

Juicio No. 11904-2021-00045

**JUEZ PONENTE: VALDIVIESO CUEVA JORGE LUIS, JUEZ
AUTOR/A: VALDIVIESO CUEVA JORGE LUIS
TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN LOJA
PROVINCIA DE LOJA.** Loja, lunes 6 de septiembre del 2021, a las 08h14.

VISTOS.- El Tribunal de Garantías Penales de Loja, constituido en Tribunal de Garantías Constitucionales, integrado por los señores Jueces, Dr. Jorge Luis Valdivieso Cueva, Ponente, Dr. José Luis Payares Hurtado y Dr. José Cristóbal Álvarez Ramírez, se instaló en audiencia pública, oral y contradictoria, para conocer y resolver la Acción de Protección Constitucional, deducida por los señores, **INGENIERO, LUIS OCTAVIO PALACIOS ANDRADE, INGENIERO, ALVARO ALBERTO PALACIOS ANDRADE, e INGENIERO, MIGUEL ANGEL ORTEGA LARREA,** en contra de los señores, **INGENIERO, JORGE ARTURO BAILON ABAD e INGENIERO, HILDO NAPOLEON ORDOÑEZ PINEDA , PRESIDENTE DEL DIRECTORIO Y GERENTE GENERAL DE LA EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE VIVIENDA DE LOJA VIVEM EP,** en su orden; y, **DELEGADO REGIONAL DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO EN LOJA.-** Una vez concluida la audiencia, el Tribunal Constitucional, arribó a la decisión unánime de **ADMITIR** la Acción de Protección planteada, por considerar la vulneración del derecho constitucional al debido proceso en la garantía de la motivación, decisión que fue dada a conocer en ese momento en forma oral a los sujetos procesales, por lo que ahora corresponde dictar la sentencia por escrito y en forma motivada, y para hacerlo considera: **PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.-** En base a lo previsto en el Art. 86 de la Constitución de la República y Arts. 7 y 167 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por el sorteo legal, este Tribunal, como Juez pluripersonal es competente, tanto por el territorio, materia, personas y grados, para conocer y resolver la presente causa; **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** No se advierte omisión de formalismo sustancial alguno que influya o pueda influir en la decisión de la causa, y la misma ha sido tramitada de conformidad a lo dispuesto en la Constitución de la República y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por lo que se declara su validez procesal; **TERCERO: PARTES PROCESALES: 3.1.- IDENTIDAD DE LA PERSONA AFECTADA Y ACCIONANTE.-** Los accionantes responden a los nombres de: **INGENIEROS, LUIS OCTAVIO PALACIOS ANDRADE, ALVARO ALBERTO PALACIOS ANDRADE Y MIGUEL ANGEL ORTEGA LARREA,** integrantes del **CONSORCIO VIVEM LOJA; 3.2.- IDENTIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS ACCIONADAS:** Alcalde del cantón Loja, Ingeniero, Jorge Arturo Bailón Abad, e Ingeniero, Hildo Napoleón Ordóñez Pineda, **PRESIDENTE DEL DIRECTORIO Y GERENTE GENERAL DE LA EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE VIVIENDA**

DE LOJA VIVEM EP, en su orden; y, **DELEGADO REGIONAL DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO EN LOJA**, quien no concurrió a la audiencia; **CUARTO: ALEGACIONES DE LOS SUJETOS PROCESALES.- 4.1.- ACCIONANTES.-** Por intermedio de su defensor particular, Doctor Luis Daniel Cordero Espinosa, en lo principal de su demanda, manifestó, que han incoado la presente garantía jurisdiccional, que es la acción de protección en contra de la resolución que fuere emitida por el señor Gerente General de la Empresa Municipal de Vivienda VIVEM EP, por la cual se resolvió adjudicar el contrato de construcción del sistema de agua potable y alcantarillado sanitario fluvial, para el proyecto habitacional los Jardines de Punzara al Ingeniero, Richard Blacio Aguirre, este acto administrativo vulnera derechos constitucionales fundamentales de sus defendidos, quienes participaron a través de un compromiso de Consorcio en este concurso y adicionalmente fueron las personas que obtuvieron la puntuación más alta, conforme lo determinó, tanto la Subcomisión de Apoyo como la Comisión Técnica designada para el efecto, los derechos constitucionales que se han vulnerado en la presente actuación del señor Gerente General de la Empresa Pública Municipal de Vivienda de Loja VIVEM Loja, son el derecho a la seguridad jurídica consagrada en el Art. 82 de la Constitución de la República, el derecho a la motivación que como derecho a la defensa consta consagrado en el literal l) numeral 7 del Art. 76 ibídem, y el derecho al trabajo que se encuentra consagrado en los Arts. 33, 325 y 331 de la Constitución de la República.- Cómo opera o cómo se produce esta violación de los derechos fundamentales que citados, es de la siguiente forma: el día 3 de marzo del año 2021, la Empresa Pública Municipal de Vivienda, VIVEM EP Loja, mediante resolución Nro. 010-FMVL-GG-2021-R, aprueba los pliegos de contratación del procedimiento de contratación por licitación signado con el código LICO-VIVEM-02-02021, el objeto de este procedimiento de contratación mediante licitación era la Construcción del Sistema de Agua Potable, Alcantarillado Sanitario y Pluvial para el Proyecto Habitacional Jardines de Punzara, cuyo presupuesto referencial fue de \$ 1'542.150,72 dólares, sus defendidos en aplicación de los Arts. 26 y 67 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, decidieron optar por participar en esta licitación, para lo cual conformaron un compromiso de Consorcio conforme lo permite las citadas normas legales, y presentaron su oferta técnica económica por un valor de \$ 1'242.382,78 dólares, es decir trecientos mil dólares aproximadamente el valor inferior al presupuesto referencial que había señalado la entidad contratante como en los pliegos que fueron aprobados, por petición de la comisión técnica que se conforma para todo procedimiento pre-contractual dirigida al señor presidente del directorio de la empresa municipal de vivienda de Loja VIVEM Loja, esto es al señor Alcalde del cantón Loja y al amparo del Art. 42 de la Ley y Art. 19 del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública solicitan que por la complejidad de este procedimiento de contratación se designe una subcomisión de apoyo, que sería la encargada de realizar la evaluación de las ofertas tanto en el parámetro de cumple no cumple, así como también en los parámetros de puntuación que se encontraban previamente establecidos, previstos y aprobados en los pliegos de contratación, esto es en las condiciones generales de contratación que fueron aprobados como reitero mediante resolución Nro. 010-EPMVL-GG-2021F, en tal sentido esta

subcomisión de apoyo revisa 30 ofertas que habían sido presentadas por sus representantes, de las 30 ofertas califican 13, y las 17 ofertas son descalificadas por no cumplir con los requisitos mínimos establecidos en los pliegos de contratación, con estas 13 ofertas calificadas, se procede a hacer la evaluación la referida Subcomisión de Apoyo, tomando en consideración los parámetros establecidos en los pliegos de contratación, en tal sentido luego de realizar toda la evaluación procede a establecer las puntuaciones, quedando en primer lugar la oferta presentada por el Consorcio VIVEM LOJA, conformado por los accionantes de la presente acción de protección, obteniendo una puntuación de 94.98, es decir la puntuación más alta sobre 100 puntos, establecidos en los parámetros de los pliegos de contratación, puntuación más alta con un precio económico de la oferta como reitero de \$ 1'242.382,78 dólares, ahora bien como se lo había manifestado, que mediante resolución 010-EPMVL-GG-2021-R, la máxima autoridad de la empresa municipal VIVEM EP, realizó la aprobación de los pliegos de contratación y en los mismos, en las condiciones generales establece lo que se conoce como metodología de evaluación de las ofertas y de las evoluciones de las ofertas se establece dos parámetros: 1. Una primera evaluación bajo los parámetros de cumple no cumple; 2. Una segunda evaluación de quienes hayan cumplido con los requisitos mínimos, con una puntuación sobre 100 puntos, y en esas condiciones generales, la entidad contratante establece lo siguiente, que se da lectura: *“dicha calificación, es decir la calificación realizada por la comisión técnica, permitirá la adecuada aplicación del criterio de mejor costo previsto en el numeral 18 del Art 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por regla general se deberá adjudicar el contrato a la oferta que obtenga el mayor puntaje de acuerdo a la valoración de los parámetros y cuyo resultado combinen los aspectos técnicos y financieros legales y económicos de las ofertas”*.- Esto prueba la empresa pública contratante, esto es parte de los pliegos de contratación, en tal sentido habiéndose realizado la calificación técnica por parte de la Subcomisión Técnica de Apoyo, se presenta el informe correspondiente con los anexos a la Comisión Técnica, y procede a acoger el criterio constante en el informe de la Subcomisión Técnica de Apoyo y establece la misma calificación y posteriormente sugiere a la máxima autoridad que se adjudique al consorcio VIVEM LOJA, conformado por los actores de la presente acción, mediante oficio Nro. 011- EPMVL-LICO002-2021-OF, del 1 de julio del 2021, dirigido al señor Ingeniero, Hildo Napoleón Ordoñez Pineda, que dice: “La Comisión Técnica, si bien no sugirió a quien se adjudica el proceso de licitación LICO VIVEN 002-2021, dio a conocer el orden de prelación, que en su defecto es un orden de prioridad atendiendo el párrafo suscrito en el acta de calificación de ofertas en la que refería que una de las ofertas era temeraria y otras tenían su riesgo, y la Comisión Técnica sugiere que se adjudique al consorcio VIVEM LOJA, con representante legal al señor Luis Octavio Palacios Andrade, RUC 1103374268001 y con esa sugerencia pasa a conocimiento de la máxima autoridad para que continúe el procedimiento de contratación pública, no obstante de aquello, la máxima autoridad de la Empresa VIVEM EP, esto es su Gerente General, mediante resolución Nro. EPMVL-GG-003-2021-R, del 8 de julio del 2021, resuelve adjudicar y acoger parcialmente el informe de la Subcomisión Técnica y adjudicar el contrato al señor Blacio Aguirre Richard Henry con RUC 11033280704001; en el Art. 3 de esa resolución la máxima autoridad dice lo

siguiente: *“como en el presente proceso en la oferta adjudicada, se detectaron algunas inconsistencias en los análisis de precios unitarios, mismas que fueron observadas de acuerdo a lo establecido en los pliegos, se dispone que para los efectos de la ejecución de la obra en su conjunto, el constructor deberá objetarse estrictamente a lo que disponen las especificaciones técnicas de cada uno de los rubros y componentes del proyecto, así como subsanar las observaciones técnicas observadas por la Comisión Técnica y cada uno de los análisis precios unitarios del o los rubros inconsistentes”*; es decir, la máxima autoridad, decide adjudicar a quien estaba en sexto lugar, con una oferta por un precio de \$ 1'379.540, que es la oferta más alta de las trece que fueron admitidas por la Comisión Técnica y la Subcomisión de Apoyo; actuación que vulnera los derechos fundamentales de sus defendidos, como la seguridad jurídica, motivación y el trabajo; y porqué se sostiene esto, la Corte Constitucional, respecto del derecho a la seguridad jurídica, en varios fallos, entre los que se cita el siguiente: “1042-1420, se desprende que: *“el individuo puede contar con un ordenamiento jurídico previsible, determinado, estable y coherente que le permita tener una noción razonable de las reglas de juego que le serán aplicadas, este debe ser estrictamente observado, por los poderes públicos para brindar certeza al individuo, de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimiento regular establecido previamente y por autoridad competente para evitar la arbitrariedad, la Corte Constitucional, como guardián de la Constitución al resolver sobre vulneraciones a este derecho le corresponde pronunciarse sobre aspectos de la correcta o incorrecta aplicación e interpretación de las normas infra constitucionales y así como también verificar si en efecto existió una infracción a normas constitucionales que implique que la judicatura ha fallado sin cumplir con las obligaciones del respeto ante la norma suprema”*.- Establecido todo el procedimiento de contratación, en el cual siguiendo todos los pasos que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, evidentemente, la oferta ganadora que obtuvo el mayor puntaje, que era la de representación de sus defendidos a través del compromiso de **CONSORCIO VIVEN LOJA**, existía la obligación de la máxima autoridad de la Empresa Pública Municipal de Vivienda de Loja VIVEM EP, de adjudicarle el contrato a la oferta ganadora, precisamente porque para eso está previsto el procedimiento de contratación pública, no tiene discrecionalidad, menos aún la posibilidad de escoger a quien a bien tenga la máxima autoridad de la Empresa VIVEM EP, más no a quien haya obtenido la puntuación más alta, más aún cuando en los propios pliegos de contratación en las condiciones generales, reconoce o se establece de forma taxativa que será adjudicada a quien obtenga la mayor puntuación, en el presente caso se ha inobservado todas estas normas infra-constitucionales del ordenamiento jurídico, que en su contexto produce una vulneración al derecho de la seguridad jurídica, pero adicionalmente, al momento que emite la resolución la máxima autoridad y resuelve adjudicar a quien se encontraba en sexto lugar en puntuación, su oferta económica no establece ningún parámetro del porqué no escoge a las cinco ofertas anteriores, es decir, no ha motivado su acto administrativo, y no explica la razón pertinente por la cual no se escoge a las otras ofertas que fueron también calificadas, que tienen un precio más bajo y una puntuación más alta, es decir es un acto administrativo totalmente arbitrario; actuación arbitraria que ha conllevado a que se vulnere también el derecho al

trabajo, que gozan sus defendidos, los mismos que en ejercicio de su libre profesión presentaron una oferta legítima y cumplieron con todos los presupuestos y requisitos establecidos en los pliegos de contratación y obtuvieron la puntuación más alta, correspondiéndoles en consecuencia la adjudicación de este contrato y la ejecución de esa obra, que lanzó en contratación la empresa VIVEM EP, de Loja; sobre la base de esos argumentos que se han expuesto, solicitan al Tribunal, que acepte la acción de protección propuesta, ordenado como reparación integral, las medidas sugeridas en el texto de la demanda;

