

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Una mirada hacia la naturaleza del artículo 306 (3) del
COGEP y su aplicabilidad en Arbitraje**

María Daniela Endara Bastidas

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 20 de noviembre de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

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

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

Nombres y apellidos: María Daniela Endara Bastidas

Código: 00205510

Cédula de identidad: 1720101375

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**UNA MIRADA HACIA LA NATURALEZA DEL ARTÍCULO 306 (3) DEL COGEP Y SU
APLICABILIDAD EN ARBITRAJE¹**

**A GLANCE INTO THE NATURE OF ARTICLE 306 (3) OF THE ORGANIC PROCEDURAL CODE
AND ITS APPLICABILITY IN ARBITRATION**

María Daniela Endara Bastidas²
dendarab@outlook.com

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar dos problemas jurídicos. El primero tiene relación con la naturaleza jurídica del plazo prescrito en el numeral 3 del artículo 306 del Código Orgánico General de Procesos. El segundo, se refiere a la aplicabilidad de este artículo en arbitraje. Ambas problemáticas se encuentran relacionadas debido a que dependiendo de si se entiende al plazo como uno de caducidad o prescripción puede o no aplicar en los procesos arbitrales que se sigue en materia de contratación pública. A partir de un análisis de la naturaleza de ambas instituciones se podrá concluir que en el Ecuador se ha entendido erróneamente que la caducidad ataca al derecho de acción, cuando en realidad la figura que se refiere a este es la de la prescripción. A partir de ello, se determinará que el numeral 3 del artículo 306 del COGEP no es aplicable a los procesos arbitrales.

PALABRAS CLAVE

Prescripción, caducidad, arbitraje, contratación pública

ABSTRACT

This paper analyzes two legal problems. The first is related to the legal nature of the time limit prescribed in article 306 (3) of the General Organic Code of Proceedings. The second refers to the applicability of this article in arbitration. Both issues are related because depending on whether the term is understood as one of expiration (caducidad) or time-barre (prescripción), it may or may not apply in arbitration proceedings in matters of public contracts. From an analysis of the nature of both institutions, it can be concluded that in Ecuador it has been erroneously understood that the expiration period attacks the right of action, when in fact the figure that refers to this is prescription. Based on this, it will be determined that numeral 3 of article 306 of the COGEP is not applicable to arbitration proceedings.

KEY WORDS

Time-barre, lapse, arbitration, public contracts

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Javier Jaramillo Troya.

² © 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 con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO TEÓRICO.- 3.1. NATURALEZA DE LA PRESCRIPCIÓN.- 3.2. NATURALEZA DE LA CADUCIDAD.- 3.3. ARBITRAJE CON LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.- 3.3.1. CONTEXTO LEGAL.- 3.3.2. EL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA.- 4. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO.- 4.1. EL NUMERAL 3, ARTÍCULO 306 DEL COGEP SE REFIERE A PRESCRIPCIÓN .- 4.2. ¿PUEDE APLICAR EN ARBITRAJE?.- 5. CONCLUSIONES

1. Introducción

En el Ecuador la regulación de la mayoría de los procedimientos se encuentra centralizada en un solo cuerpo legal. El Código Orgánico General de Procesos (COGEP) entró en vigencia en el año 2016, y se encarga de regular el procedimiento que se debe seguir para todas las materias con excepción de la electoral y la penal. La implementación de este Código ha traído varios efectos importantes para el Derecho Procesal ecuatoriano. Una de las materias que se encuentra regulada en este Código es la contencioso administrativa. Las reglas para estos procedimientos se encuentran en el capítulo II que se titula “Procedimientos Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo”.

Dentro de este capítulo se encuentra el artículo 306, respecto del cual se hará un análisis en el presente trabajo. Las hipótesis contenidas en este artículo se refieren a la oportunidad para ejercer las acciones contencioso administrativas y contencioso tributarias. Respecto a las primeras la norma prescribe tres supuestos. El primero, se refiere a las acciones subjetivas o de plena jurisdicción en las cuales existe un plazo de 90 días para presentar la demanda. El segundo, se refiere a las acciones objetivas en las cuales el plazo es de tres años. Y, el tercero, se refiere a las acciones en materia contractual en las cuales se puede presentar la demanda en un plazo de cinco años³. Respecto de este último, en el foro arbitral ha surgido la pregunta respecto a si la naturaleza del plazo es una de caducidad o de prescripción.

³ Artículo 306, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], Registro Oficial No. 506 Suplemento de 22 de mayo de 2015, reformado por última vez en R.O. N/D de 15 de julio de 2022.

Además, esta cuestión ha sido planteada debido a que han surgido diversas posiciones respecto a la aplicabilidad de este artículo en los arbitrajes con el Estado en materia de contratación pública.

En este sentido nos encontramos ante dos problemas jurídicos por resolver. El primero, respecto a cuál es la naturaleza que tiene el tiempo prescrito en el numeral 3 del artículo 306 del COGEP. Para poder solventar ello, se debe observar cómo ha entendido la jurisprudencia este artículo y su predecesor, el artículo 65 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa. Posteriormente, se hará un análisis respecto a la naturaleza de las figuras en conflicto que son las instituciones de la prescripción y la caducidad. Cabe mencionar que, cuando la Asamblea Nacional se encontraba debatiendo el proyecto del COGEP, nada se dijo respecto a bajo qué naturaleza debían ser concebidos los plazos del artículo 306.

El segundo problema jurídico sujeto a análisis se podrá resolver una vez que se ha determinado la naturaleza que tiene el numeral 3 del artículo 306 del COGEP. Este problema tiene que ver con la aplicabilidad del artículo en arbitrajes con el Estado en materia de contratación pública. Para ello debemos entender cómo se ha concebido en Ecuador el arbitraje en esta materia. Por lo tanto, se analizará, en primer lugar, la normativa ecuatoriana que reconoce al arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos y cuáles son los supuestos que deben concurrir para que se pacte un convenio arbitral en materia de contratación pública. En segundo lugar, se estudiará lo que ha dicho la doctrina ecuatoriana en relación al arbitraje con la administración pública en el Ecuador.

Una vez vista la naturaleza de la prescripción y la caducidad; y cómo ha sido entendido el arbitraje en materia de contratación pública en el país, se pasará al análisis de los dos problemas jurídicos propuestos. En primer lugar, se analizará por qué la naturaleza del artículo 306 (3) del COGEP debe ser entendida como prescripción y no como caducidad. El argumento principal para llegar a esa conclusión es que la interpretación sistemática que debe hacerse del COGEP. En segundo lugar, se analizará la aplicabilidad de este artículo en arbitraje. Para ello se observarán las razones de por qué el COGEP no puede aplicar ni supletoria ni analógicamente en arbitraje.

2. Estado del Arte

Previo a analizar el primer problema jurídico es importante enunciar cómo ha entendido la Corte Nacional de Justicia los supuestos contenidos en el artículo 306 del COGEP respecto a la materia contencioso administrativa, y a la figura de caducidad. Sin perjuicio de ello, la naturaleza de esta última se analizará a profundidad en la siguiente sección.

Antes de la entrada en vigencia del COGEP existía la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) que regulaba los procesos de dicha materia en el Ecuador. El artículo 65 del cuerpo legal prescribía el plazo para presentar la demanda en caso de acciones subjetivas, acciones objetivas y acciones en materia contractual⁴. En noviembre del año 2015, la Corte Nacional de Justicia dictó un fallo de triple reiteración en donde resolvió que el plazo para presentar demandas en materia contencioso administrativa es uno de caducidad⁵.

