



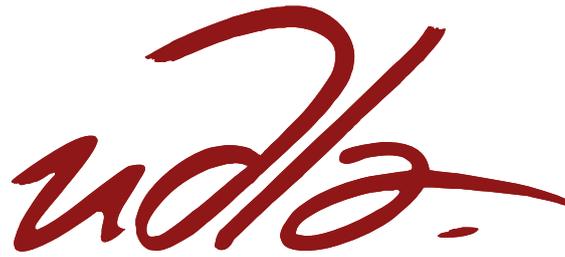
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LOS DECRETOS DE EXCEPCIÓN EXPEDIDOS PARA EL SECTOR  
PETROLERO ENTRE LOS AÑOS 2007 AL 2009, DICTADOS AL MARGEN  
DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY, CONSTITUYEN MECANISMOS  
PARA ELUDIR LOS PROCESOS DEL SISTEMA NACIONAL  
DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR.”

Autora

María Alejandra Beltrán Eguiguren

Año  
2018



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LOS DECRETOS DE EXCEPCIÓN EXPEDIDOS PARA EL SECTOR  
PETROLERO ENTRE LOS AÑOS 2007 AL 2009, DICTADOS AL MARGEN DE  
LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY, CONSTITUYEN MECANISMOS PARA  
ELUDIR LOS PROCESOS DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN  
PÚBLICA EN EL ECUADOR.

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos  
establecidos para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados  
de la República.

Profesora Guía

Msc. Viviana Lizeth Morales Naranjo

Autora

María Alejandra Beltrán Eguiguren

Año

2018

## **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA**

“Declaro haber dirigido el trabajo, los decretos de excepción expedidos para el sector petrolero entre los años 2007 al 2009, dictados al margen de la Constitución y la ley, constituyen mecanismos para eludir los procesos del sistema nacional de contratación pública en el Ecuador, a través de reuniones periódicas con la estudiante María Alejandra Beltrán Eguiguren, en el semestre 2018-2, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

---

Viviana Lizeth Morales Naranjo  
Master Droit de L'environnement.  
C.C.172112010-1

## **DECLARACIÓN PROFESOR CORRECTOR**

“Declaro haber revisado este trabajo, los decretos de excepción expedidos para el sector petrolero entre los años 2007 al 2009, dictados al margen de la Constitución y la ley, constituyen mecanismos para eludir los procesos del sistema nacional de contratación pública en el Ecuador, de María Alejandra Beltrán Eguiguren, en el semestre 2018-2, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

---

Ángel Eduardo Torres Maldonado  
Magíster en Derecho Mención Derecho Constitucional  
C.C.190014784-2

## **DECLARACION DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE**

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigente”.

---

María Alejandra Beltrán Eguiguren  
C.C. 110472508-8

## **AGRADECIMIENTOS**

A Dios por brindarme la oportunidad de estudiar, a mis padres por su amor, paciencia y apoyo incondicional, a la Dra. Viviana Morales por guiarme a lo largo del presente ensayo académico, y, a los maestros de la Universidad de las Américas, por sus conocimientos impartidos durante la carrera de Derecho.

## **DEDICATORIA**

A mi familia por ser el pilar fundamental en mi vida; y, a mi abuelo Arq. José Guillermo Beltrán Beltrán (+) por su valentía y enseñanzas.

## RESUMEN

De esta investigación se pretende demostrar la inconstitucionalidad de los Decretos Ejecutivos Emergentes No. 766, de 29 de noviembre de 2007; 1440 de 28 de noviembre 2008; y, 1544 de 30 de enero de 2009; en los cuales, se declaró de excepción o emergencia en todo el Sistema Petroecuador, cuyas causas motivacionales, inobservaron los preceptos contenidos en los artículos 164 y siguientes de la Constitución de la República del Ecuador, trasgrediendo los artículos: 6, número 31 y 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El presente trabajo efectúa un análisis exegético y dogmático de la normativa, presumiendo que se ha producido una errónea interpretación de la misma, para denotar que la expedición de los decretos ejecutivos emergentes transgreden y desnaturalizan el precepto constitucional que lo determina. Frente a esto, existe una falta de actuación por parte de los órganos de control. Realidad jurídica que conlleva a la realización del presente trabajo de investigación, el mismo que pretende responder la siguiente interrogante: ¿En qué medida, los decretos ejecutivos dictados para el sector petrolero entre los años 2007 y 2009, transgreden los principios constitucionales que sustentan el estado de excepción en Ecuador?

## **ABSTRACT**

This investigation is intended to demonstrate the unconstitutionality of Executive Decree No. 766 of November 29, 2007; 1440 of November 28, 2008; and, 1544, of January 30, 2009, in which the emergency and the state of exception were declared, respectively, throughout the Petroecuador System; not observing the precepts contained in articles 164 and the following ones of the Constitution of the Republic of Ecuador, which violate paragraph 31 of Article 6 and Article 57 of the Organic Law of the National System of Public Procurement.

The present work makes an exegetical and dogmatic analysis of the legal norm, since a misinterpretation of the constitutional norm and the organic law in mention has been made; that is, the issuance of emerging executive decrees in the area of public procurement, transgress and change the norm; additionally, there is a lack of action on the part of the control bodies. The foregoing leads the reason of this research work, which will respond to the following question: To what extent, the executive decrees issued for the oil sector between 2007 and 2009, transgress, violate constitutional principles that sustain the state of exception in Ecuador?

## INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
1. LOS PRINCIPIOS COMO LÍMITES A LA DECLARATORIA DE ESTADO DE EXCEPCIÓN EN EL ECUADOR. ....	3
1.1. El Estado de excepción en la Constitución de la República del Ecuador. ....	3
1.2. Los elementos que configuran el estado de excepción (principios).....	8
2.. INOBSERVANCIA DE LOS PRINCIPIOS DE LA EXCEPCIÓN EN LOS DECRETOS EJECUTIVOS DE EMERGENCIA DICTADOS PARA EL SECTOR PETROLERO Y SU AFECTACIÓN EN LOS PROCESOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	10
2.1. Síntesis de los Decretos Ejecutivos Emergentes No. 766, 1440 y 1544.. ....	11
2.1.1. El Componente considerativo pertinente en la cual se fundamentan y motivan los decretos dice:.....	11
2.1.2. Componente resolutivo que determina los decretos dice:.....	12
2.1.3. Inobservancia de los principios constitucionales en los decretos ejecutivos emergentes. ....	15
2.2. Violación de los principios constitucionales en los decretos ejecutivos de emergencia y excepción.....	17
2.2.1. ¿Cómo se violaron los principios constitucionales en los decretos ejecutivos de emergencia y excepción; que consecuencias acarreó?.....	18

2.3. ¿Cómo se trasgredió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP); y qué consecuencias acarreó dicha transgresión? .....	25
3. CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS DECRETOS DE EMERGENCIA Y EXCEPCIÓN. ....	26
3.1 Posiciones Argumentativas de las Partes (Sentencia Nro. 005-09-Sin-Cc). ....	29
3.1.1. Accionantes .....	29
3.1.2. Contestación de las autoridades demandadas .....	36
3.2 Argumentos de la Corte: .....	37
3.2.1 Breve análisis de las propuestas .....	38
3.3 Crítica a la Sentencia Nro. 005-09-Sin-Cc: .....	41
4. CONCLUSIONES .....	54
REFERENCIAS .....	59

## INTRODUCCIÓN

Tanto la Constitución Política de la República del Ecuador, expedida en el año 1998, como la Constitución de la República del Ecuador vigente desde 2008, determinan como facultad de la función ejecutiva, entre otras, la de expedir decretos de emergencia o estados de excepción en los casos allí determinados. No obstante, las causas que motivaron la expedición de los decretos No. 766, 1440 y 1544 que se analizarán a lo largo de esta investigación, se basan en la mera necesidad de superar una “situación de disminución de eficiencia”; lo cual implica una circunstancia de carácter eminentemente administrativo, que desnaturaliza e incumple los preceptos constitucionales referentes a las condiciones que fundamentan la declaratoria de estado de excepción.

El estado de excepción está sujeto a la observancia de principios universales, los cuales limitan y controlan las actuaciones de los poderes públicos, en especial del poder ejecutivo, a fin de evitar acciones arbitrarias.

A través de los decretos ejecutivos de emergencia No. 766, 1440 y 1544, dictados a favor del sector petrolero, se transgredieron los principios constitucionales y los fundamentos que rigen el Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador.

El espíritu de la emergencia contenida en los decretos en estudio, ha sido concebido y orientado a omitir la obligatoriedad de someterse a un proceso licitatorio, el mismo que impide una contratación apresurada de obras y servicios.

La emergencia, en los términos previstos, ha sido utilizada para adjudicar contratos de toda índole de manera directa, incluso a empresas no calificadas; de esta forma, cualquier contrato, hasta el más simple, ha sido considerado emergente y se ha adjudicado fuera del proceso de selección y mejor oferta.

La norma es clara al manifestar que las situaciones de emergencia, son aquellas generadas por acontecimientos graves como accidentes, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional.

Por lo tanto, un decreto no puede ser superior a la ley, por cuanto este no puede realizar una reforma legal ignorando la intervención del órgano legislativo, como es la Asamblea Nacional, la cual, en su debido tiempo, debió actuar.

Respetando el debido procedimiento, de igual modo, la Corte Constitucional, a través de la figura jurídica del control constitucional, debió pronunciarse al respecto y declarar la inconstitucionalidad de los decretos en estudio.

Para mejor análisis, el presente ensayo se encuentra estructurado en tres capítulos. En el Primer Capítulo se abordan los límites de la declaratoria del estado de excepción; la regulación de esta figura dentro de la Constitución de la República del Ecuador; los tratados internacionales; y, los elementos que configuran un estado de excepción.

En el Segundo Capítulo, se demuestra la inobservancia de los principios de la excepción en los decretos ejecutivos de emergencia dictados para el sector petrolero y su afectación en los procesos de contratación pública; se realiza una síntesis de los decretos ejecutivos emergentes números: 766, 1440 y 1544; y se estudia el componente considerativo pertinente, en el cual, se fundamentan y motivan los decretos; evidenciándose finalmente la transgresión de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y las consecuencias negativas de su ejecución.

En el Tercer Capítulo, se analiza el control constitucional de los decretos de emergencia y excepción; se estudia la sentencia No. 005-09-SIN-CC, de 3 de

septiembre de 2009, expedida por la Corte Constitucional; y finalmente, se efectúa el análisis jurídico del pronunciamiento de los jueces de la Corte, respecto a la decisión tomada en la sentencia en estudio.

Al final, se consignan las conclusiones jurídicas, cuya derivación constituye el resultado de la investigación en el presente ensayo académico.

## **1. LOS PRINCIPIOS COMO LÍMITES A LA DECLARATORIA DE ESTADO DE EXCEPCIÓN EN EL ECUADOR.**

Dentro del presente capítulo se analizará la figura del estado de excepción en el Ecuador, los elementos que lo conforman y los efectos que esta acarrea dentro del país al momento de su expedición. También, se estudiará los principios que configuran dicha institución, como límites de la misma para evitar que se transgredan las disposiciones constitucionales y legales que rigen al sistema.

### **1.1. El Estado de excepción en la Constitución de la República del Ecuador.**

Los estados de excepción constituyen una antigua institución jurídica, creada con el objetivo de proteger el ordenamiento constitucional; es decir, la aplicación de un poder “excepcional” netamente temporal, que suspende o limita los derechos de la sociedad con el fin de controlar y mantener el orden público (Meléndez, 1999, p. 417).

Dicho esto, el estado de excepción permite salvaguardar los principios y derechos consagrados en la Constitución para que de esta manera se mantenga el Estado de Derecho. La expedición de esta institución es una facultad potestativa del Ejecutivo, lo cual conlleva a una concentración del poder. El estado de excepción como cualquier figura del derecho evoluciona con el progreso o desarrollo de la sociedad en general, pues este es una respuesta a los acontecimientos que desestabilizan al Estado, tiene carácter

erga omnes y ayuda o resguarda al Estado para proteger de las amenazas del colapso del sistema.

Para el jurista Julio Cesar Trujillo, “los estados de excepción son situaciones en las que el poder ejecutivo no puede salvar la seguridad externa o el orden jurídico público con las facultades ordinarias que la Constitución y las leyes le atribuyen y, por lo mismo, necesita para el efecto potestades diferentes o externas hasta que los peligros sean conjurados” (Trujillo, 2006, p. 96). Es decir, el estado de excepción únicamente puede ser propuesto cuando las facultades ordinarias de las que habla el citado jurista, son insuficientes para enfrentar las situaciones de crisis y pánico por la gravedad que enfrenta el Estado.

Los estados de excepción constituyen una imagen de negación del derecho, esto implica la represión de las garantías constitucionales que las personas tenemos en virtud de nuestra condición. El estado de excepción representa el régimen declarado por el gobierno en situaciones excepcionales y de crisis, que principalmente suspende ciertos derechos fundamentales para la sociedad. También se lo conoce como estado de emergencia, lo cual implica que se tomen medidas extraordinarias o fuera de lo planificado para evitar que se produzca y ponerle fin al problema o acontecimiento suscitado. (Aguirre, 2012, pp. 156-157).

De lo expuesto, los estados de excepción, constituyen regímenes jurídicos especiales, que se originan en circunstancias ajenas al sistema normal, que pueden tener varias índoles para que sean invocados como: causas naturales, políticas, económicas y culturales, que ponen en peligro la estabilidad de las diferentes instituciones del Estado, así como también la vida de este y de sus habitantes, cuyo objetivo es contrarrestar la situación de peligro inminente que no puede ser superado o controlado por ningún mecanismo jurídico salvaguardando los derechos constitucionales de las persona.

En tal sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), en su artículo 4, número 1, manifiesta que:

“En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976, art. 4).

