

Prescripción y Caducidad en el Arbitraje con el sector público: una mirada a un problema inexistente

*Juan Pablo Aguilar Andrade**

Recibido/Received: 15/11/2022
Aceptado/Accepted: 27/11/2022

Una cosa es una cosa
y otra cosa es otra cosa

Alfredo Zitarrosa, "Chamarrita de los milicos"

SUMARIO: 1. Acerca de las páginas que siguen. 2. En el principio, la prescripción. 3. La caducidad, ese bicho raro. 4. Los legisladores se aferran a la prescripción, pero los jueces no abandonan la caducidad. 5. Cuestión de plazos ... y contratos.

RESUMEN: El texto parte del debate acerca de si los plazos para plantear acciones contencioso administrativas prescriben o caducan, y la relación que este tema tiene con el arbitraje. Analiza los conceptos de prescripción y caducidad en la legislación y en la jurisprudencia ecuatorianas, para concluir que el problema es en realidad de orden semántico, y no tiene una consecuencia práctica. El tema fundamental es el que tiene relación con la aplicabilidad de las reglas sobre plazos para plantear acciones, al arbitraje en el que intervienen instituciones del sector público y, sobre todo, los casos en que a los contratos celebrados por la Administración se les debe aplicar la regla del Código Orgánico Administrativo, y aquellos en los que la norma aplicable es el Código Civil.

* Doctor en Jurisprudencia, profesor titular del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.



PALABRAS CLAVE: Prescripción, caducidad, contencioso administrativo, contrato administrativo, arbitraje.

ABSTRACT: This paper is about whether contentious-administrative lawsuits not filed within the time limits set forth in the law should be deemed expired (caducidad) or, alternatively, time-barred (prescripción); and the relationship that this issue has with arbitration. It analyzes the institutions of prescripción and caducidad in Ecuadorian legislation and jurisprudence, to conclude that the problem is actually semantic, and does not have a practical consequence. The main issue is related to the applicability of the rules on deadlines for filing actions in arbitration involving the public sector and, above all, the cases in which the applicable law for public contracts is the Organic Administrative Code, and those in which the applicable rule is the Civil Code.

KEYWORDS: Prescription, expiration, administrative litigation, public contract, arbitration.

1. ACERCA DE LAS PÁGINAS QUE SIGUEN

La posibilidad de que las controversias derivadas de contratos celebrados por instituciones del sector público sean resueltas por la vía arbitral, ha dado origen a no pocos debates, animados por las fricciones que genera el encuentro entre dos mundos que hasta no hace mucho se ignoraban: el del arbitraje privado y el de las reglas y principios propios del derecho administrativo.

Uno de esos debates nace del encuentro con una institución del derecho público que, si bien tiene contornos claros y definidos en algunos casos, genera en otros no pocas confusiones: la caducidad.

Hay, sin duda, acuerdos en relación con este concepto en temas como la aplicación de la figura a la terminación de determinados actos y contratos, o la competencia administrativa. Pero cuando la caducidad se relaciona con los plazos para plantear acciones contencioso administrativas, el acuerdo desaparece y quien quiera entender el tema, deberá navegar en medio de una variedad de argumentos de los que no logrará extraer una idea clara y definida,

o podrá hacerlo con mucha dificultad. A eso hay que añadir, en el caso ecuatoriano, una legislación que utiliza el concepto sin lograr enfocarse en él ni establecer los límites que le separan de su equivalente en el derecho privado: la prescripción.

Hay en el tema, sin duda, la necesidad de lograr un diseño adecuado de los conceptos, respondiendo a preguntas como las siguientes: ¿Qué diferencia a la caducidad de la prescripción? ¿Son en realidad dos conceptos distintos, o las pretendidas diferencias solo configuran casos especiales de una regla general? ¿Por qué en el derecho administrativo cabe la caducidad y no la prescripción?

No pretendo, en las páginas que siguen, dar respuesta a estas preguntas, sino entrar directamente en el problema de cómo deben aplicarse, en un proceso arbitral, los plazos que el Código Orgánico General de Procesos establece como máximos para la presentación de acciones contencioso administrativas.

Pero, ¿cómo se lo puede hacer sin tener respuestas claras a los interrogantes anteriores?