4.2.- ACCIONADO INGENIERO, JORGE ARTURO BAILON ABAD, ALCALDE DEL CANTON LOJA Y PRESIDENTE DE VIVEM EP LOJA, a través del Abogado, Luis Antonio Narvárez Abad, solicita que con el fin de garantizar el derecho a la legítima defensa, se le conceda los veinte minutos que establece la norma para hacer ejercitar la defensa a nombre del señor presidente ejecutivo de la empresa más bien la compañera colega va a hacer la defensa a nombre del señor gerente de la empresa;

4.3.- LA ABOGADA DE LA PARTE ACCIONADA VIVEM EP. LOJA, a través de la Abogada, Maira del Carmen González Chamba, expuso que van a buscar la forma de cómo distribuir el tiempo concedido para hacer las intervenciones tanto del jurídico del señor alcalde, el jurídico de la empresa, debiendo ajustarse al tiempo dispuesto, y previo a la intervención desea preguntar al Juez Ponente, de que a través de secretaria se le sirva recibir un escrito para cada uno de los señores jueces, y que se judicialice en donde está la aplicación del procedimiento para la adjudicación del contrato, y permitan que se proyecte para conocimiento de aquellos, una exposición en power point para ir explicando el procedimiento adoptado;

4.4.- LA PARTE ACCIONANTE, a través de su defensor Dr. Luis Daniel Cordero Espinosa, expuso respecto al escrito que han presentado los accionados, que por un tema de lealtad procesal, quisiera que se los informe sobre algunos cuadros, si esos cuadros son parte de los anexos que realizó la Comisión Técnica o la Subcomisión de Apoyo y si están subidos en el portal, por cuanto los accionantes han agregado los anexos y los cuadros que se observan no están ahí y tampoco están subidos al portal, desconociendo dónde habrán hechos estos cuadros, ya que en los pliegos no se establece nada de lo que está aquí, por lo que necesitan saber si es parte de los anexos que realizó la Comisión Técnica o la Subcomisión de Apoyo, y si están subidos al portal de compras públicas;

4.5.- EL ACCIONADO, INGENIERO, HILDO NAPOLEON ORDOÑEZ PINEDA, GERENTE DE VIVEM EP. LOJA, manifestó que es parte de la motivación que vaya a hacer su intervención como máxima autoridad de la empresa, que firmó el proceso y debe respaldarse no solo en los informes de la subcomisión, sino en su propio criterio profesional apegado a derecho, cediendo la palabra a la Abogada, Mayra del Carmen González Chamba, quien expuso que para empezar su intervención se le permita citar de acuerdo a lo que determina el Art. 16 de la Ley Orgánica Jurisdiccional, concordante con los Arts. 193 y 194 del Código Orgánico General de Procesos, ingresa por Secretaria copias debidamente certificadas de todo el proceso de licitación signado con el Nro. LICO-VIVEM-002-2021, con lo cual se podrá observar claramente que desde el inicio del proceso se garantizó el debido proceso a la seguridad jurídica tal como lo determina la Constitución; efectivamente el objetivo de poder ingresar esta documentación es con el ánimo de poder hacer ver a ustedes que jamás se vulneró la seguridad jurídica como lo dice la parte

actora, porque desde su inicio se fue tramitando hasta el momento de su adjudicación; si bien es cierto estamos hablando de una posible vulneración de derechos, el Art. 102 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública, que se permite dar lectura: “*en caso de que se pueda presentar un reclamo, este se lo hará de forma motivada ante el servicio nacional de contratación pública en este tipo de acto*”; asimismo, el Art. 150 de su Reglamento, en su parte pertinente dice que: “*por asuntos relacionados con su oferta respecto al trámite contractual o de adjudicación, el reclamo se lo presentará ante el órgano autor del hecho*”, que en este caso sería el SERCOP; realmente causa asombro que la parte accionante trate sorprender a ustedes como autoridades, puesto que señores jueces, por intermedio de secretaria también ingresa una documentación, que con fecha 9 de julio del 2021, llega a la Secretaría General de la Empresa de Vivienda, un reclamo administrativo por la parte actora, ya que con la misma fecha, es decir al siguiente día de la adjudicación se les comunica por parte de la operadora de compras públicas de la empresa, que efectivamente existe un reclamo administrativo de la parte actora, dicho reclamo administrativo es de fecha 21 de julio del 2021, la empresa como tal y sin nada que ocultar remite la información pertinente al SERCOP acerca de este reclamo administrativo, más con fecha con fecha 9 de agosto del 2021, el SERCOP avoca conocimiento y acepta el recurso de apelación planteado por la parte actora en donde se los notifica con fecha 11 de agosto del 2021 mediante secretaria; luego con fecha 12 de agosto del 2021, se da contestación con toda la información requerida por parte del SERCOP, puesto como ya lo manifestó por reiteradas ocasiones la parte actora, se trata este asunto de un acto administrativo tal como lo determina el Art. 102 y el Art. 150 del Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública; de acuerdo a lo que determina el Art. 52 de la Ley de Comercio, ingresa por intermedio de secretaria, son documentos con firmas electrónicas y documentos electrónicos, finalmente señores jueces, como ya lo manifestó el señor Gerente, causa asombro porque la parte accionante habló acerca de la resolución impugnada en este caso que es la EPMVL-GG-013-2021-R, de adjudicación de contrato; el Art. 6 en su numeral 1 de la Ley Orgánica de Servicio Nacional de Contratación pública, nos dice que “*causará efecto a partir de su notificación*”, y solo será impugnada de acuerdo a lo que establece la ley tal como lo manifiesta el Art. 102 ibídem, por lo tanto solicita que se deseche la pretensión de la parte actora puesto que no es la vía pertinente para este tipo de reclamo; **4.6.- EL ACCIONADO, ALCALDE DEL CANTON LOJA, PRESIDENTE DE VIVEM EP LOJA**, a través del Abogado, Luis Antonio Narvárez Abad, expresó que es necesario precisar que, el accionante ha cuestionado la resolución de adjudicación con fecha 8 de julio del 2021, ya que no habido el cumplimiento de normas infraconstitucionales, que se ha vulnerado el derecho a la seguridad jurídica, al trabajo, y que la resolución de adjudicación carece de motivación; sin embargo para desvirtuar que la resolución goza de la motivación específica, es necesario decir que esta resolución como acto administrativo cumple con los parámetros establecidos por la Corte Constitucional, esto es la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad; es razonable esta resolución que la cuestionan por cuanto esta se fundamenta en la normativa constitucional y legal, es lógica porque la estructura del contenido de la resolución que se cuestiona, se subsume y guarda estrecha relación de los hechos materia

de la contratación con la norma del derecho que se encuentra de manera expresa en la resolución que se la cuestiona y es comprensible porque es de fácil comprensión y entendible para todos los justiciables por lo tanto la resolución goza de los preceptos de la motivación antes singularizados, que existe vulneración a la seguridad jurídica, no es así señores jueces, estamos dentro de un marco constitucional de derecho y de justicia establecidos en el Art. 1 de nuestra norma constitucional que establece un marco jurídico que contempla el Art. 82 que corresponde a la seguridad jurídica, que no es más que otra cosa que la existencia de normas jurídicas previas, claras públicas y aplicables por la autoridad competente, es así entonces que al acto administrativo corresponde aplicar las normas que regulan este procedimiento de contratación pública, el no realizarlo es irse contra la seguridad jurídica, entonces este acto administrativo ha sido emitido con base a lo que establecen los Arts. 4, 6, 7, 32 y 49 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y también los Arts. 18 y 54 de su Reglamento, y también en el libelo de la demanda de acción de protección claramente se ha manifestado sobre los preceptos que igualmente singularizan la seguridad jurídica que es la procedibilidad de las normas jurídicas que los servidores están obligados a cumplir, esto es así y refiere que debe de hacerse el ejercicio de subsunción de las normas, al cuestionar o al exigir que se practique el ejercicio de subsunción de las normas estamos frente a actos infraconstitucionales, situación que no le corresponde tutelar al juez constitucional, porque entraríamos en un marco de control de legalidad, por lo tanto la presente acción de protección radica en la improcedencia de la acción, por cuanto se cuestiona a un acto administrativo como es la resolución de adjudicación del 8 de julio del 2021, que se dice se ha inobservado yéndose sobre la norma constitucional establecida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, entonces el Art. 173 de la Constitución de la República, claramente determina que los actos administrativos tienen que ser tutelados ante los jueces del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario, esto es así, porque en el Código Orgánico General de Procesos en su Art. 300 claramente dice que el objeto específico único de la jurisdicción contencioso administrativo es tutelar los derechos de las partes y realizar el control de legalidad de los actos o hechos de contratos, por lo tanto que esa vía que no le sea idónea que señala el accionante, no es así, porque si nos vamos igualmente al Art. 330 del COGEP, claramente nos especifica que el accionante puede solicitar una medida cautelar que es la suspensión del acto que posiblemente le causaría una afectación, por lo tanto tiene la vía judicial expedita hacia donde recurrir, y su pretensión se vuelve improcedente, y sobre esto existe diversidad de pronunciamientos de la Corte Constitucional, sin embargo es necesario señalar que la resolución de adjudicación que se la cuestiona por la no aplicación de normas infraconstitucionales como así la ha precisado el accionante, esta misma ha sido admitida de conformidad al Art. 6 numeral 18 y Art. 32 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Art. 24 de su Reglamento, es lo que considera la autoridad administrativa para aquello, considera la propuesta que se ha presentado a mejor costo para la ejecución de la obra, aceptando que el precio más bajo no es el único parámetro de selección en los procesos de contratación pública, la resolución lo que hace es recoger esa metodología de valuación de las ofertas contempladas en el Art. 54 del referido Reglamento, esto quiere decir que se ha considerado la actividad administrativa,

tanto la propuesta técnica como la propuesta económica, esto es precautelar el mejor costo para garantizar el cumplimiento efectivo de la obra, tengamos en cuenta que esta obra es para, ejecutar un programa de vivienda, en beneficio de los más desposeídos que no tienen una vivienda, para garantizar ese derecho constitucional de acceso a una vivienda digna, entonces para eso es que esta llamada una autoridad pública conforme lo establece en los deberes y obligaciones de todo individuo; por lo tanto con la explicación singularizada efectivamente por el accionante, irradia la improcedencia de la acción, porque conforme lo establece el Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no se ha demostrado la existencia de una violación de un derecho constitucional conforme al numeral 4, y no se ha desvirtuado de que la vía jurisdiccional contencioso-administrativo, no sea la expedita no le garantice no le dé la certeza de que fuera tutelados la posible afectación que demanda mediante acción de protección lo establecido en el numeral 5 del Art. 42, porque se pretende que se genere un derecho, que se disponga que se le acepte la recomendación de la Comisión Técnica y Subcomisión de Apoyo y con ello se le adjudique el contrato, está incurriendo lo que establece el Art. 42 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por lo que se solicita se rechace la siguiente de protección por improcedente, continuando con la explicación el señor Gerente de la empresa; **4.7.- EL SEÑOR GERENTE DE LA EMPRESA VIVEM EP LOJA**, expuso que hará una rápida explicación que consta en el escrito que ha presentado y ha pedido su judicialización; ya que una vez que asumió sus funciones como Gerente General el día 10 de julio del 2021, tomó procedimiento de este proceso, que se había iniciado en el mes de marzo del 2021, pudiendo revisar los informes mediante acta presentados por la Comisión Técnica de Calificación de Ofertas, y en resumen en el acta que se presentó el 14 de mayo del 2021, entre muchas observaciones resaltan dos importantes; la primera dice entre las ofertas admitidas de calificaciones una podía ser considerada como temeraria, razón que hace presumir que no podía ser cumplida por presentar precios, anormalmente bajos, que denota ser inviable en lo técnico y económico, y lamentablemente no existe en el pliego la posibilidad de contar con el proponente la viabilidad de su contenido, asimismo entre los admitidos se ha encontrado otras ofertas que sin adjetivarlas como temerarias, también estarían en el caso de riesgo de cumplimiento, tomando como referencia precios unitarios del proceso, sin embargo con esta observación se establece un orden de calificación, y si bien el accionante está en primer lugar y la conclusión a la que llegan a esta acta dice, que una vez terminado el proceso de calificación se ha determinado puntajes de calificación por cada oferente y el orden de prelación correspondiente en el resultado de lo rutinario y simplicidad de los formularios y por supuesto de las observaciones generales y particulares descritas en el acta en función de respuesta de la Comisión Técnica, que requiere para la adjudicación referirse al cuadro de puntaje y organizados criterios de riesgo, de riesgos expresados anteriormente para la versión final de acuerdo a lo establecido en el Art. 32 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el acta de calificación, a esta acta el señor Gerente General de ese entonces, pide un alcance a la calificación respecto a la observación de la consistencia técnica de la oferta, se hace el análisis por parte de la Subcomisión de Apoyo, pero se mantienen las mismas observaciones e igualmente se mantiene el mismo cuadro que fue

