

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
Colegio de Jurisprudencia

**La Naturaleza Jurídica de la Cláusula de Caducidad en los
Contratos de Hidrocarburos en el Ecuador**

María Isabel Merizalde Carrillo

Juan Pablo Aguilar Andrade, Dr., Director de Tesis

Tesina de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogada

Quito, octubre de 2013

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

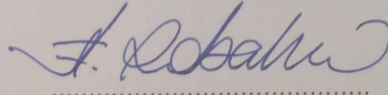
Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

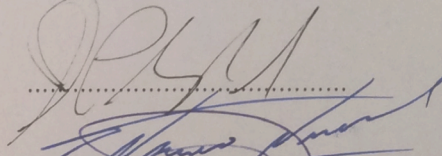
“La Naturaleza Jurídica de la Cláusula de Caducidad en los Contratos de Hidrocarburos en el Ecuador”

María Isabel Merizalde

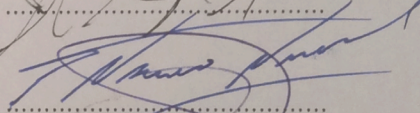
Dr. Javier Robalino
Presidente del Tribunal e Informante



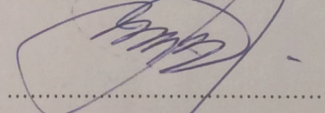
Dr. Juan Pablo Aguilar
Director de Tesis



Dr. Marco Morales
Delegado del Decano e Informante



Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, 20 de Diciembre de 2013

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACIÓN DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TÍTULO: La Naturaleza Jurídica de la Cláusula de Caducidad en los Contratos de Hidrocarburos en el Ecuador.

ALUMNA: Ma. Isabel Merizalde Carrillo.

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

La caducidad es una institución establecida en algunas áreas del Derecho Administrativo ecuatoriano, fundamentalmente en las relacionadas con los recursos naturales, pero que no ha merecido hasta la fecha análisis alguno por parte de la jurisprudencia y de la doctrina. Tradicionalmente, se la ha equiparado a la terminación unilateral de contratos de la Ley de Contratación Pública, pese a que tiene características distintas. Los cuestionamientos que el uso de la potestad de declarar la caducidad, que han motivo recientes arbitrajes internacionales en contra del Ecuador, muestra la necesidad e importancia de analizar con más detalles las particularidades de esta institución.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

El trabajo se basa en establecer las diferencias entre la institución de la caducidad, tal como la regula la Ley de Hidrocarburos, la terminación unilateral de contratos y otras formas de caducidad establecidas en otros cuerpos legales. La hipótesis de que la caducidad es diferente a la terminación unilateral y no es un acto de ejecución contractual, es fundamental para establecer si la caducidad es o no arbitrable.

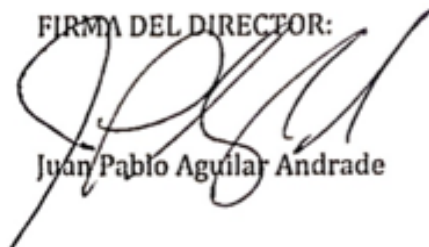
c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

Se ha utilizado el material disponible, tanto desde el punto de vista de cuerpos normativos, como de doctrina y jurisprudencia. Hay que destacar que nos encontramos ante un tema sobre el cual no existe antecedente jurisprudencial o doctrinario alguno en el Ecuador, por lo que se ha recurrido a desarrollos similares en el ámbito nacional y a las respuestas que para temas vinculados han dado la doctrina y la jurisprudencia internacionales.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

La hipótesis se halla suficientemente justificada desde el punto de vista del Derecho Administrativo. Presenta con claridad las diferencias que encuentra entre la caducidad y la terminación unilateral y supera los problemas que se derivan de los diferentes tratamientos que diferentes leyes dan a la misma institución.

FIRMA DEL DIRECTOR:



Juan Pablo Aguilar Andrade

Quito, 9 de octubre de 2013

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: María Isabel Merizalde Carrillo

C. I.: 171527320-5

Fecha: Quito, octubre de 2013

*A mi familia,
por ser la motivación de mi vida,
y por inculcarme todos los días una tarea importante
para que lo transmita la sociedad:
amor, justicia y paz.*

*A mis profesores y a Juan Pablo Aguilar,
por compartir su conocimiento y experiencia.*

RESUMEN.

Esta tesina es un estudio de la institución jurídica de la caducidad en los contratos de hidrocarburos. La figura ha sido poco estudiada en nuestro sistema jurídico ecuatoriano llegando algunas veces a confundirse con la terminación unilateral de los contratos o aplicando doctrina comparada que no se ajusta a nuestra realidad.

Nuestra ley señala una estructura distinta de la caducidad frente a otros países que va a ser analizada en el presente trabajo. Por esta razón, mediante el estudio doctrinario, jurisprudencial y legislativo, plantearemos las características y elementos que configuran la caducidad en los contratos de hidrocarburos en el Ecuador, determinando así su naturaleza jurídica.

ABSTRACT.

This dissertation is a study of the legal institution of expiration (caducidad) in the oil and gas agreements. This legal concept has been little studied in the Ecuadorian legal system and sometimes has been confused with the unilateral termination of contracts, or with comparative law that does not adjust to the Ecuadorian reality.

The Ecuadorian law provides a structure of expiration that is different from those of the countries that will be analyzed in this paper. The paper will raise the features and elements that make up the oil and gas agreements' expiration (caducidad) in Ecuador, by studying doctrine, jurisprudence and legislation. It will also determine the legal nature of expiration in the Ecuadorian Law.

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO I: LA INTEGRACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO.	17
1.1 CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO.	18
1.1.1 <i>Elementos del Acto Administrativo:</i>	22
1.1.2 <i>Vinculación del acto administrativo al contrato administrativo:</i>	26
1.2 EL ACTO ADMINISTRATIVO EN LOS CONTRATOS DE HIDROCARBUROS.	30
1.2.1 <i>El Contrato Administrativo:</i>	31
1.2.2 <i>Las prerrogativas de la Administración (desde el punto de vista del derecho comparado):</i>	37
1.2.3 <i>Las prerrogativas de la Administración en la contratación pública:</i>	39
1.3 CONCLUSIONES.	42
CAPÍTULO II: LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS.....	44
2.1 LA PERSONALIDAD JURÍDICA.....	44
2.1.1 <i>La personalidad jurídica del Estado:</i>	46
2.2 LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	48
2.3 LOS ÓRGANOS EN EL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE HIDROCARBUROS.....	53
2.4 CONCLUSIONES.	58
CAPÍTULO III: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS DE HIDROCARBUROS.	61
3.1 LA CADUCIDAD EN LOS CONTRATOS DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN PETROLERA.	62
3.1.1 <i>Origen de la figura jurídica caducidad:</i>	62
3.1.2 <i>Concepto de caducidad:</i>	64
3.1.3 <i>La figura de la caducidad en los contratos de hidrocarburos:</i>	68
3.1.4 <i>Efectos de la caducidad:</i>	71
3.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LA CADUCIDAD.....	72
3.2.1 <i>La caducidad como acto administrativo extracontractual:</i>	73

3.2.2 <i>La caducidad y su carácter sancionatorio:</i>	76
3.2.3 <i>La caducidad y el principio de autotutela:</i>	80
3.2.4 <i>La caducidad y la terminación unilateral de los contratos:</i>	83
3.3 CONCLUSIONES.....	84
CONCLUSIONES FINALES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	91
1. LEGISLACIÓN.....	91
2. JURISPRUDENCIA.....	93
3. DOCTRINA.....	95
4. OTROS RECURSOS.....	99

INTRODUCCIÓN

El área petrolera y gasífera forman parte del sector estratégico más importante del Ecuador. En los últimos diez años la exportación de crudo y derivados ha oscilado entre un 43 y 66% del total de exportaciones del país y entre un 43 y 59% del presupuesto general del Estado, siendo la fuente más importante de la economía¹.

La Constitución del 2008 fija los principios y lineamientos que deben cumplirse con el fin de alcanzar la eficiencia en la exploración y explotación de hidrocarburos, la autosuficiencia en la refinación de derivados, y la recepción de renta de los mismos². Con base en este nuevo marco constitucional, nuevas normas a nivel legal y reglamentario se han ido reformando y en otros casos creando para que las políticas planteadas a favor de esta actividad puedan ser desempeñadas.

Con la expedición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas publicada en el R.O. Suplemento No. 48 de octubre 16 de 2009, el Estado dispuso crear empresas públicas “para la gestión de los sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas”³. Para esto, se podrá “delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria”⁴; y excepcionalmente, el Estado podrá “delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley”⁵.

¹ Ángel Calderón Mayorga. “El Petróleo y su Efecto Social”. *Diario el Telégrafo*. 18/01/12. <http://www.telegrafo.com.ec/opinion/cartas-al-director/item/el-petroleo-y-su-efecto-social.html> (acceso: 01/07/13).

² Ministerio Coordinador de Sectores Estratégicos. “Ejes Estratégicos”. <http://www.sectoresestrategicos.gob.ec/ejes-estrategicos/>. (acceso: 05/10/12).

³ Ley Orgánica de Empresas Públicas. Artículo 315. Registro Oficial Suplemento No. 48 de octubre 16 de 2009. Última modificación: octubre 31 de 2011.

⁴ *Id.*, artículo 316.

⁵ *Ibid.*

En estos dos últimos supuestos, el Estado se ve en la obligación de celebrar contratos. Por eso la importancia de observar que el régimen de contratación de este tipo de actividades sea adecuado y pertinente, satisfaciendo las necesidades y tomando en consideración que los objetivos se verifiquen.

En la celebración de estos contratos, denominados contratos administrativos, el fin último de la Administración Pública es preservar el interés general por sobre el interés particular del contratista. Así lo dispone el artículo 83 de la Constitución de la República⁶. De la misma manera, el legislador ha otorgado a las entidades públicas una serie de potestades exorbitantes, dentro de los contratos estatales, con el fin de evitar una afectación al interés público⁷.

La doctrina define a estas potestades exorbitantes como aquellas estipulaciones legales del contrato del Estado que rompen con la igualdad dentro de un acuerdo de voluntad entre éste y un particular, para establecer una prerrogativa transitoria y unilateral a favor de la entidad pública contratante⁸ que se manifiesta mediante un acto administrativo. Dentro de las cláusulas exorbitantes es usual darle al Estado la competencia de declarar la caducidad de un contrato cuando este se relaciona con actividades estatales, concesiones de explotación o prestación de servicios públicos.

Varios doctrinarios han llegado a concluir que la caducidad es una de las cláusulas más representativas de los contratos del Estado, como potestad de un órgano de la

⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 83(7). Registro Oficial No. 449 de octubre 20, 2008. Última modificación: julio 13 de 2011.

Artículo 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 7. Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir.

Asimismo, “La jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, que en sentencia de 31 de julio de 1912 determinó que la cláusula exorbitante era el criterio distintivo del contrato administrativo.” Cabe recalcar que las cláusulas exorbitantes son aplicables únicamente a los contratos administrativos y no a los contratos de la administración.

⁷ Luis Alonso Rico Puerta. *Teoría General y práctica de la contratación estatal*. Editorial Leyer: Bogotá, 2007.

⁸ Gerardo Orrego Lombana. “Cuáles son las cláusulas exorbitantes en el contrato estatal”. <http://clausulasexorbitantes.over-blog.es/pages/cuales-son-las-clausulas-exorbitantes-en-el-contrato-estatal-4202068.html> (acceso: 20/02/13); Pedro Antonio Lamprea Rodríguez. *Contratos estatales*. Editorial TEMIS S.A.: Colombia, 2007, n.p.

Administración que le corresponde, solo a ella, el ejercicio de la supremacía o del poder preponderante que tiene y que ejerce frente al particular⁹.

La caducidad es en esencia el poder de dar por finalizado un contrato cuando la contraparte ha incumplido sus obligaciones contractuales. El objetivo de su declaración es no poner en riesgo la ejecución del contrato ni los intereses de sus ciudadanos, lo cual el Estado puede tomar por sí mismo las actividades de generación y así eliminar el riesgo¹⁰.

Sin embargo, esta figura ha sido poco estudiada en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, aplicando elementos del derecho jurídico comparado que no forman parte de la caducidad y dejando poca claridad a esta figura. Asimismo, nos hemos llegado a preguntar qué diferencia existiría con la figura de la terminación unilateral de los contratos contemplada en la Ley Orgánica del Sistema de Nacional de Contratación Pública u otros cuerpos normativos puesto que ambas se tratan de cláusulas exorbitantes que se declaran y ejecutan mediante actos administrativos por incumplimiento del contratista descrito en la norma jurídica.

La diferencia entre ambas figuras reside en el órgano facultado a declarar la terminación de los contratos. En el caso de la terminación unilateral, quien declara la terminación del contrato es el mismo órgano contratante que participa en la relación contractual (contratante-contratista); mientras que en la caducidad, quien declara es un órgano, actuando como tercero, ajeno a la relación contractual. Es él quien impone la sanción de caducidad. De tal manera que del órgano que emite el acto administrativo de caducidad, se puede determinar la naturaleza jurídica del acto.

Por esta razón, dada la importancia de conocer sobre la caducidad de los contratos de hidrocarburos, el desarrollo del presente trabajo busca exponer los fundamentos aplicables a la figura especial de la caducidad, consideradas de gran utilidad en el transcurso de los contratos de hidrocarburos, y su naturaleza jurídica, con la finalidad de

⁹ “¿Qué es la Caducidad?” *Diario El Hoy*. 19/05/2006. <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/que-es-la-caducidad-234742.html> (acceso: 26/07/2013).

¹⁰ *Ibíd.*

brindar elementos que aporten a la solución del problema en la práctica jurídica contractual con base a las diferencias entre ésta y la terminación unilateral de los contratos.

Mi postura frente al problema jurídico planteado es que la cláusula de caducidad es de naturaleza extracontractual, mientras que la terminación unilateral es de naturaleza contractual. Lo que fija el derecho comparado no puede ser puesto en práctica dentro de nuestro ordenamiento jurídico ya que su caso es la entidad contratante quien declara la caducidad de los contratos, a diferencia nuestra, nuestra legislación dispone que quien está facultado para dar por terminado el contrato es una entidad pública que no forma parte de la relación contractual. Existe una nueva clasificación de actos administrativos: los contractuales y extracontractuales. Su clasificación va a depender del órgano administrativo que expide el acto, sin perjuicio de si se trata o no de un acto de ejecución, terminación, caducidad, modificación, interpretación o liquidación del contrato, ya que su naturaleza va a depender directamente de si el ente que los expide es parte contratante o no del mismo contrato. Dicho de otro modo, si el acto administrativo de caducidad del contrato no proviene de la parte contratante, el acto administrativo no es contractual; se trata de un acto administrativo extracontractual. Por el contrario la naturaleza jurídica del acto administrativo de terminación unilateral del contrato sí es contractual dado que el ente administrativo que lo declara es parte contractual.

El Capítulo I explica que las cláusulas exorbitantes, entre ellas la caducidad, son actos administrativos; además de mencionar sus respectivos concepto, elementos y características y establecer el vínculo de cómo estos actos se enlazan con los contratos administrativos. El Capítulo II explica que si bien es cierto el Estado, dotado de personalidad jurídica, es el gran ente facultado para contratar o terminar los contratos administrativos, su personalidad jurídica, a diferencia de la personalidad de las personas en el derecho privado, no le permite actuar por sí mismo, sino que se vale de órganos administrativos con determinadas competencias para producir efectos jurídicos. Destacando así, que en el derecho público, lo que prima es el órgano administrativo y la competencia, mientras que en el derecho privado prima la personalidad jurídica y la capacidad. Veremos también los órganos que intervienen durante la ejecución de los contratos: quién ejecuta, quién controla, quién termina los contratos de hidrocarburos,

entre otros. Finalmente, en el Capítulo III analizaremos a la figura de la caducidad en los contratos de hidrocarburos, considerada como un acto administrativo, para determinar su naturaleza jurídica extracontractual de acuerdo al órgano que lo expide. Haciendo una relación con la terminación unilateral de los contratos.

CAPÍTULO I: LA INTEGRACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

La actividad administrativa del Estado se desarrolla a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos o reglamentos, según se desprende del artículo 64 del Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva (en adelante, ERJAFE)¹¹. De todos estos, el acto administrativo es una de las formas de dicha actividad y un medio que utiliza la Administración Pública para el cumplimiento de sus funciones.

El acto administrativo viene a ser una especie de instrumento por el cual los servidores estatales, los bienes públicos y las potestades administrativas se encuentran supeditados al control del Estado toda vez que se requiera de él¹². Se le atribuye la función de ejecutar o desarrollar la ley; se trata de una condición previa para concretar toda operación material realizada por la administración, especialmente a aquellas que afectan la órbita de la libertad y de la propiedad de los particulares¹³. Su campo de aplicación es amplio pues no se limita a ser el medio para que surta efectos una actividad administrativa, sino que también es considerada como el *medio de medios*, es decir, como el mecanismo previo para llevar a cabo otros actos de la Administración Pública como en el caso que nos interesa, el contrato administrativo.

¹¹ Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 64. Registro Oficial No. 536 de marzo 18 de 2002.

El artículo 64 dispone lo siguiente: “Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva sometidos a este estatuto manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, sin perjuicio de recurrir a otras categorías de derecho privado cuando tales administraciones actúen dentro de dicho campo. De conformidad con lo que dispone la Ley de Modernización del Estado, la extinción o reforma de los actos administrativos se rige por lo dispuesto en este estatuto, incluyendo los plazos para resolver y los efectos del silencio de la administración”.

¹² Luis Enrique Berrocal Guerrero. *Manual del Acto Administrativo: según la ley, la jurisprudencia y la doctrina*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, Editorial ABC, 2001, p. 3.

¹³ *Id*, pp. 4-5.

El contrato, que en rigor es una especie de acto, genera, durante su desarrollo precontractual, contractual como post-contractual, actividad unilateral traducida en actos administrativos¹⁴; razón por la cual, el presente capítulo tratará a la institución del acto administrativo, enfocándose en el concepto, elementos y tipos de actos administrativos que existen para finalmente introducirla dentro de la actividad contractual del Estado.

1.1 Concepto de Acto Administrativo.

La conceptualización de acto administrativo presenta una serie de variaciones legislativas y doctrinarias lo cual impide guardar uniformidad de criterio para definirlo. Aunque de todo el bagaje normativo que rige nuestro sistema jurídico, existe una sola norma que define al acto administrativo y se encuentra en el ERJAFE en su artículo 65 y dice: “el acto administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”¹⁵.

A su vez la jurisprudencia¹⁶ como la doctrina también describen varios conceptos de acto administrativo que difieren entre sus autores. El profesor italiano Guido Zanobini lo define como: “[...] cualquier declaración de voluntad, juicio, deseo o conocimiento, realizada por un sujeto de la Administración pública en el ejercicio de una potestad

¹⁴ Julio R. Comadira. *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 2003, p. 3.

¹⁵ Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 65. Registro Oficial No. 536 de marzo 18 de 2002.

¹⁶ La jurisprudencia ecuatoriana define al acto administrativo como: “La acción u omisión de la administración pública para que reciba el calificativo de acto administrativo debe ser la expresión o declaración de voluntad de la administración pública, destinada a producir efectos jurídicos. Por tanto, de modo general se entiende por acto administrativo la declaración unilateral de voluntad de autoridad pública competente, en ejercicio de su potestad administrativa, que ocasione efectos jurídicos subjetivos, al crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas individuales concretas”. Tribunal Constitucional. Causa No. 0101-06-RA. Sentencia de 17 de enero de 2006. Registro Oficial Suplemento No. 13 de 01 de febrero de 2007. Asimismo, “[...] el jurista argentino Agustín Gordillo [...] [s]egún otros reconocidos tratadistas, como el peruano Christian Guzmán Napurí, el acto administrativo se distingue de otras actuaciones administrativas no solo por su carácter unilateral sino además por el hecho de generar efectos jurídicos específicos o particulares, sobre los administrados, lo cual lo diferencia claramente de otras actuaciones administrativas”. Tribunal Constitucional. Causa No. 1211-06-RA. Sentencia de 08 de agosto de 2007. Registro Oficial Suplemento No. 155 de 24 de agosto de 2007.

administrativa (distinta de la potestad reglamentaria)”¹⁷; concuerdan García de Enterría y Fernández al precisar que el acto administrativo es “[...] la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”¹⁸; asimismo, Julio R. Comadira lo califica como: “[...] toda declaración de un órgano del Estado, o de un ente no estatal, emitida en ejercicio de la función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros”¹⁹; finalmente, Gordillo establece que el acto administrativo se trata de “[...] una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma inmediata”²⁰.

Por el contrario, autores como Dromi y Marienhoff abarcan un concepto más general al indicar que “las decisiones administrativas no se expresan solo a través de operaciones materiales, sino mediante declaraciones intelectuales de origen unilateral o bilateral, de alcance individual o general y de efectos directos o indirectos”²¹; Marienhoff agrega que el acto administrativo es “[...] la forma esencial en que la Administración Pública expresa su voluntad, sea de modo *general* (reglamentos) o de un modo particular *especial* (acto administrativo individual) [...] que proyecta sus efectos hacia lo *externo* de la Administración Pública, y tiende a regular o disciplinar las relaciones de ésta con los administrados”²².

¹⁷ Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. “Lección 8. Los actos administrativos (i): concepto, clases y elementos”. <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/organizacion-y-actividad-de-las-administraciones-publicas/organizacion-y-actividad-de-las-administraciones-publicas/leccion-8.-los-actos-administrativos-i-concepto-clases-y-elementos>, p. 11 (acceso: 24/01/13).

¹⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen I. Madrid: Editorial Civitas, 1998, p. 536.

¹⁹ Julio R. Comadira. *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios. Óp. cit.*, p. 4.

²⁰ Agustín Gordillo. “Acto Administrativo”. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III. Novena Edición. Buenos Aires: Edición Macchi Novena, 2007, p. X-8.

²¹ Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2001, p. 250.

²² Miguel S. Marienhoff. “Servicios públicos. Actos de la Administración Pública”. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1966, p. 88.

Este concepto amplio de acto administrativo no se aplica dentro de nuestro ordenamiento jurídico²³ ni en el derecho comparado puesto que “se reserva la noción de acto administrativo para el acto administrativo individual”²⁴. Por lo que la acepción más acertada de acto administrativo es la declaración unilateral de un órgano público competente, que busca producir efectos jurídicos y de manera directa por medio de la creación, modificación o extinción de una situación jurídica individual.

Combinando los criterios que la ley, la jurisprudencia y la doctrina plantean, se puede caracterizar al acto administrativo de la siguiente manera:

i) Acto como declaración:

Alude al acto exteriorizado en una idea, un pensamiento, o algo más que la mera conducta física. Se puede expresar a través del lenguaje escrito, verbal²⁵ o de otros signos convencionales o ideográficos.

Un ejemplo de acto administrativo verbal, puede ser la orden que un agente de tránsito da a un conductor para que detenga su vehículo, las instrucciones de servicio dentro de una Institución Pública, la manifestación del Juez en un matrimonio civil.

Para García-Trevijano Fos, la única condición de estos actos para que se admitan es que haya constancia en dicho acto que pueda demostrarse su existencia²⁶.

