

Regulación ambiental y contratación pública

Camino hacia la sustentabilidad en Ecuador

José Jara Vásquez



Serie Magíster

Regulación ambiental y contratación pública

Camino hacia la sustentabilidad en Ecuador

José Jara Vásquez



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

Serie Magíster
Vol. 360

*Regulación ambiental y contratación pública:
Camino hacia la sustentabilidad en Ecuador*
José Jara Vásquez

Primera edición

Producción editorial: Jefatura de Publicaciones
Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Annamari de Piérola, jefa de Publicaciones
Shirma Guzmán P., asistente
Patricia Mirabá T., secretaria

Corrección de estilo: Gabriela Cañas
Diseño de la serie: Andrea Gómez y Rafael Castro
Impresión: Fausto Reinoso Ediciones
Tiraje: 90 ejemplares

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar,
Sede Ecuador: 978-9942-641-23-6
© Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Toledo N22-80
Quito, Ecuador
Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426
• www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

La versión original del texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión por pares, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Impreso en Ecuador, noviembre de 2023

Título original:
Regulación ambiental y contratación pública en el Ecuador

Tesis para la obtención del título de magíster en Derecho de la Contratación Pública
Autor: José Ernesto Jara Vásquez
Tutora: Eddy María De la Guerra Zúñiga
Código bibliográfico del Centro de Información: T-2178

CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS	7
INTRODUCCIÓN	9

Capítulo primero

LOS DERECHOS AMBIENTALES GARANTIZADOS

POR LA CRE	13
EL DERECHO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE SUPERVIVENCIA	14
ORIGEN Y PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL DERECHO AMBIENTAL	15
EL NUEVO PARADIGMA AMBIENTAL DE LA CRE	20
El <i>sumak kawsay</i> y su componente ambiental.....	22
Biocentrismo en lugar de antropocentrismo	22
La naturaleza como titular de derechos	23
DOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDISPENSABLES: AMBIENTE Y DAÑO AMBIENTAL	25
Definición jurídica de ambiente	25
Definición jurídica de daño ambiental.....	26
LOS DERECHOS AMBIENTALES RECONOCIDOS POR LA CRE	27
Los derechos de la naturaleza contenidos en los arts. 71 al 74 de la CRE	28
Los derechos ambientales subjetivos.....	32
Los derechos ambientales colectivos	33
EL DESARROLLO SUSTENTABLE COMO MARCO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS AMBIENTALES HUMANOS Y DE LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA	34
DIMENSIÓN AMBIENTAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	37
DESARROLLO Y ALCANCE DE LA CPV EN LA UNIÓN EUROPEA	38
La Directiva 2004/18/CE.....	38
Incorporación del componente ambiental en la contratación pública española.....	40
Puntos importantes de la Directiva 2004/18/CE	40
Repercusión social de la CPV en la UE	42
EL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DE DESARROLLO SUSTENTABLE.....	44

Capítulo segundo

LAS COMPRAS PÚBLICAS CON RESPONSABILIDAD

AMBIENTAL.....	47
EL MANDATO DEL ART. 288 DE LA CRE DETERMINA QUE LAS COMPRAS PÚBLICAS EN ECUADOR DEBEN CUMPLIR CON CRITERIOS DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL.....	47
INSUFICIENCIA DE NORMATIVA ESPECÍFICA QUE PERMITA APLICAR CORRECTAMENTE EL MANDATO DEL ART. 288 DE LA CRE.....	49
LAS GRAVES CONSECUENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y POLÍTICAS QUE GENERAN LOS VACÍOS NORMATIVOS DE ORDEN AMBIENTAL EN EL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	54
Consecuencias jurídicas por los vacíos normativos de orden ambiental en el sistema nacional de contratación pública.....	54
Consecuencias sociopolíticas por los vacíos normativos de orden ambiental en el sistema nacional de contratación pública.....	56
RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE DAÑOS AMBIENTALES CAUSADOS POR CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOMETIDOS A LA LOSNCP	58
Responsabilidad objetiva por daños ambientales.....	59
Responsabilidad civil por daño ambiental causado en contratos sometidos a la LOSNCP.....	61
Responsabilidad administrativa por daños ambientales causados en la ejecución de contratos sometidos a la LOSNCP	61
Responsabilidad penal por daños ambientales causados en la ejecución de contratos sometidos a la LOSNCP.....	62
Sujetos de responsabilidad por daño ambiental causado por contratos sometidos a la LOSNCP	64
Responsabilidad estatal de restauración de ecosistemas por daño ambiental	65

Capítulo tercero

APLICACIÓN NORMATIVA DEL NUEVO PARADIGMA

AMBIENTAL EN CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA67

EL COMPONENTE AMBIENTAL COMO INNOVACIÓN

INDISPENSABLE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

ECUATORIANA 67

Dificultades para introducir el componente ambiental

en la contratación pública 69

INTEGRACIÓN DEL COMPONENTE AMBIENTAL EN EL SISTEMA

NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA 71

El principio de responsabilidad ambiental

en la LOSNCP 71

Comprar solo lo necesario 72

La definición del objeto del contrato

con criterios de sustentabilidad 73

Preferencia para ofertas ambientalmente convenientes 75

Selección de contratistas 76

Cumplimiento de obligaciones ambientales

en la fase de ejecución de contratos públicos 77

Terminación unilateral del contrato

por daño ambiental 81

Liquidación ambiental del contrato 82

EL COMPONENTE AMBIENTAL COMO ELEMENTO

TRANSVERSAL JURÍDICO E IDEOLÓGICO DE LA

CONTRATACIÓN PÚBLICA 86

LAS REFORMAS A LA LOSNCP Y AL RGLOSNCP

COMO PRIMER MECANISMO PARA ALCANZAR

LA SUSTENTABILIDAD EN LAS COMPRAS PÚBLICAS 88

CONCLUSIONES 89

CONCLUSIÓN GENERAL 89

CONCLUSIONES ESPECÍFICAS 90

BIBLIOGRAFÍA 93

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por darme salud y concederme el privilegio de contar con el cariño de Elenita, mi madre ejemplar.

A mis queridos hermanos, María Elena y Ernesto Alfredo.

A mi hijo José Ernesto, y a mi hijo Ignacio Andrés, a quien la vida ha bendecido con Marcia, su maravillosa madre.

A mi padre Ernesto Jara Paredes (+), médico eminente, por haber sido modelo de estudio y verticalidad.

INTRODUCCIÓN

Uno de los mayores problemas del mundo contemporáneo es la degradación ambiental que amenaza con extinguir la vida en el planeta. Ante semejante escenario, las naciones del mundo han desarrollado respuestas jurídicas que buscan enfrentar esta catástrofe.

Ecuador, con la Constitución que nos rige desde el 20 de octubre de 2008, dio 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 República¹ (CRE) se materializa a través de una amplia gama de derechos ambientales humanos, subjetivos y colectivos, y mediante la potente innovación que representan los derechos de la naturaleza.

Estos derechos ambientales deben ser ejercidos en el marco del «desarrollo sustentable o sostenible» —ambos términos son equivalentes—² y representan la fórmula adoptada por el nuevo orden constitucional para establecer las relaciones entre economía y ambiente.

La contratación pública en Ecuador no cuenta con un marco jurídico suficiente que viabilice la concreción de los postulados ambientales

1 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

2 En esta obra se utilizarán los términos «desarrollo sustentable» o «desarrollo sostenible», respetando la denominación utilizada en la fuente de consulta.

constitucionales, lo que ha ocasionado que, aunque el art. 288 de la CRE disponga expresamente que las compras públicas en 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 CRE y en detrimento del modelo de desarrollo sustentable.

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

En ese orden de ideas, este trabajo propone un enfoque orientado a «ecologizar» las compras públicas al alinearse con la idea de que las obras, bienes y servicios que se contratan con dineros estatales no son una buena inversión si en su ejecución se vulneran los derechos ambientales protegidos por la CRE y el principio de sustentabilidad en el cual deben enmarcarse la productividad y el avance nacional.

Esta investigación se ha desarrollado de manera piramidal, partiendo de los postulados del derecho ambiental internacional, se ha incurrido 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 visión clara del nuevo paradigma ambiental que proyecta la CRE; 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 país y se han evidenciado los defectos jurídicos existentes, las consecuencias de orden civil, penal y administrativo que pueden derivarse de tal deficiencia y las secuelas negativas para la institucionalidad del país que arrastra dicha falencia.

El capítulo tercero 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 (LOSNCP)³ y al Reglamen-

3 Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395 Suplemento, 4 de agosto de 2008.

to General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (RGLOSNC⁴) que se proponen para todas las etapas contractuales, argumentando cada innovación desde el punto de vista jurídico y operacional.

Si bien es cierto que el primer paso para «ecologizar» la contratación pública ecuatoriana es la innovación normativa, no es menos cierto que esta medida debe ser asistida por la debida provisión de recursos económicos, técnicos y humanos que permitan el cambio de mentalidad en funcionarios estatales, contratistas y ciudadanía en general, para hacer posible que los postulados constitucionales de orden ambiental se materialicen en un quehacer cotidiano de las compras públicas ecuatorianas.

Así, el objetivo principal de este libro es difundir y promocionar el concepto de compras públicas sustentables, se espera que este modesto trabajo contribuya a su consolidación y aplicación habitual en la contratación pública ecuatoriana.

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 testigos mudos de la catástrofe ambiental cuyos efectos desastrosos se evidencian cada vez con mayor intensidad.

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

4 Ecuador, *Decreto Ejecutivo 458*, Registro Oficial 87, Segundo Suplemento, 20 de junio de 2022.

CAPÍTULO PRIMERO

LOS DERECHOS AMBIENTALES GARANTIZADOS POR LA CRE

Una de las alternativas para enfrentar la crisis ecológica es el apareamiento y desarrollo del derecho ambiental, fenómeno jurídico universal que, en Ecuador, a través de la CRE se ha reflejado en un nuevo paradigma materializado a través de un amplio catálogo de derechos y principios ambientales.

Para abordar el tema de los derechos ambientales reconocidos en la CRE es necesario un marco teórico que facilite su comprensión. Por eso es preciso comenzar con una visión general del derecho ambiental y sus más relevantes principios jurídicos, para luego ubicar los derechos ambientales del ser humano dentro de aquellos que la doctrina denomina como de «tercera generación».

En este capítulo se hace una descripción de los derechos ambientales reconocidos por la CRE, en relación con los principios universales del derecho ambiental y se expone en qué consiste su nuevo paradigma ambiental constitucional, consignando las definiciones jurídicas de medioambiente y daño ambiental antes de proceder al análisis de cada uno de los derechos en estudio.

Finalmente, se define al desarrollo sustentable como marco en el cual se deben ejercer los derechos ambientales y se justifica la dimensión

ambiental que debe tener la contratación pública y los contratos administrativos como instrumento de desarrollo sustentable.

EL DERECHO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE SUPERVIVENCIA

Las afectaciones al planeta causadas por el ser humano son un cúmulo de amenazas que están causando una catástrofe en la biósfera. Se pueden identificar varios problemas ambientales que desafían la vida en el planeta, entre los principales:

a) El calentamiento global producido por el efecto invernadero que es la retención en la atmósfera de irradiaciones térmicas que, al poder salir al espacio, producen recalentamiento de la atmósfera. Aunque tiene causas naturales, la principal es la emisión de gases como el anhídrido carbónico (CO_2), producido por consumo de combustibles fósiles; la emisión de metano (CH_4); óxido nitroso (NO_2), y ozono (O_3). 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.⁵

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.⁶

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.⁷

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

6 *Ibíd.*, 194.

7 *Ibíd.*, 195-6.

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 han convertido en desierto.⁸

Estas alteraciones ambientales tienen una incidencia biológica desastrosa y además ocasionan graves problemas sociales que atentan contra la paz como valor humano fundamental, pues es previsible que el hambre, las enfermedades y la pobreza, generadas por la crisis ambiental, causen 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.

ORIGEN Y PRINCIPIOS JURÍDICOS DEL DERECHO AMBIENTAL

El derecho ambiental moderno se origina a mediados del siglo XX y responde a la necesidad de frenar el deterioro ambiental reflejado en los alarmantes problemas mundiales enunciados.⁹

Al ser el derecho ambiental una respuesta a problemas globales, es comprensible que sus primeras manifestaciones surjan en foros internacionales. En ese contexto, de los numerosos instrumentos internacionales que han contribuido a la consolidación del derecho ambiental contemporáneo, por su importancia para el marco conceptual de este trabajo se han seleccionado tres: 1. la Declaración de Estocolmo (1972);¹⁰ 2. el Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (1987),¹¹ y la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y el Desarrollo Sustentable (1992).¹²

8 Ibid., 196-7.

9 Blanca Lozano, *Derecho ambiental administrativo*, 10.^a ed. (Madrid: Dykinson, 2009), 29-32.

10 ONU, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, «Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano», 16 de junio de 1972, A/CONF.48/14Rev.1.