Consecuentemente, la condición para que pueda expedirse un estado de excepción, es que exista una situación que sea irresistible de controlar por el Estado o los Estados afectados, agotando todos los recursos para llegar garantizar los derechos consagrados en la Constitución y en los Tratados Internacionales.

En el Ecuador, esta figura nace en la Constitución de 1835, durante el período de la presidencia de Vicente Ramón Roca. En un inicio, el estado de excepción se enfocaba en la preservación del orden jurídico y la seguridad del Estado, mas no en la protección de los derechos constitucionales del Estado de derecho.

Como ya se dijo, el derecho es una constante evolución y con el cada de una de sus instituciones; es por eso que, hoy en día, con la Constitución del 2008, Sección Cuarta, de los “Estados de Excepción”, artículos 164 y siguientes se determina que, el presidente de la República mediante decretos ejecutivos podrá declarar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave

conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. Por tanto, el estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad (CRE, 2008, art. 164).

Es importante señalar que estos decretos de estado de excepción, por su carácter particular deberán contener la suficiente motivación, fundamento y justificación, las causales expresamente determinadas, el ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse. Durante el estado de excepción únicamente podrá suspenderse o limitarse el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución.

En la Disposición Constitucional se establece que una vez declarado el estado de excepción el ejecutivo podrá:

“1. Decretar la recaudación anticipada de tributos. 2. Utilizar los fondos públicos destinados a otros fines, excepto los correspondientes a salud y educación. 3. Trasladar la sede del gobierno a cualquier lugar del territorio nacional. 4. Disponer censura previa en la información de los medios de comunicación social con estricta relación a los motivos del estado de excepción y a la seguridad del Estado. 5. Establecer como zona de seguridad todo o parte del territorio nacional. 6. Disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y llamar a servicio activo a toda la reserva o a una parte de ella, así como al personal de otras instituciones. 7. Disponer el cierre o la habilitación de puertos, aeropuertos y pasos fronterizos. 8. Disponer la movilización y las requisiciones que sean necesarias, y decretar la desmovilización nacional, cuando se restablezca la normalidad” (CRE, 2008, art.165).

El presidente notificará de dicha declaración del estado de excepción a la Asamblea Nacional, a la Corte Constitucional y a los organismos

internacionales que corresponda dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la firma del decreto correspondiente; tendrá vigencia hasta un plazo máximo de sesenta días. Si las causas que lo motivaron persisten podrá renovarse hasta por treinta días más, lo cual deberá notificarse, si el presidente no renueva el decreto de estado de excepción o no lo notifica, éste se entenderá caducado y finalmente los servidores públicos serán responsables por cualquier abuso que hubieran cometido en el ejercicio de sus facultades durante la vigencia del estado de excepción.

Como se puede observar, se verifica que no siempre se desenvuelve el Estado de conformidad a la Constitución. En ocasiones, como dice la doctrina, se producen perturbaciones en el ejercicio de sus poderes, que limitan y restringen los derechos y libertades individuales (Fernández, 1978, p. 11).

En cuanto a los principios que sustentan el estado de excepción es importante señalar que estos son una norma ambigua, general y abstracta; ambigua, por cuanto necesita ser interpretada y opera en casos concretos; general, porque debe ser observada por todas las personas sin excepción, y abstracta debido a ser útiles para interpretar cualquier clase de norma jurídica o situación fáctica (Ávila, 2008, pp. 39-40).

Los principios permiten identificar las normas contradictorias y también lagunas del sistema jurídico. Los estados de excepción, al ser instituciones de origen internacional, están sujetas a la observancia de los principios universales, los cuales limitan y controlan las actuaciones de los poderes del Estado, en este caso, las actuaciones de la función ejecutiva, ya que es la autoridad competente para dictar la emergencia. Los principios del estado de excepción son interdependientes, lo cual permite determinar que, si un principio no es respetado, la declaratoria será constitucional.

Para el presente ensayo nos enfocaremos en los seis principios que son fundamentales y complementarios para que se dicte el estado de excepción.

## 1.2. Los elementos que configuran el estado de excepción (principios).

El artículo 162 de la Constitución de la República del Ecuador, estipula que un estado de excepción observara 6 principios fundamentales para la instauración de dicha institución, los cuales son:

**El principio de temporalidad:** Este principio permite instalar límites en un periodo determinado, pues de esta manera se asegura que se busquen soluciones de manera eficaz y eficiente ante la crisis que está atravesando el país. Si no existiera este mecanismo y esto conlleve al prolongamiento del periodo de excepción dejaría de ser un método idóneo y constitucional. Dicho esto, el estado de excepción no se puede extender o dilatar más del tiempo señalado, que en nuestra legislación es de 60 días con una prórroga de 30 días, es por eso que cada decisión y medida que se tome en este tiempo será temporal (Melo, 2015, p. 27).

**El principio de necesidad:** este principio se deriva el ejercicio de las facultades excepcionales, y se podría decir que es el más importante, se lo conoce también como “de estricta necesidad”, establece que únicamente se puede recurrir a las medidas de excepción cuando sea necesario, cuando se han agotado todos los métodos ordinarios para tratar de corregir la situación de vulneración que atraviesa el país; en términos generales, se podría decir que es de “ultima ratio”, pues este principio impide que los estados ejerzan facultades en situaciones de crisis ficticias y es por eso que es imprescindible que estos hechos se prueben para justificar la aplicación de medidas de carácter excepcional (Dávalos, 2008, pp. 131-132).

**Principio de territorialidad:** implica que las medidas que se tomen a partir de la expedición de los decretos del estado de excepción deben limitarse al espacio geográfico donde dichas medidas se van a implementar para superar la crisis o el peligro en el que el país se ve inmerso, restringiendo los derechos únicamente en las áreas donde esta institucional recaiga, en ciertas situaciones

puede ser decretado en todo el país y otras veces en lugares específicos (Comité de Derechos Humanos, Observación General No.29, 2001, art. 4).

**El principio de Proporcionalidad:** Hace referencia a la adecuación que debe existir entre las medidas adoptadas al decretarse el estado de excepción y la naturaleza e intensidad de la crisis que enfrenta el país (Ávila, 2008, p.136). Es decir, que en ningún caso las medidas efectuadas por la autoridad competente, en este caso por el presidente de la República, deben ser disposiciones que vayan más allá de una realidad y que afecten al país más de lo que ya se encuentra por la crisis que esté atravesando, lo cual pone en peligro y riesgo los derechos de los ciudadanos, es por ello por lo que para ser revestirse de legalidad deben ser proporcionales a la gravedad del peligro.

**El principio de legalidad:** “Nullum crimen nulla pena sine lege”, este principio exige que el estado de excepción se encuentre regulado por el ordenamiento jurídico del Estado en donde se aplica esta institución. Debería estar sujeto a un control interno y externo para que opere apegada a las normas (Melo, 2015, p. 26). Es por eso que, la declaratoria de excepción de un estado sea notificada a los entes internacionales y a toda la ciudadanía, de esta manera se respeta los pactos y tratados internacionales y se alerta a la comunidad interna sobre la situación que atraviese el país y las medidas que se tomaran ante dichos sucesos.

**Principio de razonabilidad:** la razonabilidad, es el parámetro de justicia y consiste en la relación entre el fin perseguido por la ley y el medio elegido para concretarlo (Belsunce, 2007, pp. 101-102). Es decir, que siempre lo razonable va a ir a pegado a la Constitución y demás normas, es por eso que, al decir que cierto acto o acción es “irrazonable”, podríamos concluir que se está ante una situación inconstitucional.

Además, este principio logra buscar un equilibrio entre los hechos que pueden generar peligro y riesgo y las medidas que se van a tomar para subsanar dicho

peligro o riesgo. Daniela Dávalos manifiesta que el principio de razonabilidad enfoca que, al momento de dictar el estado de excepción, este debe guardar relación con la justicia y la necesidad; por lo tanto, los actos o manifestaciones que se realicen para acudir a dicha institución deben ir acorde a las circunstancias, debidamente motivados y las medias que se tomen para afrontar la excepción, sean eficaces (Dávalos, 2008, p. 130).

Tanto el derecho internacional como el derecho interno de cada Estado, admiten que en situaciones de crisis, peligro o riesgo, las autoridades competentes puedan suspender el ejercicio de los derechos con el objetivo de restablecer la normalidad y el goce de otros derechos; es decir, la finalidad de esta acción es decretar un estado de excepción para preservar la Constitución y/o las Instituciones del Estado que tienen la responsabilidad de garantizar la libertad y seguridad de todos los ciudadanos.

Dentro del presente ensayo, es menester analizar si efectivamente, al momento de expedir los decretos ejecutivos de emergencia para el sector petrolero números 766, 1440 y 1544, expedidos en los años 2007, 2008 y 2009, se cumplieron con todos los requisitos que la Constitución y la ley prevén, caso contrario, se pondrá en evidencia las acciones que se tomaron y las omisiones cometidas para abolir dichos decretos emergentes o excepcionales.

## **2. INOBSERVANCIA DE LOS PRINCIPIOS DE LA EXCEPCIÓN EN LOS DECRETOS EJECUTIVOS DE EMERGENCIA DICTADOS PARA EL SECTOR PETROLERO Y SU AFECTACIÓN EN LOS PROCESOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

En esta parte de la investigación empezaremos con un breve resumen de los decretos en estudio, para entender cuál fue la parte considerativa y resolutive en la que se fundamentó y motivó dichos decretos; y, que dio paso a la inobservancia y violación de los principios consagrados en la Constitución y en la Ley; además de señalar las consecuencias que esta falta acarreó para el país.

## **2.1. Síntesis de los Decretos Ejecutivos Emergentes No. 766, 1440 y 1544.**

Rafael Oyarte (2005, pp. 19-21) menciona que, además de los decretos supremos y de leyes, existen otros actos que no necesariamente tienen carácter de ley, denominados decretos ejecutivos; hay que tomar en cuenta que bajo esta categoría se expiden actos administrativos y normativos. Por lo tanto, cuando se interpone una acción de inconstitucionalidad, se debe analizar la naturaleza de dicho acto, puesto que los actos normativos y administrativos son obligatorios y su cumplimiento no depende de la voluntad, aplicándose a la fuerza por ser unilaterales.

### **2.1.1. El Componente considerativo pertinente en la cual se fundamentan y motivan los decretos dice:**

“Que, por una deficiente orientación organizacional del sistema Petroecuador, sostenida por la estructura que debilito el estado y sus capacidades, se produce una situación conflictiva en las áreas: explotación y producción industrialización; y comercialización y transporte de petróleo lo que significa pérdida de ingresos para el desarrollo del pueblo ecuatoriano, lo que puede provocar una grave conmoción interna” (Decreto Ejecutivo No. 766, 2007; No. 1440, 2008; No. 1544, 2009).

“Que, es indispensable la movilización de las instituciones, bienes y recursos públicos, y en ciertos casos la requisición de bienes que fuere menester para lograr los resultados esperados en las actividades conducentes a superar la situación de disminución eficiencia en las áreas de explotación y producción industrialización; y comercialización y transporte de petróleo” (Decreto Ejecutivo No. 766, 2007; No. 1440, 2008; No. 1544, 2009).

De los considerandos señalados se colige que se ha pretendido dar el grado de urgencia o excepción a temas que conciernen al ámbito administrativo, por

circunstancias de una deficiente orientación organizacional del sistema Petroecuador, lo cual se considera, podría provocar una grave conmoción interna. Además, para este fin, en todos los decretos consideran indispensable la movilización de las instituciones, bienes y recursos públicos, para superar la situación de disminución de eficiencia.

Los referidos considerandos desconocen la conceptualización jurídica de la institución de la emergencia que, tanto en la Constitución expedida en el año 1998, y en la Constitución Política de la República del Ecuador vigente desde 2008, se determina como facultad de la función ejecutiva, entre otras, la de expedir decretos de emergencia o estados de excepción en los casos previstos en la Constitución y la ley. No obstante, las causas que motivan o justifican la expedición del decreto ejecutivo Nro. 766, para declarar la emergencia en todo Petroecuador, se basan en superar una “situación de disminución de eficiencia”, se desnaturalizan los conceptos constitucionales, legales y doctrinarios, referentes a la declaratoria de emergencia.

La expedición inconstitucional de los decretos ejecutivos de emergencia en estudio, que fueron dictados al margen del concepto establecido en la ley, configuran un escenario de fuerza mayor o caso fortuito, que distorsiona la naturaleza exacta que el derecho público exige, permitiendo a través de la movilización tanto de recursos económicos como de recursos humanos que las contrataciones se realicen de manera direccionada, evadiendo de tal manera los procesos licitatorios exigidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

### **2.1.2. Componente resolutivo que determina los decretos dice:**

#### **Decreto No. 766.-**

Suscrito el 26 de noviembre de 2007, por el ex presidente Constitucional de la República del Ecuador, el Economista Rafael Correa Delgado, textualmente, dispuso:

**“Artículo 1.-** Declarar la emergencia en la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador PETROECUADOR, y sus empresas filiales permanentes que tiene la empresa para cada una de las siguientes actividades operativas: a) Exploración y producción; b) Industrialización; y, c) Comercialización y transporte” (Decreto 766, 2007).

Esta emergencia se extiende a todo el denominado Sistema Petroecuador, por lo tanto, a la parte que dependa de Petroecuador como contraparte de los contratos celebrados con otras empresas para las actividades enumeradas en este artículo y a la Unidad de Administración Temporal del denominado Bloque Quince.

**“Artículo 2.-** La movilización nacional, económica; y, militar de la Fuerza Naval, con el propósito de superar la emergencia provocada por el progresivo e intensivo proceso de disminución de eficiencia en las áreas de: Exploración y producción, Industrialización; y Comercialización y transporte de petróleo” (Decreto 766, 2007).