calificado económicamente, que decir no se cumplió con las funciones que establece el Art. 54, está nueva acta dice una vez terminado el proceso de calificación con los cuadros de puntaje y orden de prelación así como la observaciones generales y técnicas descritas en el acta, la Comisión considera que las pautas suficientes para que la autoridad decida su adjudicación, conocido esto solicita al Presidente de la Comisión se reúna con sus miembros y actué en función de lo que dispone el Art. 18 del Reglamento General de Proceso, referente a que los informes de la Comisión Técnica que serán dirigidos a la máxima autoridad o su delegado incluirán el análisis correspondiente al proceso y las recomendaciones expresa de su adjudicación o declaratoria de proceso, pues bien, este procedimiento una vez que se ha dado, me obligaré a insistir, ellos se pronuncian en el oficio que requirió el accionante, pero no leyó la totalidad de la conclusión, porque la conclusión dice que se adjudique al Consorcio VIVEM LOJA, con representación legal Luis Palacios Andrade de RUC 11033742680001 y si en el caso su autoridad considera no adjudicar a aquél, adjudique a quien corresponda según su criterio, evitando el riesgo mencionado se decida las observaciones que están en el acta del 14 de mayo como en el acta del 2 de julio del 2021, lo que le obligó a efectuar un análisis de carácter técnico sobre la consistencia, porque es claro lo que dispone el Art. 6 literal 18, esto es que la oferta tiene que ser revisada legal, económica y técnicamente, y los deberes que contempla el Art. 54 del Reglamento de la Ley dice clarito, que el resultado de la calificación de la oferta, será de carácter técnico y económico, lo que en ese sentido le obligó a hacer lo siguiente como se podrá ver, hay un primer cuadro, en ese cuadro en realidad la oferta que está de amarillos corresponde a la accionante, y este tiene una diferencia \$ 291.760 dólares y pico, estamos hablando, de un valor más bajo que el referencial prácticamente \$ 300 000 dólares, de un presupuesto referencial de \$ 1'542.000, y la que supuestamente califican como temeraria tiene diferencia de cuatrocientos mil y pico de dólares; las tres del mismo color son ofertas que tiene los mismos costos, los mismos costos y al final se baja en el rubro que no son representativos esta calificación se hace para rubros representativos que suman el 80% de todo el final de la obra y la que está en verde hace notar que tiene las mejores características técnicas de cumplimiento, porque estamos hablando del derecho de 811 familias, cuya suspensión, retraso e incumplimiento, daría resultados negativos del proyecto; seguidamente expresa que en el siguiente cuadro profundiza la calificación, revisando la de la acción que realizan cada uno de ellos, en relación a la Subcomisión de Apoyo y la Comisión Técnica, se ve que existen consistencias e inconsistencias; el accionante tiene cero inconsistencias en esta calificación y 11 consistencias, pero profundizando el análisis respecto a costos de materiales, costo de rubros etcétera, vemos que el accionante tiene 18 consistencias y el adjudicado tiene 74 consistencia ahí nomás establece una diferencia muy clara; siguiente cuadro, analizando ya respecto a la observación vemos que las primeras cuatro ofertas que tienen mayor puntaje, están dentro de lo que estamos observándose en cada una de las actas, tanto la del 14 de mayo como la del 12 de junio del 2021, no es que se desechen esas ofertas, pero no convienen a los intereses de la institución ni a los intereses de 811 familias, y la quinta oferta es la que está con el mismo color es una copia, a más que de las ofertas anteriores, no generan credibilidad, no generan certeza, no posibilitan razonamiento lógico para una adjudicación,

entonces dentro de las de las seis primeras ofertas, la que posibilita un mayor nivel de confianza, porque genera un mejor costo para la institución, es justamente la oferta del Ingeniero Blacio Aguirre, entonces cómo se puede que cuando no se desechan, simplemente no son dignas de observación para la adjudicación, pero la de la quinta oferta tampoco es digna, porque está dentro de las ofertas que hicieron copia y pegues, dándose muchas cosas negativas, desgraciadamente no es el momento para describirlas; entonces la adjudicación se basa en que el criterio, técnico apegado a derecho que se indica para hacer la adjudicación, se lo aceptó parcialmente, conforme a la recomendación de la Comisión Técnica, por cuanto no le dejaba de otra, y en ese sentido ha procedido en derecho; lamenta y protesta porqué el accionante, no sabe por qué vía ni como tiene la resolución de adjudicación, cuando todavía no se ha procedido a la notificación, no se ha procedido a materializar el hecho de adjudicación, el proceso se pudiera hasta suspender, entonces dice que no sabe qué está pasando, dejando a los señores jueces que en su criterio en esta tarde, se administre realmente justicia y por fin podamos las instituciones trabajar en paz y calma apegados al derecho y la norma técnica; **4.8.- LA ASESORA JURÍDICA DE LA EMPRESA VIVEM EP LOJA**, Abogada, Mayra del Carmen González Chamba, respecto a la pregunta de los señores, relacionada con recurso interpuesto en el SERCOP por los accionantes, respondió que fue interpuesto al siguiente día de la resolución de la adjudicación del contrato, esto es por vía administrativa, tal como lo manifestaban por reiteradas ocasiones la parte actora, recurso que se dio con fecha 12 de agosto del 2021, y se dio la contestación con toda la documentación requerida por parte del SERCOP, y hasta aquí que se ha llegado, dicho recurso aún está en trámite; **4.-9.-** Por su parte el **INGENIERO, RICHARD BLACIO AGUIRRE**, participante y oferente en el concurso, a quien se le ha adjudicado el contrato mediante Resolución Nro: EPMVL-GG-013-2021-R, del 8 de julio del 2021, a través de abogado defensor, Dr. Galo Ortega Criollo, expuso que su presencia e intervención obedece a que su defendido es la persona respecto de quien se ha declarado la adjudicación del contrato y ha generado un derecho y es por ello que en representación de esta acción de protección podría afectar subjetivamente y por eso él ha solicitado ser escuchado por los señores Jueces constitucionales, la exposición de porqué debe ser desechada la acción de protección es en consideración que la presentación de acción de protección es extemporánea e inamisible por los siguientes motivos; primero por cuanto, luego de que se adoptó la resolución o decisión de adjudicación, pese a que la misma, no ha sido notificada como recién lo mencionaron los funcionarios de VIVEM Loja, la oferta perdedora ya se encuentra ejerciendo su derecho impugnatorio, conforme lo establece el Art. 150 del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que con la venia del Tribunal da lectura a la parte pertinente de esta norma de carácter infraconstitucional y reglamentaria: *“derecho a reclamar: los oferentes que se consideren atentados de sus intereses por actos administrativos emitidos por las autoridades, previstas en el artículo 1 de esta ley, por asuntos relacionados con su oferta respecto a trámite pre contractual o al de la adjudicación tendrá derecho a presentar las reclamaciones de conformidad con el procedimiento previsto en el presente capítulo, en las reclamaciones los oferentes podrán visionar o pretender. La formulación y reserva de derechos cuando se impugnen los actos de simple administración. 1. La*

enmienda, derogación o sustitución total o parcial de los actos administrativos relacionados con los procedimientos de contratación en los que intervenga, el reclamo se presentara por escrito ante el órgano autor del hecho, en el término de 5 días contados a partir de la notificación”; con ello los accionantes ya están ejerciendo su derecho impugnatorio, lo que nos conlleva a un escenario en que existe una reclamación doble, es decir al mismo tiempo, orientada en la misma pretensión, o sea, el objetivo mediante el ejercicio de derecho impugnatorio, es que se deje sin efecto la adjudicación que se la ha efectuado al Ingeniero Richard Henry Blacio Aguirre, y se la conceda a favor de los accionantes, una en sede administrativa, y la otra en sede constitucional, lo cual de ninguna forma es procedente, ya que solamente después de que se ha notificado la resolución con la adjudicación, y luego de haberse agotado la fase de impugnación en la sede administrativo, en criterio de esta defensa técnica, solo en ese momento podría concurrir los accionantes, pero no ante la justicia constitucional sino ante la justicia contenciosa administrativa, de lo expuesto se colige una primera causal con improcedencia de la acción, esto es la prevista en el numeral 4 del Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece: *“es viable u opera dicha improcedencia cuando el acto administrativo puede ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no sea adecuada ni eficaz”*, por cuestión de que esta no ha precedido en el presente caso; los accionantes están dentro del término de 90 días que establece la ley para poder presentar su recurso subjetivo adicional a la impugnación, que ya están haciendo en serie administrativa para presentar como se dijo su recurso subjetivo, ante la justicia contenciosa administrativa; el segundo punto por el cual la acción de protección no es procedente, es en virtud de lo establecido en el Art. 42 numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece que no es procedente la acción, cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho, por eso el Juez Ponente pidió a la defensa de los accionantes que clarifique cuál era su pretensión, pero la defensa técnica se limitó a decir aquellas que están constantes en el líbello inicial de su demanda, el parágrafo 5 de la demanda expresamente aspira los accionantes dos que se disponga al señor Gerente General de la Empresa Pública Municipal de Vivienda de Loja VIVEM Loja, que mediante resolución motivada acoja la sugerencia realizada por la Comisión Técnica designada por el procedimiento de contratación signada con el número LICO-VIVEM-002-2021, y se adjudique la obra de construcción del Sistema de Alcantarillado y Fluvial para el Proyecto en los Jardines de Punzara, al oferente que obtuvo la puntuación más alta, esto es para el CONSORCIO VIVEM LOJA, que lo conforman los comparecientes; es esto o no una petición de que se declare un derecho, están pidiendo que la justicia constitucional, mediante sentencia obligue al funcionario correspondiente que declare o adjudique la contratación a los señores accionantes; la defensa técnica tiene claro que a partir del 11 de enero del 2017, los procesos de contratación pública como el que se está impugnando, pueden ser sujetos de ataque a través de acciones constitucionales, esto en virtud de que la Corte Constitucional mediante sentencia del 11 de enero del 2017 resolvió el caso Nro. 1445 13 EP en el que aplicando el Art. 43 de la Ley de Control Constitucional, declaró inconstitucional el inciso 7º del Art. 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, garantizando constitucionalmente respecto de todos los sucesos que se

daban dentro de la contratación pública, eso lo tienen claro dice, que es viable la acción, pero de ahí a decir que se tiene fundamento y que puede prosperar, hay una distancia muy significativa; una tercera causal para que se rechacen la presente acción de protección es porque están impugnando exclusivamente la calidad del acto, esto se encuentra previsto en el numeral 4 del Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, puesto que no se ha justificado que se haya violado derechos constitucionales, sino que de otra forma sutil se los ha llevado a discutir la aplicación o vulneración de normas infraconstitucionales so pretexto de analizar una presunta vulneración a la seguridad jurídica; no existe violación de los derechos constitucionales singularizados en la demanda, por las siguientes razones, en el Art. 6 numeral 18 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se establece que debe considerarse con los términos, o los términos que se debe utilizar al aplicar esta ley, y señala por ejemplo, respecto al mejor costo en obras o bienes y servicios normalizados, qué es lo que aplicó el señor Gerente General de VIVEM EP, estas normas nos dicen que la oferta que ofrece a la entidad las mejores condiciones presentes o futuras en los aspectos técnicos financieros y legales, sin que sean el precio más bajo el único parámetro valoración, ningún concurso puede dejar de observar esta norma de carácter legal e infra constitucional, es decir tiene que observarse factores técnicos, financieros y legales, y no solamente el costo del oferta; esta norma concede efectivamente el principio de discrecionalidad para la máxima autoridad de la entidad pública en cuanto a parámetros de selección que son diferentes a los parámetros de evaluación con la Comisión Técnica y la Subcomisión de Apoyo, hay que considerar que son dos cosas diferentes, los unos los parámetros que si los ejerce la Comisión Técnica y la Subcomisión de Apoyo, y los parámetros de selección que están dados bajo potestad exclusiva de la máxima autoridad; en el Art. 54 inciso 2º y 3º de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se señala que en la evaluación de las ofertas, se deben aplicar los parámetros de calificación previstos en los pliegos, pero adicional a ello dispone que la evaluación debe efectuarse cuando las propuestas, tanto técnica como económica, que es lo que el señor Gerente de VIVEM EP, de Loja, pide por qué no se le asignó a los accionantes, lo explicado de manera se siente, esto se colige que más allá de toda evaluación sustentada en los parámetros de calificación previstos en los pliegos prueba el poder de decisión sustentado en la discrecionalidad de los parámetros de selección que debe efectuar la máxima autoridad, cuestión que es la que ha sucedido en el presente caso, creemos que la resolución contiene la incidencia y pertinencia que son los parámetros que conforme a la Corte Constitucional, han establecido que deben observarse para dar cumplimiento a la garantía de la motivación prevista en la Constitución de la República, de todo lo expuesto para no ser redundante, se concluye en la improcedencia de la acción de protección, solicitando al Tribunal declare la inadmisibilidad de la acción propuesta; **4.10.- LOS ACCIONANTES**, a través de su abogado defensor, el mismo expuso que quisiera que le permitan explicar las dos intervenciones que se realizó tanto de la entidad accionada como de la abogada de la contraparte, poniendo en contexto dos hechos, porque de lo que se ha escuchado en la presente intervención tanto en la entidad accionada como de la abogada del adjudicatario, daba a entender que esta acción es improcedente y establecen algunos criterios, como es el

criterio de discrecionalidad que tiene la máxima autoridad para adjudicar a quien cree que es la oferta más conveniente, eso no es verdad, porque se debe tomar en cuenta dos cosas, que el derecho se divide en dos grandes ramas, derecho público y derecho privado, los principios que regulan el derecho público y el derecho privado también son diametralmente diferentes, derecho privado principio de libertad, derecho público principio de legalidad, es así cuando una persona por ejemplo entre los particulares, puede hacer todo lo que quiera, siempre y cuando la Constitución y la ley no lo prohíba; pero en el derecho público solo se puede hacer lo que la Constitución y la ley manden, entonces esa es la premisa fundamental que diferencia al derecho público del derecho privado, ahora bien lo que se pregunta, es la máxima autoridad de una institución pública la que puede adjudicar a quien el considere que es la mejor oferta, desde su punto de vista no, por cuanto el Art. 32 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dice, que la máxima autoridad de la institución de acuerdo al proceso a seguir en base al tipo de contratación adjudicará el contrato, al oferente cuya propuesta represente el mejor costo, de acuerdo a lo definido en los numerales 17, 18 y 19 del Art. 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y en base a los parámetros objetivos de evaluación previstos en cada procedimiento, entonces vámonos a los numerales 16, 17, 18, de estos 3 numerales del Art. 6, que es aplicable para el presente caso, referente a ejecución de obras es el numeral 18, el 17 se refiere a bienes y el numeral 19 se refiere a consultoría, el numeral 18 del mismo artículo, establece la oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones de mejor costo de obra en bienes o en servicios no normalizados, entonces cuáles son los mejores costos de obra ?, la oferta que establezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección. En todo caso dice, los parámetros de evaluación deberán constar obligatoriamente en los pliegos, y la Comisión Técnica y la Subcomisión de Apoyo, establecieron que quién es la mejor oferta es la presentada por el CONSORCIO VIVEM LOJA, y esa es la mejor oferta técnica y económica, por eso alcanzó la puntuación más alta, no es verdad que el señor Gerente General de la empresa pública pueda adjudicar a quien él quiera, y que es lo más grave, que viene aquí con un cuadro de más o menos 10 % del presupuesto referencial, y que no se la puede adjudicar porque se presume que es temerario, dando a entender que como la oferta tiene menos del 10 % será inadmitida, lo que tampoco es cierto, no es que una oferta que sea más baja del presupuesto referencial debe ser inadmitida y para eso ténganse en cuenta el Art. 74 de la ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con respecto a las garantías, el segundo inciso que da lectura, dice que en los contratos de obra o en la contratación de servicios no normalizados, si la oferta económica adjudicada fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al 10% de esta, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse en un monto equivalente al 20% de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato, es así que la propia ley permite que se presenten ofertas inferiores al presupuesto referencial, eso no es ilegal y no es una razón para descalificar a una oferta o no adjudicarla, entonces es lo que debe tomarse en cuenta en el primer inciso; el segundo argumento que se ha dicho que no es procedente la acción de protección, por cuanto hay las vías expeditas en la justicia ordinaria y que este es un asunto de mera legalidad, la