Como signos convencionales o ideográficos tenemos los medios mecánicos como las señales de tránsito, los gestos del policía para indicar la circulación vehicular, la utilización de la tecnología como correos electrónicos, videoconferencias, entre otros.

²³ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Artículo 3. Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968. Última modificación, 28 de diciembre de 2001.

“Un acto administrativo de carácter general” se lo conoce como “acto normativo”, es decir, una norma reglamentaria, por lo que no entraría dentro de nuestro concepto de acto administrativo.

²⁴ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, pp. 131-132.

²⁵ Puede ser verbal si es que las circunstancias lo exigen o lo permiten.

²⁶ José A. García-Trevijano Fos. *Los actos Administrativos*. Editorial Cívitas, 2ª Edición: Madrid, 1991, pp. 162-165.

El acto se diferencia del hecho puesto que el acto busca obtener repercusiones jurídicas. No se toma en cuenta la vinculación entre la voluntad del agente y la declaración en sí.

ii) Unilateral:

La Administración singulariza su capacidad unilateral de imponer a los ciudadanos obligaciones o reconocerles derechos, sin contar necesariamente con su aquiescencia previa. Tiene esa capacidad unilateral de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas que afectan o vinculan a terceros. Esta es una característica peculiar del acto de la Administración y de su régimen jurídico. Dicho de otro modo, los particulares sólo podrían realizar unilateralmente actos de disposición en relación con su persona o su patrimonio, pues para todo lo demás necesitan el acuerdo o contrato con los demás.

iii) En ejercicio de la potestad administrativa:

Se refiere a aquellas entidades públicas facultadas a expedir actos administrativos.

Esta entidades no son únicamente las que pertenecen al Función Ejecutiva, sino también a aquellos órganos legislativos, judiciales, electorales, de participación ciudadana y control social y demás entidades determinadas en el artículo 225 de la Constitución²⁷, siempre que actúen en ejercicio de la función administrativa.

Es importante recordar que la facultad para emitir actos administrativos se da por la existencia de un régimen exorbitante, donde convergen las variables poder y libertad, prerrogativas y garantías, en ambos casos sustanciales y procesales.

iv) Productor de efectos jurídicos directos respecto de terceros:

El efecto jurídico debe nacer del propio acto y se debe producir en relación con terceros, es decir, a las personas naturales, las personas jurídicas, y los funcionarios

²⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 225. Registro Oficial No. 449 de octubre 20 de 2008 Última modificación: julio 13 de 2011. Artículo 225.- El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

públicos (estos últimos cuando resulten afectados en la esfera de relación de servicio). Sobre este punto Cassagne agrega que esta característica de producir efectos jurídicos directos tiene que ver con el carácter ejecutivo y ejecutorio del acto administrativo. El acto administrativo, pues, implica tanto una disposición como práctica²⁸.

Técnicamente hablando, no son actos administrativos aquellos actos que, produciendo efectos jurídicos, se agotan dentro del campo interno de la Administración (relaciones interorgánicas) o no sobrepasan la esfera interadministrativa²⁹.

1.1.1 Elementos del Acto Administrativo:

La identificación de los elementos que integran el acto administrativo permite explicar las condiciones de su legitimidad, para con ello encontrar los posibles vicios que le puedan afectar, en caso de ser así, influiría en la validez del acto³⁰.

La doctrina no ha logrado unificar los criterios para definir cuáles son los elementos esenciales del acto administrativo ni sobre la interpretación de los mismos. Tal es el caso de Manuel María Díez como otros autores que consideran entre los elementos del acto administrativo al mérito y la oportunidad³¹; otros, al motivo y al fin³². En otras ocasiones, por el contrario, no se los miran como elementos sino como requisitos³³ del acto.

²⁸ Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Ediciones Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 2002, p. 198.

²⁹ Julio R. Comadira. *Derecho Administrativo. Acto Administrativo.... Óp. cit.*, pp. 4-12.

³⁰ Sobre la importancia de identificar los elementos del acto administrativo, Dromi agrega la oportunidad además de la legitimidad, *vid.*, Roberto Dromi. *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 255.

³¹ Manuel María Díez. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1961, pp. 261-262.

³² “Cap. VII: El Acto Administrativo”. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1920/10.pdf> (acceso: 03/03/13), p. 132.

³³ Diccionario de la Lengua Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=requisito> (acceso: 29/04/13). Según la Real Academia de la lengua Española requisito es aquella “circunstancia o condición necesaria para algo”, mientras que elemento es “una parte integrante de algo”.

En este trabajo explicaremos los elementos esenciales del acto administrativo basados en la doctrina de Agustín Gordillo³⁴ y Roberto Dromi y son cuatro: la competencia, la voluntad, el objeto y la forma.

Competencia: La competencia comprende toda aquella atribución de los entes y órganos determinada por el ordenamiento jurídico positivo de forma explícita, que confieren la Constitución de la República, los tratados, las leyes y los reglamentos. La competencia es improrrogable e irrenunciable y debe ser ejercida directa y exclusivamente por el órgano a quien se le atribuye como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las disposiciones normativas pertinentes.

Este concepto de competencia se relaciona al concepto de capacidad del derecho privado, son análogos mas no idénticos. Mientras que en el derecho privado, la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción; la competencia, en el derecho público, es la excepción y la incompetencia la norma.

La competencia determina la validez o no del acto, mas no su carácter de estatal o no estatal, ya que pueden existir actos estatales con incompetencia.

El acto administrativo debe emanar del órgano competente según el ordenamiento jurídico y en razón de la materia, territorio, tiempo y grado.

a) Por la materia: alude a las tareas que legítimamente puede desempeñar el órgano. De acuerdo al carácter de su actividad, la materia puede ser deliberativa, ejecutiva, consultiva y de control. Se rigen bajo el principio de especialidad, es decir, que los entes sólo pueden actuar en base a los fines por los cuales se motivaron a su creación.

b) Por el territorio: comprende el campo espacial en el cual pueden ejercer sus funciones que se relacionan con las divisiones o circunscripciones administrativas del territorio del Estado.

c) Por el tiempo: se refiere al ámbito temporal en el que es legítimo el ejercicio de la función. De manera general, la competencia de un órgano es permanente, es decir, puede realizar sus funciones en cualquier momento. No

³⁴Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV. http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/02/02-capitulo4.pdf, p. EEAA-IV-1 (acceso: 30/01/13).

obstante, también existen competencias en donde su atribución solo comprende un lapso de tiempo, también denominada temporaria.

d) Por el grado: la organización administrativa se integra verticalmente. En la cima se encuentra un órgano supremo, al que le subordinan los órganos de rango inferior. El grado corresponde a la posición o situación en la que ocupa el órgano que ejerce su función dentro de la pirámide jerárquica. El grado inferior se subordina al superior. Siendo la competencia improrrogable, no puede un órgano inferior tomar decisiones de un órgano superior y viceversa.

El órgano superior tiene poder jerárquico sobre las actividades que realizan los órganos inferiores de los que de él dependan, tanto en razón de legitimidad como de oportunidad, salvo que por prescripción normativa de le haya otorgado al agente discrecionalidad o competencia técnica³⁵.

Voluntad: doctrinarios como Agustín Gordillo consideran que no se puede adoptar el concepto de voluntad del Derecho Privado, considerado como *declaración de voluntad*, sin que se deba considerar a la voluntad administrativa como un concurso de elementos subjetivos (voluntad de los individuos que actúan, órgano-individuo) y objetivos (el proceso en que actúan y las partes intelectuales que aportan a la declaración)³⁶.

Objeto: se enfoca en la finalidad que persigue el acto administrativo. Juan Carlos Cassagne lo define como “[...] el objeto o contenido del acto administrativo [...]. [L]o que el acto decide, certifica y opina, a través de la declaración pertinente”³⁷. El objeto comprende: las materias que forman parte del acto (contenido natural); las cuestiones que se deben contener por el imperio de la ley (contenido implícito); y las cláusulas que la voluntad estatal pueda incluir a manera de condición, término y modo (contenido eventual).

El objeto debe cumplir con los requisitos de licitud, certeza, que sea posible y determinado. En otras palabras, se debe poder precisar las disposición que adopta la autoridad administrativa estableciendo qué especie de acto se trata, a qué personas o

³⁵ Roberto Dromi. *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, pp. 255-258.

³⁶ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo. Óp. cit.* Tomo 3, p. IX-1Z.

³⁷ Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo.* Tomo II. Ediciones Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 2002, p. 201.

cosas afecta, en qué tiempo y lugar donde habrán de producirse los efectos. No debe ser discordante con la situación de hecho reglada por las normas³⁸.

Forma: alude al cómo los actos se deben expedir y su ubicación al interior del procedimiento³⁹; se trata del modo de producir y exteriorizar la declaración de voluntad los actos administrativos⁴⁰. Generalmente, los actos se manifiestan de manera escrita. Según observa el maestro Gabino Fraga:

A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, la forma en el derecho administrativo tiene normalmente el carácter de una solemnidad necesaria no sólo para la prueba sino principalmente para la existencia del acto y es que en esta última rama del derecho el elemento formal constituye una garantía automática de la regularidad de la actuación administrativa⁴¹.

La omisión o el incumplimiento parcial de las formas de instrumentación (escritura, fecha, firma, etc.) o de las formas de publicidad (notificación), puede afectar la validez del acto de acuerdo al grado de transgresión. El acto administrativo debe ser obligatoriamente notificado al interesado. La publicación no suple la falta de notificación, la falta de publicación no vicia al acto.

El principio general de los actos administrativos es que éstos deban constar por escrito, aunque la regla puede llegar a variar bajo ciertas excepciones que deberán interpretarse restrictivamente⁴².

a) Escrito: el acto administrativo debe manifestarse expresamente y de forma escrita. Cuando se emiten una serie de actos administrativos (actos plurales) de la misma naturaleza, se podrán redactar en un único documento, especificándose las circunstancias personales y materiales que individualicen cada uno de los actos.

b) Verbal: hay la posibilidad de que los actos solamente se expresen verbalmente. Por ejemplo, órdenes de agentes de policía, un funcionario público

³⁸ Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*, Óp. cit., p. 260.

³⁹ Efraín Pérez. *Derecho Administrativo*. Vol. 1. Corporación de Estudios y Publicaciones: Quito, 2009, p. 437.

⁴⁰ Rafael Entrena Cuesta. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I/1. Madrid: Tecnos, 1984, p. 193.

⁴¹ Gabino Fraga. *Derecho Administrativo*. México: Editorial Porrúa, 2000, p. 270.
<http://www.inap.org.mx/portal/images/RAP/derecho%20administrativo.pdf> (acceso: 28/01/2013).

⁴² Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*, Óp. cit., pp. 268-269.

dando órdenes a otro funcionario en cuanto a tareas diarias, entre otros. Aunque la admisibilidad de la forma verbal se debe interpretar de manera restrictiva. Solamente se la utiliza en casos de urgencia o de imposibilidad práctica de emplearlo por escrito. Se prescinde de la forma escrita cuando: 1) medie urgencia o imposibilidad de hecho; 2) se trate de actos cuyos efectos se hayan agotado y respecto de los cuales la registración no tenga razonable justificación; 3) se trate de órdenes de servicio que se refieran a cuestiones ordinarias y de rutina; y 4) la voluntad pública se exteriorice por medio de señales o signos.

c) Signos: pueden ser señalizaciones acústicas, telegráficas, lumínicas, por medio de banderas, carteles, la mímica. Cabe recalcar que los signos no se tratan de declaraciones tácitas, sino de declaraciones expresadas mediante signos.

1.1.2 Vinculación del acto administrativo al contrato administrativo:

Hemos visto anteriormente que el Estado, por medio de la Administración Pública, ostenta el poder de crear vínculos obligatorios de forma unilateral a través de actos administrativos, en la medida de que esta potestad esté admitida por el ordenamiento jurídico⁴³ y que cumplan con el fin de prevalecer el interés público. Es así que para lograr sus objetivos, se evidencian una variedad de clases de actos administrativos que pueden existir dentro de la actividad administrativa.

Para los autores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón-Fernández manifiestan dos razones prácticas por las cuales las cláusulas exorbitantes (actos administrativos) se insertan en los contratos administrativos: la primera, como consecuencia de la atribución jurisdiccional de estos contratos a la vía contencioso-administrativa; y segundo, como verdadera razón, por la relación inmediata del contrato con las necesidades o servicios públicos por la responsabilidad a la que se le confiere a la Administración en base a sus atribuciones, con el fin de evitar retrasos en su gestión; no podrían paralizarse los procesos de ejecución de los contratos a cada momento que haya inconvenientes⁴⁴.

⁴³ Juan Carlos Cassagne. *El Contrato Administrativo*. Abeledo Perrot: Argentina, 1999, p. 64.

⁴⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I. Óp. cit.*, p. 683.

En este campo del derecho administrativo contractual, para que un contrato sea de carácter administrativo, requiere la emisión de una serie de actos administrativos durante todo el proceso de contratación hasta su adjudicación y consecuente terminación, aplicando un régimen exorbitante y las normas pertinentes que regulan los actos administrativos:

Basta con tener en cuenta para demostrar esa categorización el hecho, también reflejado en el cuadro de las causales de extinción, de que el contrato administrativo se integra, a partir de su formación y durante su ejecución o extinción, por actos del contratista privado pero, fundamentalmente, por una cadena o serie de actos administrativos provenientes de los órganos de la Administración Pública caracterizados por la presencia de un régimen exorbitante que viene, algo así, como a empapar la figura del contrato con un torrente de normas y principios propios y típicos del derecho administrativo⁴⁵.

El inciso primero del artículo 76 del ERJAFE describe que en nuestro sistema jurídico administrativo-contractual existen actos administrativos precontractuales y contractuales o de ejecución, al dividirse la formación de contratos administrativos en dos fases⁴⁶. Precisamente, la clasificación que interesa en el presente trabajo es aquella que trata sobre los actos administrativos contractuales que profundizaremos a continuación.

1.1.2.1 Actos administrativos contractuales:

Los actos administrativos contractuales son aquellos que se manifiestan dentro de la vigencia del contrato y ejecución del mismo. Su vida en el mundo está determinada por la existencia del contrato, dependiendo directamente de éste. Se debe tomar en cuenta que las cláusulas incorporadas al contrato también pueden actuar como una especie de acto administrativo de alcance general o directo, sin afectar la unidad del contrato⁴⁷.

⁴⁵ *Id.*, p. 90.

⁴⁶ Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 76. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Artículo 76.- Formación de los contratos administrativos, de los actos separables.- En la formación de los contratos administrativos hay dos fases: la precontractual y la contractual o de ejecución. A estas fases concurre también todo potencial contratista desarrollando determinadas actividades jurídicas. [...].

⁴⁷ Ejemplos sobre actos contractuales, *vid.* Roberto Dromi. *Derecho Administrativo, Óp. cit.*, p. 315.

La jurisprudencia colombiana sostiene que los actos contractuales propiamente dichos son aquellos expedidos por la entidad pública contratante luego de la celebración del contrato, con incidencia en la relación negocial misma y que no pueden entenderse ser la existencia misma del contrato⁴⁸:

[...] la jurisprudencia de la Sala ha sostenido que los actos contractuales son los que se expiden por la entidad pública contratante como consecuencia de la ejecución de un contrato y durante el desarrollo del mismo, tales como la caducidad, terminación, modificación, interpretación o liquidación, los cuales deben controlarse, por consiguiente, a través de la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, excluyendo de tal connotación aquellos actos separables de los contratos, calificación reservada para los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato⁴⁹.

Ejemplos de actos administrativos contractuales para la doctrina colombiana pueden ser los que la entidad contratante impone multas al contratista, interpreta unilateralmente el contrato, declara la caducidad o la terminación unilateral del contrato, entre otros. En nuestro país, la caducidad no es un acto administrativo contractual dado que el órgano que expide el acto no es la entidad contratante.

En el voto salvado del Doctor Luis Chacón Calderón de la sentencia del caso *Ing. Mario Puente Alvarado c. Presidente del Directorio de CORPECUADOR-GUAYAS por acción de amparo constitucional*, se le considera a la terminación unilateral de los contratos como un acto separable⁵⁰ y no como un acto de ejecución:

⁴⁸ Luis Enrique Berrocal Guerrero. *Manual del Acto Administrativo: según la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Op. cit.*, pp. 109-110. Consejo de Estado Colombiano. Sentencia de 6 de febrero de 1992, Expediente No. 6030.

⁴⁹ Es de anotar que “[l]a Sala en auto proferido el 10 de marzo de 1994, expediente 9118, precisó que todos los actos referidos con ocasión del contrato, previos, concomitantes o posteriores a su celebración o ejecución, eran actos contractuales cuya impugnación debía tramitarse mediante el ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales regulada por el artículo 87 del C.C.A., a excepción de tres actos que podían impugnarse por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento (...) Este criterio jurisprudencial, según el cual los actos separables o previos difieren de los actos contractuales propiamente dichos y están sometidos a las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, fue acogido por la ley 446 de 1998, (Art 32)...”. Sentencia de 20 de septiembre de 2001. Exp.9807.

⁵⁰ El régimen jurídico ecuatoriano reconoce la doctrina de los actos separables, que vincula los actos al contrato administrativo. Así lo afirman los artículos 76 y 77 del ERJAFE explicado en la siguiente sentencia:

En efecto, los artículos 76 y 77 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva permiten afirmar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce la doctrina de los actos separables en la formación de la voluntad de la administración en los contratos administrativos, y la

Que así mismo, enseña la doctrina que en los contratos administrativos existen actos separables de naturaleza administrativa, que son unilaterales, no negociables, y distintos de los que resulta de la relación bilateral, como pueden ser los actos preparatorios, la adjudicación del contrato o la terminación unilateral del contrato administrativo;

Que tales actos separables se rigen, no por principios jurídicos de índole contractual por cuanto no surgen del acuerdo de las partes, sino por los principios comunes a los actos administrativos y, por ello, para ser legítimos requieren de competencia de la autoridad, corrección en los procedimientos que se siguieron para dictarlos, conformidad con las normas del ordenamiento jurídico, y suficiente fundamento y motivación [...] ⁵¹.

No obstante, la mayor parte de la doctrina la considera como un acto contractual por declararse dentro de la etapa de ejecución del contrato.

1.1.2.2 ¿La caducidad como acto administrativo contractual?:

En primer lugar, legislativamente no hay una disposición que califique a la declaratoria de caducidad de los contratos administrativos como un acto administrativo, pero la doctrina sí reconoce que dentro de la variedad de actos administrativos, tenemos aquellas sanciones administrativas. La caducidad de los contratos, por ende, es una sanción administrativa ya que impone un castigo al administrado por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales:

[La caducidad es] la sanción que se pacta o se impone por la ley a la persona que dentro de un plazo convencional o legal, no realiza voluntariamente y

posibilidad de su judicialización, atendiendo su individualidad y naturaleza. Así, la primera de las normas referidas establece que: "Los actos, los hechos, los reglamentos y los actos de simple administración, producidos, dictados o ejecutados en la preparación de la voluntad administrativa contractual se consideran incorporados unitariamente, aunque de manera separable, al procedimiento administrativo de conformación de dicha voluntad. A ellos son aplicables en consecuencia las normas de procedimiento administrativo tanto para la formación de la voluntad administrativa como su impugnación". En tanto que el artículo 77 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva señala que: "Las diferentes manifestaciones jurídicas que han intervenido en la formación y ejecución de un contrato administrativo son susceptibles de ser impugnadas en sede administrativa o judicial de conformidad con este estatuto y la ley respectiva".

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo. *Procuraduría General del Estado c. THOR C.A.* Expediente de Casación 90. R.O. Suplemento No. 10 de fecha 16 de enero de 2008.

⁵¹ Tribunal Constitucional No. 151. *Ing. Mario Puente Alvarado c. Presidente del Directorio de CORPECUADOR-GUAYAS por acción de amparo constitucional.* Caso No. 1080-2000-RA. Registro Oficial Suplemento No. 405 de septiembre 05 de 2011.

conscientemente la conducta positiva para hacer que nazca, o para que se mantenga vivo un derecho sustantivo o procesal, según sea el caso⁵².

Sin lugar a dudas, la caducidad es una sanción administrativa y por ende, se manifiesta por medio de actos administrativos:

Toda y cualquier sanción administrativa es manifestación de las funciones que le corresponden a la función administrativa, y por lo tanto es y debe ser un acto administrativo⁵³.

Ahora bien, con respecto a si se trata o no de un acto contractual, cabe recalcar que nuestro régimen jurídico no lo considera así. Partiendo del concepto de los actos administrativos contractuales, la declaración de la caducidad no proviene de una Entidad Contratante sino de un tercero ajeno al contrato. Tal es el caso de la disposición del artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos que dice: “el Ministerio del Ramo podrá declarar la caducidad de los contratos”, siendo la Secretaría de Hidrocarburos la encargada de la suscripción y administración de los contratos de hidrocarburos (artículo 6-A, literal a) de la Ley de Hidrocarburos).

Por ende, y como analizaremos más adelante, el acto administrativo de caducidad no es contractual.

1.2 El acto administrativo en los contratos de hidrocarburos.

Hemos demostrado la existencia de actos inherentes al procedimiento contractual que se deben llevar a cabo para celebrar el contrato, los mismos que constituyen actos administrativos; asimismo las teorías que explican la vinculación entre los actos administrativos (de naturaleza unilateral) y el contrato (de naturaleza bilateral).

Ahora expondremos el régimen jurídico de los contratos que celebra la Administración Pública donde surten efectos los ya mencionados actos administrativos.

⁵² Ernesto Gutiérrez y González. *Derecho de las Obligaciones*. 5ta. Ed. Editorial Cajica; Puebla, 1978, p. 857.

⁵³ Bartolomé A. Fiorini. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 1995, p. 178.

1.2.1 El Contrato Administrativo:

La figura jurídica contrato no es exclusiva del derecho privado o del derecho público. Pues se trata de una categoría general del derecho cuya esencia es idéntica en ambos regímenes⁵⁴. El jurista italiano Roehrssen di Camerata G., por el contrario, termina analizando que existen diferencias entre ambos regímenes contractuales en cuanto al *ius variandi*, en el control del poder administrador y en la ejecutoriedad oficiosa de la administración pública⁵⁵.

El Estado puede contratar de diversas maneras ya sea en igualdad de condiciones con los particulares, a este tipo de contratos se los conoce como contratos de la administración; o cuando el Estado es revestido de un poder superior donde el contratista queda subordinado, a estos contratos les llamamos contratos administrativos, contratos del Estado o contratos públicos⁵⁶. El contrato al que nos referiremos a continuación es al contrato administrativo.

1.2.1.1 Concepto de contrato administrativo:

El artículo 1454 del Código Civil (en adelante, CC) define al contrato o convención como “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”⁵⁷; la doctrina distingue entre los contratos y las convenciones, siendo los contratos un especie de convención. El artículo 1461 del mismo cuerpo legal, dispone que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad se deben cumplir los siguientes elementos de eficacia y validez del contrato: 1. Que sea legalmente capaz; 2. Que haya consentimiento en dicho acto o declaración si adolecer de vicios; 3. Que recaiga sobre objeto lícito; y 4. Que

⁵⁴ Cfr. Roberto Dromi, *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, 358. El jurista considera que ya no debe considerarse este desdoblamiento de la actividad contractual del Estado, sino que la tendencia actual debe perseguir un régimen jurídico unitario, considerando al Estado como único regulador de los contratos que se celebren dentro del ejercicio de la función administrativa.

