que alude este derecho de la naturaleza son precautelatorias y restauratorias, las primeras se refieren a las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos cuya adopción le corresponde al Estado de conformidad con lo prescrito en el inciso primero del Art. 396 CRE y las medidas

⁵⁶ Eduardo Gudynas, *El mandato ecológico, derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva constitución*, (Quito: Ediciones Abya Yala, 2009), 44

⁵⁷ Al tema de la responsabilidad objetiva para daños ambientales nos referiremos con mayor amplitud al analizar las responsabilidades ambientales en el capítulo II de este trabajo y sobre el principio *in dubia pro natura*, es pertinente transcribir el texto contenido en el número 4 del artículo 395 CRE: “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza”.

restauratorias están relacionadas con los mecanismos enumerados en el punto que antecede.

Además, por mandato expreso contenido en el primer inciso del Art. 313 CRE, el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia, debiendo notarse que los recursos naturales no renovables pertenecen a la categoría de sector estratégico, conforme el tercer inciso de la norma constitucional aludida y en tal razón, en su explotación, el Estado debe garantizar la aplicación de principios de sostenibilidad ambiental.

El artículo 73 CRE, consigna dos derechos de la naturaleza que aluden al principio precautelatorio en materia ambiental:

a) Derecho a que el Estado aplique medidas de precaución y restricción para actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de ciclos naturales.

Cuando se analiza el impacto ambiental de algún emprendimiento, se suele atender a los efectos en el suelo, en el agua y en el aire, pero no siempre se incluye un estudio cuidadoso sobre el impacto en la biodiversidad, como si la pérdida de algunas especies o grupos animales o vegetales, fuera algo de poca relevancia. Las carreteras, los nuevos cultivos, los alambrados, los embalses y otras construcciones van tomando posesión de los hábitats y a veces los fragmentan de tal manera que las poblaciones de animales ya no pueden migrar ni desplazarse libremente, de modo que algunas especies entran en riesgo de extinción.⁵⁸

Este fragmento de la Carta Encíclica *Laudato Si*, sirve para ilustrar sobre el alcance de este derecho de la naturaleza, en cuanto a su componente biótico, pero este derecho de la naturaleza, busca también precautelar la integridad de los ecosistemas y de sus ciclos naturales, es decir de las interrelaciones y sinergias entre agua, aire, suelo y elementos bióticos que se pueden ver afectados por actividades humanas que deben ser restringidas por el Estado.

⁵⁸ Papa Francisco, *Encíclica Laudato Si, sobre el cuidado de la casa común*, (Quito: Centro Salesiano de Publicaciones, 2015) 29,30

b) Derecho que se prohíba la introducción de organismos y material orgánico o inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

Los éxitos de la biotecnología moderna permiten modificar especies vegetales y animales que, introducidas en los ecosistemas inciden directamente sobre su evolución natural⁵⁹, lo cual representa una alteración del componente biótico de la naturaleza, perjudicando de este modo sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, pero la prohibición constitucional no se refiere únicamente a la introducción de organismos y material orgánico, sino también a materiales inorgánicos, es decir a sustancias químicas creadas artificialmente que puedan alterar la genética de plantas y animales, que una vez mutados alteren el patrimonio genético nacional, entendido como la información genética de especies animales y vegetales asentadas en territorio ecuatoriano.

Este derecho de la naturaleza resulta aplicable en las compras públicas por ejemplo, cuando el Estado adquiera fertilizantes y plaguicidas los cuales deberían contar con las certificaciones que garanticen que no constituyen riesgo para el patrimonio genético nacional.

El artículo 74 CRE, determina como derechos de la naturaleza los siguientes:

a) Derecho a beneficiar a las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades del ambiente y de las riquezas naturales que les permita el buen vivir.

La práctica efectiva del *desarrollo sostenible* implica tomar medidas para erradicar la pobreza y así lo reconoce la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, conocida como la Declaración de Río (1992), la cual en su principio quinto, textualmente dice:

Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del Mundo.⁶⁰

⁵⁹ Martín Díaz, "Prólogo" en Rafael Pérez Miranda, *Biotecnología, sociedad y derecho*, (México DF: Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2001),7-8

⁶⁰ Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992).

No puede haber desarrollo sustentable si persiste la pobreza crónica, pues resulta evidente que las víctimas de la miseria siempre elegirán su propia supervivencia antes que la integridad de la naturaleza.

b) Derecho a que los servicios ambientales no sean susceptibles de apropiación.

Los servicios ambientales son el conjunto de condiciones y procesos a través de los cuales los ecosistemas naturales y las especies que estos albergan contribuyen a sustentar la vida humana, se los puede dividir en cuatro clases, que son de provisión, de regulación, de soporte y culturales⁶¹, para aclarar el concepto citaremos dos ejemplos de cada grupo.

Servicios ambientales de provisión son el agua dulce y la leña; de regulación son el secuestro del carbono a través de las plantas y la regulación de inundaciones y sequías; de soporte son la polinización de cultivos y la dispersión de semillas; y, de orden cultural son los valores espirituales y la recreación.⁶²

En el fondo este derecho de la naturaleza persigue evitar el monopolio de los servicios ambientales y por supuesto su agotamiento en función del mercado, pues interpretarlo como una prohibición absoluta de comercialización es una exageración que no encaja en el modelo constitucional de desarrollo sustentable, por eso la parte final del Art. 74 CRE, establece que la producción, prestación y aprovechamiento de los servicios ambientales serán regulados por el Estado.

Los diez derechos de la naturaleza identificados, en aplicación del artículo 11 de la Constitución de la República, se pueden ejercer, promover y exigir de manera individual o colectiva ante las autoridades competentes que deben garantizar su cumplimiento; son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, administrativo y judicial, de oficio o a petición de parte; para su ejercicio no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley; son plenamente justiciables, no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento; ninguna norma jurídica podrá restringir su contenido;

⁶¹ Julio Penna y Estela Cristeche, *La valoración de los servicios ambientales: diferentes paradigmas*, (Buenos Aires: Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria, Publicaciones Nacionales INTA, ISSN 1851-6955, 2008), 5

<http://www.proyectoibera.org/centroibera/download/curso_conservacion/la_valoracion_de_servicios_ambientales.pdf>

⁶² *Ibíd.*, 40

los servidores públicos, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia; son inalienables e irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía; su reconocimiento no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento, siendo inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente su ejercicio.⁶³

En la misma norma se establece que el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, debiendo el Estado generar y garantizar las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio⁶⁴, en tal razón, las innovaciones normativas que se proponen en este trabajo, con el afán de incorporar componentes ambientales en la contratación pública ecuatoriana, se justifican plenamente, pues contribuirán a la plena vigencia y ejercicio de los derechos de la naturaleza y de los derechos ambientales de las personas y colectivos.

1.8.2. Los derechos ambientales subjetivos

Entre los *Derechos de libertad* consagrados para las personas en la Constitución de la República está el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza⁶⁵.

Dos son los conceptos que se deben aclarar para una correcta interpretación de la norma referida, en primer lugar si el derecho protegido en ella es un derecho fundamental autónomo y en segunda instancia, cual es la dimensión que alcanza la sanidad ambiental, el equilibrio ecológico, la no contaminación y la armonía con la naturaleza.

Doctrinariamente se debate y no pacíficamente si el derecho a un ambiente sano tiene el carácter de derecho humano fundamental independiente o si es un derecho que se protege por conexidad a través de otros derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la vida, a la integridad personal, al bienestar y a la salud física y mental.⁶⁶

⁶³ Antonio Salamanca y Alejandro Rosillo, *Derechos Humanos de los Pueblos y Derechos de la naturaleza*, Prólogo, XXVIII

⁶⁴ *Ibíd*em

⁶⁵ CRE, Art. 66.27

⁶⁶ Óscar Amaya, “La naturaleza jurídica del derecho a gozar de un ambiente sano en el derecho constitucional comparado”, en *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*, Tomo IV, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 16-7

En este trabajo se sostiene que el derecho consagrado en el Art. 66.27 es un derecho fundamental autónomo, que no exige como prerequisite la lesión de otros derechos fundamentales, esto en primer lugar, porque la Constitución de la República en el Art.11.6, expresamente conceptúa a todos los derechos como inalienables, irrenunciables interdependientes y de igual jerarquía y en segundo término, porque la incorporación del derecho a un ambiente sano dentro del catálogo de derechos, trasciende la ciencia jurídica convirtiéndose, en razón de la actual crisis ambiental en un elemental imperativo de supervivencia.

Esta definición de derecho fundamental autónomo es importante por las consecuencias que conlleva, pues siguiendo esta línea interpretativa, se deduce que toda persona puede invocar su derecho subjetivo a un ambiente sano, frente a cualquier daño ambiental que, aunque no afecte directamente su salud o integridad, lesiona su derecho consagrado en el Art. 66.27 de la Constitución de la República.

Convengamos pues que el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza, es un derecho autónomo.

Respecto a que comprende el ambiente al cual tiene derecho a gozar el ser humano, hemos de remitirnos a la definición jurídica consignada en el punto 1.7.1., aclarando que jurídicamente se entiende que hay vulneración a este derecho, con la responsabilidad consiguiente, cuando se produce el daño ambiental cuyas características quedaron consignadas en el punto 1.7.2. de este capítulo.

1.8.3. Los derechos ambientales colectivos

Los derechos colectivos son según Agustín Grijalva, derechos humanos específicos de tercera generación cuya titularidad pertenece exclusivamente a determinados grupos humanos, siendo importante diferenciarlos de los derechos difusos cuya violación nos afecta a todos, pero no es posible determinar particularmente a quienes.⁶⁷

⁶⁷ Agustín Grijalva, ¿Qué son los derechos colectivos?, Administración de Justicia Indígena y derechos Colectivos, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito: s/f <<http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanálisis2/administracionjusticiaindigena/articulos/agustingrijalva.pdf>>.

Siguiendo la definición del autor citado se pueden visibilizar una tercera categoría de derechos ambientales cuya titularidad le corresponde según la Constitución a grupos humanos determinados.

El primer derecho colectivo ambiental es el derecho de consulta previa reconocido por el número 7 del Art. 57 de la Constitución de la República, norma que determina la necesidad de que exista consulta previa libre e informada, dentro de un plazo razonable cuando se trate de ejecutar planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que puedan afectar ambientalmente a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

El segundo derecho colectivo ambiental se refiere al derecho que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen de conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural, de conformidad con el número 8 del Art.57 de la Constitución de la República.

Los mismos presupuestos y consecuencias son extensibles para los derechos colectivos de los pueblos afroecuatorianos y montubios, al tenor de lo prescrito en los artículos 58 y 59 de la Constitución de la República.

1.9. Otros derechos constitucionales asociados al tema ambiental

Como acertadamente señala Eduardo Gudynas, existen otros derechos constitucionales visiblemente asociados a los temas ambientales⁶⁸, entre los más destacables:

a) El derecho al agua (Art.12 CRE). Pues el Art. 71 de la Constitución ecuatoriana determina que la naturaleza tiene derecho a que se respete el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales y no se puede olvidar que uno de los más importantes de esos ciclos vitales es el del agua, cuyo mantenimiento y regeneración implica el cuidado y gestión sustentable de ecosistemas, como los páramos, bosques y humedales, así como el manejo integral del agua en sus diversos usos, desde la captación hasta la descarga, una vez que es utilizada.⁶⁹

⁶⁸ Eduardo Gudynas, *El mandato ecológico*, 36

⁶⁹ Dennis García, “Una Constitución hecha de agua” en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, *Agua: un derecho humano fundamental*, (Quito: Ediciones Abya – Yala, 2010),189

El derecho al agua es un derecho tan vinculado a los derechos ambientales como lo es el agua a la naturaleza, la cual sencillamente no puede sobrevivir sin el líquido vital.

b) El derecho a alimentos sanos, suficientes y nutritivos (Art. 13 CRE). Es fundamental mejorar los sistemas agrícolas y alimentarios, pero eso no es posible sin ecosistemas sanos, resistentes y productivos que puedan facilitar los bienes y servicios necesarios para atender las necesidades actuales sin poner en peligro las posibilidades de las generaciones futuras de beneficiarse del abanico completo de bienes y servicios derivados de los ecosistemas terrestres, acuáticos y marinos. Existen vínculos muy estrechos entre las condiciones necesarias para alcanzar la seguridad alimentaria y nutricional y la administración responsable de los recursos medioambientales, por eso es necesario aplicar enfoques técnicos y normativos de desarrollo alimentario que incorporen objetivos ambientales.⁷⁰

La conclusión es simple, una alimentación sana, suficiente y nutritiva únicamente es posible si se cuenta con ecosistemas sanos y productivos y para eso es necesario respetar el ambiente, en todas las actividades que emprendan los seres humanos, incluyendo por supuesto las de ejecución de obras, provisión de bienes y contratación de servicios.

c) El derecho a gozar de la ciudad bajo principios de sustentabilidad (art. 31 CRE)

La ciudad es una gran manufactura, una creación artificial humana, que amerita un tratamiento ambiental especializado orientado fundamentalmente a mejorar la calidad de vida de sus habitantes, tomando en cuenta cuatro aspectos básicos que deben integrar, según la Unión Europea, un modelo adecuado de sustentabilidad urbana: i) la gestión urbana sostenible, ii) el transporte urbano sostenible, iii) la construcción sostenible; y, iv) el urbanismo sostenible, elementos que se deben aplicar con criterios de justicia intergeneracional, garantizando un escenario ambiental adecuado para las futuras generaciones de ciudadanos.⁷¹

Los ecuatorianos que vivimos en las ciudades, tenemos derecho a que la gestión del suelo, agua, aire y residuos sea sustentable, a que el transporte se ecológicamente

⁷⁰ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, *Hacia el futuro que queremos. Erradicación del hambre y transición a sistemas agrícolas y alimentarios sostenibles* (Roma: ITD – FAO, 2012) 34-6

⁷¹ Carlos Velásquez, *Ciudad y desarrollo sostenible*, (Bogotá: Universidad del Norte, 2012), 81-5

amigable, a que las construcciones cumplan con normas de calidad ambiental y a que finalmente se planifique y ordene el desarrollo de las urbes que habitamos, de tal manera que aseguren nuestra calidad de vida y la de nuestros descendientes, por eso, es importante que cuando se inviertan recursos públicos en contratar obras, bienes y servicios destinados a las áreas urbanas se tenga en cuenta el contenido del artículo 31 CRE.

d) El derecho a la salud, uno de cuyos componentes es un ambiente sano (Art. 32 CRE)

La vinculación entre salud y ambiente es decisiva, pues numerosos factores ambientales prácticamente definen el estado de salud del ser humano, por ejemplo los factores biológicos como bacterias, virus, hongos, los factores físicos derivados de la energía como las radiaciones solares, los factores químicos inorgánicos como plaguicidas o metales pesados; y, finalmente se puede hablar de factores psicosociales y socio culturales derivados de las desigualdades sociales y el estrés. Desde una perspectiva ecológica, la salud viene a ser un perfecto acoplamiento del ser humano al medio ambiente en el cual habita.⁷²

Así, aunque a primera vista parezca una exageración, resulta que las compras públicas con responsabilidad ambiental pueden representar un importante aporte a la salud de los ecuatorianos.

A la enumeración enunciada por Eduardo Gudynas, podría añadirse, ponderando debidamente cada caso, los siguientes derechos ligados a la cuestión ambiental:

a) El derecho a la inviolabilidad de la vida (Art. 66.1 CRE). Los desastres ambientales causados por eventos específicos pueden generar víctimas mortales, citaremos dos ejemplos para ilustrar esta afirmación: i) En el año 1995, en la ciudad de Chicago, aproximadamente 500 personas murieron por la ola de calor generada por el fenómeno del calentamiento global⁷³; ii) Entre 1990 y 2004 se calcula que aproximadamente 200.000 personas fallecieron solo en Rusia, Ucrania y

⁷² Miguel Arévalo, “Influencia del medio ambiente en el hombre”, en Pedro Ramos Castellanos, Edit., *El Hombre y el medio ambiente*, (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2010),146

⁷³ Irina Ize, *El cambio climático y la salud humana*, (México DF: Instituto Nacional de Ecología, 2009), 44

Bielorusia, como consecuencia directa de la contaminación ambiental radiactiva causada por la explosión de la planta nuclear de Chernóbil⁷⁴ acaecida en abril de 1986 y que por cierto representa un ejemplo palpable de una obra pública que genera contaminación y muerte.

b) El derecho a la integridad física y psíquica y al libre desarrollo de la personalidad (Arts. 66.3 y 66.5 CRE). Solo posibles en tanto el ser humano goce de cierta calidad de vida incompatible con la degradación ambiental, evidente por ejemplo en el crecimiento desmesurado de algunas ciudades que se han hecho insalubres para vivir, debido no solamente a las emisiones tóxicas, sino también al caos urbano, a los problemas de transporte y a la contaminación visual y acústica.⁷⁵

No puede existir integridad física y psíquica, ni un verdadero desarrollo de la personalidad si el ser humano sobrevive en una urbe que lo intoxica y estresa hasta convertirlo en un autómatas.

c) El derecho a que se preserven los sitios naturales, caminos, jardines y paisajes que constituyan referente de identidad para los pueblos o que tengan valor histórico, artístico, arqueológico, etnográfico o paleontológico. (Art. 379.2 CRE). Pues como ya se explicó, en nuestra legislación el concepto ambiente comprende también las relaciones socio-culturales, dentro de las cuales están los referentes de identidad y los sitios con valor histórico, artístico, arqueológico, etnográfico o paleontológico y que deben recibir especial respeto al momento de ejecutar obras públicas que puedan afectarlos.

⁷⁴ Greenpeace Internacional, *La catástrofe de Chernóbil, consecuencias en la salud humana, resumen ejecutivo*. (2006), 5

<<http://www.greenpeace.org/espana/PageFiles/182800/la-catastrofe-de-chern-bil-con-2.pdf>>

⁷⁵ Papa Francisco, *Encíclica Laudato Sí*, 34-5

1.10. El desarrollo sustentable como marco constitucional de los derechos ambientales humanos y de los derechos de la naturaleza

La vigencia de los derechos ambientales reconocidos por la Constitución de la República para los seres humanos y de aquellos que tiene la naturaleza, no puede impedirse como impedimento para el desarrollo, pues como acertadamente hace notar Agustín Grijalva:

La Constitución enfatiza en el fomento de la producción y la productividad, especialmente nacional (art. 284, numeral 2), actividad productiva que no puede hacer abstracción de la búsqueda de una relación equilibrada con la naturaleza”. Así, por ejemplo, se refiere a que la política económica debe fomentar la “incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, dentro de los límites biofísicos de la naturaleza...” (art. 284, numeral 4). Además, establece como objetivo el “mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo” (art. 284, numeral 7), y se promueve el “consumo social y ambientalmente responsable” (art. 284, numeral 9). Se trata, entonces, de enmarcar la producción y consumo en la concepción del buen vivir, esto es, en una relación armoniosa y equilibrada con la naturaleza. La descripción de este tipo de economía y del modelo de desarrollo que integra se halla condensada en el artículo 395, numeral 1.⁷⁶

El Art. 395.1 CRE, determina que el Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, es decir se remite al principio más importante del derecho ambiental contemporáneo y de esta manera traza la ruta que debemos seguir ciudadanos y Estado en las relaciones producción-ambiente, debiendo notarse que las compras públicas no pueden estar fuera de este itinerario y en tal razón es pertinente establecer mecanismos adecuados que hagan posible una contratación pública sustentable en el Ecuador, que respete los derechos ambientales humanos y los de la naturaleza.

En este punto es necesario profundizar en el concepto de desarrollo sustentable, aclarando conceptos y analizando la posibilidad real de su vigencia. Como señala el autor citado, el Art. 284.9 CRE, determina que la política económica tiene como objetivo impulsar un consumo social y ambientalmente sustentable, siendo necesario primeramente definir lo que se debe entender como *consumo social y ambientalmente sustentable*.

La denominada *Agenda 21*, un instrumento internacional derivado de la conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Desarrollo, realizada

⁷⁶ Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional [CEDEC],2012),45

en Río de Janeiro en el año 1992, en el capítulo IV establece la necesidad de cambiar los patrones insostenibles de producción y consumo, desarrollar nuevos conceptos de riqueza y prosperidad que permitan mejorar los niveles de vida mediante el cambio de estilos de vida, dependiendo menos de los recursos finitos de la tierra y que están más en armonía con la capacidad de ésta.⁷⁷

El consumo sustentable implica un cambio en la dinámica de producción y consumo, mudando la mentalidad de los actores de esta dinámica en orden a generar nuevos estilos de vida en los cuales se alcance otro cuerpo de riqueza, afincado en mejorar la calidad de vida sin depender para ello únicamente de la explotación de los recursos no renovables del planeta.

Como medidas concretas tendientes al consumo sustentable, se pueden citar: i) fomentar el reciclaje a nivel de procesamiento industrial y del consumidor; ii) reducir el material innecesario de envase y embalaje; iii) fomentar la introducción de productos más racionales desde el punto de vista ecológico; iv) brindar asistencia a personas y familias para que adopten decisiones de compra ecológicamente racionales; v) fijar precios ecológicamente racionales; vi) utilizar instrumentos económicos adecuados con el fin de influir en el comportamiento del consumidor, como gravámenes e impuestos ambientales, sistemas de pago y reembolso de depósitos; vii) fomentar y apoyar políticas educativas orientadas al consumo sustentable.⁷⁸

Estas medidas atañen fundamentalmente a los organismos estatales, pero desde la sociedad civil también se pueden y deben tomar acciones para fomentar el consumo sustentable.

La ciudadanía puede asumir las siguientes acciones: i) organizarse en grupos de grupos de consumidores, apoyando sus estrategias y programas de educación y capacitación para el cambio en los patrones de producción y consumo; ii) realización de reuniones públicas de reflexión acerca de los hábitos insostenibles de consumo que sirvan para promover debates nacionales al respecto; iii) realizar campañas para evitar el uso de productos dañinos o no reciclables; iv) Presionar a los gobiernos para que tomen la iniciativa en estos temas; v) Apoyar y difundir las iniciativas públicas y privadas que se hagan al respecto; vi) apoyar a las organizaciones de consumidores para que realicen investigaciones acerca de los hábitos de consumo de la población;

⁷⁷ Luis Beltrán, *Consumo sustentable como derecho-obligación para disfrutar de un medio ambiente sano*. (México, D.F.: Red Región y Sociedad, 2006),192

⁷⁸ *Ibíd*, 192-4

vii) denunciar los hechos que atenten contra el medio ambiente desde la perspectiva del consumo; vii) generar los mecanismos que permitan la promoción de sellos ambientales que cuenten con respaldo técnico y credibilidad social.⁷⁹

Así, el *consumo sustentable* tiene una dimensión social porque implica un cambio de mentalidad y conducta de la sociedad entera, tanto de productores y consumidores, cambio que debe ser impulsado tanto a nivel estatal como ciudadano y tiene una dimensión ambiental pues su consecución asume como requisito indispensable el respeto y protección del ambiente.