Es posible, a mi juicio, precisamente porque el tema de los plazos para accionar en el juicio contencioso administrativo y en el arbitraje no tiene que ver, en realidad, con el concepto al que nos remitamos. Lo que trato de mostrar es que el pretendido problema no pasa de ser un desacuerdo terminológico, que no incide en las consecuencias derivadas del vencimiento de los plazos, pues esas consecuencias están claramente definidas por nuestra legislación.

Para llegar a esto, partiré de la prescripción de las acciones, suficientemente conocida por los abogados; me referiré luego a la forma en que nuestro ordenamiento jurídico ha regulado la caducidad y nuestra jurisprudencia ha recogido el concepto; y pasaré, finalmente, a referirme al tema de los plazos para accionar, en el juicio contencioso administrativo y en el arbitraje.

2. EN EL PRINCIPIO, LA PRESCRIPCIÓN

Al regular la prescripción, el Código Civil le da el doble carácter de modo de adquirir el dominio (usucapión), por un lado,

o de extinguir acciones o derechos ajenos, por otro¹. En ambos casos, los contornos de la institución están claramente definidos: la prescripción debe ser alegada y no cabe declararla de oficio², es renunciable³ y puede interrumpirse⁴.

Interesa, para los fines de este trabajo, la prescripción extintiva, que del Código Civil pasó a otros cuerpos legales, que utilizaron el término prescripción para referirse a la pérdida del derecho a plantear una acción judicial, por el transcurso del tiempo. Ese fue el sentido en que se refería a ella, por ejemplo, el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1869⁵, y que se mantuvo hasta el último Código de Procedimiento Civil, vigente hasta 2016⁶.

En el ordenamiento vigente, prescripción es el término que se utiliza, generalmente, para referirse a la extinción de acciones judiciales, tanto en el derecho privado como en el derecho público; para hacer referencia solo a unos pocos casos, se puede citar la Ley de Compañías⁷; el Código de la Niñez y Adolescencia⁸; el Código

1 Código Civil, Artículo 2392: "Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. "Una acción o derecho se dice que prescribe cuando se extingue por la prescripción."

2 Código Civil, Artículo 2393: "El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla. El juez no puede declararla de oficio."

3 Código Civil, Artículo 2394: "La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida."

4 Código Civil, Artículo 2401: "Posesión no interrumpida es la que no ha sufrido ninguna interrupción natural o civil."; Artículo 2418: "La prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente."

5 Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, Artículo 179(2): "Son efectos de la citación: [...] 2. Interrumpir la prescripción"; Artículo 421(2): "... Si el deudor no intentare la vía ordinaria dentro de treinta días contados desde que verificó el pago, ó la suspendiere por el mismo término, quedará prescrita la acción y cancelada ipso jure la fianza."; Artículo 818: Artículo 818. La acción que se concede en esta sección prescribe en tres meses contados desde que tuvo lugar el retardo ó denegación de justicia.". He utilizado la edición oficial, hecha en 1871 en Nueva York, en la imprenta de Hallet y Freen, que incluye también el Código Civil y está disponible en el Repositorio Digital de la Casa de la Cultura Ecuatoriana <<https://bit.ly/3Vrri2g>>.

6 Puede verse, como ejemplo, Código de Procedimiento Civil, RO S. 58, 12/07/ 2005, Artículo 2394 97(2): "Son efectos de la citación: ... 2. Interrumpir la prescripción."; Artículo 2394 387(2): "... Si, al renovarse la demanda, el demandado opone la prescripción, se atenderá a los plazos que fija el Código Civil; entendiéndose que la demanda que se propuso, en la instancia abandonada, no ha interrumpido la prescripción salvo lo que con referencia a causas anteriores dispone el artículo 2394 381."; Artículo 2394 417: "Habrá lugar a la vía ejecutiva dentro de los cinco años que dura la acción de este nombre; pero, en los casos en que la ordinaria prescribe por ley en menor tiempo, pasado éste, no habrá lugar a dicha vía. El tiempo de la prescripción se contará desde que la obligación se hizo exigible."

7 Ley de Compañías, Artículo 216(2), RO 312, 05/11/1999.

8 Código de la Niñez y Adolescencia, Artículos 348 y 349, RO 737, 03/01/2003.

Tributario⁹; el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones¹⁰; la Ley Orgánica de Educación Intercultural¹¹; y, el Código de Comercio¹². En el derecho penal y en el administrativo sancionador, se habla de prescripción de las penas¹³ y de las acciones para perseguir delitos y contravenciones¹⁴, y el Código Orgánico General de Procesos no ha modificado, en este punto, la terminología del Código de Procedimiento Civil¹⁵.