El fundamento del fallo está plasmado en cinco sentencias dictadas por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en el mes de agosto del año 2015⁶. En todas ellas se resolvió que aplicaba la figura de caducidad indicando que aquella es propia del Derecho Público, que opera por el transcurso del tiempo y que se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso. Además, se estableció que esta figura opera *ipso iure* y es declarable de oficio. Sin embargo, no se realizó un análisis a fondo de por qué se llega a la conclusión de que es una figura de carácter procesal. Incluso, cabe mencionar que las sentencias se referían solo a la hipótesis contenida en el inciso primero del artículo 65 de la LJCA que prescribía que para los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción (acciones subjetivas) el plazo para presentar la demanda es de noventa días⁷. Sin embargo, se entiende que el fallo de triple

⁴ Artículo 65, Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa [LJCA], Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968 [Derogada].

⁵ Resolución No. 13-2015, Corte Nacional de Justicia [CNJ], Primer Suplemento del Registro Oficial No. 621 de 05 de noviembre de 2015.

⁶ Ver, Recurso de Casación No. 633-2013, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 11 de agosto de 2015; Recurso de Casación No. 520-2013, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 13 de agosto de 2015; Recurso de Casación No. 478-2010, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 19 de agosto de 2015; Recurso de Casación No. 212-2014, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 26 de agosto de 2015; y, Recurso de Casación No. 37-2014, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 31 de agosto de 2015.

⁷ Artículo 65, inciso 1, LJCA, 1968.

reiteración se refería a que la caducidad es aplicable a los tres plazos que se señalaban en el artículo 65 de la LJCA. Se puede inferir esto porque en el texto se menciona de manera general que

“al momento de calificar la demanda los jueces de lo contencioso administrativo deben verificar que la acción esté presentada **dentro de los términos previstos en el artículo 65** de la LJCA, ya que, de no ser así, la acción estaría caducada⁸”.

Adicionalmente, en sentencias posteriores de la Corte Nacional de Justicia, en donde se analizaba la aplicabilidad del plazo previsto en el artículo 65 para presentar la demanda en materia contractual, se refirió a que este era uno de caducidad⁹.

Posteriormente, en el año 2016 entró a regir el COGEP y la LJCA y todas sus reformas fueron derogadas por la disposición derogatoria tercera¹⁰. El artículo 306 del COGEP prescribe los mismos plazos que el antiguo artículo 65 de la LJCA para presentar la demanda ante los tribunales contencioso administrativos en caso de acciones subjetivas, acciones objetivas y acciones en materia contractual. La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha mantenido su posición respecto a que los plazos son de caducidad en diversos casos en donde se encuentra contenida la hipótesis del numeral 3 del artículo 306 del COGEP¹¹.

La Corte Nacional de Justicia ha adoptado la tesis doctrinaria que entiende que la caducidad afecta al derecho de acción y se la ha concebido como una especie de figura procesal y administrativa al mismo tiempo. Sin embargo, nace una preocupación respecto al entendimiento de la Corte cuando se analiza el artículo 306 del COGEP sistemáticamente con lo que prescribe el artículo 307 del mismo cuerpo. Este último, se refiere a que la prescripción es la institución que ataca al derecho de acción indicando lo siguiente:

“[e]n el caso de las demandas presentadas ante las o los juzgadores de lo contencioso tributario y de lo contencioso administrativo o en aquellas materias especiales que según su legislación **contemplan la prescripción del derecho de ejercer la acción**, la o el juzgador deberá verificar que la demanda haya sido presentada dentro del término que la

⁸ Resolución No. 13-2015, CNJ, p.10 (énfasis añadido).

⁹ Ver, Causa No. 17741-2015-0177, Resolución No. 412-2017, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, 04 de abril de 2017; y, Causa No. 17741-2013-0395, Resolución No. 859-2017, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, 31 de julio de 2017.

¹⁰ Disposición Derogatoria Tercera, COGEP, 2015.

¹¹ Ver, Causa No.11804-2017-00051, Resolución No.661-2017, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, 07 de junio de 2017; y, Causa No. 11804-2017-00050, Resolución No. 627-2017, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, 30 de mayo de 2017.

ley prevé de manera especial. En caso de que no sea presentada dentro de término, inadmitirá la demanda”¹².

En virtud de ello, se puede entender que la intención del legislador fue adoptar la segunda tesis, y no la que venía manejando la Corte Nacional de Justicia antes del surgimiento del COGEP. Como en Derecho las cosas no son por su nombre sino por sus efectos, resulta importante hacer un análisis respecto a la naturaleza de ambas figuras.

Por otra parte, dentro del foro arbitral ha surgido un cuestionamiento sobre la aplicabilidad del numeral 3 del artículo 306 para aquellos casos en los que el Estado ha pactado arbitraje con un privado en materia de contratación pública. Las posiciones se encuentran divididas en dos. Por un lado, se sostiene que debe aplicarse este artículo en arbitraje porque del texto contenido en el artículo 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) se entiende que el COGEP se aplica supletoriamente en arbitraje. Por otro lado, se sostiene que no puede aplicarse este artículo porque el COGEP no es una norma supletoria que aplica en su totalidad a los procesos arbitrales.

Dependiendo de la postura que se adopte, varía el plazo de prescripción de la acción. Si se adopta la primera tesis, se aplica el plazo de cinco años previsto en el numeral 3 del artículo 306 del COGEP. En la segunda tesis, en cambio se aplica el plazo de 10 años previsto en el artículo 2415 del Código Civil. Es por ello que resulta importante analizar el problema jurídico respecto a la aplicabilidad del COGEP en arbitraje.

3. Marco teórico

En el Ecuador se ha entendido que los plazos prescritos en el artículo 306 del COGEP son caducidad. Esto resulta contradictorio si se hace una interpretación sistemática con el artículo 307 y otras disposiciones del cuerpo normativo. Por lo tanto, ha surgido una pregunta respecto a si ha sido concebida de manera correcta la naturaleza del numeral 3 del artículo 306 del COGEP. Con relación a ello, se sabe que en nuestro país existe la posibilidad de pactar arbitraje con el Estado. Dependiendo de cómo se conciba la naturaleza del numeral en cuestión se abre la pregunta de si el plazo que prescribe aplica o no a los casos en que se ha renunciado el foro de disputas común por uno arbitral.

Por ello, en esta sección, se analizará en primer lugar, la discusión que versa, sobre la naturaleza de la prescripción y su diferenciación de la caducidad la cual ha existido durante

¹² Artículo 307, COGEP, 2015 (énfasis añadido).

varios años. Respecto de esto, existen diferentes posturas sobre los efectos jurídicos de cada una de estas instituciones y su aplicabilidad en el ejercicio del Derecho. Para entender esto, se describirá lo que ha dicho la doctrina y la jurisprudencia, respecto de la naturaleza de ambas figuras.

En segundo lugar, se analizará al arbitraje con las entidades del sector público en materia de contratación pública. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano existen varias normas que reconocen la posibilidad de pactar arbitraje y renunciar a la jurisdicción ordinaria en la materia antes mencionada. Además, varios juristas se han pronunciado respecto a este tema y a cómo debe ser abordado. En este apartado, se describirá el contexto normativo y doctrinario para, posteriormente, analizar la aplicabilidad del numeral 3 del artículo 306 del COGEP en arbitraje.

3.1. Naturaleza de la prescripción

La prescripción ha sido reconocida como una institución del Derecho Civil. Respecto de esta figura se ha escrito durante años. Díez-Picazo sostiene que se conoce con este nombre, y de manera muy amplia, a aquellos fenómenos que consisten en una modificación que experimenta una determinada relación jurídica con el transcurso del tiempo. Sin embargo, comenta que definirla de esta manera resulta ser un concepto vago¹³. Pues, engloba de manera muy amplia varios supuestos.