Lograr esta transformación en los hábitos de producción y consumo es un objetivo constitucional difícil pero no imposible, al cual este trabajo pretende aportar modestamente desde el ámbito de la contratación pública.

Otro concepto que es necesario abordar es el de *desarrollo económico* que si se lo entiende como *crecimiento económico* es incompatible con el postulado constitucional de desarrollo sustentable.

El desarrollo es un concepto distinto e, incluso antitético, al del crecimiento económico. Desarrollo y crecimiento deben distinguirse: Mientras el crecimiento económico puede entenderse como un aumento, de orden materialista, en la “cantidad de bienes y servicios” a disposición de la especie humana, el desarrollo, aparte de incluir satisfacciones inmateriales (incluso emocionales) tiene más que ver con la calidad del conjunto de bienes y servicios puestos a disposición del ser humano.⁸⁰

El desarrollo sustentable que patrocina la Constitución de la República es un desarrollo tendiente a elevar la calidad de vida de los ciudadanos en el marco del buen vivir, *sumak kawsay*, uno de cuyos componentes insustituibles es el ambiental, tal modelo es incompatible con el crecimiento o desarrollo económico, caracterizado por el aumento indiscriminado bienes y servicios, lo cual implica una posición ideológica extractivista a ultranza, en la cual el fin principal de la sociedad es el enriquecimiento, entendido este como la acumulación de bienes y servicios a cualquier precio.

Sin embargo, es evidente que el buen vivir, *sumak kawsay*, tampoco es posible sin productividad, de allí que, para alcanzar la relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado en armonía con la naturaleza, como lo establece el Art.

⁷⁹ *Ibíd*, 194-5

⁸⁰ Alfredo Cadenas, *La economía ecológica como ciencia del desarrollo sostenible*. (Madrid, Fundación General de la Universidad Autónoma de Madrid, 2009), 2

283 de la Constitución de la República, es necesario proyectar en todos los ámbitos del quehacer nacional el modelo de desarrollo sustentable conforme lo prescribe el Art. 395.1 CRE.

Tal modelo, doctrinariamente implica la construcción de una sociedad igualitaria, tanto social como internacionalmente, no consumista, donde la producción esté determinada únicamente por las necesidades sociales y no por la ganancia, con un cambio en el concepto de propiedad, atado al bienestar social y a la preservación de la naturaleza.⁸¹

Una sociedad ajustada completa y estrictamente a este modelo de desarrollo sustentable al momento no existe, debiendo señalarse que su instauración demandaría una reforma tan profunda y estructural que hace pensar en una meta todavía muy lejana, sin embargo, el desarrollo sustentable si tiene al momento manifestaciones parciales que hacen pensar que es un ideal en construcción.

Para citar ejemplos, los proyectos de construcción de viviendas con materiales reutilizados contribuyen, además de solucionar el conflicto medioambiental que ellos provocan, a paliar el problema habitacional, revalorizando los desechos de forma integral, atendiendo a sus ciclos de vida, generando impactos sociales y económicos positivos y ahorrando nuevo consumo de recursos naturales.⁸²

Otro ejemplo, es la sostenibilidad vial a través de la optimización de los espacios públicos de los ejes viales, considerando su morfología territorial de servicio en forma lineal, radial, concéntrica o de circunvalación; la recuperación y mejoramiento del espacio vial para el transporte colectivo que además debe ser optimizado; y, la creación de ciclopistas y vías exclusivamente peatonales.⁸³

Lo que se trata pues es de apuntar al objetivo de desarrollo sustentable en las decisiones que se tomen desde el Estado y en las conductas ciudadanas, conscientes de que hay un largo camino por recorrer y que es necesario apresurar el paso, debiendo enfatizarse que, las compras públicas pueden y deben convertirse en poderoso motor para recorrer este camino.

⁸¹ Francisco Goin y Ricardo Goñi, *Marco conceptual para la definición del desarrollo sustentable*. (Buenos Aires: Red Salud Colectiva, 2009), 196

⁸² José Flores, *Construir con desechos: ¿una alternativa sostenible?*, en *Arquitectura y Urbanismo*, V. 22 n.4.2001 (La Habana: Editorial Universitaria, 2007),3

⁸³ Lina Manjarrez, Pedro Romero y Emilio Bravo, *Transporte urbano, movilidad cotidiana y ambiente en el modelo de ciudad sostenible: bases conceptuales*. (México, D.F. Plaza y Valdés, 2011)137-8

1.11. Dimensión ambiental de la contratación pública

Si como se dijo, es fin principal del Estado ecuatoriano la consecución del buen vivir, *sumak kawsay*, resulta imperativo que la contratación pública en el Ecuador apunte también a ese objetivo, imposible de conseguir sin la vigencia plena de los derechos ambientales de las personas y de los derechos de la naturaleza que deben desarrollarse en un marco de sustentabilidad, por eso, es necesario que la contratación pública, tenga una dimensión ambiental que le permita adaptarse al paradigma ambiental de la Constitución de 2008, que además claramente determina en su Art. 288 que las compras públicas en el Ecuador debe cumplir con criterios de responsabilidad ambiental.⁸⁴

La dimensión ambiental que debe tener la contratación pública debe comenzar por la introducción de la variable ambiental en esta actividad, especialmente a través de los contratos administrativos que, en la práctica son el principal marco referencial de cualquier compra pública.

Debemos comenzar a caminar hacia lo que en Europa se ha dado en llamar *contratación pública verde*, es decir la compra pública con marcado componente ambiental y no únicamente por que sea necesario estar a tono con las corrientes jurídicas contemporáneas, sino fundamentalmente porque la dimensión ambiental de la Constitución de la República así lo exige. No se trata de importar modas jurídicas, se trata de cumplir la Constitución en una actividad que en el año 2014 representó el 8.11 % del PIB y ocupó aproximadamente el 24% del Presupuesto General del Estado⁸⁵

⁸⁴ La norma constitucional referida textualmente dice: “Art.288.- Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, *responsabilidad ambiental* y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.” (énfasis añadido).

⁸⁵ Servicio Nacional de Contratación Pública, Presentación de Rendición de Cuentas 2014, <<http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/wp-content/uploads/2015/02/PRESENTACION-Rendicion-de-cuentas-2014.pdf>/portal.compraspublicas.gob.ec/incop/wp-content/uploads/2015/02/ f>.

1.12. Desarrollo y alcance de la *contratación pública verde* en la Unión Europea

Es importante comenzar este apartado dejando constancia de que el derecho ambiental, en la actualidad tiene en Europa una aplicación transversal de orden general y otra dimensión sectorial de orden específico, es decir que existen normas ambientales de observancia general, como por ejemplo las referentes a la evaluación de impacto ambiental o técnicas de gestión de empresas y, otras normas de carácter específico, como las creadas con dedicatoria para proteger elementos particulares como el agua, el aire, espacios naturales y aquellas que regulan problemas ambientales concretos, como tratamiento de residuos, sustancias tóxicas, suelos contaminados o como las que analizaremos en este punto, orientadas al tema concreto de la contratación pública.⁸⁶

Esta puntualización fortalece uno de los planteamientos de este trabajo que es la necesidad de una normativa especial ambiental destinada exclusivamente al ámbito de la contratación pública.

La *contratación pública verde* (en adelante se utilizará también la abreviatura CPV), es una subdivisión específica del derecho ambiental europeo se concreta a través de una norma bien determinada, la Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo de 2004.

Se intentará por tanto hacer una breve síntesis histórica del cuerpo normativo citado con el propósito de entender su génesis y alcanzar así una visión del desarrollo que han tenido las normas ambientales que regentan de manera especial la contratación pública en la Unión Europea.

1.12.1. La Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo de 2004

Conforman el Derecho Comunitario Europeo diferentes normas de distinta jerarquía, siendo las primeras y más importantes los tratados constitutivos, de los cuales emana el derecho derivado, del cual forman parte, en calidad de normas vinculantes los reglamentos, las directivas y las resoluciones.

Las directivas tienen carácter general y obligatorio y constriñen a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios para alcanzar estos

⁸⁶ Blanca Lozano, *Derecho Ambiental Administrativo*, 40

resultados. Los reglamentos y las resoluciones son obligatorios en todos sus elementos, pero carecen del componente discrecional de las directivas.⁸⁷

La Directiva 2004/18/CE, aprobada el 31 de marzo de 2004 es la norma comunitaria que justifica plenamente la integración de criterios ambientales en los contratos públicos de obras, suministro y de servicios que se celebren en los países miembros de la Comunidad Europea.⁸⁸ Sin embargo, largo es el camino que se ha recorrido antes que el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea promulgaran la directiva en cuestión.

Es menester recordar en este punto que el objetivo de la Comunidad Europea en sus inicios fue la creación de un mercado común en el cual el libre comercio y la libre competencia estuvieran asegurados.⁸⁹ Este objetivo primario de alguna manera se ha convertido en un obstáculo ideológico para la implementación de la CPV, pues por algún tiempo se consideró que los requerimientos ambientales pueden constituirse en obstáculos para la libertad absoluta de comercio y mercado entre los países miembros de la comunidad.

Es importante considerar esta realidad acaecida en Europa porque de alguna manera podría replicarse en Ecuador, ya que la implementación de requisitos ambientales en las compras públicas ecuatorianas, en ningún momento debería interpretarse como un límite impuesto al principio rector de libre competencia contemplado en el art. 4 de la LOSNCP.

Las referencias directas a temas ambientales en la Comunidad Europea inicia en el año 1973 con el primer programa Ambiental de la Comunidad Europea y continúa hasta alcanzar el cuarto programa de esta naturaleza en el año 1987, en ninguno de los cuales hay una alusión directa a la incorporación de criterios ambientales en la contratación pública.⁹⁰

Recién en el año 1996, con el denominado Libro Verde de la “Comisión sobre Contratación Pública en la Unión Europea: reflexiones sobre el futuro”, se establece que las directivas vigentes hasta entonces dejaban cierto margen de maniobra a las autoridades adjudicadoras para fomentar la protección al medio ambiente en las

⁸⁷ *Ibíd*,152

⁸⁸ Dionisio Fernández, “La integración de aspectos ambientales en la contratación pública” en Antoni Pigrau Solé, *Derecho Ambiental y transformaciones de la actividad de las administraciones públicas*.(Madrid: Editorial Atalier, 2010),136

⁸⁹*Ibíd*,127

⁹⁰*Ibíd*,128

prescripciones técnicas o en los criterios de selección de los contratistas y debió pasar casi una década hasta que finalmente se dictara la Directiva 2004/18/CE, en la cual se avala directamente la inclusión del componente ambiental en la contratación pública europea, restringiendo sin embargo esta posibilidad a los procesos en los cuales el criterio determinante de adjudicación sea el de la oferta económica más ventajosa y excluyendo a los que se rijan por el criterio de menor precio.⁹¹

Este avance relativamente lento hacia la incorporación del componente ambiental en la contratación pública europea, a más del ya señalado impedimento relacionado con la libre competencia, obedece también a la idea de que los componentes ambientales encarecen la obra, bien o servicio que se contrata, criterio que también es aplicable a la realidad contractual ecuatoriana.

1.12.2. Incorporación del componente ambiental en la contratación pública española

La adopción directa de normativa ambiental en la contratación pública española se ha producido con la expedición del denominado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público,⁹² (En adelante se utilizará la abreviatura TRLCSP), en el que se exige la generalización y tipificación de la compra pública verde, que aunque tardíamente, significó por parte de España la adopción de las exigencias de la Directiva 2004/18/CE a la que ya me he referido.

En el caso español es importante resaltar que antes de que se produjeran las innovaciones normativas generales del TRLCSP, el Ministerio del Medio Ambiente, tempranamente, en el mes de octubre del año 1997 a través de una orden administrativa incorporó criterios ambientales en la adjudicación de contratos en materias de su competencia. En concreto, en lo referente al contrato de obra, la disposición administrativa denominada “Orden 14” establece que la calidad ambiental de las ofertas que se presenten será valorada en un 10%, distribuyéndose el 90% restante entre los demás criterios de adjudicación que figuren en los pliegos.⁹³

Lo propio ocurre desde el año 1998 en la contratación administrativa de algunas comunidades autónomas que decidieron incorporar la variable ambiental en sus

⁹¹Ibíd,136-7

⁹² Ley aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de 2011.

⁹³ Jorge Agudo, “Contratación pública e integración de la variable ambiental” en Rodríguez, Gloria Amparo, Páez Iván Andrés, *Temas de derecho ambiental: una mirada desde lo público*. (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012), 141-3

compras públicas, debiendo señalarse que esta facultad fue ratificada por el Dictamen del Consejo de Estado número 3495/1998 de 19 de noviembre y luego reiterada por el Dictamen número 4464/1998 de 22 de diciembre.⁹⁴

1.12. 3 Resumen de la normativa que sustenta la *contratación pública verde* en la Unión Europea

Como ya se ha dicho, en la Unión Europea el instrumento jurídico que avaló definitivamente la CPV es la Directiva 2004/18/CE dictada por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea el 31 de marzo de 2004, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 30 de abril de 2004, normativa que en este apartado trataremos de someterla a análisis, con el fin de evidenciar las disposiciones que dan lugar a que en los países miembros de la Comunidad Europea se haya implementado con éxito la llamada *contratación pública verde*.

En el considerando quinto de la directiva en análisis, claramente se establece que: “La presente Directiva clarifica de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio.” Y a continuación, en el considerando sexto se determina que: “Ninguna disposición de la presente Directiva debe prohibir que se impongan o apliquen las medidas que sean necesarias para proteger el orden, la moralidad y la seguridad públicos o la salud y la vida humana y animal o la preservación de los vegetales, en particular teniendo en cuenta el desarrollo sostenible, siempre que estas medidas sean conformes con el Tratado.”

Los textos transcritos dan cuenta de dos importantes aspectos, por una parte informan sobre uno de los objetivos de la directiva 2004/18/CE, que es incorporar definitivamente el componente ambiental en la contratación pública europea y por otra, evidencian que uno de los fines fundamentales de la Unión Europea es alcanzar el desarrollo sostenible.

En el considerando vigésimo noveno se determina que las especificaciones técnicas establecidas por los compradores públicos pueden incluir términos de rendimiento y exigencias funcionales que se plasmen en características medio ambientales específicas para el bien, obra o servicio que se desee contratar, abriendo

⁹⁴ *Ibíd*,144

de esta manera la posibilidad de incorporar en el objeto del contrato componentes ambientales.

El considerando cuadragésimo tercero incorpora el mandamiento de que deben evitarse la adjudicación de contratos cuando los operadores económicos hubieren incumplido la legislación nacional en materia de medio ambiente y el considerando cuadragésimo cuarto determina la posibilidad la aplicación de medidas o sistemas de gestión medio ambiental en el momento de la ejecución de los contratos públicos.

En el considerando cuadragésimo sexto se establece que los criterios de adjudicación de contratos pueden ser únicamente de dos clases a saber, el de precio más bajo y el de la oferta económica más ventajosa, aceptándose en el segundo caso la valoración cualitativa de la oferta, con la consiguiente admisión de exigencias medioambientales como criterio de adjudicación.

Los considerandos de los cuales nos hemos ocupado hasta aquí determinan que en los contratos públicos de la Unión Europea la variable ambiental se puede aplicar en diferentes momentos y circunstancias contractuales a saber: i) al momento de definir el objeto del contrato a través de las especificaciones técnicas; ii) al momento de seleccionar a los contratistas, excluyendo a los oferentes que hubieren incumplido con anterioridad obligaciones ambientales y dando preferencia a aquellos que presenten una propuesta ambientalmente sustentable; y, iii) durante la ejecución del contrato.

Estas tres posibilidades de desarrollar el tema ambiental en la contratación pública europea tienen su manifestación normativa en los artículos 23, 53, 50 y 48 de la Directiva 2004/18/CE, que en su orden se ocupan de las especificaciones técnicas, los criterios de adjudicación del contrato y las normas de gestión ambiental, conforme el texto que a continuación se transcriben en su parte pertinente:

“Artículo 23.- Especificaciones técnicas. [...] 3. Sin perjuicio de las normas técnicas nacionales obligatorias, en la medida en que sean compatibles con el Derecho comunitario, las especificaciones técnicas deberán formularse: [...] b) bien en términos de rendimiento o de exigencias funcionales; éstas podrán incluir características medioambientales.”

“Artículo 53.- Criterios de adjudicación del contrato. [...] 1. Sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas a la remuneración de determinados servicios, los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos públicos serán: [...] a) bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público

de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución.”

“Artículo 50.- Normas de gestión medioambiental. [...] Cuando, en los casos contemplados en la letra f) del apartado 2 del artículo 48, los poderes adjudicadores exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el operador económico cumple determinadas normas de gestión medioambiental, se remitirán al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación. Los poderes adjudicadores reconocerán certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en otros Estados miembros. También aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presenten los operadores económicos.”

“Artículo 48. Capacidad técnica y profesional. [...] 2. Las capacidades técnicas de los operadores económicos podrán acreditarse por uno o más de los medios siguientes, según la naturaleza, la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, de los suministros o de los servicios: [...] f) para los contratos públicos de obras y de servicios indicando, únicamente en los casos adecuados, las medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato.”

De los considerandos y de las normas transcritas se infiere que en la contratación pública europea los criterios ambientales - en teoría por lo menos - se incorporan antes y durante la ejecución de los contratos administrativos, lo que no ocurre en la contratación pública ecuatoriana, pese a que existe un claro mandamiento constitucional contenido en el art. 288 CRE.

Sin embargo es necesario resaltar también que, la redacción de la normativa analizada entraña un carácter facultativo antes que obligatorio, lo que demuestra que pese a que en la Unión Europea se han dado ya grandes avances para incorporar la variable ambiental en la contratación pública, esto no significa que se haya consolidado completamente este criterio.

1.12.4. Repercusión social de la *contratación pública verde* en la Unión Europea

La importancia de la contratación pública en Europa es eminente y para apreciar de primera mano su trascendencia es necesario anotar que en Europa las

adquisiciones estatales por concepto de compras públicas representan anualmente alrededor del 16% del PIB europeo.⁹⁵

Con semejante contingente económico es lógico que, como bien señala el autor español Julio V. González García, la contratación pública sea un instrumento idóneo para desarrollar políticas públicas.⁹⁶

Uno de los objetivos que actualmente persigue la Unión Europea es fomentar el desarrollo sostenible, como claramente se determina en el considerando quinto de la Directiva 2004/18/CE dictada por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, que por su importancia se transcribe: “[...] (5) Según lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 del Tratado, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible[...].”

Con estos antecedentes no resulta difícil sostener que la CPV, en la Unión Europea es componente esencial de las políticas públicas que en el viejo mundo persiguen fomentar el desarrollo sostenible.

Definidos los objetivos sociales de la “contratación pública verde” corresponde ahora intentar algunas reflexiones sobre su éxito o fracaso en la Unión Europea.

Sin duda el primer éxito que se debe atribuir a la CPV en la Unión Europea es su inclusión en la normativa de los países miembros - como el caso de España - con articulados claros y bien definidos y como consecuencia de ello el importante desarrollo jurisprudencial que ha tenido la *contratación pública verde* en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. (En adelante se utilizará la abreviatura TJUE).

Sobre el tema es necesario destacar que los fallos sobre *contratación pública verde* son de singular importancia en la vida cotidiana de los ciudadanos pues todo lo que suceda en el medio ambiente afecta a todas las personas, todos los días.

Para citar un ejemplo, en la sentencia dictado por el TJUE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/1999 - Concordia, el alto tribunal resuelve sobre la licitación que el ayuntamiento de Helsinki en Finlandia, hizo para la adjudicación de toda la red de autobuses urbanos de la ciudad y en el fallo correspondiente determina que la

⁹⁵Jorge Agudo, “Contratación pública e integración de la variable ambiental”, 113.

⁹⁶Julio González, “Prólogo al libro contratación pública verde”, en Pernas García J. José, *Contratación Pública Verde*. (Madrid: La Ley, 2011), 23

entidad adjudicadora, cuando los criterios de valoración de la oferta correspondan a los de la “oferta económica más ventajosa” y no a los del “precio más bajo”, puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no representen una libertad incondicional de elección del contratista, se mencionen expresamente en los pliegos y se respeten todos los principios del derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación.⁹⁷

Las emisiones de óxidos de nitrógeno y el nivel de ruido de los autobuses son afectaciones ambientales que recaen sobre toda la población de una ciudad y en tal sentido, consideramos que el fallo referido es un buen ejemplo de como la CPV ha contribuido al desarrollo sostenible del ayuntamiento de Helsinki, incidiendo positivamente en la vida cotidiana de sus ciudadanos.

Además de la jurisprudencia, la CPV genera conductas administrativas ambientales, muchas veces con colaboración interinstitucional, como es el caso del acuerdo entre el Ministerio Danés de Medio Ambiente y los municipios de Copenhague, Odense y Aarhus (los tres más grandes de Dinamarca), mediante el cual estas instituciones se comprometieron a promover la compra de productos ecológicos, lo cual redundaba en beneficio del entorno ambiental de estas ciudades y genera bienestar para sus habitantes.⁹⁸

En el Reino de España merece destacarse la implementación por parte de ayuntamientos y comunidades autónomas de directrices orientadas a efectivizar la *contratación pública verde*, así en el Ayuntamiento de Madrid y en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Castilla – La Mancha, Cataluña, País Vasco, Valencia, La Rioja, Castilla y León, se han dictado códigos de buenas prácticas, guías, manuales prácticos, planes y acuerdos destinados a implementar buenas prácticas ambientales en materia de contratación pública.⁹⁹ Resaltamos esta faceta normativa porque se sabe que los municipios por su cercanía a la población son los que mejor satisfacen las necesidades de sus habitantes y en tal razón es de suponer que al haberse preocupado del tema ambiente – contratación pública, estos gobiernos seccionales han mejorado la calidad de vida de sus ciudadanos.