⁵⁵ Bartolomé A. Fiorini. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 596. Roehrssen di Camerata G. *I contratti della pubblica amministrazione*. T. 1. Bologna: 1961, p. 23.

⁵⁶ Roberto Dromi. *Óp. cit.*, p. 356.

⁵⁷ Código Civil. Artículo 1454. Registro Oficial Suplemento No. 46 de junio 24 de 2005. Última modificación: diciembre 03 de 2012.

tenga causa lícita⁵⁸.

Pese a que ha existido por parte de un sector de la doctrina un cuestionamiento sobre la posibilidad del Estado de contratar, en la actualidad, se acepta la existencia de una especie, dentro del género del contrato, denominado contrato administrativo.

El contrato administrativo se creó como categoría jurídica propia del derecho público, por parte del Consejo de Estado Francés, con la idea de que los particulares colaborasen en la actividad que persigue la administración a través de esta institución contractual, que a su vez garantiza al contratista privado sus derechos económicos⁵⁹. El artículo 75 del ERJAFE define al contrato administrativo como: “[...] todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables⁶⁰”.

Hay dos corrientes doctrinarias que usan criterios distintos para clasificar a un contrato como administrativo. Una, calificada como finalística o sustantiva que procura el cumplimiento de un interés público, que se incorpora a manera de fin u objeto dentro del acuerdo. Mientras que la otra se basa en la presencia subjetiva de uno de los contratantes, siendo una de las partes la administración como sujeto imprescindible para la formación de la voluntad del acuerdo⁶¹. Claro que existe la tendencia a considerar el criterio de la doctrina sustantiva⁶².

⁵⁸ Efraín Pérez. *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 767.

⁵⁹ Juan Carlos Cassagne. *El Contrato Administrativo. Óp Cit.*, p. 15.

⁶⁰ Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 75. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

⁶¹ Juan Carlos Cassagne. *El Contrato Administrativo. Óp Cit.*, p. 16.

⁶² “Un ejemplo de esta postura es Barra al sustentar la sustantividad pública para todos los contratos que celebra la Administración que se estructura a través de la presencia subjetiva de esta última”. Juan Carlos Cassagne. *El Contrato Administrativo. Óp Cit.*, p. 15. Rodolfo C. Barra. *Los Actos Administrativos Contractuales*. Buenos Aires, 1989, pp. 186-189.

Por otro lado, “la tesis de García de Enterría-Fernández, no reconoce sustantividad al contrato administrativo, admitiendo; sin embargo, modulaciones especiales de derecho público aplicables a la institución contractual”. Juan Carlos Cassagne. *El Contrato Administrativo. Óp Cit.*, p. 16. *Conferencia Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1982, p. 579 y siguientes. Sexta Edición, 1998, p. 681 y siguientes.

1.2.1.2 Contratación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos:

El régimen de contratación para la exploración y explotación de hidrocarburos es regulado por la Ley de Hidrocarburos⁶³, el Reglamento a las Reformas a la Ley de Hidrocarburos⁶⁴, el Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos⁶⁵, el Reglamento Especial de Licitación Petrolera⁶⁶, Bases de Contratación y demás documentos pre-contractuales, con sus respectivas reformas. Es así que desde la expedición de la Ley de hidrocarburos en el año de 1978 hasta la actualidad, la misma ha sufrido cambios que consideramos importantes destacar.

Este sistema normativiza los contratos tanto en campos petrolíferos como en las áreas marginales⁶⁷ y establece las condiciones generales de licitación y las adjudicaciones de las áreas a explorar y explotar. Lo que busca es seleccionar la oferta y contratista que mejor convenga a los intereses nacionales.

Se trata de un sistema especial y como tal solo rige para la concesión de bloques para la exploración y explotación de hidrocarburos y no para los contratos de obras o servicios específicos, esa función le corresponde a Petroecuador EP de acuerdo al artículo 2 de la Ley.

Se hace esta distinción ya que la norma anterior a la reforma del 2011 disponía que era el mismo Petroecuador el órgano contratante de los contratos de exploración y explotación además de los contratos de obra de servicios específicos; no obstante, en la

⁶³ Ley de Hidrocarburos. Decreto Supremo No. 2967. Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre de 1978. Última modificación de fecha 24 de noviembre de 2011.

⁶⁴ Reglamento a las Reformas a la Ley de Hidrocarburos. Decreto Ejecutivo No. 546. Registro Oficial No. 330 de 29 de noviembre de 2010. Última modificación de fecha 05 de noviembre de 2012.

⁶⁵ Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos. Decreto Ejecutivo No. 1417. Registro Oficial No. 364 del 21 de enero de 1994.

⁶⁶ Reglamento Especial de Licitación Petrolera. Decreto Ejecutivo No. 873. Registro Oficial No. 181 de 01 de octubre de 2003. Última modificación de fecha 20 de enero de 2005.

⁶⁷ Ley de Hidrocarburos. Artículo 2. Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre de 1978. Última modificación de fecha 24 de noviembre de 2011.

actualidad, esta atribución pasó a manos de la Secretaría de Hidrocarburos como veremos en el capítulo segundo del presente trabajo.

1.2.1.3 Elementos del contrato administrativo:

Sujetos: se denominan sujetos a las partes que intervienen en el contrato, siendo cada parte una o más personas⁶⁸. Dentro de la contratación administrativa, obligatoriamente una de las partes debe ser un órgano administrativo de acuerdo en concordancia con el artículo 225 de la Constitución de la República (en adelante, Const.)⁶⁹, y específicamente para la contratación de exploración y explotación petrolera el ente contratante y representante del Estado es la Secretaría de Hidrocarburos de acuerdo al artículo 6-A, literal a) de la Ley de Hidrocarburos: “a. Suscribir, a nombre del Estado ecuatoriano, los contratos de exploración y explotación, industrialización y transporte, previa adjudicación por parte del Ministerio Sectorial”. Vemos que otro de los sujetos que interviene es el Ministerio Sectorial, pero no forma parte de la relación contractual, sino que está facultado únicamente a adjudicar o no el contrato.

Por el otro lado, la contratista puede ser empresas nacionales o extranjeras, públicas o privadas (artículo 2 de la Ley de Hidrocarburos).

Empresas públicas como el caso de Petroecuador EP, Petroamazonas EP que también intervienen en contratos de hidrocarburos, son entes contratantes dentro de las relaciones contractuales en distintas actividades y fases de la industria hidrocarburífera.

Capacidad y Competencia: en el caso de que la contraparte sea un sujeto de derecho privado, debe ser capaz para contratar. El artículo 62 (1) de la LOSNCP, establece que no podrán celebrar contratos con las entidades Contratantes “quienes se hallaren incurso en las incapacidades establecidas por el Código Civil, o en las inhabilidades generales establecidas en la Ley”, en caso de no cumplir con esta

⁶⁸ Código Civil. Artículo 1454. Registro Oficial Suplemento No. 46 de junio 24 de 2005. Última modificación: diciembre 03 de 2012.

⁶⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 225. Registro Oficial No. 449 de octubre 20, 2008. Última modificación: julio 13 de 2011.

disposición, el contrato será nulo (artículo 65 de la LOSNCP)⁷⁰.

Por su parte, la Administración debe contratar mediante el órgano competente para que puedan actuar con plena validez dentro del tráfico jurídico ordinario se requiere que sean competentes. Este principio se aplica en el contexto de la contratación del Estado a partir del concepto de la competencia, cuya definición es “la aptitud que tiene el sujeto para adquirir y ejercitar derechos, así como de contraer obligaciones de manera directa por atribución propia, sin la intromisión de otros órganos u autoridades”⁷¹.

Aquí se observa, como lo analizaremos en el siguiente capítulo, que lo que interesa en el derecho privado es la capacidad, mientras que en el sector público, la competencia.

Voluntad: se requiere de dos voluntades válidas en donde una de ellas es la administración y la otra el co-contratante. Las disposiciones relativas al error, la fuerza y el dolo también rigen para los contratos administrativos. Por regla general se requiere que la manifestación de voluntad por parte de la administración se lo haga de manera explícita. En lo referente a la contratación, se aplican dos principios básicos:

1. El silencio de la administración no tiene efecto alguno ni puede dar a la formación de aquel consentimiento; y,
2. Por regla general, la manifestación tácita de la voluntad de la administración tampoco puede generar consentimiento y, por tanto, contrato administrativo.

Una excepción para que se dé una declaración de voluntad implícita podría darse en el supuesto caso que el hecho del contrato se haya consumado, de tal manera que se puede aceptar la existencia y se valide a partir de un consentimiento tácito de la administración⁷². Es decir que esta voluntad tácita podría aplicarse en aquellos casos en los que el contrato está en la fase de ejecución.

⁷⁰ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículos 62 y 65. Ley No. 1. Registro Oficial Suplemento No. 395 de fecha agosto 04 de 2008. Última modificación de fecha octubre 16 de 2009.

⁷¹ Jaime Orlando Santogimio Gamboa. *Tratado de Derecho Administrativo-Contratación indebida*. Vol. 4. Universidad Externado de Colombia: Colombia, 2003, p. 555.

⁷² Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen I. 8va. Edición. Editorial Fundación de Cultura Uruguaya: Montevideo, 2002, p. 535.

Corte Suprema de Justicia. Tomo 3, No. 949, de noviembre 21 de 1911, 213: “Alojamiento de altas autoridades públicas, solicitando en forma tal que el hotelero pudo razonablemente que existía resolución administrativa autorizándolo”.

No obstante y como regla general, La formación de la voluntad administrativa es más rigurosa puesto que la ejecución de sus actos se encuentran reglados y deben seguir una serie de pasos previos, durante y después a la manifestación de la voluntad⁷³. En caso de transgredir a uno de estos pasos, el ordenamiento describe vicios que afectarían a la validez y eficacia de dicha voluntad⁷⁴.

Objeto: uno de los requisitos para que una persona se obligue para con otra es que dicho acto o declaración de voluntad recaiga sobre objeto lícito (artículo 1461 del CC). Aunque es importante distinguir el objeto del contrato del objeto de la obligación. Así Mazeaud lo define como:

[...] el objeto de la obligación es la prestación prometida. El objeto del contrato es la operación jurídica visualizada. Cuando el código civil francés dice que todo contrato tiene por objeto una cosa que una parte se obliga a dar, hacer o no hacer; debería decir la obligación en vez del contrato, y prestación en vez de cosa⁷⁵.

Causa: se trata de un elemento esencial de los vínculos contractuales que celebra la administración. De acuerdo al artículo 1483 del CC por causa se entiende “[...] el motivo que induce al acto o contrato”, es decir, su razón de ser. Se trata de un criterio objetivo el cual se identifican las razones de la existencia de las obligaciones entre las partes⁷⁶. Para Escobar Sanín, la causa viene dada por la idea inicial que impulsó a negociar, creó la intención de hacerlo⁷⁷.

Finalidad: se refiere al fin o propósito por el cual se celebra un determinado contrato administrativo, es decir el fin propio del servicio público que no es más que la satisfacción del interés general, por lo tanto se trata de un interés institucional, y no

⁷³ Efraín Pérez. *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 776.

⁷⁴ Héctor Jorge Escola. *Compendio de Derecho Administrativo*. Depalma: Buenos Aires, 1977, p. 188.

⁷⁵ Henri León y Jean Mazeaud. *Lecons de Droit Civil*. Tomo II. Ediciones Montchrestien. Sexta Edición: París, 1981, pp. 186 y 191.

⁷⁶ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Tratado de Derecho Administrativo-Contratación indebida. Óp. cit.*, pp. 370- 371.

⁷⁷ Gabriel Escobar Sanín. “Negocios Civiles y Comerciales”. *Los contratos*. Tomo II. Biblioteca Jurídica Dike: Colombia, 1994, p. 192.

personal o subjetivo del servidor público⁷⁸.

Forma: dentro de nuestro derecho no hay formas especiales genéricas, pero por regla general el contrato debe constar por escrito, no es necesario que se lo realice mediante escritura pública, salvo que dicho requisito se hubiera estipulado expresamente, con carácter de solemnidad. No debe confundirse a la forma con la formalidad ya que la formalidad implica son los requisitos que han de observarse o llenarse en la celebración del contrato y pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al encuentro de ambas voluntades; la forma es uno de dichos requisitos y se refiere al modo como se documenta el vínculo contractual⁷⁹.

1.2.1.4 Cláusulas principales en los contratos de exploración y explotación petrolera:

El artículo 18-E la Ley de Hidrocarburos establece las cláusulas más importantes que debe contener el contrato y son: las partes contratantes, la duración de los contratos, la participación del Estado, los programas de trabajo e inversiones mínimos a ser ejecutados, el monto de las inversiones a ejecutarse, el pago de las obligaciones tributarias de conformidad con la Ley, las garantías de la empresa seleccionada para con Petroecuador, los órganos directivos de administración y fiscalización del contrato, la capacitación, la facultad de inspección y control y las demás que consten en los documentos precontractuales de la licitación aprobada para el efecto⁸⁰.

1.2.2 Las prerrogativas de la Administración (desde el punto de vista del derecho comparado):

Las prerrogativas de la Administración nacieron por la insuficiencia que contenía la

⁷⁸ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Óp. cit.*, p. 372.

⁷⁹ Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Óp. cit.*, p. 539.

⁸⁰ Ley de Hidrocarburos. Artículo 18-E. Decreto Supremo 2967, Registro Oficial No. 711 de 15 de Noviembre de 1978. Modificada en fecha 24 de noviembre de 2011.

teoría del servicio público para categorizar a un contrato como administrativo.

Desde el punto de vista del derecho comparado, las prerrogativas se manifiestan a través de las denominadas cláusulas exorbitantes. Restringen la libertad contractual entre el contratante público y el contratista particular al momento de celebrar un contrato; en tal virtud, la Administración ejerce sobre el contratista un control de alcance excepcional⁸¹, ya sea modificando unilateralmente al contrato, aplicando multas, terminando el contrato, aplicando sanciones contractuales, entre otros, que se manifiestan a través de los ya conocidos actos administrativos⁸².

La expedición de aquellos actos se trata técnicamente, no de un derecho, de un *ius*, sino del ejercicio de una potestad, que resulta irrenunciable de acuerdo al principio general que rige la contratación administrativa de manera exorbitante. Los límites de estas cláusulas están señalados por la juridicidad de la actividad administrativa, tanto en su aspecto reglado como en el discrecional.

No obstante, en el Ecuador no se desarrolló una teoría de las prerrogativas públicas ni tampoco de la contratación administrativa. La contratación pública, por el contrario, se ha regido bajo la normativa vigente y no contempla en la ejecución de los contratos algún tipo de facultades implícitas del contratante o concedentes, diferentes de las establecidas en forma expresa en la ley o en el contrato. Es decir que las cláusulas exorbitantes se deben regir bajo el principio de legalidad y la competencia, por encima del principio de la autonomía de la voluntad.

En caso de que exista contradicción entre una disposición normativa y una cláusula, prevalece la norma. Así lo ha declarado la siguiente sentencia:

La disposición del artículo 1588 del Código Civil que es regla de oro en la contratación privada, jamás puede ser aplicada en la contratación pública, era obligación del Juez atenerse al texto de la respectiva disposición reglamentaria, sin considerar la contractual violatoria de aquella⁸³.

Dicho de otro modo, los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados en el contrato administrativo. En este

⁸¹ Efraín Pérez. *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 765.

⁸² Manuel María Diez. *Derecho Administrativo*. Tomo II: Buenos Aires, 1967, p. 447.

⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo contencioso Administrativo. Registro Oficial No. 551, de 9 de abril de 2002.

sentido puede decirse que la libertad de las partes queda limitada por la norma que fija el procedimiento para elegir al contratista, la aprobación o autorización legislativa o administrativa y la subordinación del objeto al interés público. El contratista no tiene, en principio, la libertad de discrepar respecto de las condiciones del contrato; sólo puede aceptarlas o rechazarlas, prevaleciendo siempre el interés público sobre los intereses privados. En consecuencia, las prerrogativas de la Administración se manifiestan en la desigualdad jurídica en relación a sus contratistas y en las cláusulas exorbitantes del derecho común. García de Enterría lo describe de la siguiente manera:

[...] en los contratos administrativos las partes se reconocen desiguales, en la medida en que una de ellas representa el interés general, el servicio público, y la otra solamente puede exhibir su propio y particular interés. La presencia del interés público determinará entonces que el contratante de la Administración titular del servicio público, no esté obligado solamente a cumplir su obligación como lo haría un particular con otro particular, sino que, por extensión, lo esté también a todo lo que sea absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, con el cual consiente en colaborar; la Administración, por su parte, lo estará igualmente, más allá de lo que es propio del Derecho común, a indemnizar al contratista en el caso de que la ampliación de sus obligaciones cause a éste un perjuicio anormal, que no podía prever en el momento de contratar⁸⁴.

1.2.3 Las prerrogativas de la Administración en la contratación pública:

En el Ecuador, las prerrogativas del Estado o la potestad pública son “atribuciones que nacen directamente del ordenamiento jurídico y, por ello, debe existir una normativa previa, que la haga surgir y la atribuya a determinado órgano o sujeto”⁸⁵. Las potestades exorbitantes no existen dentro de las relaciones jurídicas en el derecho privado, aunque tienen sus límites en el derecho administrativo cuando se le ofrece al particular garantías cuando se relaciona con un sujeto de la administración⁸⁶.

Las potestades que ejerce la administración son las siguientes: la potestad

⁸⁴ Eduardo García de Enterría; Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Cuarta Edición. Editorial Civitas. Madrid, 1963. Pág. 630.

⁸⁵ Jorge Zavala Egas. *Derecho Constitucional*. Tomo I. Edilex S.A.: Perú, 2011, pp. 231-234.

⁸⁶ García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. Civitas: España, 1992, p. 488.

legislativa, resolutive, determinadora, recaudadora, sancionadora, electoral, reglamentaria, jurisdiccional, de seguridad interna y externa, fiscalizadora, normativa e investigadora⁸⁷.

En el campo contractual, la Administración Pública manifiesta sus prerrogativas de varias formas y son las siguientes:

- a) Declaración de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula de terminación unilateral y anticipada del contrato;
- b) La declaratoria de terminación unilateral y anticipada del contrato y de caducidad;
- c) La modificación del contrato, el *ius variandi*, condicionada al mantenimiento del “equilibrio económico-financiero”;
- d) Interpretación unilateral tanto de los pliegos como del contrato;
- e) La imposición de garantías obligatorias a favor del Estado;
- f) Las sanciones coercitivas o multas; y
- g) El rescate y la caducidad en los contratos administrativos de concesión⁸⁸.

Es importante mencionar que no se debe confundir la modificación bilateral, aquella hecha por mutuo acuerdo, con la prerrogativa modificatoria unilateral, aplicándola en base a los principios y técnicas que fundan su procedencia (en casos de imprevisión, desequilibrio contractual, entre otros). Los órganos administrativos también tienen la potestad para impulsar, ordenar, verificar y controlar el cumplimiento efectivo del contrato. De la misma manera que en los actos modificatorios, éstos deben crearse de forma expresa por el ordenamiento o de las cláusulas de cada contrato.

Por otro lado, la prerrogativa sancionatoria se rige bajo las reglas generales de las sanciones administrativas con las peculiaridades que tipifica cada contrato que celebra la Administración. Dentro de la prerrogativa sancionatoria, la cláusula exorbitante por excelencia es la caducidad del contrato:

Que como enseña la doctrina, los contratos administrativos se distinguen de los privados que celebra la Administración por la presencia de las llamadas cláusulas exorbitantes del derecho común, las cuales, por tratarse de contratos que conciernen al interés general, dan lugar a un régimen especial de Derecho Público, y conceden

⁸⁷ Diego García Carrión. “Mediación en el Sector Público”. Procuraduría General del Estado. Julio 31 de 2012, p. 11

http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.pge.gob.ec%2Fes%2Fdocumentos%2Fdoc_download%2F463-presentacion-mediacion-sector-publico.html&ei=ll-QUbX7FbT94AOEiYDQAw&usg=AFQjCNHP3Xg2R8BK2oix_ogB2Ge7FcyFuA (acceso: 11/05/13).

⁸⁸ Efraín Pérez. *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, pp. 765 y 875.

especiales prerrogativas para la Administración que rompen el principio de igualdad de las partes. La cláusula exorbitante por excelencia es la de la caducidad administrativa, que consiste en la terminación unilateral del contrato⁸⁹.

Con esta definición, aparentemente la caducidad y la terminación unilateral de los contratos son iguales; sin embargo, y como veremos más adelante, la diferencia reside en el órgano que lo expide y su posición frente a la relación contractual. La cláusula de caducidad es de naturaleza extracontractual, mientras que la terminación unilateral es contractual. Además, veremos si realmente la caducidad se trata de una cláusula exorbitante.

La cláusula de caducidad se aplica para los contratos de exploración y explotación petrolera regulada en la Ley de Hidrocarburos en el CAPITULO IX sobre “Caducidad de los contratos de exploración y explotación”⁹⁰.

Otra de las prerrogativas en los contratos que celebra el Estado se trata de la ejecución directa de los contratos administrativos que para una parte de la doctrina proviene del poder implícito que posee la Administración contratante, o bien de la propia naturaleza del contrato administrativo. Este poder se fundamenta en el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos. La Administración puede emplear su fuerza ejecutoria para poner en práctica el acto administrativo (y por extensión el contrato de esa especie) por sus propios medios, salvo que la misma ley o la naturaleza del acto exija la intervención judicial (tal es el caso de una ejecución patrimonial sobre los bienes del contratista).

Como consecuencia de este control del contrato, se pueden crear actos que decidan la sustitución del contratista, aparte que necesariamente debe cumplir una causal legítima para poder hacerlo⁹¹.

⁸⁹ Tribunal Constitucional No. 151. *Ing. Mario Puente Alvarado c. Presidente del Directorio de CORPECUADOR-GUAYAS por acción de amparo constitucional*. Caso No. 1080-2000-RA. R.O. Suplemento No. 405 de fecha septiembre 05 de 2011.

⁹⁰ Denominación de Capítulo sustituida por Ley No. 85, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 170 de 14 de Septiembre del 2007.

⁹¹ Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo: El régimen exorbitante y el carácter expreso*. Abeledo-Perrot: Argentina, 2005, p. 70.

En definitiva, el ejercicio de las prerrogativas del Estado en cuanto a contratación pública se manifiestan por medio de cláusulas exorbitantes que no son otra cosa que actos administrativos; y consecuentemente, se deben llevar a cabo de acuerdo a los límites que establece la ley. Esta potestad está expresamente configurada, por cuanto está prohibido renunciar a su ejercicio ya que contienen elementos de orden público que, en caso de que el contratista incumpla con sus obligaciones, la Administración deberá declarar ya sea la terminación o caducidad del contrato⁹². Se entiende entonces que el único fin de dichas prerrogativas es alcanzar el cumplimiento del contrato administrativo. Así lo expone la sentencia ecuatoriana de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo:

Los poderes exorbitantes han sido otorgados por la ley para alcanzar el cumplimiento del contrato administrativo, no para convenir a la administración en Juez del contratista que, en el presente caso, ha superado las limitaciones de su temporal competencia al haber resuelto la caducidad del convenio referido sin fundamento fáctico ni jurídico, ocasionando perjuicio no solo al ente delegatorio sino a la propia administración delegante⁹³.