De acuerdo a su naturaleza, la prescripción puede ser concebida tanto en su forma negativa como positiva. Esta doble dimensión se puede observar en el primer inciso del artículo 2392 del Código Civil¹⁴. Parraguez explica que el carácter negativo de la prescripción es aquel en virtud del cual se extinguen las acciones y derechos como consecuencia de su falta de ejercicio por parte del titular; esto a su vez determina la extinción de las obligaciones correlativas. Por otra parte, la prescripción puede ser concebida en su carácter positivo mediante el cual se permite adquirir el derecho de dominio de aquellos bienes que se ha poseído por un determinado tiempo¹⁵. De esta manera, la prescripción puede ser concebida como extintiva, por su carácter negativo, y adquisitiva por su carácter positivo.

¹³ Luis Díez-Picazo, “En torno al concepto de prescripción”, *Anuario de Derecho Civil* 16, no. 4 (1963): 971.

¹⁴ Artículo 2392. Código Civil Ecuatoriano [CC]. Registro Oficial No. 46 Suplemento de 24 de junio de 2005, reformado por última vez R.O. Quinto Suplemento No. 561 de 19 de octubre de 2021.

¹⁵ Luis Parraguez, *El Régimen jurídico de los bienes*, (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2018), 463.

Para efectos del problema jurídico planteado nos centraremos en el carácter negativo de esta institución.

Como prescripción extintiva se conoce a una de las formas en las que el vencimiento de un plazo legal extingue un derecho. Grawein explica que en la prescripción el tiempo es la medida del hecho destructivo del Derecho, que se expande a lo largo de cierto plazo¹⁶. En consecuencia, el fin de esta figura es afectar a aquellos derechos que por su naturaleza pueden regir durante un tiempo indeterminado. Esto resulta perjudicial para la seguridad jurídica. Por lo tanto, el legislador ha optado por determinar un tiempo en el cual el derecho pueda ser accionado.

Se ha entendido que el fundamento de ello está dado en el cuidado y necesidad de mantener un orden social en donde no rija la incertidumbre. Históricamente, ha existido una discusión respecto a cuál es el objeto de la prescripción. Particularmente la discusión se centra en si lo que se ve afectado es el derecho subjetivo o únicamente la acción para hacer valer el mismo. Existe una tesis la cual sostiene que esta figura es una institución meramente de carácter procesal. Esto quiere decir que es simplemente usada como un medio de defensa. Por lo tanto, ataca directamente a la acción, pero el derecho subjetivo subsiste y lo que queda es una obligación natural. Díez-Picazo sostiene esta tesis indicando lo siguiente:

“a mí me parece muy claro que lo inmediatamente afectado por la prescripción no es necesariamente el derecho subjetivo considerado como una unidad, sino solamente alguna de las facultades jurídicas que lo componen”¹⁷.

Domínguez sostiene la misma tesis respaldándose en lo que ha dicho la Corte Suprema de Chile: “[c]on la prescripción extintiva, el deudor busca hacer desaparecer la acción del acreedor que permitiría compelerle al deber de prestación”¹⁸. De igual manera Castro y Calonje establecen que a través de la prescripción el acreedor pierde cualquier acción para dirigirse al deudor que se encuentra en incumplimiento de su obligación¹⁹. En este sentido, lo que prescriben son las facultades de exigir más no las facultades de modificación que, como se verá más adelante, caducan.

¹⁶ Grawein en Osvaldo Lagos Villareal, “Para una recepción crítica de la caducidad”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, no.4 (2005): 82, Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838857003>.

¹⁷ Luis Díez-Picazo, “En torno al concepto de prescripción”, 987.

¹⁸ Ramón Domínguez Aguila, *La prescripción extintiva: doctrina y jurisprudencia*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 22.

¹⁹ José Guillermo Castro Ayala y Nattaly Jimena Calonje Londoño, *Derecho de Obligaciones: aproximación a la praxis y a la constitucionalización*, (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 248.

El Código Civil ecuatoriano en su artículo 1486 prescribe que la obligación natural es aquella que no confiere un derecho para exigir su cumplimiento, pero, en caso de cumplirse autoriza a retener el pago²⁰. Dentro de este mismo artículo se encuentra la hipótesis de que son obligaciones naturales las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción. Por ende, la prescripción extintiva ataca al derecho de acción y subsiste una obligación que sigue siendo jurídica pero que ha perdido su carácter de exigibilidad.

Al mismo tiempo, un elemento que caracteriza la naturaleza de la prescripción es la necesidad que tiene de ser alegada por quien quiere invocarla. Un juez o árbitro no podrían invocar esta figura de oficio. El Código Civil es claro al señalar en el artículo 2393 que: “[e]l que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla. El juez no puede declararla de oficio²¹.” De acuerdo con Parraguez, esta regla es general y aplicable tanto a la prescripción extintiva como a la prescripción adquisitiva²². En el mismo sentido, es opinión de Díez-Picazo que la prescripción nunca puede ser puesta en marcha de oficio, su aplicación debe ser provocada por quien tenga interés en ella²³. Esto demuestra que en esta figura se encuentra presente el interés particular. Como se analizará a continuación, por su parte, la caducidad puede ser invocada de oficio por un juez. Esa es una de las diferencias que existe entre ambas figuras.

Adicionalmente, otra característica intrínseca de la prescripción es que puede ser interrumpida. Esto va de la mano con la necesidad antes descrita respecto a que la prescripción debe ser alegada por quien la pretende. Sobre la interrupción, Valente explica que la prescripción es un fenómeno basado en el no ejercicio de un derecho o acción, por lo tanto, la interrupción se entiende como una actividad que rompe aquello²⁴. Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el artículo 64 (4) del COGEP²⁵ prescribe que un efecto de la citación de la demanda es interrumpir el plazo de prescripción. Esto se da porque mediante el ejercicio de la acción el actor está haciendo valer su derecho. El Código Civil por su parte, prescribe en el artículo 2418 que la prescripción que extingue las acciones ajenas

²⁰ Artículo 1486, CC, 2005.

²¹ Artículo 2393, CC, 2005.

²² Luis Parraguez, *El Régimen Jurídico de los Bienes*, p.466.

²³ Luis Díez-Picazo, “En torno al concepto de prescripción”, p.999.

²⁴ Luis Alberto Valente, *La caducidad de los derechos y acciones en el Derecho Civil*, (Buenos Aires: Librería Editora Platense S.R.L., 2009), 56.

²⁵ Artículo 64, numeral 4, COGEP, 2015.

puede interrumpirse naturalmente porque el deudor reconoce la obligación de manera expresa o tácita y civilmente por la citación de la demanda judicial²⁶.

Por otra parte, en el Ecuador la prescripción también ha sido recogida como una excepción previa en el artículo 153 (6) del COGEP²⁷. Respecto de esto, la Corte Nacional de Justicia en la Resolución no.12-2017 indicó que cuando se plantea a la prescripción extintiva como una excepción, esta debe ser resuelta mediante sentencia porque se refiere a una cuestión sustancial del proceso y por los efectos que se derivan de su declaratoria²⁸. Esto quiere decir que la Corte se ha inclinado por la tesis que hace referencia a que la prescripción no es a la acción sino al derecho subjetivo. Con base en ello, podemos ver que existe una discusión respecto de la naturaleza de la figura y respecto a si es una cuestión material o adjetiva. Sin embargo, dicha discusión no es objeto del presente trabajo.

En suma, la prescripción extintiva es una figura que forma parte del Derecho Civil y por lo tanto tiene envuelta un interés particular. El objeto de la prescripción debe ser entendido como la extinción del derecho de acción por no haber ejercido el derecho en un límite de tiempo, lo que permite que se puede concebir a la institución como una de carácter procesal. Adicionalmente, la limitación determinada en la Ley para el ejercicio del derecho o la acción tiene como base proteger la seguridad jurídica. Las características principales por su naturaleza son que debe ser alegada por quien la invoca y que puede ser interrumpida. A continuación, se hará referencia a la figura de la caducidad la cual se refiere a la extinción del derecho subjetivo que no ha sido ejercido durante un tiempo determinado.