⁹⁷José Pernas, *Contratación Pública Verde*, (Madrid: La Ley, 2011), 283

⁹⁸Ibíd,34

⁹⁹Ibíd, 59

Sin embargo no todo es perfección, un informe de la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea, publicado en octubre de 2005, reveló que solo en el denominado “*Green 7*” (Austria, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Holanda, Suecia y Gran Bretaña), existe una política de compras públicas arraigada, gracias a las numerosas directrices promulgadas por el Estado y a la amplia difusión patrocinada desde el gobierno en favor de la CPV,¹⁰⁰ lo que demuestra que no solo basta con emitir normativa específica que impulse *la contratación pública verde*, sino que, si se pretende que esta forme parte de la costumbre jurídica de una nación, es menester completar la ley con políticas públicas que generen conciencia ciudadana y hábitos burocráticos *verdes*.

Así, la *contratación pública verde*, en la Unión Europea, ha significado un aporte para mejorar el nivel de vida de sus habitantes, debiendo anotarse que, para que tenga efectiva vigencia no solo se necesita legislación apropiada, es también indispensable que ésta se desarrolle jurisprudencialmente y que vaya acompañada de políticas públicas eficientes que tomen cuerpo a través de directrices promulgadas por el Estado, acompañadas de una amplia difusión patrocinada desde el gobierno en favor de la CPV.

En la implantación de la CPV los gobiernos seccionales pueden convertirse en pioneros, tanto por su capacidad autonómica, cuanto por su condición de entes públicos de relación directa con la ciudadanía. Ambas características, como se ha visto en el caso español, han servido para que los gobiernos locales inicien, incluso con una década de anticipación, un exitoso proceso de implantación de las compras públicas ambientalmente sustentables.

1.13. El contrato administrativo como instrumento del desarrollo sustentable

El contrato administrativo según Roberto Dromi es: “toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.”¹⁰¹

En general, para que un contrato sea administrativo una de las partes debe estar en ejercicio de la función administrativa, es decir, debe pertenecer al sector público,

¹⁰⁰ Jorge Agudo, *Contratación pública y variante ambiental*, 114

¹⁰¹ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998), 345

en el caso ecuatoriano, la Constitución de la República en su artículo 225 establece claramente los contornos del sector público y en los números 7 y 8 del artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante se utilizará la abreviatura LOSNCP), se incluye a entes privados que manejen recursos públicos o en su integración tengan componentes públicos mayoritarios, dentro de la categoría conceptual de *parte contractual que se encuentra en ejercicio de función administrativa*.¹⁰²

Entre las características del contrato administrativo que más interesan a este trabajo, está la de que es un acuerdo que crea relaciones jurídicas por el consentimiento de adhesión del contratista a las condiciones previamente establecidas por la administración, la cual tiene prerrogativas especiales referentes a su interpretación, modificación y resolución.¹⁰³

La naturaleza de *contrato de adhesión* que tiene el contrato administrativo, le faculta al Estado para definir, a través de las cláusulas contractuales las obligaciones del contratista y además para establecer mecanismos de control respecto del cumplimiento de dichas obligaciones.

En consecuencia, las estipulaciones que constan en el contrato y el seguimiento que la administración haga de su cumplimiento son los mecanismos más idóneos para garantizar la vigencia de derechos ambientales humanos y de los derechos de la naturaleza, en un marco de sustentabilidad y por oposición, la omisión de cláusulas ambientales en los contratos administrativos o el descuido en su aplicación, son los dos ejemplos más claros de cómo se puede propiciar la vulneración de derechos ambientales y el incumplimiento del principio de sustentabilidad en la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios.

Frente a esta afirmación se puede sostener que la explicitación de cláusulas ambientales en los contratos administrativos y su correcta aplicación se pueden y deben obviar en razón del mandamiento constitucional contenido en el Art. 426 de la Constitución de la República que determina que todas las autoridades están sujetas a ella y que sus preceptos –incluidos los de orden ambiental– serán de directa e inmediata aplicación.

¹⁰² Ecuador: *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial, Suplemento, No. 395, de 4 de agosto de 2008.

¹⁰³ Roberto Dromi, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987), 236

Sin embargo, es evidente que muchas de las normas constitucionales no son aplicadas directa y cotidianamente por los funcionarios públicos y este es el caso del artículo 288 CRE, en lo referente a las compras públicas con criterios de responsabilidad ambiental.

Esto se debe a que en nuestro ordenamiento jurídico tiene enorme influencia la doctrina positivista de las fuentes del derecho que considera a la ley formal como único factor creador del derecho que lo abarca en su totalidad.¹⁰⁴

Tal apreciación toma mayor fuerza si se considera el origen del derecho administrativo que nos rige, que como bien lo señala Marco Morales Tobar, tiene su raíz en el llamado sistema continental de derecho administrativo originado en la Revolución Francesa, en el cual, la ley es la expresión de la voluntad soberana, de tal manera que todos los actos administrativos de la autoridad pública han de ajustarse a ella, porque sus actividades no pueden ir más allá de lo que dispone.¹⁰⁵

Por eso, resulta cotidiano que funcionarios públicos y contratistas en su actuación se apeguen más a normas expresas o a cláusulas contractuales específicas que a normas constitucionales de contenido abierto.

Por otra parte, como sostiene Roberto Dromi, el contrato administrativo deviene en una técnica de transformación del Estado, pues además de constituirse en herramienta del programa de gobierno, adquiere protagonismo en la edificación del modelo Estatal.¹⁰⁶

Como se ha indicado, el modelo estatal ecuatoriano es un modelo sustentable de desarrollo, en el cual se deben respetar los derechos ambientales, en consecuencia, los contratos administrativos deben constituirse en herramienta para consolidar este modelo estatal y para garantizar la plena vigencia de los derechos ambientales humanos y de los derechos de la naturaleza reconocidos por la Constitución de la República, lo contrario es, propiciar desde el mismo Estado actividades contrarias a sus fines y violatorias de derechos.

Finalmente, cabe señalar que en un sistema de fuerte influencia positivista como el nuestro los contratos administrativos, su contenido y ejecución se rigen en la

¹⁰⁴ Alf Ross, *Teoría de las Fuentes del Derecho, una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico – dogmáticas* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 88

¹⁰⁵ Marco Morales, *Manual de Derecho Administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 1-5

¹⁰⁶ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, 341

práctica por el texto del mismo contrato que deviene de la normativa especial, que en el caso de la contratación pública simplemente ha obviado el temas ambiental, por eso, en el segundo capítulo de esta tesis se tratará sobre esta falencia normativa y sobre sus consecuencias.

Capítulo segundo

Las compras públicas con responsabilidad ambiental

En este capítulo se analizará el significado y alcance del mandamiento constitucional contenido en el Art. 288 CRE, que en su parte pertinente dispone que las compras públicas cumplan con criterios de responsabilidad ambiental, se hablará sobre la normativa general de orden ambiental que se debe observar actualmente en la contratación pública ecuatoriana y se argumentará sobre la necesidad de aplicar a través de normativa específica el mandato constitucional del Art. 288 CRE. Se explicará porque, en criterio del autor de este trabajo la omisión de normativa ambiental concreta constituye una falencia del sistema nacional de contratación pública y cuáles son las consecuencias que tal omisión generan tanto desde el punto de vista jurídico como en el ámbito socio-político, finalmente, con casos reales se abordará el tema de la responsabilidad ambiental objetiva y de las responsabilidades administrativas, civiles y penales que pueden derivarse de contratos sometidos a la LOSNCP, cuya ejecución cause daño ambiental.

2.1. El mandato del Art. 288 CRE determina que las compras públicas en el Ecuador deben cumplir con criterios de responsabilidad ambiental

Para iniciar correctamente el análisis del mandato constitucional contenido en el artículo 288 en comento, debemos precisar que esta norma se encuentra dentro del título VI de la Constitución de la República que se refiere al *Régimen de Desarrollo* y más específicamente en la sección segunda intitulada *política fiscal* del capítulo cuarto dedicado a la *soberanía económica*.

Esta precisión nos da el primer indicio de la naturaleza y alcance de la norma estudiada, permitiéndonos afirmar que se encuentra allí como parte del modelo económico que propugna la Constitución vigente y siguiendo este razonamiento, es necesario aclarar cuál es el rol que deben desempeñar las compras públicas con criterio de responsabilidad ambiental, como componente del sistema económico ecuatoriano.

En el artículo denominado: *El fundamento constitucional de la nueva economía*, elaborado por Agustín Grijalva y Julio César Trujillo¹⁰⁷, se esclarece en que consiste el sistema económico, social y solidario postulado por el Art. 283 CRE y se profundiza en los principios que sustentan tal sistema de los cuales, para el objeto de este trabajo, nos referiremos al principio que los autores denominan de *armonía con la naturaleza*.

Conforman este principio varias ideas centrales, la primera es que el desarrollo y el sistema económico no pueden ser asumidos como procesos externos o aislados de la naturaleza, pues los procesos económicos se generan siempre en el marco de ecosistemas, existiendo por tanto una relación intrínseca y estructural entre economía y naturaleza, relación en la cual no puede reducirse a la naturaleza a simple fuente de recursos naturales aprovechables en el proceso productivo, sino que ésta debe ser respetada en sus derechos.¹⁰⁸

Bajo este enfoque, el primer bloque de derechos que se debe respetar en la contratación pública es el conformado por los derechos de la naturaleza, lo que implica un respeto implícito a los derechos ambientales humanos individuales y colectivos.

Sin embargo, como señalan los autores, el principio de armonía con la naturaleza no puede entenderse como limitación absoluta de la actividad productiva, pues esto sería inaplicable y además contradictorio con otras normas constitucionales que buscan fomentar la producción y la productividad especialmente nacional (Art. 284, numeral 2) o mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo (Art. 284, numeral 7). En conclusión, lo que se trata es de que las actividades productivas se enmarquen en el modelo sustentable de desarrollo que en nuestra Constitución se halla condensado en el art. 395.1: “El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.”¹⁰⁹

¹⁰⁷ Agustín Grijalva y Julio César Trujillo, “El fundamento constitucional de la nueva economía” en Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional CEDEC, 2012), 35-48

¹⁰⁸ *Ibíd*, 42

¹⁰⁹ *Ibíd*, 42-3

La contratación pública es una actividad de enorme importancia económica en el país, que en el año 2014 representó el 8.11 % del PIB y ocupó aproximadamente el 24% del Presupuesto General del Estado¹¹⁰, pero su relevancia no estriba únicamente en las inmensas cifras que se manejan en ella, sino que, conceptualmente debe mirársela como una herramienta eficaz para la realización del interés público,¹¹¹ por lo tanto las compras públicas en el Ecuador no solo deben respetar los derechos ambientales sino que lo deseable sería que se constituyan en instrumento de política ambiental.

El mandato de que las compras públicas cumplan con criterios de responsabilidad ambiental, contenido en el Art. 288 CRE, tiene especial relevancia en cuanto apunta a contribuir a que la economía nacional y su sistema productivo se enmarquen en el ideal constitucional de desarrollo sustentable, desde un ámbito que en el año 2014 representó nada menos que casi una cuarta parte del presupuesto general del Estado.

2.2. Omisión de normativa específica que permita aplicar correctamente el mandato del Art. 288 CRE

Como se ha argumentado, el mandato ambiental que encierra el Art. 288 CRE, tiene considerable importancia para alcanzar los objetivos de sustentabilidad planteados por la Constitución y para proteger derechos ambientales, sin embargo, la normativa especial que rige la contratación pública en nuestro país, esto es, la LOSNCP, su Reglamento General (en adelante esta norma se abreviará RGLOSNCP) y las numerosas resoluciones que el Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante se abreviará SERCOP) ha dictado, carecen de regulaciones específicas en materia ambiental.

Tal deficiencia se puede explicar, en primer lugar, porque la LOSNCP fue promulgada en el mes de agosto de 2008, es decir casi tres meses antes de la Constitución que nos rige desde el 20 de octubre del mismo año, insuficiencia normativa apreciable fácilmente al escrutar todo el articulado de la LOSNCP, en el

¹¹⁰ Servicio Nacional De Contratación Pública, Presentación de Rendición de Cuentas 2014, <<http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/wp-content/uploads/2015/02/PRESENTACION-Rendicion-de-cuentas-2014.pdf>>/portal.compraspublicas.gob.ec/incop/wp-content/uploads/2015/02/ f>

¹¹¹ José Pernas, *Contratación Pública Verde*, 27

cual no se puede encontrar una sola norma que haga alusión directa al tema contratación pública–ambiente.¹¹²

Se puede argumentar que la legislación ambiental existente cubre la demanda normativa que amerita la contratación pública, pues no se puede desconocer que en la LGA y en el TULAS, se pueden encontrar disposiciones aplicables a las compras públicas, como las que se comentarán a continuación.

La LGA en su artículo 26 dispone:

Art.- 26.- En las contrataciones que, conforme a esta Ley deban contar con estudios de impacto ambiental, los documentos precontractuales contendrán las especificaciones, parámetros, variables y características de esos estudios y establecerán la obligación de los contratistas de prevenir o mitigar los impactos ambientales. Cuando se trate de concesiones, el contrato incluirá la correspondiente evaluación ambiental que establezca las condiciones ambientales existentes, los mecanismos para, de ser el caso, remediarlas y las normas ambientales particulares a las que se sujetarán las actividades concesionadas.

Nótese que el núcleo central de las obligaciones ambientales previstas en la norma, se encuentra en la necesidad de que las contrataciones previstas en la LGA cuenten con un estudio de impacto ambiental que debe ser incorporado al contrato.

De conformidad con el literal e) del Artículo 9 de la LGA, le corresponde al Ministerio del Ambiente determinar las obras, proyectos e inversiones que requieran someterse al proceso de aprobación de estudios de impacto ambiental.

El Art. 20 de la LGA dispone: “Para el inicio de toda actividad que suponga riesgo ambiental se deberá contar con la licencia respectiva, otorgada por el Ministerio del Ramo [Ministerio del Ambiente]” y el artículo 19 establece que: “Las obras públicas, privadas o mixtas, y los proyectos de inversión públicos o privados que pueden causar impactos ambientales, serán calificados previamente para su ejecución, por los organismos descentralizados de control, conforme el Sistema Único de Manejo Ambiental, cuyo principio rector será el precautelatorio”.

A continuación y para comentar con precisión las normas referidas, es necesario aclarar dos términos, utilizando el glosario que contiene el TULAS, en su Libro VI, Título I.

¹¹² Ecuador: *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial, Suplemento No. 395, de 4 de agosto de 2008.

Estudios Ambientales.- Consisten en una estimación predictiva o una identificación presente de los daños o alteraciones ambientales, con el fin de establecer las medidas preventivas, las actividades de mitigación y las medidas de rehabilitación de impactos ambientales producidos por una probable o efectiva ejecución de un proyecto de cualquiera de las fases, las mismas que constituirán herramientas técnicas para la regularización, control y seguimiento ambiental de una obra, proyecto o actividad que suponga riesgo ambiental.

Los estudios ambientales de evaluación son herramientas fundamentales para lograr la integración de los aspectos ambientales en la toma de decisiones, se trata de un proceso complejo, que incorpora estudios técnicos y científicos para determinar las repercusiones ambientales de un determinado proyecto. La evaluación de impacto ambiental tiene una doble vertiente, una técnica y otra legal, ambas esenciales. La parte técnica se centra en la redacción de los documentos relativos a la evaluación de las repercusiones ambientales, los cuales son esenciales en el procedimiento, mientras que la parte legal regula el procedimiento administrativo e incluso el contenido de los documentos técnicos, el marco normativo está indisolublemente unido a la práctica técnica.¹¹³

Es importante resaltar que según las características anotadas, los estudios predictivos en materia ambiental están regulados conceptualmente, incluso en su contenido por el marco jurídico que los determina, de tal manera que si el marco jurídico es incompleto, el contenido de los estudios también lo será.

Licencia Ambiental.- Es el permiso ambiental que otorga la Autoridad Ambiental Competente a una persona natural o jurídica, para la ejecución de un proyecto, obra o actividad. En ella se establece la obligatoriedad del cumplimiento de la normativa ambiental aplicable por parte del regulado para prevenir, mitigar o corregir los efectos indeseables que el proyecto, obra o actividad autorizada pueda causar en el ambiente.

La licencia ambiental en cuanto *permiso ambiental de operación*, al igual que los estudios ambientales se rige por una normativa que prácticamente determina su contenido, en tal razón es necesario que esa normativa sea lo más completa posible y

¹¹³ María José Carrasco y Álvaro Henríquez. *Evaluación de impacto ambiental de infraestructuras: redacción y tramitación de documentos*. (Madrid: AENOR - Asociación Española de Normalización y Certificación, 2010), 19

recoja todas las particularidades necesarias para asegurar un correcto control ambiental.

La normativa referida sin duda presta una base inicial para aplicar el mandamiento constitucional de que las compras públicas se hagan en el Ecuador con criterios de responsabilidad ambiental, elementalmente utilizando los estudios de impacto ambiental y las licencias ambientales como herramientas para alcanzar tal cometido, sin embargo lo que se plantea en esta tesis es que la normativa existente no es suficiente y en consecuencia se debe implementar una regulación ambiental específica para la contratación pública.

La normativa existente no es suficiente por las siguientes razones:

a) En la práctica, los estudios de impacto ambiental y las licencias ambientales suelen convertirse en meros trámites administrativos que sirven para cumplir requisitos, no para alcanzar la sustentabilidad y proteger efectivamente derechos ambientales.

b) La contratación pública es un área que por su complejidad, especificidad e importancia económico–ambiental, demanda un régimen ambiental especial que esté acorde con esas particularidades.¹¹⁴

c) La acumulación de la autoridad ambiental depositada en el Ministerio del Ambiente o por excepción en los gobiernos seccionales autónomos, constituye un factor de burocratización que retarda e imposibilita un control ambiental efectivo.

d) La normativa existente por su carácter general propicia la discrecionalidad que a la larga puede ocasionar discrímenes y distorsiones, en detrimento de los principios de igualdad, concurrencia y transparencia recogidos en el Art. 4 de la LOSNCP.

Pero además y lo más importante, este trabajo no está enfocado únicamente a detectar las falencias legislativas que pudieran existir en la relación compras públicas–ambiente, lo que se sostiene como uno de los puntos centrales de esta tesis, es que es necesario insertar el componente ambiental en el entramado de la contratación pública

¹¹⁴ Por ejemplo, en la elaboración de estudios previos, en selección de contratistas, en las causas de terminación de los contratos o en la liquidación de estos, se deberían tomar en cuenta criterios ambientales para tomar decisiones estatales, pero esto amerita normativa expresa que sustente la actuación de la administración pública.

ecuatoriana, lo cual demanda una reforma normativa del sistema de compras públicas que permita que la institución jurídica denominada *contratación pública sustentable* aparezca y se desarrolle en el Ecuador como lo ha hecho en otros países, como es el caso de aquellos que conforman la Unión Europea en los cuales esta institución ha tomado el nombre de *contratación pública verde*.

El fomento de la *contratación pública sustentable* es importante en toda sociedad, tanto por su peso real ligado al inmenso componente económico que tienen las compras públicas, cuanto por su valor ejemplarizante y educador, ya que el sector público es destacado consumidor de productos y servicios, además de ser espejo en el cual se mira la ciudadanía común, de tal manera que la introducción y desarrollo de esta institución significa un considerable aporte a la consecución del desarrollo sustentable.¹¹⁵

Por otra parte, no se debe olvidar que la contratación pública en el Ecuador está concebida como un *sistema* y así lo define claramente el Art. 7 de la LOSNCP:

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 orientada 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.

Jurídicamente, *sistema* se entiende como el conjunto de reglas o principios sobre una materia, racionalmente enlazados entre sí, que contribuyen a determinado objeto y que pueden distinguirse del medio en el que existen mediante algún límite identificable.¹¹⁶

En este trabajo, sostenemos que el sistema de contratación pública ecuatoriano, cuyo límite identificable es su normativa específica, está incompleto, le falta el componente ambiental y en consecuencia, los resultados que genera son también incompletos y lo más grave, pueden lesionar derechos constitucionales.

¹¹⁵ Dionisio Fernández, “La integración de aspectos medioambientales en la Contratación Pública”, 125,6

¹¹⁶ María Laura Casado, *Diccionario Jurídico*, 6ta ed. (Buenos Aires: Valleta Ediciones, 2009),750.

Ni en la LOSNC, ni en su Reglamento General existen principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas, orientadas a que las compras realizadas por las entidades estatales cumplan con el postulado general de desarrollo sustentable exigido por la Constitución de la República, pese a que existe un mandamiento puntual contenido en su Art. 288.

Es necesario destacar que la omisión señalada no se puede remediar vía resolución administrativa del SERCOP, pues es contrario a derecho que los principios que no los recoge la ley principal (LOSNC) cobren vigor a través de una norma inferior como es una resolución administrativa.¹¹⁷

Lo mismo ocurre con la normativa necesaria para implementar figuras jurídicas de protección ambiental, como por ejemplo, la selección de contratistas en base a criterios ambientales o la terminación unilateral de contratos por daño ambiental, estas no pueden introducirse en el sistema de contratación pública a través de resoluciones sino mediante ley.

En cuanto a los procedimientos y mecanismos necesarios para efectivizar los mandatos constitucionales que aseguren la sustentabilidad en la contratación pública ecuatoriana, sostengo que estos deben implementarse en ciertos casos a través de reglamento, pero ello no es posible si no existen en la ley contenidos sustantivos para reglamentar, debiendo además aclararse que el SERCOP, como se demostrará a continuación no tiene capacidad reglamentaria.

Los reglamentos reconocidos por la doctrina según Miguel S. Marienhoff son cuatro: los de ejecución; los autónomos llamados también independientes o constitucionales; los de necesidad y urgencia; y, los delegados.¹¹⁸

Un reglamento promulgado por el SERCOP no podría ser ejecutivo, pues éste ya fue dictado en uso de sus competencias por el Presidente de la República (Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública)¹¹⁹; no podría ser de aquellos denominados autónomos, independientes o constitucionales, pues la Constitución de la República no le faculta al SERCOP para promulgar estos reglamentos; no podría ser de necesidad o urgencia, pues no le corresponde al

¹¹⁷ Los principios para la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública constan en su artículo 4, y entre ellos no aparece ninguno referente a la responsabilidad ambiental, siendo esta la primera norma cuya reforma se propone en este trabajo.