Se dispone al Ministerio de Defensa para que mediante el Comandante General de la Fuerza Naval autorice la participación de personal de esa rama de las fuerzas Armadas en la gestión de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR, y sus empresas filiales permanentes, con la finalidad de superar la situación de emergencia presentadas.

**“Artículo 3.-** El Ministerio de Economía y Finanzas situara los recursos suficientes para atender la emergencia...” (Decreto 766, 2007).

#### **Decretos No. 1440 y 1544.-**

Los Decretos No. 1440 de 19 de noviembre de 2008 y No. 1544 de 20 de enero de 2009, suscritos por el expresidente Constitucional de la República del Ecuador, el Economista Rafael Correa Delgado, en igual texto y contenido, textualmente señalaban:

**“Artículo 1.-** Declarar el Estado de Excepción en la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR, y sus empresas filiales permanentes que tiene la empresa para cada una de las siguientes actividades operativas: a) Exploración y producción; b) Industrialización; y, c) Comercialización y transporte de Petróleo. Este estado de excepción se extiende a todo el denominado Sistema PETROECUADOR, por lo tanto, a la parte que dependa de PETROECUADOR, como contraparte de los contratos celebrados con otras empresas para las actividades enumeradas en este artículo y a PETROAMAZONAS” (Decreto Ejecutivo No. 1440, 2008 y 1544, 2009).

Esta declaratoria de estado de excepción se funda en que una deficiente administración de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR significaría una pérdida de ingresos para el desarrollo del pueblo ecuatoriano, lo que puede provocar una grave conmoción interna.

**“Artículo 2.-** La movilización nacional, económica; y, militar de la Fuerza Naval, con el propósito de superar la emergencia provocada por el progresivo e intensivo proceso de disminución de eficiencia en las áreas de: Exploración y producción; industrialización; y, comercialización y transporte de petróleo” (Decreto Ejecutivo No. 1440, 2008 y 1544, 2009).

Se dispone al Ministerio de Defensa para que mediante el Comandante General de la Fuerza Naval autorice la participación de personal de esa rama de las Fuerzas Armadas en la gestión de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR, y sus empresas filiales permanentes, con la finalidad de superar la situación de excepción presentada.

**“Artículo 3.-** El período de duración de este estado de excepción es el de sesenta días a partir de la suscripción del presente decreto ejecutivo. El ámbito territorial de aplicación es en toda la República” (Decreto Ejecutivo No. 1440, 2008 y 1544, 2009).

**Artículo 4.-** El Ministerio de Finanzas situará los recursos suficientes para atender la emergencia.

### **2.1.3. Inobservancia de los principios constitucionales en los decretos ejecutivos emergentes.**

La expedición inconstitucional de los decretos ejecutivos de emergencia en estudio, que fueron dictados al margen del concepto establecido en la ley, configuran un escenario de fuerza mayor o caso fortuito, que distorsiona la naturaleza exacta que el derecho público exige, permitiendo a través de la movilización tanto de recursos económicos como de recursos humanos, que las contrataciones se realicen de manera direccionada, evadiendo los procesos licitatorios exigidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Para el presente estudio se considera los principios que rigen el estado de excepción o emergencia sobre la base de la doctrina que fueron afectados, de la siguiente manera:

**Temporalidad:** El principio de temporalidad ha sido vulnerado debido a que, el estado de emergencia superó los plazos previstos en la norma, esto es el de 60 días; y, al contrario, se produjeron reiterados decretos sobre el mismo tema administrativo de falta de eficiencia y posible conmoción, desnaturalizando el objeto del estado de emergencia y violentado el contenido del artículo 166 de la Constitución de la República. El principio de temporalidad debe ser acorde al daño que se pretende superar. Al haberse distorsionado la causal de emergencia, no puede cumplirse este principio debido a que las causas que motivan la excepción no son de aquellas producidas por fuerza mayor o caso fortuito.

**Necesidad:** El principio de necesidad por lógica, también es trasgredido por las mismas causas; es decir, debido a que los fundamentos que motivan el decreto

no son de aquellos señalados como urgentes, inminentes, para superar una situación grave que causa conmoción social. El principio de necesidad es vulnerado debido a que los problemas o dificultades de las empresas de Petroecuador, responden, al menos en lo que al aspecto administrativo corresponde, a la ineficiencia administrativa, a una falta de planificación, pues la ineficiencia en la exploración, producción y comercialización del crudo, obedece a la pésima administración de sus ejecutivos y no responde a una situación que deba ser enfrentada a través de la figura de la emergencia.

**Territorialidad:** El principio de territorialidad es vulnerado a partir de que, los decretos en estudio declaran a una institución en emergencia, es decir, lo hacen con un ente ficticio, que no posee territorio ni delimitación determinada; sino que, al contrario, es parte de la infraestructura física nacional y no puede determinarse por territorio, lo cual solo demuestra la falta de criterio jurídico y técnico a la hora de emitir estos decretos.

**Proporcionalidad:** El principio de proporcionalidad es trasgredido de manera flagrante al analizar el objeto o causa que motivó la emergencia, la cual se sustenta en la “falta de eficiencia”. Esto, frente a la movilización de recursos económicos y humanos no guarda proporción alguna entre un hecho administrativo y un estado de calamidad o de grave conmoción inminente.

**Legalidad:** El principio de legalidad en el derecho público y en el presente caso, se transgrede de manera expresa cuando, los encargados de la administración pública no adecuan sus procedimientos a lo establecido en la norma jurídica. En los decretos en estudio, las motivaciones o casuales que se argumentaron para dictarlos, no guardan relación con el precepto legal y, por consiguiente, inobservan las causales por las cuales la emergencia o excepción debe ser determinada.

**Racionalidad:** La transgresión de este principio se evidencia casi de la misma manera que el principio de proporcionalidad. No existe relación de entre la

causa que genera la emergencia y las medidas adoptadas para superarlo. La causa es administrativa y las medidas para superar esa ineficiencia administrativa y falta de producción y venta se avocan en la contratación pública. Es claro que lo que se pretendía es evadir los procesos licitatorios. Obviamente que, si la causa que genera la emergencia no es de aquellas insuperables, tal como lo dice la norma jurídica, no se puede esperar racionalidad ni proporcionalidad en sus resultados.

## **2.2. Violación de los principios constitucionales en los decretos ejecutivos de emergencia y excepción.**

Los estados de excepción o necesidad por su naturaleza son excepcionales y permiten a los Estados suspender ciertos derechos tales como la libre movilización, la contratación pública, el derecho a asociarse y sobre todo el derecho a trabajar. Al dictarse un decreto de emergencia, se moviliza personal administrativo que no puede objetar tales decisiones, con lo cual se limita su derecho a trabajar en el lugar que prefiera. Dentro del marco de la urgencia, se limita el derecho de las empresas proveedoras para presentar sus ofertas o para formar consorcios que puedan competir en el mercado de los proveedores de servicios y ejecutores de obras del área petrolera. Consecuentemente, se limita y restringe el derecho a trabajar de estas empresas y de sus trabajadores que las conforman, debido a que el estado de emergencia y excepción libera a una determinada empresa-en este caso a Petroecuador y sus filiales-, a someterse a los procesos de contratación, por tanto, los proveedores de servicios serán seleccionados de manera discrecional por parte de la entidad contratante.

Frente a esto, existen derechos que se preservan en un estado de emergencia legalmente expedido, principalmente, el derecho que tienen todos los ciudadanos a que, el Estado les provea de seguridad frente a un hecho natural grave, o frente a una conmoción social o una guerra, es decir, el derecho a la vida y a su integridad física y emocional.

Los decretos emergentes únicamente son aplicables para situaciones imprevistas e impostergables de grave consecuencia pública que pudiesen darse frente a la falta de acción inmediata.

La ONU señala que los principios constitucionales podrían ser considerados una obligación política o de carácter vinculante, que buscan limitar abusos de poder y que es el Estado el que debe estar obligado y/o adherido a ellos (ONU, 2014, p.4). Estos Principios deberían ser exigibles, pero, además, se deberían incorporar mecanismos para hacerlos cumplir. El Ecuador cuenta con la Corte Constitucional como entidad para hacer cumplir lo que emana de la Constitución como norma superior jerárquica.

La Corte es quien debe determinar si la norma suprema se está aplicando adecuadamente y garantizar su fiel cumplimiento. Sin embargo, como analizaremos en el Capítulo III, la Corte Constitucional, en muchas ocasiones omite efectuar el control correspondiente de constitucionalidad de la norma, y específicamente del decreto de excepción emitido por el presidente de la república, olvidando cumplir su rol de órgano autónomo e independiente de la administración de justicia constitucional” (pág. Web oficial, Corte Constitucional, 2018).

### **2.2.1. ¿Cómo se violaron los principios constitucionales en los decretos ejecutivos de emergencia y excepción; que consecuencias acarreó?**

Los principios constitucionales deben ser respetados para que se decreten los estados de excepción o necesidad, y se encuentran consagrados en el inciso segundo del artículo 164 de la Constitución de la República del Ecuador.

La violación de los principios constitucionales se visualiza tanto en el fondo como en la forma debido a que, las causas que motivan su expedición, inobservan los preceptos contenidos en los artículos 164 y siguientes de la Constitución de la República del Ecuador, y desconocen el número 31 del

artículo 6 y, artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; consecuentemente se ha dado lugar a un régimen de contratación irregular que, por fuera del sistema nacional, evade procesos licitatorios y se escuda en la movilización económica decretada, lo cual deja múltiples consecuencias negativas para el desarrollo del país.

### 2.2.1.1. Violación de principios constitucionales Decreto No. 766.

Tabla 1.

*Violación de principios constitucionales, Decreto 766.*

Principios		Cumplimiento		Observaciones
		SI	NO	
1	Temporalidad		X	Este principio se viola cuando se exceden los límites establecidos en el artículo 166 de la Constitución, esto es que, los estados de excepción tienen como máximo de duración 60 días con una prórroga de 30 días. Sin embargo, para el caso en estudio, el Ex Presidente emitió de formas continua varios decretos, sobrepasando el periodo permitido por la norma suprema. La Corte Constitucional no tomó en cuenta que esta figura de “excepción” no puede prolongarse de manera indefinida y tener carácter permanente.
2	Necesidad		X	Este principio se viola cuando no se han agotado todos los métodos ordinarios para tratar de corregir la situación de crisis que atraviesa el país; en el presente caso, se tomó como única opción dictar el estado de excepción sin analizar otras posibles opciones a las cuales el Estado puede acceder. Ese debió analizar otras opciones tales como cambiar a los Directivos y demás personal de ser necesario, partiendo de la

				premisa de “disminución de eficiencia”.
3	Territorialidad		X	No cumple, por cuanto no se especificó en el decreto el territorio en el que debe regirse o aplicarse el estado de excepción.
4	Proporcionalidad		X	Este principio se viola por cuanto la causa para expedirlo no es proporcional a la medida que se tomó, es decir, la “disminución de eficiencia” en el sector petrolero pudo resolverse tomando otro tipo de postura y no la decretar un estado de excepción, así, no era necesario optar por una declaratoria de estado excepción que acarreó varias consecuencias, tales como la suspensión de derechos, que, en este caso, son innecesarios.
5	Legalidad		X	Si bien en principio, esta institución está regulada dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, no se emitió el decreto conforme a la ley, ya que se contravino los requisitos esenciales para que se dé un estado de excepción.
6	Razonabilidad		X	Este principio se viola debido a que no se logra un equilibrio entre los hechos de peligro y riesgo y las medidas que se tomaron para subsanar dicho peligro o riesgo. Así, al momento de dictar el estado de excepción, se debió analizar la relación con la justicia y la necesidad para poder hacer uso de esta figura, ya que es de “ultima ratio”.

Adaptado de: Decreto Ejecutivo de Emergencia No. 766 de 29 de noviembre de 2007.

### 2.2.1.2. Violación de principios Decreto No. 1440

Tabla 2.

*Violación de principios constitucionales, Decreto 1440.*

Principios		Cumplimiento		Observaciones
		SI	NO	
1	Temporalidad		X	Este principio se viola cuando se exceden los límites establecidos en el artículo 166 de la Constitución, esto es que los estados de excepción tienen como máximo de duración 60 días con una prórroga de 30 días; para el caso en estudio, el artículo 3 señala que el periodo de duración del estado de excepción será de 60 días, sin embargo, de forma inmediata el Ex Presidente emitió reiterativamente varios decretos; dicha ampliación de plazo no está contemplada constitucionalmente. Tomando en cuenta únicamente los tres decretos en estudio, se observa que el Ecuador estuvo en estado de excepción por aproximadamente 5 meses.
2	Necesidad		X	En el decreto de excepción No, 1440 se expresa "...una deficiente administración de la empresa PETROECUADOR, significaría una pérdida de ingresos...lo que puede provocar una grave conmoción interna (Decreto Ejecutivo No. 1440, 2008, artículo 1) ..."; Este no es un argumento de necesidad extrema, es sin duda una mala administración interna de la empresa estatal, que si bien es cierto significa pérdida de ingresos, no se puede suponer un hecho futuro e incierto como la conmoción interna.
3	Territorialidad	X		Si cumple, por cuanto se dictó el presente decreto dentro del territorio Ecuatoriano y rige exclusivamente para éste.

4	Proporcionalidad		X	Este principio se viola por cuanto la causa para expedirlo no es proporcional a la medida que se tomó, es decir, una “deficiente administración de la empresa PETROECUADOR” pudo resolverse tomando otro tipo de medidas y no la decretar un estado de excepción por un hecho innecesario e incierto.
5	Legalidad		X	Si bien es cierto esta institución está regulada dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la declaratoria no se decretó conforme a la ley, ya que se contravino los requisitos esenciales para que se dé un estado de excepción.
6	Razonabilidad		X	Este principio se viola debido a que no se logra un equilibrio entre los hechos de peligro y riesgo y las medidas que se tomaron para subsanar dicho peligro o riesgo; al momento de dictar el estado de excepción, este debió analizar la relación con la justicia y la necesidad para poder hacer uso de esta figura, ya que es de “ultima ratio”.