3.2. Naturaleza de la caducidad

Por su parte, la caducidad es una figura relativamente nueva en contraste con la prescripción. Tiene varias acepciones en derecho administrativo. Puede ser entendida como una forma de terminación irregular de los actos administrativos. Sobre ello, Pérez señala que el incumplimiento de las obligaciones y condiciones impuestas en el acto abre la opción del órgano para declarar la caducidad de un acto administrativo²⁹. Por otra parte, también se la puede concebir como una pérdida de competencia de los órganos administrativos. En este

²⁶ Artículo 2418, CC, 2005.

²⁷ Artículo 153 numeral 6, COGEP, 2015.

²⁸ Resolución No.12-2017, Corte Nacional de Justicia, Primer Suplemento del Registro Oficial No. 21 de 23 de junio de 2017.

²⁹ Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014),488.

sentido, se la considera, de manera general, como una sanción en consecuencia de no haber cumplido con una determinada obligación³⁰. Finalmente, también se la ha entendido como la extinción de un derecho subjetivo que por su naturaleza tiene una duración de tiempo determinada en la ley para su vigencia. En relación con su última acepción, no requiere de un hecho externo para que se ponga fin a su existencia³¹.

En todos los supuestos, se puede ver que hay un fundamento de interés general. Castillo y Sabroso sostienen que “[e]n la caducidad se protege el interés general en una pronta incertidumbre de la situación pendiente de la facultad de modificación”³². Se entiende entonces que para que opere la caducidad basta con que el ejercicio del derecho o el cumplimiento de la obligación sea extemporáneo al tiempo determinado en la ley o en el acto administrativo. La caducidad es entonces una institución de Derecho Público en donde se protege un interés general y no un interés privado como en la prescripción. Por ello, es importante notar que resulta ilógico pretender que esta figura opere como una forma de sanción hacia las acciones que tienen los administrados cuando su fundamento se encuentra en la sanción al incumplimiento de una obligación determinada en un acto administrativo o el no ejercicio de un derecho subjetivo otorgado por la Administración. Como sustento de esta idea se debe aplicar el principio *in dubio pro administrado* que se refiere a que en caso de duda se debe favorecer al administrado.

Algunas características generales de la caducidad son: (i) no puede ser interrumpida, y, (ii) es automática. Por lo tanto, no debe ser alegada como la prescripción, opera *ipso iure* y puede ser declarada de oficio por el juez.

Respecto a la primera característica, la doctrina ha señalado que los plazos de caducidad no se interrumpen ni suspenden por ninguna razón³³. Domínguez indica que en la caducidad “el plazo corre inexorablemente y no puede ser detenido por ninguna actuación, mientras no se ejerza el derecho o facultad al que está sujeto³⁴”. Por su parte, la jurisprudencia ecuatoriana también se ha referido a este requisito. En el juicio no. 11804-2016-00220 la Sala

³⁰ Rodrigo Garcés, *La Caducidad en el Sistema Tributario*, (Quito: Ediciones de la Universidad Católica de Quito, 1980), 41.

³¹ Osvaldo Lagos Villareal, “Para una recepción crítica de la caducidad”, p. 83

³² Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya, *El Arbitraje en la Contratación Pública*, (Lima: Editorial Palestra, 2009), 87.

³³ Arturo Prado Puga, “Algunos aspectos sobre la caducidad y su distinción con figuras afines”, (Santiago: Gaceta Jurídica No. 274, 2003), 11-12.

³⁴ Ramón Domínguez Águila, *La prescripción extintiva: doctrina y jurisprudencia*, p.125.

Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia resolvió que en referencia a la figura de caducidad se debe señalar que es una institución propia del Derecho Administrativo en donde no pueden haber interrupciones en su decurso³⁵. Esto tiene como fundamento la naturaleza misma de la figura. Como se indicó, en la caducidad se busca limitar a que solo durante el tiempo prefijado por la ley o en un acto administrativo puede ser ejercido el derecho subjetivo o cumplida una determinada obligación en miras a la protección de un interés general.

A partir de ello, surge la segunda característica. La caducidad opera de manera automática, y, por lo tanto, puede ser acogida de oficio³⁶. El fundamento se encuentra, de nuevo, en la naturaleza de la figura. Si el derecho no ha sido ejercido durante el lapso establecido, no podrá ejercerse posteriormente. De igual forma, la obligación no podrá ni esperarse que sea cumplida pasado el tiempo que se ha determinado. Por ello, la caducidad puede operar de manera automática. Además, Valente explica que los plazos fijados en la ley deben ser aplicados de oficio por un juez debido a que los mismos fueron establecidos en un interés público³⁷. La jurisprudencia ecuatoriana también se ha pronunciado al respecto. La Sala de lo Contencioso Administrativo en el fallo de triple reiteración mencionado anteriormente se estableció que:

“la caducidad es una figura propia del Derecho Público que opera *ipso iure*, por el transcurso del tiempo para ejercer una acción o una potestad, es declarable de oficio”³⁸. Por lo tanto, una vez se cumple el plazo establecido para la caducidad, el derecho se extingue y deja de ser exigible en su totalidad.

Por otra parte, existe una corriente doctrinaria que sostiene que la caducidad es una figura de carácter procesal. Devis Echandía indica que uno de los presupuestos procesales de la acción es que no se haya producido la caducidad de la acción cuando la ley ha señalado un término para su ejercicio³⁹. Diez, por su parte, y, en concordancia con esta tesis, sostiene que la eficacia jurídica procesal de la caducidad es la ocurrencia de un simple hecho, el que haya transcurrido el término señalado por la ley⁴⁰. Coviello, también es partidario de que la

³⁵ Juicio no. 11804-2016-00220, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, 31 de julio de 2017.

³⁶ Luis Díez-Picazo, *En torno al concepto de prescripción*, p.999.

³⁷ Luis Alberto Valente, *La caducidad de los derechos y acciones en el Derecho Civil*, p. 43

³⁸ Resolución No. 13-2015, CNJ.

³⁹ Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984), 275.

⁴⁰ Manuel María Díez, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1972), 152-155.

caducidad es una figura de carácter procesal. Cuando se refiere a la prescripción sostiene que lo que se alega en juicio es la extinción de un derecho sustancial mientras que cuando se alega la extinción del derecho a iniciar un proceso, se trata de caducidad⁴¹. Sin embargo, sostener esta tesis resulta ignorar la concepción original de la caducidad como una institución de Derecho Público que tiene como objetivo la protección del interés general que se encuentra envuelto en la emisión de actos administrativos.

De esta manera, la caducidad es concebida como una figura propia de Derecho Público que tiene como finalidad limitar la existencia de un derecho o sancionar el incumplimiento de una obligación contenida en un acto administrativo. Tanto la extinción del primero como la sanción del segundo se da en miras a proteger un interés general que envuelve a la figura. Por ello se debe entender que la caducidad no puede ser hacia las acciones del administrado debido a que prima el principio *in dubio pro administrado*. De esta manera, las características de la figura son que no puede ser interrumpida y que puede ser alegada de oficio por un juez debido a que opera *ipso iure*. La corriente doctrinaria que entiende a la caducidad como una figura de derecho procesal en donde se ataca al derecho de acción carece de fundamento debido a que deja de tomar en cuenta al interés general que se encuentra envuelto como objeto de la figura. Por lo tanto, reconocer que el plazo del numeral 3 del artículo 306 es caducidad puede llegar a ser contrario a la naturaleza misma de la figura y perjudicial para los administrados como se analizará más adelante. Con esto en mente podemos pasar a ver como se ha concebido el arbitraje con la administración pública en el Ecuador.