¹¹⁸ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Editorial Abeledo – Perrot, 1990), 240, 242

¹¹⁹ Ecuador: *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Decreto Ejecutivo 1700, *Registro Oficial*, Suplemento No. 588 de 12 de mayo de 2009

SERCOP dictar normativa para enfrentar emergencias o catástrofes. Queda pues la posibilidad de que el SERCOP pueda dictar aquellos que doctrinariamente se conocen como “reglamentos delegados”.

Miguel S. Marienhoff define al reglamento delegado como aquel que emite el poder ejecutivo en virtud de una atribución o habilitación que le confiere expresamente el poder legislativo, de modo que esta clase de normas emanan de la potestad reglamentaria normal del poder ejecutivo; y, citando un fallo de la Corte Suprema de Justicia de Argentina recalca que los *reglamentos delegados* deben cubrir un ámbito cierto y determinado expresamente.¹²⁰

Sobre este punto es necesario aclarar una cuestión: La potestad normativa que le atribuye el Art. 10.9 de la LOSNCP al SERCOP de dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la LOSNCP, no puede considerarse una delegación de parte del poder legislativo para reglamentar un ámbito cierto y determinado expresamente; y además el citado Art. 10.9 de la LOSNCP no contiene una delegación clara y expresa del poder legislativo para dictar normas con carácter *erga omnes* como un reglamento.

Por lo expuesto concluimos que el SERCOP no está habilitado jurídicamente para utilizar su potestad discrecional en la emisión de reglamentos de ningún tipo, aclaración necesaria para enfocar este trabajo, en el cual se argumenta en favor de una reforma de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y de su reglamento, excluyendo la posibilidad de que a través de resoluciones dictadas por el SERCOP se llenen los vacíos que el sistema nacional de contratación pública tiene en relación con el tema ambiental.

Finalmente, es necesario destacar que existen actividades altamente contaminantes como la actividad minera por ejemplo y para estos casos se deben implementar normas especiales que garanticen un estándar de protección ambiental acorde con el elevado riesgo que estas implican, por eso y con razón en nuestro ordenamiento jurídico existe el Reglamento Ambiental de Actividades Mineras (en adelante RAAM), que es una norma ambiental específica coherente con actividad tan contaminante.¹²¹

¹²⁰ Miguel Marienhoff, *Derecho Administrativo*, 256 y 258

¹²¹ Ecuador: *Reglamento Ambiental de Actividades Mineras*, Acuerdo Ministerial No. 37, *Registro Oficial*, Suplemento No. 213, de 27 de marzo de 2014.

La lógica es entonces ajustar las medidas de protección ambiental a las necesidades específicas de cada actividad, así, en el caso de contratos sometidos a la LOSNCP que entrañen alto riesgo ambiental, deben también existir altos estándares de exigencia ambiental y para eso precisamente es necesario implementar reformas a la LOSNCP y a su reglamento, que permitan introducir en todas las fases contractuales la variante ambiental, ajustándola al objeto de cada contrato y a su respectiva ejecución, como lo hace el RAMM en el caso de la minería que se ha utilizado como ejemplo.

2.3. Las graves consecuencias jurídicas y socio-políticas de los vacíos normativos de orden ambiental en el sistema nacional de contratación pública

Abordaremos este punto señalando que las consecuencias que se derivan de los vacíos que el sistema nacional de contratación pública tiene en relación con el tema ambiental son de orden jurídico propiamente dicho, pero también trascienden al ámbito socio-político y en ambos casos, como lo demostraremos a continuación, la incidencia sobre la vida de los ciudadanos es considerable.

2.3.1. Consecuencias jurídicas por los vacíos normativos de orden ambiental en el sistema nacional de contratación pública

Para evidenciar las consecuencias puramente jurídicas utilizaremos los cinco niveles de racionalidad que según Manuel Atienza, pueden servir para contemplar una legislación, estos son: racionalidad lingüística, en cuanto que el legislador debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (el destinatario); racionalidad jurídico-formal, pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico; racionalidad pragmática, pues la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo prescrito en la ley; racionalidad teleológica, en cuanto la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; y, una racionalidad ética, pues las conductas prescritas y los fines de las leyes deben presuponer valores éticamente justificables.¹²²

¹²² Manuel Atienza, “Contribuciones para una teoría de la legislación”, en Miguel Carbonell y Susana Pedroza, *Elementos de Técnica Legislativa*, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2004), 19-39

a) Racionalidad lingüística. Como ya se ha dicho, en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en su Reglamento General simplemente se ha obviado el tema ambiental, no hay textos sobre cuya claridad o precisión se pueda comentar y en consecuencia, no hay mensaje ambiental que se trasmita a los funcionarios públicos, a los contratistas y a la ciudadanía a través de la legislación que rige el sistema nacional de contratación pública.

b) Racionalidad jurídico-formal. La carencia de contenidos ambientales significa un claro rompimiento de la armonía y sistematicidad que la normativa nacional debe guardar con la Constitución de la República que, como ya se ha demostrado tiene a la protección de la naturaleza y de los derechos ambientales como uno de sus puntos cardinales.¹²³

c) Racionalidad pragmática. Es muy difícil suponer que los contratistas del sector público, primeros destinatarios de las normas que rigen la materia, en un acto de conciencia decidan sin coerción legal de ningún tipo invertir parte de sus ganancias en protección ambiental, o mudar de paradigmas depredadores a conductas ambientalmente sustentables.

Para conseguir estas conductas de parte de los contratistas, hace falta normativa ambiental específica que tome cuerpo en los contratos administrativos y que permita a los funcionarios públicos (administradores y supervisores del contrato), hacer un seguimiento serio de las obligaciones ambientales de los contratistas, a fin de evitar que la disposición constitucional que dispone que las compras públicas en el Ecuador se efectúen con criterios de responsabilidad ambiental se vuelva ineficaz.

d) Racionalidad teleológica. El fin social fundamental perseguido en la Constitución de la República es el buen vivir, *sumak kawsay*, que como lo hemos demostramos en el capítulo primero, está irremisiblemente articulado a la protección de los derechos ambientales, en tal razón, resulta un olvido imperdonable –por decir lo menos– que entre los objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública no se hubiere considerado la sustentabilidad y la protección de los derechos ambientales constitucionales.¹²⁴

e) Racionalidad ética. En el mundo contemporáneo pocos fines pueden alcanzar el nivel de justificación ética que tiene la defensa del ambiente, pues al

¹²³ El inciso primero del Art. 424 CRE, recoge el principio de racionalidad jurídico – formal e incluso sanciona con ineficacia jurídica a las normas y actos del poder público que lo transgredan.

¹²⁴ Art. 7 LOSNCP.

proteger a la naturaleza no solo protegemos nuestra propia existencia, sino la de las generaciones futuras y la de las otras especies, que no tienen la culpa de que nuestro consumismo y avaricia amenacen su existencia.

Además, luchar contra la degradación del planeta es luchar contra la pobreza, pues a los más desposeídos castiga con mayor severidad la crisis ambiental, son los marginados, las primeras víctimas de la escasez de agua, alimentos y otros bienes y servicios que se reducen a medida que avanza la desertificación y la polución.

Actualmente cuidar nuestra casa común tiene una justificación ética que alcanza la categoría de medida de supervivencia planetaria, ante la cual, la contratación pública ecuatoriana simplemente ha asumido una actitud de silenciosa indiferencia.

Resumiendo, la falta de normas explícitas, procedimientos claros, mecanismos y relaciones legalmente establecidos, aptos para desarrollar el tema ambiental dentro del sistema nacional de contratación pública, hacen que este carezca de las categorías de racionalidad que se han utilizado en este trabajo para develar las falencias jurídicas de tal sistema frente al mandato constitucional de que las compras públicas en el Ecuador se hagan con criterios de responsabilidad ambiental.

Esta es una consecuencia jurídica que podríamos llamarla intrínseca, pues hace relación a la estructura misma del marco normativo que rige el sistema nacional de contratación pública, pero, tal deficiencia estructural genera a su vez dos consecuencias jurídicas externas: i) vulneración de derechos ambientales constitucionales de los cuales nos hemos ocupado en el capítulo primero de esta tesis; y, ii) responsabilidades tanto para el Estado, cuanto para los contratistas, de las cuales se hablará en un punto específico de este capítulo, por la importancia y extensión que amerita su análisis.

2.3.2. Consecuencias socio-políticas por los vacíos normativos de orden ambiental en el sistema nacional de contratación pública

En esta tesis se sostiene que la falta de una normativa especial aplicable a la contratación pública en materia ambiental altera la institucionalidad estatal.

Se entiende como institucionalidad estatal al conjunto complejo e interrelacionado de tres elementos: i) La ideología que sustenta y justifica el sistema normativo ecuatoriano; ii) el sistema normativo en sí mismo; y, iii) la estructura que

se genera con el objeto de aplicar el sistema normativo. Para que exista institucionalidad, los tres elementos anotados deben interactuar entre sí, no pueden existir órganos que no provengan de normas y las normas deben obedecer a un paradigma conceptual, que a su vez debe ser reproducido por los órganos o estructura estatal.¹²⁵

Como ya se ha justificado al inicio de este trabajo una de las bases ideológicas de la sociedad del buen vivir, *sumak kawsay*, es la de convivencia armónica entre seres humanos y naturaleza, que en la Constitución ecuatoriana toma forma a través de los derechos ambientales, constituyéndose así tales derechos en segmento basal de la institucionalidad del Estado.

Acertadamente Ramiro Ávila, dice que la ideología, a la que identifica con los saberes, las ideas y el conocimiento, debe producir hechos, justificando, criticando o movilizandorealidades, señalando además que uno de productos de la ideología es el derecho que además de ser parte importante de la institucionalidad, tiene relación directa con la cultura, con la política y con la moral dominante.¹²⁶

Se entiende entonces que si la ideología que sustenta la Constitución de la República está orientada a consagrar los derechos humanos derechos ambientales y los derechos de la naturaleza, tal componente ideológico debe impregnar todas las normas del derecho ecuatoriano, con mayor razón si existe un mandamiento constitucional expreso como es el de que las compras públicas se realicen en el Ecuador con criterios de responsabilidad ambiental (Art. 288 CRE), por lo tanto, si no hay una normativa adecuada que, en la práctica preste mecanismos de aplicación idóneos para tal mandato constitucional, existe una fuerte fractura de los componentes ideológicos y normativos de la institucionalidad del Estado, más aún si consideramos que el derecho tiene relación directa con la cultura, la política y la moral reinante.

Finalmente, los órganos que conforman la estructura estatal, deben ser la materialización del Derecho, encargándose además de su aplicación¹²⁷, huelga decir que si no hay derecho apropiado, la misión ejecutora de la estructura estatal se torna

¹²⁵ Ramiro Ávila, *Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de derechos humanos* en Aportes Andinos No. 23, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Programa Andino de Derechos Humanos, 2008).

<<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1033/1/RAA-23-%C3%81vilaRetos%20de%20una%20nueva%20institucionalidad%20estatal.pdf>>

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ *Ibíd.*

deficiente o nula, como ocurre en el caso del control ambiental que se debería ejercer en las actividades derivadas de la contratación pública ecuatoriana.

Queda explicado como los vacíos normativos de orden ambiental que existen en el Sistema Nacional de Contratación Pública deterioran la institucionalidad del Estado ecuatoriano, debiéndose subrayar que el deterioro institucional incide intensamente en las conductas de la población.

En la ciudadanía, la percepción clara del divorcio entre el texto constitucional y la realidad concreta, incrementa el sentimiento de inseguridad jurídica y acentúa la desconfianza en las instituciones gubernamentales, deteriorando de esa manera la credibilidad y estabilidad del sistema democrático, pues en este, las leyes convertidas en letra muerta son agente importante para su desprestigio.

Si funcionarios públicos y contratistas, desconocen el mandato constitucional de que las compras públicas se hagan con criterios de responsabilidad ambiental, imposible pensar que lo ejecuten y lo que es peor, si aun conociéndolo, perciben que tal mandato es letra muerta, la reacción de los representantes del Estado será cerrar los ojos y la de los contratistas obviarlo deliberadamente, contribuyendo unos y otros al quebrantamiento de la institucionalidad estatal y al debilitamiento de la democracia, con considerable perjuicio de los derechos ambientales de las personas y de la naturaleza.

Por último, es necesario decir que las deficiencias normativas de orden ambiental en el sistema nacional de contratación pública y la institucionalidad incompleta de ella derivada, pueden generar daños ambientales con sus respectivas responsabilidades, de las cuales nos ocuparemos a continuación.

2.4. Responsabilidades derivadas de daños ambientales causados por contratos administrativos sometidos a la LOSNCP

En el punto 1.7.2 del capítulo primero de este trabajo se definieron las características que el daño ambiental debe reunir para que genere responsabilidades jurídicas, esto es que debe ser causado por el ser humano, existir, ser antijurídico y relevante.

Cuando el daño ambiental reúne las características anotadas, ocasiona la denominada *responsabilidad objetiva*, que puede tener consecuencias administrativas, civiles y penales y que puede alcanzar a todos los que han participado en el hecho contaminante.

2.4.1. Responsabilidad objetiva por daños ambientales

El inciso segundo del artículo 396 de la Constitución de la República comienza con la siguiente declaración: “La responsabilidad por daños ambientales es objetiva”.

Para explicar el contenido y alcance de este mandato constitucional se utilizará el fallo de casación dictado por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex - Corte Suprema de Justicia compuesta por los doctores Ernesto Albán, Santiago Andrade y Galo Galarza, en el juicio ordinario que por indemnización de daños y perjuicios propusieron los representantes legales del Comité Delfina Torres Viuda de Concha en contra de las empresas públicas Petroecuador, Petrocomercial, Petroindustrial y Petroproducción.¹²⁸

El caso es que, en el sector que confluyen los ríos Esmeraldas y Teaone, en la parroquia urbana 5 de agosto de la ciudad de Esmeraldas, más de doscientos cincuenta familias agrupadas en el Comité Delfina Torres Viuda de Concha, fueron afectadas por los daños ambientales provocados por la refinería estatal, especialmente por el incendio de 01 de octubre de 1997 y por la ruptura del oleoducto y poliducto del 26 de febrero de 1998 que contaminó las aguas y las riveras de los indicados ríos en donde vivían los accionantes, razón por la cual estos demandaron a las empresas públicas indicadas, la indemnización correspondiente por los daños causados a la población y a la naturaleza.

Como claramente manifiestan los magistrados en el considerando vigésimo de su sentencia, la figura jurídica de la responsabilidad objetiva es el sustento fundamental de su fallo. Dicha figura tiene su origen fáctico en el desarrollo tecnológico contemporáneo que entraña un considerable incremento de los riesgos operacionales de las nuevas tecnologías, lo cual ha generado la llamada *teoría del*

¹²⁸ Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, recurso de casación No. 31 – 2002, sentencia de 29 de octubre de 2002, publicada en R.O. No. 43 de 19 de marzo de 2003.

riesgo, según la cual quien utiliza y aprovecha cualquier clase de medios que le brindan beneficios, genera a través de ellos, riesgos sociales y en consecuencia debe asumir la responsabilidad por los daños que con ellos ocasione, sin que sea necesario para que exista responsabilidad, que medie culpa o dolo, estableciéndose de esta manera la culpa presunta de la persona que se aprovecha de la cosa riesgosa.¹²⁹

De esta manera, los magistrados en su fallo definen la responsabilidad objetiva y la Constitución vigente, cinco años más tarde adoptó esta figura jurídica para el caso de daños ambientales, debiendo señalarse que las obras públicas por su naturaleza entrañan riesgo ambiental y por consiguiente son susceptibles de responsabilidad objetiva, como lo demuestra el caso analizado, en el cual, obras públicas deficientes (refinería, oleoducto y poliducto), causaron serios daños ambientales y considerable vulneración de derechos humanos, razón por la cual, con acertado criterio, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema, casó la sentencia dictada por la Corte Superior de Esmeraldas, aceptando parcialmente la demanda y condenando solidariamente a las empresas estatales demandadas a compensar a través de la ejecución de obras de infraestructura para beneficio comunitario, el daño causado.

Cabe señalar que no en todas las formas de daño ambiental puede aplicarse la figura de responsabilidad objetiva, pues para que esta sea efectiva tiene que identificarse a los agentes que causaron el daño ambiental, el daño tiene que ser concreto y cuantificable, y se tiene que poder establecer una relación de causa-efecto entre el daño y los presuntos contaminadores, pero no opera en casos de contaminación generalizada de carácter difuso, en que es imposible vincular los efectos negativos sobre el ambiente con las actividades de determinados agentes, como ocurre con el cambio climático producido por las emisiones de CO₂ y otros contaminantes, la destrucción de un bosque como consecuencia de la lluvia ácida y la contaminación atmosférica causada por el tráfico vehicular.¹³⁰

Así, la responsabilidad objetiva por daño ambiental se puede aplicar cuando el daño ha sido provocado por ejemplo, por obras públicas defectuosas como en el caso referido, en el cual existe vínculo claro entre las empresas estatales demandadas y los perjuicios causados por sus instalaciones y también podría aplicarse cuando se

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ Comisión Europea, *Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental*, (Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de la Comunidad Europea, 2000),13
<http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el_full_es.pdf>

adquieren bienes públicos con especificaciones técnicas que causen contaminación cierta y cuantificable, para citar un ejemplo, cuando se adquiere maquinaria para empresas estatales cementeras que causan polución atmosférica y la consiguiente desertificación de la zona en que funcionan.

2.4.2. Responsabilidad civil por daño ambiental causado en contratos sometidos a la LOSNCP

El artículo 396 de la Constitución de la República en su inciso segundo dice: “[...] Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar íntegramente los ecosistemas e indemnizar a las personas o comunidades afectadas. [...]”

El texto transcrito determina que el daño al ambiente genera para los causantes dos obligaciones civiles, una de hacer, que consiste en restaurar íntegramente los ecosistemas degradados y otra de dar, que radica en la obligación de indemnizar a las personas o comunidades afectadas.

Tales obligaciones se fundamentan en el principio de que cuando una persona causa daños a otra por acción u omisión culposa (normalmente negligencia) debe compensarla por tales daños¹³¹, debiendo señalarse que en el caso ecuatoriano las obligaciones civiles de hacer (restaurar los ecosistemas afectados), tiene su fundamento en el derecho de la naturaleza a la restauración consagrado en el Art. 72 CRE, del cual nos hemos ocupado en el capítulo primero de este trabajo.

2.4.3. Responsabilidad administrativa por daños ambientales causados en la ejecución de contratos sometidos a la LOSNCP

El inciso primero del Art. 396 de la Constitución de la República dice:

Art. 396.- El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas.

¹³¹ Ibid, 35

Las responsabilidades administrativas de orden ambiental, se pueden establecer en razón de que el Estado a través de sus funcionarios no hubiere aplicado las acciones de prevención y sanción que permitan evitar el daño ambiental.

En el caso concreto de la contratación pública, no basta que el contratista presente los estudios o licencias ambientales correspondientes, la función preventiva de *policía ambiental* que le corresponde al Estado, debe cubrir todas las fases de los procesos contractuales, desde la elaboración de estudios hasta la liquidación de los contratos, en las cuales, para preservar el bien jurídico público que es el ambiente, el Estado debe implementar todas las medidas necesarias a su alcance para evitar el daño ambiental.¹³²

2.4.4. Responsabilidad penal por daños ambientales causados en la ejecución de contratos sometidos a la LOSNCP

En materia penal, las responsabilidades por daño ambiental más acordes con el objeto de los contratos administrativos están contempladas en los artículos del Código Orgánico Integral Penal que a continuación se comentarán:¹³³

Artículo 251.- Delitos contra el agua.- La persona que contraviniendo la normativa vigente, contamine, desequie o altere los cuerpos de agua, vertientes, fuentes, caudales ecológicos, aguas naturales afloradas o subterráneas de las cuencas hidrográficas y en general los recursos hidrobiológicos o realice descargas en el mar provocando daños graves, será sancionada con una pena privativa de libertad de tres a cinco años. Se impondrá el máximo de la pena si la infracción es perpetrada en un espacio del Sistema Nacional de Áreas Protegidas o si la infracción es perpetrada con ánimo de lucro o con métodos, instrumentos o medios que resulten en daños extensos y permanentes.

La norma transcrita se encuentra dentro del capítulo dedicado a los delitos contra el ambiente y la naturaleza que corre desde el Art. 245 al 267 del COIP y es necesario comentarla por dos razones: i) Porque la provisión de agua el Ecuador está

¹³² Por eso en el capítulo tercero de este trabajo se hablará en extenso sobre las medidas ambientales que en su conjunto conforman la denominada *contratación pública sustentable* y que inciden sobre todo el proceso contractual.

¹³³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en Registro Oficial, Suplemento No. 180 (10 de febrero de 2014), arts. 251, 252, 253, 255, 256, 257 y 258. En adelante se citará este Código como *COIP*.

visiblemente amenazada y su posible escasez lo convierte en recurso natural muy valioso;¹³⁴ y, ii) Por que las conductas descritas en la norma comentada son comunes y especialmente, en la ejecución de obras públicas pueden ser muy frecuentes.

Los verbos rectores o acciones castigadas en éste tipo penal son cuatro: contaminar, desecar, alterar y realizar descargas.

Es frecuente que el material para construcción de obras públicas, especialmente de carreteras se extraiga de los ríos, en ocasiones alterando su cauce y disminuyendo su caudal por la utilización del agua necesaria para la construcción, debiendo señalarse que el rio suele además utilizarse a manera de desagüe de desperdicios como el aceite de la maquinaria utilizada.

Resumiendo, todo el que dañe de alguna manera el agua que se encuentre en estado natural será sancionado con pena de tres a cinco años de privación de la libertad, aplicándose siempre la pena mayor de cinco años en cualquiera de estos tres casos: a) si el daño se produjo en áreas protegidas; b) Si se produjo por ánimo de lucro, como es el caso de la ejecución obras públicas por parte de contratistas; y c) Si las consecuencias son extensas y permanentes.