1.3 Conclusiones.

La actividad contractual del Estado se desarrolla en un régimen particular y complejo para que el interés público sea satisfecho. Para esto, el derecho administrativo a través de la ley, la doctrina y la jurisprudencia han establecido un sistema jurídico en donde el contratante está facultado a usar instrumentos públicos para llevar a cabo los fines contractuales. Una de estas herramientas es el acto administrativo, entendido como aquella declaración unilateral de voluntad de un órgano público competente, que busca producir efectos jurídicos y de manera directa por medio de la creación, modificación o extinción de una situación jurídica individual. Estos actos se pueden manifestar dentro del procedimiento precontractual, contractual como post-contractual como instrumento necesario para poder llevar a cabo el contrato administrativo.

⁹² Juan Carlos Cassagne. *“El contrato administrativo: El régimen exorbitante y el carácter expreso”*. *Óp. cit.*, p. 61.

⁹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo. *Rector de la Escuela Politécnica del Litoral, ESPOL c. Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones -hoy de Transporte y Obras Públicas- y el Procurador General del Estado*. Expediente de Casación No. 346. R.O. Suplemento No. 117 de fecha febrero 11 de 2011.

La razón primordial que vincula al acto administrativo del contrato es por la necesidad de la Administración de velar por la ejecución del contrato sin contratiempos y velando por el interés público. El Estado, dentro del régimen contractual público, se encuentra en un nivel de superioridad frente al contratista, el mismo que ostenta prerrogativas que le permite tomar decisiones unilaterales dentro de lo legal para cumplir el contrato.

El ejercicio de estas prerrogativas del Estado se manifiesta por medio de cláusulas exorbitantes que no son otra cosa que actos administrativos. Esta potestad está expresamente configurada, por cuanto está prohibido renunciar a su ejercicio ya que contienen elementos de orden público que, en caso de ser necesario, se decidirá si se modifica, interpreta, termina o caduca el contrato⁹⁴.

En el Ecuador, estas atribuciones nacen directamente del ordenamiento jurídico y, por ello, debe existir una normativa previa, que la haga surgir y la atribuya a determinado órgano o sujeto. Las potestades exorbitantes no existen dentro de las relaciones jurídicas en el derecho privado, aunque tienen sus límites en el derecho administrativo. Efectivamente, estas potestades se manifiestan a través de actos administrativos que contienen cláusulas de terminación unilateral y anticipada del contrato, la caducidad de los contratos, la modificación del contrato, la interpretación unilateral tanto de los pliegos como del contrato, la imposición de garantías obligatorias a favor del Estado, las sanciones coercitivas o multas, entre otros.

En nuestro régimen contractual, a diferencia de otros países, la caducidad no entra dentro de la categoría de los actos administrativos contractuales dado que no nace de la entidad contratante sino de un órgano ajeno a la relación contractual.

Finalmente, el sistema contractual que interesa en el presente trabajo es aquel que regula la exploración y explotación petrolera por medio de Ley de Hidrocarburos ya que, como veremos más adelante, este cuerpo normativo contiene la cláusula de caducidad de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos.

⁹⁴ Juan Carlos Cassagne. *“El contrato administrativo: El régimen exorbitante y el carácter expreso”*. Óp. cit, p. 61.

CAPÍTULO II: LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

Siendo la personalidad jurídica el carácter definitorio de las personas en el campo del derecho privado, en el derecho público es distinto. Es evidente que el Estado y sus instituciones constituyen personas jurídicas y ostentan de personalidad jurídica, pero queremos dar énfasis en que el elemento trascendente para que se encuentre facultado para actuar, se centra en la competencia de los órganos administrativos para poder hacerlo, y no en su personalidad jurídica.

2.1 La personalidad jurídica.

En el campo del derecho privado, persona se refiere al ser humano o a las personas colectivas, ambas consideradas de manera aislada, que tienen la aptitud para intervenir dentro de una relación jurídica ya sea como pretensor o sujeto obligado; asimismo, persona es aquel ser o ente que el mismo ordenamiento jurídico le reconoce aquella voluntad para que sea el titular de derechos y obligaciones⁹⁵.

Esta aptitud para poder ostentar derechos y obligaciones se traduce en términos de capacidad o personalidad jurídica⁹⁶. Técnicamente hablando, para Kelsen “la personalidad jurídica consiste en una imputación centralizada de la conducta humana”⁹⁷, que no es más que el ser humano actuando de diversa manera, individual o colectivamente, con base en las disposiciones que establezcan las normas en cuanto a derechos y deberes jurídicos.

Las personas naturales o jurídicas necesitan de voluntad para poder actuar. En el

⁹⁵ Ermo Quisbert. “La persona en el Derecho”. p, 2. <http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/persona.pdf> (acceso: 08/05/2013).

⁹⁶ Siendo más precisos, “la capacidad es la medida de la personalidad jurídica que se tiene, en relaciones jurídicas determinadas, para ser sujeto activo o pasivo”. Ermo Quisbert. “*La persona en el Derecho*”. *Óp. cit.*, p. 3. Sin embargo, para el autor Abelardo Torr , capacidad y personalidad jurídica son sinónimos. Abelardo Torr . “*Introducción al Derecho*”. Décimo Cuarta edición. Abeledo Perrot, Argentina, 2003, p. 188.

⁹⁷ Abelardo Torr , “*Introducción al Derecho*”. * p. cit.*, p.189.

caso de las personas físicas es sencillo puesto que todo ser humano, salvo los que la ley los declare como incapaces, tienen voluntad para accionar jurídicamente⁹⁸. Asimismo, el derecho admite que la voluntad de un tercero actúe por aquel que no puede actuar por sí mismo.

En el caso de las personas jurídicas, la situación es distinta:

[...] el derecho reconoce como personas jurídicas a los conjuntos de seres humanos o de bienes, organizados de cierto modo, para lograr determinados fines. [...] [L]a voluntad de uno o de varios seres humanos valdrá como la voluntad de esos conjuntos de personas y de bienes que el derecho reconoce como unidades susceptibles de ser titulares de derechos y de obligaciones⁹⁹.

Las decisiones que se tomen con base en dichas voluntades, recaerán sobre aquella colectividad personificada y no sobre los seres humanos que la conforman.

De lo expuesto, identificamos que lo que prima en una persona es su personalidad jurídica o capacidad para actuar, más que su voluntad. De nada valdría tener voluntad sino no se puede actuar. El doctrinario Abelardo Torr e manifiesta que “el rasgo esencial de la persona o sujeto jurídico, es la aptitud para ser titular de derechos y, por consiguiente de deberes jurídicos. [...] por lo tanto podemos afirmar que desde ya no hay persona o sujeto jurídico sin capacidad [personalidad jurídica] y que ésta constituye su carácter definitorio”¹⁰⁰.

⁹⁸ Código Civil Ecuador. Artículo 1463. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. De acuerdo al artículo 1463, se distingue a la incapacidad absoluta y la incapacidad relativa: “**Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la (sic) persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas.** Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces [relativos] **los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas.** Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos” [las negritas me pertenecen].

⁹⁹ Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 183.

¹⁰⁰ Abelardo Torr e. *Introducción al Derecho. Óp. cit.*, p. 188.

2.1.1 La personalidad jurídica del Estado:

Al igual que la persona en el derecho privado, en el derecho público, el Estado también ostenta una personalidad jurídica. A éste se lo mira como una persona jurídica creado por el derecho, y actúa en función del poder que el pueblo le ha conferido.

Una parte de la doctrina mira al Estado con una personalidad dual: como órgano político y persona jurídica. Como personalidad política se refiere al Estado como un ente soberano que no puede ser sometido por ningún tipo de poder; y como persona jurídica, de acuerdo a la definición del artículo 564 del CC que dice: “se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”¹⁰¹. Esta norma no significa que el Estado se regula por normas del derecho privado, sino que puede ser aplicado en el campo público, regulado por normas de derecho público:

No todas las personas morales comprendidas en el Código Civil caen bajo la regulación del derecho Privado contenidas en ese ordenamiento, el Estado, el Municipio y las corporaciones de interés público general, tienen su regulación en las leyes políticas y administrativas; las sociedades mercantiles en la legislación de este carácter [es decir], en la legislación especial dictada para el efecto¹⁰².

No obstante, la teoría de la personalidad dual del Estado, para autores como Jairo Ramos Acevedo y nuestro ordenamiento jurídico, no es correcta. El Estado posee una sola personalidad jurídica.

De acuerdo al artículo 1 de nuestra Constitución, la soberanía reside en el pueblo, “esencial y originariamente en el pueblo, y todo el poder público dimana del pueblo y se instituye para su beneficio”¹⁰³; por lo tanto, la personalidad jurídica del Estado es una sola y no puede ser dividida.

Lo que se divide entonces es el poder estatal, por medio de las llamadas funciones

¹⁰¹ Código Civil Ecuador. Artículo 564. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁰² Jairo Ramos Acevedo. *Cátedra de Derecho Administrativo- General y Colombiano*. Ediciones Jurídica Gustavo Ibáñez: Bogotá, 2003, p. 95. Rafael de Pina. “*Derecho Civil Mexicano. Introducción Personas-Familia.*”, p.225.

¹⁰³ *Id.*, p. 97.

del Estado, estructurado en los órganos: legislativo, ejecutivo y judicial, y a cada uno de ellos designándoles una función; legislativa, jurisdiccional y administrativa¹⁰⁴. Es decir que, es a través de ellos que el Estado cumple sus funciones. Todas estas disposiciones, además de las competencias que ostentan, las regula la Constitución y su respectiva ley.

La conceptualización de la personalidad única del Estado se concreta en el ERJAFE al manifestar que la Función Ejecutiva (dividida en Administración Pública Central e Institucional) tiene una única personalidad jurídica. A esta Función lo que se le adscriben son órganos administrativos que ejercerán las respectivas competencias que se les asigne, es decir, apenas una porción de la personalidad jurídica del Estado:

Artículo 9.- La Administración Pública Central se constituye por órganos jerárquicamente ordenados y en su actividad tiene personalidad jurídica única. Las entidades de la Administración Institucional de la Función Ejecutiva gozan de personalidad jurídica propia para el ejercicio de sus competencias¹⁰⁵.

En otras palabras, la personalidad jurídica del Estado ecuatoriano es una sola y le concierne al Estado en su totalidad. “La personalidad jurídica corresponde al Estado en su integridad y no a cada uno de sus tres poderes, hasta que éstos pierdan su sustantividad propia y se conviertan en simples expresiones orgánicas de aquél”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Adriana de los Santos morales. *Derecho Administrativo I*. Primera Edición. Red Tercer Milenio, S.C.: México, 2002, p. 47.

http://www.sisman.utm.edu.ec/libros/FACULTAD%20DE%20CIENCIAS%20ADMINISTRATIVAS%20Y%20ECONÓMICAS/CARRERA%20DE%20ECONOMÍA/04/derecho%20laboral%20administrativo/Derecho_administrativo_I.pdf (acceso: 21/09/13).

¹⁰⁵ Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva. Artículos 3, 7 y 9. Decreto Ejecutivo No. 2428. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002. Última modificación de fecha 13 de junio de 2013.

Artículo 3.- PERSONALIDAD JURIDICA.- La Administración Pública Central tendrá personalidad jurídica única para el cumplimiento de sus fines. Sus órganos dependientes o adscritos tendrán sólo las respectivas competencias asignadas.

Artículo 7.- DE LA ADMINISTRACION PUBLICA INSTITUCIONAL.- La Administración Pública Institucional, está conformada por las entidades de derecho público creadas por o en virtud de una ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente al de la Administración Pública Central, a las que se les ha encargado la dirección, organización y control del funcionamiento de los servicios públicos propios de ésta, bajo los principios de especialidad y variedad.

¹⁰⁶ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. *Óp. cit.*, p. 26.

Para que el Estado pueda expresar su personalidad, se vale de los órganos que lo componen, cada uno de éstos manifestando una porción de personalidad jurídica, competencia, que se les otorgue previamente.

Nos enfocamos específicamente en la Función Ejecutiva y sus órganos administrativos ya que interesa para poder identificar la naturaleza jurídica de la caducidad de los contratos de hidrocarburos. Se la define como la actividad que realiza el Estado para ejecutar la ley; y es la base de los principios del Derecho Administrativo¹⁰⁷.

2.2 Los Órganos de la Administración Pública.

Esta estructura denominada Estado no podría actuar por sí mismo dado que se trata de una entequeia que carece de entidad material; por esto, requiere de un conjunto de instituciones u órganos para poder desarrollarse y dar cumplimiento a los fines públicos para el cual fue creado:

El Estado, como organización socio-política y estructura jurídica del poder público, para los efectos de cumplir y realizar sus fines, se desenvuelve en el orden institucional a través de un conjunto de órganos, dirigidos, coordinados y manejados por personas naturales que ostentan la calidad de agentes, funcionarios o autoridades públicas, cuyos actos relacionados con el servicio son imputables directamente al ente político estatal, representado en cada caso por sus entidades u organismos del nivel central y descentralizado. Esto último, en razón a que el Estado se concibe como un ente ficticio impedido para obrar directamente por carecer de entidad material, debiendo hacerlo por intermedio de las instituciones públicas que lo conforman, a quienes en razón de sus objetivos constitucionales la propia Carta Política y las leyes le reconoce la respectiva personalidad jurídica¹⁰⁸.

¹⁰⁷ *Id.*, p. 51.

¹⁰⁸ Sala Plena de la Corte Constitucional. *Carlos Mario Isaza Serrano propone demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4to. parágrafo 2do. y el artículo 53 (parcial) de la Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*. Bogotá, 8 de agosto de 2002. Sentencia C-619/02, expediente D-3873.

Tribunal Contencioso Electoral. *Caso Patricio Gil Contreras vs. Consejo Nacional Electoral*. Causa No. 456-2009-TCE. Sentencia de 19 de junio de 2009. Registro Oficial, Edición Especial, No. 107 de 14 de enero de 2011. http://www.urosario.edu.co/urosario_files/b4/b4c07df7-dab2-4444-88d8-26d531ccc4de.pdf (acceso: 14/05/13).

Entendemos, entonces, que el poder del Estado no podría realizar sus fines estatales sin la asignación de funciones a órganos administrativos que forman parte del sector público¹⁰⁹.

La Función Ejecutiva se vale de la Administración Pública, organización que contiene a los órganos administrativos, para realizar su gestión, a través de actos administrativos:

La Administración Pública es el contenido esencial de la actividad correspondiente a esta Función, y se refiere a las actividades de gestión, que el titular de la misma desempeña sobre los bienes del Estado para suministrarlos de forma inmediata y permanente, a la satisfacción de las necesidades públicas y lograr con ello el bien general; tal atribución tiene de la realización de un servicio público, y se somete al marco jurídico especializado que norma su ejercicio y se concretiza mediante la emisión y realización del contenido de actos administrativos emitidos ex profeso¹¹⁰.

El artículo 21 del ERJAFE dispone la creación de cuantos órganos sean necesarios para el cumplimiento de los fines del Estado, delimitando notoriamente sus competencias:

Artículo 21.- La Administración Pública creará los órganos administrativos necesarios para el cumplimiento de sus especiales finalidades, delimitando las respectivas competencias, previo dictamen favorable del Ministro de Economía y Finanzas, siempre que ello implique egresos del erario nacional¹¹¹.

En este punto, se debe tomar en cuenta que no hay que confundir al poder, que es un atributo estatal, con potestades, que, en lo que respecta a su ejercicio. Las potestades pueden tratarse de prerrogativas inherentes a una función, *v.gr.* de la función correspondiente a la Administración Pública, pues ésta, ciertamente, tiene diversas

¹⁰⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 225(1). Registro Oficial No. 449 de octubre 20, 2008. Última modificación: julio 13 de 2011.

Nuestra constitución, en su Artículo 225 menciona otras funciones como son la Electoral y de Transparencia y Control Social:

Artículo 225.- El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

¹¹⁰ Adriana de los Santos morales. *Derecho Administrativo I. Óp. cit.*, p. 62.

¹¹¹ Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 21. Registro Oficial No. 536 de marzo 18 de 2002.

potestades: la reglamentaria, la imperativa, la sancionadora, entre otras¹¹².

Es así que la importancia en el derecho público reside en el órgano administrativo en el ejercicio de sus competencias; ejecutando aquellas funciones preestablecidas en la norma dentro de la estructura estatal de un país; y no al Estado con personalidad jurídica puesto que son los órganos los que manifiestan ese poder; de nada serviría hablar del poder del Estado si no puede manifestarse por él mismo.

2.2.1 Concepto de órgano:

Órgano “se trata de un cúmulo de funciones individualizadas y la o las personas llamadas a ejercerla, que son el elemento que da vida, voluntad, acción”¹¹³. Para Planiol y Ripert, órgano lo relacionan con la persona que expresa la voluntad de la persona jurídica. Así al hablar del Presidente, el Ministro, entre otros, se refiere a órganos del Estado¹¹⁴.

La doctrina italiana agrega que esta persona manifiesta su voluntad siempre y cuando estas facultades estén determinadas en la norma y sirvan para cumplir los fines que persigue el Estado. Existe esta distinción entre el “órgano-individuo” y el “órgano-institución”; aunque hay quienes consideran al órgano como la conjunción de ambos elementos¹¹⁵, ya que las consecuencias prácticas no varían; la voluntad del ente que forma parte de dicho órgano no constituye una persona diferente, sino que forma parte de él. “Cuando el titular del órgano actúa, no lo hace en nombre propio, sino que desaparece su individualidad para fundirse con la del ente público al que pertenece: el

¹¹² Cfr. Miguel S. Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, *Óp. cit.*, p. 39.

Marienhoff explica la diferencia entre poder y función de la siguiente manera: Dichas potestades constituyen un reflejo cualificado del poder general del Estado, pero no pueden confundirse con este poder. No resulta, entonces, [pretender] distinguir entre poder administrativo y "función" administrativa: el "poder" no es precisamente "administrativo", sino "estatal", vale decir es un atributo del Estado, y no de la Administración; esta última no hace otra cosa que "actualizar" o "manifestar" la parte pertinente del poder del Estado.

¹¹³ Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo.... Óp. cit.*, p. 185.

¹¹⁴ Planiol y Ripert. “*Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*”. Tomo I. Editorial Habana, 1927, p. 95.

¹¹⁵ Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo.... Óp. cit.*, p. 181; Miguel S. Marienhoff. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I..., *Óp. cit.*, p. 493.

órgano”¹¹⁶.

El órgano viene a ser el medio de imputación de la actuación o voluntad expresada del funcionario. Cassagne es uno de aquellos que apoya esta unidad del órgano considerando en su aspecto objetivo como un “centro de competencias” y subjetivamente “representado por una voluntad y capacidad de las personas físicas que desempeñan la titularidad del órgano”¹¹⁷. Finalmente Gordillo, y concepto con el cual concuerdo, indica que las entidades estatales manifiestan su actividad por intermedio de sus órganos. Hay autores que consideran al órgano como el conjunto de competencias, que será ejercido por una persona física o funcionario público que actuará dentro de las atribuciones que le han sido conferidas mediante norma escrita¹¹⁸.

2.2.2 Concepto de competencia:

Para que un órgano administrativo pueda emitir un acto administrativo, su potestad debe estar claramente determinada en la norma, es decir, debe tener competencia. La identificación del órgano y su competencia son requisitos mínimos que el ordenamiento jurídico debe señalar para que nazcan a la vida jurídica los actos administrativos. Podrían haber elementos complementarios con requerimientos para aumentar o disminuir el límite de ejercicio del órgano; sin embargo, siempre deben enunciarse al órgano su respectiva competencia para tomar una decisión administrativa¹¹⁹.

Esta misma regla se aplica en los actos administrativos contractuales. El órgano competente expide actos administrativos en la medida en que la norma le confiera dicha potestad durante la ejecución del contrato. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 94 de la LOSNCCP en donde la entidad contratante (órgano administrativo) tiene la facultad de declarar la terminación unilateral del contrato en determinadas situaciones (competencia limitada). O de acuerdo a la Ley de Hidrocarburos en su artículo 74, el

¹¹⁶ Jairo Ramos Acevedo. “*Cátedra de Derecho...*”. *Óp. cit.*, p. 100.

¹¹⁷ Juan Carlos Cassagne. Tomo I. *Óp. cit.*, pp. 251-252.

¹¹⁸ Agustín Gordillo. *Los órganos del Estado*. Capítulo XII, p. 1.
http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXII.pdf (acceso: 09/05/13).

¹¹⁹ Alberto Montaña Plata. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Segunda Edición, Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2005, p. 194.

Ministerio del ramo (órgano administrativo) puede declarar la caducidad de los contratos por causales descritas en la misma norma (competencia limitada). Vemos que los requisitos mínimos de determinación del órgano y su competencia se describen en la norma.

La competencia administrativa es definida en el artículo 84 del ERJAFE y dice:

Artículo 84.- La competencia administrativa es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo. La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se ejerzan en la forma prevista en este estatuto.

De la misma manera, la jurisprudencia nacional, precisa a la competencia como:

[L]as potestades y atribuciones fijadas en la Constitución y la legislación para cada función, órgano, institución, organismo, dependencia, estadales, correspondiéndole al funcionario público titular actuar dentro de la fijada para éstos; consecuentemente, en el Derecho Público [...] "los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la Ley"¹²⁰.

Según el doctrinario Efraín Pérez “la competencia es el conjunto de funciones que un agente puede ejercer legítimamente [...] es la medida de las actividades que corresponden a cada órgano administrativo de acuerdo al ordenamiento jurídico”. Para Agustín Gordillo significa “la aptitud legal de obrar del órgano administrativo”¹²¹, es decir, lo que para la persona en el derecho privado es la personalidad jurídica, para el órgano administrativo en el régimen público es la competencia.

No podría hablarse de voluntad de los funcionarios públicos sino de competencia ya que pueden tomar decisiones dentro de los límites que la ley les otorga; esta atribución de competencia llega a ser una autorización y una limitación para el órgano administrativo¹²².

En la doctrina hay esta dicotomía sobre si la competencia de un órgano

¹²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil. *Contraloría General del Estado c. Arq. Fernando Cordero Cueva, Alcalde de Cuenca, Dr. Tarquino Orellana Serrano, Procurador Síndico-Municipal, y, por Rubens Botteri, Presidente Ejecutivo de Autoparque S.A.* Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII, No. 12 de fecha 18 de marzo de 2003, p. 3764.

¹²¹ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Argentina, 2004, p. XII-5.

¹²² Efraín Pérez, *Óp. cit.*, p 127. Díez, *Óp. cit.* Tomo II, p. 36.

administrativo se asigna únicamente mediante ley formal o cabe la posibilidad de atribuirse de forma reglamentaria. Los autores se inclinan por la segunda tesis, mientras que en el Ecuador, nuestra Norma Suprema es clara al manifestar que solamente la Constitución y la ley pueden conceder competencias:

Artículo 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 las acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivos el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución¹²³.