3.3. Arbitraje con la Administración en materia de contratación pública

3.3.1. Contexto legal

El arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos que tiene un reconocimiento y gran aceptación en el país. En el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador se reconoce al arbitraje en general. Además, se indica que en materia de contratación pública el Estado podrá pactar el arbitraje en derecho previo pronunciamiento del Procurador General del Estado⁴².

⁴¹ Nicola Coviello, *Doctrina General del Derecho Civil*, (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2017), 536.

⁴² Artículo 190. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, reformado por última vez R.O. Suplemento No. 377 de 25 de enero de 2021.

En otros cuerpos normativos también ha sido reconocido el arbitraje con el Estado en esta materia. Por ejemplo, en el Código Orgánico Administrativo el artículo 126 prescribe que en caso de existir diferencias entre las partes durante el proceso de ejecución del contrato se podrá iniciar un arbitraje en derecho⁴³. En el mismo sentido la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC) en su artículo 104 prescribe que se podrá utilizar el arbitraje en derecho para la solución de controversias derivadas de la ejecución del contrato⁴⁴, y el artículo 105 prescribe que si las partes no concuerdan someter dichas controversias a arbitraje los jueces competentes para conocerlas son los de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo⁴⁵. Asimismo, el Reglamento a la LOSNC prescribe en su artículo 328 que en los contratos podrá incluirse una cláusula compromisoria para someter a un arbitraje en derecho los conflictos derivados de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación, liquidación o pago⁴⁶.

Por otra parte, la LAM en su artículo 4 hace referencia a los requisitos que deben cumplir las entidades del sector público para someterse a arbitraje⁴⁷. Por último, el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación hace referencia al arbitraje con las entidades del sector público en su artículo 4 prescribiendo que el Estado y las entidades que lo conforma podrán someterse a este método en tres supuestos: (i) celebrando un convenio arbitral antes de que surja la controversia, (ii) celebrando un convenio después de que surja la controversia con previa autorización del Procurador General del Estado, y (iii) cuando la ley o un tratado internacional lo permitan. Adicionalmente, este artículo trae una nueva regulación indicando que cuando se pacte arbitraje

“los árbitros tendrán competencia exclusiva para resolver sobre los hechos, actos o demás actuaciones con relación a la relación jurídica sometida a su conocimiento incluyendo los actos de terminación, caducidad, o sancionadores expedidos en el

⁴³ Artículo 126. Código Orgánico Administrativo [COA]. Registro Oficial No. 31, Suplemento de 07 de julio de 2017, reformado por última vez R.O. N/D de 21 de enero de 2022.

⁴⁴ Artículo 104. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [LOSNC]. Registro Oficial No. 395, Suplemento de 04 de agosto de 2008, reformado por última vez R.O. N/D de 17 de febrero de 2021.

⁴⁵ Artículo 105, LOSNC, 2008.

⁴⁶ Artículo 328, Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial No. 87, Suplemento de 20 de junio de 2022, reformado por última vez R.O. N/D de 10 de noviembre de 2022.

⁴⁷ Artículo 4. Ley de Arbitraje y Mediación [LAM]. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006, reformado por última vez R.O. N/D de 21 de agosto de 2018.

marco de la relación jurídico contractual, indistintamente del órgano administrativo que los emita”⁴⁸.

El artículo 5 por su parte regula el proceso para celebración de un convenio arbitral con una entidad pública posterior a la celebración del contrato⁴⁹.

De acuerdo con lo mencionado, se puede observar que el arbitraje con las entidades de la administración pública ha sido ampliamente regulado y aceptado en el Ecuador. En este sentido, se puede entrar a hacer un análisis de cómo ha sido concebido en la práctica el arbitraje en materia de contratación pública.

3.3.2. El arbitraje en contratación pública

La contratación pública es una forma de contrato administrativo. Estos últimos se conciben como una manera en la que la administración pública actúa⁵⁰ y por la cual puede manifestar su voluntad. Cassagne sostiene que en la contratación pública la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante⁵¹. Esto demuestra que por parte de la Administración Pública existe una necesidad de contratar con un privado para poder acceder a conocimiento que desarrollarlo por sus propios medios resultaría muy costoso. También utiliza a la contratación pública como una herramienta de política pública para poder inyectar dinero en la economía y generar mayores plazas de empleo. Todo esto resulta necesario y tiene como finalidad satisfacer el interés general.

En el Ecuador el contrato administrativo se encuentra regulado en el capítulo tercero del título II del Código Orgánico Administrativo. El artículo 125 lo define como un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos en donde uno de ellos ejerce una función administrativa con el fin de surtir efectos jurídicos. Además, prescribe que los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia⁵². Respecto de ello se puede inferir que en el Ecuador no todo contrato administrativo es de contratación pública. Existen otro tipo de contratos administrativos que tienen su propio régimen de aplicación, el cual no es la LOSNCP, como los contratos de hidrocarburos y de telecomunicaciones.

⁴⁸ Artículo 4, Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación [RLAM], Registro Oficial No. 165 Suplemento de 26 de agosto de 2021.

⁴⁹ Artículo 5, RLAM, 2021.

⁵⁰ Artículo 89 numeral 3, COA, 2017.

⁵¹ Juan Carlos Cassagne, *El Contrato Administrativo*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005), 21.

⁵² Artículo 125, COA, 2017.

El contrato administrativo tiene características y otros principios propios. En primer lugar, se rigen por el principio de legalidad, por lo que una de sus características es la formalidad. La Corte Suprema Argentina se ha pronunciado respecto de ello indicando que en materia de contratación pública la Administración se encuentra sujeta al principio de legalidad en la medida que la celebración del contrato debe cumplir las formalidades preestablecidas en la ley para cada caso debido a que las personas públicas no tienen la facultad de disponer sin una autorización que emane de un cuerpo normativo⁵³. El fundamento viene dado en que las potestades que ejerce la Administración Pública son limitadas, en el caso del Ecuador por la LOSNCP y si no se cumple lo establecido en ella el contrato puede ser nulo. En segundo lugar, la doctrina ha señalado que un elemento que caracteriza a estos contratos son las prerrogativas de la Administración. Dentro de ello se encuentra la desigualdad jurídica y las cláusulas exorbitantes como lo ha señalado Dromi⁵⁴. Esto quiere decir que la libertad de las partes queda limitada por lo que dice la ley, aplicándose el principio de legalidad.

Antiguamente en el Ecuador, el foro de disputas en materia de contratos con la administración pública no eran los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Los jueces de lo civil eran quienes tenían la competencia para conocer y resolver las disputas relacionadas con la responsabilidad civil de las entidades públicas de acuerdo con lo que prescribía la letra b del artículo 6 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa⁵⁵. Ahora, la competencia para resolver este tipo de controversias recae sobre los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo como lo prescribe el artículo 105 de la LOSNCP.

Como se observó anteriormente, en el Ecuador existe la posibilidad de pactar arbitraje en los casos de contratación pública, inclusive se encuentra reconocido a nivel constitucional. García y Muriel indican que desde el 2016 hasta el 2020 hubo 251.191 procesos contractuales en donde únicamente se han aprobado 55 convenios arbitrales⁵⁶. Esto

⁵³Espacio S.A. c. Ferrocarriles Argentinos, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de diciembre de 1993 p. 30

⁵⁴ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004).

⁵⁵ Artículo 6, letra b, LJCA, 1968.

⁵⁶ Hugo García Larriva y Bernarda Muriel, “Tras bastidores del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 12 (noviembre, 2021): 235, <https://doi.org/10.36649/rea12>.

demuestra que, a pesar del reconocimiento y posibilidad de acudir a arbitraje en materia de contratación pública, son pocos los casos en donde efectivamente se ha reemplazado la jurisdicción ordinaria por la arbitral. Sin embargo, actualmente esto cambiará debido a que el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación señala en la disposición transitoria cuarta que en los pliegos contractuales del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) deben incluirse convenios arbitrales que permitan someter las controversias contractuales al foro arbitral.