Corte Constitucional ha emitido muchas sentencias, se recuerda que ya no se presentaban acciones de protección sobre estos temas, por cuanto se decía que los jueces que acepten este tipo de acciones iban a ser destituidos, y que los jueces que iban a fallar no tenían que limitarse a decir que es un asunto de mera legalidad, sino que tienen que direccionar al accionante para establecer qué tipo de acción o cómo se puede proceder con esa acción, pero más allá del tema, *la Corte Constitucional en la sentencia, 1679- 12-EP-20 con respecto a la diferencia que existe entre una acción de protección y justicia ordinaria. Dice lo siguiente, este caso es muy interesante que me voy a permitir dar lectura, aquí se impugna a través de acción de protección una resolución de visto bueno. Ante Resolución emitida por el Ministerio de Trabajo y dice lo siguiente: adicionalmente en vista de que la mayoría de conflictos laborales relacionados con la fecha de inicio de final de la relación de la duración de dicha relación la remuneración que precedía el trabajador en instancias del cual fue entregada a una persona estos procesos pueden requerir de un espacio de práctica y contratación de prueba y aquel que permite la acción de protección, esto implica que cuando las alegaciones planteadas en caso concreto requieran de la producción de una gran cantidad de y de la determinación de varios hechos el diseño procesal del juicio laboral ordinario será un medio procesal más adecuado para la tutela de los derechos. Por lo anterior de índole laboral tales como pago de remuneraciones adecuadas y otro tipo de riesgos laborales, la verificación de las causas procedencia de visto bueno o alegaciones respecto de la terminación del seguro laboral como despido intempestivo y en general y conflictos cuya pretensión sea el reconocimiento de haberes laborales cuenta con una vía adecuada o eficaz en la justicia ordinaria así como en regla general la acción de protección no puede no puede sustituirla a la vía laboral ordinaria respecto a la impugnación de una resolución de visto bueno en estos casos los jueces constitucionales deben dirigir al accionante a la vía adecuada y eficaz para poder resolver su pretensión 67 sin embargo. Dice la Corte Constitucional como ya se mencionó este no puede ser un criterio absoluto, por cuánto implicaría la completa desnaturalización de la acción de protección como garantía más idónea para la tutela de los derechos constitucionales, así pueden existir situaciones fácticas excepcionales en las cuales la vía ordinaria pierde su carácter adecuado y eficaz y en estos casos serán la vía constitucional la más idónea y efectiva para la protección de los derechos.* En primer lugar como ya se mencionó la vía laboral ordinaria es adecuada para la reparación de derechos laborales ya que ha sido diseñada específicamente para salvaguardar los derechos del trabajador y equiparar a la situación de los trabajadores sin embargo puede existir controversias que tienen su origen conflicto la laboral en el cual será emitida una resolución de visto bueno pero que las actuaciones en contra de los trabajadores han afectado otro tipo de derechos. En segundo lugar pueden existir situaciones fácticas excepcionales, en las que conviertan a la vía laboral ordinaria en ineficaz, así, la urgencia o necesidad emergente de atender una situación particular podría determinar la ineficacia para la tutela del derecho. Porque se hace referencia a este sentencia de la Corte Constitucional, por cuanto el abogado de la contraparte y de la entidad accionada es que aquí tenían que resolver ante la justicia ordinaria Contencioso Administrativo, señores Jueces se ha presentado esta acción con medida cautelar por qué ?, por qué existe la amenaza de la vulneración de un derecho

constitucional a la seguridad jurídica, al trabajo y a la motivación, y frente a esa amenaza no pueden pedir que vaya a la justicia ordinaria ante el Contencioso Administrativo, para que después de cuatro años se resuelva sobre la ilegalidad de la adjudicación, una vez que ya se haya suscrito el contrato y se haya ejecutado la obra, ya resulta ineficaz una acción en esas condiciones, esa es la razón por la que se ha presentado esta acción de Garantías Jurisdiccionales como acción de protección y precisamente porque el ámbito de discusión que nosotros hemos expuesto en la presente acción es la vulneración de derechos constitucionales, no la ilegalidad del acto administrativo impugnado, qué es lo que se discute en sede judicial ordinaria en el contencioso administrativo y cuáles derechos constitucionales como reitero el derecho a la seguridad jurídica porque tienen que venirnos a decir aquí bajo que parámetros ellos pueden adjudicar a quienes ellos creen, y más aún, si es posible violentando el Art. 32 y el numeral 18 del Art. 6, violentando esas disposiciones legales tomando parámetros de calificación que no están en los pliegos y que tampoco fueron tomados en cuenta por la Comisión Técnica y la Subcomisión de Apoyo, e inventarse nuevos parámetros de calificación que además son ilegales porque la propia Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública permite ofertas con un precio menor al 10% del presupuesto referencial, entonces inventarse esos parámetros y hacer calificaciones subjetivas de temerarias y decir que las cuatro primeras ofertas son temerarias y la quinta es copy page, y por eso no adjudicar a quienes tienen el mejor costo de acuerdo con los parámetros legales, es evidentemente violatorio de los derechos constitucionales a la seguridad jurídica y derecho al trabajo y derecho a la motivación, deben explicar precisamente para esto es la motivación para decirnos porque no adjudica al primero, al segundo, al tercero, al cuarto y al quinto, y adjudica al sexto, es la motivación, la que establece el literal l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República, tiene que haber una concatenación de los hechos contra el presupuesto fáctico admitido y las normas jurídicas que va a aplicar, entonces si va a aplicar en base al Art. 32 se va a adjudicar, iba a decir este es el ganador, entonces tiene que decir porque estando en sexto lugar, y siendo su oferta \$ 137.000 dólares más alta que el que ganó el primer lugar se le va a adjudicar; esa entonces eso es la razón fundamental por la que se ha presentado la acción de protección. Ahora bien, no es procedente la declaratoria o lo que afirma el abogado de la contraparte de la improcedencia de la acción de conformidad con los numerales 4 y 5 del Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por cuanto este acto administrativo es posible impugnarlo en sede judicial y si todo acto es impugnabile en vía judicial, entonces ninguna acción de protección sería posible presentarla, por eso mismo he citado estas jurisprudencias con respecto a la necesidad de la acción de protección, cuándo existe vulneración de derechos constitucionales y eso dice la Corte Constitucional si se discute derecho constitucional la vía expedita es la acción de protección, más aún como afirmó el abogado de la contraparte del adjudicatario, la Corte Constitucional declaró inconstitucional esa disposición legal que impedía el ejercicio de la acción de garantías jurisdiccionales en tema de contratación pública está declarado inconstitucional es procedente, y en segundo lugar que dice que tampoco procede, porque de conformidad al numeral 5 del Art. 42 de la LOGJCC, estamos pidiendo la declaratoria de un derecho, eso no es cierto, no estamos pidiendo la declaratoria de un derecho, estamos pidiendo

el reconocimiento de la violación a las garantías de los derechos constitucionales de la seguridad jurídica, de la motivación y el trabajo, porque para eso es el procedimiento, qué sentido tiene hacer un procedimiento administrativo, nombrar una Comisión Técnica y una Subcomisión de Apoyo, que establezca quién es el ganador y se adjudique a quien tenga a bien hacerlo la máxima autoridad, no es para eso el procedimiento administrativo tiene una finalidad de ser y los actos preparatorios de procedimiento administrativo sirve precisamente para preparar la voluntad de la administración, y expresa la voluntad a través de hechos, contratos, reglamentos y actos normativos, así se expresa la voluntad de la administración, pero estos actos tienen como antecedente actos preparatorios y son estos precisamente todas las resoluciones de aprobación de los pliegos de Comisión Técnica y Subcomisión de Apoyo, pero adicionalmente la propia entidad contratante dice en las condiciones generales que además no las adjuntan en los documentos que dicen que está todo el expediente no está en las condiciones generales y las condiciones generales de los pliegos aprobadas por ellos mismos dice clarísimo, que el mejor costo será quién obtenga la calificación más alta; entonces no se está pidiendo que se reconozca un derecho, quién debió ser declarado ganador fue quién ganó, en base al procedimiento de contratación pública que se desarrolló y eso es lo que se solicita, porque además las medidas de reparación integral recuerden que esto es una demanda ordinaria con una pretensión, se expone la violación de derechos constitucionales y se sugiere las medidas de reparación, pero a quién le corresponde determinar cuáles son las medidas de reparación aplicables para el caso concreto de conformidad con el Art. 18 de la Ley Orgánica de Garantías, Jurisdiccionales y Control Constitucional es el juez, no quien la solicita, lo que hace el demandante es sugerir las medidas de reparación, quiénes las adoptan son los jueces; por lo expuesto, es procedente la acción de protección y lo que se solicita es que se conceda como medida de reparación las sugeridas, que las acepte o admita el Tribunal, pueden ser adicionales otras o no tomarse en cuenta algunas, pero las medidas de reparación son las que el Tribunal adopte con respecto a la violación del derecho constitucional; **4.11.- ACCIONANTE, VIVEM EP.**, a través de la Abogada, Mayra del Carmen González Chamba, expuso que va a empezar refiriéndose a lo que manifestó el colega de la parte actora con respecto al Art. 6 numeral 18 de la Ley de Contratación del Servicio Nacional de Contratación Pública, que en su parte pertinente dice, mejor costo en obra, en bienes y servicios no normalizados, esto es la oferta que se ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras con los aspectos técnicos financieros y legales, efectivamente la parte actora manifiesta que hay una recomendación por parte de la Comisión Técnica dónde recomienda que se le adjudique a la persona que tiene en primer lugar que es la parte actora, pero lo que se olvida señores jueces que consta dentro del proceso que también hay una recomendación que dice en su parte si en caso su autoridad considera adjudicar a quién corresponda según su criterio evitando el riesgo mencionado; al hablar de su autoridad se trata del Gerente General de la empresa, quien ya con su experiencia explicó la parte técnica porque no consideró que se debía adjudicar a la persona que quedó en primer lugar; asimismo resulta como ya lo dije, que está existiendo una falta de lealtad procesal, la parte actora trata de inducir a error a ustedes señores jueces, entrando en un fraude procesal, ya que no menciona el acto administrativo, como ya se lo manifestó se lo ingreso como prueba que

existe dentro del SERCOP, acto administrativo que de acuerdo a lo que determina el Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su numeral 3 dice la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado, señores, no pueden pretender en dos vías reclamar el mismo derecho, solicitando una vez más que se deseché la pretensión de la parte actora; **4.12.- ACCIONANTE, ASESOR JURÍDICO DEL MUNICIPIO DE LOJA.-** Expuso que la parte accionante, ha precisado de que efectivamente la acción constitucional de protección, es la idónea para tutelar el aparente derecho afectado alegado, ha singularizado que una de las causas por no recurrir a la justicia ordinaria, en los términos del Art. 173 de la Constitución de la República, es porque tardaría cuatro años su tramitación, eso no es así, pues claramente el Art. 300 del COGEP, establece de que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tiene por objeto tutela los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público e incluso la desviación del poder, o sea un acto arbitrario como lo han singularizado, pero efectivamente eso no es verdad que no existe un medio o medida cautelar donde tutelar de forma rápida en la vía de lo Contencioso Administrativo a la presunta violación del derecho subjetivo el Art. 330 del COGEP, establece que el accionante el demandante puede solicitar como medida cautelar para evitar se produzcan daños de difícil remediación, la suspensión de la resolución de adjudicación y el juzgador emitirá en el auto inicial, entonces hay la vía expedita idónea y eficaz para tutelar el aparente derecho vulnerado, la Constitución en su Art. 173 claramente ha referido al procedimiento para tutelar los actos administrativos, en unidad con lo que establece el Art. 300, 326 y 330 del COGEP, Art. 35 y 216 del Código Orgánico de la Función Judicial, que establece los parámetros de la competencia para tutelar los derechos que afecten a las personas, por lo tanto existe la vía judicial expedita idónea por la que se pueda reclamar o realizar el cuestionamiento o exigencia a la resolución de adjudicación y más aún cuando el mismo accionante ha reconocido, ha hecho justo del medio idóneo de defensa de impugnación de reclamación al presentar su reclamo el mismo que se encuentra en curso, lo que quiere decir que el mismo sabe o conoce de que existe la vía tutelar expedita para recurrir para tal reclamación y estos el amparo de los establece el Art. 6 numerales 18, 102 y 103 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el Art. 150 de la referida ley, por lo tanto hay la vía expedita para hacerlo, ha señalado también que no existe improcedencia de la acción, porque los hechos denunciados en la presente acción; asimismo, hay abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la improcedencia de la acción, sentencia número 02 8415 SCP, sentencia 028 10SCP, sentencia 01613 SCP de la Corte Constitucional, que establecen que la acción de protección no constituye un mecanismo de su superposición a reemplazo de las instancias judiciales ordinarias, pues ello ocasionaría a la Corte Constitucional el desconocimiento de la estructura jurisdiccional estatal establecida por la Constitución, asimismo en estos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la improcedencia de la acción, lo recoge el Manual de Justicia Constitucional, también los tratadistas Juan Montaña Pinto, los profesores Claudio Starini y Marco Navas Alvear en su obra: La Acción de Protección en el Ecuador, sobre la improcedencia de la acción, se da lectura a lo más específico, señalando claramente que frente a lo establecido en el numeral 4,