De la norma se desprende que no todos los órganos tienen las mismas competencias y pueden tomar las mismas decisiones sobre un mismo tema, sino no habría razón para la creación de una pluralidad de órganos. Asimismo, Loewenstein indica que la separación del poder en ramas responde a la multiplicidad de funciones que el Estado debe asumir, por lo que responde simplemente a un “problemas técnico de la división del trabajo”. Los destinatarios de esos servicios son los principales beneficiados cuando estas funciones son cumplidas por diferentes órganos¹²⁴. Precisamente, la razón de ser de esta pluralidad de entidades públicas son dos: la primera, por el principio de la división del trabajo y la segunda, porque constituyen una garantía para los administrados, para evitar una concentración de poder¹²⁵.

Conforme lo mencionado, dentro del ámbito del derecho administrativo no nos referimos a las personas jurídicas, sino a órganos administrativos en ejercicio de sus competencias cuyas atribuciones están previa y expresamente descritas en el orden legal, “con independencia de que posea o no personalidad jurídica”¹²⁶.

2.3 Los órganos en el régimen contractual de hidrocarburos.

El sector hidrocarburífero nacional está conformado por órganos con sus

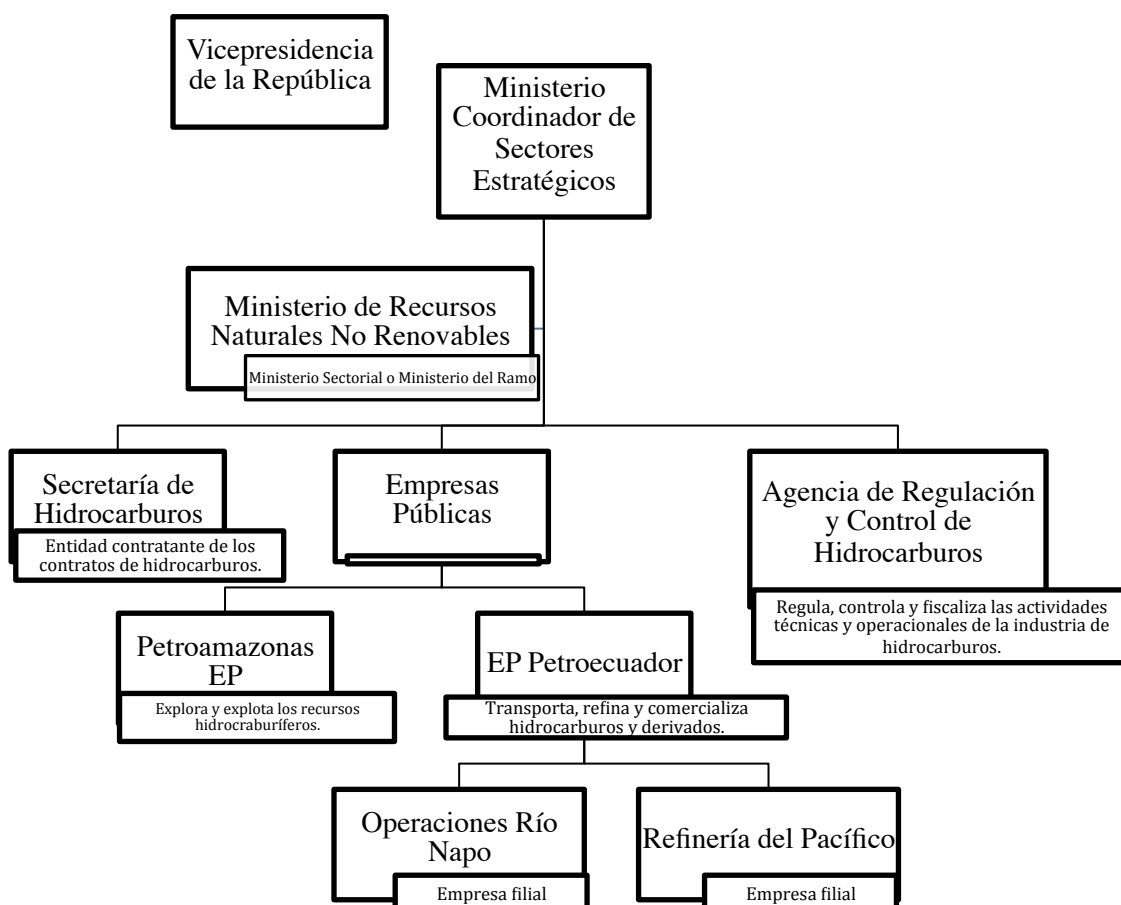
¹²³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 226. Registro Oficial No. 449 de octubre 20 de 2008 Última modificación: julio 13 de 2011.

¹²⁴ Karl Lowenstein. *“Teoría de la Constitución”*. 2da Edición. Editorial Ariel: Barcelona, 1970, p. 54.

¹²⁵ Rafael Entrena Cuesta. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I/2. Tecnos: España, 2008, p. 73.

¹²⁶ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *“Tratado de Derecho ...”*. Vol. 4. *Óp. cit.* Vol. 4, p. 356; Ángel Ernesto Cediell. *“Ineficacia de los actos jurídicos”*. Escuelas Gráficas Salesianas: Colombia, 1943, p. 12-17.

respectivas características y atribuciones con base a la siguiente estructura:



Para el caso que nos ocupa, expondremos aquellos órganos que participan dentro del proceso de ejecución del contrato de exploración y explotación de hidrocarburos:

De acuerdo a la Ley de Hidrocarburos de 1978¹²⁷, es el Estado quien explorará y

¹²⁷ Ley de Hidrocarburos. Decreto Supremo No. 2967. R.O. No. 711 de noviembre 15 de 1978. Última modificación: noviembre 24 de 2011.

explotará los yacimientos a través de los distintos órganos que lo componen, así lo dispone la ley en su artículo 2 que dice: “El Estado explorará y explotará los yacimientos señalados en el artículo anterior en forma directa a través de las Empresas Públicas de Hidrocarburos [...]”¹²⁸. Es decir que la persona jurídica que contrata es el Estado ecuatoriano, pero el contrato lo celebra un órgano que no forma parte de la persona jurídica contratante.

Antes de la reforma a la Ley de Hidrocarburos que se dio en fecha 24 de noviembre de 2011, Petroecuador y Petroproducción¹²⁹ eran los intermediarios del Estado para celebrar los contratos de hidrocarburos¹³⁰. El artículo 2 del Reglamento para la aplicación de Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos decía lo siguiente:

El Estado ecuatoriano representado por PETROECUADOR, en calidad de contratante, y la contratista legalmente establecida en el país, adjudicataria del contrato, la que será empresa estatal o privada, con personalidad jurídica, o uniones de empresas tales como consorcios o asociaciones, aún cuando dichas uniones no gocen de personalidad jurídica¹³¹.

Ahora, con la nueva reforma, la Secretaría es quien suscribe los contratos de hidrocarburos, previa adjudicación del Ministerio Sectorial¹³², con excepción de los contratos de obra y servicios específicos, cuyo contratante sigue siendo Petroecuador EP. En la nota general de la reformada ley se dispone que “toda referencia a PETROECUADOR como signatario o administrador de contratos y/o áreas se entenderá que se trata de la Secretaría de Hidrocarburos, salvo en el caso de contratos de obras y

¹²⁸ *Id.*, Artículo 2.

¹²⁹ *Id.*, disposición Transitoria segunda de la Ley de Hidrocarburos: “SEGUNDA.- Todos los contratos de exploración y explotación vigentes, suscritos con PETROECUADOR y PETROPRODUCCION, que hasta la presente fecha han sido administrados por las Unidades de Administración de Contratos de PETROECUADOR y de PETROPRODUCCION, indistintamente de su modalidad contractual pasarán a ser administrados por la Secretaría de Hidrocarburos”.

¹³⁰ Ley de Hidrocarburos. Artículo 2. Decreto Supremo 2967, R.O. No. 711 de 15 de Noviembre de 1978.

¹³¹ Reglamento para aplicación de ley reformativa a ley hidrocarburos. Artículo 2. Decreto Ejecutivo No. 1417. Registro Oficial No. 364 de fecha 21 de enero de 1994. Última modificación: 14 de diciembre de 2004.

¹³² Ley de Hidrocarburos. Artículo 2, inciso primero. Decreto Supremo 2967, R.O. No. 711 de 15 de Noviembre de 1978. Modificada en fecha 24 de noviembre de 2011.

servicios específicos”¹³³.

Es decir que la persona jurídica contratante es el Estado ecuatoriano, pero el contrato lo celebraba un órgano que no forma parte de la persona jurídica contratante: la Secretaría de Hidrocarburos a través de su representante legal. Y puede hacerlo, porque la Ley de Hidrocarburos le asigna expresamente dicha competencia. La Secretaría de Hidrocarburos es el órgano administrativo responsable de celebrar, ejecutar y administrar determinados contratos, es decir, la encargada de llevar adelante las actuaciones propias de la ejecución contractual.

No obstante, dentro de este tipo de contratos también participan dos órganos administrativos, ajenos a la relación contractual y son la Agencia de Regulación y Control de Hidrocarburos, y el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables o también llamando Ministerio del Ramo. El primero encargado del control y fiscalización de las actividades hidrocarburíferas del país; y el segundo, órgano competente para declarar la caducidad de los contratos de exploración y explotación petrolera por causales.

i. Secretaría de Hidrocarburos:

Como mencionamos en líneas anteriores, esta entidad es el órgano que actúa como representante del Estado ecuatoriano para la suscripción de los contratos de hidrocarburos. Está adscrita al Ministerio Sectorial y es la encargada de ejecutar las actividades de suscripción, administración y modificación de las áreas y contratos petroleros. Asimismo, tiene la facultad de solicitar al Ministerio Sectorial, mediante informe motivado, la caducidad de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, o la revocatoria de autorizaciones o licencias emitidas por el Ministerio Sectorial en las demás actividades hidrocarburíferas¹³⁴.

¹³³ Ley de Hidrocarburos. Nota General: dado por Artículo 18 de Ley No. 0. R.O. Suplemento No. 244 de 27 de Julio del 2010.

¹³⁴ Ley de Hidrocarburos. Artículo 6-A, literal n. R.O. No. 711 de 15 de Noviembre de 1978. Modificada en R.O. Suplemento No. 244 de 27 de Julio del 2010.

ii. Ministerio de Recursos Naturales no Renovables, Ministerio Sectorial o Ministerio del Ramo:

A nivel de la estructura de la Administración Pública Central en el sector hidrocarburífero interviene el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables.

La ley le adscribe dos entidades administrativas que son: la Secretaría de Hidrocarburos y la Agencia de Regulación y Control de Hidrocarburos. En lo que respecta al tema contractual, el Ministerio le corresponde resolver el proceso de la caducidad de los contratos de hidrocarburos establecido en los artículos 74 y 76 de la ley de Hidrocarburos, pese a ser un órgano administrativo fuera de la relación contractual.

Dada la facultad de resolver mediante una disposición legal, podemos decir que el Ministro del Ramo, sin ser parte de la relación contractual, es competente para dar por terminado el Contrato, mediante la caducidad. Esto lo respaldan los artículos 84 y 86, inciso segundo¹³⁵, del ERJAFE al estipular que su competencia viene a ser la medida de una potestad determinada en la norma; correspondiéndole, en el presente caso, al Ministerio del Ramo declarar la caducidad.

La competencia es irrenunciable y se ejerce por los órganos que la tengan atribuida como propia. El Ministro del Ramo está investido de competencia legal desde el mismo momento en que el Ministro avoca conocimiento de la causa, hasta el momento en que dicta la Resolución aceptando el pedido de caducidad.

Entonces decimos que el representante del Estado para velar por el interés público y declarar la caducidad de los contratos de hidrocarburos, en caso de incumplimiento por parte del contratista, es el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables.

¹³⁵ Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 86. Registro Oficial No. 536 de marzo 18 de 2002.

Artículo 86 (inciso 2).- Los órganos administrativos serán competentes para resolver todos los asuntos y adoptar todas las medidas y decisiones que los consideren razonablemente necesarios para cumplir con sus objetivos específicos determinados en la ley no obstante que dichos asuntos, medidas y decisiones no hayan sido expresas y detalladamente a ellos atribuidos.

iii. Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero:

Este organismo técnico-administrativo es otro de los adscritos al Ministerio Sectorial y se encarga de regular, controlar y fiscalizar las actividades técnicas y operacionales en las diferentes fases de la industria hidrocarburífera de cualquier empresa que ejecute actividades hidrocarburíferas en el Ecuador (artículo 11 de la Ley de Hidrocarburos). Dentro del campo de sus atribuciones la ley lo faculta a aplicar multas y sanciones por las infracciones en cualquier fase de la industria hidrocarburífera, ya sea por un incumplimiento contractual o infracciones a la Ley de Hidrocarburos y a sus reglamentos; puede intervenir en las operaciones hidrocarburíferas de las empresas con el fin de preservar los intereses del Estado. Fijan y recaudan las tasas por los servicios de administración y control; conoce sobre las apelaciones y otros recursos que se interpongan de las resoluciones de sus unidades desconcentradas; y ejercen jurisdicción coactiva en los casos que le competan.

Al igual que la SH, este órgano puede solicitar al Ministerio Sectorial la caducidad de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, o la revocatoria de autorizaciones o licencias emitidas por el Ministerio Sectorial en las demás actividades hidrocarburíferas¹³⁶.

2.4 Conclusiones.

En el derecho administrativo existe esta gran persona jurídica llamada Estado que ostenta personalidad jurídica. Sin embargo, lo que prima realmente para este derecho no es la personalidad jurídica sino los órganos administrativos en ejercicio de sus competencias.

La personalidad jurídica de las personas en el derecho privado es primordial ya que es el atributo que le permite manifestar su voluntad directamente y sin necesidad de intermediarios. Al contrario de lo que ocurre en el campo de lo privado, el Estado no puede actuar por sí mismo pese a ostentar de personalidad jurídica, aquí sí se requiere de la intervención de otras instituciones, los órganos administrativos, para que el Estado

¹³⁶ Ley de Hidrocarburos. Artículo 11, literal j. Decreto Supremo No. 2967. Registro Oficial No. 711 de noviembre 15 de 1978. Última modificación: noviembre 24 de 2011.

pueda desenvolverse. Tomando en cuenta que los órganos ejercerán potestades limitadas en la norma escrita.

La participación de los órganos es indispensable para que el Estado pueda manifestarse, siendo ésta la regla general; mientras que a diferencia del derecho privado, la participación de un tercero es la excepción. Éste intervendría únicamente en el caso de que la persona sea un incapaz y no pudiera actuar por sí mismo.

La misma Constitución hace referencia que el actuar del Estado se manifiesta a través de sus órganos y respectivas competencias. El artículo 1, inciso segundo de la Constitución dice: “la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”¹³⁷. La competencia es un concepto propio del Derecho Público, que se le asigna a los órganos administrativos y no a personas naturales o jurídicas.

A su vez es inapropiado hablar de la voluntad del funcionario, sino de competencia, ya que los funcionarios públicos actúan acorde a las declaraciones que manda la norma y no a su libre disposición. Pese a que deciden a nombre del órgano, ellos vienen a ser los medios materiales del que dispone el Estado, pero la persona no es el órgano en sí mismo; los órganos permanecen mientras que las personas pueden ser que no. No se separa los sujetos que intervienen en el órgano, persona física y jurídica sino que combina ambos elementos para que actúen en unidad. Por lo mismo, las competencias que vayan a tener los distintos órganos estatales van a depender de las atribuciones que la Constitución y la ley les confieran. Los órganos administrativos son el medio que tiene el Estado para que se lleven a cabo los fines que persigue.

Cuando entramos en el ámbito del Derecho Administrativo, debemos fijarnos no en las personas jurídicas, sino en los órganos administrativos. Efectivamente, una característica esencial del Estado de Derecho es la división de poderes con el objeto de distribuir las funciones del Estado a un órgano u organismo público distinto, donde se les confía funciones específicas sin afectar a órganos de superior o inferior jerarquía y

¹³⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 1. Registro Oficial No. 449 de octubre 20 de 2008. Última modificación: julio 13 de 2011.

principalmente, brindar seguridad a sus ciudadanos.

En la actividad contractual para la exploración y explotación petrolera, la Ley de Hidrocarburos dispone que la SH es el órgano contratante para la ejecutar este tipo de contratos (que de acuerdo al artículo 225 (3) de la Constitución, ésta pertenece a aquellos órganos del sector creados mediante ley), y el Ministerio del Ramo el órgano facultado para declarar la caducidad de estos contratos (órgano que forma parte de la Función Ejecutiva de acuerdo al artículo 225 (1) de la Norma Suprema). Es decir, en la caducidad de los contratos participan dos órganos administrativos distintos.

En conclusión, la idea fundamental es que la gran estructura estatal está conformado por órganos administrativos que ejercen funciones que la Constitución y la ley les facultan. A su vez, para que los órganos puedan actuar, se valen de los actos del Estado; en este caso, de actos administrativos¹³⁸, para poder llevar a cabo los fines públicos. Sin estos órganos, el Estado no podría actuar.

¹³⁸ Aleksey Herrera Robles. “La personalidad jurídica del Estado”. *Revista de derecho, Universidad del Norte*, No. 14, 121-127. Colombia, 2000, p. 122. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/979/4.pdf> (acceso: 15/06/13).

CAPÍTULO III: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS DE HIDROCARBUROS.

Hemos analizado que en la celebración de los contratos administrativos, el fin último de la Administración Pública es preservar el interés general por sobre el interés particular del contratista. Así lo dispone el artículo 83 de la Constitución de la República¹³⁹.

El legislador ha otorgado a los órganos administrativos una serie de potestades exorbitantes, dentro de los contratos administrativos¹⁴⁰, con el fin de evitar una afectación al interés público¹⁴¹. La doctrina define a estas potestades exorbitantes como aquellas estipulaciones legales del contrato del Estado que rompe con la igualdad dentro de un acuerdo de voluntad entre éste y un particular, para establecer una prerrogativa transitoria y unilateral a favor de la entidad pública contratante¹⁴² que se manifiesta mediante un acto administrativo.

Existen cuatro potestades excepcionales del Estado y son: la interpretación, la modificación, terminación unilateral y la caducidad de los contratos.

Analizaremos a la caducidad y su naturaleza jurídica en los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos.

¹³⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 83(7). Registro Oficial No. 449 de octubre 20, 2008. Última modificación: julio 13 de 2011. Artículo 83(7) de la Constitución.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 7. Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir.

¹⁴⁰ Gerardo Orrego Lombana. “Cuáles son las cláusulas exorbitantes en el contrato estatal”. *Óp. cit.*; Luis Alonso Rico Puerta. *Teoría General y práctica de la contratación estatal*. Editorial Leyer: Colombia, 2007, n.p. “La jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, que en sentencia de 31 de julio de 1912 determinó que la cláusula exorbitante era el criterio distintivo del contrato administrativo.” Cabe recalcar que las cláusulas exorbitantes son aplicables únicamente a los contratos administrativos y no a los contratos de la administración.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Id.*; Pedro Antonio Lamprea Rodríguez. *Contratos estatales*. Editorial TEMIS S.A.: Colombia, 2007, n.p.

3.1 La caducidad en los contratos de exploración y explotación petrolera.

3.1.1 Origen de la figura jurídica caducidad:

La expresión caducidad se dio por primera vez en materia de testamentos. “Se denominó testamento caduco a aquel que aunque válido no producía efectos cuando después de su otorgamiento acontecía un hecho que lo hacía ineficaz”¹⁴³. También se utilizó este vocablo respecto de las donaciones condicionales por causa de matrimonio: “toda donación efectuada en razón del matrimonio caduca si el matrimonio no se celebra”¹⁴⁴. Para eso autores como Laurent, Lacantinerie y Colin, consideraban que la caducidad equivalía a la inexistencia y para el legislador una condición suspensiva fallida¹⁴⁵.

Otros autores creen que la fuente inmediata de la caducidad proviene de las Leyes Caducarias. Se le dio este nombre a la *lex Julia de Maritandis Orbibus*, en el 17 a. C. y la *lex Papia Poppea* en el 9 d.C.; en estas leyes se promovía el matrimonio otorgando recompensas a los padres de familia que tuvieran hijos; la idea era evitar el decrecimiento de la población y regenerar las costumbres. Estas leyes clasificaron a los romanos en: *célibes* (los no casados o sin hijos vivos de matrimonios anteriores llámese solteros, viudos, divorciados), *orbis* (los casados sin hijos vivos) y *patres* (los casados que tenían, a lo menos un hijo vivo).

Para lograr los objetivos antes expuestos, se implementaron sanciones legales para los *célibes* y los *orbi*; por ejemplo, en el caso del otorgamiento de testamentos, según la *lex Julia* se les privaba a los célibes de las asignaciones que les eran otorgadas en testamentos, a los segundos sólo les permitía recibir la mitad de las herencias o legados a los que tuvieran derecho, mientras que los *patres* eran recompensados.

Pero si los *célibes* contraían matrimonio, obtenían el derecho a heredar, mientras que los *orbi* si querían recibir el total de su herencia o legado eran obligados a tener

¹⁴³ Lisandro Cruz Ponce. “Análisis Histórico de la Caducidad en el Derecho”. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/59/art/art3.pdf> (acceso 25/06/13), p. 489.

¹⁴⁴ *Id.*, p. 494. Código Civil francés. Artículo 1088.

¹⁴⁵ *Id.*, p. 495.

descendencia, hecho que tenía que suceder dentro del término establecido por la ley, y en caso de no hacerlo su beneficio o derecho caducaba¹⁴⁶. Es decir que la caducidad para el Derecho Romano significaba la extinción del derecho para aquella parte que no cumplía con la condición para recibir la herencia. Esa parte sería designada al *patre* y otra parte caducaría al tesoro público.

Siglos más tarde, el Código Napoleónico absorbió la figura jurídica de caducidad de las Leyes Caducarias tanto para testamentos como para donaciones. No obstante, hoy en día en el derecho universal existen muchos significados para la caducidad y no solamente aplicable al Derecho Civil, incorporándose tanto en la ley, la doctrina y la jurisprudencia de diversos países. Incluso autores contemporáneos franceses, han aceptado esta amplia aplicación de la figura en sus comentarios.

Además de la caducidad en los testamentos y donaciones, hay la caducidad de instancia en materia procesal (se extingue el proceso por la inactividad de las partes durante determinado tiempo), la extinción de los plazos en el ejercicio de un derecho, se aplica para designar ciertas obligaciones condicionales; en las concesiones administrativas, patentes y marcas, derechos laborales, entre otros¹⁴⁷. Se cree que el *lato sensu* al concepto de la caducidad encuentra su origen en el derecho alemán.

El jurista mexicano Lisandro Cruz opina que:

La generalización que tuvieron entre nosotros, en la primera mitad de este siglo, los textos alemanes sobre la materia, han sido determinantes, en el derecho hispanoamericano, para designar con la voz caducidad a la gran variedad de figuras jurídicas que hoy se conocen con el nombre genérico ya expresado¹⁴⁸.

En nuestro país la expresión caducidad también tiene un sentido amplio. Se aplica tanto en testamentos, donaciones como en las demás figuras jurídicas de otras ramas del derecho. El concepto de caducidad le da el carácter de extintivo a situaciones jurídicas

¹⁴⁶ Margadant Spanjaerd; Guillermo Floris. "Las Leyes Caducarias". Revista del Foro de México, No. 32, 1955.