Pero en cuerpos normativos como el Código de Comercio, o el Código Orgánico General de Procesos, aparece, asociado a la prescripción, otro término: caducidad. En el primero se establece, por ejemplo, la caducidad de las acciones de regreso inherentes a la letra de cambio (artículo 149) y la de la acción cambiaria (artículo 171 y 173) y, en el segundo, se dispone no computar para la prescripción o la caducidad, el plazo entre la citación de la demanda y una declaratoria de nulidad por incompetencia (artículo 13); se dice, además, que las providencias preventivas caducan (artículo 133) y que la caducidad es, como la prescripción, una excepción previa (artículo 153(7)).

Caducidad, sin embargo, es una palabra que no expresa un concepto definido; se incluye en los textos pero, a diferencia de la prescripción, no tiene un contenido preciso y depende de lo que cada regulación diga sobre ella, sin que se hayan establecido criterios generales ni conceptos unificadores. Si nos fijamos solo en el Código de Comercio, ahí la caducidad es, por un lado, como se ha visto, modo de extinguir las acciones, pero también, conforme el artículo 779, una forma irregular de terminación el contrato de seguro.

En la medida en que nuestro ordenamiento jurídico la ha recogido sin precisar su alcance, la caducidad acaba siendo, bien algo sin duda

9 Código Tributario, Artículos 55, 56, 146, 221 y 305, RO S. 38, 14 de junio de 2005.

10 Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, Artículo 120, RO S. 351, 29/12/2010.

11 Ley Orgánica de Educación Intercultural, Artículo 141, RO S. 2, 31/03/2011.

12 Código de Comercio, Artículos 163, 171, 173, 179, 180, 292, 293, 368, 696, 790, 1202, 1214, 1215 y 1237, RO S. 497, 29/05/2019.

13 Código Orgánico Integral Penal, Artículo 72(6), RO S. 180, 10/02/2014; Código Orgánico Administrativo, Artículos 246-247, RO S. 31, 07/07/2017.

14 Código Orgánico Integral Penal, Artículo 416(5), RO S. 180, 10/02/2014; Código Orgánico Administrativo, Artículo 245, RO S. 31, 07/07/2017.

15 Código Orgánico General de Procesos, Artículos 13, 64(4), 153, 304(2), 307, 316(2), 317, 322(2), 323 y 358(2), RO S. 506, 22/05/201.

distinto de la prescripción, como en el ya citado artículo 779 del Código de Comercio, bien un primo cercano, que también extingue las acciones, y con el que deben existir ciertas diferencias, que no se alcanza a precisar. Lo que tenemos es una palabra que, desde diversos e imprecisos orígenes, se cola en los textos sin la compañía de las elaboraciones teóricas que le dieron origen y que nos permitan verla, recordando a Descartes, como una idea clara y distinta.

No faltan, en el derecho privado, desarrollos doctrinarios sobre la caducidad, que permiten mayor profundidad y precisión que las que puede obtenerse, a partir del concepto de prescripción, a la hora de analizar el efecto del tiempo en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones¹⁶. Lamentablemente, estos desarrollos no han sido recibidos en el Ecuador o, al menos, no de un modo sistemático y coherente; carecemos, entonces, de un concepto compartido de caducidad, que permita distinguirla de la prescripción; a la larga, es esta última la que forma parte del aparato conceptual de los juristas y domina su sentido común, mientras que la primera se mantiene como una referencia que parece necesario hacer, aunque no llegue a entenderse del todo.

Y esto pasa, incluso, en un espacio como el del derecho público, que tiene a la caducidad como parte de su aparato conceptual, pero en el que no faltan confusiones y contradicciones.

3. LA CADUCIDAD, ESE BICHO RARO

Al menos tres sentidos tiene la caducidad en nuestro derecho público: forma de terminación irregular de contratos o actos administrativos, pérdida de competencia de los órganos administrativos y, en paralelo con la prescripción, modo de extinguir las acciones.