11 ONU Asamblea General, «Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo», 4 de agosto de 1987, A/42/427.

12 ONU Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, «Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo», del 3 al 14 de junio de 1992. <https://www.un.org/es/conferences/environment/rio1992>.

En la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano se reconoció por primera vez el derecho humano a un medioambiente sano,¹³ antecedente de normativa constitucional como la ecuatoriana que en 1998 ya incorporó este derecho.

En el Informe de la Comisión Mundial sobre el 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 para lidiar con ellos, además se acuñó el concepto de «desarrollo sostenible» que se 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».¹⁴

Este concepto es importante para esta investigación porque traza los contornos de la fórmula que pretende armonizar el desarrollo con el respeto al ambiente y, además, porque es la posición adoptada por la CRE en la relación entre desarrollo y protección ambiental.

La Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, a través de sus 27 principios buscó consolidar definitivamente el objetivo del desarrollo sostenible.

En ella se establecieron principios básicos del derecho ambiental como, por ejemplo, el de las responsabilidades ambientales compartidas pero diferentes 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 medioambiente (principio 17).¹⁵

Los instrumentos internacionales referidos pertenecen a la categoría de instrumentos denominados *soft law*, «derecho blando» y, aunque no

13 Florencia Ortúzar, «Derecho ambiental internacional, historia e hitos», *AIDA*, 30 de marzo de 2020, párr. 7, <http://www.aida-americas.org/es/blog/el-derecho-internacional-ambiental-historia-e-hitos>.

14 Lozano, *Derecho administrativo ambiental*, 56.

15 *Ibíd.*, 58-9.

son vinculantes, han contribuido decisivamente a la construcción del derecho ambiental ecuatoriano.

A continuación, se explican brevemente los principios más importantes del derecho ambiental contemporáneo, de especial interés para el desarrollo de este trabajo, los cuales han sido reconocidos por la CRE.

a) Desarrollo sustentable. Este es el principio más importante del derecho del medioambiente¹⁶ y también la brújula constitucional que señala la ruta de las relaciones entre desarrollo y ambiente en Ecuador.

El principio de desarrollo sustentable comprende la combinación de los siguientes elementos: 1. integración de desarrollo económico y protección ambiental (principio de integración); 2. preservación de los recursos naturales para beneficio de las próximas generaciones (principio de equidad intergeneracional); 3. explotación de recursos naturales en forma sostenible (principio de uso sostenible), y 4. uso equitativo de los recursos.¹⁷

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 CRE, así claramente se expresa en el art. 3, num. 4 y en el art. 395, num. 1 de la CRE. 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 la segunda se establece la obligación del Estado de garantizar un modelo sustentable de desarrollo.

b) Principio precautelatorio. La finalidad de este principio es alcanzar un mínimo grado de seguridad ambiental, es 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

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

17 *Ibíd.*, 79.

18 Silvia Jaquenod de Zsögön, *Derecho ambiental*, 2.^a ed. (Madrid: Dykinson, 2004), 442.

El principio precautelatorio está consignado como el número 15 en la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo a través del siguiente texto: «Con el fin de proteger el medioambiente, 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 medioambiente». En la CRE este principio ha sido replicado en el art. 396, num. 1.

c) Quien contamina paga. Los costos de la contaminación deben asumirse por quien la cause sufragando 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 medioambiente, que tome en consideración los costes ambientales que conlleva la producción y consumo de bienes económicos, sin traspasar estos costos a la sociedad.¹⁹

La aplicación de este principio es sustancial 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 a ser más respetuoso con el ambiente y a utilizar técnicas ambientalmente amigables con el fin de reducir sus costos.

No es aceptable que los beneficios sociales generados por actividades productivas, aunque conlleven aparente desarrollo económico y bienestar para la comunidad, impliquen que el costo de la contaminación producida por tales actividades los asuma la misma comunidad.

Esta aclaración es necesaria porque es frecuente argumentar que las medidas de protección ambiental detienen el desarrollo al entorpecer la construcción de obras necesarias para el bienestar colectivo, lo cual es una falacia que en la práctica genera cargas ambientales injustas para la propia comunidad y beneficios injustificados 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 del art. 396 de la CRE: «Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de

19 Lozano, *Derecho ambiental administrativo*, 76.

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».

d) Principio de transversalidad. El art. 395, num. 2 de la CRE reconoce, entre los principios ambientales, la aplicación de políticas de gestión ambiental de manera transversal y obligatoria por parte del 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 art. 395, num. 4 de la 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 art. 11, num. 5 de la CRE determina que en materia de derechos y garantías constitucionales se deberá aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.

Las normas constitucionales evidencian 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 de terminación de los contratos, contempladas en el art. 94 de la 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 de la CRE declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la 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 surgen las preguntas: ¿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, num. 3 de la 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 derechos ambientales, es necesario introducir la variante ambiental en la contratación pública.

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

El art. 395, num. 3 de la 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.

Aspecto fundamental para materializar la participación en temas ambientales es la información continua y adecuada en todos los sectores sociales que pudieren verse afectados ambientalmente por cualquier proyecto.

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.²⁰

Para materializar este principio es necesario construir un repositorio de información ambiental puesto a disposición de la ciudadanía, pero el solo almacenamiento de datos accesibles a la población no basta, es preciso que se despierte su interés en participar activamente en la toma de decisiones. El Estado debe promocionar y facilitar la participación ciudadana en todos los ámbitos que puedan comprometer la integridad del ambiente y la vigencia de derechos ambientales, entre los cuales no puede faltar el de las compras públicas.

EL NUEVO PARADIGMA AMBIENTAL DE LA CRE

Una de las características prominentes de la CRE es constituir a la protección ambiental como uno de sus puntos cardinales, para cuyo

20 Jaquenod de Zsögön, *Derecho ambiental*, 279.

efecto el constituyente ha incluido numerosas disposiciones que abordan directa o indirectamente el tema ambiental, que desde el inicio del texto constitucional adquiere relevancia especial.²¹

En el preámbulo de la CRE se enuncian las características de la sociedad que se desea construir y se 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*».

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 posmoderno que se encarna en la CRE.²²

El nuevo orden constitucional, según Ramiro Ávila, se identifica por ser descolonizador, igualitarista y 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.²³

Resumiendo, sobre la base de la nueva convivencia ciudadana postulada por la CRE, se encuentra la idea de garantizar eficazmente los derechos de los más débiles que, en la relación entre ser humano y naturaleza, es esta última, y por eso, en art. 11, num. 9 de la CRE 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 de su art. 3, num. 1 de la CRE, que declara: «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

21 En una búsqueda temática realizada por el autor para la elaboración de este trabajo, se han detectado en la CRE 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.

22 Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador —UASB—E— / Abya-Yala, 2011), 91-3.

23 *Ibíd.*, 93-4.

educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes».

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 CRE le ha reconocido como titular de derechos y, con ello, una categoría jurídica superior a la de simple «cosa».

EL *SUMAK KAWSAY* Y SU COMPONENTE AMBIENTAL

El buen vivir, *sumak kawsay*, es el objetivo principal configurado por el constituyente y aunque en el texto constitucional no hay un concepto 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 Naturaleza.²⁴

Nótese que el expresidente 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 hacia una nueva concepción biocentrista que es la que informa los contenidos ambientales de la CRE.

BIOCENTRISMO EN LUGAR DE ANTROPOCENTRISMO

En esencia, el «biocentrismo» se fundamenta en la idea de que todo ser vivo debe ser tratado con consideración y respeto, pues todos los seres vivos comparten el mismo valor. La persona humana no es la única que puede reivindicar un trato preferente, pues se encuentra inmersa en un sistema más complejo que la contiene y del cual además depende. Los seres humanos no son más que una parte importante, pero parte al

24 Alberto Acosta, *Buen vivir. Sumak Kawsay: Una oportunidad para imaginar otros mundos* (Quito: Abya-Yala, 2012), 20.

fin de la naturaleza, y debe destacarse que la naturaleza puede existir sin la presencia humana, pero no al contrario.²⁵

La tesis biocéntrica que anima los contenidos ambientales de la CRE 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.

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.

LA NATURALEZA COMO TITULAR DE DERECHOS

La titularidad de los derechos de la naturaleza está reconocida en el art. 10, inciso segundo de la CRE, que claramente manifiesta: «La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución» y los artículos que corren del 71 al 74 de la CRE enuncian esos derechos.

La naturaleza como titular de derechos representa una de las innovaciones más profundas de la CRE porque desafía un principio tradicional del derecho occidental, en el cual solo los seres humanos pueden ser titulares de derechos.²⁶

Implica un modo distinto de entender la naturaleza a la cual se le ha dotado de los atributos jurídicos de dignidad, derecho subjetivo, capacidad e igualdad, concedidos tradicionalmente en forma exclusiva al ser

25 Jorge Benavides, «Prólogo», en *Derechos de la naturaleza: Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Julio Prieto Méndez (Quito: Corte Constitucional del Ecuador (CCE)/ Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional —CEDEC—, 2013), 15.

26 Ramiro Ávila, «Los derechos de la naturaleza: Fundamentos», en *Los derechos y sus garantías, ensayos críticos* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición —CCPT— / CEDEC, 2012), 116.

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 es un ser vivo organizado con fines propios y que, en consecuencia, no es únicamente un medio útil para el ser humano. El derecho subjetivo de la naturaleza se afina en su reconocimiento por norma expresa, que en este caso es nada menos que la Constitución. El atributo de capacidad jurídica tiene soporte en tanto es evidente que los derechos se pueden ejercer a través de representación legal o tutelada, que no enerva al derecho en sí mismo, como sucede con el tratamiento de las personas jurídicas, que al ser una ficción y no tener materialidad, tienen representación y protección jurídica. La igualdad significa que se reconoce la comparabilidad entre sujetos vivos, dentro de cuya categoría está la naturaleza.²⁷

El respeto a los derechos de la naturaleza implica un cambio de paradigma en cuanto a la existencia y titularidad de derechos al reconocer 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.

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

La naturaleza con derechos es un imperativo de justicia, porque resulta injusto 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 que generó el concepto de la naturaleza con derechos, lo cierto es que los derechos de la naturaleza están reconocidos en la CRE y por lo tanto deben respetarse en todos los ámbitos del quehacer nacional, especialmente en las actividades que implican participación estatal, pues el Estado es el primero llamado a respetar los derechos de la naturaleza y a impulsar su vigencia plena como garante de los derechos reconocidos por la CRE.

27 Ibid., 119-30.

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 art. 83, num. 6 de la CRE.

DOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDISPENSABLES: AMBIENTE Y DAÑO AMBIENTAL

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

DEFINICIÓN JURÍDICA DE AMBIENTE

Doctrinariamente se debate sobre el alcance jurídico de la expresión «ambiente» al reconocerse una posición que aboga por una cobertura restringida al entorno físico como conjunto de elementos naturales objeto de una protección jurídica específica y una noción amplia, que engloba el entorno cultural y social.

La legislación ecuatoriana se ha inclinado por la segunda posición. En el glosario de términos del Código Orgánico del Ambiente se define 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 socioeconómicas y socioculturales».²⁸

Esta aclaración es necesaria para comprender la dimensión de los derechos ambientales en la legislación ecuatoriana, que no se limita únicamente a proteger los componentes físicos de agua, aire, suelo y biodiversidad, sino que extiende su cobertura también a las relaciones socioeconómicas y socioculturales, de tal manera que, cuando el Estado contrate obras, bienes o servicios, debe hacerlo respetando esa integridad.

28 Ecuador, *Código Orgánico del Ambiente*, Registro Oficial Suplemento 983, 12 de abril de 2017, glosario de términos.

DEFINICIÓN JURÍDICA DE DAÑO AMBIENTAL

El Código Orgánico del Ambiente, en su glosario de términos define al daño ambiental así: «Toda alteración significativa que, por acción u omisión, produzca efectos adversos al ambiente y sus componentes, afecte las especies, así como la conservación y equilibrio de los ecosistemas. Comprenderán los daños no reparados o mal reparados y los demás que comprendan dicha alteración significativa».²⁹

Esta definición se limita a conceptualizar el daño ambiental sin vincularlo 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 y altera el cauce de un río, no necesariamente acarrea responsabilidades ambientales para el contratista que la construyó, así como este no tendría responsabilidad ambiental si el derrumbe se produce por obras anteriores no ejecutadas por él.