¹⁴⁷ Lisandro Cruz Ponce. "Análisis Histórico de la Caducidad en el Derecho". Biblioteca Jurídica de la UNAM. México, pp. 489-490.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/59/art/art3.pdf> (acceso: 28/08/13).

¹⁴⁸ *Id.*, p. 504.

que existen en la legislación, configurando a su vez, sus respectivas consecuencias y efectos propios.

En el campo del derecho administrativo se observa la figura de la caducidad: “la caducidad se observa en variadas situaciones, [...], tales como en concesiones de servicios públicos, uso de bienes dominicales o privados del Estado, en derecho tributario, etc.”¹⁴⁹

Podemos afirmar entonces que actualmente la caducidad es aplicada en varias ramas del derecho como la civil, procesal, comercial y, como analizaremos más adelante, en el derecho administrativo contractual.

3.1.2 Concepto de caducidad:

Originariamente el derecho administrativo incorporó esta causal de extinción al acto administrativo unilateral, pero luego se le dio aplicación tanto a las concesiones del servicio público como las de obra pública. Cassagne argumenta que no hay impedimento en aplicarla también a los contratos administrativos:

Si bien esta causal extintiva, reconocida por la doctrina y los precedentes de nuestros tribunales, se encuentra prevista en el ordenamiento administrativo vigente en el orden nacional para el acto administrativo unilateral, nada impide extenderla al contrato administrativo, que constituye una de las especies de aquél, [...] en la medida en que no hubiere prescripciones específicas en la legislación o en los contratos que rigen tales concesiones. [...] se sienta un principio según el cual la resolución de un contrato administrativo de concesión, de cara al incumplimiento del concesionario, no se opera de pleno derecho. Por el contrario la regla en la materia es que la Administración debe procurar, en primer término, el cumplimiento del contrato, intimidando al contratista mediante el otorgamiento de un plazo razonable para el efecto¹⁵⁰.

La Ley de Hidrocarburos, norma rectora de los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, no define el vocablo caducidad en los contratos; se limita a establecer el órgano competente para declarar la caducidad, quien es el Ministerio del

¹⁴⁹ *Id.*, p. 661.

¹⁵⁰ Juan Carlos Cassagne. *El Contrato Administrativo... Óp. cit.*, pp. 102 y 103.

Ramo, las causales (artículo 74) y las consecuencias (artículo 75)¹⁵¹ para declarar la misma.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, caducidad significa: “extinción de una facultad o de una acción por el mero transcurso de un plazo configurado por la ley como carga para el ejercicio de aquellas; de la instancia: terminación de un proceso por no realizarse ninguna actuación judicial en el mismo”.¹⁵² Para el profesor Spota, siguiendo la línea alemana, la caducidad es “una causa extintiva del derecho subjetivo o del derecho potestativo por no sobrevenir su hecho impositivo durante el plazo prefijado por la ley o la convención”¹⁵³. El autor opina que la caducidad importa la extinción de una potestad jurídica más que la pérdida de un derecho subjetivo.

Nuestro país no ha tratado a profundidad el tema de la caducidad de los contratos, pero encontramos una definición en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo que dice:

[...] la caducidad, atento el fin público que persigue, es una prerrogativa de la administración para dar por terminado, anticipada y unilateralmente, un contrato administrativo como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista¹⁵⁴.

Otra definición de caducidad se establece en el artículo 154, numeral 1 del ERJAFE. Lo considera como una forma de terminación¹⁵⁵ cuyo instrumento en donde se manifiesta debe indicar los hechos producidos y las normas aplicables; debe ser

¹⁵¹ Ley de Hidrocarburos. Artículo 74. Decreto Supremo No. 2967. Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre de 1978. Última modificación de fecha 24 de noviembre de 2011.

¹⁵² Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. www.rae.es (acceso: 26/06/13).

¹⁵³ Alberto G. Spota. *Tratado de Derecho Civil*. Editorial Roque Depalma: Buenos Aires, 1959, p. 647.

¹⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo. *Rector de la Escuela Politécnica del Litoral, ESPOL c. Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones -hoy de Transporte y Obras Públicas- y el Procurador General del Estado*. Expediente de Casación No. 346. R.O. Suplemento No. 117 de fecha febrero 11 de 2011.

¹⁵⁵ Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva. Artículo 154. Decreto Ejecutivo No. 2428. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002. Última modificación de fecha 13 de junio de 2013.

unilateral por parte del órgano administrativo, y no se aplica este término en aquellos casos en donde la terminación se da por acuerdo o convenio¹⁵⁶.

Para que se dé esta terminación, la doctrina italiana aduce que la caducidad extingue el contrato administrativo por un incumplimiento de las obligaciones que al interesado se le impuso y que tiene que ser declarado por el órgano competente¹⁵⁷. Cassagne opina que la caducidad “se trata de un típico medio de resolución o rescisión unilateral que dispone la administración frente al incumplimiento de alguna obligación esencial por parte del concesionario con el fin de preservar el servicio público o la explotación de una obra pública, según sea el caso”¹⁵⁸.

La doctrina colombiana agrega que la caducidad se trata de una facultad que tiene la Administración para poner fin a un contrato, cuando el contratista incumple las obligaciones determinadas en el mismo: “la prevalencia del interés público impone que el ordenamiento jurídico le confiera a la Administración pública una potestad exorbitante para asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones del contratista, que se puede denominar como potestad sancionadora”¹⁵⁹.

Del concepto se desprende que a la caducidad también se la considera como una sanción administrativa por el incumplimiento de una obligación que se la impone a una persona mediante pacto o norma escrita:

[La caducidad es] la sanción que se pacta o se impone por la ley a la persona que dentro de un plazo convencional o legal, no realiza voluntariamente y conscientemente la conducta positiva para hacer que nazca, o para que se mantenga vivo un derecho sustantivo o procesal, según sea el caso¹⁶⁰.

¹⁵⁶ *Id.*, artículo 115.

¹⁵⁷ Sayagués Laso. Vol. 2. *Óp. cit.*, p. 519.

En la doctrina italiana la caducidad se denomina *decadenza*; Rafael Bielsa. “*Principios de Derecho Administrativo*”. Editorial Palma 3ª. Ed.: Buenos Aires, 1988. p. 326.9.

¹⁵⁸ Juan Carlos Cassagne. *El contrato administrativo*. ... *Óp. cit.*, pp. 102 y 103.

¹⁵⁹ Rodrigo Escobar Gil. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Primera Edición. Legis Editores S.A.: Bogotá, 2003. p. 345.

¹⁶⁰ Ernesto Gutiérrez y González. *Derecho de las Obligaciones*. *Óp. cit.*, p. 857.

Aunque, como bien lo menciona Rafael Martínez, los términos en los que vaya a operar la caducidad del contrato o de cualquier otra forma de manifestación dentro del campo de la Administración Pública van a depender de la ley:

Esta manera anormal de concluir los [contratos] administrativos obedece a la inconveniencia práctica de perpetuar la posibilidad de actuar en un determinado asunto. Como figura jurídica, se usa en otras ramas del derecho, puede revestir ciertas modalidades en derecho comparado y es la ley la que fija el término en que ha de operar¹⁶¹.

Concuerda Rafael Bielsa al decir que:

La caducidad opera por causas objetivas de incumplimiento, al referirnos de causas objetivas, nos estamos refiriendo a aquellas que están determinadas en la Ley. Entre esas causas podemos mencionar la falta de prestación de las garantías contractuales, el incumplimiento de los plazos por parte del contratista, falta de pago por la Administración, etcétera. Además de éstas pueden ser las que se determinen en el contrato.¹⁶²

Otra parte de la doctrina emplea la caducidad como una forma de terminación unilateral no solamente por el incumplimiento de las obligaciones del contratista, sino por causas relacionadas con el contratista: "tales motivos que se encuentran vinculados con circunstancias que afectan a la persona misma del contratista o a su situación financiera que pone en entredicho, en este último evento, la ejecución del contrato"¹⁶³. El doctrinario colombiano Palacio Hincapié agrega que es el legislador quien plantea otras circunstancias externas al contrato, que sí se relacionan con el contratista y que pueden llevar también a la caducidad¹⁶⁴. Esta es la tesis que adopta nuestra legislación ya que no solo se limita al incumplimiento de las obligaciones del contrato sino que el artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos enumera otras causas para su declaración, como los descritos en los numerales 11 y 12 :

¹⁶¹ Rafael Martínez Morales. *Diccionarios jurídicos temáticos*. Editorial Oxford 2002, Volumen 3, 2ª Edición: México, p.196.

¹⁶² Rafael Bielsa. *Principios de Derecho Administrativo*. Editorial Palma 3ª. Ed.: Buenos Aires, 1988. p. 326.9

¹⁶³ Luis Guillermo Dávila Vinuesa. *"Régimen Jurídico de la Contratación Estatal"*. Segunda Edición. Legis Editores S.A.: Bogotá, 2003. p. 439.

¹⁶⁴ Juan Ángel Palacio Hincapié. *La Contratación de las Entidades Estatales*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 5ta Edición: Bogotá, 2005.

11. Traspasare derechos o celebrare contrato o acuerdo privado para la cesión de uno o más de sus derechos, sin la autorización del Ministerio;

12. Integrare consorcios o asociaciones para las operaciones de exploración o explotación, o se retirare de ellos, sin autorización del Ministerio¹⁶⁵.

Con base en lo expuesto, podemos afirmar que la caducidad es una prerrogativa manifestada de forma unilateral por parte del órgano administrativo competente, que extingue los derechos y obligaciones, que da como resultado la terminación unilateral del contrato administrativo por su incumplimiento o causas externas relacionadas con el contratista, que se encuentran debidamente señaladas en la ley. No obstante, surge la duda sobre qué diferencia tendría la figura jurídica de la caducidad frente a la terminación unilateral del los contratos.

3.1.3 La figura de la caducidad en los contratos de hidrocarburos:

La caducidad es regulada por la Ley de Hidrocarburos como potestad administrativa sancionatoria para controlar los contratos de hidrocarburos. Pese a no ser la única ley que regula esta figura, nuestro trabajo se limitará al estudio de la caducidad en los contratos de hidrocarburos determinando sus características y efectos para finalmente llegar a su naturaleza jurídica. Aunque haremos una breve mención sobre otras normas que regulan la caducidad en líneas posteriores.

3.1.3.1 Características y elementos:

Una vez analizados los conceptos de caducidad contruidos por la ley, tratadistas y la jurisprudencia, podemos establecer que las características de la caducidad son las siguientes:

i. Acto administrativo:

Se trata de una manifestación unilateral del poder público que contempla los elementos que tanto la ley como la jurisprudencia establecen para este tipo de actos.

¹⁶⁵ Ley de Hidrocarburos. Artículo 74. Decreto Supremo No. 2967. Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre de 1978. Última modificación de fecha 24 de noviembre de 2011.

Incluye también los elementos de ejecutoriedad y legitimidad del acto contemplados en el artículo 68 del ERJAFE: “Artículo 68.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto”. De acuerdo a la doctrina, la presunción de legitimidad se refiere a que el acto ha causado estado y tiene pleno valor; y la ejecutoriedad obliga al destinatario a cumplirlo¹⁶⁶. En caso de que dicho acto sea ilegítimo, éste puede ser impugnado, debiendo recurrir a la vía administrativa o judicial (artículo 69 del ERJAFE).

ii. Existencia de derecho previo a favor del contratista:

Tiene que existir un derecho. Tal derecho puede ser conocido o desconocido por su titular, pero es un derecho propio y que una ley establece a su favor. En el presente caso estamos hablando de la existencia de un contrato donde media una declaratoria de voluntad entre las partes contratantes. Sin esta aceptación previa de la contratista sobre las normas que regula el contrato, no podría aplicarse la caducidad y esto se manifiesta por medio de la firma de contrato.

iii. De naturaleza sancionadora:

Esta potestad viene a ser “la atribución que le compete a [la Administración] para imponer correcciones a los ciudadanos o administrados, por acción de éstos contrarios a lo ordenado por la Administración [...]”¹⁶⁷. Esta sanción consiste en la “pérdida de la situación jurídico-administrativa de ventaja: la Administración deja sin efecto, temporal o definitivamente, un acto administrativo favorable al sancionado como consecuencia de una conducta ilegal de éste realizada desde la titularidad de dicho acto”¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. “El Acto Administrativo - Presunción de legitimidad, exigibilidad y ejecutoriedad”, *Óp. cit.*, p. 849.

¹⁶⁷ Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. *Óp. cit.*, p. 628.

¹⁶⁸ García de Enterría, Eduardo y Ramón-Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen I. Editorial Civitas: Madrid, 1998, p. 168.

Considero pertinente citar textualmente la justificación de aplicar esta potestad sancionadora en materia de contratos estatales:

[...] se encuentra en la necesidad que tiene la Administración Pública de disponer de un conjunto de poderes para asegurar la debida ejecución del contrato, teniendo en cuenta, que el rico dispositivo de instrumentos que contempla el derecho privado para sancionar el cumplimiento de las partes contratantes ([como por ejemplo] RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO, EJECUCIÓN POR EQUIVALENCIA O INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS, Y EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO), no satisface las exigencias del interés público. En efecto, los contratos que celebra la Administración están orientados a solucionar las necesidades básicas de la comunidad, lo que comporta que a ésta lo que interesa es primordialmente la ejecución de la obra o la prestación del servicio, y no que se le imponga al contratista el pago de una indemnización económica, que por afectar el interés público no es susceptible de valoración pecuniaria. En efecto, cuando por ejemplo el particular que colabora con la Administración en la construcción de una carretera o de un puente, no ejecuta o deja abandonada o inconclusa la obra, son los miembros de la comunidad los que sufren el detrimento patrimonial, sin que tengan la posibilidad jurídica de solicitar a la Administración o al contratista una reparación, no sólo por tener el daño un alcance general que lo equipara a una carga pública, sino también, por la imposibilidad de determinar su existencia y cuantía. **Por consiguiente, es imprescindible que el Derecho tutele el interés colectivo primario, otorgándole a la Administración el suficiente caudal autoritario para imponerle coercitivamente al contratista el cumplimiento de sus obligaciones en las condiciones establecidas en los términos de referencia y en las cláusulas contractuales**¹⁶⁹ [Las negritas me pertenecen].

iv. Potestad discrecional:

Como regla general el artículo 74 de La Ley de Hidrocarburos otorga una potestad discrecional al decir que “el Ministerio del Ramo podrá declarar la caducidad de los contratos”, es decir, abre una posibilidad de declarar o no la caducidad, siendo una potestad facultativa del órgano competente. Únicamente se vuelve obligatoria la declaratoria de caducidad en el caso de una transferencia de contrato o a la cesión de derechos provenientes de un contrato, tal como lo establece el artículo 79 de la misma ley. En dichas circunstancias, el Ministerio tiene la obligación de declarar la caducidad del contrato, siendo en este caso una potestad reglada y no discrecional.

v. Incumplimiento del contrato o causas externas establecidas en la norma:

¹⁶⁹ Rodrigo Escobar Gil. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Primera Edición. Legis Editores S.A.: Bogotá, 2003, p. 347.

La Ley de Hidrocarburos, que establece el derecho, también implanta un plazo para que el contratista cumpla con sus obligaciones contractuales. Con el fin de que se resuelvan de forma pronta las situaciones y relaciones jurídicas existentes; no obstante, en caso de no hacerlo, se declara la caducidad del contrato.

vi. Declarado por un órgano de la Administración Pública:

En nuestro país no existen disyuntivas sobre quién declara la caducidad de los contratos puesto que se encuentra determinado en la norma. La administración declara por sí misma la caducidad subordinando a los recursos administrativos y contenciosos que permiten controlar la regularidad del acto¹⁷⁰. El artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos ya mencionado dispone que el órgano competente para declarar la caducidad de los contratos es el Ministerio del Ramo.

3.1.4 Efectos de la caducidad:

Es obligación de los órganos que componen el Estado ecuatoriano someter sus actuaciones a los principios de legalidad y seguridad jurídica, con el fin de garantizar y proteger el interés general de sus ciudadanos. Siendo el Ministro de Recursos Naturales No Renovables parte de la Función Ejecutiva, éste es el encargado de precautelar el cumplimiento y respeto de la Ley, dentro del campo y tiempo de su gestión.

Antes de declarar la caducidad de un contrato, el Ministerio del Ramo notificará al contratista sobre sus incumplimientos para que dentro de un plazo no menor de treinta (30) ni mayor de sesenta (60) días, contados desde la fecha de la notificación, cumpla con lo solicitado y se supriman los cargos (artículo 76 de la Ley de Hidrocarburos).

En caso de no cumplirlo, los efectos serían:

- (i) Entregar a la Secretaría de Hidrocarburos, sin costo y en buen estado de producción, los pozos que en tal momento estuvieren en actividad; y, en buenas condiciones, todos los equipos, herramientas, maquinarias, instalaciones y

¹⁷⁰ Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen I. 8va. Edición. Editorial Fundación de Cultura Ecuatoriana: Montevideo, 2002, p. 69.

demás muebles e inmuebles que hubieren sido adquiridos para los fines del contrato, así como trasladar aquéllos que la Secretaría de Hidrocarburos señale, a los sitios que ella determine (artículo 29).

(ii) La devolución al Estado de las áreas contratadas y la entrega de todos los equipos, maquinarias y otros elementos de exploración o de producción, instalaciones industriales o de transporte, sin costo alguno para la Secretaría de Hidrocarburos (artículo 75).

(iii) La pérdida automática de las cauciones y garantías rendidas según la Ley y el contrato, las cuales quedarán en favor del Estado (artículo 75).

(iv) La inscripción de la declaratoria de caducidad en el Registro de Hidrocarburos de la Secretaría de Hidrocarburos (artículo 12, literal f).

(v) No generación de indemnización a favor del contratista.

La norma no contempla la inscripción del contratista en el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, como sí lo dispone la LOSNCP, a fin de que no puedan volver a contratar con el Estado de manera permanente o en cinco (5) años.

3.2 Naturaleza Jurídica de la Caducidad.

Hemos tratado de explicar que la caducidad es una institución de carácter administrativo, con características propias, originada en la ley, vinculada al ejercicio de facultades de derecho administrativo que se ejecutan dentro de un periodo de tiempo establecido, que no conlleva naturaleza procesal o la existencia de un juicio o proceso, cuyo efecto de extinguir el contrato, por no haber sido realizado dentro de la forma y el término que establece la ley, es inmediato. Sin embargo, pese a ser una figura jurídica independiente, ha sido confundida con otras instituciones como la terminación unilateral de los contratos. Aparentemente, estas instituciones no contienen diferencias relevantes para que en el mundo jurídico subsistan ambas.

Éstas son herramientas importantes para el Estado al momento de contratar con entes privados para proteger los intereses de sus ciudadanos y de los recursos naturales de nuestro país por lo que se debe determinar si estas instituciones difieren entre sí dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

3.2.1 La caducidad como acto administrativo extracontractual:

La terminación unilateral de los contratos regulada por la LOSNCP y otros cuerpos normativos establece que quien podrá declarar la terminación anticipada y unilateral de los contratos de acuerdo a las causales del artículo 94 es la Entidad Contratante, es decir, la misma entidad facultada de celebrar un contrato (artículo 95)¹⁷¹.

En el caso de la caducidad, regulada por la Ley de Hidrocarburos, la situación es distinta. El órgano encargado de declarar la caducidad es un tercero ajeno a la entidad contratante. Como bien lo mencionamos en el segundo capítulo de este ensayo, mientras la Secretaría de Hidrocarburos es la encargada de celebrar los contratos de hidrocarburos, el Ministerio del Ramo es quien emite el acto administrativo de caducidad.

Esto quiere decir que el acto de terminación unilateral del contrato es de ejecución contractual siempre que el órgano que lo expide, sea el mismo que celebre y lleve a cabo el contrato. *Contrario sensu*, la naturaleza del acto administrativo de caducidad es de naturaleza extracontractual dado que el órgano que lo emite es ajeno a aquel que los celebra y ejecuta. La ley no faculta a ejercer las dos funciones al mismo órgano contratante.

La siguiente jurisprudencia colombiana explica que los actos administrativos son de naturaleza contractual siempre y cuando sean expedidos por la misma entidad contratante:

[...] la jurisprudencia de la Sala ha sostenido que los actos contractuales son los que se expiden por la entidad pública contratante como consecuencia de la ejecución de un contrato y durante el desarrollo del mismo, tales como la caducidad, terminación, modificación, interpretación o liquidación, los cuales deben controlarse, por consiguiente, a través de la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, excluyendo de tal connotación aquellos actos separables de los contratos, calificación reservada para los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato¹⁷².

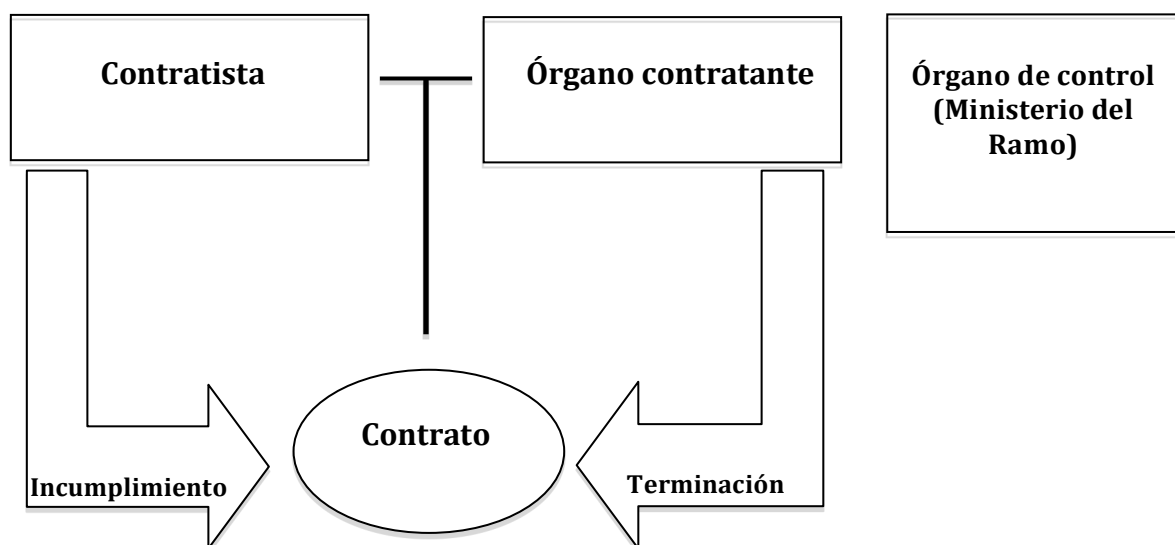
¹⁷¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículos 94 y 95. Ley No. 1. Registro Oficial Suplemento No. 395 de fecha agosto 04 de 2008. Última modificación de fecha octubre 16 de 2009.