El arbitraje es un foro alternativo que reemplaza la jurisdicción estatal. Para que este exista debe haber un acuerdo de voluntades, denominado convenio arbitral o cláusula compromisoria, en donde las partes deciden no someterse a la justicia ordinaria y, en consecuencia, se obligan a acudir a un arbitraje. En el caso de los arbitrajes con la administración pública, además de la voluntad, Pérez explica que deben analizarse íntegramente las disposiciones legales y constitucionales que delimitan su campo⁵⁷. Esto tiene como base el principio de legalidad que envuelve a todos los contratos administrativos, como se explicó anteriormente.

Bajo la lógica de que el arbitraje reemplaza a la jurisdicción estatal resulta contradictorio se apliquen las mismas normas procedimentales que se siguen bajo la justicia ordinaria. En este sentido, las normas sobre el procedimiento contencioso administrativo contenidas en el COGEP solo aplicarían cuando la controversia se ventila ante un foro de resolución de disputas ordinario. Sin embargo, existe una posición en donde se defiende que el COGEP aplica siempre de manera supletoria al arbitraje. Por esta razón resulta importante hacer un análisis de la aplicabilidad del artículo 306 (3) en arbitraje.

4. Análisis del problema jurídico

4.1. El numeral 3, artículo 306 del COGEP se refiere a prescripción

A pesar de que la Corte Nacional de Justicia en reiteradas ocasiones ha indicado que el plazo prescrito en el numeral 3 del artículo 306 del COGEP es uno de caducidad, la realidad es que el plazo se refiere a uno de prescripción. La base para sostener esto es la tesis doctrinaria que se inclina a que la prescripción es una figura de carácter procesal que ataca al derecho de acción y el hecho de que debe realizarse una interpretación sistemática del

⁵⁷ Antonio José Pérez, ‘El arbitraje en derecho público ecuatoriano’, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 10 (noviembre, 2019): 274, <https://doi.org/10.36649/rea10>.

COGEP para determinar su naturaleza. Como se explicó anteriormente, si bien existe la tesis doctrinaria que sostiene que la caducidad es la figura que ataca al derecho de acción, la naturaleza de la figura y la interpretación que debe darse al COGEP no permiten que esta tesis sea aceptada en el Ecuador. A lo largo de esta sección, se analizarán las razones por las cuales la tesis respecto a la prescripción como una figura procesal es la correcta y bajo la cual debe entenderse la naturaleza del numeral 3.

En primer lugar, la caducidad es una figura que aparece de manera excepcional en el COGEP. En este cuerpo legal, la mayoría de las normas que hacen referencia a la extinción del derecho de acción se refieren a la prescripción. Para sustentar esta idea debemos remitirnos directamente al articulado, debido a que en los informes de debate presentados en la Asamblea Nacional para la promulgación de esta norma no se hizo referencia alguna a la presente discusión. El artículo 13 del COGEP establece que la prescripción es a la acción, cuando prescribe que en caso de que se plantee una excepción de incompetencia en razón de la materia, el tiempo transcurrido entre la citación con la demanda y la declaratoria de nulidad no se computarán dentro de los plazos o términos de caducidad o prescripción del derecho o la acción⁵⁸. De la simple lectura y por el orden de las palabras se puede inferir que lo que señala el artículo es que la caducidad afecta al derecho y la prescripción a la acción.

Asimismo, el numeral 4 del artículo 64 del COGEP⁵⁹ prescribe que un efecto de la citación es la interrupción del plazo de prescripción. La misma norma se puede encontrar en, el inciso tercero del artículo 2418 del Código Civil ecuatoriano. Esta que la prescripción que extingue las acciones ajenas se interrumpe civilmente por la citación de la demanda judicial⁶⁰. Así, en las normas citadas se asocia a la prescripción con el derecho de acción. El inciso segundo del artículo 316 del COGEP se refiere a que es una excepción al proceso de coactiva la prescripción de la acción de cobro⁶¹. De ello se entiende nuevamente que lo que ataca es el derecho de acción y no un derecho sustantivo. Por último, el inciso segundo del artículo 358 prevé que la citación con el petitorio y el mandamiento de pago de la o del juzgador interrumpe la prescripción⁶², entendiéndose que lo que afecta es al derecho de acción.

⁵⁸ Artículo 13, COGEP, 2015.

⁵⁹ Artículo 64, numeral 4, COGEP, 2015.

⁶⁰ Artículo 2418, inciso 3, CC, 2005.

⁶¹ Artículo 316, COGEP, 2015.

⁶² Artículo 358, inciso 2, COGEP, 2015.

Por otra parte, las normas que se refieren a caducidad en el COGEP son tres. Primero está la del artículo 13 mencionada en párrafos anteriores. Segundo, el artículo 133 en donde se prescribe que las providencias preventivas caducarán si no se propone la demanda en lo principal en un término de quince días. Tercero, en el numeral 7 del artículo 153 que se refiere a las excepciones previas. De esta manera, se evidencia la excepcionalidad con la que se trata esta figura en el COGEP y por lo que resulta un argumento para indicar que el plazo al que se refiere el numeral 3 del artículo 306 es uno de prescripción.

En segundo lugar, y siguiendo el argumento presentado anteriormente, el numeral 3 del artículo 306 debe ser interpretado sistemáticamente con las demás disposiciones del COGEP. Este tipo de interpretación lo que busca es extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece⁶³. Otra norma que debe tenerse en consideración es el artículo 307 el cual prescribe que:

“[e]n el caso de las demandas presentadas ante las o los juzgadores de lo contencioso tributario y de lo contencioso administrativo o en aquellas materias especiales que según su legislación contemplen **la prescripción del derecho de ejercer la acción**, la o el juzgador deberá verificar que la demanda haya sido presentada dentro del término que la ley prevé de manera especial. En caso de que no sea presentada dentro de término, inadmitirá la demanda”⁶⁴.

Como se puede observar, este artículo hace una referencia expresa a que la prescripción es al derecho de ejercer la acción. Adicionalmente, se refiere a materias especiales. Esto resulta de suma importancia debido a que existen acciones que pueden conocer los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo que son concebidas como naturales y otras que son especiales. Como acciones naturales se entiende a las subjetivas, objetivas y de lesividad. Mientras que como acciones especiales se entiende a aquellas que se refieren a controversias en materia de contratación pública. El fundamento de esta distinción se encuentra en el artículo 326 del COGEP⁶⁵.

La interpretación sistemática que debe darse a estos dos artículos es respecto de la mención a materias especiales y en el siguiente sentido. En el artículo 306 (3) se establece un tiempo para presentar la demanda en una materia especial que conocen los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. El artículo 307 prescribe que se entenderá

⁶³ Víctor Anchondo, “Métodos de Interpretación Jurídica” *Quid iuris*, no. 16 (marzo, 2012): 41.

⁶⁴ Artículo 307, COGEP, 2015 (énfasis añadido).

⁶⁵ Artículo 326, COGEP, 2015.

como prescripción del derecho de ejercer la acción aquellos casos de materias especiales en donde la ley señale un determinado tiempo para presentar la demanda. De esta manera, se puede concluir que lo que hace el artículo 306 (3) del COGEP es determinar un plazo de prescripción para las acciones especiales –contratación pública– en concordancia con lo que establece el artículo 307. Por lo tanto, se puede concluir que el COGEP ha entendido que lo que prescribe no es el derecho subjetivo sino el derecho de acción. Además, que haciendo una interpretación sistemática entre el numeral 3 del artículo 306 y el 307 del COGEP se puede concluir que el plazo es uno de prescripción porque ambos artículos se refieren a demandas en materias especiales como es el caso de la contratación pública.