Adaptado de: Decreto Ejecutivo de Emergencia No. 1440, Registro Oficial Nro. 477, expedido el 28 de noviembre 2008.

### 2.2.1.3. Violación de principios Decreto No. 1544

Tabla 3.

*Violación de principios constitucionales, Decreto 1544.*

Principios		Cumplimiento		Observaciones
		SI	NO	
1	Temporalidad		X	Este principio se viola cuando se exceden los límites establecidos en el artículo 166 de la Constitución, esto es que los estados de excepción tienen como máximo de duración 60 días con una prórroga de 30 días; para el

				<p>caso en estudio, el artículo 3 señala que el periodo de duración será de 60 días, sin embargo, de forma inmediata el Ex Presidente emitió reiterativamente varios decretos; dicha reiteración no está contemplada ni permitida constitucionalmente. Tomando en cuenta únicamente los tres decretos en estudio, se observa que el Ecuador estuvo en estado de excepción por aproximadamente 5 meses.</p>
2	Necesidad		X	<p>Se viola este principio por cuanto bajo la premisa de "...una deficiente administración de la empresa PETROECUADOR, significaría una pérdida de ingresos...lo que puede provocar una grave conmoción interna..." (Decreto Ejecutivo No. 1544, 2009, artículo 1); claramente este no es un argumento de necesidad extrema por la cual de carácter urgente se debía dictar el estado de excepción, es sin duda una mala administración interna de la estatal, que si bien es cierto significa pérdida de ingresos, mas no se puede suponer un hecho futuro e incierto como la conmoción interna.</p>
3	Territorialidad	X		<p>Si cumple, por cuanto se dictó el presente decreto dentro del territorio Ecuatoriano y rige exclusivamente para este.</p>
4	Proporcionalidad		X	<p>Este principio se viola por cuanto la causa para expedirlo no es proporcional a la medida que se tomó, es decir, una "deficiente administración de la empresa PETROECUADOR" pudo resolverse tomando otro tipo de medidas y no la decretar un estado de excepción por un hecho innecesario e incierto.</p>
5	Legalidad		X	<p>Si bien es cierto esta institución está regulada dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano,</p>

				sin embargo, no se la decretó conforme a la ley, ya que se contravino los requisitos esenciales para que se dé un estado de excepción.
6	Razonabilidad		X	Este principio se viola debido a que no se logra un equilibrio entre los hechos de peligro y riesgo y las medidas que se tomaron para subsanar dicho peligro o riesgo; al momento de dictar el estado de excepción, este debió analizar la relación con la justicia y la necesidad para poder hacer uso de esta figura, ya que es de "ultima ratio".

Adaptado de: Decreto de Emergencia No. 1544, Registro Oficial Nro. 518, expedido el 30 de enero de 2009.

La Tablas 1 y 2, son de similares características puesto que los decretos ejecutivos emergentes No.1440 y No. 1544, fueron redactados de la misma forma; con la diferencia de que únicamente cambia la fecha en que fueron expedidos, por una parte, el 1440 que va del 19 de noviembre de 2008 hasta el 18 de enero de 2009, y por otra parte el 1544 que va desde el 20 de enero de 2009 hasta el 19 de marzo de 2009.

El autor Guala (2012, p. 45) menciona que las medias extraordinarias que los estados de excepción adoptan, deben ser de carácter temporal y no pueden ser prolongados más allá de los plazos señalados por la Constitución, convirtiéndose en Estados indefinidos, ya que el desconocimiento de los principios, especialmente del principio de temporalidad, afectaría el ordenamiento jurídico del estado de derecho, convirtiendo a dichas medidas extraordinarias en una ley normal y ordinaria, atentando de esta manera al principio constitucional de legalidad.

### 2.3. ¿Cómo se trasgredió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP); y qué consecuencias acarreo dicha transgresión?

La legalidad puede definirse como la calidad de que es legal, es decir, estar conforme a la ley. Torres, señala que la ley es el acto que emana del órgano legislativo de acuerdo con las normas que establece o dictamina la Constitución; la ley en sentido formal es la determina la legalidad de los actos realizados. (Torres, 1987, p. 42).

El artículo 6, número 31 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, (LOSNCPP) señala lo siguiente:

**“Situaciones de Emergencia:** Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva” (LOSNCPP, 2017, art. 6.31).

Así mismo, el artículo 57 *ibídem* habla sobre el procedimiento de contratación en situaciones de emergencia, el mismo señala que la entidad, en este caso el Estado a través de su empresa PETROECUADOR EP, podrá contratar de manera directa, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que requieran de manera estricta para superar la emergencia por la que está atravesando el país.

Dicho esto, con la expedición de los decretos ejecutivos de emergencia en estudio el Estado ha contrato de manera directa, evitando el proceso de licitación completado en el Capítulo III, artículos 48 y 49 *ibídem*.

Varias han sido las empresas que han contratado con el Estado, entre estas están SK Engineering & Construction Co. Ltd. y Worley Parsons International Inc., TLV Engineering, Tesca Ingeniería del Ecuador, Petrochina Company Limited, entre otras.

El 16 de agosto de 2016 la revista virtual "FOCUS", publica un análisis de varias irregularidades que se dieron en el periodo anterior y que Fernando Villavicencio había demandado, esta publicación se denominó "La Década Corrupta", en la cual señala que en octubre de 2008 se firmó sin licitación, para el bloque 20, campo Pungarayaku, con la empresa canadiense Ivanhoe para el procesar el petróleo extrapesado. La Contraloría General del Estado emitió dos informes en los años 2013 y 2014, en los cuales se confirmó que existieron irregularidades en la contratación; el contrato se terminó en el 2015 y no generó ningún barril de petróleo, generando gastos de aproximadamente 43 millones USD. (FOCUS , 2016).

### **3. CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS DECRETOS DE EMERGENCIA Y EXCEPCIÓN.**

Borja (1950, p. 629), señala que el punto de partida para determinar la constitucionalidad de una norma es la Constitución y la legalidad de dicha norma es la ley, dicho esto, mediante este proceso básico se puede conocer cuando una norma está conforme a la Constitución y a la ley.

La palabra constitucionalidad implica el respeto irrestricto a la Constitución del Estado. El control constitucional requiere la existencia de un órgano independiente de las demás funciones estatales, encargado de realizar el control de una Constitución rígida y de una acción para alcanzar la protección de los derechos humanos (Torres, 1987, p. 49).

Así mismo, Hans Kelsen (1974) mencionó claramente la necesidad de un órgano independiente con la función de controlar la constitucionalidad, puesto

que la garantía del control existe solamente cuando la anulación del acto irregular es pronunciada inmediatamente por un órgano completamente diferente e independiente de aquel que ha realizado el acto irregular. (p. 510). El control constitucional supone un problema de titularidad, pues es un medio para garantizar la supremacía de la Constitución.

Dicha supremacía constitucional se desplaza en un área que es justamente el control y busca que las leyes y los actos administrativos no atenten contra la Constitución. Torres manifiesta que el ámbito del control constitucional delimita la competencia del poder político en relación con los derechos y garantías que goza la sociedad, es por ello que restringir que es conveniente restringir en control constitucional a garantizar la supremacía de la constitución con respecto a las normas y actos dictados por órganos estatales (Torres, 1987, p. 59).

Por su parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), determina como finalidad del control constitucional, el garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás normas que integran el sistema jurídico.

Ya en materia, el capítulo séptimo de la ley ibídem, en el artículo 119, que se refiere a los objetivos y alcance del control constitucional de los estados de excepción, determina que este garantiza el disfrute pleno de los derechos constitucionales, a fin de salvaguardar el principio de separación y equilibrio de los poderes públicos, se agrega, que la Corte Constitucional deberá efectuar un control formal y material constitucional automático de los decretos que declaren un estado de excepción y los que se dicten con fundamento en este; sin que se afecte el control la vigencia de dichos actos administrativos (LOGJCC, 2009, artículo 119).

En cuanto al control formal de la declaratoria de estado de excepción, el artículo 120 de la ley en estudio manda a que, la Corte Constitucional verifique que el decreto cumpla los siguientes requisitos:

1. “Identificación de los hechos y de la causal constitucional que se invoca.
2. Justificación de la declaratoria.
3. Ámbito territorial y temporal de la declaratoria.
4. Derechos que son susceptibles de limitación, cuando fuere el caso.
5. Las notificaciones que correspondan de acuerdo con la Constitución y a los Tratados Internacionales” (LOGJCC, 2009, art. 120).

En lo referente al control material del estado de excepción, el artículo 121 de la LOGJCC, ha determinado que la Corte Constitucional, verifique al menos lo siguiente:

1. “Que los hechos alegados en la motivación hayan tenido real ocurrencia.
2. Que los hechos constitutivos de la declaratoria configuren una agresión, un conflicto armado internacional o interno, graves conmoción interna, calamidad pública o desastre natural.
3. Que los hechos constitutivos de la declaratoria no puedan ser superados a través del régimen constitucional ordinario.
4. Que la declaratoria se decrete dentro de los límites temporales y espaciales establecidos en la Constitución de la República” (LOGJCC, 2009, art. 121).

De lo revisado en la normativa legal, se concluye que el estado de excepción se encuentra sujeto, al menos en lo que a la normativa jurídica se refiere, a un control riguroso por parte de la Corte Constitucional, control que se contiene componentes de tipo formal y de tipo material.

No obstante, el mencionado control no se refleja en los fallos constitucionales que sobre la materia en cuestión procederemos a analizar a continuación.

### **3.1. Posiciones Argumentativas de las Partes (Sentencia Nro. 005-09-Sin-Cc).**

#### **3.1.1. Accionantes**

- Abogado León Roldós Aguilera, en su calidad de Asambleísta de la Comisión Legislativa y de Fiscalización de la Asamblea Nacional.

Cabe precisar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, por contener la demanda formulada por los señores Jhon Plaza Garay, Secretario General del Comité de Empresa de Petroecuador y otra causa con identidad de objeto y acción, la Sala de Admisión ordenó la acumulación de las acciones No 0003-09-IA y 0007-09-IA y se admitieron a trámite.

#### **3.1.1.1. Antecedentes de los fundamentos de hecho materia de la demanda.**

En el líbello de la demanda se detalla la secuencia de Decretos Ejecutivos que declararon la emergencia en PETROECUADOR y sus empresas filiales, estado de excepción que inicia con el Decreto No 766 el 29 de noviembre del 2007.

Posteriormente, con fecha 28 de noviembre del 2008, el Economista Rafael Correa Delgado, presidente de la República a la época, expidió el Decreto Ejecutivo No. 1440, instrumento que en su artículo 1. declara el estado de excepción en la Empresa de Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR EP y sus filiales permanentes; y, en el artículo 2, ordena de manera expresa: "La movilización nacional, económica; y, militar de la Fuerza Naval, con el propósito

de superar la emergencia provocada por el progresivo e intensivo proceso de disminución de eficiencia en las áreas de: Exploración y producción; industrialización; y, comercialización y transporte de petróleo” (SENTENCIA NRO. 005-09-SIN-CC, 2009).

El artículo 3 del instrumento en referencia establece que: "El período de duración de este estado de excepción es el de sesenta días a partir de la suscripción del presente decreto ejecutivo".

Luego, con fecha 20 de enero del 2009, el mismo presidente de la República de la época de los hechos, expide un nuevo Decreto Ejecutivo, esta vez signado con el No. 1544, en idéntico sentido; instrumento que, en su artículo 1 declara el estado de excepción en la Empresa de Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR EP y sus filiales permanentes, en los mismos términos del Decreto No. 1440 de 28 de noviembre del 2008.

Cabe señalar que, mediante sentencia No. 001-09-SEE-CC, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo No. 1440 del 19 de noviembre del 2008.

En la demanda se argumenta: “Luego de catorce meses que a la Fuerza Naval se le ha entregado PETROECUADOR EP, ya no hay emergencia ni estado de excepción alguna, sino una rutina de gestión” (SENTENCIA NRO. 005-09-SIN-CC, 2009).

En la relación fáctica manifiestan: “La situación jurídica se “vuelve insolente” cuando se dicta el Decreto Ejecutivo No. 1544 del 20 de enero del 2009, porque para violar la esencia del artículo 266 que sólo permite una renovación y por treinta días, aparentemente se deja caducar el estado de excepción del 19 de noviembre del 2008, al cumplirse los sesenta días el 18 de enero del 2009 y se declara otro estado de excepción para PETROECUADOR y sus filiales, con igual redacción, objeto y efectos que el Decreto No. 1440 del 19 de

noviembre del 2008 y similar a los seis decretos anteriores de declaratoria de emergencia citados y se viola lo dispuesto en el artículo 164 de la Constitución de la República que señala las cinco únicas causales para declarar el estado de excepción” (SENTENCIA NRO. 005-09-SIN-CC, 2009).

Agregan: “El Decreto Ejecutivo No. 1544 se sustenta en que la deficiente administración de PETROECUADOR representaría una pérdida de ingresos para el desarrollo del pueblo ecuatoriano, lo que puede provocar una gran conmoción interna y esto significa que en el presente no existe conmoción, no solo por el tiempo verbal utilizado en el decreto, sino porque la mencionada pérdida de los ingresos no demostrada fehacientemente con cifras se acentúa con la afirmación que consta en la segunda consideración del decreto: "toda la ineficiencia puede provocar una grave conmoción interna".