Artículo 252.- Delitos contra suelo.- La persona que contraviniendo la normativa vigente, en relación con los planes de ordenamiento territorial y ambiental, cambie el uso del suelo forestal o el suelo destinado al mantenimiento y conservación de ecosistemas nativos y sus funciones ecológicas, afecte o dañe su capa fértil, cause erosión o desertificación, provocando daños graves, será sancionada con pena

¹³⁴ El Plan Nacional del Buen Vivir 2013 – 2017, en su objetivo No. 7, orientado a garantizar los derechos de la naturaleza y promover la sostenibilidad ambiental y global, en el acápite referente al patrimonio hídrico con que cuenta el Ecuador, página 229, consignan los siguientes datos estadísticos: i) El Ecuador tiene una alta disponibilidad hídrica que bordea los 20.700 m³/hab./año, superando a la media mundial de alrededor de 1.700 m³/hab./año; ii) El país tiene dos vertientes hidrográficas: la del Pacífico al occidente del país, y la del Amazonas al oriente. La del Pacífico cuenta con una dotación estimada de 5.200 m³/hab./año, mientras que la amazónica presenta una dotación media de 82.900 m³/hab./año. Lamentablemente, debido a la distribución de la población en el Ecuador, la demanda para los distintos usos del agua es inversamente proporcional a esta disponibilidad: el 88% de los habitantes y gran parte de los sistemas productivos agrícolas e industriales dependen de la dotación de agua proveniente de la vertiente del Pacífico, mientras que tan solo el 12% de los ecuatorianos dependen de la dotación de agua generada por la vertiente del Amazonas. iii) A esta situación se suma la administración y gestión ambiental inadecuadas del recurso hídrico. En el año 2012, el porcentaje de hogares con acceso a la red pública presentó una cobertura del 94% en las zonas urbanas y de apenas el 36% en las rurales; iv) Si bien la mayor reserva de agua del país se encuentra ubicada en la vertiente amazónica, existe una gran dependencia de la población andina sobre los beneficios del ecosistema páramo como reservorio de agua. Por ello, resulta prioritaria la implementación de políticas de manejo sustentable y conservación de dicho ecosistema, sobre todo si se toma en cuenta que en el periodo 1990-2008 se registraron pérdidas de alrededor de sesenta mil hectáreas de páramo. En conclusión, el Ecuador es un país rico en recursos hídricos, pero su administración es deficiente y la pérdida creciente del páramo andino acrecienta el problema, razón por la cual el agua es un recurso natural muy valioso y visiblemente amenazado.

privativa de libertad de tres a cinco años. Se impondrá el máximo de la pena si la infracción es perpetrada en un espacio del Sistema Nacional de Áreas Protegidas o si la infracción es perpetrada con ánimo de lucro o con métodos, instrumentos o medios que resulten en daños extensos y permanentes.

En el caso de los daños ambientales que se produzcan al suelo por efecto de contratos administrativos, la principal incidencia podría evidenciarse cuando en los contratos de ejecución de obra pública se afecte o dañe la capa fértil, se cause erosión o desertificación al suelo construyendo carreteras u obras públicas para cuyo efecto se aproveche el material superficial de los terrenos, se disponga inadecuadamente de los escombros o se vierta residuos peligrosos que causen los efectos nocivos descritos por la norma comentada, debiendo notarse que en este caso también es aplicable la agravante de ser una infracción perpetrada con ánimo de lucro.

Artículo 253.- Contaminación del aire.- La persona que, contraviniendo la normativa vigente o por no adoptar las medidas exigidas en las normas, contamine el aire, la atmósfera o demás componentes del espacio aéreo en niveles tales que resulten daños graves a los recursos naturales, biodiversidad y salud humana, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La contaminación del aire en contratos administrativos se puede ocasionar por ruido, polvo y humo generados especialmente en la construcción de obras públicas, pero también en el funcionamiento deficiente de maquinaria contaminante adquirida por el Estado.

Artículo 255.- Falsedad u ocultamiento de información ambiental.- La persona que emita o proporcione información falsa u oculte información que sea de sustento para la emisión y otorgamiento de permisos ambientales, estudios de impactos ambientales, auditorías y diagnósticos ambientales, permisos o licencias de aprovechamiento forestal, que provoquen el cometimiento de un error por parte de la autoridad ambiental, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Se impondrá el máximo de la pena si la o el servidor público, con motivo de sus funciones o aprovechándose de su calidad de servidor o sus responsabilidades de realizar el control, tramite, emita o apruebe con información falsa permisos ambientales y los demás establecidos en el presente artículo.

Como se ha señalado, en nuestro sistema legal, los requisitos ambientales aplicables a la contratación pública son en la práctica los estudios de evaluación de

impacto ambiental y las licencias ambientales, documentos ambos que se convierten en requisitos burocráticos antes que en verdaderos instrumentos de seguimiento y control de las obligaciones ambientales, siendo previsible que si se contrastara rigurosamente la información proporcionada con la realidad en el campo, seguramente se podría verificar diferencias que se ajusten al tipo penal previsto en el artículo 255 del COIP, lo cual demuestra una inconsistencia que justifica la introducción de la variable ambiental en la contratación pública a través de figuras jurídicas más eficientes que las existentes, que además solo se aplican para la construcción de obras y no para la adquisición de bienes o prestación de servicios.

Artículo 258.- Pena para las personas jurídicas.- En los delitos previstos en este Capítulo, si se determina responsabilidad penal para la persona jurídica se sancionará con las siguientes penas:

1. Multa de cien a trescientos salarios básicos unificados del trabajador en general, clausura temporal, comiso y la remediación de los daños ambientales, si el delito tiene prevista una pena de privación de libertad de uno a tres años.

2. Multa de doscientos a quinientos salarios básicos unificados del trabajador en general, clausura temporal, comiso y la remediación de los daños ambientales, si el delito tiene prevista una pena de privación de libertad de tres a cinco años.

3. Multa de quinientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general, clausura definitiva, comiso y la remediación de los daños ambientales, si el delito tiene prevista una pena de privación de libertad superior a cinco años.

Una de las innovaciones importantes del COIP, es la de convertir a las personas jurídicas en sujetos de sanción penal, lo cual en el ámbito de la contratación pública tiene gran importancia, pues muchos de los contratistas son personas jurídicas obligadas por la norma transcrita a responder económicamente por los ilícitos ambientales que pudieran cometer en la ejecución de contratos administrativos.

2.4.5. Sujetos de responsabilidad por daño ambiental causado por contratos sometidos a la LOSNCP

Existen tres diferentes esferas de responsabilidad por daño ambiental:

La primera, más genérica es la que tiene su origen en la actividad contaminante que alcanza a todos los que contribuyen directa o indirectamente a la producción del daño.

La segunda se relaciona con la deficiencia del “poder de policía ambiental” que lo ejerce la administración pública, son las faltas de servicio por funcionamiento

deficiente de un servicio público. Se imputan omisiones o déficits en el contratar y la fiscalización deficiente que posibilita la contaminación.

La tercera, es de los funcionarios encargados de prever el impacto ambiental que se desprende de la instalación de una actividad, o de una obra cualquiera, potencialmente dañosa para el ambiente.¹³⁵

Según el esquema planteado, producido el daño ambiental todos quienes participen en la actividad degradante que lo genere tienen responsabilidades, en el caso de la contratación pública estas responsabilidades pueden alcanzar al Estado, a sus funcionarios, a los contratistas y hasta a los ciudadanos que colaboren en el deterioro al ambiente, para ilustrar esta afirmación citaremos un caso concreto.

El Municipio del cantón Mera, en la provincia de Pastaza el 29 de septiembre de 2009, suscribió un contrato de obra civil con el Señor Luis Aníbal Yáñez, cuyo objeto fue la ampliación y mejoramiento del sistema de agua potable de las parroquias Mera, Shell y Madre Tierra (Etapa 1: captación y planta de tratamiento del río Tigre), previo el inicio de la obra, se tramitó y obtuvo de la Dirección Provincial de Ministerio del Ambiente en Pastaza una certificación de plan de manejo ambiental emergente, sin embargo, durante la ejecución del contrato el Ministerio del Ambiente determinó que por efecto de construcción de la obra se había producido una contaminación ambiental que afectaba el sector de la colonia Álvarez Miño, en una extensión de 1.619,15 metros sin la correspondiente licencia ambiental, razón por la cual le impuso al Municipio del Cantón Mera una multa de cien salarios básicos, equivalente a \$ 26.500.00 USD (veinte y seis mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América) y la obligación de ejecutar el plan de remediación ambiental emergente y de restaurar los daños provocados en el Centro de Rescate para Refugio de Vida Silvestre denominado Merazonia.

El Municipio del Cantón Mera interpuso una acción de protección contra la multa y las obligaciones impuestas por el Ministerio del Ambiente, aduciendo básicamente que es su función velar por la correcta provisión de agua potable para los habitantes del cantón, que se había obtenido el permiso ambiental correspondiente y que finalmente era el contratista el responsable de cualquier daño ambiental pues era él y no el Municipio quien ejecutó las obras que causaron la degradación ambiental, argumentos que fueron admitidos por la jueza de primer nivel y por la Sala de

¹³⁵ Jorge Mosset, *Daño Ambiental*, Tomo I, 65

Conjueces de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, frente a lo cual, el Director Provincial del Ministerio del Ambiente en Pastaza, presentó acción extraordinaria de protección en contra de la decisión judicial de 22 de septiembre de 2011 emitida por la Corte Provincial de Pastaza, acción que fue aceptada parcialmente por la Corte Constitucional que resolvió admitir la acción extraordinaria de protección considerando que la resolución de la Corte Provincial de Pastaza no se encontraba debidamente motivada y ordenó dejar sin efecto la sentencia impugnada y disponer que, por sorteo otro tribunal de la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza vuelva a conocer el caso.¹³⁶

Este caso real de daño ambiental causado en la ejecución de un contrato sometido a la LOSNCP, más allá de las realidades jurídicas y procesales que ha generado sirve de ejemplo para dilucidar las responsabilidades de los actores involucrados.

Las responsabilidades ambientales del contratista son evidentes, pues ni el contrato ni el plan de manejo ambiental emergente, le habilitaban para causar daños ambientales, debiendo anotarse que tales responsabilidades se pudieran extender también a los propietarios de los predios colindantes o ubicados dentro de los 1.619,15 metros afectados, si estos hubieren consentido o colaborado a cambio de dinero en las actividades que causaron el daño ambiental.

Con el mismo ejemplo, tratemos ahora sobre la responsabilidad estatal que está relacionada con la facultad ordenadora de policía ambiental, es decir con la obligación que tiene el Estado de ejercer el conjunto de potestades y deberes de reglamentación, control y autorización, para impedir daños ambientales y que se pueden generar por acción u omisión estatal.¹³⁷

En el caso propuesto la responsabilidad ambiental estatal se puede establecer en primer lugar por haber elaborado los pliegos contractuales sin los criterios ambientales que permitan prever la posible afectación ambiental causada por los trabajos de ejecución de la obra, contraviniendo de esta manera el mandato expreso del artículo 288 de la Constitución de la República que determina que las compras públicas se realicen con criterios de responsabilidad ambiental y el inciso segundo del Art. 31 de la LOSNCP que textualmente dispone: “Los pliegos contendrán toda la

¹³⁶ Ecuador, Sentencia de la Corte Constitucional de fecha 02 de septiembre de 2015, No. 293-15-SEP-CC, caso No. 0115-12-EP

¹³⁷ Tomás Hutchinson, *Daño Ambiental*, Tomo II, 86

información técnica, económica y legal requerida en un proceso como planos, estudios, especificaciones técnicas, condiciones económicas, legales y contractuales”. Existe aquí responsabilidad administrativa por omisión.

Podría existir también responsabilidad estatal por acción, por cuanto en el ejemplo citado el Ministerio del Ambiente otorgó una certificación de plan de manejo ambiental emergente para la obra sin prever la existencia y posible afectación al Centro de Rescate para Refugio de Vida Silvestre denominado Merazonia.

Finalmente la responsabilidad se extenderá a los funcionarios públicos en forma personal, a la máxima autoridad de la entidad contratante y a los funcionarios que hubieren participado en la definición de los estudios previos,¹³⁸ a aquellos que elaboraron los pliegos, a los que concedieron la certificación de plan de manejo ambiental, y a los administradores, supervisores y fiscalizadores del contrato.¹³⁹

Tal distribución de responsabilidades está sustentada en el texto del inciso tercero del Art. 396 CRE, que textualmente dispone: “Cada uno de los actores de los procesos de producción, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.”

¹³⁸ El inciso final del Art. 23 de la LOSNCP textualmente dice: “La máxima autoridad de la entidad contratante y los funcionarios que hubieren participado en los estudios, en la época que estos se contrataron y aprobaron, tendrán responsabilidad solidaria junto con los consultores y contratistas, si fuere el caso, por la validez de sus resultados y por los eventuales perjuicios que pudieran ocasionarse en su posterior aplicación”

¹³⁹ El Art 70 de la LOSNCP dice: “Administración del Contrato. Los contratos contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión o fiscalización. En el expediente se hará constar todo hecho relevante que se presente en la ejecución del contrato, de conformidad a lo que se determine en el Reglamento. Especialmente se referirán a los hechos, actuaciones y documentación relacionados con pagos; contratos complementarios; terminación del contrato; ejecución de garantías; aplicación de multas y sanciones; y, recepciones”. El Art. 80 de la LOSNCP manifiesta: “Responsable de la Administración del Contrato. El supervisor y el fiscalizador del contrato son responsables de tomar todas las medidas necesarias para su adecuada ejecución, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos. Esta responsabilidad es administrativa, civil y penal según corresponda”; y, el inciso segundo del Art. 99 de la LOSNCP dice: [...] “ La máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar”. [...] Cave señalar entonces que la LOSNCP ha diseñado una cobertura completa de responsabilidades para los funcionarios públicos que participan en los procesos contractuales, la cual además no admite ni siquiera la salvedad de la delegación de la máxima autoridad, pues el Art. 61 de la LOSNCP dispone: [...] Delegación. Si la máxima autoridad de la Entidad Contratante decide delegar la suscripción de los contratos a funcionarios o empleados de la entidad u organismos adscritos a ella o bien a funcionarios o empleados de otras entidades del Estado, deberá emitir la resolución respectiva sin que sea necesario publicarla en el Registro Oficial, debiendo darse a conocer en el Portal COMPRASPUBLICAS. *Esta delegación no excluye las responsabilidades del delegante.*” [...] (Lo resaltado me pertenece).

2.4.6. Responsabilidad estatal de restauración de ecosistemas por daño ambiental

El primer inciso del Art. 397 CRE, establece que en caso de daño ambiental el Estado debe actuar de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la restauración del ecosistema, se entiende asumiendo los costos de tal reparación, que según la misma norma deberán ser repetidos contra el operador de la actividad que produjo el daño ambiental.

Acatando rigurosamente la norma constitucional referida, en todos los casos que se constate daño ambiental, le corresponde al Estado en primera instancia reparar a su costa el ecosistema y luego repetir contra los operadores que ocasionaron el daño ambiental.

En el caso de obras públicas, adquisición de bienes y contratación de servicios ejecutadas mediante contratos administrativos que hubieren causado daño ambiental, se debería repetir contra el contratista y sus colaboradores, pero también contra los funcionarios responsables de hacer el control ambiental que no se realizó o se hizo defectuosamente.

Pero quizá lo más grave del caso es que en la práctica ni el Estado asumirá la reparación ambiental ni se repetirá contra los causantes del daño ambiental, estableciéndose de esta manera una divergencia entre lo que dice la Constitución y lo que realmente ocurre en la vida real, produciéndose además una violación impune de los derechos ambientales de la naturaleza agredida y de las personas y comunidades afectadas por el daño ambiental.

Cierro este capítulo señalando que es necesario encontrar los mecanismos para que en el sistema nacional de contratación pública ecuatoriano tengan plena vigencia los mandatos ambientales reconocidos en la Constitución de la República y sobre todo, para reducir las posibilidades de que a través de las compras públicas en el Ecuador se violen derechos ambientales, a proponer esos mecanismos se dedicará el capítulo siguiente.

Capítulo tercero

Aplicación normativa del nuevo paradigma ambiental en la contratación pública ecuatoriana

En los capítulos anteriores se ha consignado una visión clara del nuevo paradigma ambiental diseñado por la Constitución de la República y se ha discernido sobre los defectos que el sistema nacional de contratación pública tiene en relación con los postulados constitucionales de orden ambiental, evidenciándose las consecuencias y responsabilidades que se pueden derivar de ésta falencia.

En este capítulo se analizarán los mecanismos que pueden utilizarse para alcanzar la sustentabilidad ambiental en el sistema nacional de contratación pública, justificando y proponiendo cuando sea necesario innovaciones normativas orientadas a tal efecto.

3.1. El componente ambiental como innovación indispensable en la contratación pública ecuatoriana

Roberto Dromi al abordar el tema de la configuración que deben tener los contratos administrativos contemporáneos manifiesta:

La nota distintiva del protagonismo de los contratos públicos de tercera generación está dada por la unidad ecuacional de múltiples y proporcionados contenidos, que concurren en simultánea, a definir la realidad vivencial del contrato como expresión institucional objetivada de la nueva relación de “justicia” contractual, tanto en su vertiente “conmutativa”, simplemente bilateral, recíproca y entre “partes” (concedente y concesionario), como en su vertiente “distributiva”, general, colectiva o social, y con efectos directos respecto de terceros (clientes, usuarios y consumidores).¹⁴⁰

Para el autor citado, los contratos públicos actualmente no son únicamente acuerdos entre el Estado y los contratistas, tienen un protagonismo y repercusión social que se manifiesta a través de la justicia distributiva, rebasando la bilateralidad clásica

¹⁴⁰ Roberto Dromi, *Ecuaciones de los Contratos Públicos*, 2da Ed. (Madrid: Ciudad Argentina Hispana Libros, 2008), 12

de los contratos comunes, pues la contratación pública tiene efectos colectivos y sociales relacionados con clientes, usuarios y consumidores, que no son parte del Estado, ni son contratistas, pero deben ser destinatarios de lo que Dromi denomina *justicia distributiva* que debe garantizar el contrato público.

La ecuación es la fórmula de la “justicia”, del “derecho”, de lo “justo” y de lo “recto” en cada contrato. Contiene y expresa en receta sincrética una suma de normas de conducta, de reglas de derecho derivadas de diez fuentes, que constituyen “elementos” o “partes” de la ecuación descriptiva de la finalidad y justicia contractual: 1) social, 2) ética, 3) política, 4) administrativa, reglamentaria, regulatoria o conductiva, 5) tecnológica, 6) ambiental, 7) económica, 8) financiera, 9) impositiva o tributaria y 10) comercial o de mercado. Merced al sincretismo conciliador del sistema ecuacional *descripto se concilian diferencias y se concretan funciones, a través de una nueva unidad de medida integrativa que compromete los “derechos y deberes” recíprocos de las partes y de los terceros, integrados en una fórmula indivisible como receta racional para medir toda la justicia contractual, desde su mismo origen y durante el desarrollo de la ejecución del contrato.*¹⁴¹

La inclusión del componente ambiental en la contratación pública no obedece solamente a un imperativo de armonía con la Constitución de la República –razón de por sí muy importante- sino que tiene justificación doctrinaria, en tanto elemento insustituible de la nueva ecuación contractual que deben tener los contratos administrativos en criterio de uno de los más reputados estudiosos del Derecho Administrativo, quien además hace depender de la correcta configuración de la ecuación contractual un fin tal principal como es la *justicia contractual*.

Nótese que el autor citado alude a una *fórmula indivisible*, entendiéndose que no se puede alcanzar los fines de justicia contractual, conmutativa y distributiva, cuando se fracciona u omite uno o varios de los diez componentes de la ecuación contractual, confirmándose así, desde la óptica doctrinal la necesidad de corregir la falencia que el sistema nacional de contratación pública tiene por haber omitido el componente ambiental entre sus elementos constitutivos, sin embargo, en la práctica instituir el componente ambiental en la contratación pública puede presentar dificultades reales y aparentes que a continuación se analizarán.

¹⁴¹ *Ibíd.*

3.1.1. Dificultades para introducir el componente ambiental en la contratación pública

Las dificultades que pueden presentarse para introducir el componente ambiental en las compras públicas son de orden legal, económico y administrativo.

a) De orden legal. Porque la carencia de normas específicas que regulen los procedimientos que deben seguirse para introducir el componente ambiental en los procesos contractuales, determina falta de certeza normativa, lo cual deviene en inseguridad jurídica tanto para el Estado y sus funcionarios, cuanto para los contratistas. Por eso, en este trabajo se propone una innovación normativa que permita introducir de forma general y armónica las compras sustentables y la actuación de los contratistas con responsabilidad ambiental, en el sistema nacional de contratación pública.

b) De orden económico. Porque se pueden incrementar los precios finales de la prestación de determinados contratos, en la medida en que los costos ambientales de la contratación deben ser internalizados.¹⁴²

Como ya se ha expuesto en el capítulo primero, la *internalización* de los costos ambientales es una obligación de todo aquel que realiza actividades productivas, obedece al principio del derecho ambiental *quien contamina paga*, establecido en el principio 16 de la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y en el inciso tercero del Art. 396 de la Constitución de la República, de tal manera que la internalización de precios ambientales en la contratación pública no es una opción sino una obligación constitucional, que se debe aplicar con normas claras que al momento no existen.

Además, la adopción de la *contratación pública sustentable* ofrece considerables ventajas económicas para las comunidades humanas que se benefician de ella, así, la ciudad de Viena ha ahorrado 44.4 millones de euros entre 2004 y 2007 implantándola. En los Países Bajos se prevé que el plan de contratación pública ecológica reporte un ahorro energético del 10% al sector público y en el Reino Unido se calcula que la aplicación del componente ambiental del *Government Buying Standards*, (normas gubernamentales de compras), podría ahorrar 47.2 millones de euros.¹⁴³

¹⁴² José Pernas, *Contratación Pública Verde*, 32

¹⁴³ *Ibíd.*,30

Se podría decir que, la *compra sustentable*, en principio puede aparecer como un factor encarecedor de la contratación estatal, pero su aplicación en algunos países europeos ha demostrado que a la larga representa un ahorro considerable que, además, contribuye a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, como resultado del respeto al entorno ambiental en el que habitan.

c) De orden administrativo. Estas dificultades se pueden presentar en razón de que la integración del componente ambiental puede incrementar el tiempo de duración de los procesos contractuales e incluso hacer más compleja su tramitación.¹⁴⁴

Esto debido a que es necesario mayor capacidad de decisión técnica ambiental para valorar las ofertas y por supuesto personal capacitado para ese efecto, sin embargo, en este trabajo se sostiene que cualquier esfuerzo que se haga desde la administración pública para introducir la variable ambiental en la contratación pública es justificable, pues el resultado al que se apunta es la plena vigencia de los derechos ambientales garantizados por la Constitución y la consolidación del modelo sustentable de desarrollo, ambos objetivos muy importantes para el país.

3.2. Integración del componente ambiental en el sistema nacional de contratación pública

El artículo 7 de la LOSNCP define al sistema nacional de contratación pública (en adelante SNCP), 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.”