¹⁷² Es de anotar que “[l]a Sala en auto proferido el 10 de marzo de 1994, expediente 9118, precisó que todos los actos referidos con ocasión del contrato, previos, concomitantes o posteriores a su celebración o ejecución, eran actos contractuales cuya impugnación debía tramitarse mediante el ejercicio de la acción relativa a controversias contractuales regulada por el artículo 87 del C.C.A., a excepción de tres actos que podían impugnarse por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento (...) Este criterio jurisprudencial,

La doctrina colombiana como Libardo Rodríguez también define a la caducidad como la “estipulación mediante la cual se otorga a la **entidad contratante la facultad de dar por terminado unilateralmente el contrato**, cuando el contratista incurre en alguna de las causales previstas como generadoras de esta decisión”. Hernán Guillermo Aldana la define como la “facultad de que goza **la administración contratante para darlos por concluidos en virtud de causales expresamente previstas por la ley o en ellos mismos**, sobrevinientes a su celebración” [las negritas me pertenecen]¹⁷³.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico con respecto a la caducidad difiere del ordenamiento colombiano al afirmar que la caducidad, para ellos, es de carácter contractual ya que proviene de una entidad contratante. En nuestro sistema, la caducidad no se trata de un acto administrativo contractual, sino extracontractual por provenir de un órgano de control, ajeno a la relación contractual.

Las siguientes imágenes muestran de mejor manera la diferencia entre las instituciones de la caducidad y la terminación unilateral de los contratos:

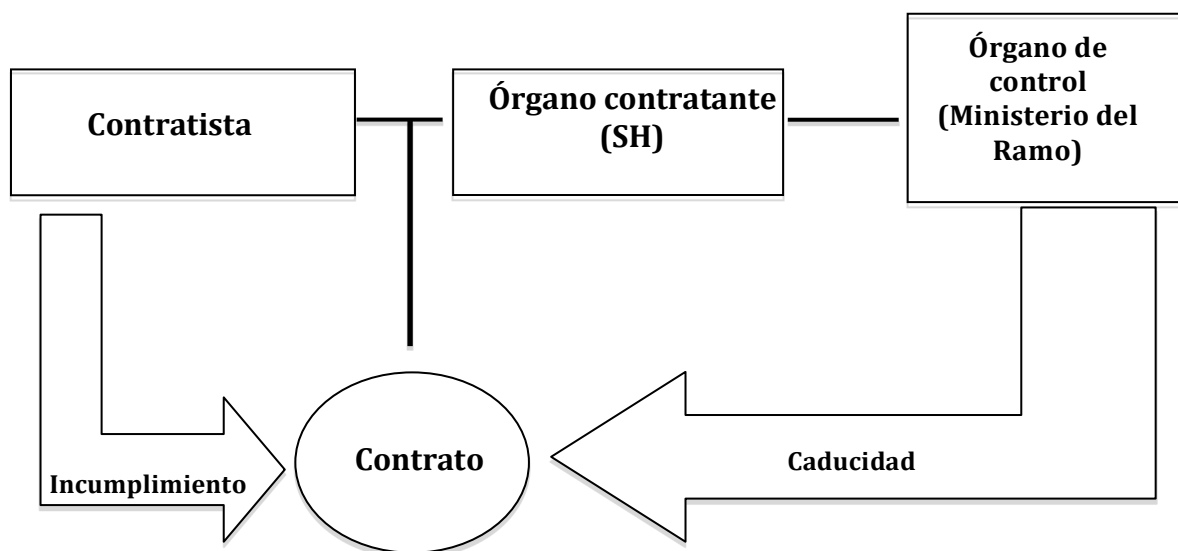


(Gráfico No. 1)

según el cual los actos separables o previos difieren de los actos contractuales propiamente dichos y están sometidos a las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, fue acogido por la ley 446 de 1998, (Art 32)...”. Sentencia de 20 de septiembre de 2001. Exp.9807.

¹⁷³ Arnaldo Mendoza Torres. *Los contratos de la administración pública*. Ediciones Uninorte: Barranquilla, 2004, p. 201.

El Gráfico No. 1 corresponde al procedimiento de terminación unilateral de los contratos de acuerdo a la LOSNCP. La entidad contratante es la misma que está facultada para declarar el acto administrativo de terminación del contrato. Es decir que el acto administrativo en mención tiene un carácter contractual por ser expedido por el ente que participa en la suscripción y ejecución del mismo.



(Gráfico No. 2)

Por el contrario, el Gráfico No. 2 ejemplifica el procedimiento administrativo de caducidad de los contratos de explotación y explotación petrolera regidos bajo la Ley de Hidrocarburos. Observamos que el ente que contrata no es el mismo que declara la caducidad de los contratos, sino el órgano de control de hidrocarburos: el Ministerio de Recursos Naturales no Renovables (artículo 74 de la LH); órgano ajeno a la relación contratante-contratista. Este órgano es el único que tiene competencia para declarar la caducidad de los contratos posterior al informe motivado solicitando la caducidad ya sea por la misma entidad contratante o el ARCH de acuerdo a los artículos 6-A, literal n. y el artículo 11, literal j. respectivamente de la LH.

Es decir que el acto administrativo de caducidad de los contratos de hidrocarburos es de naturaleza extracontractual, diferenciándose de la terminación unilateral que es de naturaleza contractual.

3.2.2 La caducidad y su carácter sancionatorio:

La caducidad es producto del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública manifestada a través de actos administrativos:

Todas las sanciones administrativas son actos administrativos porque son consecuencia necesaria de su actividad, que corresponde a esta función ante el incumplimiento o infracción de sus actividades¹⁷⁴.

Hay que notar que no es lo mismo hablar de sanciones que de penas. Las sanciones las impone una autoridad de la Administración, mientras que las penas, los Tribunales de Garantías Penales. García de Enterría lo confirma al decir que “la potestad administrativa de sancionar no se relaciona con el *ius puniendi* ya que este último actúa a través de procedimientos judiciales”¹⁷⁵; el límite constitucional de la sanción, está determinado mediante mandatos normativos preexistentes¹⁷⁶.

La sentencia de la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia asimismo manifiesta que:

[L]a sanción administrativa penal es independiente de la sanción administrativa, por su propia naturaleza y efectos perfectamente definidos en la materia que comporta cada una con su propia sustantividad, procedimiento y tipo de sanción, por lo que la alegación de que la infracción cometida por el recurrente está en manos del Juez Penal y por tanto no es pertinente que la conozca también el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es totalmente pertinente.¹⁷⁷

Por otro lado, doctrinas como la colombiana, argentina, venezolana y española consideran que la caducidad responde únicamente al incumplimiento de las obligaciones grave o culpable del contratista. Apoyándose la tesis subjetivista en donde no puede aplicarse una sanción sin dolo o culpa del contratista.

Marienhoff defiende este tipo de terminación al decir que “la caducidad procede cuando el cocontratante incurre en incumplimiento de las obligaciones a su cargo,

¹⁷⁴ Bartolomé A. Fiorini. *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 178.

¹⁷⁵ *Id.*, pp. 160-161.

¹⁷⁶ *Id.*, p. 161.

¹⁷⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo. *Ing. Dixon Ehigio Ruiz Ruiz c. la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Santo Domingo de los Colorados*. Registro Oficial No. 116 de fecha 02 de julio de 2003.

siempre que dicho incumplimiento le sea imputable”¹⁷⁸; le implica una sanción al contratista ya que busca obtener la ejecución efectiva del contrato. Para aplicar la caducidad se requiere de una obvia gravedad para que el contrato sea extinto¹⁷⁹. La administrativista venezolana María Amparo Grau determina que “[la caducidad] se produce como consecuencia de un incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por el cocontratante [...] [y] tiene un carácter sancionatorio pues ocurre por causas imputables al cocontratante”¹⁸⁰.

No obstante, nuestro ordenamiento jurídico no aplica la institución de daños en la conducta del contratista para que se sancione, basta la violación de la norma positiva. La Ley de Hidrocarburos se limita a enumerar las causales para la declaración de caducidad mas no impone la condición de que dicho incumplimiento haya sido cometido con o sin intención de causar daños.

Esta tesis es sostenida por el administrativista Fiorini que destaca que únicamente se requiere que haya antijuridicidad del acto, sin detrimento de que haya o no intención de daño por parte del sujeto, para aplicar una sanción¹⁸¹. La antijuridicidad es la causa suficiente para crear como consecuencia un acto sancionador, entedida como “una conducta o acto contrario al orden jurídico”¹⁸².

¹⁷⁸ Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-A. Abelardo Perrot: Buenos Aires, 1983, p. 562.

¹⁷⁹ *Id*, p. 159.

¹⁸⁰ María Amparo Grau. “Principios Generales de los Contratos Administrativos”. VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Brewer-Carías. Caracas, 9 de noviembre de 2005. <http://www.badellgrau.com/> (acceso: 29/10/2012).

¹⁸¹ La figura jurídica de la antijuridicidad no es materia privativa del derecho penal, pero a ser el lugar en donde mayor estudio ha tenido.

¹⁸² Ernesto Albán Gómez. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Ediciones legales, Corporación MYL: Quito, 2009, p. 161.

La sanción es considerada como consecuencia jurídica y elemento que se produce ante el hecho de la antijuridicidad y, si el legislador administrativo no lo ha previsto, no puede aplicarse ninguna sanción¹⁸³.

Vale la pena tomar la cita textual que describe Fiorini para explicar esta tesis:

La antijuridicidad enmarca un hecho, con intención o sin intención, como título bastante para crear la consecuente sanción. La sanción no es creación natural sino la manifestación lógica de una norma, es decir, en otra norma donde se establece la causa de la antijuridicidad sin perjuicios que ésta se encuentre dispuesta en la misma norma o fuera de ella. La sanción es un producto independiente del que resuelve el acto.

La Administración en el derecho administrativo, en cuanto poder jurídico, establece como consecuencia de esta facultad la sanción administrativa y que es circunstancial con el ejercicio jurídico de la actividad administrativa.

No hay sanción sin la existencia del hecho antijurídico, esto es muy distinto a sostener la tesis subjetivista que no puede existir sanción sin culpa. Hay muchas clases de sanciones administrativas sin necesidad de la presencia de la culpa, pero sí, necesariamente que exista el ilícito o antijuridicidad: la falta. Así puede decirse que sanción administrativa, cuando la Administración pública en forma oficiosa anula sus actos administrativos por su manifiesta antijuridicidad¹⁸⁴ [las negritas me pertenecen].

La sanción administrativa, entonces, no necesita mandatoriamente de la existencia de un daño para ser aplicada, sino la violación de la norma o falta que describa los hechos que traerían como consecuencia una sanción. En materia de hidrocarburos, el órgano competente declarará la caducidad de los contratos por el hecho que el contratista haya infringido una de las causales de los numerales que enlista el artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos.

La Ley de Hidrocarburos no es la única norma que regula la caducidad, siendo ésta una sanción administrativa.

En la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, también aplica la tesis de la antijuridicidad de la sanción. Los artículos 18, literal g. y 13, literal j. determinan que el Director Ejecutivo es quien suscribe los contratos y el Consejo Nacional de

¹⁸³ Bartolomé A. Fiorini, p. 179; F. Carnelutti. *Teoría General del Delito*. Ed. De la Revolución del derecho privado: Madrid.

¹⁸⁴ *Id.*, p. 180.

Electrificación (CONELEC) tiene la potestad de declarar la caducidad de las concesiones eléctricas¹⁸⁵ (tercero ajeno al contrato).

En materia de minería¹⁸⁶ y en el régimen de los contratos de concesión del Sector Vial ocurre algo distinto. La Ley de Minería trata a la caducidad como una terminación de los contratos ya que quien la declara es la misma entidad contratante (Ministerio del Ramo). Y en el Sector Vial, se emplean ambas tesis, la subjetivista y de antijuridicidad, descritas en el Reglamento en su artículo 32:

Artículo 32.- Caducidad.- La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario, **que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato** y evidencie que puede conducir a su paralización o que afecte el nivel de servicio que se brinde a los usuarios, el ente concedente por medio de acto administrativo debidamente motivado dará por terminado el contrato y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. También podrá declararse la caducidad por acumulación de sanciones aplicadas por el ente concedente, lo que deberá regularse en el respectivo contrato. Asimismo, se declarará la caducidad en el caso de que el concesionario, en forma unilateral, modifique o reajuste las tarifas mediante mecanismos no establecidos en las bases y el contrato, o cobre más de la tarifa permitida.

En caso de que el ente concedente decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del contrato. La declaratoria de caducidad habilitará al ente concedente para que tome posesión de la obra e implemente las medidas necesarias para que no se afecte la prestación del servicio. Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el concesionario, quien se hará acreedor a las sanciones previstas en las bases de contratación o contrato, sin perjuicio de que se le reconozcan los valores a que tuviere derecho de conformidad a la liquidación que se practicará para el efecto¹⁸⁷ [las negritas me pertenecen].

Podrá declararse la caducidad del contrato si el incumplimiento del contratista fue grave y directa (tesis subjetivista); por otro lado, establece otras razones para la

¹⁸⁵ Ley de Régimen del Sector Eléctrico. Artículos 13 y 18. Registro Oficial Suplemento No. 43 de fecha octubre 10 de 1996. Última modificación de fecha octubre 13 de 2011.

¹⁸⁶ Ley de Minería. Artículos 108 y 109. Ley No. 45. R.O. Suplemento No. 517 de 29 de enero de 2009. Última modificación: 24 de noviembre de 2011.

Artículo 108.- Caducidad de concesiones.- El Ministerio Sectorial estará facultado para declarar la caducidad de las concesiones mineras y permisos en el caso de que sus titulares no hayan dado cumplimiento a las obligaciones indicadas expresamente en este capítulo. [...]. Artículo 109.- Efectos de la caducidad.- La caducidad extingue los derechos mineros. Con excepción de la causal establecida en el artículo 117, no será necesario contar con una sentencia judicial previa para la declaración de caducidad, en este caso, producirá sus efectos desde la fecha de su notificación y respectiva ejecutoria.

¹⁸⁷ Reglamento de Concesiones del Sector Vial. Artículo 32. Decreto Ejecutivo No. 872. R.O. No. 182 de fecha 02 de octubre de 2003.

declaración de la caducidad sin necesidad que medie daño (acumulación de sanciones o modificación unilateral de tarifas). Este reglamento a su vez confiere al ente concedente (suscriptor del contrato) como órgano facultado para declarar la caducidad de las concesiones del sector vial (artículo 34). Es decir que la caducidad regulada en dicho Reglamento también se relaciona con la figura jurídica de la terminación unilateral de los contratos mas no a la caducidad de los contratos como el de hidrocarburos, dado que es el mismo órgano que suscribe el contrato quien tiene la competencia para declarar la caducidad de la concesión.

Nuestro ordenamiento jurídico no es uniforme al tratar tema de la naturaleza jurídica de la sanción en la caducidad de los contratos, lo que se entiende que dependerá de la materia que se trate y las disposiciones que la regulen. En el caso de la caducidad de los contratos de hidrocarburos, se trata de una sanción administrativa, que se manifiesta por medio de un acto administrativo de naturaleza extracontractual por el órgano competente ejerciendo su potestad administrativa de naturaleza sancionadora. Cuya aplicación de la sanción no depende del daño que se produzca, sino únicamente cuando el contratista falte a la norma jurídica. El objetivo de ejercer esta potestad es la de mantener la legalidad, la seguridad y la paz de las normas jurídicas y los intereses del Estado, sumado a la ejecutoriedad al momento en que se emite el respectivo acto administrativo sancionador, en el presente caso, la declaratoria de caducidad del contrato.

3.2.3 La caducidad y el principio de autotutela:

El acto administrativo de caducidad no es una cláusula exorbitante, sino que se atañe al principio de autotutela para que surta sus efectos. Cuando decimos que el acto administrativo es exorbitante, nos referimos a aquellos actos que generan una relación de desigualdad entre partes contratantes. “La presencia de las cláusulas exorbitantes, en un contrato celebrado por la Administración Pública, solo evidencia la existencia de un contrato administrativo”¹⁸⁸. Alude al rompimiento de la igualdad jurídica “del acuerdo

¹⁸⁸ Ronaldo Hernández H. “Las prerrogativas de la administración”, n.p. http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_86/05-Las%20prerrogativas%20de%20la%20administraci%C3%B3n.htm (acceso: 19/09/13).

de voluntad regido por normas de derecho privado, para establecer precisa prerrogativa transitoria y unilateral a favor de la entidad pública contratante”¹⁸⁹, situando a la Administración Pública en una posición superior frente al contratista¹⁹⁰.

No obstante en nuestro país, la caducidad opera bajo un régimen distinto ya que es un órgano ajeno al contrato quien ejerce esta competencia. Al no tratarse una parte contratante que emite el acto, no podemos hablar de una cláusula exorbitante.

El principio que faculta a la Administración a dictar un acto de este tipo es mediante el principio de autotutela. La autotutela es una institución de la Teoría General del Derecho, cuyo ejercicio corresponde a la Administración Pública. Por medio de este principio los órganos administrativos pueden aplicar medidas coactivas sin necesidad de recurrir a los órganos judiciales. Se trata de un privilegio que ostenta la Administración para emitir decisiones (actos) y hacerlos ejecutar de manera forzosa de ser necesario; sin tener que recurrir a los Tribunales o buscar el consentimiento de sus destinatarios¹⁹¹.

La declaración de caducidad del Ministerio del Ramo se rige bajo el principio de la autotutela administrativa. Lo que significa que este órgano competente no tiene que recurrir a los jueces ordinarios para que el acto se ejecute; viene a ser una especie de juez administrativo cuya competencia está determinada en la ley, y es uno de los principios, a parte de la legalidad, que justifica su competencia para que, como tercero ajeno a la relación contractual, pueda declarar caduco a este tipo de contratos.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón-Fernández manifiestan que este poder

¹⁸⁹ Gerardo Orrego Lombana. “Cuáles son las cláusulas exorbitantes en el contrato estatal”. *Óp. cit.* Pedro Antonio Lamprea Rodríguez. *Contratos estatales*. Editorial TEMIS S.A.: Colombia, 2007, n.p.

¹⁹⁰ Miguel Ángel Sánchez Montoya. “*La exorbitancia estatal en la contratación administrativa*”. Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá, 1990, pp. 110 y 111.

¹⁹¹ Osvaldo Oelcker Camus. “El principio de la autotutela administrativa como privilegio de la Administración Pública”. Universidad Católica de Valparaíso.

que ostenta la Administración no resulta del contrato mismo, sino de la posición que ostenta la Administración pública por su privilegio general de autotutela¹⁹², afirmación con la cual concuerdo. Esta razón permite justificar el hecho que un órgano ajeno al contrato pueda sancionar una falta relacionada con éste.

No obstante, los autores suponen que por el hecho de que los órganos se rijan bajo este privilegio de autotutela, el acto administrativo de terminación unilateral tendría el carácter de extracontractual:

[...] este formidable poder [el de declarar unilateralmente terminados los contratos] no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración de su privilegio general de autotutela [...], de modo que es en sí mismo extracontractual¹⁹³.

Esta tesis, en aplicación del principio de autotutela de la Administración Pública, envuelve la idea de que la naturaleza jurídica tanto de la terminación unilateral como de la caducidad es extracontractual, cuando no es así.

La interpretación que se le debe dar a la misma es que la autotutela no justifica la contractualidad o extracontractualidad del acto, ya que este privilegio existe por el mero hecho que los órganos forman parte de la Administración Pública y por lo tanto ostentan una facultad superior a la del administrado cuando actúa con plenas facultades:

[L]as potestades unilaterales de dirección, interpretación, incumplimiento, sanción y extinción de la relación contractual, facultades éstas que detenta la Administración como consecuencia del Principio de Autotutela Administrativa, por lo que no requieren estar previstas en el texto del contrato¹⁹⁴.

Es decir que en el caso de los actos de modificación unilateral, interpretación unilateral, terminación unilateral y caducidad se rigen bajo este privilegio. En cuanto a su exorbitancia, la única que no es, es la caducidad. La autotutela puede ser aplicada tanto para decisiones de origen contractual o extracontractual, pues basta que la ley determine la competencia para poder actuar coercitivamente frente al administrado.

¹⁹² Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I. Óp. cit.*, p. 683.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Ronaldo Hernández H. "Las prerrogativas de la administración". *Óp. cit.*

Una vez más afirmamos que el criterio de extracontractualidad del acto proviene del órgano que lo emite, las competencias que ostenta y su posición jurídica frente a la relación contractual.

3.2.4 La caducidad y la terminación unilateral de los contratos:

La legislación colombiana explica que la parte contratante es quien está facultada para declarar la caducidad de los contratos:

La caducidad cumple la finalidad de sancionar el incumplimiento de las obligaciones del contratista. Cuando surjan evidencias que vislumbren una posible parálisis del contrato, como consecuencia del incumplimiento injustificado de las obligaciones por parte del contratista, lo cual afecta grave y directamente la ejecución del objeto del mismo, la entidad contratante podrá dar por terminado el convenio anticipadamente, y por ende, ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre¹⁹⁵.

Asimismo, el administrativista Rodrigo Escobar reitera que es la entidad contratante quien declara la caducidad “cuando el contratista haya incumplido las obligaciones del contrato, y es por esto que la caducidad lleva en sí el carácter de sanción”¹⁹⁶.

Se resalta de estos conceptos del derecho colombiano, que la caducidad se relaciona con nuestra figura jurídica de la terminación unilateral de los contratos: el órgano competente para declarar la caducidad de los contratos es la misma entidad contratante siendo el acto por medio del cual expresa su decisión, de naturaleza contractual. Es decir que nuestro derecho, en general, tiene una naturaleza distinta ya que se termina el contrato pero como sanción impuesta por un órgano extracontractual.

Solamente en un caso, el vial, el Ecuador asume la caducidad como terminación unilateral, pero la regla general es que la figura sancionatoria de la caducidad se configura por un acto administrativo extracontractual.

Por otro lado, la caducidad se diferencia de la terminación unilateral de los contratos (otra cláusula exorbitante usual), justamente por el carácter sancionatorio que

¹⁹⁵ Ley 80 de Colombia. Artículo 18,1993.

¹⁹⁶ Rodrigo Escobar Gil. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Óp. cit., p. 345.

posee. En la caducidad no solo implica que haya incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista y se ejecuten las garantías que generalmente los contratados presentan al Estado para avalar económicamente su seriedad, sino que; además, se revierten todos los bienes del contratado al Estado para que este ejecute las actividades que anteriormente realizaba el contratado¹⁹⁷. Esta consecuencia de la caducidad no es contemplada por la terminación unilateral de los contratos:

En los casos en que se produce la terminación prematura de la concesión [como es el caso de la caducidad de los contratos, la reversión es el] resultado de los hechos imputables al concesionario, que [constituyen] falta al contrato. Esta reversión de los bienes del concesionario utilizados en la ejecución del servicio integra la sanción que la administración debe aplicarle por tales faltas o incumplimiento, excluyendo además la posibilidad del concesionario de obtener la indemnización de los daños y perjuicios que sufra como resultado de la conclusión de la concesión¹⁹⁸.

Esta figura existe con el fin de proteger el mejor interés del Estado en actividades que, de paralizarse, representan riesgos importantes porque atentan contra la vida de las personas, su capacidad de producir o los ingresos del Estado¹⁹⁹.

3.3 Conclusiones.

En el Ecuador, la caducidad, en el régimen de hidrocarburos, es una forma radical de terminación unilateral de los contratos que se manifiesta por medio de un acto administrativo de naturaleza extracontractual. La caducidad, aunque guarde ciertas semejanzas con la terminación unilateral de los contratos, es una institución diferente en varios aspectos.