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 humo o ruido y, por omisión, cuando se descuidan los deberes específicos impuestos por la legislación correspondiente.³⁰ Sin la participación humana no pueden 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.³¹

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.³² Uno de los objetivos de este trabajo es proponer

29 Ibid.

30 Mosset, *Daño ambiental*, tomo I, 59.

31 Hutchinson, *Daño ambiental*, tomo II, 34.

32 Ibid., 36.

innovaciones en la contratación pública que eviten daños ambientales y, por consiguiente, la vulneración de derechos ambientales.

e) 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».³³

Cuando el daño ambiental es causado por el ser humano, existe, es antijurídico y relevante, y por tanto, 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 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 medioambiente.³⁴

Reducir las posibilidades de que se produzcan daños ambientales es una prioridad nacional de la cual no puede estar excluida la contratación pública.

LOS DERECHOS AMBIENTALES RECONOCIDOS POR LA CRE

Los derechos ambientales del ser humano 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.³⁵

Siguiendo esta línea doctrinal, la CRE 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 art. 14 de la CRE reconoce el derecho de toda la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. El art. 66, num. 27 de la CRE reconoce y garantiza a las personas

33 En la legislación ambiental ecuatoriana, el «daño permisible» se identifica como «límites permisibles», reconocido con esa denominación por el art. 161 del Código Orgánico del Ambiente.

34 Mejía, Henry, *Responsabilidad por daños al medioambiente* (San Salvador: Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, 2014), 152.

35 Juan Rodríguez, «Los derechos humanos y el medioambiente», *Dikaion, Revista de Fundamentación Jurídica* 20, n.º 15 (2006): 75.

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 el art. 57, num. 7 y 8 de la CRE y en sus arts. 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 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 esta, en razón de ser el espacio donde se reproduce y realiza la vida.³⁶

Para los fines de este trabajo se diferencian tres clases de derechos ambientales constitucionalmente protegidos: 1. derechos de la naturaleza; 2. derechos ambientales de los individuos, y 3. derechos ambientales de los colectivos.

LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA CONTENIDOS EN LOS ARTS. 71 AL 74 DE LA CRE

El constituyente consignó en los artículos que corren del 71 al 74 de la CRE una enumeración de derechos de los cuales la naturaleza es titular; para su identificación seguiremos los criterios de Antonio Salamanca y Alejandro Rosillo.³⁷

a) Derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos (art. 71 de la CRE). 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.³⁸

36 Julio Prieto Méndez, *Derechos de la naturaleza, fundamentos, contenido y exigibilidad jurisdiccional* (Quito: CCE / CEDEC, 2013), 90.

37 Antonio Salamanca y Alejandro Rosillo, *Derechos humanos de los pueblos y derechos de la naturaleza* (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2012).

38 Eugenio Zafaróni, «La Pachamama y el ser humano», en *La naturaleza con derechos: De la filosofía a la política*, comp. Alberto Acosta y Esperanza Martínez (Quito: Abya-Yala-Universidad Politécnica Salesiana, 2011), 76.

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 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 (art. 71 de la CRE).

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.³⁹

Esa «vecindad compartida» entraña la obligación y el derecho 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 (art. 71 de la CRE).

El tema ambiental es fundamentalmente un asunto de conciencia y comportamiento, necesitamos un cambio de mentalidad y en ese sentido es positivo que entre los derechos de la naturaleza se encuentre el derecho a que se propicie desde el Estado esa transformación, e incluso es 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.

d) Derecho a la restauración (art. 72 de la CRE). 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

39 Mosset, *Daño ambiental*, tomo I, 50.

naturaleza, corresponde a la situación del ecosistema antes de sufrir el daño ambiental.⁴⁰

Restaurar representa 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.

e) Derecho a que el Estado establezca mecanismos eficaces para alcanzar su restauración (art. 72 de la CRE).

Los mecanismos que prevé la Constitución para alcanzar la restauración de la naturaleza son cinco: 1. responsabilidad objetiva para daños ambientales (art. 396, inciso segundo de la CRE); 2. imprescriptibilidad de las acciones legales para perseguir y sancionar daños ambientales (art. 396, inciso final de la CRE); 3. principio *in dubia pro natura* (art. 395, num. 4 de la CRE); 4. inversión de la carga de la prueba (art. 397, num. 1 de la CRE), y 5. intervención estatal inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y restauración de los ecosistemas y repetición contra los causantes del daño ambiental (art. 397, inciso primero de la CRE).

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.

f) 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 (art. 72 de la CRE).

Las medidas a las que alude este derecho de la naturaleza son precautelatorias y restauradoras, las primeras se refieren a las políticas y medidas oportunas que evitan los impactos ambientales negativos cuya adopción le corresponde al Estado, conforme lo prescrito en el inciso primero del art. 396 de la CRE, y las segundas están relacionadas con los mecanismos enumerados en el punto e) que antecede.

g) Derecho a que el Estado aplique medidas de precaución y restricción para actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la

40 Eduardo Gudynas, *El mandato ecológico: Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución* (Quito: Abya-Yala, 2009), 44.

destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de ciclos naturales (art. 73 de la CRE).

Cuando se analiza el impacto ambiental de algún emprendimiento, se atiende a los efectos en el suelo, en el agua y en el aire, pero no siempre se incluye un estudio 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.⁴¹

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 entre agua, aire, suelo y elementos bióticos que pueden ser afectados por actividades humanas.

h) Derecho a que se prohíba la introducción de organismos y material orgánico o inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional (art. 73 de la CRE).

Los éxitos de la biotecnología moderna permiten modificar especies vegetales y animales que, introducidas en los ecosistemas, inciden directamente sobre su evolución natural,⁴² lo cual representa una alteración del componente biótico de la naturaleza y perjudica, de este modo, sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. La prohibición constitucional no se refiere únicamente a la introducción de organismos y material orgánico, sino también a materiales inorgánicos, es decir, sustancias químicas creadas artificialmente que puedan alterar la genética de plantas y animales que, una vez mutados, alteran el patrimonio genético nacional.

Este derecho de la naturaleza resulta aplicable en las compras públicas, por ejemplo, cuando el Estado adquiere fertilizantes y plaguicidas

41 Papa Francisco, «Carta Encíclica *Laudato Si'*, sobre el cuidado de la casa común» (Quito: Centro Salesiano de Publicaciones, 2015), 29, 30.

42 Martín Díaz, «Prólogo», en *Biotecnología, sociedad y derecho*, Rafael Pérez Miranda (Ciudad de México: Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2001), 7-8.

que deberían contar con las certificaciones que garanticen que no constituyen riesgo para el patrimonio genético nacional.

i) Derecho a beneficiar a las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades del ambiente y de las riquezas naturales que les permita el buen vivir (art. 74 de la CRE).

La práctica efectiva del desarrollo sostenible implica tomar medidas para erradicar la pobreza, y así lo reconoce la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (1992) que, 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».

No puede haber desarrollo sostenible 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.

j) Derecho a que los servicios ambientales no sean susceptibles de apropiación (art. 74 de la CRE).

Los servicios ambientales son el provecho, la utilidad o el beneficio que los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos de la naturaleza producen y que son utilizados y aprovechados por la población como una de las formas de gozar del derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, para alcanzar el buen vivir.⁴³

Este derecho de la naturaleza persigue evitar el monopolio de los servicios ambientales y su agotamiento en función del mercado, 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 de la CRE establece que la producción, prestación y aprovechamiento de los servicios ambientales serán regulados por el Estado.

LOS DERECHOS AMBIENTALES SUBJETIVOS

Entre los derechos de libertad consagrados para las personas en la CRE está el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente

43 Ecuador, *Código Orgánico del Ambiente*, glosario de términos.

equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza, consagrado en el art. 66, num. 27 de la CRE.

Doctrinariamente se debate 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.⁴⁴

Este trabajo sostiene que el derecho consagrado en el art. 66, num. 27 de la CRE es un derecho fundamental autónomo, que no demanda como requisito previo la lesión de otros derechos fundamentales. Esto porque el art. 11, num. 6 conceptúa a todos los derechos como inalienables, irrenunciables, interdependientes y de igual jerarquía, y además porque el derecho a un ambiente sano trasciende la ciencia jurídica convirtiéndose, en razón de la actual crisis ambiental, en imperativo de supervivencia.

Esta definición de derecho fundamental autónomo es importante por las consecuencias que implica. Siguiendo esta línea interpretativa, se deduce que toda persona puede invocar su derecho subjetivo a un ambiente sano frente a cualquier daño ambiental, aunque no afecte directamente su salud o integridad.

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

LOS DERECHOS AMBIENTALES COLECTIVOS

El primer derecho colectivo ambiental es el derecho de consulta previa reconocido por el art. 57, num. 7 de la CRE, 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.

44 Óscar Amaya, «La naturaleza jurídica del derecho a gozar de un ambiente sano en el derecho constitucional comparado», en *Lecturas sobre derecho del medioambiente*, varios autores, tomo IV (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 16-7.

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 art. 57, num. 8 de la CRE.

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

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 CRE para los seres humanos y de aquellos que tiene la naturaleza, no puede entenderse 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, num. 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, num. 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, num. 7), y se promueve el «consumo social y ambientalmente responsable» (art. 284, num. 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 art. 395, num. 1.⁴⁵

El art. 395, num. 1 de la CRE determina que el Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo y, de esta manera, traza la ruta que debemos seguir ciudadanos y Estado en las relaciones entre producción y ambiente. Las compras públicas no pueden estar fuera de este itinerario y en tal razón es imperativo establecer mecanismos adecuados que hagan posible una contratación pública sustentable en Ecuador.

45 Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: CCPT / CEDEC, 2012), 45.

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, num. 9 de la CRE determina que la política económica tiene como objetivo impulsar un consumo social y ambientalmente sustentable, haciéndose necesario primeramente definir lo que se debe entender con estos dos conceptos.

Es preciso 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, que dependan menos de los recursos finitos de la tierra y que están más en armonía con la capacidad del planeta.⁴⁶

El consumo sustentable implica un cambio en la dinámica de producción y consumo al mudar la mentalidad de los actores en orden a generar nuevos estilos de vida en los cuales se alcance otro ideal 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: 1. fomentar el reciclaje a nivel de procesamiento industrial y del consumidor; 2. reducir el material innecesario de envase y empaque; 3. fomentar la introducción de productos más racionales desde el punto de vista ecológico; 4. brindar asistencia a personas y familias para que adopten decisiones de compra ecológicamente racionales; 5. fijar precios ecológicamente racionales; 6. 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, y 7. fomentar y apoyar políticas educativas orientadas al consumo sustentable.⁴⁷

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: 1. organizarse en grupos de consumidores para apoyar sus estrategias y programas de educación y capacitación para el cambio en los patrones de producción

46 Luis Beltrán, *Consumo sustentable como derecho-obligación para disfrutar de un medioambiente sano* (Ciudad de México: Red Región y Sociedad, 2006), 192.

47 *Ibíd.*, 192-4.

y consumo; 2. efectuar reuniones públicas de reflexión acerca de los hábitos insostenibles de consumo que sirvan para promover debates nacionales al respecto; 3. realizar campañas para evitar el uso de productos dañinos o no reciclables; 4. presionar a los gobiernos para que tomen la iniciativa en estos temas; 5. apoyar y difundir las iniciativas públicas y privadas que se hagan al respecto; 6. apoyar a las organizaciones de consumidores para que realicen investigaciones acerca de los hábitos de consumo de la población; 7. denunciar los hechos que atenten contra el medioambiente desde la perspectiva del consumo, y 8. generar los mecanismos que permitan la promoción de sellos ambientales que cuenten con respaldo técnico y credibilidad social.⁴⁸

El consumo sostenible tiene una dimensión social que implica un cambio de la mentalidad colectiva que debe ser impulsado a nivel estatal y ciudadano.

Lograr esta transformación en los hábitos de producción y consumo es un objetivo constitucional difícil pero no imposible, al cual este trabajo pretende aportar desde el ámbito de la contratación pública, en el que se puede dar un gran paso en la construcción de hábitos sociales que lo vayan perfeccionando, con innovaciones normativas que lo regulen adecuadamente.