Integrar el componente ambiental en el SNCP exige introducir este concepto en todos los elementos del sistema, respetando su estructura, pero innovando cuando sea necesario, en primer lugar los principios, normas, procedimientos y mecanismos recogidos por la legislación especial que rige la contratación pública en el Ecuador, a lo cual debe acompañarse una clara voluntad política que permita las reformas normativas necesarias y que se refleje en la asignación de presupuestos para contratar y capacitar personal especializado en materia ambiental que actúe eficientemente en las diferentes instancias administrativas en las cuales se planifica, administra y ejecuta las contrataciones estatales.

¹⁴⁴Ibid.

3.2.1. El principio de responsabilidad ambiental en la LOSNCP

Los principios en la contratación pública juegan un papel preponderante, su rol es de tal magnitud que la propia regulación normativa se hace con el fin de garantizar que ella se ajuste a los principios de contratación pública.¹⁴⁵

Jurídicamente, los principios no son declaraciones líricas sino normas positivas de orden superior que condicionan el contenido de la normativa en una materia determinada, en tal razón, si se quiere introducir adecuadamente el componente ambiental como elemento constitutivo del SNCP, lo primero que se debe hacer es añadir en el Art. 4 de la LOSNCP un principio que permita su articulación armónica al sistema, tal principio es el de *responsabilidad ambiental* que se sugiere adicionarlo a la norma referida de la siguiente manera:

Art.4.- Principios.- Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; *responsabilidad ambiental*; y, participación nacional.

Esta primera y fundamental innovación permitiría desarrollar el principio señalado en la normativa de la LOSNCP, en el RGLOSNCP y en las resoluciones que dicte el SERCOP, a la vez que facilitará la adopción de decisiones administrativas orientadas a la compra sustentable y al control eficiente de las obligaciones ambientales de los contratistas.

Además, exteriorizaría una voluntad política clara de cumplir en la práctica con el mandato constitucional de efectuar las compras públicas con criterios de responsabilidad ambiental según lo dispone el Art. 288 de la Constitución de la República.

3.2.2. Comprar solo lo necesario

¹⁴⁵ Enrique Díaz y Aníbal Rodríguez, *Contratos Administrativos en Chile, Principios y Bases*, (Santiago de Chile: RIL editores, 2016),54

La fiebre consumista no afecta únicamente a los particulares, todos conocemos la expresión *elefantes blancos* acuñada para referirse a las construcciones suntuosas o a las compras absurdas efectuadas por el Estado, que se originan en falta de adecuada planificación o en intereses ajenos al bien común.

Pero las compras estatales innecesarias no solo ocasionan desperdicio de recursos por falta de planificación técnica o conductas dolosas, son también una conducta reñida con el principio de responsabilidad ambiental que debe observarse en la contratación pública, pues la contaminación está íntimamente vinculada al consumismo y a la cultura del descarte, mientras más se compre sin planificación ambiental, más basura se generará, aumentando de esta manera el nivel de polución.¹⁴⁶

Incluso antes de la definición del objeto del contrato, es fundamental una evaluación adecuada de las necesidades reales, como elemento clave para *ecologizar* la actuación del órgano de contratación, lo primero que debe analizarse es la necesidad de la compra en sí y la posibilidad de sustituirla por otras alternativas más eficaces como la reutilización de medios materiales o el recurrir a vías gratuitas, por ejemplo reemplazando la propaganda impresa por la difusión de información electrónica.¹⁴⁷

La austeridad estatal es un imperativo económico, pero también un valioso componente de la contratación pública sustentable, que debería implementarse a través de informes técnicos del área requirente en los cuales se fundamente debidamente la necesidad ineludible de la compra, antes de insertarse en los planes anuales de contratación de las entidades contratantes.

El inciso final del Art. 22 de la LOSNCP dispone: “El contenido del Plan de contratación y los sustentos del mismo se regularán en el Reglamento de la presente Ley.”¹⁴⁸

¹⁴⁶ El Plan Nacional del Buen Vivir 2013 – 2017, en su objetivo No. 7, orientado a garantizar los derechos de la naturaleza y promover la sostenibilidad ambiental y global, en el acápite referente al patrimonio hídrico con que cuenta el Ecuador, página 230, consignan los siguientes datos: i) De acuerdo a la Encuesta de Gasto e Inversión Privada en Protección Ambiental realizada por el INEC en el 2010, el 80% de las empresas encuestadas no registraba gastos en protección ambiental ni estudios ambientales que avalaran su actividad; ii) Los datos hasta el año 2011 reflejan que solamente el 52% de la población poseía un manejo controlado de residuos; iii) En el mismo año, el 84% de la población ecuatoriana tenía servicios de recolección de residuos sólidos en áreas urbanas y solamente el 54% los tenía en áreas rurales. Así, si el 80% de las empresas en el Ecuador no invierte nada en temas ambientales y apenas el 52% de la población maneja controladamente los residuos, sumándose a esto el deficiente servicio de recolección de basura, es lógico afirmar que en el Ecuador se compra sin planificación ambiental y se maneja deficientemente la basura, elevando de esta manera los niveles de polución.

¹⁴⁷ José Pernas, *Contratación Pública Verde*, 66

¹⁴⁸ Énfasis añadido

Los artículos 25 y 26 del RGLOSNC, se refieren al Plan Anual de Contratación, sin embargo en ellos no existen disposiciones que obliguen a las entidades contratantes a contar con un sustento técnico que justifique la necesidad imprescindible de la cada contratación, omisión que se debe remediar en orden a implementar operativamente la austeridad estatal y la consiguiente institucionalización de la contratación sustentable.

En este trabajo se propone añadir el siguiente inciso a continuación del inciso primero del Art. 25 del RGLOSNC: “La contratación de cada obra, bien y servicio, incluidos los de consultoría, que consten en el plan anual de contratación de cada entidad, deberá contar con un informe previo debidamente motivado que justifique la necesidad imprescindible de la contratación.”

3.2.3. La definición del objeto del contrato con criterios de sustentabilidad

Una vez justificada la necesidad ineludible de la contratación, es posible a través de la definición del objeto del contrato contribuir a la contratación sustentable, estableciendo características técnicas ambientalmente convenientes para la obra, bien o servicio que el Estado necesita contratar.

Dos son los mecanismos que se pueden implementar para dicho efecto, el primero consiste en detallar las características técnico-ambientales del objeto del contrato y el segundo, funcional, es determinando los efectos ambientales que se desea obtener del objeto de la contratación.¹⁴⁹

En el primer caso se puede estipular que la obra, bien o servicio cuente con componentes que apunten a una menor afectación ambiental, por ejemplo que no se utilicen maderas de comercialización ilegal para construir una obra, que el papel adquirido por la entidad sea reciclado, o que en el caso de consultoría se cuente con criterios ambientales para su elaboración.

En el segundo caso, se debe tomar en cuenta los criterios de funcionalidad ambiental, para citar un ejemplo, el diseño arquitectónico de un edificio público debería aprovechar la mayor cantidad de luz solar para evitar el consumo de energía eléctrica en alumbrado y debería contar con urinarios que no necesiten de flujo de agua para su evacuación.

¹⁴⁹ José Pernas, *Contratación Pública Verde*, 65,6

Estos mecanismos en la práctica se pueden implementar a través de la elaboración de pliegos que contengan especificaciones técnicas ambientalmente convenientes para la obra, bien o servicio que se desea contratar, pero para conseguir este fin es necesario que se cuente con una base jurídica de soporte que impulse la definición del objeto contractual, con criterios ambientales.

Sin embargo, es necesario aclarar que la elaboración de pliegos con criterios ambientales no es suficiente para garantizar una compra sustentable, en la práctica los poderes adjudicadores deben dar la debida importancia a los componentes ambientales exigidos en los pliegos, demandando de los oferentes su cumplimiento estricto, en la fase contractual y en la de ejecución del contrato.

El Art. 20 del RLOSNC, se refiere a la elaboración de pliegos, determinando que serán elaborados por la entidad contratante observando los modelos elaborados por el SERCOP y estableciendo las condiciones más ventajosas para el Estado¹⁵⁰, para cuyo efecto se deberá propender a la eficacia, eficiencia, calidad de la obra, bienes y servicios que se pretende contratar y al ahorro en la contratación, pero en ninguna parte de la norma se hace referencia a la calidad ambiental que debe tener la contratación.

Lo propio ocurre con la resolución INCOP No. 054-2011, mediante la cual el actual SERCOP, expidió las normas relacionadas con las especificaciones técnicas y los términos de referencia.¹⁵¹

No existe pues al momento una base legal que sustente una definición del objeto del contrato con criterios técnicos ambientales, omisión que puede corregirse adicionando en el Art. 20 del RGLOSNC un precepto que faculte al SERCOP para

¹⁵⁰ Es necesario resaltar que la LOSNC en su art. 6 en el cual constan las definiciones que se deben utilizar para aplicar la normativa especial en materia de contratación pública, en sus numerales 17, 18 y 19 dispone: [...] 17. Mejor Costo en Bienes o Servicios Normalizados: Oferta que cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales, oferte el precio más bajo; 18. Mejor Costo en Obras, o en Bienes o Servicios No Normalizados: Oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección. En todo caso, los parámetros de evaluación deberán constar obligatoriamente en los Pliegos. 19. Mejor Costo en Consultoría: Criterio de "Calidad y Costo" con el que se adjudicarán los contratos de consultoría, en razón de la ponderación que para el efecto se determine en los Pliegos correspondientes, y sin que en ningún caso el costo tenga un porcentaje de incidencia superior al veinte (20%) por ciento. [...]. Las normas transcritas se deben interpretar en el sentido de que, las condiciones más ventajosas para la contratación no siempre son las más baratas, sin embargo, otros parámetros de evaluación deferentes al precio, como por ejemplo, la calidad ambiental de la prestación deben necesariamente constar en los documentos precontractuales y esa es precisamente una de las reformas que se proponen en este trabajo.

¹⁵¹Ecuador: Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP, "Resolución INCOP No. 054-2011: Expedir normas relacionadas con las especificaciones técnicas, términos de referencia y el establecimiento de plazos y términos que forman parte de los pliegos para los procedimientos de contratación pública" 12 de noviembre de 2011.

incluir en sus modelos especificaciones técnicas y términos de referencia de orden ambiental y a las entidades contratantes la elaboración de pliegos que incluyan un componente ambiental.

En este trabajo se sostiene que es necesario reformar el Art. 20 del RGLOSNCNP adicionando la expresión *sustentabilidad ambiental* en el tercer inciso de la norma citada cuyo texto reformado tentativamente podría ser el siguiente: “En la determinación de las condiciones de los pliegos, la entidad contratante deberá propender a la eficacia, eficiencia, *sustentabilidad ambiental*, calidad de la obra, bienes y servicios que se pretende contratar y ahorro en sus contrataciones.”

Es necesario señalar que la definición del objeto del contrato con criterios ambientales no puede devenir en contrataciones que alteren irracionalmente los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional, de allí que es necesario la participación de expertos versados en contratación pública y medio ambiente, cuya actuación garantice una justa y racional medida en la determinación técnica de los componentes ambientales de las obras, bienes y servicios que se desea contratar, condición indispensable para aplicar correctamente esta y otras medidas orientadas a conseguir una contratación pública sustentable en el Ecuador, objetivo que exige no solo reformas legales sino un cambio conceptual que tome en cuenta al ambiente en todo el obrar del Estado en calidad de adquirente de obras, bienes y servicios.

3.2.4. Preferencia para ofertas ambientalmente convenientes

La reforma normativa ya se utilizó en nuestro país como mecanismo para vigorizar la participación nacional en la contratación pública, con ese objetivo se reemplazó el original artículo 25 de la LOSNCNP por los vigentes artículos 25.1 y 25.2, los cuales apuntan directamente a fortalecer la participación nacional, privilegiando especialmente de los actores de la economía popular y solidaria y de micro, pequeñas y medianas empresas.¹⁵²

¹⁵²Ecuador: *Ley Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial, Suplemento*, No. 100, Quito, 14 de octubre de 2013.

La misma medida legislativa se pudo utilizar para introducir la compra pública sustentable, estableciendo en la nueva normativa criterios de valoración ambiental que beneficien a los proveedores cuyas ofertas presenten ventajas ambientales.

Para efectivizar la preferencia por obras, bienes y servicios ambientalmente sustentables se propone introducir en la LOSNCP el siguiente artículo a continuación del Art. 25.2 de la LOSNCP: “Art... Preferencia a bienes, obras y servicios ambientalmente sustentables.- En todos los procedimientos previstos en la presente ley, se preferirá al oferente de bienes, obras o servicios que incorpore componentes que garanticen la calidad ambiental de su prestación, aplicando para el efecto márgenes de preferencia proporcionales y técnicamente justificados sobre otros oferentes”

Implementar esta reforma además de contribuir a la contratación sustentable podría generar efectos positivos en el mercado, en razón de que los proveedores, con el objeto de aprovechar esta preferencia contractual optimizarían sus capacidades técnicas orientándolas a ofrecer productos con mayor calidad ambiental.

3.2.5. Selección de contratistas

La selección de contratistas en función de su capacidad técnica o sus deméritos ambientales es otro de los mecanismos que se pueden adoptar para impulsar la contratación pública sustentable en el Ecuador.

Dos criterios se pueden adoptar como mecanismos para impulsar la contratación pública sustentable en base a la selección de los contratistas, en primer lugar una evaluación que permita asegurar que la capacidad del contratista le permita cumplir con las obligaciones ambientales del contrato, valorando su experiencia y su capacidad técnica y en segundo término, la aptitud ambiental del contratista que deberá acreditar que no ha sido sancionado por infracciones ambientales.¹⁵³

Esta modalidad de valoración no se enfoca en la oferta sino en las condiciones personales del oferente, en su preparación técnica y su historial profesional, por ejemplo, si se necesita contratar la construcción de un aeropuerto en las Islas Galápagos, deberá tomarse en cuenta la experiencia que el oferente tenga en construcción de obras similares en lugares de alta sensibilidad ambiental así como

¹⁵³ Jorge Agudo, “Contratación Pública e integración de la variable ambiental”, 127-133

también la capacidad técnica que acredite, con el fin de asegurar la menor afectación ambiental posible en la ejecución del proyecto.

El mismo criterio puede utilizarse cuando se trata de adquirir maquinaria especializada para el Estado con características ambientales específicas que disminuyan la posibilidad de emisiones dañinas al ambiente, en cuyo caso, la experiencia del proveedor en la provisión de este tipo de artefactos y su capacidad técnica y económica deberían ser evaluados como criterio de selección.

En cuanto a la *aptitud ambiental* de los oferentes es necesario que se valore su record ambiental, garantizándose que el contratista que resulte adjudicado no ha recibido sanción ejecutoriada civil, administrativa o penal por infracciones ambientales, por lo menos mientras tales sanciones no se hubieren extinguido.

Para descalificar a un oferente por infracciones ambientales es necesario introducir en el Art. 62 de la LOSNCP una causal de inhabilidad general para contratar, que prohíba la celebración de contratos previstos en la LOSNCP a aquellas personas naturales o jurídicas que hubieren recibido sanción civil, penal o administrativa ejecutoriada por daños ambientales mientras dicha sanción no se hubiere extinguido.

Esto porque la inhabilidad general propuesta representa una discriminación legalmente impuesta, una especie de sanción administrativa, que si no tiene su origen en el texto de la ley se podría catalogar como una vulneración a la garantía de reserva de ley consagrada en el número 3 del Art. 76 de la Constitución de la República.¹⁵⁴

La exclusión de oferentes sancionados por infracciones ambientales representa un mecanismo disuasivo para orientar la conducta de los contratistas estimulándolos de esta manera a evitar conductas que les puedan acarrear sanciones ambientales que les representen imposibilidad de contratar.

3.2.6. Cumplimiento de obligaciones ambientales en la fase de ejecución de contratos públicos

¹⁵⁴ El artículo 76.3 de la Constitución de la República dispone: “Art. 76.- En todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o en la ley. [...]”

Existen dos aspectos que merecen analizarse en cuanto a las obligaciones ambientales que se deben cumplir en la fase de ejecución de contratos sometidos a la LOSNCP, el primero relativo a la posibilidad de incluir en el contrato cláusulas que contengan modalidades de ejecución ambientalmente convenientes y el segundo referente al cumplimiento de las obligaciones ambientales de los contratistas, vía control administrativo.

a) Cláusulas con modalidades de ejecución ambientalmente convenientes.

Los órganos de contratación tienen la posibilidad de fijar cláusulas contractuales sobre las modalidades de ejecución del contrato, siempre y cuando se cumplan los requisitos de publicidad, por ejemplo, sobre la entrega y envasado de materiales y la recuperación o reutilización a cargo del contratista del material de embalaje y de los productos usados. Estas obligaciones tienen que constar en los pliegos y deben ir acompañadas de penalidades contractuales que disuadan al contratista de su incumplimiento.¹⁵⁵

La posibilidad de determinar este tipo de cláusulas en los contratos sometidos a la LOSNCP se facilitaría con las innovaciones normativas ya propuestas, puesto que los poderes adjudicadores las podrían incluir remitiéndose al principio de responsabilidad ambiental cuya incorporación se ha planteado.

Es necesario aclarar que el contenido de este tipo de cláusulas se refiere a una modalidad de ejecución contractual y en ningún caso a través de ellas se puede variar el objeto del contrato, no pueden haber cláusulas de ejecución ambiental que alteren o incluyan nuevas especificaciones técnicas o funcionales de la obra contratada, lo que se trata es de normar conductas no prestaciones.

Para ejemplificar, la cláusula de ejecución contractual ambientalmente conveniente puede imponer al contratista de una obra pública la obligación de colocar los residuos generados en la construcción en las escombreras debidamente establecidas, pero no exigirle utilizar materiales ambientalmente amigables en su obra, esta última obligación debe constar en las especificaciones técnicas no en la cláusula de obligaciones ambientales de ejecución del contrato.

Como acertadamente manifiesta el autor citado, para que este tipo de cláusulas sean efectivas debe acompañárselas de una sanción en caso de incumplimiento, para

¹⁵⁵ Jorge Agudo, “Contratación Pública e integración de la variable ambiental”, 148-50

cuyo efecto no hace falta reforma alguna, pues el texto del inciso segundo del Art. 71 de la LOSNCP presta la base legal necesaria.¹⁵⁶

Sin embargo, es necesario aclarar que las multas y cualquier otra sanción imputable a incumplimientos ambientales del contratistas deberá aplicarse respetando siempre el debido proceso, siendo además recomendable reducir al máximo el margen de discrecionalidad del que pueda usar el administrador del contrato que es el funcionario que, de conformidad con el Art. 121 del RLOSNCP debe imponer las multas.

La reducción de la discrecionalidad se podría lograr recurriendo a una cláusula contractual en la que se detalle de antemano los casos en que se aplicarán multas y los montos específicos de las mismas, mecanismo que además es compatible con el contenido del primer inciso del Art. 71 de la LOSNCP que establece la obligatoriedad de una cláusula especial relacionada con las multas.

b) Control administrativo para exigir el cumplimiento de obligaciones ambientales de los contratistas.

Como ya se dijo en el punto 2.4.3 del capítulo segundo, por mandato del inciso primero del Art. 396 de la Constitución de la República, el Estado en ejercicio de la función de *policía ambiental* que le corresponde, tiene la obligación de aplicar todas las acciones necesarias para prevenir y sancionar los efectos ambientales negativos.

Es necesario entonces aplicar este mandato general al ámbito específico de la contratación pública y para dicho efecto se debe aclarar, quién debe ejercer la función de *policía ambiental* en la fase de ejecución contractual y como debe hacerlo.

El Art. 70 de la LOSNCP determina que las cláusulas contractuales contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión o fiscalización y que en el expediente se harán constar todos los hechos relevantes que se presenten en la ejecución del contrato, especialmente a los relacionados con pagos, contratos complementarios, terminación del contrato, ejecución de garantías, aplicación de multas, sanciones y recepciones.

¹⁵⁶ El inciso segundo del Art. 71 de la LOSNCP dice: “ [...] Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso.” [...]

Lo recomendable, al amparo de la norma descrita sería que las cláusulas contractuales contengan un detalle pormenorizado de las funciones que deben cumplir administradores, supervisores y fiscalizadores en orden a garantizar el cumplimiento de las obligaciones ambientales del contratista.

El Art. 80 de la LOSNCP responsabiliza al supervisor y fiscalizador del contrato de tomar todas las medidas necesarias para la adecuada ejecución del contrato, atendiendo a sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos.

Con funciones detalladas para los funcionarios responsables de velar por la correcta ejecución del contrato se podría mejorar el estándar de cumplimiento ambiental del contratista y evitar sanciones para administradores, supervisores y fiscalizadores del contrato.

El Art. 71 del RLOSNCP, dispone que en todo contrato debe existir un administrador designado por la entidad contratante que deberá velar por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato, adoptando las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados e imponiendo multas y sanciones. Si el contrato es de ejecución de obras, prevé y requiere de los servicios de fiscalización, el administrador del contrato velará porque ésta actúe de acuerdo a las especificaciones constantes en los pliegos o en el propio contrato.

De las normas cuyo contenido se ha descrito se entiende que en la fase de ejecución, el texto del contrato es el primer y fundamental referente para la actuación de administradores, supervisores y fiscalizadores, de tal manera que el primer requisito para que exista un buen control ambiental en la fase de ejecución del contrato es que éste determine obligaciones ambientales para los contratistas, que deben generarse en la fase precontractual al amparo del imprescindible principio de responsabilidad ambiental que debe ser introducido en el Art. 4 de la LOSNCP en todos los contratos.

Contando con cláusulas que precisen las obligaciones ambientales de los contratistas, son los administradores, supervisores y fiscalizadores los primeros encargados de ejercer directamente el poder de *policía ambiental* a nombre del Estado, el administrador velando por el oportuno cumplimiento de estas cláusulas y el supervisor y el fiscalizador tomando todas las medidas necesarias para la adecuada ejecución de las obligaciones ambientales del contratista.

Cabe señalar que para que exista un correcto control ambiental administrativo en la fase de ejecución no basta con que existan cláusulas que contengan obligaciones

ambientales para los contratistas, es necesario también que los encargados de ejercer la función de policía ambiental cuenten con un marco contractual adecuado y tengan por lo menos cierta formación en la materia, razón por la cual el Estado debería empeñarse en capacitar ambientalmente a los funcionarios que ejerzan los cargos de administradores, supervisores y fiscalizadores de los contratos, especialmente en contratos de obra pública que son los más proclives a producir afectaciones ambientales, debiéndose exigir el mismo requisito de capacitación cuando se contrate profesionales externos para ejercer la fiscalización.