La caducidad, entendida como sanción que produce la terminación de un acto o un contrato, aparece temprano en nuestro derecho administrativo, en el ámbito de las explotaciones minera e

¹⁶ Pueden verse, a manera de ejemplo, L. VALENTE, *La caducidad de los derechos y acciones en el derecho civil*, Librería Editora Platense, 2009; O. LAGOS VILLARREAL, "Para una recepción crítica de la caducidad", *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 4, 2005.

hidrocarburífera. En la ley de Minería y en la del Petróleo, de 1937, se establecieron con claridad dos clases de concesiones, una que se otorgaba mediante acto administrativo y otra que se perfeccionaba en virtud de un contrato; tanto en las unas, como en las otras, se aplicaba la caducidad como sanción que imponía su terminación unilateral¹⁷; este sentido perdura en varias normas de la legislación vigente¹⁸ y autores como Efraín Pérez definen la caducidad como una forma de terminación del acto administrativo, por “incumplimiento de las obligaciones y condiciones impuestas en el acto”¹⁹.

La caducidad, como pérdida de la competencia administrativa, es también parte de nuestro ordenamiento jurídico. Hasta lo que he podido establecer tiene su origen en el Código Tributario de 1975²⁰ y en la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control de 1977²¹, de la que pasó a la actual Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado²². En la actualidad, es ese el sentido que le dan varias normas del ordenamiento jurídico vigente²³.

Rodrigo Garcés unificó ambos enfoques a partir de la idea de que la pérdida de competencia es, también, una sanción, lo que le permitió llegar a un concepto único de caducidad, entendiéndola como “pérdida de algo como consecuencia de no hacer o no cumplir con determinadas obligaciones”²⁴.

Esta definición puede abarcar también el tercer sentido, que se refiere a la extinción de las acciones, si pensamos en la caducidad como una sanción por no haber planteado una acción dentro del

17 Ley General de Minería, Artículo 165, RO 447, 23/03/1937; Ley del Petróleo, Artículo 39, RO 52, 13/10/1937.

18 Ley de Hidrocarburos, Artículo 74, RO 711, 15/11/1978; Ley de Minería, Artículo 108, RO S. 517, 29/01/2009; Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, Artículo 34(4), RO S. 418, 16/01/2015; Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas, Artículo 15(2), RO S. 652, 18/12/2015; Ley Orgánica para el Desarrollo de la Acuicultura y Pesca, Artículo 135, RO S.187, 21/04/2020.

19 E. PÉREZ, *Derecho Administrativo*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, tomo I, p. 488.

20 Código Tributario, Artículo 94, RO S. 958, 23/12/1975.

21 Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Artículos 353 y siguientes, RO 337, 16/05/1977.

22 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Artículo 71, RO 595 S., 12/06/2002.

23 Código Tributario, Artículo 94, RO S. 38, 14/06/2005; Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, Artículo 57, RO S. 19, 21/06/2017; Código Orgánico Administrativo, Artículos 116, 132, 179, 201(5) y 208, RO S. 31, 07/07/2017.

24 R. GARCÉS MOREANO, *La Caducidad en el Sistema Tributario Ecuatoriano*, Ediciones de la Universidad Católica de Quito, 1980, p. 41.

plazo concedido para el efecto. Lo que se abre, en este caso, es el problema de la distinción entre caducidad y prescripción; ¿qué es lo que hace que la extinción de acciones de la primera se diferencie de la segunda? ¿la caducidad es una cosa distinta a la prescripción? Esta es, sin duda, una tarea pendiente, pero que excede los fines de este trabajo, que no busca profundizar en el concepto sino entender su uso en nuestro ordenamiento jurídico.

Para este fin, basta considerar que, en el derecho administrativo, se optó por hablar de caducidad de las acciones, en lugar de prescripción²⁵: “el fenómeno que se presenta en derecho administrativo -dice, por ejemplo, Sierra Jaramillo- es el de la caducidad, no así el de la prescripción, que es una figura propia del derecho civil”²⁶.

Me parece que es, precisamente, el recurso a la doctrina, lo que introdujo la caducidad en nuestro derecho, más para asumir lo que los textos decían, que por un mandato normativo o una cabal comprensión del concepto.

En efecto, para la ley que regulaba el proceso contencioso administrativo, las acciones (recursos, en la terminología original) se extinguían por prescripción. Es lo que se desprende del mandato del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa²⁷, que se refiere a la imposibilidad de alegar prescripción, no caducidad, en el caso del llamado recurso objetivo o de anulación. También la segunda disposición transitoria contiene una regla sobre la prescripción de acciones, durante el período inmediatamente anterior a la promulgación de la ley.