Es evidente que el buen vivir, *sumak kawsay*, no 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. 283 de la CRE, es necesario proyectar en todos los ámbitos del quehacer nacional el modelo de desarrollo sustentable conforme lo prescribe el art. 395, num. 1 de la CRE.

Tal modelo implica la construcción de una sociedad igualitaria, tanto social como internacionalmente, no consumista, en la cual la producción esté determinada principalmente por las necesidades sociales y no únicamente por la ganancia, con un cambio en el concepto de propiedad, atado al bienestar social y a la preservación de la naturaleza.⁴⁹

Así también, existen alternativas para caminar hacia la sustentabilidad, por ejemplo, en el área de vialidad, a través de la optimización de los espacios públicos de los ejes viales, considerando su morfología

48 Ibid., 194-5.

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

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 ciclistas y vías exclusivamente peatonales.⁵⁰

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

DIMENSIÓN AMBIENTAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Si es fin principal del Estado ecuatoriano la consecución del buen vivir, *sumak kawsay*, resulta imperativo que la contratación pública en el país apunte también a ese objetivo, imposible de conseguir sin la vigencia plena de los derechos ambientales que deben desarrollarse en un marco de sustentabilidad.

Es necesario que la contratación pública tenga una dimensión ambiental que le permita adaptarse al paradigma ambiental de la CRE, que en su art. 288 dice: «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».⁵¹

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

Debemos empezar a caminar hacia lo que en Europa se ha denominado «contratación pública verde» (CPV), es decir, la compra pública con marcado componente ambiental, y no únicamente por estar a tono con las corrientes jurídicas contemporáneas, sino fundamentalmente porque la dimensión ambiental de la CRE así lo exige. No se trata de

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

51 Énfasis añadido.

importar modas jurídicas, se trata de cumplir con la Constitución, en una actividad que en 2022 representó el 22,7 % del Presupuesto General del Estado, alcanzando la suma de 7698,1 millones de dólares.⁵²

DESARROLLO Y ALCANCE DE LA CPV EN LA UNIÓN EUROPEA

Es importante comenzar este apartado señalando que el derecho ambiental tiene en la Unión Europea (UE) una aplicación transversal de orden general y otra sectorial de orden específico.

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 de carácter específico, como las creadas con dedicatoria para proteger elementos particulares como agua, aire, espacios naturales, y aquellas que regulan problemas ambientales concretos, como tratamiento de residuos, sustancias tóxicas y suelos contaminados.⁵³

Al respecto, se analizará un segmento específico, el referente a las compras públicas. Esta referencia al derecho comparado 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 CPV es una subdivisión específica del derecho ambiental europeo que se concretó por primera vez a través de una norma bien determinada, la Directiva 2004/18/CE del 31 de marzo de 2004.⁵⁴

LA DIRECTIVA 2004/18/CE

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.

52 Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública, «Contratación Pública en cifras», *Servicio Nacional de Contratación Pública*, accedido el 11 de mayo de 2023, párr. 4, <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/contratacion-publica-en-cifras-2/>.

53 Lozano, *Derecho ambiental administrativo*, 40.

54 Parlamento Europeo y el Consejo, *Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios*, 31 de marzo de 2004, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-81002>.

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 resultados.⁵⁵

La Directiva 2004/18/CE, aprobada el 31 de marzo de 2004, es la norma comunitaria que justifica 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.⁵⁶ Sin embargo, es largo el camino que se ha recorrido antes que el Parlamento Europeo promulgara la directiva en cuestión.

La Comunidad Europea fue creada con el objetivo de establecer un mercado común que garantizara la libertad de comercio y competencia y este objetivo se transformó en un obstáculo ideológico para la implementación de la CPV, pues en principio se consideró que los requerimientos ambientales podrían 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 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 inician en 1973 con el primer Programa Ambiental de la Comunidad Europea y continúan hasta alcanzar el cuarto programa de esta naturaleza en 1987, en ninguno de los cuales hay una alusión directa a la incorporación de criterios ambientales en la contratación pública.⁵⁷

Este avance relativamente lento hacia la incorporación del componente ambiental en la contratación pública europea, a más del 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, argumento que seguramente se replicará en

55 Lozano, *Derecho ambiental administrativo*, 40.

56 Dionisio Fernández, «La integración de aspectos ambientales en la contratación pública», en *Derecho ambiental y transformaciones de la actividad de las administraciones públicas*, dir. Antoni Pigrau Solé (Madrid: Editorial Atalier, 2010), 136.

57 *Ibíd.*, 136-7.

la realidad contractual ecuatoriana al momento de introducir en ella decididamente el componente ambiental.

INCORPORACIÓN DEL COMPONENTE AMBIENTAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

La adopción directa de normativa ambiental en la contratación pública española se produjo con la expedición del denominado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP),⁵⁸ en el que se exigió la generalización y tipificación de la CPV que, aunque tardíamente, significó por parte de España la adopción de las exigencias de la Directiva 2004/18/CE ya referida.

En el caso español es importante resaltar que antes de que se produjeran las innovaciones normativas generales del TRLCSPP, el Ministerio del Medio Ambiente, tempranamente, en octubre 1997 a través de 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.⁵⁹

PUNTOS IMPORTANTES DE LA DIRECTIVA 2004/18/CE

En la UE el instrumento jurídico que desde el inicio avaló definitivamente la CPV es la Directiva 2004/18/CE, normativa que se comenta para evidenciar las disposiciones que propiciaron la implementación exitosa de la CPV en los países miembros de la Comunidad Europea.

En el considerando quinto de la directiva en comento, se establece que: «La presente Directiva clarifica de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medioambiente y al fomento del desarrollo sostenible al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación

58 España, *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, Boletín Oficial del Estado, 14 de noviembre de 2011.

59 Jorge Agudo, «Contratación pública e integración de la variable ambiental», en *Temas de derecho ambiental: Una mirada desde lo público*, eds. Gloria Amparo Rodríguez y Iván Andrés Páez (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012), 141-3.

calidad/precio». 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».

Los textos transcritos dan cuenta de dos importantes aspectos: informan sobre uno de los objetivos de la directiva 2004/18/CE, que es incorporar definitivamente el componente ambiental en la contratación pública comunitaria, y evidencian que uno de los fines fundamentales de la UE 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 medioambientales específicas para el bien, obra o servicio que se desee contratar abriendo, de esta manera, la posibilidad de incorporar componentes ambientales en el objeto del contrato.

El considerando cuadragésimo tercero incorpora el mandamiento de que debe evitarse la adjudicación de contratos cuando los operadores económicos hubieren incumplido la legislación nacional en materia de medioambiente y el considerando cuadragésimo cuarto determina la posibilidad de aplicación de medidas o sistemas de gestión medioambiental 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, 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 comentados determinan que en los contratos públicos de la UE la variable ambiental se puede aplicar en diferentes momentos y circunstancias contractuales: 1. al momento de definir el objeto del contrato a través de las especificaciones técnicas; 2. 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 3. durante la ejecución del contrato.

Estas tres posibilidades para desarrollar el tema ambiental en la contratación pública de la UE tienen su manifestación normativa en los arts. 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.

De los considerandos y de las normas referidas se infiere que, en la contratación pública de la UE, los criterios ambientales se podían incorporar antes y durante la ejecución de los contratos administrativos al amparo de la norma comunitaria comentada.

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

REPERCUSIÓN SOCIAL DE LA CPV EN LA UE

Según Jorge Agudo, las adquisiciones estatales por concepto de compras públicas representan anualmente alrededor del 16 % del PIB europeo.⁶⁰ 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.⁶¹

Uno de los objetivos que persigue la UE es fomentar el desarrollo sostenible, como claramente se determina en el considerando quinto de la Directiva 2004/18/CE, que por su importancia se transcribe: «(5) Según lo dispuesto en el art. 6 del Tratado, las exigencias de la protección del medioambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el art. 3 del Tratado, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible».

Sobre la base de estos antecedentes, resulta claro que la CPV en la UE es componente esencial de sus políticas públicas orientadas a fomentar el desarrollo sostenible. Corresponde ahora intentar algunas reflexiones sobre el éxito o fracaso de la CPV en Europa.

Sin duda, el primer éxito que se debe atribuir a la CPV en la UE es su inclusión en la normativa de los países miembros —como el caso de

60 *Ibíd.*, 113.

61 Julio González, «Prólogo al libro contratación pública verde», en *Contratación pública verde*, Juan José Pernas García (Madrid: La Ley, 2011), 23.

España— con articulados claros y bien definidos y, como consecuencia de ello, el importante desarrollo jurisprudencial que ha tenido la CPV en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJUE).

Los fallos sobre CPV son de singular importancia en la vida cotidiana de los ciudadanos, pues todo lo que suceda en el medioambiente afecta a todas las personas, todos los días.

Por ejemplo, en la sentencia dictada por el TJUE, de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/1999-Concordia,⁶² el 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 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 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.⁶³

La CPV puede generar 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.⁶⁴

En el Reino de España merece destacarse la implementación de directrices orientadas a efectivizar la CPV por parte de ayuntamientos y comunidades autónomas. En el Ayuntamiento de Madrid y en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha,

62 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 17 de septiembre de 2002 (Decisión prejudicial procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones), caso *Cordea Bus Finland Oy Ab vs. Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne, Luxemburgo*, 17 de septiembre de 2002, párr. 23, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0513&from=SK>.

63 José Pernas, *Contratación pública verde* (Madrid: La Ley, 2011), 283.

64 *Ibíd.*, 34.

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.⁶⁵

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.⁶⁶

La CPV en la UE ha significado un aporte para elevar el nivel de vida de sus habitantes, pero para que tenga efectiva vigencia se necesita que, además de la legislación apropiada, esta se desarrolle jurisprudencialmente y vaya acompañada de políticas públicas eficientes.

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 observa 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.

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DE 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».⁶⁷ Para que un contrato sea administrativo, una de las partes debe estar en ejercicio de la función administrativa, debe pertenecer al sector público.

65 *Ibíd.*, 69.

66 Agudo, *Contratación pública y variante ambiental*, 114.

67 Roberto Dromi, *Derecho administrativo* (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998), 345.

Cabe aclarar que, en el caso ecuatoriano, la LOSNCP en su art. 1, num. 7 y 8, 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 la función administrativa.

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.⁶⁸

La naturaleza de «contrato de adhesión» que tiene el contrato administrativo, faculta al Estado para definir en las cláusulas contractuales las obligaciones del contratista y 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 mecanismos idóneos para garantizar la vigencia de derechos ambientales en un marco de sostenibilidad 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 sostenibilidad en la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios.

Se puede argumentar que la explicitación de cláusulas ambientales en los contratos administrativos y su correcta aplicación se pueden obviar en razón del mandamiento constitucional contenido en el art. 426 de la CRE, que determina que todas las autoridades están sujetas a la Constitución y que sus preceptos serán de directa e inmediata aplicación.

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 art. 288 de la 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

68 Roberto Dromi, *Manual de derecho administrativo*, tomo I (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987), 236.

considera a la ley formal como único factor creador del derecho que lo abarca en su totalidad.⁶⁹

Tal apreciación toma mayor fuerza si se considera el origen del derecho administrativo que nos rige, que como lo señala Marco Morales, 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 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.⁷⁰

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

Además, 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.⁷¹

El modelo estatal ecuatoriano sustentable de desarrollo en el cual se deben respetar los derechos ambientales; en consecuencia, los contratos administrativos deben constituirse en herramienta para consolidarlo y para garantizar la plena vigencia de los derechos ambientales humanos y de los derechos de la naturaleza reconocidos por la CRE, lo contrario sería propiciar desde el mismo Estado actividades contrarias a sus fines y violatorias de derechos.

Destaca que en un sistema de fuerte influencia positivista como el nuestro, los contratos administrativos, su contenido y ejecución se rigen en la práctica por el texto del mismo contrato, cuyas cláusulas tienen origen en la normativa especial, que en el caso de la contratación pública ecuatoriana es deficiente en materia ambiental. En el segundo capítulo se tratará esta falencia normativa y sus consecuencias.

69 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.