Cuando de hecho se han producido afectaciones ambientales, es necesario que se genere una respuesta por parte del Estado, si tales afectaciones son tolerables, la imposición de multas es el mecanismo correcto para sancionar al contratista que ha incumplido sus obligaciones ambientales, pero si las afectaciones ambientales alcanzan la categoría de daño ambiental debidamente calificado, la sanción debería ser la terminación unilateral del contrato.

3.2.7. Terminación unilateral del contrato por daño ambiental

Como se estableció en el punto 1.7.2. del capítulo primero, el daño ambiental es el impacto ambiental negativo irreversible en las condiciones ambientales presentes en un espacio y tiempo determinado, ocasionado durante el desarrollo de proyectos o actividades, que conducen en un corto, mediano o largo plazo a un desequilibrio en las funciones de los ecosistemas y que altera el suministro de servicios y bienes que tales ecosistemas aportan a la sociedad y que además, para producir efectos jurídicos debe ser causado por el ser humano, se debe probar su existencia, debe ser antijurídico y además relevante.

En este punto corresponde justificar porque, cuando un contratista produce en la ejecución del contrato daño ambiental es necesario que tal conducta sea sancionada con la terminación unilateral de la relación contractual, debiendo especificarse los mecanismos para ejecutar tal medida.

El daño ambiental al causar impactos ambientales negativos irreversibles produce tres efectos jurídicos de considerable importancia: a) lesiona los derechos ambientales reconocidos constitucionalmente que han sido identificados y

desarrollados en el capítulo primero de este trabajo; b) atenta contra el principio de desarrollo sustentable que es el modelo adoptado por la Constitución de la República; y, c) al ser producido en razón de la ejecución de un contrato administrativo desnaturaliza el objetivo final de éste, que es alcanzar los fines del Estado contando con la participación de los particulares. Los recursos estatales deben invertirse en beneficio de la ciudadanía, no deben destinarse a actividades que lesionen sus derechos.

Son estas tres razones de fondo las que justifican jurídicamente la terminación unilateral de contratos administrativos cuando en su ejecución se produzcan daños ambientales.

Introducir la causal de terminación unilateral del contrato por daño ambiental, por lo ser una medida de graves consecuencias para los contratistas, que como ya se ha visto en el capítulo segundo son de orden civil, administrativa y hasta penal, constituye también un poderoso instrumento disuasivo en orden a lograr que éstos observen una conducta ambiental responsable.

El impacto positivo de esta innovación normativa se puede extender también a la población en general, que es muy propensa a asimilar los buenos o malos ejemplos que se proyectan desde la administración pública, de tal manera que una medida de esta naturaleza, en forma indirecta pero real, contribuiría a consolidar la conciencia ambiental de la ciudadanía.

Esta causal de terminación unilateral del contrato, por constituir una sanción para los contratistas, en razón de la reserva de ley consagrada en el Art. 76.3 de la Constitución de la República debe constar expresamente en la LOSNCP, concretamente en el Art. 94 número 1, cuyo texto se sugiere sea innovado de la siguiente manera:

Art. 94.- Terminación Unilateral del Contrato.- La entidad contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos:[...] 1. Por incumplimiento del contratista *o daño ambiental causado por éste en la ejecución del contrato, debidamente calificado por el Ministerio del Ambiente.* [...]

En cuanto al procedimiento que debería seguirse para aplicar la norma sugerida, es el mismo que consta en el Art. 95 de la LOSNCP y en los artículos 146 del RGLOSNCP y los dos siguientes innumerados agregados por Decreto Ejecutivo

No. 153, publicado en Registro Oficial Suplemento 134 de 29 de Noviembre del 2013, sin embargo en este caso debería actuar el Ministerio del Ambiente para calificar técnicamente la existencia, causa y magnitud del daño ambiental.

La actuación del Ministerio del Ambiente en estos casos es necesaria en primer lugar porque de conformidad con lo prescrito en el actual Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria, Libro VI referente a la Calidad Ambiental, artículos 4 y 5 literal p), el Ministerio del Ambiente ejerce las potestades de Autoridad Ambiental Nacional, dentro de las cuales está verificar y evaluar los daños ambientales.

Pero no solo existe esta razón de orden legal, para que el Ministerio del Ambiente intervenga en estos casos, hay también motivos técnicos, pues en atención a la gravedad, derechos en juego y repercusiones que implica la configuración del daño ambiental, es necesario que su determinación cuente con el mejor respaldo técnico posible, que en el caso ecuatoriano lo puede prestar el ministerio especializado.

El Art. 226 CRE, que en su parte pertinente dispone que las instituciones del Estado, tienen el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, que en este caso son los derechos ambientales, para cuya tutela efectiva deberían participar en forma coordinada la entidad contratante, ejecutando las facultades de policía ambiental a través del administrador, el supervisor y el fiscalizador del contrato, el SERCOP ejerciendo rectoría y control del correcto cumplimiento de las políticas ambientales en materia de contratación pública y el Ministerio del Ambiente como ya se ha dicho, calificando técnicamente el daño ambiental.

3.2.8. Liquidación ambiental del contrato

La liquidación es el procedimiento a través del cual una vez concluido el contrato, las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él derivadas para establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto relacionado con su ejecución, es un ajuste final de cuentas, debiendo distinguirse tres clases de liquidación: a) la bilateral, que se hace de común acuerdo entre las partes con carácter negocial o convencional; b) la liquidación unilateral, que la hace el Estado por su cuenta mediante acto administrativo motivado, cuando no es posible un acuerdo o el contratista no se presenta a la liquidación; y, c)

la liquidación judicial, que se realiza en un proceso judicial o arbitral, en ausencia de las dos modalidades anteriores, correspondiéndole entonces al contratista acudir a la vía jurisdiccional.¹⁵⁷

Conforme la propuesta de este trabajo, este *ajuste final de cuentas* debería expresarse también en una liquidación ambiental, que refleje el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista como resultado de la inclusión de cláusulas ambientales en el contrato y además como auditoría a su correcto desempeño ambiental, debiendo establecerse si ha producido o no afectaciones ambientales en la ejecución de contratos, señaladamente aquellos que se desarrollan bajo la modalidad de contratación integral por precio fijo¹⁵⁸ o que, en general tienen por objeto la ejecución de obras.

a) Liquidación ambiental bilateral de contratos. En la LOSNCP, la liquidación bilateral de los contratos se materializa a través de las recepciones convencionales, que en los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, incluidos los de consultoría, será única y tendrá los efectos de recepción definitiva. En los contratos de ejecución de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo la ley prevé la existencia de una recepción provisional y una definitiva.¹⁵⁹

En general la liquidación bilateral de los contratos se perfecciona mediante la suscripción de las actas de recepción que deberán ser suscritas por el contratista y los integrantes de la comisión designada por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado conformada por el administrador del contrato y un técnico que no haya

¹⁵⁷ Francisco Cuello. *Contratos de la administración pública*. (Bogotá: Ecoe Ediciones, 2009), 270, 275,6

¹⁵⁸ El Art. 53 de la LOSNCP define esta modalidad contractual de la siguiente manera: “Art. 53 Procedencia.- Para celebrar contratos de obra, podrá acordarse mediante resolución razonada de la máxima autoridad de la entidad, la celebración del contrato integral por precio fijo, cuando se cumplan de forma conjunta los siguientes requisitos: 1.- Si del análisis previo a la resolución de la máxima autoridad, resulta más ventajosa esta modalidad con respecto a la contratación por precios unitarios; 2.- Si se tratare de la ejecución de proyectos de infraestructura en los que fuere evidente el beneficio de consolidar en un solo contratista todos los servicios de provisión de equipo, construcción y puesta en operación; 3. Si el presupuesto referencial de dicha contratación sobrepasa el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,1% por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y, 4. Que la Entidad Contratante cuente con los estudios completo, definitivos y actualizados. Se prohíbe en esta clase de contratos la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajustes de precios o cualquier otro mecanismo de variación de precios. El plazo de ejecución no será sujeto a modificaciones salvo exclusivamente en los casos de fuerza mayor o caso fortuito. Los contratistas de esta modalidad contractual asumen todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas.

¹⁵⁹ Art. 81 LOSNCP

intervenido en el proceso de ejecución del contrato, dichas actas deberán según el RGLOSNCPC contener los antecedentes, condiciones generales de ejecución, condiciones operativas, liquidación económica, liquidación de plazos, constancia de recepción, cumplimiento de obligaciones contractuales, reajuste de precios pagados, o pendientes de pago y cualquier otra circunstancia que se estime necesaria. La liquidación final será parte del acta de recepción definitiva.¹⁶⁰

El RLOSNCPC no habla de liquidación ambiental de los contratos y es lógico que así sea, pues como ya se ha dicho, en la LOSNCPC se ha obviado el componente ambiental. En este trabajo se propone que exista una liquidación ambiental convencional del contrato que debe formar parte de las actas de entrega recepción, que son los instrumentos operativos que el RGLOSNCPC prevé para reducir a escrito la liquidación bilateral de los contratos públicos.

Ello así, por que la inclusión de un requisito ambiental en las actas de recepción definitiva forzaría a los contratistas a cumplir cabalmente las cláusulas especiales ambientales del contrato si las hubiere y a actuar con responsabilidad ambiental durante toda su ejecución, aunque no hubiere dichas cláusulas ambientales y en acatamiento al mandato constitucional contenido en el Art. 288 CRE.

En atención a estas consideraciones se propone que en el inciso segundo del Art. 124 del RGLOSNCPC se añada la expresión *liquidación ambiental*, de la siguiente manera:

Art. 124.- [...] Las actas contendrán los antecedentes, condiciones generales de ejecución, condiciones operativas, liquidación económica, liquidación de plazos, *liquidación ambiental*, constancia de la recepción, cumplimiento de las obligaciones contractuales, reajustes de precios pagados, o pendientes de pago y cualquier otra circunstancia que se estime necesaria. [...]

b) La liquidación ambiental unilateral de los contratos. La liquidación unilateral de los contratos es una prerrogativa del Estado que opera según la LOSNCPC, tácitamente, cuando se produce la recepción presunta por parte de la entidad contratante y expresamente cuando ésta declara su terminación unilateral.¹⁶¹

¹⁶⁰Arts. 124 y 125 RLOSNCPC

¹⁶¹Arts. 81 y 95 LOSNCPC

El Art. 81 de la LOSNCP supone como requisito previo para la recepción presunta a favor del Estado la negativa del contratista a suscribir el acta correspondiente o su no concurrencia para dicho efecto, es decir que el Estado ha elaborado un acta con la que no está de acuerdo el contratista, que conforme se ha dicho debería contener componentes ambientales, siendo útil en este caso la innovación reglamentaria ya propuesta para el Art. 124 del RGLOSNCP.

En el caso de terminación unilateral del contrato declarada por la entidad contratante, el Art. 95 de la LOSNCP en su inciso quinto, textualmente señala que dicha circunstancia dará derecho a la entidad contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios y su liquidación financiera y contable, más no establece esta prerrogativa en relación con la liquidación ambiental del contrato.

En este trabajo se sostiene que, como la responsabilidad ambiental en la ejecución de los contratos es parte insustituible de las obligaciones de los contratistas, debe ser también atribución del Estado establecer la liquidación ambiental de los contratos, cuando se ha producido la declaración de terminación unilateral de la relación contractual por decisión de la entidad contratante y que esta prerrogativa, por constituir una especie sanción administrativa para los contratistas, en razón de la reserva de ley consagrada en el Art. 76.3 de la Constitución de la República debe constar expresamente en el texto de la LOSNCP, en el Art. 95, inciso quinto, de la siguiente manera:

Art. 95.- Notificación y Trámite.- [...] La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la entidad contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera, *ambiental* y contable [...]

c) La liquidación ambiental judicial de los contratos. Cuando no ha existido acuerdo entre la entidad contratante y el contratista para establecer la liquidación del contrato y no se ha producido la terminación unilateral del mismo en favor del Estado, con su consecuente liquidación unilateral, la doctrina establece una tercera forma de liquidar los contratos que es por vía judicial.

En el inciso cuarto del Art. 81 de la LOSNCP, en relación con el Art. 122 del RGLOSNCP, esta tercera vía está contemplada parcialmente en la llamada recepción de pleno derecho a favor del contratista que opera con la participación de un Juez de

lo Civil o un Notario en los casos en que, ante la solicitud del contratista la entidad contratante no formule ningún pronunciamiento ni inicie la recepción dentro de los períodos determinados en la LOSNCP y su reglamento. Sin embargo, en la parte final del inciso cuarto del Art. 81 de la LOSNCP, claramente se expresa que la recepción presunta definitiva producirá como único efecto la terminación del contrato, dejando a salvo los derechos de las partes a la liquidación técnico económica correspondiente.

Resulta evidente que recurrir a un juez o notario para terminar un contrato público de por sí ya demuestra controversia entre la posición del contratista y la de la entidad contratante y según lo disponen los artículos 104 y 105 de la LOSNCP, en relación con el Art. 190 CRE, las controversias en materia de contratación pública, en la especie, referentes a la liquidación del contrato, deben resolverse por mediación, arbitraje previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado o fallo del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

Entonces, en el caso de que se estableciere una terminación de las relaciones contractuales por *recepción de pleno derecho*, según el Art. 81 de la LOSNCP, inciso cuarto in fine, la liquidación del contrato deberá hacerse por mediación, fallo arbitral o fallo judicial que se ocupe de liquidar los aspectos técnicos y económicos del contrato.

Es necesario aclarar que la controversia suscitada entre la entidad contratante y el contratista por la recepción de pleno derecho solicitada por éste último ante un juez de lo civil o un notario termina la relación contractual y abre un nuevo debate jurídico sobre la liquidación del contrato.

Pero antes de analizar este nuevo escenario, es necesario destacar que, conforme el texto del el Art. 81 inciso cuarto in fine de la LOSNCP son los jueces de los civil o los notarios los encargados de declarar la recepción presunta en favor del contratista y de conformidad con los artículos 104 y 105 de la LOSNCP, la solución de controversias entre las partes se deben solucionar por mediación, arbitraje o decisión del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

En mi criterio, para resolver esta contradicción, se debe aplicar el Art. 82 CRE que determina que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. Con fundamento en esta norma constitucional y tomando en cuenta que el contratista es la parte contractual más débil, pienso que en este conflicto de competencia, si el contratista hace uso de su derecho de recurrir a un

juez civil o a un notario cuando la entidad contratante incumpla sus obligaciones de recepción, este derecho se debería respetar, pues conforme con lo prescrito en el número 1 del Art. 3 CRE es deber primordial del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Aclarado este punto y volviendo al tema de la liquidación del contrato, nótese que, con estricto apego al texto de la ley, los aspectos ambientales del contrato no están incluidos entre los elementos sobre los cuales se debe discernir para liquidar el contrato, la norma aplicable habla únicamente de liquidación técnica y económica, lo cual representa una contradicción tácita al principio de responsabilidad ambiental constante en el Art. 288 CRE.

Por eso y manteniendo el enfoque de esta tesis, se considera que en el inciso cuarto del Art. 81 de la LOSNCP se debe añadir el aspecto ambiental en la liquidación del contrato, de la siguiente manera:

Art. 81.- Clases de Recepción.- [...]. La recepción presunta definitiva producirá como único efecto la terminación del contrato, dejando a salvo los derechos de las partes a la liquidación técnico, económica y *ambiental* correspondiente. [...]

La palabra *ambiental* en la norma citada obligaría al juzgador a pronunciarse sobre ese aspecto específico, lo que finalmente contribuye a fortalecer el enfoque ambiental que debe tener la contratación pública.

3.3. El componente ambiental como elemento transversal jurídico e ideológico de la contratación pública

Los mecanismos para integrar la variable ambiental en los procedimientos de contratación pública pueden alcanzar a todas las fases del expediente de contratación.¹⁶²

Como se ha demostrado en los puntos anteriores, desde la voluntad estatal de contratar, hasta la liquidación del contrato, pasando por la definición de su objeto, la selección de contratistas, la adjudicación del contrato con preferencia a ofertas ambientalmente convenientes, el control ambiental durante su ejecución y la

¹⁶² Jorge Agudo, “Contratación pública e integración de la variable ambiental”, 116

terminación unilateral de contratos, pueden y deben estar influidos por el principio de responsabilidad ambiental que puede tomar formas operativas a través de disposiciones jurídicas que *ecologicen* la contratación pública en todas sus etapas contractuales.

La nueva operatividad ambiental propuesta para la contratación pública ecuatoriana desarrolla normativamente el mandato contenido en el Art. 395.2 CRE que dispone que las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas.

En ese sentido, la propuesta de este trabajo se articula perfectamente con el Plan Nacional del Buen Vivir 2013 – 2017, que plantea como su objetivo número 7 garantizar los derechos de la naturaleza y promover la sostenibilidad ambiental, territorial y global estableciendo como la primera de las políticas y lineamientos estratégicos para conseguir este objetivo el diseñar e implementar un marco normativo que garantice los derechos de la naturaleza e instaure mecanismos intersectoriales, transversales e integrados, de prevención, control, sanción y restauración integral de daños y pasivos socio ambientales.¹⁶³

Sin embargo, una aplicación eficaz del principio de responsabilidad ambiental transversal a nivel operativo no será completa si no se implementan medidas administrativas colaterales, especialmente relacionadas con la asignación presupuestaria necesaria para contratar personal idóneo o capacitar al existente en materia ambiental.

La transversabilidad ambiental que debe observarse en la contratación pública no debe ser únicamente normativa y operativa, debe ser también ideológica, se debe buscar un cambio de mentalidad contractual en los poderes adjudicadores y en los contratistas, unos y otros deben comenzar a asumir la contratación sustentable como una opción real, necesaria e ineludible, de tal manera que se consolide en el imaginario de todos los actores involucrados en las compras públicas, como una realidad cotidiana y justa que informe todos los procesos contractuales.

Lograr insertar la compra sustentable en el sistema nacional de contratación pública es un objetivo que demanda voluntad política, consensos, reformas legales,

¹⁶³ Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, Plan Nacional de Desarrollo / Plan Nacional del Buen Vivir 2013 – 2017, (Quito, Senplades , 2013), 222,233

difusión de la idea y recursos económicos y humanos, es en definitiva un proceso que en otras latitudes se ha ido consolidando paulatinamente.

En la Unión Europea por ejemplo, se ha planteado este tema desde hace años y con especial insistencia en documentos como el Sexto Programa Ambiental, de 2002, y en la Estrategia de Desarrollo Sostenible de 2001 revisada en Junio de 2006, así como en las directivas reguladoras de la contratación pública de 2004, debiendo tomarse en cuenta que la política ambiental comunitaria se inicia con el Primer Programa Ambiental de la Comunidad Europea (1973-1976) aprobado el 22 de Noviembre de 1973.¹⁶⁴

Es decir que desde que se comenzó en la Unión Europea a diseñar políticas ambientales generales hasta que se pusieron en vigencia normas específicas de orden ambiental en materia de contratación pública han pasado aproximadamente 33 años, esto fundamentalmente porque los tratados constitutivos y la normativa interna de cada país miembro han tenido que modificarse lentamente hasta arribar a este resultado.

Sin embargo en este trabajo se sostiene que en el Ecuador el camino puede y debe ser más corto, pues aquí al momento contamos con un paradigma ambiental diseñado por la Constitución de la República que debe ser aplicado transversalmente en todas las actividades del quehacer nacional, incluido por supuesto el ámbito de la contratación pública.

3.4. Las reformas a la LOSNCP y al RGLOSNCP como primer mecanismo para alcanzar la sustentabilidad en las compras públicas

El principal centro alrededor del cual gravitan las acciones estatales y las de los contratistas en materia de contratación pública es el contrato que se suscribe entre las partes para adquirir un bien, construir una obra o prestar un servicio.

Son las cláusulas contractuales las que definen el objeto de la contratación y el modo de ejecutar la prestación, pero esas cláusulas se elaboran, ejecutan y fiscalizan en base a la LOSNCP, el RGLOSNCP y las resoluciones del SERCOP, de tal manera que en la práctica, el texto de los contratos públicos es un reflejo de la normativa específica que regula las compras públicas en el Ecuador. Si esa normativa específica no toma en cuenta el componente ambiental, los contratos tampoco pueden hacerlo y

¹⁶⁴ Dionisio Fernández, “La integración de aspectos ambientales en la contratación pública”, 126,128

en consecuencia la contratación sustentable seguirá siendo un imperativo constitucional existente pero no aplicado.

Es necesario entonces, en primera instancia implementar reformas legales y reglamentarias que permitan poner en vigencia en la contratación pública el paradigma ambiental diseñado por la Constitución de la República, estas reformas deben ser puntuales, tendientes a permitir que los modelos de contratos elaborados por el SERCOP y los contratos de cada entidad contengan cláusulas orientadas a una contratación sustentable, sin ese primer paso, la contratación pública en el Ecuador seguirá rezagada respecto de los imperativos ambientales constitucionales y del nuevo modelo contractual contemporáneo, en el cual como se ha visto, el componente ambiental es elemento insustituible, sin cuyo concurso el contrato público es imperfecto y lo más grave, puede convertirse en instrumento propiciador de la violación de derechos ambientales y rémora en el avance hacia el modelo sustentable de desarrollo que persigue la Constitución que nos rige desde octubre de 2008.

4. CONCLUSIONES

4.1 Conclusión general

Actualmente, la crisis ambiental es una verdadera amenaza contra la supervivencia de todas las especies vivas que existen en el planeta, frente a la posibilidad cierta de extinción, desde la ciencia jurídica se ha generado como respuesta, desde mediados del siglo XX, el derecho ambiental que en nuestro país se ha gestado recogiendo postulados de instrumentos internacionales tan importantes como la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano (Declaración de Estocolmo de 1972); El Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Informe Brutland de 1987); y, la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y el Desarrollo Sustentable (1992), que han influido considerablemente en las constituciones ecuatorianas de los años 1998 y 2008, debiendo señalarse que la última de estas diseña un nuevo paradigma ambiental cimentado en tres conceptos esenciales: a) Buen vivir, *Sumak Kawsay*, b) Biocentrismo; y, c) Lo derechos ambientales de la naturaleza, de los seres humanos y de las colectividades, que deben respetarse y ejercerse en el marco del principio de desarrollo sustentable. El reto es llevar el nuevo paradigma ambiental constitucional a la práctica en todas las actividades productivas que se desarrollen en el territorio nacional, incluyendo por supuesto la contratación pública, lo cual al momento no se está haciendo.