no solo sería constitucionalmente legítimo sino que además constituiría un elemento esencial para evitar el abuso de frente a la acción de protección, entonces este causal evita el abuso de la acción de protección se vuelve improcedente de acuerdo a la normativa expresa y se constituye en un freno para que no proceda demanda constitucional que existe un mecanismo legal establecido en nuestro ordenamiento jurídico; asimismo la Corte Constitucional en su sentencia Nro. 083-2013, claramente se pronuncia sobre la improcedencia de la acción, ha señalado que sin embargo no significa que todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida en debate de la esfera constitucional, en vista de que para que conflictos que versen sobre temas de legalidad, el propio marco normativo prevé mecanismo idóneos y eficaces, entonces, es claro, que la misma Corte Constitucional ha determinado cuándo son los procesos para cuando venga la improcedencia de la acción, pero la presente acción de protección, no cumplen los requisitos establecidos en el Art. 40 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, numeral 1 porque no se ha demostrado la existencia de vulneración de derechos constitucionales, y dos porque tampoco se ha desvirtuado y convencido al Tribunal de que se haya presentado los elementos de convicción necesarios, que permitan arribar al Honorable Tribunal a la certeza jurídica total de que no existe una vía jurisdiccional expedita para tutelar el derecho reclamado, como es en el presente caso por lo tanto no cumple con los requisitos establecidos para que prospere la acción de protección, por cuanto si existe la vía idónea para realizarla y más aún porque ha cuestionado en la aplicación del numeral 18 del Art. 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, haciendo referencia a la no aplicación o la aplicación arbitraria de normas infra constitucionales, por lo tanto dicha situación le corresponde conocer a la justicia ordinaria, en la vía del control de legalidad de los actos por todos los singularizados, solicito en vista de que la presente acción de protección no cumple con los requisitos establecidos en el Art. 40 numerales 1 y 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por no haberse justificado la existencia de la violación de derechos constitucionales, como tampoco se ha desvirtuado que existe una vía judicial expedita que tutele los derechos sobre los presuntos afectaciones que sufre el acto administrativo, se rechace la presente acción de protección por improcedente; **4.13.- EL INGENIERO RICHARD BLACIO AGUIRRE**, a través de su Abogado, Dr. Galo Ortega Criollo, expuso que recalca efectivamente que el Art. 330 del Código Orgánico General de Procesos, le viabilizaría a la parte accionante el que se suspenda el acto al presentarse una acción de carácter contencioso administrativo; el sustento fáctico central de la acción de protección, es que la máxima autoridad de la empresa VIVEM EP, no ha acatado las recomendaciones de la Comisión y la Subcomisión, no existe una norma que establezca que esas recomendaciones sean vinculantes para la primera autoridad, de ahí que nace la discrecionalidad que establece el Art.18 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública, donde debe establecerse parámetros técnicos, económicos y legales para tomar la decisión de seleccionar cual es la oferta que más le conviene a la institución, consecuentemente siendo que el aspecto central de la acción de protección, nos ha llevado a una discusión de normas de carácter legal y reglamentario, que para eso no está la acción de protección, no fue concebida por el asambleísta constituyente para la discusión de esas

normas infra constitucionales, no se ha discutido aquí la vulneración de derechos constitucionales; reiterando en su pedido que se inadmita la acción de protección; y, **4.14.-** Intervención final de los **ACCIONANTES**, a través de su defensor, quien manifestó que solo un tema que quedó en el aire, respecto de que no se podría iniciar la acción de protección porque se está discutiendo un reclamo administrativo, eso no es así, por cuanto todo el sistema de contratación pública se desarrolla a través del portal de compras públicas, y ahí se establecen todos los parámetros que existen al respecto, y donde se debe publicar todos los actos administrativos preparatorios y definitivos que se operen inclusive el contrato en un procedimiento de contratación, y en el SERCOP hay una posibilidad de presentar una queja, y el mismo ya se pronunció al respecto y en el oficio Nro. SERCOP-DSP-2021-3271-OF, del 9 de agosto del año 2021, que dice lo siguiente; “En esta línea se enfatiza que en el caso de que los oferentes presente recursos hacia los actos administrativos, resolución de inicio, resolución de cancelación, resolución de adjudicación, resolución de declaratoria de desierto, deben realizarse exclusivamente ante la entidad contratante, de la cual emana el acto administrativo recurrido, la cual deberá calificar y resolver el recurso de apelación esto en concordancia con la normativa antes indicada, finalmente es preciso recalcar que es responsabilidad de la entidad contratante a través de sus funcionarios, la ejecución de cada una de las fases del procedimiento de contratación, las cuales deben ser desarrolladas de conformidad con la normativa vigente, siendo de entera responsabilidad de la entidad contratante toda actuación desarrollada para el efecto, en concordancia con lo dispuesto en el Art. 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, los accionantes no han presentado ningún reclamo administrativo ante la entidad contratante como lo dice el SERCOP, entonces no es cierto que se esté discutiendo en sede administrativa como dice el SERCOP y a través de la justicia constitucional, eso no es así. En cuanto a la discrecionalidad que hace referencia el abogado de la contraparte, yo lo que he hecho referencia es el numeral 18 del Art. 6 no es el artículo 18, es el numeral 18 del Art. 6 de la Ley, hace referencia precisamente a los parámetros, cuál es la mejor, siendo lo importante los aspectos técnicos económicos y legales, que deberán constar obligatoriamente en los pliegos; y que hace la Comisión Técnica, revisa aspectos técnicos económicos y legales y establece la puntuación y lo pone como ganador con la mayor puntuación, y lo declara como ganador con la mayor puntuación al Consorcio VIVEM LOJA, conformado por los accionantes; claro que lo que dice el numeral 18 que el aspecto económico no es el único determinante, y los aspectos técnicos y legales que constan en los pliegos, y eso es lo que realizó la Comisión Técnica y por eso declaró con la puntuación más alta a los accionantes, entonces no es que existe discrecionalidad, porque lo que no se puede aceptar bajo ningún punto de vista esto es que una vez que la Comisión Técnica se hace una calificación y establece la puntuación, adjudique a quién quiere la máxima autoridad, que tal que adjudique al último porque él cree que es la más conveniente, que el considere lo más conveniente, no, eso no es así como se actúa dentro del derecho público establecidos estos parámetros dentro de los de los actos preparatorios, y establecida en la calificación todos los análisis técnicos, económicos, legales así como los presupuestos de evaluación que constan en los pliegos, una vez que se desarrolla todo esto se estaba la puntuación y se va adjudicando los lugares que ocupan cada uno de los

oferentes y en este en esta licitación quién ocupó el primer lugar, y quién debe ser declarado ganador de este concurso es el Consorcio VIVEM LOJA, conformado por los accionantes; por lo que insisto al Tribunal que proceda a admitir la acción de protección y que ordene como medidas de reparación las sugeridas en el escrito de acción de protección; **QUINTO: - 5.1 FUNDAMENTOS DE HECHO.- LA RELACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN.-** De las alegaciones y pruebas presentadas por las partes se han llegado a establecer los siguientes hechos, los mismos que se dan como probados: **5.1.1.- DOCUMENTACION** relacionada con el procedimiento pre-contractual Nro. LICO-VIVEM-002-2021, para la contratación de la CONSTRUCCION DE LOS SISTEMAS DE AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO SANITARIO Y PLUVIAL PARA EL PROYECTO HABITACIONAL LOS JARDINES DE PUNZARA, en la ciudad de Loja, por un monto referencial de \$ 1'542.150, 72 dólares; **5.1.2.- ACTA DE CALIFICACION DE OFERTAS DE LA COMISION TECNICA, CODIGO: LICO-VIVEM-002-2021**, de las 08H30 de fecha 14 de mayo del 2021, de las 30 ofertas presentadas por los diferentes empresas y consorcios oferentes, suscrita por los señores integrantes de la Comisión Técnica, Ingeniero, Rafael González González, Ingeniero, Milton Mejía Mejía, Ingeniero, Marco Guerra Castro, Licenciada, Marianela Balcázar Cruz y Arquitecta, Alba Acosta Cabrera, en la que mediante Of. Nro. 11-EPMVL-LICO002-2021-OF, del 1 de julio del 2021, dicha Comisión Técnica, sugiere al señor Ingeniero, Hildo Napoleón Ordóñez Pineda, de las 13 ofertas seleccionadas, en consideración que una de aquellas era temeraria y otras que tienen su riesgo, adjudique el contrato al CONSORCIO VIVEM LOJA, cuyo representante legal es el señor Luis Octavio Palacios Andrade, y en caso que considere no adjudicar a aquél, adjudique al que corresponda, según su criterio y evitando el riesgo mencionado; **5.1.3.- INFORME DE LA SUBCOMISION DE APOYO DE LA CALIFICACION DEL PROCESO, CODIGO: LICO-VIVEM-002-2021**, del 9 de abril del 2021, suscrita por sus miembros integrantes Ingeniero, Franci Torres Albán, Ingeniero, Augusto Correa Carreño e Ingeniero, Edgar Jaramillo Álvarez, en relación a las 13 ofertas seleccionadas o calificadas, constando en primer lugar el Consorcio VIVEM LOJA, con una oferta de \$ 1'242.382,77 dólares, con un puntaje de 94.981 y en sexto lugar el oferente Ingeniero, Richard Henry Blacio Aguirre, con una oferta económica de \$ 1'379.540, 67, con un puntaje de 89.622; **5.1.4.- ACTA DE CALIFICACION, DE LA COMISION TECNICA, CODIGO: LICO-VIVEM-002-2021**, de las 08H30 del 2 de junio del 2021, de las 13 ofertas seleccionadas de las empresas y consorcios oferentes, suscrita por sus señores integrantes, Ingeniero, Rafael González González, Ingeniero, Milton Mejía Mejía, Ingeniero, Marco Guerra Castro, Licenciada, Marianela Balcázar Cruz y Arquitecta, Alba Acosta Cabrera, constando el cuadro de puntajes, cuyas ofertas económicas corregidas, corresponden en primer lugar al CONSORCIO VIVEM LOJA, con una oferta de \$ 1'242.382,77 dólares, con un puntaje de 94.981 y en sexto lugar el oferente Ingeniero, Richard Henry Blacio Aguirre, con una oferta económica de \$ 1'379.540, 67, con un puntaje de 89.622; **5.1.5.- ACTA DE APERTURA DE OFERTAS NRO. 003 DE LA COMISION TECNICA, DEL PROCESO CODIGO: LICO-VIVEM-002-2021**, del 23 de marzo del 2021, suscrita por el Ingeniero, Rafael González González, Ingeniero, Milton Mejía Mejía, Ingeniero, Marco

Guerra Castro, Licenciada, Marianela Balcázar Cruz, Abogado, Edwin Fabricio Jaramillo y Arquitecta, Alba Acosta Cabrera, constando de 30 oferentes, las ofertas del CONSORCIO VIVEM LOJA, con un valor de \$ 1'242.382,77, y la del Ingeniero, Richard Henry Blacio Aguirre, con un valor de \$ 1'379.540,66; **5.1.6.- ACTA DE CONVALIDACION DE ERRORES, PROCESO LICO-VIVEM-002-2021**, del 15 de abril 2021, suscrita por el Ingeniero, Rafael González González, Ingeniero, Milton Mejía Mejía, Ingeniero, Marco Guerra Castro, Licenciada, Marianela Balcázar Cruz y Arquitecta, Alba Acosta Cabrera, quienes establecen que de las 30 ofertas presentadas, no poseen errores de naturaleza convalidable; **5.1.7.- PLIEGOS DE VERIFICACION DE ESPECIFICACIONES TECNICAS**, presentados por los 30 oferentes, en los que constan el análisis de los materiales del rubro, así como la experiencia específica de los oferentes; y, **5.1.8.- RESOLUCION NRO. EPVML-GG-0013-2021-R, DE AJUDICACION DEL PROCESO DE LICITACION POR OBRA, CODIGO: LICO-VIVEM-002-2021**, para la **CONSTRUCCION DE LOS SISTEMAS DE AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO SANITARIO Y PLUVIAL PARA EL PROYECTO HABITACIONAL LOS JARDINES DE PUNZARA**, del 8 de julio del 2021, suscrita por el Ingeniero, Hildo Napoleón Ordóñez Pineda, Gerente General de la Empresa Pública Municipal de Vivienda de Loja VIVEM EP; mediante la cual, resuelve acoger el informe de evaluación y parcialmente la recomendación de adjudicación emitido por la Comisión Técnica, observando lo por ellos citado, que en caso de que su Autoridad considere no adjudicar a aquél (se refiere al Consorcio VIVEM LOJA, que obtuvo el mayor puntaje), adjudique al que corresponda según su criterio, evitando el riesgo mencionado, en base a la observación presentada por dicha Comisión Técnica del 2 de junio del 2021, respecto de la existencia de una oferta temeraria y otras que estarían en riesgo de cumplimiento, tomando como referencia los precios unitarios del proceso; correspondiéndole resolver la adjudicación a la oferta más conveniente para los intereses de la Empresa, en beneficio de los propietarios de las viviendas y cumplimiento del contrato; resolviendo adjudicar el contrato al oferente INGENIERO, RICHARD HENRY BLACIO AGUIRRE, con RUC. 1103328074001, por cumplir con la integridad de la oferta, las especificaciones técnicas y requisitos mínimos establecidos en el pliego, comprometiéndose la entidad contratante pagar al proveedor adjudicatario el valor de \$ 1'379.540, 67 dólares, en un plazo de 180 días contados a partir de la fecha de notificación de que el anticipo se encuentra disponible, por así convenir a los intereses institucionales; **5.2.- FUNDAMENTOS DE DERECHO: LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA QUE SUSTENTE LA RESOLUCIÓN.-** Previo a comenzar la argumentación en torno a las principales cuestiones que se han planteado, el Tribunal, quiere dejar constancia que por tratarse de hechos que el accionante ha sometido a la Justicia Constitucional, cuyo análisis no solo implica el uso de normas o reglas con una estructura normativa sino también de principios y valores constitucionales, según la Ley Orgánica de Control Constitucional y Garantías Jurisdiccionales, los métodos de interpretación que deben aplicarse, van más allá de los métodos tradicionales de interpretación de la ley como son el gramatical, teleológico, sistémico, histórico, sino que se incluyen otros como la proporcionalidad, ponderación, interpretación evolutiva o dinámica, etc., que permiten, desde una perspectiva de la