70 Marco Morales, *Manual de derecho administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 1-5.

71 Dromi, *Derecho administrativo*, 341.

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS COMPRAS PÚBLICAS CON RESPONSABILIDAD AMBIENTAL

En este capítulo se analiza el significado y alcance del mandamiento contenido en el art. 288 de la CRE, que en su parte pertinente dispone que las compras públicas cumplan con criterios de responsabilidad ambiental, se habla sobre la normativa general de orden ambiental que se debe observar actualmente en la contratación pública ecuatoriana y se argumenta sobre la necesidad de aplicar, a través de normativa específica, este mandato constitucional. Se explica por qué la falencia de normativa ambiental específica constituye una debilidad del sistema nacional de contratación pública y cuáles son las consecuencias que genera tanto desde el punto de vista jurídico como en el ámbito social y político. Finalmente, se aborda 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.

EL MANDATO DEL ART. 288 DE LA CRE DETERMINA QUE LAS COMPRAS PÚBLICAS EN ECUADOR DEBEN CUMPLIR CON CRITERIOS DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL

Para iniciar correctamente el análisis del mandato constitucional contenido en el art. 288 de la CRE, hay que precisar que esta norma se

encuentra dentro del título VI de la CRE 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 aporta el primer indicio de la naturaleza y alcance de la norma estudiada, que se encuentra allí como parte del modelo económico que propugna la CRE 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 Trujillo,⁷² se esclarece en qué consiste el sistema económico, social y solidario postulado por el art. 283 de la CRE y se profundiza en los principios que sustentan tal sistema. 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 esta debe ser respetada en sus derechos.⁷³

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 respeto a los derechos ambientales humanos individuales y colectivos.

Sin embargo, según 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, num. 2 de la CRE) o

72 Agustín Grijalva y Julio César Trujillo, «El fundamento constitucional de la nueva economía», en *Constitucionalismo en Ecuador*, Agustín Grijalva (Quito: CCPT / CEDEC, 2012), 35-48.

73 *Ibíd.*, 42.

mantener la estabilidad económica entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo (art. 284, num. 7 de la CRE).

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, num. 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».⁷⁴

La contratación pública es una actividad de enorme importancia económica en el país, 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.⁷⁵ Por lo tanto, las compras públicas en Ecuador no solo deben respetar los derechos ambientales, sino constituirse en instrumento de política ambiental.

El mandato de que las compras públicas cumplan con criterios de responsabilidad ambiental tiene especial relevancia porque puede contribuir a que la economía nacional y su sistema productivo se enmarquen en el ideal constitucional de desarrollo sustentable, desde un ámbito que en 2022 representó casi una cuarta parte del presupuesto general del Estado.

INSUFICIENCIA DE NORMATIVA ESPECÍFICA QUE PERMITA APLICAR CORRECTAMENTE EL MANDATO DEL ART. 288 DE LA CRE

Como se ha argumentado, el mandato ambiental del art. 288 de la 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, el RGLOSNCPE y las numerosas resoluciones codificadas que el Servicio Nacional de

74 Ibid., 42-3.

75 Pernas, *Contratación pública verde*, 27.

Contratación Pública (SERCOP) ha dictado, carecen de normativa suficiente en materia ambiental.⁷⁶

Tal deficiencia se puede explicar porque la LOSNCP fue promulgada en agosto de 2008, es decir, casi tres meses antes de la vigencia de la CRE, el 20 de octubre del mismo año, deficiencia normativa apreciable fácilmente al escrutar todo el articulado de la LOSNCP, en el cual no se encuentra una sola norma que haga alusión directa al tema de contratación pública y ambiente.

El Código Orgánico del Ambiente y el Reglamento al Código Orgánico del Ambiente contienen disposiciones específicas que se refieren a las compras públicas que por su importancia para este trabajo merecen transcribirse:

Art. 246.- Compras públicas sustentables. La Autoridad Ambiental Nacional, en coordinación con la entidad rectora de compras públicas y demás autoridades competentes, deberán armonizar e implementar criterios ambientales en los procedimientos de compras públicas, con el fin de fomentar la transacción de bienes, servicios y obras enmarcados en el desarrollo sostenible, así como los mecanismos que permitan la protección de la naturaleza.⁷⁷

Art. 364.- Compras públicas responsables. - Todos los pliegos de contratación de obras públicas o de bienes y servicios, así como órdenes de compra u otros instrumentos que determinen la necesidad de compra de madera o productos forestales, deberán incluir como un requerimiento la presentación de certificado de procedencia legal acompañado de los títulos habilitantes para el aprovechamiento y movilización; o el documento que avale la certificación forestal voluntaria.

Los criterios de calificación de las ofertas deberán incluir variables que no necesariamente prefieran el menor precio, y que promuevan la adquisición de productos forestales provenientes de manejo forestal sostenible.

La Autoridad Ambiental Nacional, en coordinación con la entidad rectora de compras públicas, elaborará los lineamientos de política ambiental para las entidades públicas a fin que incorporen en los procesos de contratación

76 El nuevo RGLOSNCOP incorpora normativa insuficiente y además meramente facultativa referente a la sostenibilidad ambiental de las compras públicas. En esta obra se plantea incorporar normativa en la LOSNCP y su reglamento, que permita una verdadera transformación de sustentabilidad en las compras públicas en Ecuador, ajustándose así al paradigma ambiental de la Constitución vigente.

77 Ecuador, *Código Orgánico del Ambiente*, Registro Oficial Suplemento 983, 12 de abril de 2017.

pública mecanismos, instrumentos y procedimientos que garanticen la procedencia legal de la madera.⁷⁸

Del texto del art. 246 del Código Orgánico del Ambiente se pueden sacar dos conclusiones: 1. el legislador está consciente de la necesidad de implementar una contratación pública sostenible en Ecuador, y 2. el mecanismo que se prevé para dicho efecto es la cooperación interinstitucional entre la Autoridad Ambiental Nacional, el SERCOP y todas las autoridades involucradas en el tema de contratación pública, para implementar criterios ambientales en los procedimientos de compras públicas, con el fin de fomentar la transacción de bienes, servicios y obras enmarcados en el desarrollo sostenible, así como los mecanismos que permitan la protección de la naturaleza.

En la práctica, esta es una norma meramente declarativa que no ha tenido la incidencia esperada en la contratación pública ecuatoriana, en primer lugar, porque no se ha dado la cooperación interinstitucional demandada y, en segundo término, porque no se han generado los instrumentos jurídicos para conseguir el objetivo final perseguido por el legislador, que es el de fomentar la transacción de bienes, servicios y obras enmarcados en el desarrollo sostenible, así como los mecanismos que permitan la protección de la naturaleza.

En cuanto al texto del art. 364 del Reglamento al Código Orgánico del Ambiente, es necesario señalar que esta norma sí es específica y operativa, pero se restringe únicamente al ámbito de la utilización de madera en las obras ejecutadas mediante contratos sometidos al Sistema Nacional de Contratación Pública.

Un avance importante en el camino de consolidación de una contratación pública sustentable está contenido en los arts. 87, 255, y 303 del RGLOSNCPC que a continuación se transcriben:

Art.87.- Criterios adicionales de evaluación de las ofertas. - Entre los criterios de evaluación que podrán ser utilizados por las entidades contratantes como susceptibles de puntaje adicional, de conformidad con la naturaleza del objeto de la contratación y la normativa que expida el Servicio Nacional de Contratación Pública, se encuentran: [...] b) Criterios de sostenibilidad ambiental: procuran la contratación de bienes, obras y servicios

78 Ecuador, *Decreto Ejecutivo 752*, Registro Oficial 507, Suplemento, 12 de junio de 2019, art. 364.

que generen el menor impacto ambiental a lo largo de todo el ciclo de vida o que generen un impacto ambiental positivo mediante su proceso de producción.

Art. 255.- Condiciones especiales de ejecución del contrato.- El Servicio Nacional de Contratación Pública, a través de la normativa expedida para el efecto, podrá establecer en los modelos de pliegos, condiciones especiales en relación con la ejecución de los contratos llevados a cabo por las entidades contratantes, siempre que sean compatibles con los derechos previstos en la CRE del Ecuador, con los principios rectores del Sistema Nacional de Contratación Pública, y con objetivos prioritarios del Estado en materia de contratación pública.

Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o social, con el fin de promover el empleo de personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria, eliminar desigualdades de género, combatir el desempleo, favorecer el trabajo local, u otras finalidades que promuevan un desarrollo sustentable conforme lo prescrito en los arts. 278, 284, y 395 de la CRE del Ecuador.

Art. 303.- Atribuciones del administrador del contrato.- Son funciones del administrador del contrato u orden de compra las siguientes: [...] 13. Verificar de acuerdo con la naturaleza del objeto de contratación, que el contratista disponga de todos los permisos y autorizaciones para el ejercicio de su actividad, en cumplimiento de la legislación ambiental, seguridad industrial y salud ocupacional, legislación laboral, y aquellos términos o condiciones adicionales que se hayan establecido en el contrato.

El art. 87, lit. b) del RGLOSNCPP establece una posibilidad discrecional para introducir la variante ambiental como alternativa adicional de la evaluación de las ofertas. Al ser discrecional, no se torna obligatorio para la entidad contratante y en la práctica, si no existe normativa adicional que la respalde, lo más probable es que la discrecionalidad se transforme en omisión, pues la fuerte influencia positivista que gravita sobre nuestro sistema jurídico hace previsible que, si no hay normas puntuales que especifiquen cómo aplicar los criterios de sostenibilidad ambiental en la evaluación adicional de las ofertas, simplemente no se tome en cuenta esta norma.

El art. 255 del RGLOSNCPP está supeditado en cuanto a la ejecución ambiental del contrato a la introducción de la variable ambiental, por parte del SERCOP, en los modelos de pliegos del contrato, lo cual representa únicamente una posibilidad sometida a la discrecionalidad del ente rector de la contratación pública en Ecuador.

El art. 303 del RGLOSNCNP solamente establece la capacidad del administrador del contrato de verificar el cumplimiento de permisos ambientales por parte del contratista, lo cual no representa una verdadera garantía ambiental en la etapa de ejecución pues, 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.

La contratación pública es un área que, por su complejidad, especificidad e importancia económica y ambiental, demanda un régimen ambiental especial acorde con esas particularidades, y que introduzca la variable ambiental en toda la legislación especial que rige las compras públicas, empezando por la LOSNCNP y no solo en su reglamento o en las resoluciones dictadas por el SERCOP.

El fomento de la «contratación pública sustentable» es importante para 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.⁷⁹

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

Art. 7.- Sistema Nacional de Contratación Pública SNCNP.- El Sistema Nacional de Contratación Pública 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 SNCNP las entidades sujetas al ámbito de esta Ley.

Este trabajo sostiene que el sistema de contratación pública ecuatoriano, como conjunto de reglas y principios, cuyo límite identificable es su normativa específica, está incompleto, le falta desarrollar el

79 Fernández, «La integración de aspectos medioambientales en la Contratación Pública», 125-6.

componente ambiental y, en consecuencia, los resultados que genera son también incompletos y, lo más grave, pueden lesionar derechos constitucionales.

Es necesario destacar que la insuficiencia normativa no se puede remediar vía resolución administrativa del SERCOP, pues es contrario al derecho que los principios de la LOSNCP cobren vigor a través de una norma inferior como es una resolución administrativa.⁸⁰

En cuanto a los procedimientos y mecanismos necesarios para efectivizar los mandatos constitucionales que aseguren la sustentabilidad en la contratación pública ecuatoriana, estos pueden implementarse, en ciertos casos, a través de reglamento pero ello no es posible si no existen en la ley contenidos sustantivos para reglamentar.

Lo lógico es 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 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.

LAS GRAVES CONSECUENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y POLÍTICAS QUE GENERAN LOS VACÍOS NORMATIVOS DE ORDEN AMBIENTAL EN EL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

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 sociopolítico y, en ambos casos, la incidencia sobre la vida de los ciudadanos es considerable.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS POR LOS VACÍOS NORMATIVOS DE ORDEN AMBIENTAL EN EL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Para evidenciar estas consecuencias utilizaremos los cinco niveles de racionalidad que, según Manuel Atienza, pueden servir para evaluar

80 Los principios para la aplicación LOSNCP constan en su art. 4, y entre ellos no aparece ninguno referente a la responsabilidad ambiental, siendo esta la primera norma cuya reforma se propone en este trabajo.

una legislación, estos son: a) racionalidad lingüística, en cuanto el legislador debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje al receptor; b) racionalidad jurídico-formal, pues la nueva ley debe insertarse armónicamente en un sistema jurídico; c) racionalidad pragmática, pues la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo prescrito en la ley; d). racionalidad teleológica, en cuanto la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos, y e) racionalidad ética, pues las conductas prescritas y los fines de las leyes deben presuponer valores éticamente justificables.⁸¹

a) Racionalidad lingüística. En la LOSNCP simplemente se ha obviado el tema ambiental, no hay textos sobre cuya claridad o precisión se pueda comentar y, en consecuencia, no existe mensaje ambiental que se transmita a los funcionarios públicos, a los contratistas y a la ciudadanía.