Que el decreto se basa en la ineficiencia real o ficticia de la burocracia de PETROECUADOR y no en la conmoción interna que esa ineficiencia habría provocado en el país. En todos los decretos señalados anteriormente se utilizó el mismo argumento de declaración de estado de emergencia, tornándose falso y revelando "una falacia jurídica utilizada por el presidente de la República para manejar esta área de la actividad productiva..." (SENTENCIA NRO. 005-09-SIN-CC, 2009).

Ya en el análisis académico jurídico sobre la constitucionalidad y/o legalidad de los referidos decretos ejecutivos, y efectuado un ejercicio simple de confrontación de estos, frente a la normativa constitucional, se colige de manera clara que, se habría extralimitado al menos, la conceptualización del decreto de emergencia. Se enervan de manera clara las causales constitucionales por las cuales el presidente de la República puede decretar la excepción, con los límites que la Constitución y ley en estudio claramente exige.

En la realidad se evidencia que la causal fundamental en la que se basa el Ejecutivo para la declaratoria de emergencia se sustenta en hechos supuestos, que no pasan, o no se encuentran sucediendo, que “podrían suceder”; hechos figurados y subjetivos, que no suceden.

Los decretos ejecutivos tienen como idéntica causal una suposición de algo que podría acontecer en el futuro como también que no pueda acontecer; riesgos que podrían generarse como no generarse, que simplemente se suponen y que se generan exclusivamente por factores de orden administrativo y no obedecen y no son producto de circunstancia de “grave conmoción interna” como lo expresa la norma jurídica.

Lógicamente, estas suposiciones no tienen motivación real en los hechos y por tanto carecen de eficacia jurídica, resultan nulos e inaplicables en el ámbito jurídico y en el ámbito ético, constituyen verdadero abuso de poder y extralimitación de funciones; por lo que, si lo que se pretendía es evitar los procesos licitatorios de contratación para superar las necesidades del sector petrolero estatal y con esto, proceder a la contratación directa de bienes y servicios, o de ejecución de obras, podrían configurarse incluso conductas delictivas que hagan presumir la perpetración de ilícitos contra los intereses del Estado y de los ciudadanos.

Si la fundamentación de los decretos se encuentra fuera del rango normativo y se sustenta en la excusa de la ineficacia burocrática, este factor sin duda, obedece a una falta de planificación institucional, y no responde a un hecho o acontecimiento grave, o a una inundación o terremoto como lo manifiesta la ley. Tampoco se trata de inundaciones ni sequías, ni menos de grave conmoción interna, como se pretende disfrazar la causal.

La emergencia o excepción se activa frente a acontecimientos que no pueden preverse tales como: La agresión externa, una guerra internacional, catástrofes naturales, terremotos o incendio. Así, son objeto de excepción o emergencia,

todos aquellos acontecimientos que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, ya sean estos, a nivel nacional, sectorial o institucional.

Se trata entonces de acontecimientos que se están sucediendo, pero en el presente caso, se ha conjugado el verbo que rige el núcleo del decreto de modo futuro e intentando prever una posible conmoción; lo cual, sin duda, trastoca el principio de inmediatez y oportunidad que requiere la excepción o la emergencia; pues como vemos, la excepción o emergencia se produce por un hecho irresistible, por una fuerte realidad social; por un hecho natural o catástrofe que requiere de la movilización inmediata de las autoridades para superar la emergencia que afecta a sus ciudadanos. Un hecho tan grave como la guerra.

La emergencia o estado de excepción es concreto, es inmediato; constituye una situación imprevisible, palpable, real y objetiva. Por tanto, al sustentarse los decretos de emergencia, sobre la base de supuestos que obedecen a deficiencias administrativas que surgen generalmente por la falta de planificación de las organizaciones y entes públicos o estatales, y en el caso en concreto, la falta de planificación de las autoridades y directivos de Petroecuador, sumada a la irresponsabilidad jurídica de quienes participaron en el proceso de expedición de los decretos de emergencia y excepción que dieron paso a la suscripción de estos instrumentos por parte del ex presidente de la República, harían presumir no solo que se trastocó los principios jurídicos que sustentan la institución de la excepción o emergencia en la ley, como facultad del ejecutivo, y que su expedición se basa en hechos no comprobados ni objetivos sino en suposiciones que obedecen al orden administrativo, sino que, con la expedición de dichos decretos, se libera de las obligaciones contractuales a las que se encuentran sujetos todos los entes públicos a la hora de procesar la contratación de bienes, ejecución de obras, o prestación de servicios, incluidos los de consultoría.

Con la expedición de los decretos de excepción o emergencia, se prescinde de la sujeción que los servidores públicos deben a los principios de la contratación

y, al contrario, se procede a contratar de manera directa, por fuera del sistema nacional de contratación pública, evitándose, por tanto, la ejecución de los procesos que dan lugar a la mejor selección de ofertas y precios, que es el fin mismo de la contratación para el sector público.

En este punto del ensayo hasta se puede presumir que, a través de la declaratoria de emergencia o del estado de excepción, se pudo haber colocado de manera figurada un “paraguas” sobre las contrataciones del sector petrolero a fin de que, evitando el proceso licitatorio que corresponde a las contrataciones realizadas por las entidades requirentes, se proceda a la práctica de invitar de manera directa a las personas o sociedades jurídicas que no necesariamente cumplen con los perfiles óptimos en los diferentes niveles de calidad y mejor precio.

Esto se da obviamente por la inaplicación del principio de publicidad por el cual, el mayor número de oferentes posibilita el escogimiento del mejor proponente y del mejor precio, principio fundamental de la contratación pública que, en la práctica y en los hechos, evidenciamos que se ha eludido a través de la expedición de los decretos que se estudian; impidiendo con esto, la libre competencia, y asegurando la participación única de las o las personas o compañías que han sido invitadas a proveer el servicio, ejecutar la obra, proveer el bien o ejecutar la consultoría.

### **3.1.1.2. Normativa señalada:**

El artículo 164 de la Constitución de la República del Ecuador, en su primer inciso, establece las cinco causales para que el señor presidente de la República declare el estado de excepción: “...agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural...” (CRE, 2008, art. 164).

Por su parte, el artículo 165 de la Carta Fundamental, faculta al presidente de la República para que, por estado de excepción pueda: “6. Disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; Disponer la movilización y las requisiciones que sean necesarias, y decretar la desmovilización nacional cuando se restablezca la normalidad” (CRE, 2008, art. 165).

El artículo 166, incisos segundo y tercero de la misma Constitución señala que: "El decreto de estado de excepción tendrá vigencia hasta un plazo máximo de sesenta días. Si las causas que lo motivaron persisten podrá renovarse hasta por treinta días más, lo cual deberá notificarse. Si el presidente no renueva el decreto de estado de excepción o no lo notifica, éste se entenderá caducado. Cuando las causas que motivaron el estado de excepción desaparezcan, la Presidenta o Presidente de la República decretará su terminación y lo notificará inmediatamente con el informe correspondiente". (CRE, 2008, artículo 166).

Como vemos, la Constitución de la República del Ecuador, ha establecido límites para el establecimiento del estado de excepción. Así, ha delimitado las causales por las cuáles se puede expedir o utilizar esta facultad presidencial.

Los efectos de la declaratoria de emergencia otorgan potestades extraordinarias a la función Ejecutiva, y la movilización de los recursos necesarios para superar la emergencia, ya sean estos humanos o económicos; La Constitución de la República también ha delimitado el plazo de duración de un decreto de esta naturaleza, concediéndole vigencia por sesenta días y pudiendo ser renovado hasta por treinta más; es decir, un decreto de excepción puede durar hasta 90 días.

Sin embargo, vemos que el legislador ha dejado abierta la posibilidad de la caducidad en los casos en los que el presidente no renueve el decreto o no lo modifique.

### **3.1.1.3. Vulneración Constitucional**

Los accionantes manifiestan en síntesis que, el estado de excepción declarado mediante Decreto No. 1440, concluyó el 18 de enero del 2009 (60 días posterior a su suscripción), y por ello, al amparo lo dispuesto en el artículo 166 de la Constitución de la República, dicho estado de excepción solo podía renovarse hasta por treinta días, circunstancia que no ocurrió, toda vez que se dicta un nuevo decreto ejecutivo con vigencia de sesenta días Decreto No. 1544, y además éste se suscribe una vez fenecido el plazo de ejecución del primer Decreto No.1440, trasgrediendo así la Carta Magna.

### **3.1.2. Contestación de las autoridades demandas**

#### **3.1.2.1. Comparecientes**

- El señor doctor Néstor Arboleda Terán, Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado.
- El señor doctor Alexis Mera Giler, Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, delegado del señor presidente del Ecuador.

#### **3.1.2.2. Argumentos señalados**

El delegado de la Procuraduría General del Estado señala: “El sector petrolero es considerado estratégico, por lo que es indispensable que su manejo y administración lo realice el personal militar de las Fuerzas Armadas, como dispone el Decreto Ejecutivo, el que cumple con lo señalado en el artículo 33 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición (...)” (SENTENCIA NRO. 005-09-SIN-CC, 2009).

Además, refiere: “(...) el Decreto Ejecutivo tiene identidad de objeto con relación al Decreto Ejecutivo No. 1440 del 29 de noviembre del 2008, constitucionalidad que fue revalidada por el Pleno de la Corte”.

El delegado de la presidencia de la República manifiesta “Por el transcurso del tiempo, y de conformidad con la norma constitucional, el Decreto Ejecutivo No 1440 del 19 de noviembre del 2008 caducó, por lo que el señor presidente de la República, en ejercicio de su atribución constitucional declaró el estado de excepción mediante Decreto Ejecutivo N.O 1544 (...)” (SENTENCIA NRO. 005-09-SIN-CC, 2009).

### **3.2. Argumentos de la Corte:**

Es menester señalar que se contemplan dos escenarios en cuanto a la argumentación del Pleno, el primero, constituido por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con cinco votos a favor, de los doctores: Miguel Ángel Naranjo, Freddy Donoso Páramo, Diego Pazmiño Holguín, Fabián Sancho Lobato y Edgar Zárate Zárate; y un segundo escenario determinado por el voto salvado de la doctora Nina Pacari Vega.

El primer escenario (Pleno) en cuanto al enfoque se considera como problema jurídico:

- Sentido y alcance del control de constitucionalidad por el fondo y por la forma
- Relativización del principio de temporalidad y facultad extraordinaria del Ejecutivo
- Espíritu de la Ley de Empresas Públicas aplicable al caso concreto.

El segundo escenario (Voto Salvado) en cuanto al enfoque se considera como problema jurídico:

- Temporalidad de los estados de excepción en caso de concurrencia de las causas que lo motivaron.

- La naturaleza jurídica y finalidad de los estados de excepción; posibilidad de declararlos por causales ajenas a las contenidas dentro del marco constitucional;
- El principio de necesidad para mantener un estado de excepción

### **3.2.2. Breve análisis de las propuestas**

En cuanto al primer punto al que hace referencia el Pleno, esto es, el alcance del control de constitucionalidad por el fondo y por la forma, resulta importante señalar textualmente lo que sigue:

“Cuando la Corte efectúa un control de constitucionalidad de fondo, pasa revista a cuestiones sustanciales o materiales; es decir, analiza el acto normativo impugnado en función de posibles regulaciones contrarias a los derechos plasmados en la Constitución. Por el contrario, cuando la Corte efectúa un control de constitucionalidad de forma, examina si el acto normativo impugnado adolece de vicios de procedimiento en su proceso de formación, conforme lo determina el texto constitucional” (SENTENCIA NRO. 005-09-SIN-CC, 2009).

No obstante, en el análisis no se mencionan las razones de fondo que se enuncian como objeto de estudio, únicamente se pronuncia escuetamente sobre la “forma” indicando que: “Por lo tanto, al no haberse demostrado que el acto normativo adolezca de vicios de forma, se declara la constitucionalidad de esta, sin que ello implique la imposibilidad de pronunciarse respecto a la supuesta inconstitucionalidad de fondo” (SENTENCIA NRO. 005-09-SIN-CC, 2009).

En cuanto a la temporalidad en su parte pertinente señalan:

“Esto último, impone al Estado la obligación de señalar cuáles han sido los medios utilizados para superar la crisis y por qué razón no han sido

suficientes, por otro lado, explicar cuáles han sido los logros obtenidos mientras estaba en vigencia el estado de excepción. A juicio de esta Corte, tal justificación debería, en lo sucesivo, aparecer claramente detallada en la parte considerativa del Decreto Ejecutivo, por el cual se declara el estado de excepción” (SENTENCIA NRO. 005-09-SIN-CC, 2009).

Dicho esto, concluyen que el acto normativo impugnado no contraviene norma constitucional alguna, sin que precisen más argumentos derivados de su conclusión. Por su parte, la Jueza Constitucional Dra. Nina Pacari (2009), que interpone el voto salvado en su orden si realiza un análisis más detallado sobre la temporalidad manifestando:

“Cabe destacar que la declaratoria de estado de excepción concede al ejecutivo un tiempo prudencial para tratar de estabilizar la situación de conmoción o el daño grave que pudiese estarse suscitando en el país, hecho que no constituye una puerta abierta para mantener al país o a un sector en permanente emergencia (...)” (SENTENCIA NRO. 005-09-SIN-CC, 2009)

Agrega:

“La Constitución de la República determina en el artículo 166 que, si el presidente no renueva el decreto de estado de excepción o no lo notifica, este se entenderá caducado, ante lo cual se colige que al no haberse renovado el decreto ejecutivo No. 1440 de 19 de noviembre del 2008, aquel se hallaba caducado, por ende, la posibilidad de renovación se encontraba fenecida” (SENTENCIA NRO. 005-09-SIN-CC, 2009).