argumentación jurídica encontrar la respuesta correcta a la aplicación de dichos valores y principios al caso concreto, pues a diferencia de las normas que tienen estructura normativa, los principios tienen estructura abierta y se caracterizan por tener peso, lo que nos obliga a superar la simple subsunción jurídica, sin que aquello quiera decir que no se deban considerar también los clásicos criterios de interpretación de la Ley en cuanto sean necesarios y/o suficientes. Así mismo, debemos dejar constancia que de acuerdo a la Corte Constitucional, a más de las normas contenidas en nuestro Bloque de Constitucionalidad, otras fuentes de derecho que debemos observar también son las sentencias emitidas dentro de las acciones constitucionales que conoce la Corte Constitucional, sobre la base de que todos los criterios de la Corte Constitucional son vinculantes, pues así lo ha sostenido la referida corporación cuando ha señalado: *“25. De lo cual se colige entonces que todas los criterios de decisiones jurisdiccionales, esto es sentencias de acciones extraordinarias de protección, de incumplimiento, por incumplimiento, consultas de norma, control de constitucionalidad, de interpretación constitucional, dirimencia de competencias, y dictámenes constitucionales emanados por este órgano de administración de justicia son de obligatorio cumplimiento, en virtud de que la Corte Constitucional, al interpretar la Constitución al decidir cada caso crea normas jurisprudenciales que se ubican al mismo nivel que la Constitución”*. En tal virtud, resulta necesario señalar que a la Acción de Protección, la regula el Art. 88 de la Constitución de la República, constituyéndose en un mecanismo efectivo para la vigencia de los derechos constitucionales, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de ellos, ya sea por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación; por su parte, el Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala que la Acción de Protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: *“1. Violación de un derecho constitucional”*; el Art. 41 *ibídem*, prescribe que dicha acción procede: *“1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio”*; y, *“2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías”*.- La Corte Constitucional del Ecuador ha resuelto que si bien no es competencia de la Justicia Constitucional conocer asuntos de mera legalidad, esto es, el análisis de aspectos que son propios de la justicia ordinaria, sí le compete a la Justicia Constitucional, conocer los procesos cuando ocurran vulneraciones a derechos constitucionales, ya que todo el ordenamiento jurídico se encuentra dirigido a la protección de derechos; (lo subrayado es nuestro); por lo tanto, es indiscutible que ante la vulneración de derechos constitucionales no cabe argumentar razones de legalidad para desechar garantías jurisdiccionales, pues este proceder deja sin efecto la vigencia de los derechos constitucionales, ya que el objetivo de las garantías es tutelar los derechos constitucionales.- Al respecto la Jurisprudencia Constitucional, ha resuelto que la acción de protección, procede contra la violación de derechos constitucionales si toma en cuenta su fin reparatorio, cuya

finalidad es asegurar el amparo inmediato y eficaz de los mismos “*Que la restricción a que se refieren los Arts. 40.3 y 42.4 de dicha Ley, encuentran sustento y razón de ser en que la acción de protección es una garantía concebida para tutela de los derechos constitucionales y no para el control de legalidad que corresponde hacerlo por las vías ordinarias judiciales o administrativas*”.- El tratadista Juan Montaña Pinto, en su obra Aproximación a los Elementos Básicos de la Acción de Protección (Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional tomo 2, página 118 y 119) manifiesta que “La intención del constituyente fue crear una acción que garantizara eficazmente y de manera oportuna y rápida la reparación integral frente a las violaciones de los derechos vinculados a la dignidad de las personas y la naturaleza; no fue crear una instancia adicional, por lo que no puede confundirse este fin con la posibilidad de ventilar litigios que aunque eventualmente pueden tener la misma causa, claramente están encaminados a cosas distintas reguladas por la ley. Un mismo acto u omisión puede generar al tiempo la vulneración de un derecho subjetivo o facultad legal y el desconocimiento de un derecho constitucional; para el primer caso están las acciones ordinarias y para el último las garantías jurisdiccionales, particularmente la acción de protección establecida en el Art. 88 de la Constitución (...)”. Al respecto una de las alegaciones por parte de la defensa de la parte accionada, es justamente, que la vía constitucional, no es la adecuada para conocer las pretensiones del accionante, en razón que se ha actuado administrativamente en forma correcta, y visto aquello, respecto de la decisión del señor Gerente General de la Empresa Municipal de Vivienda VIVEM EP, bajo el argumento de la discrecionalidad, sin sujetarse estrictamente a la sugerencia de la Comisión Técnica y Subcomisión de Apoyo, resolvió no adjudicar el contrato al oferente que obtuvo la mayor puntuación en base a los requisitos exigibles para el particular; por lo que nace la necesidad de plantearse la cuestión de: **¿SI, EXISTE OTRA VÍA ADECUADA Y EFICAZ PARA CONOCER LO QUE DEMANDA EL ACCIONANTE?** Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia N.º 367-17-SEP-CC. CASO N.º 0505-12-EP, compila precedentes de cómo debe procederse en estos casos y principalmente hace referencia a jurisprudencia vinculante, cuando señala que: “[...en la sentencia N.º 001-16-PJO-CC emitida dentro del caso N.º 0530-10-JP, este Organismo expresó: “**IV. JURISPRUDENCIA VINCULANTE: 1. Las Juezas y Jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las Juezas o Jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido.** (las negrillas son nuestras); 2. La Corte Constitucional considera que la regla expedida en la presente sentencia deberá ser aplicada con efectos generales o erga omnes en casos similares o análogos...” Ahora bien, con respecto a la exigencia de que debe tratarse de una violación de un derecho constitucional y al rol diferente que cumple la justicia ordinaria y la constitucional, la Corte Constitucional, ha sostenido: “[45. En este orden de ideas, el Pleno de la Corte Constitucional en su sentencia No. 016-13-SEP-CC dictada dentro

del caso N.0 1000-12-EP, manifestó: "[... **QUE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN PROCEDE CUANDO EXISTA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES Y QUE ESTA LESIÓN DEBE SER VERIFICADA POR LA JUEZA O JUEZ CONSTITUCIONAL EN CADA CASO CONCRETO, ES DECIR RATIFICANDO QUE EL ANÁLISIS SOBRE EL CUAL GIRA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN NO ES UNA CONFRONTACIÓN ABSTRACTA, SINO QUE NACE DE CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS**". "46. Además de la existencia del daño, el Juez o la Jueza Constitucional debe determinar que aquel ha recaído sobre un derecho constitucional de la persona o personas afectadas. ..." "...48. En este sentido, la norma legal exige que la vulneración de la que es objeto el derecho deba estar orientada a atacar su ámbito constitucional o ius fundamental. **"Esto significa que, para que proceda la acción de protección, la violación del derecho necesariamente debe afectar el contenido constitucional del mismo y no a las otras dimensiones del derecho afectado por acción u omisión de autoridad pública"**. (las negrillas son nuestras); "49. En efecto, una consideración de la que se debe partir para comprender el alcance del numeral 1 del artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es que todos los derechos consagrados en la Constitución presentan varias facetas; es decir, son multidimensionales. Por tanto, los mecanismos o vías que el ordenamiento jurídico adopte para garantizar su efectiva vigencia deben abarcar, tanto la dimensión constitucional del derecho como su ámbito legal, de manera que se proteja integralmente el contenido del derecho vulnerado. En tal virtud, la doctrina ha sostenido que la dimensión constitucional de un derecho es aquella que tiene relación directa con la dignidad de las personas como sujetos de derechos, posición que ha adoptado la Constitución ecuatoriana, al afirmar que "el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento"(el resaltado pertenece a esta corte). ..." "... 51. En consecuencia, si se trata de una vulneración que ataca a otra dimensión legal, que no tiene relación directa con la dignidad de las personas, por ejemplo, los de índole patrimonial, deberán contar con otros mecanismos jurisdiccionales que permitan resolver adecuadamente sobre la vulneración del derecho en la justicia ordinaria. Todo lo cual corresponderá resolver al juez o jueza constitucional en sentencia..." "...56. La inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho vulnerado exige pues la verificación de dos situaciones puntuales. La primera que el derecho que se invoca no cuente con otra vía de tutela en la justicia constitucional; es decir, que no esté amparado por una vía procesal constitucional especial que se pueda considerar más idónea. Lo cual quiere decir que el juez o jueza constitucional debe analizar si la vulneración del derecho constitucional que se invoca es objeto de protección en otras garantías jurisdiccionales, por ejemplo, la libertad y la vida e integridad física de las personas privadas de libertad en el hábeas corpus, el acceso a la información pública en la acción de acceso a la información pública, la información e intimidad personal en el habeas data, etc. Pues si en efecto, el derecho invocado cuenta con una vía especial en la justicia constitucional, esa debe ser considerada la vía idónea y eficaz para amparar el derecho vulnerado." "57. Un segundo

supuesto que se debe constatar a partir del requisito señalado en el artículo 40 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es que la vulneración a la que se alude en la acción de protección recaiga, en efecto, sobre el ámbito constitucional del derecho vulnerado. Anteriormente, esta Corte ha analizado las diferentes dimensiones que presentan los derechos, determinando que la justicia constitucional y en concreto, la acción de protección, tiene por objeto el amparo directo y eficaz de la dimensión constitucional del derecho vulnerado. ..” “...67. LO ANTERIOR NO DEBE LLEVAR AL EQUÍVOCO DE CONSIDERAR QUE LA NORMA IN STUDIUM HA CONSAGRADO LA RESIDUALIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN, SINO, TODO LO CONTRARIO, PRETENDE DELIMITAR CLARAMENTE EL CAMPO DE ACCIÓN DE UNA Y DE OTRA VÍA, teniendo presente que la Corte Constitucional, para el período de transición, mediante la sentencia No. 001-10-PJO-CC, expedida en el caso N.0 0999-09-JP, ha manifestado: "La acción de protección procede cuando exista la vulneración de derechos constitucionales proveniente de un acto de autoridad pública no judicial, vulneración que debe ser declarada por el juez constitucional vía sentencia... ".

Del análisis constitucional referido, se desprende que la vía constitucional activada por el accionante, es la idónea para su reclamación, toda vez que de la lectura de la documentación aparejada al expediente y de las exposiciones de los sujetos procesales, el Tribunal Constitucional, ha establecido que la Resolución Nro. EPVML-GG-0013-2021-r, de adjudicación del proceso de licitación por obra, CODIGO: LICO-VIVEM-002-2021, para la Construcción de los Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado Sanitario y Pluvial para el Proyecto Habitacional los Jardines de Punzara, del 8 de julio del 2021, suscrita por el Ingeniero, Hildo Napoleón Ordóñez Pineda, Gerente General de la Empresa Pública Municipal de Vivienda de Loja VIVEM EP; por la cual resuelve acoger el informe de evaluación y parcialmente la recomendación de adjudicación emitido por la Comisión Técnica, observando que en caso de que su Autoridad considere no adjudicar a aquél, refiriéndose al Consorcio VIVEM LOJA, que fue el oferente que obtuvo el mayor puntaje, adjudique al que corresponda según su criterio, evitando el riesgo mencionado, en base a la observación presentada por dicha Comisión Técnica del 2 de junio del 2021, respecto de la existencia de una oferta temeraria y otras que estarían en riesgo de cumplimiento, tomando como referencia los precios unitarios del proceso; correspondiéndole resolver la adjudicación a la oferta más conveniente para los intereses de la Empresa, en beneficio de los propietarios de las viviendas y cumplimiento del contrato, y resuelve adjudicar el contrato al oferente Ingeniero, Richard Henry Blacio Aguirre, por cumplir con la integridad de la oferta, las especificaciones técnicas y requisitos mínimos establecidos en el pliego, comprometiéndose la entidad contratante pagar al proveedor adjudicatario el valor de \$ 1'379.540, 67 dólares, en un plazo de 180 días contados a partir de la fecha de notificación de que el anticipo se encuentra disponible, por así convenir a los intereses institucionales, sin embargo de encontrarse ubicada su oferta en el sexto lugar; consecuente mente carece de la suficiente motivación que exige el literal l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República, que al respecto la Corte Constitucional en Sentencia No. 758-15-EP/20, de fecha 05 de agosto de 2020 ha referido que: “El artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución establece que: “[Jno habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos

en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho [...]”. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que la “motivación corresponde entonces a la obligación de las autoridades de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en la justificación de sus resoluciones reposa la legitimidad de su autoridad”. **La Corte Constitucional, ha establecido que las autoridades judiciales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la existencia de la vulneración de derechos constitucionales.** Así, dentro de una acción de protección, la garantía de motivación de la sentencia exige, además de enunciar las normas jurídicas y explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, que se realice el análisis sobre la existencia o no de vulneración de derechos constitucionales. (lo resaltado y en cursiva es nuestro); además, sobre éste derecho de motivación, la Corte Constitucional en la sentencia N.0 020-13-SEP- CC, expedida el 30 de mayo de 2013, manifestó que: “La motivación implica la explicación ordenada de las razones que llevan a la autoridad, para adoptar determinada decisión. La motivación es la mayor garantía de la juridicidad de la actuación pública en un Estado Constitucional de Derechos como el ecuatoriano”¹. En efecto, para que pueda verificarse que una decisión se encuentra plenamente motivada deben concurrir tres elementos: **razonabilidad, lógica y comprensibilidad**, (las negrillas son nuestras), conforme lo ha determinado la Corte Constitucional en la sentencia N.º 063-14-SEP-CC, caso N.º 0522-12-EP del 9 de abril de 2014. La consideración de todos estos elementos, estructurados de forma sistemática y ordenada, permitirá la emisión de una conclusión lógica final que guarde coherencia con las premisas señaladas (...) De lo anotado se desprende que, la motivación debe ser entendida entonces, no solo como una condición para el efectivo goce de los derechos y el control social sobre las actuaciones públicas; sino también como un deber que recae en las autoridades públicas, que de no ser observada, podría ser sancionada.- Como es de conocimiento, el objeto de la Acción de Protección, es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos por la Constitución; y, al tenor de lo dispuesto en la primera parte del Art. 16 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, los accionantes están en la obligación de demostrar los hechos que alegan, lo que le permitirá al juzgador mediante un juicio de razonabilidad, determinar si hubo o no violación de los derechos y garantías por alegados, conforme se lo ha venido sosteniendo.- En el presente caso, se evidencia que en la referida resolución de adjudicación del contrato por parte del señor Gerente General de la Empresa VIVEM EP, no precisamente al participante mejor puntuado, cuya adjudicación había sido sugerida por la Comisión Técnica y la Subcomisión de Apoyo, aquello sin lugar a dudas ha afectado a los accionantes reclamantes y a otros oferentes en sus intereses, al no haber obtenido en la resolución de la referencia los suficientes fundamentos fácticos y técnicos, que permitan con razonabilidad, lógica y comprensibilidad y entenderla con claridad meridiana a la misma respecto de la decisión, afectando con la misma el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación, conforme lo han venido sosteniendo los accionantes, derecho fundamental que contempla el literal l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República .- Por lo expuesto, en primer lugar considera el Tribunal, que los derechos constitucionales a la seguridad jurídica y el trabajo, previsto en los Arts. 82 y 325 de la