25 Hay también procesalistas que, a partir de la idea de la acción como autónoma y diferente del derecho sustancia, establecen que la caducidad se relaciona con la acción y la prescripción con el derecho sustancia. Es el caso, por ejemplo de DEVIS ECHANDÍA (H. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, 2004, p. 364). En el Ecuador, ALFONSO TROYA CEVALLOS, aunque no habla de caducidad, distingue la acción, como derecho subjetivo público, del derecho material, que considera facultad; la acción, dice, “es un acto de voluntad que corresponde a cuantos, sin salirse de la buena fe ..., creen adoptar una postura jurídica razonable ante la autoridad para ser oídos, así realmente no estén asistidos del derecho material que suponen tener en contra de un sujeto al que creen obligado. Pero una cosa es ejercer el derecho de acción y otra que la acción que ejercitamos reúna los requisitos indispensables para ser admitida definitivamente en sentencia” (A. TROYA CEVALLOS, *Elementos del Derecho Procesal Civil*, Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1976, tomo I, pp. 115-116).

26 F. SIERRA JARAMILLO, *Derecho Contencioso Administrativo*, Editorial Temis, 1978, p. 75.

27 RO 338, 18/03/1968.

Sin embargo, en 1974, el Tribunal Contencioso Administrativo, basándose en la doctrina colombiana²⁸, estableció que en el caso de las acciones contencioso administrativas debe hablarse de caducidad²⁹. Lo que le interesa al Tribunal, en este caso, no es tanto explicar las razones para ello, o dejar sentado un concepto de caducidad, sino resaltar las diferencias entre esta última y la prescripción.

Lo que distingue la caducidad de la prescripción es que la primera extingue, restringe o modifica el derecho de acción, mientras que la prescripción supone que el titular no ha ejercido ese derecho en cierto tiempo por causas que le son imputables. La caducidad afecta a una acción cuyo ejercicio es fundamental para el reconocimiento del derecho, mientras que la prescripción afecta a la acción de un derecho perfecto y existente³⁰.

La explicación no es lo suficientemente clara ni señala la utilidad de contar con dos conceptos diferentes; lo que le preocupa al Tribunal es asumir que el transcurso del tiempo extingue las acciones contencioso administrativas de derecho, aunque no se haya presentado la excepción correspondiente, sin que exista posibilidad de interrumpir los plazos.

[...] los plazos para accionar están prefijados en forma objetiva, es decir sin consideración a situaciones personales del interesado; si los deja transcurrir sin presentar la demanda, el derecho de la acción caduca, se extingue inexorablemente, sin que se pueda alegar para revivirlo excusa alguna, ya que esos plazos no son

28 La sentencia, en la que se cita el Derecho Contencioso Administrativo Colombiano de MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ.

29 Ya en 1968, el Tribunal Contencioso Administrativo se había referido a la caducidad, pero a partir de circunstancias concretas derivadas de las regulaciones de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (RO 198, 06/03/1964), cuyos artículos 76 y 77 establecía una particular diferencia entre caducidad y prescripción, que puede ser interesante a la hora de profundizar en la historia y alcance de la institución, pero que no viene al caso en el tema que nos ocupa; vale la pena anotar que los dos artículos se mantienen vigentes, como artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica de Servicio Público (RO S. 294, 06/10/2010). G. ESPINOSA, *Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativa*, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 1992, p. 92. La sentencia se dictó el juicio Cárdenas c. Alcalde de Ambato, 13/98/1968. Según el diccionario jurisprudencial que se cita, idéntico razonamiento consta en las sentencias pronunciadas en los juicios Boloña c. Ministerio de Agricultura y Ganadería y De la Torre, c. Ministerio de Agricultura y Ganadería, 29/10/1969 y 20/02/1970.

30 G. ESPINOSA, *Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativa*, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 1992, pp. 92-93. La sentencia se dictó el juicio Cattani c. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, 24/01/1974. El mismo criterio se expresó en el caso Muzzio c. Consejo Provincial del Guayas, 04/02/1982.

susceptibles de interrumpirse; y, al contrario de lo que ocurre con la prescripción, la caducidad solamente se interrumpe con la presentación de la demanda, pues en la caducidad se considera únicamente el derecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado en la norma, prescindiendo de la razón subjetiva³¹.

Como puede verse, no se plantea discusión alguna en relación con nuestro derecho positivo; este queda de lado y lo que se hace es echar mano de la doctrina para introducirla, sin beneficio de inventario, en el ordenamiento ecuatoriano.