En tercer lugar, la forma en la que ha sido entendida la figura de caducidad solo puede aplicar para las entidades del sector público. Para analizar ello, se debe entender que la caducidad se configura “con la existencia de un plazo fatal que no se puede interrumpir ni suspender, por cuanto busca la eficiencia en la actividad administrativa, lo que la distingue de la prescripción”⁶⁶. De esto, se infiere que la no interrupción es una característica intrínseca de la caducidad. Por otra parte, Madariaga sostiene que

“la caducidad es una sanción impuesta por el orden jurídico en vistas de resguardar el interés general de la colectividad, que sin lugar a dudas se encuentra comprometido en la ejecución de las actuaciones admitidas y facilitadas por un acto administrativo de efectos individuales”⁶⁷.

Entendida la caducidad en este sentido y con base en lo que se indicó al inicio del trabajo, resulta ilógico trasladar una figura que aplica como una sanción al incumplimiento de una obligación contenida en un acto administrativo, hacia las acciones que pueden interponer los administrados en contra de las actuaciones de la administración. Esto, con base en el principio *in dubio pro administrado*, que se refiere a que en caso de duda se debe favorecer al administrado. El hecho de entender al plazo de este numeral como uno de caducidad se va en contra de la naturaleza bajo la cual fue concebida dicha figura y perjudica al ejercicio de la acción del administrado.

Las características de la caducidad (que no pueda ser interrumpida y opere *ipso iure*) cobran sentido cuando se entiende que existe un plazo fatal. Resulta lógico entender que la caducidad no se interrumpe cuando se está ante actos administrativos que han sido expedidos

⁶⁶ Vicenç Aguado en Juan Carlos Flores, “La caducidad de los actos administrativos”, *Revista de Derecho* 30, no.2 (diciembre, 2017): 233, <https://doi.org/10.4067/S0718-09502017000200010>.

⁶⁷ Mónica Madariaga, *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993), 103.

hacia entidades públicas debido a que se entiende que la obligación y condiciones que se contiene dentro de ellos deben ser cumplidas en un determinado tiempo en miras a un interés general. En concordancia con esto, operar *ipso iure* una vez se cumple el plazo establecido en la ley como un modo de sanción porque el tener que alegar el incumplimiento le permite cumplir un acto que no podía ser cumplido tardíamente. Ambas características resultan ser una respuesta a la necesidad de limitar el poder de la administración bajo la cual surge la caducidad. En cambio, se vuelve perjudicial para el administrado que el plazo se considere uno de caducidad debido a que no se beneficia de la interrupción, característica que si se encuentra envuelta en la prescripción. Esto hace que el plazo siga corriendo a pesar de que se haya interpuesto la demanda, lo cual resulta ilógico y perjudicial debido a que se aumentan las potestades de la administración que de por sí ya son exorbitantes. Además, se podría vulnerar la seguridad jurídica. Por lo tanto, con base en el principio *in dubio pro administrado* se debe considerar al plazo del numeral 3 del artículo 306 del COGEP como uno de prescripción.

En relación con estos argumentos, podemos concluir que el plazo al que se refiere el numeral 3 del artículo 306 del COGEP es uno de prescripción. El fundamento principal para ello es que la hipótesis que contiene este artículo se refiere al plazo para **presentar la demanda** en materia contractual ante los tribunales contencioso administrativos. El hecho de “presentar la demanda” es meramente procesal por lo que a ello se debe aplicar las figuras que se consideran como procesales, en este caso, la prescripción. Adicionalmente, si interpretamos sistemáticamente las normas contenidas en el COGEP podemos concluir que, al referirse la prescripción, lo están haciendo al derecho de acción. Por ello, la Corte Nacional de Justicia ha interpretado erróneamente a qué se refiere el plazo del artículo y a cómo debe ser entendida la figura de la caducidad.

4.2. ¿Puede aplicar al arbitraje?

Recordemos que nos encontramos en un supuesto de arbitraje nacional en materia de contratación pública en donde se ha renunciado a someter las controversias derivadas del contrato a la jurisdicción ordinaria (Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo), por acudir a un foro de disputas diferente como lo es el arbitral. En este sentido la ley que rige de manera principal es la Ley de Arbitraje y Mediación, la cual tiene un carácter especial. Salvador sostiene que la norma arbitral tiene este carácter porque regula un procedimiento

específico que es distinto a aquellos procedimientos regulados en la norma general⁶⁸. En este sentido, otro tipo de normas como el COGEP aplicarían de manera excepcional.

Los artículos 37 y 38 de la LAM se refieren a que cuales son las normas supletorias. El artículo 37 prescribe que:

“[e]n todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate, de arbitraje en derecho⁶⁹.”

Respecto de este artículo cabe hacer algunas precisiones. En primer lugar, el artículo sustenta el carácter de especialidad que tiene la LAM. En segundo lugar, que se refiere a una normativa que se encuentra actualmente derogada en el Ecuador, el Código de Procedimiento Civil. En tercer lugar, que la supletoriedad de las normas aplica solo en un contexto de arbitraje en derecho.

Con relación a la segunda precisión, el cuerpo normativo que deroga el Código de Procedimiento Civil es el COGEP mediante su disposición derogatoria primera⁷⁰. Por lo que, ahora se entendería que el artículo 37 de la LAM se refiere al COGEP como una norma supletoria. Sin embargo, se debe enfatizar en que el COGEP regula varios tipos de procedimientos, no solo el civil. Por lo tanto, no resultaría acorde interpretar que todas las disposiciones del COGEP son aplicables en arbitraje, cuando la norma hacía referencia solo a aquellas normas respecto de los procedimientos civiles.

En este sentido, en virtud de la alternabilidad del arbitraje el artículo 306 (3) del COGEP no puede ser aplicado ni supletoria ni analógicamente. En primer lugar, de la disposición del artículo 37 de la LAM se entiende que solo aplicarían supletoriamente las normas del COGEP que se refieren a los procedimientos civiles. El numeral 3 del artículo 306 prescribe cual es el plazo para presentar la demanda en los casos de materia de contratación que conoce el Tribunal Contencioso Administrativo, por lo que se refiere al procedimiento contencioso administrativos. De esta manera, no podría ser aplicado el artículo de manera supletoria. Este mismo entendimiento y análisis fue realizado por el tribunal arbitral en el caso Ecuador TLC S.A. c. EP Petroecuador. En el laudo se determinó que:

⁶⁸ Íñigo Salvador Crespo, “Especialidad y prevalencia de la Ley Arbitral sobre las normas de derecho procesal común”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 1 (noviembre, 2009): 82, <https://doi.org/10.36649/real>.

⁶⁹ Artículo 37, LAM, 2006.

⁷⁰ Disposición derogatoria primera, COGEP, 2015.

“la referencia del artículo 37 de la LAM en su versión previa al COGEP era únicamente a las normas procesales civiles, que ahora se incluyen también en el COGEP. Siendo eso así, de la nueva redacción del artículo 37 de la LAM no puede inferirse una intención de aplicar supletoriamente al arbitraje las normas del COGEP en bloque, incluyendo normas del proceso contencioso administrativo como el artículo 306.3 del COGEP, sino que más bien esa aplicación supletoria se limitaría a las normas procesales civiles”⁷¹.

A partir de este razonamiento, se puede entender que la supletoriedad del COGEP en arbitraje es respecto de las normas procesales civiles, no de las contencioso administrativas. Por lo tanto, el artículo 306 (3) del COGEP no podría ser aplicado supletoriamente.