Constitución de la República en su orden, no han sufrido vulneración alguna por parte de los accionados, toda vez que el proceso de licitación se ha ceñido a lo previsto en la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública, su Reglamento y exigencias del SERCOP; y, en garantía de los accionantes y otros participantes se ha dictado la medida cautelar que tutela y mantiene incólume el derecho al trabajo de los oferentes, al haberse suspendido la adjudicación del contrato; sin embargo el Tribunal, ha establecido fehacientemente la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de la motivación antes referida, por parte del señor Gerente General de la Empresa VIVEM EP en Loja, en perjuicio de los accionantes y otros oferentes, por lo que los señores Jueces que integramos el Tribunal investidos de Justicia Constitucional, como Jueces de Garantías Constitucionales, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, de conformidad con lo previsto en los Art. 17 y 15 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, **ADMITIMOS LA ACCION DE PROTECCIÓN**, planteada por los accionantes señores, **INGENIERO, LUIS OCTAVIO PALACIOS ANDRADE, INGENIERO, ALVARO ALBERTO PALACIOS ANDRADE e INGENIERO, MIGUEL ANGEL ORTEGA LARREA**, por haberse vulnerado el debido proceso en la garantía de la motivación, previsto en el literal 1) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República, al haberse emitido la Resolución Nro. EPMVL-GG-013-2021-R, del 8 de julio del 2021, por parte del señor Gerente General de la Empresa Municipal de Vivienda, VIVEM EP de Loja, sin la debida y obligada motivación que inclusive abarca el accionar de las decisiones adoptadas bajo la figura de la discrecionalidad, por la cual adjudica el contrato al oferente Ingeniero, Richard Henry Blacio Aguirre, más no al Consorcio VIVEM LOJA de lo accionantes, y otros oferentes, quienes obtuvieron puntajes superiores al del adjudicatario; y como reparación integral se deja sin efecto la referida Resolución Nro. EPMVL-GG-013-2021-R, del 8 de julio del 2021, volviendo las cosas al estado de motivar su resolución en base a los parámetros establecidos en los pliegos y exigencias de la Ley Orgánica Nacional de Contratación Pública, y a las emanadas por el SERCOP, y literal 1) del numeral 7 de la Constitución de la República, resolución en la que constará en detalle todos los parámetros comparativos en los que se sustente la misma, y en base de aquello emitir una nueva resolución, adjudicándose el contrato a quien corresponda, y de esta manera los oferentes y participantes que no fueron favorecidos con la decisión, se inteligencien de las causas técnicas, legales y procedimentales, en las que se fundamente la decisión de la máxima autoridad de la empresa VIVEM EP de Loja, estando obligado a imprimir en la misma, la necesaria razonabilidad, lógica y comprensibilidad, concediéndole para el efecto el término de diez días para que emita la resolución de la referencia.- Del cumplimiento y ejecución de la presente sentencia, se delega a la Defensoría del Pueblo de Loja, conforme al inciso tercero del Art. 21 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional.- Ejecutoriada la sentencia que antecede, en base a lo previsto en el numeral 5 del Art. 86 de la Constitución de la República, remítase copia certificada a la Corte Constitucional para el desarrollo de su jurisprudencia.- **NOTIFIQUESE. -**

VOTO SALVADO DE: ALVAREZ RAMIREZ JOSE CRISTOBAL, JUEZ TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN LOJA PROVINCIA DE LOJA.
Loja, lunes 6 de septiembre del 2021, a las 08h14.

Realizo el presente voto concurrente, porque considero que además de las normas citadas por el voto de mayoría también se han inobservado varios artículos constitucionales que señalaré a continuación. Empezaré con lo señalado en el artículo Art. 288 de la Constitución que dispone: *“Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, **transparencia**, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.”* Como se anota, la mencionada norma constitucional establece como criterio de contratación, a observarse en las compras públicas, el de transparencia, criterio que también ha sido establecido como principio en el Art. 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.^[1] Según la doctrina colombiana el principio de transparencia está estrechamente vinculado a otro principio que se denomina principio de selección objetiva: *“El principio de **transparencia** preside el procedimiento o escogencia objetiva del contratista, postulado legislado en el artículo de la ley de contratación e instituido para garantizar el pleno desarrollo de los principios, entre otros de imparcialidad, contradicción, publicidad y moralidad. Por lo tanto, la actividad contractual debe desarrollarse de manera imparcial y pública que lleven a la escogencia objetiva del contratista, en igualdad de oportunidades y condiciones; en vigencia del principio de moralidad pública, como pautas irremplazables. En el fondo, el principio propende, principalmente, por el logro de una contratación pública impoluta en la escogencia del contratista, a través del procedimiento reglado en los artículos 24 y 30 de La Ley 80 de 1993, para evitar las componendas, el tráfico de influencias, etc., en aras de preservar la moralidad y erradicar la corrupción administrativa en la etapa precontractual. En otras palabras es, por antonomasia, el principio que tiende a convertir la práctica de la actividad contractual en un proceso inobjetable, que no permite omisiones de las formas prescritas. Por ello, no podrá eludirse el procedimiento ni los requisitos preestablecidos, pues su inobservancia, vicia de nulidad absoluta el contrato”* *“Siguiendo los lineamientos del principio de transparencia, el actuar administrativo de las entidades estatales durante el proceso de contratación debe ser impoluto, por consiguiente, en procura de garantizar la selección objetiva del contratista, respetando los principios de libre competencia, publicidad, igualdad, imparcialidad y moralidad, está supeditado a la observancia de los establecidos procedimientos reglados que rigen esa actividad y, que abarcan los pliegos de condiciones o términos de referencia, en*

caso de licitación o concursos públicos, incluido también la expedición del correspondiente acto administrativo de convocatoria, las solicitudes de oferta invitaciones públicas a ofertar por parte de la entidad estatal, cuando lo requiera la contratación directa". [2] Según la doctrina colombiana, el principio de selección objetiva también se deriva de normas de rango constitucional, mismas que según mi criterio también están presentes en la carta magna ecuatoriana. La referida doctrina extranjera señala: *"de igual forma, la constitución de 1991, en el artículo 209, consagra los principios de la función administrativa del estado, como principios de rango constitucional, no obstante que el constituyente no se haya referido a la selección objetiva en particular como principio de raigambre constitucional, la selección de los contratistas, se constituye en el ejercicio verdadero de la función administrativa del estado, por satisfacer el interés general."*[3] Considero que nuestra constitución señala varios artículos que también se refieren al hecho de que es función primordial del estado satisfacer el interés general de lo que se deriva el principio de selección objetiva del contratista como un imperativo categórico relacionado con los fines que persigue el Estado y de los deberes de los ciudadanos y servidores públicos en general. Así tenemos que el Art. 3 de la Constitución señala que son deberes primordiales del Estado: *"8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción."* El Art. 83 de la constitución, señala que son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: *"1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente. 2. Ama killa, ama llulla, ama shwa. No ser ocioso, no mentir, no robar. 7. Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir. 8. Administrar honradamente y con apego irrestricto a la ley el patrimonio público, y denunciar y combatir los actos de corrupción. 11. Asumir las funciones públicas como un servicio a la colectividad y rendir cuentas a la sociedad y a la autoridad, de acuerdo con la ley. 12. Ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética."*

En el campo legal, en nuestro país, el principio de selección objetiva se encuentra desarrollado en el artículo 6 numeral 18 de la Ley del Sistema de Compras Públicas, cuando se señala que, tratándose de bienes no normalizados, si bien el precio más bajo no es el único parámetro de evaluación, dichos parámetros deberán constar obligatoriamente en los pliegos:

"18. Mejor Costo en Obras, o en Bienes o Servicios No Normalizados: Oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección. En todo caso, los parámetros de evaluación deberán constar obligatoriamente en los Pliegos."

También se desarrolla el principio de objetiva en el Art. 32 de la ley de la materia cuando se señala que la adjudicación deberá hacerse en base a los "parámetros objetivos" de evaluación:

"Art. 32.- Adjudicación.- La máxima autoridad de la Institución de acuerdo al proceso a seguir en base al tipo de contratación, adjudicará el contrato, al oferente cuya propuesta represente el mejor costo, de acuerdo a lo definido en los números 17, 18 y 19 del artículo 6

de esta Ley; y, a los parámetros objetivos de evaluación previstos en cada procedimiento.”

Ahora, según la jurisprudencia comparada que la tomamos como referente doctrinario, el principio de selección objetiva (que como hemos anotado se deriva de los principios constitucionales que tienen que ver con que el más alto deber del estado es el bien común, al deber de luchar contra la corrupción y que está estrechamente ligado al principio de transparencia) para ser cumplido en la contratación pública, esta debe caracterizarse por: “1) Ausencia total de subjetividad; 2) Estar determinada por la comparación de distintos factores, establecidos con anterioridad por la Administración en el pliego de condiciones; 3) Estar determinada la forma como los factores de selección serán evaluados y el valor que corresponde a cada uno de ellos en el pliego de condiciones; 4) Estar determinada la adjudicación y celebración del negocio jurídico por un análisis, comparación y evaluación objetiva de las propuestas presentadas.”^[4] La necesidad de ausencia de subjetividad en la contratación pública, también está relacionado a principios básicos del Estado contenidos en el Art. 1 de nuestra Constitución, que determina que: “**Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico**”.^[5] En este punto, no debemos olvidar que según la doctrina constitucional, los principios tienen existencia interna y externa. La primera se refiere a que son producto de una evolución histórica que los ha nutrido de su actual significado; y, la segunda se refiere a que son exigibles y justiciables, como cualquier otra norma jurídica. Hablando de la existencia interna, encontramos que la cláusula que define al Estado como “social”, reconocido ya a partir de la constitución de 1998 y que se mantiene actualmente en el Art. 1 de la Constitución, históricamente hablando, es la superación al Estado de Derecho, y a su vez el Estado de Derecho asoma como una forma de Estado más avanzada o evolucionada que el Estado feudal mismo que se caracterizaba porque el poder de decisión estaba en manos de los nobles que creían que por mandato divino o por cualquier otro tipo de supuesta legitimación del poder, podían disponer a su arbitrio de la cosa pública sin dar motivos ni explicaciones a nadie. En el presente caso, aceptar que en el sector público se pueda disponer altos grados de subjetividad o discrecionalidad en los procesos de compras públicas sería un serio retroceso a una época anterior al nacimiento del Estado de Derecho, esto es a un estado feudal, cuestión inaceptable en un Estado que, como insistimos, se ha acogido a la cláusula Estado Social en el primer artículo de su Constitución. De ahí que ningún acto de la administración pública, ni siquiera los discrecionales, puede ser carente de una motivación basada en normas previas y eso tiene sustento jurídico no solo en la Constitución, sino también en normas como el art. 226 constitucional, en la doctrina universalmente aceptada y ha sido plenamente desarrollado por nuestra normativa infra constitucional. Así tenemos que en el Código Orgánico Administrativo, publicado en el Registro Oficial, Suplemento 31, de 07 de julio del 2017, en torno a las potestades discrecionales, se señala: “**Art. 18.- Principio de interdicción de la arbitrariedad. Los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias. El Ejercicio de las potestades discrecionales, observará los derechos individuales, el deber de**

motivación y la debida razonabilidad.” Referente a sobre cómo debe hacerse la motivación, el mencionado cuerpo legal señala: “Art. 100.- *Motivación del acto administrativo. En la motivación del acto administrativo se observará: 1. El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance.*”

Lo anotado hasta aquí sobre los principios de transparencia y de selección objetiva determina que los criterios de selección, incluidos los de capacidad financiera y formas de garantía del contrato, deban estar constando en los pliegos siendo vedado basarse en criterios ajenos a los pliegos para adjudicar o no adjudicar una oferta, pues no tiene sentido que los participantes a más de cumplir con los criterios de evaluación de cumplimiento de la oferta o de capacidad financiera y exigencias de garantías constantes en los pliegos, tengan que someterse a criterios subjetivos ajenos a los pliegos. Si bien es cierto que según la ley, tratándose de licitaciones, el mejor precio no necesariamente es la mejor oferta, los principios de transparencia y de selección objetiva impiden acudir a subjetividades y a criterios ajenos a los pliegos y eso es algo que deben cumplir todos quienes intervienen en un proceso de licitación inclusive los miembros de la comisión técnica a quienes para su evaluación deben someterse a los pliegos:

“Art. 42.- Comisión Técnica.- Para la realización de concursos públicos y contratación por lista corta, la dependencia, entidad u organismo respectivo conformará, en cada caso, una Comisión Técnica que tome a su cargo y responsabilidad el llevar adelante los procesos previstos para cada concurso, la que **deberá actuar de conformidad con los pliegos aprobados para el efecto.** De ser necesario se podrá conformar una o más subcomisiones de apoyo a la Comisión Técnica.”

Para ejemplarizar, el alcance de los criterios de transparencia y de selección objetiva, citamos un ejemplo nacido de la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia:

“Caso: Colombina de Computadores y Comunicaciones Ltda. MICROCOM Ltda. VS. La Nación- Ministerio de Hacienda.