Se concluye que, los decretos ejecutivos materia del estudio, transgreden los principios constitucionales de los estados de excepción, tomando en cuenta

que la motivación de la crisis que justifica la declaratoria de excepción, es la misma situación de crisis que validó la declaratoria de excepción contenida en el Decreto Ejecutivo No. 1440.

El pleno, por su parte, se refiere a la Ley Orgánica de Empresas Públicas como la destinada a mejorar la capacidad operativa de las empresas públicas en cumplimiento de las metas fijadas en las políticas del Estado ecuatoriano. Sin embargo, no se explican las bondades de la normativa orgánica, sus principios, autonomía, y demás aciertos de la norma. Consecuentemente, se niega la demanda de Acción Pública de Inconstitucionalidad.

Por otra parte, la Jueza Constitucional Dra. Nina Pacari, que interpone el voto salvado, si se permite señalar el contexto de la naturaleza jurídica y la finalidad de los estados de excepción, incluso enunciando la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además propone un análisis considerando las democracias occidentales, que establecen como derechos susceptibles de limitación en estado de excepción, la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, libertad de tránsito, asociación, reunión e información, y concluye señalando:

“(...) la declaratoria de un estado de excepción dentro de un órgano estatal como Petroecuador fundamentado en supuestos que podrían ocurrir en un futuro no se considera como una medida proporcional ante la magnitud que una declaratoria de este orden comporta” (SENTENCIA NRO. 005-09-SIN-CC, 2009).

En cuanto a la determinación de los derechos que podrán suspenderse o limitarse la Jueza Constitucional que interpone el voto salvado señala: “el decreto no establece expresamente cuales son los derechos fundamentales limitados por la declaratoria de estado de excepción, dejando una carta abierta para que se puedan suspender toda clase de derechos”.

Concluyendo en su análisis:

“No se ha demostrado fundamentada mente la causa extraordinaria por la cual se debe declarar el estado de excepción, por lo que bien podría aplicarse correctivos dentro de la administración de PETROECUADOR y sus filiales, por intermedio de mecanismos legales ordinarios y no recurrir a una situación que amerita una connotación especial como es la declaratoria de estado de excepción, por lo que no se justifica limitar derechos por el simple hecho de señalar que la negligente administración de este organismo puede comportar una grave conmoción interna; negligencia que además resultaría reiterativa” (SENTENCIA NRO. 005-09-SIN-CC, 2009).

### **3.3. Crítica a la Sentencia Nro. 005-09-Sin-Cc:**

Sobre la base legal y frente al proceso descrito, la Corte Constitucional, debió realizar un análisis descriptivo de los decretos, apegándose al tenor literal de las disposiciones emanadas de la norma suprema. Los jueces de la Corte no pueden ni deben sobrepasar los preceptos constitucionales a su libre albedrío, es decir que solo se puede ordenar y hacer cumplir lo que está escrito.

En la sentencia, el análisis del decreto es muy escueto y respalda la tesis de que en PETROECUADOR y sus filiales, se estaba por vivir una emergencia la cual supuestamente provocaría una grave conmoción interna en el Estado ecuatoriano. Según sus apreciaciones, no existieron dudas razonables ni contradicción alguna en la motivación de los decretos que declararon el estado de excepción aun cuando sus antecedentes no se apegaban a ninguna de las causales establecidas en la Constitución de la República. Lo cual devino en una primera sentencia a favor de la propuesta del Ejecutivo.

En materia objeto de la investigación del presente trabajo resulta importante identificar si los decretos sujetos al control constitucional cumplieron conforme a lo que establece el artículo 164 de la Constitución de la República, esto es:

- a) Autoridad encargada de decretar el estado de excepción, (si cumple).
- b) Ámbito territorial al que hace referencia el estado de excepción, (si cumple).
- c) Causa bajo las cuáles se puede declarar el estado de excepción, (no cumple).

En este punto se debe agregar que las deficiencias en las operaciones de la empresa pública, son imputables a su administración y a las autoridades, que dentro de cada uno de sus periodos de actuación han tomado las decisiones que derivaron en un escenario perjudicial para la empresa; acciones y omisiones que conllevan a responsabilidades administrativas, civiles y penales producto de su actuación o por su omisión, y que son materia de observación por parte del ente de control. A la luz de lo dicho no existe una grave conmoción, conflicto armado o de una agresión; una calamidad pública; o desastre natural. Las razones que motivan el decreto en referencia son de índole empresarial imputables a su autoridades y funcionarios, cuya responsabilidad es sancionada por el estado conforme lo señalan los artículos 40 “Responsabilidad por acción u omisión”, 45 “Responsabilidad administrativa Culposa”, 52 “Responsabilidad Civil Culposa”, y, 65 “Indicios de Responsabilidad Penal” de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE, 2015, artículos 40-65).

Queda claro que, las empresas públicas, bajo el imperio de su ley orgánica vigente en el período del decreto como lo señala el mismo pleno, mantienen autonomía administrativa, y en ese orden son llamados a obtener eficiencia y utilidad en sus operaciones, así su giro de negocio sea materia de un sector estratégico.

En varias auditorías elaboradas por la Contraloría General del Estado, a modo de ejemplo tenemos la auditoría realizada a la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador, EP PETROECUADOR, al “proceso precontractual, contractual y ejecución del convenio y contratos de compra-venta de crudo oriente y napo” y la compañía PETROCHINA International Company Limited, por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2009 y el 25 de noviembre de 2015, cuyo objetivo era determinar la propiedad, legalidad, veracidad y conformidad de los procesos antes señalados (Informe Especial No. DA3-0015-2012, p. 2).

d) El período de duración, (no cumple).

Conforme el análisis de temporalidad enunciado por el Dra. Nina Pacari, no podía producirse una extensión, la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 166 del inciso segundo del texto constitucional es totalmente clara y de forma textual determina que ésta tendrá vigencia en un plazo máximo de sesenta días, por el contrario el ejecutivo ha implementado un estado de excepción permanente a PETROECUADOR EP y sus filiales, en ausencia de una adecuada planificación, permitiendo que se violenten principios de la administración pública y se coloque en una situación de ventaja a una empresa pública que no debería mantenerla en el mercado.

e) La determinación de los derechos que podrán suspenderse o limitarse, (parcialmente cumplida).

Una de las razones que deriva en un escenario de inconstitucionalidad es la ausencia de derechos que podrán suspenderse o limitarse, si no existen éstos, no se justifica un estado de excepción, en el contenido del decreto en referencia, tanto en su parte considerativa como resolutive no se revela el impacto de la medida y los derechos sacrificados, refugiándose en una protección inentendible a la empresa pública a fin de que en base al estado de

excepción se justifique la movilización de la Fuerza Naval para que brinde su contingente y superar aquella amenaza que no se termina de explicar.

En la realidad se evidencia que la causal fundamental en la que se basa el presidente de la República para la declaratoria de emergencia se sustenta en hechos supuestos, que no pasan, o no se encuentran sucediendo, que “podrían suceder”; hechos figurados y subjetivos.

Los decretos ejecutivos tienen como idéntica causal una suposición de algo que podría acontecer en el futuro como también que no pueda acontecer; riesgos que podrían generarse como no generarse, que simplemente se suponen y que se generan exclusivamente por factores de orden administrativo y no obedecen y no son producto de circunstancia de “grave conmoción interna” como lo expresa la norma jurídica.

Lógicamente, estas suposiciones no tienen motivación real en los hechos y por tanto carecen de eficacia jurídica, resultan nulos e inaplicables en el ámbito jurídico y en el ámbito ético, constituyen verdadero abuso de poder y extralimitación de funciones; por lo que, si lo que se pretendía es evitar los procesos licitatorios de contratación para superar las necesidades del sector petrolero estatal y con esto, proceder a la contratación directa de bienes y servicios, o de ejecución de obras, podrían configurarse incluso conductas delictivas que hagan presumir la perpetración de ilícitos contra los intereses del estado y de los ciudadanos.

Si la fundamentación de los decretos se encuentra fuera de todo rango normativo y se sustenta en la excusa de la ineficacia burocrática, este factor sin duda, obedece a una falta de planificación institucional, y no responde a un hecho o acontecimiento grave, o a una inundación o terremoto como lo manifiesta la ley. Tampoco se trata de inundaciones ni sequías, ni menos de grave conmoción interna, como se pretende disfrazar la causal.

De lo consagrado en la Constitución de la República del Ecuador y como ya se dijo anteriormente, la emergencia o excepción se activa frente a acontecimientos que no se pueden preverse tales como: La agresión externa, una guerra internacional, catástrofes naturales, terremotos o incendio. Así, son objeto de excepción o emergencia, todos aquellos acontecimientos que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, ya sean estos, a nivel nacional, sectorial o institucional.

Se trata entonces de acontecimientos que se están sucediendo, pero en el presente caso, se ha conjugado el verbo que rige el núcleo del decreto de modo futuro e intentando prever una posible conmoción; lo cual, sin duda, trastoca el principio de inmediatez y oportunidad que requiere la excepción o la emergencia; pues como vemos, la excepción o emergencia se produce por un hecho irresistible, por una fuerte realidad social; por un hecho natural o catástrofe que requiere de la movilización inmediata de las autoridades para superar la emergencia que afecta a sus ciudadanos.

La emergencia o estado de excepción es concreto, es inmediato; constituye una situación imprevisible probada, real y objetiva, como lo señala la LOSNCP el artículo 6, número 31. Por tanto, al sustentar los decretos de emergencia sobre la base de supuestos que obedecen a deficiencias administrativas que surgen generalmente por la falta de planificación de las organizaciones y entes públicos o estatales, y en el caso en concreto, la falta de planificación de las autoridades y directivos y autoridades de Petroecuador, sumada a la irresponsabilidad jurídica de quienes participaron en el proceso de expedición de los decretos de emergencia y excepción que dieron paso a la suscripción de estos instrumentos por parte del ex Presidente de la República, harían presumir no solo que se trastocó los principios jurídicos que sustentan la institución de la excepción o emergencia en la ley, como facultad del ejecutivo, y que su expedición se basa en hechos no comprobados ni objetivos sino en suposiciones que obedecen al orden administrativo, sino que, con la expedición de dichos decretos, se libera de las obligaciones contractuales a las que se

encuentran sujetos todos los entes públicos a la hora de procesar la contratación de bienes, ejecución de obras, o prestación de servicios incluidos los de consultoría. LOSNCP, 2017, artículo 6).

Con la expedición de los decretos de excepción o emergencia, se prescinde de la sujeción que los servidores públicos deben a los principios de la contratación y, al contrario, se procede de manera directa, por fuera del sistema, nacional de contratación pública, evitándose, por tanto, la ejecución de los procesos que dan lugar a la mejor selección de ofertas y precios, que es el fin mismo de la contratación para el sector público.

Un ejemplo claro de lo antes expuesto es el contrato No. 2009-012 celebrado entre PETROECUADOR EP y la compañía Ivanhoe Energy Ecuador INC, mediante el cual se prestaba los servicios específicos para el desarrollo, producción y mejoramiento de petróleo crudo en el bloque 20 que involucra el campo Pungarayacu de la región amazónica ecuatoriana. (tomado de la página web de PETROECUADOR EP, 2018)

En este punto del ensayo, se deja en evidencia que, a través de la declaratoria de emergencia o del estado de excepción, se colocó una especie de “paraguas” sobre las contrataciones del sector petrolero a fin de que, evitando el proceso licitatorio que corresponde a las contrataciones realizadas por las entidades requirentes, se proceda a invitar de manera directa a las personas o sociedades jurídicas que no necesariamente cumplen con los perfiles óptimos en los diferentes niveles de calidad y mejor precio.

Estos hechos se dan por la inaplicación del principio de publicidad por el cual, el mayor número de oferentes posibilita el escogimiento del mejor proponente y del mejor precio, principio fundamental de la contratación pública que, en la práctica y en los hechos, evidenciamos que se ha eludido a través de la expedición de los decretos que se estudian; impidiendo con esto, la libre competencia, y asegurando la participación única de las o las personas o

compañías que han sido invitadas a proveer el servicio, ejecutar la obra, proveer el bien o ejecutar la consultoría.

Dicho esto, la Corte Constitucional debe realizar en este punto, es nada más que verificar la existencia de una coherencia causal entre los hechos que generan decretar un estado de excepción y la casual invocada.

La Corte Constitucional debería poner énfasis en el correcto desarrollo y análisis del mismo, puesto que mediante la identificación de los hechos se podría verificar si la declaratoria de estado de excepción al momento de realizar el control material, es estrictamente necesaria, es decir, que no se debe adoptar un estado de excepción cuando existan otros mecanismos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que sean adecuados y ayuden a superar la crisis que motiva decretar un estado de excepción.

Muchos de los fallos de constitucionalidad de los estados de excepción emitidos por la Corte Constitucional han sido calificados como deficientes; Rafael Oyarte escribe para el diario El Universo y señala que “la Corte Constitucional del Ecuador tiene un gran poder, y es fundamental que se integre la magistratura con jueces conocedores de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia constitucional... añade que es importante que la Corte Constitucional sea independiente e imparcial, pues los políticos no deben tornar a dicha entidad en órganos que responden a designios del gobierno de turno y tampoco deben tener como bastiones a la oposición” (Oyarte, 2015).

Por lo tanto, se colige que no se ha tratado de corregir el error en el que incurren al no señalar de manera clara y taxativa las causas que originan un estado de excepción, pues en muchos de sus casos solamente se limitan a transcribir de manera textual lo establecido en el Decreto Ejecutivo que emite el Presidente de la República, es así que respecto de la identificación de los hechos que motivan decretar un estado de excepción, los Jueces Constitucionales, se limitan a acoplar sus fallos al pronunciamiento de la función ejecutiva.