4.2 Conclusiones específicas:

4.2.1 La inobservancia del paradigma ambiental de la Constitución vigente en la contratación pública ecuatoriana obedece a varios factores:

a) La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública vigente fue promulgada en el mes de agosto de 2008, es decir casi tres meses antes de la Constitución que nos rige desde el 20 de octubre del mismo año, anacronismo que ha ocasionado que en los preceptos de la ley prácticamente se omita el enfoque ambiental de la Constitución y por defecto, lo propio ocurre con su reglamento y con las resoluciones del SERCOP.

b) La fuerte influencia positivista que tiene el derecho administrativo ecuatoriano hace que, pese a que en la Constitución vigente exista en su Art. 288 un

mandamiento expreso de que las compras públicas en el Ecuador deber realizarse con criterios de responsabilidad ambiental, esta y otras normas constitucionales que deberían ser consideradas al momento de contratar y ejecutar los contratos de obras, adquisición de bienes y provisión de servicios sean prácticamente ignoradas, en razón del positivismo reinante que conduce a los poderes adjudicadores a regirse por el texto de la ley, de su reglamento, de las resoluciones del SERCOP y de los mismos contratos, que contienen respectivamente normativa y cláusulas deficientes en materia ambiental.

c) La conciencia ambiental y las hábitos del sector público y de los contratistas nacen de la práctica cotidiana y en ese sentido, al estar ésta regida por normativa específica que omite el tema ambiental, ni desde el Estado ni menos desde los contratistas se toma en serio el tema ambiental al momento de contratar y ejecutar los contratos públicos.

d) La normativa ambiental de orden general que podría aplicarse para *ecologizar* la contratación pública, recogida básicamente en la Ley de Gestión Ambiental y en el Texto Unificado de Legislación Secundaria del Medio Ambiente es insuficiente, porque los estudios de impacto ambiental y las licencias ambientales suelen convertirse en meros trámites administrativos que sirven para cumplir requisitos, mas no para alcanzar la sustentabilidad y proteger efectivamente derechos ambientales, además, la contratación pública es un área que por su complejidad, especificidad e importancia económico-ambiental, demanda un régimen ambiental especial que esté acorde con esas particularidades. La acumulación de la autoridad ambiental depositada en el Ministerio del Ambiente o por excepción en los gobiernos seccionales autónomos, constituye un factor de burocratización que retarda e imposibilita un control ambiental efectivo. Así, la normativa existente por su carácter general propicia la discrecionalidad que a la larga puede ocasionar discrimenes y distorsiones, en detrimento de los principios de igualdad, concurrencia y transparencia recogidos en el Art. 4 de la LOSNCP.

4.2.2 Como consecuencia de las circunstancias descritas, la contratación pública ecuatoriana no solo que no está sintonizada con el paradigma ambiental constitucional, generando inconsistencias jurídicas formales y vulnerando la institucionalidad del país, sino que puede propiciar una triple vulneración de derechos ambientales (de la naturaleza, de las personas y de las colectividades), con serias responsabilidades para el Estado, sus funcionarios y los contratistas y contraviniendo abiertamente el modelo de desarrollo sustentable postulado por la

Constitución de la República, como se ha demostrado con los casos de jurisprudencia analizados.

4.2.3 Para alcanzar una propuesta de solución viable al problema contratación pública – ambiente, es necesario primeramente visibilizarlo, exponiendo en toda su dimensión el ideal ambiental de la Constitución y presentando opciones normativas que permitan cristalizar ese ideal, introduciendo el componente ambiental en todas las etapas de los contratos públicos, que como se ha visto pueden implementarse desde el momento mismo de la decisión de contratar hasta la liquidación del contrato, pasando por la definición de su objeto, la selección de contratistas, la adjudicación del contrato con preferencia a ofertas ambientalmente convenientes, el control ambiental durante su ejecución y la terminación unilateral de contratos, esferas en las cuales se puede y debe introducir el tema ambiental, comenzando por supuesto con la adición del principio de responsabilidad ambiental en el Art. 4 de la LOSNCP, que contiene los principios rectores de la contratación pública.

4.2.4 En este contexto, es necesario enfatizar en que las reforma propuestas son puntuales, concretamente se considera necesario introducir las siguientes: i) En el Art. 4 de la LOSNCP se debería añadir el principio de responsabilidad ambiental entre los que constituyen principios rectores de la contratación pública; ii) En el Art. 25 del RLOSNCP se sugiere añadir un inciso que garantice que el plan anual de contratación de cada entidad cuente con un informe debidamente motivado que justifique la necesidad imprescindible de la contratación; iii) En el Art. 20 del RLOSNCP se sugiere añadir entre las condiciones de los pliegos contractuales la de *sustentabilidad ambiental*; iv) A continuación del Art. 25.2 de la LOSNCP se sugiere añadir uno que fomente la preferencia por las ofertas que garanticen la calidad ambiental en la prestación; v) En el Art. 62 de la LOSNCP se propone añadir una causal de inhabilidad general para los contratistas que hubieren recibido sanción civil, penal o administrativa por daños ambientales, mientras ella se encuentre vigente; vi) En el Art. 94.1 de la LOSNCP se propone incorporar como causal de la terminación unilateral del contrato el daño ambiental causado por el contratista en la ejecución del contrato, debidamente calificado por el Ministerio del Ambiente; vii) En el Art. 124 del RLOSNCP se propone incorporar entre los componentes de las actas de recepción definitivas la *liquidación ambiental* del contrato; viii) En el Art. 95 de la LOSNCP se sugiere añadir la liquidación ambiental del contrato como parte de las atribuciones de la entidad contratante cuando esta termina unilateralmente el contrato; y, ix) En el Art. 81 de la

LOSNCPC se propone añadir el aspecto ambiental entre los componentes que deben tomarse en cuenta para liquidar los contratos terminados por la figura de recepción presunta. La justificación y el texto propuesto para cada uno de los casos señalados se encuentran expuestos a lo largo del capítulo tercero de este trabajo.

4.2.5 Las reformas normativas propuestas en este trabajo, si bien son el punto de partida para una reforma integral que nos conduzca hacia una contratación pública sustentable, no serán suficiente si no se existe de por medio una vigorosa voluntad política que anime la reforma que debe ser acompañada de la indispensable provisión de recursos económicos, técnicos y humanos que permitan que las entidades contratantes implementen exitosamente la variable ambiental en sus procesos contractuales.

4.2.6 La contratación pública sustentable es un imperativo constitucional y doctrinario, cuya posibilidad cierta y sus beneficios han sido demostrados en otras latitudes, como la Unión Europea cuyo caso se ha analizado en este trabajo como referente, debiendo señalarse que en nuestro país el camino de la reforma legal puede ser más fácil, pues contamos con una Constitución que prácticamente nos obliga a dar este paso y no es necesario, como en el caso de la Unión Europea, armonizar múltiples legislaciones nacionales.

ACRÓNIMOS

Art.- Artículo

CRE.- Constitución de la República

CPR.- Constitución Política de la República

CPV.- Contratación Pública Verde

LOSNCP.- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

LGA.- Ley de Gestión Ambiental

RAMM.- Reglamento Ambiental de Actividades Mineras

RLSNCP.- Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

SERCOP.- Servicio Nacional de Contratación Pública

SNCP.- Sistema Nacional de Contratación Pública

TJUE.- Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRLCSP.- Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Reino de España)

TULAS.- Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria

UE.- Unión Europea

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto. *Buen vivir, sumak kausay: una oportunidad para imaginar otros mundos*. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012.
- Agudo González, Jorge. “Contratación pública e integración de la variable ambiental”. En Gloria Amparo Rodríguez, Iván Andrés Páez. *Temas de derecho ambiental: una mirada desde lo público*. 111-154. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012.
- Aguilar Andrade, Juan. “Constitucionalismo y Realidad”. En Luis Saavedra y David Cordero. *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, 329-343. Quito: Fundación Regional de Asesoría de Derechos Humanos INERED, 2009.
- Andreucci, Carlos Alberto. “Contratación pública. Sistemas de selección. Transparencia. Publicidad oficial”. En Tomás Hutchinson, *Contratos Administrativos tomo I*, 151-194. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- Amaya, Óscar Darío, “La naturaleza jurídica del derecho a gozar de un ambiente sano en el derecho constitucional comparado”. En *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente*, Tomo IV, 11-52. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Arévalo, Miguel. “Influencia del medio ambiente en el hombre”. En Pedro Ramos Castellanos, edit. *El Hombre y el medio ambiente*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2010.
- Ávila, Ramiro. “Los derechos de la naturaleza: Fundamentos”. En Ramiro Ávila. *Los Derechos y sus Garantías, Ensayos Críticos*, 106-108. Quito: INRED, Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- , *El neoconstitucionalismo transformador: el estado y el derecho en la constitución de 2008*, Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011.
- , “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de derechos humanos”. En *Aportes Andinos No. 23*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar; Sede Ecuador, Programa Andino de Derechos Humanos, 2008.
- Atienza, Manuel. “Contribuciones para una teoría de la legislación”. En Miguel Carbonell y Susana Pedroza. *Elementos de Técnica Legislativa*. México:

- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2004.
- Bedón, René. “Aspectos procesales relativos al daño ambiental en el Ecuador”. En Gabriela Muñoz, *Ecuador Ambiental 1996 – 2011: un recorrido propositivo*, 73-84. Quito: Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental (CEDA), 2015.
- Benavides, Jorge. “Prólogo”. En Julio Marcelo Prieto Méndez, *Derechos de la naturaleza, fundamentos, contenido y exigibilidad jurisdiccional*. Quito: Corte Constitucional, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, CEDEC, 2013.
- Bermejo, José. *Diccionario de Contratación Pública*, Madrid: Portal Derecho, S.A., 2008.
- Beltrán Luis, *Consumo sustentable como derecho-obligación para disfrutar de un medio ambiente sano*. México, D.F.: Red Región y Sociedad, 2006
- Cadenas Alfredo, *La economía ecológica como ciencia del desarrollo sostenible*. Madrid: Fundación General de la Universidad Autónoma de Madrid, 2009
- Carrasco, María José y Henríquez de Salamanca Sánchez-Cámara Álvaro. *Evaluación de impacto ambiental de infraestructuras: redacción y tramitación de documentos*. Madrid: AENOR - Asociación Española de Normalización y Certificación, 2010.
- Casado, María Laura. *Diccionario Jurídico*, 6ta ed. Buenos Aires: Valleta Ediciones, 2009.
- Comisión Europea. *Libro Blanco sobre Responsabilidad Ambiental*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de la Comunidad Europea, 2000.
- Cuello, Francisco. *Contratos de la administración pública*. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2009.
- Dávalos, Javier. “El derecho al ambiente sano en la nueva constitución”. En Fundación Regional de Asesoría de Derechos Humanos, *Nuevas instituciones del Derecho constitucional ecuatoriano*. Quito: INREDH, 2009.
- Díaz, Martín. “Prólogo”. En Rafael Pérez Miranda, *Biotechnología, sociedad y derecho*. México D.F.: Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2001.
- Díaz, Enrique, Rodríguez, Aníbal. *Contratos Administrativos en Chile, Principios y Bases*. Santiago de Chile: RIL Editores, 2016.
- Dromi, Roberto. *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987.

- . *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998.
- . *Justicia Ecológica*, Buenos Aires: Editorial Ciudad de Argentina, 2002.
- . *Ecuaciones de los Contratos Públicos*, 2da ed. Madrid: Ciudad Argentina Hispana Libros, 2008.
- . *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998.
- Echeverría, Hugo. *Tutela judicial efectiva del derecho ambiental: el caso ecuatoriano*, Quito: Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental (CEDA), 2013.
- José Flores, *Construir con desechos: ¿una alternativa sostenible?*, en *Arquitectura y Urbanismo*, V. 22 n.4.2001 (La Habana: Editorial Universitaria, 2007
- Fernández de Gatta Sánchez, Dionisio. “La integración de aspectos ambientales en la contratación pública”. En Antoni Pigrau Solé. *Derecho Ambiental y transformaciones de la actividad de las administraciones públicas*. 123-156. Madrid: Editorial Atalier, 2010.
- Fernández, Luisa. *La responsabilidad contractual del estado*. Bogotá: Jurídica Radar, 1987.
- Flores José, *Construir con desechos: ¿una alternativa sostenible?*, en *Arquitectura y Urbanismo*, V.22, n.4.2001. La Habana: Editorial Universitaria, 2007
- Galván, Francisco. *Diccionario ambiental y de asignaturas afines*. México: Ediciones Arlequín, 2009.
- García, Dennis. “Una Constitución hecha de agua”. En Alberto Acosta y Esperanza Martínez. *Agua: un derecho humano fundamental*. 173-201. Quito: Ediciones Abya – Yala, 2010.
- Grijalva, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional [CEDEC], 2012.
- . “¿Qué son los derechos colectivos?, Administración de Justicia Indígena y derechos Colectivos”. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. s/f
- Grijalva, Agustín y Julio César Trujillo. “El fundamento constitucional de la nueva economía”. En Agustín Grijalva Jiménez. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional CEDEC, 2012.
- Goin Francisco y Goñi Ricardo, *Marco conceptual para la definición del desarrollo sustentable*. Buenos Aires: Red Salud Colectiva, 2009.

- González, Julio. “Prólogo al libro contratación pública verde”. En José Pernas, *Contratación Pública Verde*. Madrid: La Ley, 2011.
- Gudynas Eduardo. *El mandato ecológico, derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva constitución*. Quito: Ediciones Abya Yala, 2009.
- Ize, Irina. *El cambio climático y la salud humana*. México DF: Instituto Nacional de Ecología, 2009.
- Jaquero, Silvia. *Derecho Ambiental*. 2da ed. Madrid: Dykinson, 2004.
- Jaramillo, Hernán. *Manual de Contratación Pública*. Loja: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1996.
- Toledo, Julio. “El principio ‘quien contamina paga’ y el canon de vertidos”. En *Revista de Administración Pública*, No. 112. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987.
- Leal, José. *Ecoeficiencia: marco de análisis, indicadores y experiencias*. Santiago de Chile: Naciones Unidas Cepal, 2005.
- Leff, Enrique. *Ecología y capital: racionalidad ambiental, democracia participativa y desarrollo sustentable*. México D.F.: Siglo XXI, 2001.
- Lozano, Blanca. *Derecho Ambiental Administrativo*, 10ma ed. Madrid: Editorial Dykinson, 2009.
- Klett Lasso de la Vega Patricia y Pablo Martínez Fe Anguita. *La justicia con la naturaleza*. Madrid: Dykinson, 2014.
- Manjarrez Lina, Pedro Romero y Emilio Bravo, *Transporte urbano, movilidad cotidiana y ambiente en el modelo de ciudad sostenible: bases conceptuales*. México: D.F. Plaza y Valdés, 2011.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1990.
- Mejía, Henry. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. San Salvador: Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, 2014.
- Melo, Mario. “Los derechos de la naturaleza en la nueva constitución ecuatoriana”. En Alberto Acosta y Esperanza Martínez. *Derechos de la Naturaleza: el futuro es ahora*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.
- Morales, Marco. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.

- Moraga, Claudio. *Contratación Administrativa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012.
- Moreno, Eulalia. *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*. Barcelona: José María Bosch, 1991.
- Morón, Juan. *Las cláusulas sociales en la contratación pública: hacia una contratación responsable*. Lima: Asociación Peruana de Derecho Administrativo, 2012.
- Mosset, Jorge, Hutchinson, Tomás y Donna, Edgardo. *Daño Ambiental*, Tomo I y II. Buenos Aires: Rubinzan-Culzone, 1999.
- Muñoz, Gabriela. “Aplicar el paradigma de desarrollo ecológico es la tarea pendiente”. En Gabriela Muñoz. *Ecuador Ambiental 1996-2011: un recorrido propositivo*, 45-8. Quito: Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental (CEDA), 2011.
- Olarte Báculos Diana, *La efectividad del derecho internacional del medio ambiente*, en Revista Colombiana de Derecho, 450. Bogotá: Red International Law, 2009
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. *Hacia el futuro que queremos. Erradicación del hambre y transición a sistemas agrícolas y alimentarios sostenibles*. Roma: ITD – FAO, 2012.
- Papa Francisco. *Encíclica Laudato Si, sobre el cuidado de la casa común*. Quito: Centro Salesiano de Publicaciones, 2015.
- Pérez, Efraín. *Principios constitucionales de desarrollo sustentable: régimen constitucional ambiental de recursos naturales no renovables*. Quito: Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, CEDA, 2010.
- Pernas, Juan José. *Contratación Pública Verde*, Madrid: Editorial La Ley, 2011.
- Prieto, Julio. *Derechos de la naturaleza, fundamentos, contenido y exigibilidad jurisdiccional*. Quito: Corte Constitucional, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, CEDEC, 2013.
- Rodríguez, Juan José. “Los derechos humanos y el medio ambiente”. En *Dikaion, Revista de Fundamentación Jurídica*, Año 20, Número 15. 71-88. Bogotá: Universidad de la Sabana, 2006.
- Ross, Alf. *Teoría de las Fuentes del Derecho, una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Salazar, Aurelio. *Manual teórico práctico de contratación pública*. Quito: Pudeleco, s.f.

- Salamanca, Antonio y Rosillo, Alejandro. “Prólogo”. En Antonio Salamanca y Alejandro Rosillo. *Derechos Humanos de los Pueblos y Derechos de la Naturaleza*. Tomo I. XXVII- XXVIII. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2012.
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, Plan Nacional de Desarrollo / Plan Nacional del Buen Vivir 2013 – 2017. Quito: Semplades, 2013.
- Velásquez, Carlos. *Ciudad y desarrollo sostenible*. Bogotá: Universidad del Norte, 2012.
- Viola, Francisco. *Derecho e interpretación: elementos de teoría hermenéutica del derecho*. Madrid: Dickinson, 2007.
- Yarza, Fernando. “El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales”. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 094, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Zafaroni, Eugenio. “La Pachamama y el ser Humano”. En Alberto Acosta y Esperanza Martínez. *La naturaleza con derechos, de la filosofía a la política*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011.

Normativa

- Constitución Política de la República Ecuador* [1998]. [Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000.
- Constitución de la República del Ecuador* [2008]. [Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, R.O. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial, Suplemento No. 544,09* de marzo de 2009.
- Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal, COIP, Registro Oficial, Suplemento No. 180*, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador: Ley de Gestión Ambiental, en Registro Oficial Suplemento 418 (Quito, 10 de septiembre de 2004) .
- Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial, Suplemento No. 395*, 04 de agosto de 2008.
- Ecuador, *Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento No. 100* de 14 de octubre de 2013.

Ecuador, Presidencia de la República, Texto Unificado de Legislación Secundaria de Medio Ambiente, Decreto Ejecutivo No. 3516, Registro Oficial Suplemento 2 (Quito, 31 de marzo de 2003) artículo sustituido por Acuerdo Ministerial No. 61, Registro Oficial Suplemento 316 (Quito, 04 de mayo de 2015)

Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial, Suplemento No. 588, 12 de mayo de 2009.

Ecuador, *Reglamento Ambiental de Actividades Mineras*, Registro Oficial Suplemento No. 231, 27 de marzo de 2014.

Ecuador: Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP, “Resolución INCOP No. 054-2011: Expedir normas relacionadas con las especificaciones técnicas, términos de referencia y el establecimiento de plazos y términos que forman parte de los pliegos para los procedimientos de contratación pública” 12 de noviembre de 2011.

Ecuador: Presidencia de la República, *Texto Unificado de Legislación Secundaria de Medio Ambiente*, Decreto Ejecutivo No. 3516, Registro Oficial Suplemento 2 (Quito, 31 de marzo de 2003) artículo sustituido por Acuerdo Ministerial No. 61, Registro Oficial Suplemento 316 (Quito, 04 de mayo de 2015)

Normativa internacional

Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano (1972)

Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible (2002).

Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y el Desarrollo Sustentable (1992).

Directiva 2004/18/CE de la Unión Europea, 31 de marzo de 2004.

España, *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Públicos*, Boletín Oficial del Estado, 04 de noviembre de 2011.

Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (1987).

Sentencias

Ecuador, Corte Constitucional, [Sentencia que admite parcialmente la acción extraordinaria de protección en contra del gobierno autónomo descentralizado

del Cantón Mera por daño ambiental], sentencia No. 293-15-SEP-CC, en el caso No. 0115-12-EP, 2 de septiembre de 2015.

Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, [Sentencia condenatoria en el caso del Comité Delfina Torres Viuda de Concha, contra Petroecuador, Petrocomercial, Petroindustrial y Petroproducción por daño ambiental en el recurso de casación No. 31 – 2002], en R.O. No. 43 de 19 de marzo de 2003.

Unión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, [sentencia que resuelve sobre la licitación que el ayuntamiento de Helsinki en Finlandia, hizo para la adjudicación de toda la red de autobuses urbanos de la ciudad] Sentencia de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/1999 – Concordia.

Fuentes electrónicas

Greenpeace Internacional. *La catástrofe de Chernóbil, consecuencias en la salud humana, resumen ejecutivo*. 2006. PDF. Consultado en:

<<http://www.greenpeace.org/espana/PageFiles/182800/la-catastrofe-de-chern-bil-con-2.pdf>>

Ortúzar, Florencia. *Derecho Ambiental Internacional, historia e hitos*, en Informe Anual de la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, 2015. Consultado en <<http://www.aida-americas.org/es/blog/el-derecho-internacional-ambiental-historia-e-hitos>>

Penna, Julio y Cristeche, Estela. *La valoración de los servicios ambientales: diferentes paradigmas*. Buenos Aires: Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria, Publicaciones Nacionales INTA, ISSN 1851-6955 No.2, 2008. Consultado en: <http://www.proyectoibera.org/centroibera/download/curso_conservacion/la_valoracion_de_servicios_ambientales.pdf>

Russo Roberto, *In dubio pro natura: un principio de precaución y prevención a favor de los recursos naturales*. San José de Costa Rica: Revista de la Universidad EARTH, 2009. Consultado en:

<[file:///C:/Users/CASA/Downloads/v5.1-07_Russo_Russo%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/CASA/Downloads/v5.1-07_Russo_Russo%20(2).pdf)>

Servicio Nacional De Contratación Pública. Presentación de Rendición de Cuentas, 2014. Consultado en: <http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/wp-content/uploads/2015/02/PRESENTACION_Rendicion-de-cuentas-2014.pdf>