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 CRE, que tiene a la protección de la naturaleza y de los derechos ambientales como puntos cardinales.

c) Racionalidad pragmática. Es 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, invertir parte de sus ganancias en protección ambiental o mudar de paradigmas depredadores a conductas ambientalmente sustentables.

Para conseguir estos cambios hace falta normativa ambiental específica que tome cuerpo en los contratos administrativos y que permita a los funcionarios públicos hacer un seguimiento serio de las obligaciones ambientales de los contratistas, a fin de evitar que la disposición constitucional de que las compras públicas en Ecuador se efectúen con criterios de responsabilidad ambiental, se vuelva ineficaz.

d) Racionalidad teleológica. El fin social fundamental perseguido en la CRE es el buen vivir, *sumak kawsay* que, como se argumentó en

81 Manuel Atienza, «Contribuciones para una teoría de la legislación», en *Elementos de Técnica Legislativa*, coord. Miguel Carbonell y Susana Pedroza (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004), 19-38.

el capítulo primero, está ligado a la protección de los derechos ambientales; en tal razón, resulta una omisión grave que entre los principios contenidos en el art. 4 de la LOSNCP no conste el de la responsabilidad ambiental.

e) Racionalidad ética. En el mundo contemporáneo pocos fines pueden alcanzar el nivel de justificación ética que tiene la defensa del ambiente, pues al proteger a la naturaleza no solo protegemos nuestra propia existencia, sino la de las generaciones futuras y la de las otras especies.

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.

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

Esta es una consecuencia jurídica 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: 1. vulneración de derechos ambientales constitucionales y, 2. responsabilidades tanto para el Estado, como para los contratistas.

CONSECUENCIAS SOCIOPOLÍTICAS POR LOS VACÍOS NORMATIVOS DE ORDEN AMBIENTAL EN EL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La falta de una normativa especial suficiente 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: 1. la ideología que sustenta y justifica el sistema normativo ecuatoriano; 2. el sistema normativo en sí mismo, y 3. la estructura que se genera con el objeto de aplicar el sistema normativo. Para que exista institucionalidad, los tres elementos 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.⁸²

Como 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 CRE toma forma a través de los derechos ambientales, constituyéndose 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 movilizándolo al señalar que uno de los 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.⁸³

Si la ideología que sustenta la CRE está orientada a consagrar los derechos humanos 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 Ecuador con criterios de responsabilidad ambiental; por lo tanto, si no hay una normativa adecuada que, en la práctica, preste mecanismos de aplicación idóneos para tal mandato constitucional, existe una fractura de los componentes ideológicos y normativos de la institucionalidad del Estado.

Los órganos que conforman la estructura estatal deben ser la materialización del derecho, encargándose además de su aplicación. Si no hay derecho apropiado, la misión ejecutora de la estructura estatal se torna deficiente o nula, como ocurre en el caso del control ambiental que se debería ejercer en las actividades derivadas de la contratación pública ecuatoriana.

82 Ramiro Ávila, «Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de derechos humanos», en *Aportes Andinos* n.º 23 (2008), párr. 2, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1033/1/RAA-23-%c3%81vila-Retos%20de%20una%20nueva%20institucionalidad%20estatal.pdf>.

83 *Ibíd.*, párr. 6.

Queda explicado cómo 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 señalar 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.

RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE DAÑOS AMBIENTALES CAUSADOS POR CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOMETIDOS A LA LOSNCP

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

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

RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR DAÑOS AMBIENTALES

El inciso segundo del art. 396 de la CRE comienza con la siguiente declaración: «La responsabilidad por daños ambientales es objetiva».

Para explicar el contenido y alcance de este mandato constitucional se utiliza 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.⁸⁴

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 doscientas 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 del 1 de octubre de 1997 y por la ruptura del oleoducto y poliducto del 26 de febrero de 1998, que contaminó las aguas y las riberas de los indicados ríos 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 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.

84 Ecuador Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, «Sentencia», en el expediente de casación 229-2002, 29 de octubre de 2002.

De esta manera, los magistrados en su fallo definen la responsabilidad objetiva y la CRE, 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.

Por esta razón, 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 el daño causado, a través de la ejecución de obras de infraestructura para beneficio comunitario.

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 debe establecer una relación de causa y 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.⁸⁵

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 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.

85 Comisión Europea, *Libro blanco sobre responsabilidad ambiental* (Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de la Comunidad Europea, 2000), 12, <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0066:FIN:ES:PDF>

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL CAUSADO EN CONTRATOS SOMETIDOS A LA LOSNCP

El art. 396 de la CRE 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.

En el caso ecuatoriano, las obligaciones civiles de hacer consisten en restaurar los ecosistemas afectados y tienen su fundamento en el derecho de la naturaleza a la restauración, consagrado en el art. 72 de la CRE, del cual nos hemos ocupado en el capítulo primero de este trabajo.

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR DAÑOS AMBIENTALES CAUSADOS EN LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS SOMETIDOS A LA LOSNCP

El inciso primero del art. 396 de la CRE dice: «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».

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

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 (COIP) que a continuación se comentarán.⁸⁶

Art. 251.- Delitos contra el agua.- La persona que, contraviniendo la normativa vigente, contamine, deseque 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 del COIP y es necesario comentarla por dos razones: primero, porque, como es de conocimiento público, a nivel mundial la provisión de agua es un recurso muy valorado que amerita protección especial, y, segundo, porque las conductas descritas en la norma comentada son comunes y en la ejecución de obras públicas pueden ser muy frecuentes.

Los verbos rectores o acciones castigadas de tipo penal son: contaminar, desecar, alterar y realizar descargas. Es frecuente que el material para construcción de obras públicas, especialmente de carreteras, se extraiga de los ríos, que en ocasiones altera su cauce y disminuye su caudal por la utilización del agua necesaria para la construcción, se debe señalar, además, que el río suele 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: 1. si el daño se produjo en

86 Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180 Suplemento, 10 de febrero de 2014, arts. 251, 252, 253 y 255.

áreas protegidas; 2. si se produjo por ánimo de lucro, como es el caso de la ejecución de obras públicas por parte de contratistas, y 3. si las consecuencias son extensas y permanentes.

Art. 252.- Delitos contra el 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 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 al construir 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 también es aplicable la agravante de ser una infracción perpetrada con ánimo de lucro.

Art. 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.

Art. 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.

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 art. 255 del COIP, lo cual demuestra una inconsistencia que justifica la introducción de la variable ambiental en la contratación pública a través de normativa más eficiente.

SUJETOS DE RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL CAUSADO POR CONTRATOS SOMETIDOS A LA LOSNCP

Existen tres 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 ejerce la administración pública, son las faltas de servicio por funcionamiento deficiente de un servicio público. Se imputan omisiones o déficits al 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.⁸⁷

87 Mosset, *Daño ambiental*, tomo I, 65.

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.

RESPONSABILIDAD ESTATAL DE RESTAURACIÓN DE ECOSISTEMAS POR DAÑO AMBIENTAL

El primer inciso del art. 397 de la 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 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 ejecutados mediante contratos administrativos que hubieren causado daño ambiental, se debe 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 CRE 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.

Es necesario encontrar los mecanismos para que en el sistema nacional de contratación pública ecuatoriano los mandatos ambientales reconocidos en la CRE tengan plena vigencia, y para reducir las posibilidades de que a través de las compras públicas en Ecuador se violen derechos ambientales. A proponer esos mecanismos se dedicará el capítulo siguiente.

CAPÍTULO TERCERO

APLICACIÓN NORMATIVA DEL NUEVO PARADIGMA AMBIENTAL EN CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA

En los capítulos anteriores se consignó una visión clara del nuevo paradigma ambiental diseñado por la CRE y se discernió sobre los defectos que el sistema nacional de contratación pública tiene en relación con los postulados constitucionales de orden ambiental, y se evidenció las consecuencias y responsabilidades que se pueden derivar de esta falencia.

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

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).⁸⁸

Para el autor citado, los contratos públicos no son únicamente acuerdos entre el Estado y los contratistas, sino que tienen un protagonismo y repercusión social que se manifiesta a través de la justicia distributiva rebasando la bilateralidad clásica 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 descrito 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.⁸⁹

La inclusión del componente ambiental en la contratación pública no obedece solamente a un imperativo de armonía con la CRE —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

88 Roberto Dromi, *Ecuaciones de los contratos públicos*, 2.^a ed. (Madrid: Ciudad Argentina Hispana Libros, 2008), 12.

89 *Ibíd.*

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».

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 analizan.

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) Dificultades 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, como 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) Dificultades 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.

Como se justificó 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 CRE, 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 al implantarla. 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.⁹⁰

La compra sustentable en principio puede aparecer como un factor encarecedor, 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. La carencia de contenidos ambientales significa un claro rompimiento de la armonía y sistematicidad que la normativa nacional debe guardar con la CRE, que tiene a la protección de la naturaleza y de los derechos ambientales como uno de sus puntos cardinales.

c) Dificultades de orden administrativo. 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.⁹¹

Esto debido a que es necesario mayor capacidad de decisión técnica ambiental para valorar las ofertas y personal capacitado para ese efecto; sin embargo, en esta investigación 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.

90 Pernas, *Contratación pública verde*, 32.

91 *Ibíd.*, 30.

INTEGRACIÓN DEL COMPONENTE AMBIENTAL EN EL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El art. 7 de la LOSNCP define al sistema nacional de contratación pública 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 sistema nacional de contratación pública exige introducir este concepto en todos los elementos del sistema, respetando su estructura, pero innovando, cuando sea necesario, los principios, normas, procedimientos y mecanismos recogidos por la legislación especial que rige la contratación pública en 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 al personal especializado en materia ambiental que actúe eficientemente en las diferentes instancias administrativas en las cuales se planifica, administra y ejecuta las contrataciones estatales.

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.⁹²

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 sistema nacional de contratación pública, 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

92 Enrique Díaz y Aníbal Rodríguez, *Contratos administrativos en Chile: Principios y bases* (Santiago de Chile: RIL editores, 2016), 54.

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 RGLOSNC-CP y en las resoluciones que dicte el SERCOP, a la vez que facilitaría 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 CRE.

COMPRAR SOLO LO NECESARIO

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.

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.

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, reemplazar la propaganda impresa por la difusión de información electrónica.⁹³

93 Pernas, *Contratación pública verde*, 66.

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 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», y el art. 44 del actual RGLOS NAP, textualmente dispone:

Art. 44 Determinación de la necesidad.- La determinación de la necesidad incorporará un análisis de beneficio, eficiencia o efectividad, considerando la necesidad y la capacidad institucional instalada, lo cual se plasmará en el informe de necesidad de contratación, que será elaborado por la unidad requirente, previo a iniciar un procedimiento de contratación.

Esta norma reglamentaria es muy importante y, para evitar discrecionalidades que la distorsionen, se debería emitir por parte del SER-COP normativa secundaria que regule el contenido y alcance de los informes a los que se refiere el artículo transcrito, enfatizando en parámetros que garanticen la absoluta necesidad de la contratación.

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 técnicas y ambientales del objeto del contrato, y el segundo, funcional, determina los efectos ambientales que se desea obtener del objeto de la contratación.⁹⁴

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.

94 *Ibíd.*, 65, 66.

En ese sentido, es necesario difundir y aplicar en todas las entidades contratantes el contenido del art. 364 del Reglamento al Código Orgánico del Ambiente que dispone que en las compras públicas se garantice la procedencia legal de la madera, a través de los mecanismos previstos para el efecto en esta norma ya comentada.

Otro ejemplo es 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 deben tomar en cuenta los criterios de funcionalidad ambiental, por 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.

Estos mecanismos en la práctica se pueden implementar a través de la elaboración de pliegos que contengan especificaciones técnicas ambientalmente convenientes para la contratación, 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, tanto en la fase contractual como en la de ejecución del contrato.