Es importante señalar la evidente falta de control efectivo constitucional en los decretos emitidos, puesto que dicho control, a más de qué no fue eficiente ni probado, no cumple con los principios estudiados. La Corte constitucional, omitió efectuar el control obligatorio, el mismo que está encaminado a respetar, defender y garantizar la supremacía constitucional, consagrada en el Capítulo I de la Constitución de la República del Ecuador.

Agustín Grijalva señala que: “el principio de efectividad de los derechos constitucionales determina que la estructura institucional y los procedimientos establecidos a nivel constitucional, constituyan necesariamente medios de realización de estos derechos, y en ningún caso mecanismos para justificar su violación” (Grijalva, 2012, p. 70).

Bajo estas circunstancias, claramente se aprecia que los decretos emitidos por la Presidencia de la República, han violentado las disposiciones constitucionales, en virtud que los actos normativos que ha expedido no han sido justificados adecuadamente. Así, tenemos que una justificación jurídica implicaba encontrar la respectiva motivación, a fin de no dejar dudas sobre la aplicabilidad de un estado de excepción.

Otro punto importante que no se tomó en cuenta fue que, las estructuras jurídicas de los decretos no se adecuaron ni hicieron uso de ninguna de las causales previstas en la Constitución, por lo tanto, al no haber coherencia entre las normas invocadas y el objeto de los decretos, estos últimos se tornaban inaplicables e inconstitucionales. Debemos tener presente que la norma suprema en el Ecuador es la Constitución de la República y que todo acto normativo emitido desde cualquier instancia de poder público debe someter sus actuaciones bajo las disposiciones constitucionales, el hacer uso de argumentos oscuros o convenientes para la parte emisora provoca que el acto normativo que emana desde su sede sea nulo.

Las afectaciones producidas al país, hasta el día de hoy no han sido cuantificadas en forma adecuada, no existen datos oficiales, estudios o cifras

que demuestren el real impacto económico o social causado, los decretos tuvieron la particularidad de no establecer que derechos civiles se limitaban o restringían, otorgando una carta blanca a las autoridades para que a pretexto de encontrarse en estado de excepción se cometan abusos o arbitrariedades. Sin embargo, debido a la escasa información de los resultados de los estados de excepción y las acciones posteriores aplicadas por el Ejecutivo no se puede dimensionar ni establecer el impacto real de los actos normativos objetos del estudio.

Según los análisis previos y en base a la normativa aplicable en ese entonces, no se agotaron las medidas administrativas y/o legislativas para que PETROECUADOR y sus filiales mejoren sus procedimientos, las falencias eran administrativas y operativas, falencias propias de una empresa sin liderazgo sin visión ni misión, sin embargo sin ninguna razón de peso, el Ejecutivo decidió que el personal de la fuerza naval sería un mejor administrador en el área petrolera, entonces cabe la pregunta el personal de la Fuerza Naval era el indicado para administrar la empresa más grande y de mayor aporte económico para el país, la respuesta es obvia no lo fueron, ya que en el período que estuvieron a cargo no hubo una mejoría en la administración o producción de la empresa pública, ya que son muchos los factores que influyen en el manejo de una empresa de tal magnitud, factores que no solo son internos sino también externos, el Ejecutivo pudo adoptar una serie de medidas de carácter administrativo, reformas de gestión, nuevos esquemas de producción y comercialización, sin embargo el Ejecutivo optó por la opción menos lógica y más polémica, dado que los estados de excepción como concepto y figura jurídica no han sido diseñados para el salvataje de una empresa pública.

Queda claro que, la función ejecutiva no trató el tema de una manera técnica como debía haberlo hecho, más bien lo hizo de forma irresponsable y negligente, obedeciendo a intereses particulares, para poder hacer uso de los estados de excepción a su conveniencia. Consecuentemente, la función

ejecutiva no hizo un análisis jurídico y práctico sobre la aplicabilidad y uso de una medida de tal magnitud.

Finalmente, en cuanto a ciertas consideraciones con respecto a la incidencia en la contratación pública, cabe realizar las siguientes observaciones:

No es materia de análisis dentro de este trabajo mencionar todas las fortalezas técnicas y operativas de las empresas públicas; no obstante, es preciso mencionar que uno de los objetivos del Plan nacional del Buen Vivir es precisamente el de fortalecer a las empresas públicas como agentes en la transformación productiva, para lo cual se procurará: “Generar capacidades en las empresas públicas para una gestión eficiente y estratégica, así como profundizar la especialización de las empresas públicas y mejorar la competitividad, la sostenibilidad, la eficiencia y la rentabilidad” (tomado de la página web del Buen Vivir -Plan Nacional de Desarrollo, 2018).

La Ley Orgánica de Empresas Públicas no establece tratamiento diferente a una empresa pública de otra, es decir el talento humano, la capacidad de asociarse, la forma de adquirir bienes y servicios, su extinción evicción y disolución no son diferentes para una empresa pública del ramo de hidrocarburos como para una del ramo municipal que satisfaga servicios básicos, sin embargo, el marco jurídico y regulatorio de las empresas públicas debería garantizar la igualdad de condiciones en los mercados en los que compiten las empresas del sector público y las empresas el sector privado, con el fin de evitar distorsiones de mercado, para el efecto se considera oportuno citar el artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que dice:

“Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las

operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible” (LORCPM, 2016, art. 1).

A la luz de lo dicho, se establece que el esquema comercial de las empresas públicas debe procurar no tener una situación de ventaja con respecto a su rival en el mercado, que pueda interpretarse como una práctica desleal que genere una concentración económica; volviendo al análisis materia del trabajo, tomando en cuenta lo señalado en líneas anteriores cabe esta pregunta: ¿los decretos No. 1440 y 1544, instrumento que en su artículo 1 declaran el estado de excepción en la Empresa de Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR EP y sus filiales permanentes, puede considerarse como una práctica desleal dentro del mercado ecuatoriano?

En la práctica, para las empresas públicas adquirir bienes y servicios bajo el imperio de la contratación pública implica adherirse a todo un procedimiento que viene desarrollándose con sujeción al régimen común contemplado en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que dice:

“Artículo 34, número 3, REGIMEN COMUN. - “Las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables” (LOEP, 2017, art. 34).

En ese orden, todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría debe aplicarse con sujeción a los principios de legalidad, oposición y concurrencia, igualdad, eficiencia, transparencia en el procedimiento, publicidad, eficacia; para el efecto, el principio que se considera

totalmente trasgredido dentro del régimen de excepción es el de concurrencia, toda vez que, debe existir un proceso de competencia de varios oferentes, de modo que la entidad contratante pueda elegir a aquellas que sea más conveniente a sus intereses, exhortando a la presencia de varias ofertas diferentes, mismas que permiten compararse entre sí, a fin de resolver por la más conveniente para la administración pública.

Este principio propugna la participación mayoritaria de oferentes y cuestiona que, un empresa pública invocando un estado de excepción (materia del análisis) direcciona una adquisición, omitiendo una plena convocatoria dentro de pazos coherentes que permita desvanecer una circunstancia privilegiada a un proveedor del estado, siendo pertinente señalar que, las empresas publicas cuentan con su giro de negocio figura por la cual, en base a su objeto de constitución adquieren directamente los bienes y servicios dentro del mercado.

Es importante señalar a modo de ejemplo lo que implica el cumplimiento del principio de necesidad dentro de un estado de excepción, ese fue el caso del Decreto Ejecutivo No. 1215, de 14 de octubre de 2016, por el cual el Presidente de la República declaró el estado de excepción en las provincias de Manabí y Esmeraldas, a consecuencia del terremoto de 16 de abril de 2016; tómese en cuenta que, las contrataciones de colchones, camas, víveres y demás insumos necesarios a fin de remediar la crisis producto de aquel fenómeno natural, se practicaron de forma directa, esto es, amparados en el decreto en referencia.

Producto de esta declaratoria, las carteras de Estado involucradas (Interior, Salud, etc.) instauraron una declaratoria de emergencia interna que implicó inmediatez e imprevisibilidad, dotada de una circunstancia concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva, aristas que a la luz del terremoto se encuentran debidamente fundamentadas; en el caso de la empresa pública, por el contrario, no es jurídicamente aplicable (principios de la contratación pública) que está en base la disminución de eficiencia en las áreas de: Exploración y

producción; industrialización; y, comercialización y transporte de petróleo, adquiera un estado interno de emergencia, es decir, resultaría injustificado he observado ante los órganos de control, que en base a su argumento, (imputable a su administración) adquiera bienes y servicios de forma directa (emergencia), sin que medie grave conmoción, conflicto armado o de una agresión; una calamidad pública o desastre natural debidamente comprobada.

Es decir, cuando ocurrió el terremoto en el año 2016, el cual afecto a la costa ecuatoriana, era de estricta necesidad declarar al Ecuador en estado de excepción, toda vez que los hechos ocurridos por caso fortuito requerían la movilización de recursos y militar para ayudar a las personas que fueron víctimas de este desastre natural; comparando con el caso en estudio el Ecuador jamás estuvo amenazado ni en peligro para recurrir a este medida excepcional, fue el interés político de por medio que ocasiono que hoy en día a través de las diferentes investigaciones realizadas por la fiscalía, así como también los informes emitidos por la Contraloría General del Estado, determinen la pérdida económica que esta acción trajo consigo al país, invertido en obras que se encuentran paralizadas y que son innecesarias en el país.

La falta del control por parte de los Jueces de la Corte Constitucional, para declarar la inconstitucionalidad de los decretos expedidos acarrea la falta de credibilidad con respecto al trabajo que estos vienen realizando, ya que, del presente ensayo se analizó que es claro que los decretos violaron lo establecido en la Constitución y demás leyes como LOSNCP y la LOGJCC.

#### 4. CONCLUSIONES

Los estados de excepción constituyen una institución jurídica creada con el propósito de aplicar un poder excepcional, temporal, que puede limitar los derechos de la sociedad, a fin de preservar un bien mayor y salvaguardar los principios que se consagran en la carta fundamental. Su expedición se encuentra a cargo del ejecutivo, cuando este requiere potestades diferentes para salvaguardar la seguridad interna y externa, el orden jurídico instituido, frente a acontecimientos de crisis que atraviesa el país.

Los estados de excepción constituyen situaciones excepcionales y de crisis; conocidos también como estados de emergencia, que implican la toma de medidas extraordinarias y no planificadas, que se originan en circunstancias ajenas al sistema normal u ordinario; cuyo origen radica en causales o motivaciones irresistibles de control por parte del Estado; en todo el territorio nacional o en parte de él, y que expresamente determinadas en los Tratados Internacionales y en la Constitución de la República del Ecuador, y que se circunscriben para los casos de: agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural.

Los efectos jurídicos de la declaratoria de estado de excepción, permiten al ejecutivo la recaudación anticipada de tributos, la utilización de fondos públicos previstos para otros fines, la censura previa, el establecimiento de zonas de seguridad, disposición de la movilización de las fuerzas armadas y la policía nacional, disponer el cierre o habilitación de puestos y pasos fronterizos, la movilización y requisiciones necesarias. En lo que a contratación pública se refiere, el estado de excepción permite evitar el proceso común ordinario previsto en el sistema nacional de contratación pública.

Las connotaciones formales de esta institución jurídica, imponen plazo y prórroga, y principios sine qua non, tales como el de temporalidad que impone límites; el de necesidad del cual se derivan el ejercicio de las facultades

excepcionales; territorialidad que se limita al espacio geográfico del país o lugares específicos; proporcionalidad que adecua las medidas adoptadas a la naturaleza e intensidad de la crisis; el de legalidad por el cual se regula esta institución al ordenamiento jurídico del Estado; y, finalmente el de racionalidad que constituye el parámetro de justicia, en relación al fin perseguido por la ley y el medio elegido para concretarlo.

El componente considerativo en el cual se fundamentó la expedición de los decretos ejecutivos emergentes No. 766, 1440 y 1544 fue la deficiencia en la organización de la Empresa Pública Petroecuador, produciendo una situación conflictiva en las áreas de explotación y producción, industrialización; y comercialización y transporte de petróleo, lo cual podía provocar una grave conmoción interna, hecho que aún no acontecía en el Ecuador, es decir, hecho futuro e incierto en el que se basó el ejecutivo para decretar un estado de excepción.

Se dio la categoría de urgencia y estricta necesidad a los actos que eran meramente de carácter administrativo, la “deficiente orientación organizacional de la EP” no constituye una razón y es desproporcional a la medida que el Ejecutivo optó para subsanar o tratar de enmendar la crisis interna que PETROECUADOR estaba atravesando, desconociendo la situación jurídica de la institución de la emergencia consagrada en la norma suprema.

La inconstitucionalidad de los decretos ejecutivos de emergencia en estudio, fueron dictados al margen de la Constitución y la ley, distorsionaron la naturaleza jurídica que el derecho exige, provocando así la movilización de recursos económicos y creando una excepción para que la empresa Petroecuador no sea obligada a pasar por un proceso ordinario de contratación pública y facilitando una contratación rápida de obras y servicios en el sector petrolero, (área de enfoque en el presente ensayo); la emergencia en los términos previstos, permite adjudicar contratos de toda índole directamente, incluso a empresas no calificadas, de esta forma, cualquier contrato, hasta el

más simple, ha sido considerado emergente y se ha adjudicado fuera del proceso de selección y mejor oferta.

El componente resolutivo de los decretos determinó que se declare la emergencia de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador PETROECUADOR EP, y sus filiales permanentes que tiene la empresa para cada una de las actividades operativas de exploración y producción, industrialización, y comercialización y transporte de crudo; esta emergencia se expandió para todo el Sistema Petroecuador y otras empresas que hubiesen suscrito contratos con esta estatal, además de la movilización nacional, económica y militar. El tiempo establecido para la duración del estado de excepción es de sesenta días de acuerdo a lo establecido en la Constitución y la LOGJCC, sin embargo, los decretos analizaron tuvieron un periodo de vigencia de aproximadamente 5 meses.