La diferencia fundamental entre ambas radica en la naturaleza jurídica del acto

¹⁹⁷ ¿Qué es la Caducidad? *Diario El Hoy*. Fecha: Mayo 19, 2006. <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/que-es-la-caducidad-234742.html> (acceso: 26/07/2013).

¹⁹⁸ Héctor Jorge Escola. *Tratado Integral de los contratos Administrativos*. Tomo II. Depalma: Buenos Aires, 1979, pp. 134-136. El autor comenta a su vez que el vocablo “reversión”, “que si bien etimológicamente, no resulta apropiado -ya que la reversión es la restitución de la cosa al estado que tenía y que el resultado que nos ocupa el Estado nunca tuvo anteriormente el dominio de tales bienes-, lo cierto es que está afirmado por un uso generalizado, con un sentido y un alcance claramente determinados en el derecho administrativo”.

¹⁹⁹ ¿Qué es la Caducidad? *Diario El Hoy*. *Óp. cit.*

mediante el cual de manifiesta. El acto administrativo que contiene la terminación unilateral del contrato es de carácter contractual puesto que es la misma entidad contratante quien la declara; mientras la institución de la caducidad se trata de un acto administrativo extracontractual ya que el órgano de donde emana el acto no es parte de la relación contractual. La declaratoria de caducidad es un acto administrativo no contractual que si bien es cierto tiene incidencia directa en el contrato en sí, no por eso se lo califica de contractual. El factor que determina su naturaleza jurídica depende del órgano que lo expida y la competencia que la ley disponga.

No son aplicables a nuestro sistema jurídico ecuatoriano las disposiciones que tanto la jurisprudencia como la doctrina de otros países enseñan. No hay duda que el derecho colombiano habla de la figura de la caducidad de los contratos, con sus características y elementos, pero no se relaciona con la institución descrita en la Ley de Hidrocarburos; al contrario, a la caducidad del derecho comparado se la identifica más con la institución de la terminación unilateral de los contratos descrito en el LOSNCP de nuestro país. Solamente en materia vial, a la caducidad se la relaciona con la terminación unilateral, pero la regla general es que el órgano que lo expide no forme parte de la relación contractual, por ende, el acto administrativo de caducidad es de naturaleza extracontractual.

De la misma manera, tienen un fundamento jurídico distinto al de la terminación. Si bien ambas instituciones tienen como objetivo asegurar la estabilidad y certeza de las relaciones, la primera persigue esa certidumbre de una forma mucho más enérgica y acentuada, buscando eliminar toda duda acerca de la existencia del derecho respectivo, convirtiendo a la caducidad como una sanción más radical y grave frente al contratista, como en el caso de la reversión de los bienes al Estado (a través de la Secretaría de Hidrocarburos) que eran ocupados y usados por el contratista. La imposición de la sanción de caducidad se lo hace por el ejercicio de la potestad sancionadora determinada en la misma norma escrita.

Por otro lado, la doctrina española, argentina, colombiana, entre otras, determinan que el carácter de sanción de la caducidad implica que haya una culpa grave por parte del contratista para que surta sus efectos. Requisito que no se ajusta a nuestra realidad,

ya que en nuestro ordenamiento jurídico, basta que haya antijuridicidad en el cumplimiento del hecho que dispone la norma, sin que medie el daño.

CONCLUSIONES FINALES.

Los contratos que se rigen bajo la Ley de Hidrocarburos, emplean la cláusula de caducidad como una forma de terminación anticipada de los contratos; mientras que aquellos contratos que se rigen por la LOSNCCP, aplican la terminación unilateral. Se ha llegado a considerar que ambas instituciones son similares, a tal punto de pensar que solamente una debería existir.

Específicamente en cuanto a la caducidad en el Ecuador, las características que la definen se sustentan en preceptos del derecho comparado que no se ajustan a nuestro ordenamiento jurídico; lo que imposibilita sostener una teoría uniforme sobre la caducidad de los contratos administrativos en nuestro país; y por ende, diferenciarla de la terminación de los contratos.

Con base al problema jurídico planteado, se buscó demostrar que sí existen diferencias entre ambas figuras, siendo una de ellas, la naturaleza jurídica. Este resultado se obtuvo contrastando a la caducidad de los contratos de hidrocarburos con la terminación unilateral tanto de nuestro régimen como del derecho comparado. Lo que ha permitido identificar que la naturaleza jurídica del acto administrativo de caducidad en materia de hidrocarburos tiene una naturaleza jurídica extracontractual.

Las razones que sustentan mi postura son las siguientes:

1. Según la doctrina, existe la clasificación de los actos administrativos de acuerdo a su injerencia en los contratos administrativos, uno de ellos: los actos administrativos contractuales. Son aquellos provenientes del órgano de la Administración Pública que hace las veces de contratante en este tipo de relación bilateral.

Partiendo de esta definición literal, la cláusula de caducidad en los contratos de hidrocarburos en el Ecuador no puede ser un acto administrativo contractual ya que el órgano facultado a determinarlo es el Ministerio del Ramo, es decir, un ente externo a la relación contractual. Por el contrario, el acto de terminación unilateral es contractual ya que la ley dispone que el órgano facultado sea la misma Entidad contratante.

2. La declaratoria de caducidad es un acto administrativo no contractual que si bien es cierto incide directamente en el contrato, no por eso se lo califica de contractual. El criterio para determinar la naturaleza jurídica de un acto administrativo, durante el proceso de ejecución contractual, dependerá del órgano del cual emane dicho acto, de la relación que éste tenga en el contrato; y consecuentemente, de la competencia que la ley le determine. Esto se debe a que cuando entramos en el ámbito del Derecho Administrativo, debemos fijarnos no en las personas jurídicas (Estado), sino en los órganos administrativos. Los órganos, por su importancia en el Derecho Administrativo, son el criterio que apoya nuestra teoría.

Si bien es cierto que el Estado es una persona jurídica, lo que prevalece son los órganos administrativos, que representan al Estado, puesto que este último, por sí mismo, no podría manifestar sus intereses. Se respalda en los órganos, quienes sí pueden producir efectos jurídicos de acuerdo a sus competencias. Es decir que la gran estructura estatal está conformada por órganos administrativos que ejercen funciones que la Constitución y la ley les facultan; valiéndose de los actos administrativos, para que puedan llevar a cabo los fines públicos. Uno de estos actos, dentro de la ejecución del contrato es la caducidad. Efectivamente, el Ministerio del Ramo es el ente competente para declarar la caducidad, es decir, que se trata de un tercero ajeno a la relación contractual.

3. La contractualidad o extracontractualidad de los actos administrativos no se definen por el privilegio de autotutela que ostenta la Administración Pública, en dicho caso todos los actos administrativos, vinculados o no a un contrato administrativo, serían extracontractuales. Éste es una característica propia y general de la Administración Pública, cuando actúa bajo las prerrogativas que la ley le faculta.

Sin embargo, lo que tratamos de definir es la naturaleza del acto administrativo de caducidad y los factores que permiten determinarla en base a los órganos administrativos y sus competencias, criterio que prima dentro del Derecho Administrativo. Muy concretamente nos enfocamos en la posición del órgano administrativo en la fase de ejecución contractual, y su relación con el contratista, para determinar el tipo de acto que dispone.

Además de establecer las razones para afirmar que la caducidad de los contratos en el Ecuador tiene una naturaleza extracontractual, se comprobó que su naturaleza jurídica varía solamente en materia de vialidad; lo que quiere decir que por regla general quien tiene competencia para declarar la caducidad es un tercero ajeno al contrato. Como criterio personal, no obstante, para guardar uniformidad en nuestro ordenamiento jurídico, considero que el órgano competente para declarar la caducidad sea siempre una entidad fuera de la relación contractual.

De la misma manera, hemos podido complementar otras características propias de la figura en el Ecuador como es: la naturaleza sancionatoria de la caducidad, el carácter sancionatorio sin que medie la culpa del contratista y el régimen bajo el cual surte sus efectos (el principio de autotutela y no por la exorbitancia del acto). En cuanto a su carácter sancionatorio, basta que haya antijuridicidad en el cumplimiento del hecho que dispone la norma, sin que medie el daño, para poder declarar la caducidad. Este criterio es distinto a lo que propone el derecho extranjero ya que en países como Venezuela, Colombia, España o Argentina sí media la culpa. En otras palabras, para que el órgano facultado declare la caducidad, debe cumplir las disposiciones normativas. Por otro lado, con respecto al principio de autotutela, más allá de calificar al acto administrativo de caducidad como exorbitante, éste se atañe al principio de autotutela. Al hablar de la exorbitancia del acto administrativo contractual, nos referimos únicamente a la relación de desigualdad entre partes contratantes y no de la desigualdad entre un órgano ajeno a la relación contractual. Por medio de este principio los órganos administrativos pueden aplicar medidas coactivas sin necesidad de recurrir a los órganos judiciales.

Finalmente, nuestra tesis no solo permite identificar la naturaleza jurídica de los actos administrativos de caducidad en materia de hidrocarburos, sino la naturaleza del cualquier otro acto para la ejecución contractual, con base al órgano que lo expide. Tal es el caso, por ejemplo, del acto administrativo de modificación del contrato. Si éste proviene de la entidad contratante, ésta será de naturaleza contractual. Lo mismo ocurre con el acto de terminación unilateral de los contratos, al provenir de órgano que forma parte de la relación contractual, entonces el acto administrativo es contractual. Y esta es

la diferencia fundamental que se distingue de la caducidad que se manifiestan dentro de proceso de ejecución de los contratos administrativos.

BIBLIOGRAFÍA.

1. Legislación.

- Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de junio 24 de 2005. Última modificación: diciembre 03 de 2012.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de octubre 20, 2008. Última modificación: julio 13 de 2011.
- Decreto Ejecutivo No. 314. R.O. No. 171 de abril 14 de 2010.
- Decreto Ejecutivo No. 315. Registro Oficial No. 171 de fecha abril 14 de 2010.
- Decreto Ejecutivo No. 799 de septiembre 25 de 2000.
- Decreto No. 1. Registro Oficial No. 1 de 16 de febrero de 1972.
- Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial No. 536 de marzo 18 de 2002.
- Ley de Hidrocarburos. Decreto Supremo 2967, Registro Oficial No. 711 de 15 de Noviembre de 1978. Última modificación de fecha 24 de noviembre de 2011.
- Ley de Hidrocarburos. Nota General: dado por Artículo 18 de Ley No. 0. Registro Oficial Suplemento No. 244 de 27 de Julio del 2010.
- Ley de Hidrocarburos. Registro Oficial No. 322 de 1 de octubre de 1971.
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968. Última modificación, 28 de diciembre de 2001.
- Ley Especial N° 45. Registro Oficial No. 283 de septiembre 26 de 1989.
- Ley de Minería. Ley No. 45. R.O. Suplemento No. 517 de 29 de enero de 2009. Última modificación: 24 de noviembre de 2011.
- Ley de Régimen del Sector Eléctrico. Registro Oficial Suplemento No. 43 de fecha octubre 10 de 1996. Última modificación de fecha octubre 13 de 2011.
- Ley Orgánica de Empresas Públicas. Registro Oficial Suplemento No. 48 de octubre 16 de 2009. Última modificación: octubre 31 de 2011.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Ley No. 1. Registro Oficial Suplemento No. 395 de fecha agosto 04 de 2008. Última modificación de fecha octubre 16 de 2009.
- Ley 80 de Colombia. Año de publicación: 1993.

Registro Oficial No. 330 de 29 de noviembre de 2010. Última modificación de fecha 05 de noviembre de 2012.

Reglamento a las Reformas a la Ley de Hidrocarburos. Decreto Ejecutivo No. 546.

Reglamento de Concesiones del Sector Vial. Decreto Ejecutivo No. 872. R.O. No. 182 de fecha 02 de octubre de 2003.

Reglamento de Contratación de Petroecuador y sus Empresas Filiales. Decreto Ejecutivo No. 652. Registro Oficial No. 194 de 19 de octubre de 2007. Última modificación: 03 de septiembre de 2009.

Reglamento Especial de Licitación Petrolera. Decreto Ejecutivo No. 873. Registro Oficial No. 181 de 01 de octubre de 2003. Última modificación de fecha 20 de enero de 2005.

Reglamento para aplicación de ley reformativa a ley hidrocarburos. Decreto Ejecutivo No. 1417. Registro Oficial No. 364 de fecha 21 de enero de 1994. Última modificación: 14 de diciembre de 2004.

Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos. Decreto Ejecutivo No. 1417. Registro Oficial No. 364 del 21 de enero de 1994.

2. Jurisprudencia.

Consejo de Estado Colombiano. Sentencia de 6 de febrero de 1992, Expediente No. 6030.

Corte Constitucional, Sala Plena. *Carlos Mario Isaza Serrano propone demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4to. párrafo 2do. y el artículo 53 (parcial) de la Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*. Bogotá, 8 de agosto de 2002. Sentencia C-619/02, expediente D-3873.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil. *Contraloría General del Estado c. Arq. Fernando Cordero Cueva, Alcalde de Cuenca, Dr. Tarquino Orellana Serrano, Procurador Síndico-Municipal, y, por Rubens Botteri, Presidente Ejecutivo de Autoparque S.A.* Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII, No. 12 de fecha 18 de marzo de 2003.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo. *Ing. Dixon Ehigio Ruiz Ruiz c. la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Santo Domingo de los Colorados*. Registro Oficial No. 116 de fecha 02 de julio de 2003.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo. *Procuraduría General del Estado c. THOR C.A.* Expediente de Casación 90. R.O. Suplemento No. 10 de fecha 16 de enero de 2008.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo. *Rector de la Escuela Politécnica del Litoral, ESPOL c. Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones - hoy de Transporte y Obras Públicas- y el Procurador General del Estado*. Expediente de Casación No. 346. R.O. Suplemento No. 117 de fecha febrero 11 de 2011.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo contencioso Administrativo. Registro Oficial No. 551, de 9 de abril de 2002.

Tribunal Constitucional No. 151. *Ing. Mario Puente Alvarado c. Presidente del Directorio de CORPECUADOR-GUAYAS por acción de amparo constitucional*. Caso No. 1080-2000-RA. R.O. Suplemento No. 405 de fecha septiembre 05 de 2011.

Tribunal Constitucional. Causa No. 0101-06-RA. Sentencia de 17 de enero de 2006. Registro Oficial Suplemento No. 13 de 01 de febrero de 2007.

Tribunal Constitucional. Causa No. 1211-06-RA. Sentencia de 08 de agosto de 2007. Registro Oficial Suplemento No. 155 de 24 de agosto de 2007.

Tribunal Contencioso Electoral. *Caso Patricio Gil Contreras vs. Consejo Nacional Electoral*. Causa No. 456-2009-TCE. Sentencia de 19 de junio de 2009. Registro Oficial, Edición Especial, No. 107 de 14 de enero de 2011..

http://www.urosario.edu.co/urosario_files/b4/b4c07df7-dab2-4444-88d8-26d531ccc4de.pdf.

3. Doctrina.

- Acevedo, Jairo Ramos. *Cátedra de Derecho Administrativo- General y Colombiano*. Ediciones Jurídica Gustavo Ibáñez: Bogotá, 2003, p. 95. Rafael de Pina. “*Derecho Civil Mexicano. Introducción Personas-Familia*”.
- Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Ediciones legales, Corporación MYL: Quito, 2009.
- Barra, Rodolfo C. *Los Actos Administrativos Contractuales*. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 1989.
- Berrocal Guerrero, Luis Enrique. *Manual del Acto Administrativo: según la ley, la jurisprudencia y la doctrina*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, Editorial ABC, 2001.
- Bielsa, Rafael. “*Principios de Derecho Administrativo*”. Editorial Palma 3ª. Ed.: Buenos Aires, 1988.
- “Cap. VII: El Acto Administrativo”.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1920/10.pdf>.
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Ediciones Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 2002.
- Cassagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Abeledo Perrot: Argentina, 1999.
- Comadira, Julio R.. *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 2003.
- Cruz Ponce, Lisandro. “Análisis Histórico de la Caducidad en el Derecho”.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/59/art/art3.pdf>.
- De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Tomás. “Lección 8. Los actos administrativos (i): concepto, clases y elementos”. <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/organizacion-y-actividad-de-las-administraciones-publicas/organizacion-y-actividad-de-las-administraciones-publicas/leccion-8.-los-actos-administrativos-i-concepto-clases-y-elementos>.
- Díez, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Tomo II: Buenos Aires, 1967.
- Díez, Manuel María. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1961.
- Donoso Fabara, Andrés. “*El Contrato de Prestación de Servicios para Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos. Secretaría de Hidrocarburos*”. Septiembre De 2012.

www.She.Gob.Ec/Portal/Documents/28230/.../Ley_Hidrocarburos.Pdf.

Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2001.

Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I/1. Madrid: Tecnos, 1984.

Escobar Gil, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Primera Edición. Legis Editores S.A.: Bogotá, 2003.

Escobar Sanín, Gabriel. “Negocios Civiles y Comerciales”. *Los contratos*. Tomo II. Biblioteca Jurídica Dike: Colombia, 1994.

Escola, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. Depalma: Buenos Aires, 1984.

Escola, Héctor Jorge. *Tratado Integral de los contratos Administrativos*. Tomo II. Depalma: Buenos Aires, 1979.

Fiorini, Bartolomé A. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. México: Editorial Porrúa, 2000.
<http://www.inap.org.mx/portal/images/RAP/derecho%20administrativo.pdf> .

Galindo Vacha, Juan Carlos. “*El poder exorbitante de caducidad contractual*”. Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá, 1986.

García Carrión, Diego. “Mediación en el Sector Público”. *Procuraduría General del Estado*. Julio 31 de 2012.

http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.pge.gob.ec%2Fes%2Fdocumentos%2Fdoc_download%2F463-presentacion-mediacion-sector-publico.html&ei=ll-QUbX7FbT94AOEiYDQAw&usg=AFQjCNHP3Xg2R8BK2oix_ogB2Ge7FcyFu.

García de Enterría, Eduardo y Ramón-Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Civitas: Madrid, 1998.

García Trevijano Fos, José Antonio. “Reciente evolución de la jurisprudencia administrativa: los actos separables admitidos por el Tribunal Supremo”. *Revista de Administración Pública No. 36*. España, 1961.

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Novena Edición. Buenos Aires: Edición Macchi Novena, 2007.

Grau, María Amparo. “Principios Generales de los Contratos Administrativos”. VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Brewer-Carías. Caracas, 9 de noviembre de 2005. <http://www.badellgrau.com/>.

Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. 5ta. Ed. Editorial Cajica; Puebla, 1978.

Morales, Adriana de los Santos. *Derecho Administrativo I*. Primera Edición. Red Tercer Milenio, S.C.: México, 2002.

http://www.sisman.utm.edu.ec/libros/FACULTAD%20DE%20CIENCIAS%20ADMINISTRATIVAS%20Y%20ECONÓMICAS/CARRERA%20DE%20ECONOMÍA/04/derecho%20laboral%20administrativo/Derecho_administrativo_I.pdf.

Ronaldo Hernández H. “Las prerrogativas de la administración”. http://sitios.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_86/05-Las%20prerrogativas%20de%20la%20administraci%C3%B3n.htm.

Herrera Robles, Aleksey. “La personalidad jurídica del Estado”. *Revista de derecho, Universidad del Norte*, No. 14, 121-127. Colombia, 2000. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/979/4.pdf>.

Lamprea Rodríguez, Pedro Antonio. “*Contratos estatales*”. Editorial TEMIS S.A.: Colombia, 2007.

Laubadere, A.; F. Moderne; P. Devolvé. *Traité des Contrats Administratifs*, T. II, Paris, 1984; J.M. Boquera Oliver. *La Selección de Contratistas*. Madrid, 1963; y José María de Solas Rafecas. *Contratos Administrativo y Contratos Privados de la Administración*, Madrid, 1990.

León, Henri y Mazeaud, Jean. *Lecons de Droit Civil*. Tomo II. Ediciones Montchrestien. Sexta Edición: París, 1981.

Lowenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2da Edición. Editorial Ariel: Barcelona, 1970.

Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1966.

Martínez Morales, Rafael. “*Diccionarios jurídicos temáticos*”. Editorial Oxford 2002, Volumen 3, 2ª Edición: México.

Mendoza Torres, Arnaldo. *Los contratos de la administración pública*. Ediciones Uninorte: Barranquilla, 2004.

Montaña Plata, Alberto. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Segunda Edición, Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2005.

Oelcker Camus, Osvaldo. “El principio de la autotutela administrativa como privilegio de la Administración Pública”. Universidad Católica de Valparaíso.

http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&ved=0CDUQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.rdpucv.cl%2Findex.php%2Fderecho%2Farticle%2Fdownload%2F23%2F17&ei=fMMeUuTRFda3sASp_YBw&u sg=AFQjCNFOFoAqi_8nsKhVOpUM-P1hfiQMRg&sig2=vhtnm7d9Tm6M5L24KbwKBA&bvm=bv.51495398,d.cWc

Ossorio y M. Florit. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Editorial Bibliográfica, 2ª. Edición: Argentina, 1995.

Palacio Hincapié, Juan Ángel. “*La Contratación de las Entidades Estatales*”. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 5ta Edición: Bogotá, 2005.

Pérez, Efraín. *Derecho Administrativo*. Vol. 1. Corporación de Estudios y Publicaciones: Quito, 2009.

Planiol y Ripert. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo I. Editorial Habana, 1927.

Quisbert, Ermo. “La persona en el Derecho”. <http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/persona.pdf>.

Rico Puerta, Luis Alonso. *Teoría General y práctica de la contratación estatal*. Editorial Leyer: Bogotá, 2007.

Sánchez Montoya, Miguel Ángel. “*La exorbitancia estatal en la contratación administrativa*”. Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá, 1990.

Santogimio Gamboa, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo-Contratación indebida*. Vol. 4. Universidad Externado de Colombia: Colombia, 2003.

Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. 8va. Edición. Editorial Fundación de Cultura Uruguaya: Montevideo, 2002.

Spanjaerd, Margadant; Floris, Guillermo. “Las Leyes Caducarias”. *Revista del Foro de México*, No. 32, 1955.

Spota, Alberto G. “*Tratado de Derecho Civil*”. Editorial Roque Depalma: Buenos Aires, 1959.

Torré, Abelardo. *Introducción al Derecho*. Décimo Cuarta edición. Abeledo Perrot, Argentina, 2003.

Vinueza, Dávila; Guillermo, Luis. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Segunda Edición. Legis Editores S.A.: Bogotá, 2003.

Zavala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional*. Tomo I. Edilex S.A.: Perú, 2011.

4. Otros Recursos.

Calderón Mayorga, Ángel. “El Petróleo y su Efecto Social”. *Diario el Telégrafo*. 18/01/12. <http://www.telegrafo.com.ec/opinion/cartas-al-director/item/el-petroleo-y-su-efecto-social.html>.

Diccionario de la Lengua Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=requisito>.

Ministerio Coordinador de Sectores Estratégicos. “Ejes Estratégicos”. <http://www.sectoresestrategicos.gob.ec/ejes-estrategicos/>.

“¿Qué es la Caducidad?” *Diario El Hoy*. 19/05/2006. <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/que-es-la-caducidad-234742.html>.