El art. 55 del actual RGLOSNCOP se refiere a la elaboración de pliegos al determinar que serán elaborados por la entidad contratante observando los modelos elaborados por el SERCOP y determinando en su tercer inciso que los pliegos establecerán las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios de la obra a ejecutar, el bien por adquirir o el servicio por contratar y todos sus costos asociados, presentes y futuros.

En ninguna parte la norma se refiere a la calidad ambiental que debe tener la contratación. En este estudio se sostiene que en el art. 55 del RGLOSNCOP es conveniente adicionar en el tercer inciso el componente de sustentabilidad ambiental; de esta manera, el texto del tercer inciso de la norma citada tentativamente podría ser el siguiente: «Los pliegos establecerán las condiciones que permitan alcanzar la

combinación más ventajosa entre todos los beneficios de la obra a ejecutar, el bien por adquirir o el servicio por contratar y todos sus costos asociados, presentes y futuros, estableciendo para el efecto criterios de sustentabilidad ambiental».

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 medioambiente, 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 Ecuador.

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 texto original del art. 25 de la LOSNCP por los vigentes arts. 25.1 y 25.2, los cuales apuntan directamente a fortalecer la participación nacional, privilegiando especialmente a los actores de la economía popular y solidaria y de las micro, pequeñas y medianas empresas.

La misma medida legislativa se puede utilizar para introducir la compra pública sustentable si se establece 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 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.

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 Ecuador.

Dos criterios se pueden adoptar como mecanismos para impulsar la contratación pública sustentable con base en 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.⁹⁵

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 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 valorar su récord ambiental garantizando que el contratista que resulte adjudicado no ha recibido sanción ejecutoriada civil, administrativa o

95 Agudo, «Contratación pública e integración de la variable ambiental», 127-33.

penal por infracciones ambientales, 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 num. 3 del art. 76 de la CRE, que prohíbe sanciones por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, prohibiendo, además, la aplicación de sanciones no previstas en la Constitución o en la ley.

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.

CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES AMBIENTALES EN LA FASE DE EJECUCIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS

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.⁹⁶

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 nunca se puede variar el objeto del contrato a través de ellas, no pueden existir 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 cuyo efecto no hace falta reforma alguna, pues el texto del inciso segundo del art. 71 de la LOSNCP presta la base legal necesaria.⁹⁷

Es necesario aclarar que las multas y cualquier otra sanción imputable a incumplimientos ambientales del contratista deberá aplicarse respetando siempre el debido proceso, siendo además recomendable reducir al máximo el margen de discrecionalidad del que pueda usar el

96 *Ibíd.*, 148-50.

97 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».

administrador del contrato que es el funcionario que, de conformidad con el art. 303 del RLOSNC, 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, mecanismo que además es compatible con el contenido del primer inciso del art. 71 de la LOSNC 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 capítulo segundo, por mandato del inciso primero del art. 396 de la CRE, 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 cómo debe hacerlo.

El art. 70 de la LOSNC 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.

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 LOSNC 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. 295 del RGLOSNCNP 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 contractuales.

De las normas citadas 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 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 LOSNCNP 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 al velar por el oportuno cumplimiento de estas cláusulas, y el supervisor y el fiscalizador al tomar 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 bastan cláusulas que contengan obligaciones ambientales para los contratistas, es necesario también que los encargados de ejercer la función de control ambiental 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.

TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO POR DAÑO AMBIENTAL

Como se estableció en el capítulo primero, daño ambiental es toda alteración significativa que, por acción u omisión, produzca efectos adversos al ambiente y sus componentes, y afecte las especies, así como la conservación y equilibrio de los ecosistemas.

En este punto corresponde justificar por qué cuando un contratista produce en la ejecución del contrato daño ambiental, debidamente calificado, 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 produce tres efectos jurídicos de considerable importancia: 1. lesiona los derechos ambientales reconocidos constitucionalmente que han sido identificados y desarrollados en el capítulo primero de este trabajo; 2. atenta contra el principio de desarrollo sustentable que es el modelo adoptado por la CRE, y, 3. al ser producido en razón de la ejecución de un contrato administrativo, desnaturaliza su objetivo final, 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 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 estos observen una conducta ambiental responsable.

El impacto positivo de esta innovación normativa se puede extender también a la población en general, 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, num. 3 de la CRE, debe constar expresamente en la LOSNCP, concretamente en el art. 94, num. 1, cuyo texto se sugiere innovarlo 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».

En cuanto al procedimiento que debería seguirse para aplicar la norma sugerida, es el mismo que consta en el art. 95 de la LOSNCP, sin embargo, en este caso debería actuar la autoridad ambiental competente para calificar técnicamente la existencia, causa y magnitud del daño ambiental.

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 la autoridad ambiental especializada.

El art. 226 de la 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 CRE, 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 la autoridad ambiental competente, calificando técnicamente el daño ambiental.

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, que debe distinguirse doctrinalmente tres clases de liquidación: a) la bilateral, que se hace de común acuerdo entre las partes con carácter negocial o convencional; b) la 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 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.⁹⁸

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.

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, el art. 81 de la LOSNCP prevé la existencia de una recepción provisional y una definitiva.

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 intervenido en el proceso de ejecución del contrato; dichas actas deberán contener, según los arts. 325 y 326 del RGLOSNCP, 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.

98 Francisco Cuello, *Contratos de la administración pública* (Bogotá: Ecoe Ediciones, 2009), 270, 275, 276.

El RGLOSNCNP no habla de liquidación ambiental de los contratos y es lógico que así sea, pues como ya se ha dicho, en la LOSNCNP se ha obviado el componente ambiental y, por lo tanto, resulta forzado introducir normas reglamentarias que regulen situaciones no contempladas en la ley, que debe ser modificada para dar paso a la reglamentación correspondiente.

En este estudio 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 RGLOSNCNP prevé para reducir a escrito la liquidación bilateral de los contratos públicos. Ello así, porque 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 de la CRE.

En atención a estas consideraciones, se propone que en el inciso segundo del art. 325 y en el art. 326 del RGLOSNCNP se añada a los elementos que contienen las actas el componente ambiental.

b) Liquidación ambiental unilateral del contrato. La liquidación unilateral de los contratos es una prerrogativa del Estado que opera, tácitamente, según los arts. 81 y 95 de la LOSNCNP cuando se produce la recepción presunta por parte de la entidad contratante, y expresamente, cuando esta declara su terminación unilateral.

El art. 81 de la LOSNCNP 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, acta que debería contener componentes ambientales, siendo útil en este caso la innovación reglamentaria ya propuesta para el art. 325 del RGLOSNCNP.

En el caso de terminación unilateral del contrato declarada por la entidad contratante, el art. 95 de la LOSNCNP 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, mas no establece esta prerrogativa en relación con la liquidación ambiental del contrato.

En este sentido 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 de sanción administrativa para los contratistas, en razón de la reserva de ley consagrada en el art. 76, num. 3 de la CRE, debe constar expresamente en el texto de la LOSNCP, y para el efecto se propone el siguiente texto: «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) 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 su terminación unilateral 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, 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.

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 parte final, 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

este 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.

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 liquidarlo. La norma aplicable habla únicamente de liquidación técnica y económica, lo cual representa una contradicción tácita al principio de responsabilidad ambiental que consta en el art. 288 de la CRE.

Por eso, y manteniendo el enfoque de este trabajo, 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.

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.⁹⁹

Como se ha demostrado en los acápites 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 terminación y liquidación de contratos, pueden y deben estar influidos por el principio de responsabilidad ambiental que se traduce en 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

99 Agudo, «Contratación pública e integración de la variable ambiental», 116.

art. 395, num. 2 de la 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.

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 transversalidad 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, 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 UE, por ejemplo, este planteamiento tiene larga data marcada por hitos como el Sexto Programa Ambiental de 2002, la Estrategia de Desarrollo Sostenible de 2001, revisada en junio de 2006, así como en las directivas reguladoras de la contratación pública de 2004, tomando 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 1973.¹⁰⁰

Es decir que desde que se comenzó en la UE 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.

100 Fernández, «La integración de aspectos ambientales en la contratación pública», 126, 128.

Se argumenta que en Ecuador el camino puede y debe ser más corto, pues aquí contamos con un paradigma ambiental diseñado por la CRE que debe ser aplicado transversalmente en todas las actividades del quehacer nacional incluido, por supuesto, el ámbito de la contratación pública.

LAS REFORMAS A LA LOSNCP Y AL RGLOSNCY COMO PRIMER MECANISMO PARA ALCANZAR LA SUSTENTABILIDAD EN LAS COMPRAS PÚBLICAS

El eje principal 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 con base en la LOSNCP, al RGLOSNCY 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 Ecuador.

Si esa normativa específica no toma en cuenta el componente ambiental, los contratos tampoco lo harán y, en consecuencia, la contratación sustentable seguirá siendo un imperativo constitucional permanentemente relegado.

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 CRE, 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 Ecuador seguirá rezagada respecto a los imperativos ambientales constitucionales y del nuevo modelo contractual contemporáneo, en el cual 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 vulneración 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.

CONCLUSIONES

CONCLUSIÓN GENERAL

Actualmente, la crisis ambiental es una amenaza contra la supervivencia de todas las especies vivas del planeta. Frente a la posibilidad cierta de extinción, desde la ciencia jurídica se ha generado como respuesta 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 la CRE, que diseña un nuevo paradigma ambiental cimentado en tres conceptos esenciales: a) buen vivir, *sumak kawsay*; b) biocentrismo, y c) 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, pero no significa que no debamos avanzar en la consecución de este objetivo que es perfectamente conquistable.

CONCLUSIONES ESPECÍFICAS

a) La LOSNCP vigente fue promulgada en 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 el art. 288 de la CRE exista un mandamiento expreso de que las compras públicas en 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 sometidos a la LOSNCP, sean prácticamente ignoradas, esto conduce a los poderes adjudicadores y a los contratistas a regirse por el texto de la ley, de su reglamento, de las resoluciones del SERCOP y de los mismos contratos, que contienen normativa y cláusulas deficientes en materia ambiental.

c) La conciencia ambiental y los hábitos del sector público y de los contratistas nacen de la práctica cotidiana regida por normativa específica con serias deficiencias en el tema ambiental, por eso 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 en el Código Orgánico del Ambiente y en su reglamento general, es insuficiente, al igual que las disposiciones introducidas en el nuevo RGLOSNCP. Las compras públicas representan un importante segmento de la economía nacional que, por su complejidad, especificidad e importancia ambiental, demanda un régimen ambiental especial y suficiente.

e) Como consecuencia de las circunstancias descritas, la contratación pública ecuatoriana no solo que no está sintonizada con el paradigma ambiental constitucional, que genera inconsistencias jurídicas formales y vulnera la institucionalidad del país, sino que puede propiciar vulneración de derechos ambientales con serias responsabilidades para el Estado, sus funcionarios y los contratistas, y contraviniendo abiertamente el modelo de desarrollo sustentable postulado por la CRE.

f) Para alcanzar una propuesta de solución viable al problema de falta de sostenibilidad en las compras públicas nacionales, es necesario primeramente visibilizarlo al exponer en toda su dimensión el ideal ambiental de la Constitución y presentar opciones normativas que permitan cristalizarlo, introduciendo el componente ambiental en todas las etapas de los contratos públicos, que 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 con la adición del principio de responsabilidad ambiental en el art. 4 de la LOSNCP, que contiene los principios rectores de la contratación pública.

g) En este contexto, es necesario enfatizar en que las reformas propuestas son puntuales; concretamente se considera necesario introducir las siguientes: 1. 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; 2. el art. 44 del RGLOSNCOP debe ser complementado por una resolución del SERCOP que regule el contenido y alcance de los informes de la necesidad de la contratación que se refiere la norma reglamentaria, enfatizando en parámetros que garanticen la indispensable necesidad de la contratación; 3. en el art. 55 del RLOSNCOP se sugiere añadir entre las condiciones de los pliegos contractuales la de «sustentabilidad ambiental»; 4. 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; 5. 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; 6. en el art. 94, num. 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; 7. en los arts. 325 y 326 del RLOSNCOP referentes a la liquidación de los contratos, se propone incorporar la «liquidación ambiental» de los contratos; 8. 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 9. en el art. 81 de la LOSNCP 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.

h) Las reformas normativas propuestas aquí, si bien son el punto de partida para una reforma integral que conduzca al país hacia una contratación pública sustentable, no serán suficientes si no 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.

i) La contratación pública sustentable es un imperativo constitucional y doctrinario, cuya posibilidad cierta y sus beneficios han sido demostrados en otras latitudes, como la UE cuyo caso se analiza aquí 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 UE, armonizar múltiples legislaciones nacionales.