Los estados de excepción suspenden ciertos derechos tales como la movilización, la contratación pública, el derecho a asociarse y el derecho a trabajar, también se limita el derecho de las empresas proveedoras a presentar sus ofertas, liberando de esta forma a la estatal y sus filiales a someterse a los procesos de contratación que la ley determina.

Por lo expuesto, en un estado de emergencia legalmente expedido, se preservan derechos como el de la seguridad frente a las diferentes circunstancias que acarrearán el optar por este mecanismo de excepción, el derecho a la vida y a vivir en un ambiente tranquilo, sano y equilibrado, sin alterar el orden de la sociedad. Consecuentemente, los decretos emergentes únicamente deben ser aplicables a casos imprevistos e impostergables de grave consecuencia y no a un hecho que se supone que podría pasar, tampoco es aplicable a un hecho que no es inmediato y que no requiere la paralización de las instituciones del Estado.

La sentencia No. 005-09-SIN-CC, dicta por los jueces de la Corte Constitucional, que en su contenido recoge las posiciones argumentativas, tanto de los accionantes como de los jueces constitucionales, ilustra de manera fehaciente la hipótesis jurídica que en el presente ensayo se propone. Las posiciones antagónicas tanto del demandante como de la Corte Constitucional inician en los fundamentos de hecho al argumentar que, entre otras cosas la fuerza naval, luego de 14 meses de administrar la estatal petrolera (PETROECUADOR), carece de argumentos que sustenten un estado de excepción.

En lo referente al análisis de la relación fáctica, se concluye que se transgrede la esencia del artículo 266 de la Constitución de la República del Ecuador y con ello sus principios, principalmente, el de temporalidad, necesidad, razonabilidad, proporcionalidad, legalidad y territorialidad, exponiendo a los decretos ejecutivos en estudio al límite del derecho y la ley, tornándose susceptibles de impugnación por la carencia motivacional de las causas que dan origen a la excepción tal forma sin considerar que los decretos impugnados se sustentan en elementos o circunstancias, de orden y rango administrativo con lo que, de manera reiterada, se desconoce no solo el principio de temporalidad, sino aquellos principios que regulan la excepción u emergencia. Los decretos ejecutivos carecen de eficacia jurídica y pueden enfrentar claros elementos que den origen a su nulidad, debido a su inaplicabilidad jurídica que incluso rebasa el plano de la ética.

La fundamentación de los decretos escapa el ámbito del marco normativo, debido a que su excusa se sustenta en una deficiencia democrática, separándolo definitivamente del hecho o acontecimiento grave, tales como inundaciones, terremotos, inclusive, conflictos armados, pero siempre implícita la grave conmoción que genera los hechos, impredecibles, es decir todos aquellos hechos que provengan de las situaciones de fuerza mayor o caso fortuito.

La normativa señalada en la sentencia, materia de estudio del capítulo III del presente ensayo, tiene rango constitucional y se encuentra definida por el artículo 164 de la Constitución, regla que determina de manera expresa cinco causales por las cuales el presidente de la república puede declarar el estado de excepción; dichas causales comprenden: la agresión, el conflicto armado interno, la graves conmoción interna, la calamidad pública o el desastre natural, causales que como se ha demostrado a lo largo de esta investigación, no se cumplieron; por el contrario, los principales argumentos del ex presidente de la república para justificar el estado de excepción fueron circunstancias de carácter administrativo o burocrático, tales como: “La movilización nacional, económica; y, militar de la Fuerza Naval, con el propósito de superar la emergencia provocada por el progresivo e intensivo proceso de disminución de eficiencia en las áreas de: Exploración y producción, Industrialización; y Comercialización y transporte de petróleo. (Decreto Ejecutivo No. 766, (2008), artículo 2); y “...Esta declaratoria de estado de excepción se funda en que una deficiente administración de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR significaría una pérdida de ingresos para el desarrollo del pueblo ecuatoriano, lo que puede provocar una grave conmoción interna”. (Decreto Ejecutivo No. 1544 y 1440, (2009), artículo 1, inciso 2).

## REFERENCIAS

- Aguirre, G. (2012). *Texto Comentado a la Constitución de la República del Ecuador*. Loja: Biblos Lex.
- Ávila, R. (2008). *Los principios de aplicación de los derechos*. Quito: Jurídica del Ecuador.
- Ávila, R. (2008). *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito: V&M Gráficas.
- Belsunce, H. (2009). *En defensa de las Instituciones*. Buenos Aires: Lexis Nexis
- Borja, R. (1950). *Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica. En Torres, L. (1987). *El Control de la Constitución en el Ecuador*. Quito: EDIPUCE.
- Contraloría General del Estado. Informe Especial No. DA3-0015-2012 (2012). Al proceso precontractual, contractual y ejecución del convenio y contratos de compra-venta de crudo y napo entre PETROECUADOR y la compañía PETROCHINA International Company Limited. Recuperado el 5 de julio de 2018, de <http://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=2506&tipo=inf>
- Consejo Nacional de Planificación. Plan Nacional de Desarrollo. (2017). Recuperado el 5 de julio de 2018, de [http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/10/PNBV-26-OCT-FINAL\\_0K.compressed1.pdf](http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/10/PNBV-26-OCT-FINAL_0K.compressed1.pdf)
- Constitución de la República del Ecuador (2008). Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Recuperado el 2 de junio de 2018, de [http://www.silec.com.ec/bibliotecavirtual.udla.edu.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=PUBLICO-CONSTITUCION\\_DE\\_LA\\_REPUBLICA\\_DEL\\_ECUADOR&query=constitucion%202008#I\\_DXDataRow0](http://www.silec.com.ec/bibliotecavirtual.udla.edu.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=PUBLICO-CONSTITUCION_DE_LA_REPUBLICA_DEL_ECUADOR&query=constitucion%202008#I_DXDataRow0)
- Corte Constitucional. (2009). Sentencia N.º 005-09-SIN-CC, expedida el 3 de septiembre de 2009. Recuperado de [http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2009/005-09-SIN-CC/REL\\_SENTENCIA\\_005-09-SIN-CC.pdf](http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2009/005-09-SIN-CC/REL_SENTENCIA_005-09-SIN-CC.pdf)

Corte Constitucional (2018). Misión y Visión. Recuperado el 5 de julio de 2018, de: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/quienes-somos/quienes-somos/vision-y-mision.html>

Dávalos, D. (2008). *Estados de Excepción: Mal necesario o herramienta más utilizada. Una mirada desde el constitucionalismo contemporáneo*. En Ávila, R., *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito: V&M Gráficas.

Decreto Ejecutivo N.º 766, de 29 de noviembre de 2007. Recuperado el 4 de mayo de 2018, de: [file:///C:/Users/biblioteca/Downloads/decreto\\_766\\_11-2007.pdf](file:///C:/Users/biblioteca/Downloads/decreto_766_11-2007.pdf)

Decreto Ejecutivo N.º 1440, de 28 de noviembre del 2008. Registro Oficial N° 477. Recuperado el 4 de mayo de 2018, de <file:///C:/Users/biblioteca/Downloads/Decreto%201440-%20R.O.%20No.%20477.pdf>

Decreto Ejecutivo N.º 1544, de 30 de enero del 2009. Registro Oficial N° 518. Recuperado el 4 de mayo de 2018, de <file:///C:/Users/biblioteca/Downloads/decreto%201544-%20R.O.%20%20No.%20518.pdf>

Empresa Pública de Hidrocarburos, PETROECUADOR EP. Contrato Modificatorio al contrato de servicios específicos, para el desarrollo producción y mejoramiento de petróleo crudo en el bloque 20 que involucra el campo Pungarayacu de las Región Amazónica Ecuatoriana celebrado entre: Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR y su filial, la Empresa Estatal de Exploración y Producción de Petróleos del Ecuador, PETROPRODUCCIÓN, y la Compañía IVANHOE ENERGY ECUADOR INC. Recuperado el 5 de julio de 2018, de <http://www4.eppetroecuador.ec/lotaip/pdfs/CONTRATOS/EXP/CTR/CONTRATO%202009%20012.pdf>

Fernández, F. (1978). *El Estado de Excepción en el Derecho Constitucional Español*. Jaen: Revista de Derecho Privado.

- Focus, (2016). La Década Corrupta. Recuperado el 2 de julio de 2018, de <https://medium.com/@focusecu/la-d%C3%A9cada-corrupta-be19a37856b8>
- Grijalva, A. (2012). *Constitucionalismo en el Ecuador. Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Quito: CEDEC.
- Guala, A. (2012). *Control Constitucional de los estados de excepción*. Quito: Universidad Católica del Ecuador.
- Kelsen, H. (1974). *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*. México: Anuario Jurídico I. En Torres, L. (1987). *El Control de la Constitución en el Ecuador*. Quito: EDIPUCE.
- Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009). Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009. Recuperado el 5 de julio de 2018, de [http://www.silec.com.ec.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=MERCANTILEY\\_ORGANICA\\_DE\\_EMPRESAS\\_PUBLICAS\\_LOEP&query=ley%20organica%20de%20empresas%20publicas#I\\_DXDataRow0](http://www.silec.com.ec.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=MERCANTILEY_ORGANICA_DE_EMPRESAS_PUBLICAS_LOEP&query=ley%20organica%20de%20empresas%20publicas#I_DXDataRow0)
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009). Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009. Recuperado el 5 de julio de 2018, de [http://www.silec.com.ec.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=PUBLICOLEY\\_ORGANICA\\_DE\\_GARANTIAS\\_JURISDICCIONALES\\_Y\\_CONTROL\\_CONSTITUCIONAL&query=ley%20organica%20de%20garantias%20jurisdiccionales#I\\_DXDataRow0](http://www.silec.com.ec.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=PUBLICOLEY_ORGANICA_DE_GARANTIAS_JURISDICCIONALES_Y_CONTROL_CONSTITUCIONAL&query=ley%20organica%20de%20garantias%20jurisdiccionales#I_DXDataRow0)
- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (2002). Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002. Recuperado el 5 de julio de 2018, de [http://www.silec.com.ec.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=PUBLICOLEY\\_ORGANICA\\_DE\\_LA\\_CONTRALORIA\\_GENERAL\\_DEL\\_ESTADO&query=ley%20organica%20de%20la%20contraloria%20general%20de%20estado#I\\_DXDataRow1](http://www.silec.com.ec.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=PUBLICOLEY_ORGANICA_DE_LA_CONTRALORIA_GENERAL_DEL_ESTADO&query=ley%20organica%20de%20la%20contraloria%20general%20de%20estado#I_DXDataRow1)

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2011). Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011. Última reforma 9 de diciembre de 2016. Recuperado el 5 de julio de 2018, [http://www.silec.com.ec.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=MERCANTILEY\\_ORGANICA\\_DE\\_REGULACION\\_Y\\_CONTROL\\_DEL\\_PODER\\_DE\\_MERCADO&query=Ley%20Org%C3%A1nica%20de%20Regulaci%C3%B3n%20y%20Control%20del%20Poder%20de%20Mercado#I\\_DXDataRow0](http://www.silec.com.ec.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=MERCANTILEY_ORGANICA_DE_REGULACION_Y_CONTROL_DEL_PODER_DE_MERCADO&query=Ley%20Org%C3%A1nica%20de%20Regulaci%C3%B3n%20y%20Control%20del%20Poder%20de%20Mercado#I_DXDataRow0)

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008). Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008. Última Reforma 29 de diciembre de 2017. Recuperado el 5 de julio de 2018, de [http://www.silec.com.ec.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CONTRATO\\_LEY\\_ORGANICA\\_DEL\\_SISTEMA\\_NACIONAL\\_DE\\_CONTRATACION\\_PUBLICA&query=Ley%20Org%C3%A1nica%20del%20Sistema%20nacional%20de%20Contrataci%C3%B3n%20P%C3%BAblica#I\\_DXDataRow0](http://www.silec.com.ec.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/WebTools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CONTRATO_LEY_ORGANICA_DEL_SISTEMA_NACIONAL_DE_CONTRATACION_PUBLICA&query=Ley%20Org%C3%A1nica%20del%20Sistema%20nacional%20de%20Contrataci%C3%B3n%20P%C3%BAblica#I_DXDataRow0)

Meléndez, F. (1999). *Suspensión de los derechos constitucionales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos*. San Salvador: Criterio. Melo, R. (2015). *El estado de excepción en el actual constitucionalismo andino*. Quito: CEN

Organización de las Naciones Unidas (2011). Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, artículo 4. Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción. Recuperado el 24 de junio de 2018, de: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1997.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2003/1997>

Organización de las Naciones Unidas (2014). Los principios Constitucionales. Recuperado el 24 de junio de 2018, de: [http://www.onu.cl/es/wp-content/uploads/2016/06/ESP\\_01-Principles.pdf](http://www.onu.cl/es/wp-content/uploads/2016/06/ESP_01-Principles.pdf)

Oyarte, R. (2005). *Procesos Constitucionales en el Ecuador*. Quito: CEN

Oyarte, R. (2015). ¿Sirve la renovación de la Corte Constitucional? Recuperado el 5 de julio de 2018, de: <https://www.eluniverso.com/opinion/2015/06/27/nota/4986405/sirve-renovacion-corte-constitucional>

Corte Constitucional. (2009). Sentencia N.º 005-09-SIN-CC, expedida el 3 de septiembre de 2009. Recuperado de [http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2009/005-09-SIN-CC/REL\\_SENTENCIA\\_005-09-SIN-CC.pdf](http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2009/005-09-SIN-CC/REL_SENTENCIA_005-09-SIN-CC.pdf)

Torres, L. (1987). *El Control de la Constitución en el Ecuador*. Quito: EDIPUCE.

Trujillo, J. (2006). *Teoría del Estado en el Ecuador*. Quito: UASB