En una sentencia del año siguiente, 1975, aparece la que, a mi juicio, es la razón fundamental para proceder de este modo. Después de una explicación poco clara, similar a la transcrita con anterioridad, el Tribunal concluyó que, “aunque no se ha deducido la correspondiente excepción, se declara inadmisibile la demanda por caducidad de orden público y debe reconocérsela de oficio”³². Lo que estaba en juego, sin duda, era la posibilidad de inadmitir demandas presentadas fuera de plazo, incluso cuando quien debía excepcionarse, no lo hiciera.

Efraín Pérez cita sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo de las que se desprende que, en la década de los ochenta, se modificó el criterio y se desechó la idea de la caducidad. Esta última, se dice, es extraña al derecho contencioso administrativo ecuatoriano y lo que opera es la prescripción, no la caducidad³³.

Lo mismo ocurrió, en un primer momento, con la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia cuando esta, sustituido el Tribunal Contencioso Administrativo Nacional por los tribunales distritales, se convirtió en instancia de casación de las sentencias de estos últimos. En una sentencia de 1994 la Sala, sin explicar los motivos, sostuvo que las acciones no caducan, sino que prescriben³⁴.

31 G. ESPINOSA, *Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativa*, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 1992, p. 93. La sentencia se dictó en el juicio Cattani c. Instituto Ecuatoriano de Seguridad social, 24/01/1974.

32 G. ESPINOSA, *Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativa*, Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 1992, pp. 92-93. La sentencia se dictó en el juicio Silva c. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, 16/09/1975.

33 E. PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, p. 150.

34 Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 15/03/1994, GJ XVI, 2, 458, considerando tercero.

Pero, desde los años finales del siglo pasado, varias sentencias de la Sala Contencioso Administrativa consideraron como correcto afirmar, no que las acciones contencioso administrativas prescribían, sino que caducaban³⁵, debiendo declararse la caducidad incluso de oficio³⁶. La jurisprudencia, sin embargo, no establece la razón de ser de la caducidad, no explica por qué esta última es necesaria en el derecho administrativo ni justifica la necesidad de contar con dos instituciones diferentes (caducidad y prescripción). Parte, sencillamente, de las diferencias, como en esta sentencia de 2004 en la que deja en claro que su criterio es vinculante para los tribunales de instancia:

la caducidad “per se” es diferente de la prescripción, pues, aquella es de carácter objetivo, no mira ni acepta situaciones personales que justifiquen la inacción dentro del lapso legal prefijado, mientras la prescripción es de índole subjetivo. Asimismo que la caducidad opera “ipso jure” y es declarable de oficio; en tanto que la prescripción debe ser alegada e invocada a su favor por quien quiere aprovecharse de ella. Así se ha pronunciado la Sala en innumerables causas y, por lo mismo, su criterio es vinculante para los Tribunales de instancia³⁷.

Las diferencias con la prescripción, y no la institución en si, son también el tema central en la exposición que del tema hace Efraín Pérez. “La importancia práctica que distingue la caducidad de la

35 Véase, por ejemplo, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 05/04/1999, RO 236, 19/07/1999, considerando quinto; 11/01/2001, RO 332, 23/05/2001, considerando cuarto.

36 Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 11/01/2001: “La excepción de caducidad es alegada por el demandado en la contestación del libelo y aún cuando no hubiere sido alegada expresamente, es obligación del Juez administrativo pronunciarse al respecto”. RO 332, 23/05/2001, considerando cuarto. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 04/02/2003: “No habiendo el actor impugnado el acto administrativo final sino tan solo el acto inicial, bien hizo el Tribunal “a quo” al considerar la fecha de la notificación del acto impugnado como la inicial para establecer el término que tenía el actor para deducir el recurso contencioso administrativo, y habiendo superado el de noventa días que consagra el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, era de su obligación declarar la caducidad y en consecuencia desechar la demanda. Por lo tanto, no hay errónea interpretación del artículo 65 de la ley de materia”. RO 78, 09/05/ 2003, considerando tercero.

37 Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 26/04/2004, GJ, XVII, 15, 5209. En 2006, una nueva sentencia afirmará que “en la caducidad no puede atenderse a razones de índole subjetivo, como negligencia del titular y aún imposibilidad, sino únicamente el hecho objetivo, falta de ejercicio de la acción en el término legal” (Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 07/12/ 2006, RO Ed. Esp. 25, 06/03/2008).

prescripción en el proceso administrativo es que la caducidad es una noción objetiva”, dice, para afirmar enseguida que la prescripción “puede depender de hechos exteriores y por tanto interrumpirse, la caducidad no”³⁸.