j) En el proceso de «ecologizar» las compras públicas, los gobiernos seccionales, por su capacidad autonómica y por su cercanía con la población, pueden convertirse en pioneros, como se ha demostrado en el caso de España, país en el cual los gobiernos autonómicos han sido los primeros en emprender en la aplicación de procesos contractuales ambientalmente sustentables.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto. *Buen vivir. Sumak Kawsay: Una oportunidad para imaginar otros mundos*. Quito: Abya-Yala, 2012.
- Agudo, Jorge. «Contratación pública e integración de la variable ambiental». En *Temas de derecho ambiental: Una mirada desde lo público*, editado por Gloria Amparo Rodríguez e Iván Andrés Páez, 111-52. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012.
- Amaya, Óscar. «La naturaleza jurídica del derecho a gozar de un ambiente sano en el derecho constitucional comparado». En *Lecturas sobre derecho del medio ambiente*, varios autores. Tomo IV. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Atienza, Manuel. «Contribuciones para una teoría de la legislación». En *Elementos de técnica legislativa*, coordinado por Miguel Carbonell y Susana Pedroza, 19-38. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)-Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), 2000.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E) / Abya-Yala, 2011.
- . «Los derechos de la naturaleza: Fundamentos». En *Los derechos y sus garantías, ensayos críticos*, 111-50. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición (CCPT) / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2012.
- . «Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de derechos humanos». *Aportes Andinos* n.º 23 (2008): 1-19. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1033/1/RAA-23-%c3%81vila-Retos%20de%20una%20nueva%20institucionalidad%20estatal.pdf>.
- Benavides, Jorge. «Prólogo». En *Derechos de la naturaleza: Fundamentos, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Julio Prieto Méndez, 15-8. Quito: Corte Constitucional del Ecuador (CCE) / CEDEC, 2013.
- Beltrán, Luis. *Consumo sustentable como derecho-obligación para disfrutar de un medioambiente sano*. Ciudad de México: Red Región y Sociedad, 2006.
- Comisión Europea, *Libro blanco sobre responsabilidad ambiental*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de la Comunidad Europea, 2000. <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0066:FIN:ES:PDF>.
- Cuello, Francisco. *Contratos de la administración pública*. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2009.

- Díaz, Enrique, y Aníbal Rodríguez. *Contratos administrativos en Chile: Principios y bases*. Santiago de Chile: RIL editores, 2016.
- Díaz, Martín. «Prólogo». En *Biotechnología, sociedad y derecho*, Rafael Pérez Miranda, 7-42. Ciudad de México: Editorial Miguel Ángel Porrúa, 2001.
- Dromi, Roberto. *Manual de derecho administrativo*, tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987.
- . *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998.
- . *Ecuaciones de los contratos públicos*. 2.a ed. Madrid: Ciudad Argentina Hispana Libros, 2008.
- Ecuador Servicio Nacional de Contratación Pública. «Contratación Pública en cifras». *Servicio Nacional de Contratación Pública*. Consultado el 11 de mayo de 2023. <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/contratacion-publica-en-cifras-2/>.
- Fernández, Dionisio. «La integración de aspectos ambientales en la contratación pública». En *Derecho ambiental y transformaciones de la actividad de las administraciones públicas*, dirigido por Antoni Pigrau Solé, 123-62. Madrid: Editorial Atalier, 2010.
- Grijalva, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: CCPT / CEDEC, 2012.
- Grijalva, Agustín y Julio César Trujillo. «El fundamento constitucional de la nueva economía». En *Constitucionalismo en Ecuador*, Agustín Grijalva, 35-48. Quito: CCPT / CEDEC, 2012.
- Goin, Francisco, y Ricardo Goñi. *Marco conceptual para la definición del desarrollo sustentable*. Buenos Aires: Red Salud Colectiva, 2009.
- González, Julio. «Prólogo al libro *Contratación pública verde*». En *Contratación pública verde*, Juan José Pernas García, 15-23. Madrid: La Ley, 2011.
- Gudynas, Eduardo. *El mandato ecológico: Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*. Quito: Abya-Yala, 2009.
- Jaquenod de Zsögön, Silvia. *Derecho ambiental*, 2.ª ed. Madrid: Dykinson, 2004.
- Lozano Blanca. *Derecho ambiental administrativo*, 10.ª ed. Madrid: Dykinson, 2009.
- Manjarrez, Lina, Pedro Romero y Emilio Bravo. *Transporte urbano, movilidad cotidiana y ambiente en el modelo de ciudad sostenible: Bases conceptuales*. Ciudad de México: Plaza y Valdés, 2011.
- Mejía, Henry. *Responsabilidad por daños al medioambiente*. San Salvador: Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, 2014.

- Morales, Marco. *Manual de derecho administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Mosset Iturraspe, Jorge, Tomás Hutchinson y Edgardo Alberto Donna. *Daño ambiental*, tomo I. Buenos Aires: Rubinzan-Culzone, 1999.
- Ortúzar, Florencia. «Derecho ambiental internacional, historia e hitos». *AIDA*. 30 de marzo de 2020. <http://www.aida-americas.org/es/blog/el-derecho-internacional-ambiental-historia-e-hitos>.
- Papa Francisco. «Encíclica *Laudato Si'*, sobre el cuidado de la casa común». Quito: Centro Salesiano de Publicaciones, 2015.
- Pernas, José. *Contratación pública verde*. Madrid: La Ley, 2011.
- Prieto Méndez, Julio. *Derechos de la naturaleza: Fundamentos, contenido y exigibilidad jurisdiccional*. Quito: CCE / CEDEC, 2013.
- Salamanca, Antonio, y Alejandro Rosillo. *Derechos humanos de los pueblos y derechos de la naturaleza*, tomo I. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2012.
- Rodríguez, Juan. «Los derechos humanos y el medioambiente». *Dikaion, Revista de Fundamentación Jurídica* 20, n.º 15 (2006): 71-88.
- 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.
- Zafaroni, Eugenio. «La Pachamama y el ser humano». En *La naturaleza con derechos: De la filosofía a la política*, compilado por Alberto Acosta y Esperanza Martínez, 25-137. Quito: Abya-Yala-Universidad Politécnica Salesiana, 2011.

LEGISLACIÓN ECUATORIANA

- Ecuador. *Código Orgánico del Ambiente*. Registro Oficial Suplemento 983, de 12 de abril de 2017.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180 Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. *Decreto Ejecutivo 458*. Registro Oficial 87, Segundo Suplemento, 20 de junio de 2022 (RGLOSNC).P).
- Ecuador. *Decreto Ejecutivo 752*. Registro Oficial 507, Suplemento, 12 de junio de 2019 (Reglamento al Código Orgánico del Ambiente).
- Ecuador. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 395, Suplemento, 4 de agosto de 2008.

SENTENCIA NACIONAL

Ecuador Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil.
«Sentencia» En expediente de casación 229-2002, 29 de octubre de 2002.

SENTENCIA INTERNACIONAL

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 17 de septiembre de 2002 (decisión prejudicial procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones), caso Cordia Bus Finland Oy Ab *vs.* Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne. Luxemburgo, 17 de septiembre de 2002. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0513&from=SK>.

Documentos estatales foráneos

España. *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*. Boletín Oficial del Estado, 14 de noviembre de 2011.

Instrumentos de organismos internacionales

ONU Asamblea General, *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo*, 4 de agosto de 1987.A/42/427.

ONU Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, «Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo», del 3 al 14 de junio de 1992. <https://www.un.org/es/conferences/environment/rio1992>.

ONU Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, “Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano”, 16 de junio de 1972. A/CONF.48/14Rev.1.

Parlamento Europeo y el Consejo. *Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios*, 31 de marzo de 2004. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-81002>.



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR**
Ecuador

La Universidad Andina Simón Bolívar (UASB) es una institución académica creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos. Es un centro académico abierto a la cooperación internacional. Tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración y el papel de la subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La UASB fue creada en 1985. Es una institución de la Comunidad Andina (CAN). Como tal, forma parte del Sistema Andino de Integración. Además de su carácter de centro académico autónomo, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia) y Quito (Ecuador).

La UASB se estableció en Ecuador en 1992. En ese año, suscribió con el Ministerio de Relaciones Exteriores, en representación del Gobierno de Ecuador, un convenio que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador la incorporó mediante ley al sistema de educación superior de Ecuador. Es la primera universidad en el país que logró, desde 2010, una acreditación internacional de calidad y excelencia.

La Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E), realiza actividades de docencia, investigación y vinculación con la colectividad de alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros espacios del mundo. Para ello, se organiza en las áreas académicas de Ambiente y Sustentabilidad, Comunicación, Derecho, Educación, Estudios Sociales y Globales, Gestión, Letras y Estudios Culturales, Historia y Salud. Tiene también programas, cátedras y centros especializados en relaciones internacionales, integración y comercio, estudios latinoamericanos, estudios sobre democracia, derechos humanos, migraciones, medicinas tradicionales, gestión pública, dirección de empresas, economía y finanzas, patrimonio cultural, estudios interculturales, indígenas y afroecuatorianos.

ÚLTIMOS TÍTULOS DE LA SERIE MAGÍSTER

-
- 346 Vanessa Lozada, *El derecho a la salud de las mujeres privadas de libertad: Caso CRS Cotopaxi*
-
- 347 Josueth Aguilar, *Indeterminación territorial y derecho a la ciudad: Comuna San José de Cocotog*
-
- 348 Carla Burbano Hinojosa, *Colombia, modelo de privatización de la seguridad en la región*
-
- 349 Juan Manuel López, *Generación Tsáchila: Mediaciones, hibridación y resistencia cultural*
-
- 350 Inkarri Kowii Alta, *Tinkuy: ¿Enfrentamiento o transformación cultural?*
-
- 351 Ita Gallo Mera, *Propuesta de innovación en la educación continua: La norma UNE-ISO 21001:2018 en la UASB-E*
-
- 352 Juliana Mojica Sanabria, *Un campo de fuerza convertido en barrio: El caso de San José Obrero, Antioquia (1946-1956)*
-
- 353 Alfredo Espinosa, *Democracia en tensión: El sistema de partidos en Ecuador (1996-2013)*
-
- 354 Tatiana Landín Ramírez, *Nela Martínez: Nuevas lecturas de su escritura y militancia*
-
- 355 Rossi Godoy Estévez, *Modernización y reorganización institucional (1900-1911): El Conservatorio Nacional de Música*
-
- 356 Paúl Ocaña Merino, *Gritos tras las rejas: David Piña contra el sistema*
-
- 357 Juan Nieto, *Propuesta de un sistema de gestión antisoborno: Caso Cuerpo de Bomberos de Quito*
-
- 358 Santiago Bonilla Moreno, *Cómo implementar procesos de innovación en restaurantes: Estudio en La Mariscal y La Floresta*
-
- 359 Enrique Trujillo Gamboa, *El mundo como cementerio: El feminicidio en tres novelas de Roberto Bolaño*
-
- 360 José Jara Vásquez, *Regulación ambiental y contratación pública: Camino hacia la sustentabilidad en Ecuador*
-

La Constitución del Ecuador de 2008 establece un régimen de protección trascendental en el tema ambiental al plantear la implementación, en todos los ámbitos del quehacer nacional, del cuidado de los derechos de la naturaleza. Sin embargo, la contratación pública en Ecuador, pese a ser una actividad de enorme importancia, en la práctica se mantiene ajena al paradigma ambiental constitucional, con un sistema normativo inapropiado para alcanzar el ideal de sustentabilidad que promueve la Constitución.

El objetivo de este trabajo es visibilizar el marco constitucional que en materia ambiental se debe aplicar a las compras públicas ecuatorianas con la innovación normativa que permita el cambio de mentalidad en funcionarios estatales, contratistas y ciudadanía en general, y proponer soluciones y buenas prácticas que faciliten sintonizar la contratación pública nacional con el modelo ambiental diseñado.

José Jara Vásquez (Riobamba, 1968) es licenciado en Ciencias Políticas y Sociales (1991), doctor en Jurisprudencia y abogado de los Tribunales y Juzgados de la República (1995) por la Universidad Central del Ecuador; especialista en Gestión de la Minería y el Medio Ambiente (2001) por la Escuela Politécnica Nacional; especialista en Contratación Pública y Modernización del Estado (2014) y magíster en Derecho de la Contratación Pública (2017) por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.



9789942641236