En segundo lugar, tampoco se puede aplicar el numeral 3 del artículo 306 del COGEP de manera analógica. El fundamento de ello va de la mano con lo antes dicho. En virtud del carácter de especialidad de la LAM, las reglas de procedimiento aplicables no pueden ser las mismas que están para los procedimientos que se sigue ante los tribunales de lo contencioso administrativos. A esa misma conclusión llegó el tribunal arbitral del caso antes citado sosteniendo que el numeral 3 del artículo 306 del COGEP no es aplicable en arbitraje debido a que es una norma del proceso contencioso administrativo. La lógica de tras de ello fue la siguiente:

“a juicio del Tribunal, ese artículo del COGEP (numeral 3, 306) no es aplicable cuando las partes de un contrato pactan que sus disputas se sometan a arbitraje y no a la jurisdicción de los juzgados contencioso administrativos. Esto es lo que se desprende en primer lugar del propio artículo, que circunscribe su aplicación a “casos [...] de competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo”. No se ha identificado además ninguna norma que establezca que ese artículo del COGEP sea aplicable en arbitraje. De hecho, algunas de las normas aludidas por las Partes apuntan en la dirección contraria”⁷².

En este sentido, cuando las partes se someten a un foro de disputas distinto del contencioso administrativo, no puede aplicársele las reglas de la jurisdicción ordinaria debido a que resulta contradictorio hacerlo. Por lo tanto, el plazo de prescripción para presentar la demanda en materia contractual es de cinco años, pero solo aplica para aquellos casos que se ventilan ante los tribunales distritales de lo contencioso administrativo.

Como en el arbitraje se renuncia a la jurisdicción ordinaria resulta lógico que no le apliquen las mismas reglas de procedimiento que a los procesos contencioso administrativos. Sin embargo, surge la pregunta de cuál es la norma supletoria que debe aplicarse para analizar la institución de la prescripción cuando esta ha sido alegada. En el laudo final del proceso arbitral no. 17-2021 se establece que como los procesos arbitrales resultan ser juicios de

⁷¹ Ecuador TLC S.A. c. EP Petroecuador, Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, 03 de agosto de 2022.

⁷² Ecuador TLC S.A. c. EP Petroecuador, párr. 145.

conocimiento, le son aplicables las reglas de prescripción para las acciones ordinarias contenidas en el Código Civil, cuyo plazo es de diez años. El análisis que realiza para sostener esto es el siguiente:

“[e]l principio de alternabilidad que proclama el art. 190 de la Constitución impone que las reglas procesales aplicables a los procesos civiles o contencioso administrativos no se extiendan a los procesos arbitrales, como regla general;(…). Estas consideraciones iniciales llevan a la conclusión de que a todo proceso arbitral que es esencialmente un juicio de conocimiento, le sea aplicable el plazo de prescripción de diez años que corresponde a las acciones ordinarias. De la premisa expuesta se siguen dos consecuencias (...): (i) la primera consecuencia, que con independencia de la calidad pública o privada de las partes procesales que intervienen, el plazo de prescripción aplicable a los arbitrajes es el de diez años de las acciones ordinarias según el art. 2415 del Código Civil, norma supletoria en materia de prescripción y que es aplicable en los arbitrajes en derecho de conformidad con el art. 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación, con excepción de aquellos casos en que la ley sustantiva prevea plazos de prescripción distintos como por ejemplo, los reclamos de seguros que prescriben en tres años o las acciones civiles para cobro de honorarios que prescribe en tres años; (ii) la segunda consecuencia: los arbitrajes no plantean controversias de ejecución de un derecho previamente declarado en títulos ejecutivos, con lo cual el plazo de cinco años no opera en este tipo de controversias; tampoco son aplicables los institutos de caducidad o prescripción propios del ámbito contencioso administrativo y que constan señalados en las normas procesales correspondientes a esa jurisdicción especializada. Las dos consecuencias enunciadas se sustentan en el carácter alternativo de este método de solución de controversias que proclama el art. 190 de la Constitución”⁷³.

La fundamentación realizada va de la mano con lo dicho anteriormente respecto a la no aplicabilidad del COGEP en conjunto como norma supletoria debido a que no pueden ser aplicables en arbitraje las normas procesales que corresponden a una jurisdicción especial como lo es la contencioso administrativa. Además, parte del hecho de que en el Código Civil es aplicable supletoriamente y existen normas de carácter procesal. Por ello que el artículo 2415 resulta aplicable en la mayoría de los arbitrajes de manera supletoria.

Por lo tanto, el numeral 3 del artículo 306 del COGEP no puede ser aplicable por dos razones. La primera se sostiene con el hecho de que este artículo solo puede ser aplicado en el contexto de las demandas en materia contractual que se presentan ante los tribunales distritales de lo contencioso administrativo. Y la segunda, es respecto a que el COGEP no puede ser aplicado supletoriamente para los casos de prescripción, sino que debe aplicarse el plazo que establece el Código Civil.

⁷³ Caso no. 17-2021, Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, 07 de julio de 2022.

5. Conclusiones

Como se mencionó en la introducción, el propósito del presente trabajo era resolver dos problemas jurídicos. El primer problema jurídico resuelto tiene que ver con cual es la naturaleza del plazo prescrito en el numeral 3 del artículo 306 del COGEP. El segundo problema jurídico resuelto es la aplicabilidad de este artículo a arbitrajes en materia de contratación pública.

Del análisis propuesto respecto del primer problema jurídico podemos sacar las siguientes conclusiones. En primer lugar, la Corte Nacional de Justicia ha entendido erróneamente el concepto de caducidad. Esto se debe a que se ha entendido que la caducidad es una figura de carácter procesal. Sin embargo, como se demostró, la naturaleza de la caducidad no es procesal debido a que su objeto es limitar el ejercicio de un derecho subjetivo por un tiempo determinado y con miras hacia un interés general. En segundo lugar, la prescripción extintiva por su parte si es una figura de carácter procesal debido a que lo que afecta es al derecho de acción ya que subiste un derecho subjetivo a través de la obligación natural. En tercer lugar, si interpretamos sistemáticamente el COGEP, podemos observar varios argumentos para sostener que el plazo al que se refiere el artículo es de prescripción. En primer lugar, se demostró que la caducidad es una figura que aparece de manera excepcional en el COGEP mientras que cuando la norma se refiere a prescripción, lo hace indicando que esta figura se refiere a la extinción del derecho de acción. Por otra parte, se debe interpretar al plazo con lo que se prescribe en el artículo 307 del COGEP respecto de las acciones especiales que conocen los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. Finalmente, se debe entender que es un plazo de prescripción debido a que la caducidad ha sido concebida naturalmente hacia los actos administrativos emitidos por entidades públicas. El hecho de trasladar esta figura a las acciones que tienen los administrados resulta perjudicial por lo que se debe aplicar el principio *in dubio pro administrado*. Por lo tanto, la naturaleza del plazo al que se refiere el numeral 3 del artículo 306 del COGEP es una de prescripción y no de caducidad.

Por otra parte, las conclusiones que podemos sacar del análisis del segundo problema jurídico son las siguientes. Existen al menos dos razones respecto a porque no puede ser aplicable en los procesos arbitrales, en materia de contratación pública, el plazo para presentar la demanda que prescribe el numeral 3 del artículo 306 del COGEP. El primer fundamento se encuentra en que este artículo solo puede aplicar bajo el contexto en que se

quiera resolver una disputa en materia contractual ante la jurisdicción ordinaria, es decir, ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. Cuando se somete una disputa a arbitraje se está renunciando a la jurisdicción ordinaria y las normas que se aplican en ella. Sin embargo, para poder determinar el plazo de prescripción de la acción se debe mirar a las reglas que aplican supletoriamente a la LAM. Bajo ello viene el segundo fundamento, el cual es que la norma supletoria que resulta aplicable para determinar el tiempo de prescripción es el Código Civil y no el COGEP. La supletoriedad de esta norma viene dada por la misma LAM en el artículo 37. Por lo tanto, cuando una disputa respecto a contratación pública es llevada a arbitraje, el plazo que se tiene para ejercer el derecho de acción es de diez años como se prescribe en el artículo 2415 del Código Civil.