Cabe preguntar, sin embargo, si estas diferencias justifican la existencia de dos instituciones separadas o podrían generar, más bien, casos especiales de prescripción. Para ello habría que entrar en algo que no he encontrado ni en nuestra jurisprudencia, ni en nuestra doctrina: el análisis de la razón de ser de la caducidad de las acciones en el derecho administrativo ecuatoriano.

Un análisis como el que hace, por ejemplo, Guido Santiago Tawil, cuando afirma que la distinción entre prescripción y caducidad es el resultado de la necesidad de “asegurar la estabilidad de las decisiones administrativas y evitar una prolongada incertidumbre respecto de los efectos derivados del obrar administrativo”³⁹. Esto explica las características que se asignan a la caducidad y los plazos cortos que se establecen para la misma, lo que a juicio de Tawil solo consolida y fomenta la arbitrariedad administrativa⁴⁰.

4. LOS LEGISLADORES SE AFERRAN A LA PRESCRIPCIÓN, PERO LOS JUECES NO ABANDONAN LA CADUCIDAD

El 22 de mayo de 2015 se promulgó el Código Orgánico General de Procesos, que entraría en vigor un año después, en mayo de 2016⁴¹. Este Código modificó la clasificación que de las excepciones hacía el Código de Procedimiento Civil y, en el artículo 153(7) agregó, entre las que denomina previas, a la caducidad, que no era considerada en la anterior regulación procesal.

38 E. PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, p. 150.

39 G.S. TAWIL, *Administración y Justicia. Alcance del Control Judicial de la Actividad Administrativa*, Ediciones Depalma, 1993, tomo II, p. 171. El autor cita a MAIRAL, para dejar en claro que mientras la prescripción “conduce a la inexigibilidad de un derecho, que nació perfecto, como sanción por su no ejercicio durante un plazo por lo general prolongado; la caducidad, en cambio, provoca la extinción de un derecho que ya nació temporalmente limitado, atento al interés general en su rápido ejercicio, de donde su carácter automático y la irrelevancia de las situaciones subjetivas”.

40 G.S. TAWIL, *Administración y Justicia. Alcance del Control Judicial de la Actividad Administrativa*, Ediciones Depalma, 1993, tomo II, p. 181.

41 RO S. 506, 22/05/2015.

Lo único que se hizo, sin embargo, fue mencionar la institución, a la que solo se hacía referencia, adicionalmente, para fijar un término de caducidad para las providencias preventivas (artículo 133) y, otra vez juntándola con la prescripción, al disponer que en los casos de nulidad por incompetencia no se compute, para fines de caducidad, el tiempo entre la citación y la declaratoria de nulidad (artículo 13). Nada dice el Código sobre lo que entiende por caducidad y cómo se la distingue de la prescripción.

Pero, a diferencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que no escogía un término para referirse a la extinción de las acciones contencioso administrativas, el nuevo Código optó expresamente por la prescripción al disponer, en su artículo 307, que era responsabilidad del juez verificar que las demandas se presenten dentro del tiempo previsto para el ejercicio de la acción e inadmitirlas cuando hubiere operado “la prescripción del derecho a ejercer la acción”.

Pero si el código procesal parece optar por la prescripción, aunque la redacción del artículo 307 no es muy feliz, la jurisprudencia definió con carácter obligatorio la necesidad de hablar de caducidad. En efecto, a medio camino entre la promulgación del Código y su entrada en vigencia, la Corte Nacional de Justicia declaró, como precedente obligatorio, que las acciones contencioso administrativas caducan y que, cuando se trata de ellas, no puede hablarse de prescripción⁴².

Otra vez, el centro del problema se puso en las características de la caducidad y en la necesidad de que los jueces inadmitan a trámite, incluso sin que medie petición de parte, las demandas presentadas una vez vencido el plazo previsto para hacerlo en la vía contencioso administrativa.