Dentro de los hechos relevantes se expone que una sociedad presentó propuesta en un proceso de licitación pública, correspondiente a la adquisición de equipos y software por parte de la de una entidad estatal. Dicha sociedad obtuvo una calificación de 82.34 puntos en el ítem 1, en tanto otra sociedad obtuvo 82.22 puntos. La entidad estatal consideró que las dos propuestas anteriores eran equivalentes, dada la escasa diferencia en el puntaje final (0.08 puntos). Y ante la referencia desfavorable que dio otra entidad de la sociedad que obtuvo 82.34 puntos por fallas en los equipos objeto del contrato y la igualdad de las dos propuestas, decidió adjudicar el contrato a la sociedad que obtuvo 82.22 puntos. A pesar que en el pliego de condiciones no se señalaron alternativas para escoger entre las propuestas que obtuvieran el mayor puntaje, cuando ellas fueran equivalentes.

La Corporación considera en este caso que: «(...) Esta decisión de la administración no se

ajustó a las reglas del pliego de condiciones, por cuanto en éste se estableció, de una parte, la forma como se evaluaría el cumplimiento de los proponentes en contratos anteriores y de la otra, nada señaló sobre propuestas equivalentes.

(...) Considera la sala que el momento para considerar el incumplimiento de la sociedad Microcom Ltda., era cuando se evaluaron los criterios establecidos en el pliego de condiciones, caso en el cual la recomendación desfavorable permitía que a dicha propuesta no se le asignara puntaje en el factor “seriedad y cumplimiento en contratos anteriores”. (Consejo de Estado (2004))

Considera el Consejo de Estado que existe razón suficiente para declarar la nulidad porque una entidad pública no puede dejar de adjudicar un contrato a una sociedad que obtuvo mayor puntaje aplicando una regla de equivalencia de las propuestas por la escasa diferencia en el puntaje final entre el primero y segundo proponente, debido a una recomendación desfavorable por incumplimiento de un contrato, por cuanto estaría vulnerando el principio de selección objetiva por cuanto: (i) la forma de evaluar el cumplimiento de contratos anteriores de los proponentes no estaba previsto en el pliego de condiciones. (ii) El momento de integrar el cumplimiento de contratos anteriores como factor para asignar determinado puntaje, era en la evaluación de criterios establecidos en el pliego de condiciones. (iii) La aplicación de la regla de la equivalencia de las propuestas en el procedimiento administrativo de la licitación pública, se requiere su estipulación expresa en el pliego de condiciones. (iv) Al no sujetarse la entidad a la ponderación precisa, detallada y concreta de las propuestas y no se ceñirse estrictamente a las reglas señaladas en el pliego de condiciones, la resolución que adjudica uno de los ítems del contrato adolece nulidad.”[\[6\]](#)

Ahora, es tan importante el evitar subjetividades al momento de la celebración de contratos públicos que la mayoría de legislaciones penales de Latinoamérica, contienen tipos penales que sancionan a los empleados públicos que se “interesen” en contratos públicos, y según la doctrina y la jurisprudencia de esos países, se castiga la sola omisión de normas de contratación pública e inclusive la sanción se aplica, aun cuando de dicha omisión se deriven beneficios patrimoniales al Estado pues lo que se busca, a través del establecimiento de delitos abstractos de peligro, es el cerrar las puertas para evitar que en la generalidad de casos se produzca un efecto de peligro contra los fondos públicos y se afecte la moralidad del Estado y precisamente a los principios de transparencia y selección objetiva. Ese es el criterio de tratadistas como Alfredo Etcheverry de Chile y Carlos Creus de Argentina y el de la Corte Constitucional de Colombia, conforme lo anotaremos más adelante. Hay que recordar que al año 2000 según la Comisión de Control Cívico de la Corrupción en el país se perdían dos mil millones de dólares anuales en problemas de corrupción derivados de la contratación pública cifra con la que se podía construir 10 mil kilómetros de carreteras o financiar el costo de 1.2 millones de unidades de vivienda[\[7\]](#). Es probable que a la actualidad dicha cifra se haya multiplicado si se considera que la inversión en obra pública también se ha multiplicado, en determinados periodos.

Respecto a la intensidad con la que se protege la contratación pública y a la forma en la que se evita las subjetividades en dicha contratación, con la creación de delitos de peligro abstracto, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-128/03, señala *“Es más, si el interés particular deviene a favor de la administración (v. gr. el contrato celebrado, con atención personal, se presenta como fructuoso para la administración, o de mayor rendimiento para ésta), el delito se ha consumado, porque en esta modalidad no se demanda la existencia de un interés de perjuicio, pues no se busca sancionar negocios “prohibidos” sino disconformes con el ejercicio de la función pública”*

El referido interés se sanciona precisamente para proteger los principios de transparencia y selección objetiva:

“El interés previsto por ese precepto tampoco ha de ser, necesariamente, pecuniario, sino simplemente consistir en mostrar una inclinación de ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o sus funciones.”

En nuestro país, el Art. 285 del COIP, en uno de sus incisos, también ese tipo de interés o tráfico de influencias, a través de un delito de peligro abstracto, cuando señala:

“El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público.”

De ahí que no tiene sentido aceptar que una entidad pública utilice criterios discrecionales por fuera de los pliegos para adjudicar un contrato público, pues eso significaría que toda la normativa creada para proteger la transparencia en la contratación pública, adopte un significado meramente retórico, más aún cuando en casos como el presente se acude a un alto grado de subjetividad para, basado en criterios no previstos en los pliegos, adjudicarle ni siquiera es de los primeros en la lista de mejor puntuados, con una diferencia de precios que aunque en licitaciones no es determinante, dicha diferencia se da en un proceso viciado, en una suma de cien mil dólares, lo que inclusive podría derivar en la comisión de un delito de peculado. Esto determina que en la presente causa, según mi criterio, se deba declarar la nulidad de la adjudicación, por haberse afectado también el derecho a la seguridad jurídica establecida en el Art. 82 de la Constitución, al no haberse respetado lo señalado en la Ley del Sistema Nacional de Compras Públicas, respecto a que la evaluación deberá someterse a los parámetros establecidos en los pliegos y que ha sido explicado en líneas anteriores; la vulneración al derecho a la seguridad jurídica se configura porque además se han violentado los artículos, 1, 83, 288, 226 de la Constitución, conforme también ha sido explicado en

líneas anteriores, lo que ha afectado la dignidad humana de los demás oferentes pues asoma como que el proyecto de vida de los accionantes depende de la buena o mala voluntad de la autoridad de turno que a modo de magnificencia tiene el poder de decidir su situación y su destino sin someterse a Derecho. La dignidad humana es un concepto que según Carlos Gaviria Diaz: “Está ya hermosamente conceptualizado en el siglo quince en un texto muy bello de “Giovanni Pico de la Mirandola” que se llama precisamente “oración por la dignidad humana” y en ese texto Pico de la Mirandola dice que lo que distingue a las criaturas humanas de las demás criaturas es que son las únicas capaces de anticipar y forjarse su propio destino, yo anticipo mi futuro, deseo optar por un camino en la vida, deseo realizarme de un cierto modo y dispongo de los medios para lograrlo, ojala; esto hace parte como decíamos de la libertad positiva pero ahí tienen ustedes ya la dignidad humana vinculada a algo muy importante, a la autonomía, la persona humana es digna en la medida en que es autónoma y, es autónoma en la medida en que ella es la que elige su destino y nadie lo elige por ella.^[8]” Por lo tanto como forma de reparación se deberá ordenar que la entidad contratante proceda a realizar una nueva adjudicación, respetando los principios de transparencia y de selección objetiva, para lo cual deberá someterse estrictamente a los criterios establecidos en los pliegos y respetará la puntuación obtenida en la evaluación realizada por la comisión técnica, estando vedado a la entidad contratante incluyendo a la Comisión Técnica, el acudir a criterios ajenos a los pliegos para proceder a la adjudicación.- En lo demás y en lo que no sea contrario a este criterio, me adhiero a la motivación del voto de mayoría, en todas sus partes. Notifíquese.-

1. [^] Art. 4 de la Ley Orgánica Del Sistema Nacional De Contratación Pública:
“Principios.- Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.”
2. [^] JAIRO ENRIQUE SOLANO SIERRA. *Contratación administrativa*, editorial Librería del Profesional. Bogotá. 1999, Pág. 50. 2 *Ibidem*, Pag.143
3. [^] Milton JoJani Miranda Medina. *La Regla o el Principio de la Selección Objetiva En La Contratación Pública Colombiana.* *Verba Iuris* 35 • enero - junio 2016 • pp. 65-84
• Bogotá D.C. Colombia • ISSN: 0121-3474.

4. [^] _{_} Colombia.- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de junio de 4 de 2008. MP. Miriam Gurrero de Escobar. Exp. 17783.
5. [^] _{_}.- Otras normas constitucionales que exigen a los servidores públicos sujetarse a estrictamente a la ley son: Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución. Art. 227.- La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.
6. [^] _{_} JORGE IVÁN VILLAMIZAR GÓMEZ JONATHAN LEONARDO DELGADO CRISTIAN FELIPE BAYONA Principios de igualdad, libre concurrencia y selección objetiva en la Contratación Estatal. Artículo Publicado 2019-05-31. Pág. 142 y 143. IUS PRAXIS. Vol. 3 Núm. 1 (2019)
https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/lux_praxis/article/view/7041
7. [^] _{_}
<https://www.eluniverso.com/2002/06/08/0001/8/0C2D14C86ADE41F2B4B42D3C625DBDF9.html/>
8. [^] _{_} Carlos Gaviria Díaz. **El Estado Social de Derecho**. Conferencia presentada en las Jornadas de debate nacional “Los temas de la constituyente: del enfrentamiento a la propuesta”, Quito, 6,7 y 8 de marzo de 2007. Transcripción de Daniel Achá Lemaitre.

VALDIVIESO CUEVA JORGE LUIS

JUEZ(PONENTE)

PAYARES HURTADO JOSE LUIS

JUEZ TRIBUNAL PENAL

ALVAREZ RAMIREZ JOSE CRISTOBAL

JUEZ TRIBUNAL DE GARANTIAS PENALES CON SEDE EN EL CANTON LOJA



En Loja, lunes seis de septiembre del dos mil veinte y uno, a partir de las ocho horas y treinta y siete minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA y el VOTO SALVADO que antecede a: BLACIO AGUIRRE RICHARD HENRY en el correo electrónico richardblacio@hotmail.com. BLACIO AGUIRRE RICHARD HENRY en el casillero No.55, en el casillero electrónico No.1103067060 correo electrónico galoortega33@hotmail.com. del Dr./Ab. GALO WLADIMIR ORTEGA CRIOLLO; JORGE ARTURO BAILON ABAD - PRESIDENTE DEL DIRECTORIO DE LA EMPRESA MUNICIPAL DE VIVIENDA LOJA en el casillero electrónico No.0703178418 correo electrónico Inarvaez@loja.gob.ec, vivem@loja.gob.ec. del Dr./Ab. LUIS ANTONIO NARVAEZ ABAD; JORGE ARTURO BAILON ABAD - PRESIDENTE DEL DIRECTORIO DE LA EMPRESA MUNICIPAL DE VIVIENDA LOJA en el casillero electrónico No.1103595722 correo electrónico mayragonzalez.ch1980@outlook.es. del Dr./Ab. MAYRA DEL CARMEN GONZALEZ CHAMBA; JORGE ARTURO BAILON ABAD - PRESIDENTE DEL DIRECTORIO DE LA EMPRESA MUNICIPAL DE VIVIENDA LOJA en el casillero electrónico No.1103740294 correo electrónico dalvarez@loja.gob.ec. del Dr./Ab. ALVAREZ ROMAN DEYSI ELIZABETH; ORDOÑEZ PINEDA HILDO NAPOLEON en el casillero No.595, en el casillero electrónico No.1103595722 correo electrónico mayragonzalez.ch1980@outlook.es, vivem@loja.gob.ec. del Dr./Ab. MAYRA DEL CARMEN GONZALEZ CHAMBA; ORDOÑEZ PINEDA HILDO NAPOLEON en el casillero No.595, en el casillero electrónico No.1103740294 correo electrónico dalvarez@loja.gob.ec, vivem@loja.gob.ec. del Dr./Ab. ALVAREZ ROMAN DEYSI ELIZABETH; ORTEGA LARREA MIGUEL ANGEL en el casillero No.653, en el casillero electrónico No.1103475859 correo electrónico ldcespinosa@yahoo.com, migueortegalarrea@gmail.com, octaviopalacios@hotmail.es, ingapalacios@yahoo.com, ldcespinosa@yahoo.com, ingapalacios@yahoo.com, ldcespinosa@yahoo.com, octaviopalacios@hotmail.es. del Dr./Ab. LUIS DANIEL CORDERO ESPINOSA; PALACIOS ANDRADE ALVARO ALBERTO en el casillero No.653, en el casillero electrónico No.1103475859 correo electrónico ldcespinosa@yahoo.com, migueortegalarrea@gmail.com, octaviopalacios@hotmail.es, ingapalacios@yahoo.com, ldcespinosa@yahoo.com, ingapalacios@yahoo.com, ldcespinosa@yahoo.com, octaviopalacios@hotmail.es. del Dr./Ab. LUIS DANIEL CORDERO ESPINOSA; PALACIOS ANDRADE LUIS OCTAVIO en el casillero No.653, en el casillero electrónico No.1103475859 correo electrónico ldcespinosa@yahoo.com, migueortegalarrea@gmail.com, octaviopalacios@hotmail.es, ingapalacios@yahoo.com, ldcespinosa@yahoo.com, ingapalacios@yahoo.com, ldcespinosa@yahoo.com, octaviopalacios@hotmail.es. del Dr./Ab. LUIS DANIEL CORDERO ESPINOSA; PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO en el casillero electrónico No.1104290224 correo electrónico notificaciones_loja@pge.gob.ec. del Dr./Ab. VIVANCO EGUIGUREN ANA CRISTINA; Certifico:

JARAMILLO MONTESINOS MONICA KARINA

SECRETARIA TRIBUNAL PENAL