Tomar esto en cuenta es importante a la hora de establecer si hay contradicción entre lo resuelto por la Corte Nacional de Justicia y el mandato del artículo 307 del Código Orgánico General de Procesos. En realidad, en la medida en que el precedente jurisprudencial apunta menos a la caducidad como tal, que al efecto que pueda tener

42 Corte Nacional de Justicia, *Resolución 13-205*, RO S. 621, 05/11/2015.

el plazo para accionar, hay plena correspondencia entre el precedente y el ya citado artículo 307 que, si bien habla de prescripción y no de caducidad, dispone para la primera los mismos efectos que la resolución de la Corte Nacional asigna para la segunda.

En otras palabras, si bien cambió la terminología, el resultado final siguió siendo el mismo.

Para entender esto hay que introducirse en la cabeza de nuestros abogados. En ella entró fácilmente, desde las aulas universitarias, la idea de la prescripción, claramente definida y fácilmente entendible, mientras que este bicho raro de la caducidad no acaba de mostrarse con claridad; las explicaciones se vuelven ininteligibles y nadie sabe a ciencia cierta en qué mismo consiste, por lo que resulta preferible refugiarse en el seno familiar de la prescripción.

La caducidad acabó siendo algo que flota en la doctrina, que se sabe que existe y debe ser tomado en cuenta (es necesario mencionarla, entonces), pero que, en la medida en que no se entiende, intimida; puede ser nombrada pero, en la práctica, es preferible dejarla de lado. Ahí que esté, como dice el dicho popular.

Y, como se vio en su momento, la caducidad aparece en varios textos legislativos, muchas veces en compañía de la prescripción; se la nombra, pero no se le da sustancia ni vida propia.

El problema, a la larga, acaba siendo meramente terminológico. En efecto, el artículo 307 convierte en secundario el nombre que se utilice para referirse a la institución pues señala con claridad que el efecto del vencimiento del plazo es el mismo que nuestra jurisprudencia contencioso administrativa ha venido asignando a la caducidad: la necesidad de declararla, aún de oficio.

La regla, entonces, está claramente definida y nada en ella cambia si optamos por ser más fieles al texto de la ley, y hablar de prescripción, o preferimos apegarnos más a la terminología apreciada por el derecho administrativo, y con ella a lo resuelto por la Corte Nacional, y optamos por afirmar que esa prescripción es, en realidad, una caducidad. Por eso hay autores que incluso sostienen que, aquello de lo que habla el varias veces citado artículo 307, es

caducidad, debiendo atribuirse la referencia a la prescripción a “una falta de técnica de redacción legislativa”⁴³.

Y esto es así, incluso en el caso de que, como hace Jorge Zavala Egas, le demos un alcance diferente al artículo 307. Según el autor citado, el Código General de Procesos no afecta la caducidad de las acciones contencioso administrativas, y se refiere únicamente a las materias especiales que son competencia de los jueces contencioso administrativos, como las que se refieren a “derecho marcario, patentes, derecho de competencia, etc.”⁴⁴.

A mi juicio, aunque la deficiente redacción de la norma puede abrir la posibilidad anotada, al analizarla a fondo se ve que aceptar esta interpretación sería tanto como establecer distinciones que carecen de sentido. En efecto, qué sentido tiene decir que en unos casos, las clásicas acciones contencioso administrativas, la acción caduca, y en otros, las especiales, prescribe, si en uno y otro caso el resultado es el mismo. Sería tanto como afirmar que una cosa es una cosa y otra cosa es ... la misma cosa anterior.

El problema no tiene que ver con el concepto utilizado, porque aún optando por el de prescripción, los efectos serán los mismos que nuestra jurisprudencia ha venido asignando a la caducidad. Se trata, más bien, de dar respuesta a dos preguntas: ¿A qué casos se aplica el término para plantear la acción en controversias contractuales, establecido por el artículo 306(3) del Código Orgánico General de Procesos? ¿Cómo debe procederse en el caso de controversias sometidas a la jurisdicción arbitral?

5. CUESTIÓN DE PLAZOS ... Y CONTRATOS

Como se ha visto, la discusión acerca de si a los plazos para demandar en el caso de controversias en las que interviene la Administración Pública se aplica la prescripción o la caducidad, carece de utilidad práctica. Lo que importa es determinar cuáles son

43 M. COSTA CEVALLOS, *Las acciones contencioso administrativas en el Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017, p. 171.

44 J. ZAVALA EGAS, *Código Orgánico General de Procesos COGEP. Notas de Estudio*, Murillo Editores, 2016, p. 282.

esos plazos y en qué medida se aplican cuando las controversias deben ser resueltas por la jurisdicción arbitral.

Esto último, me parece, no reviste mayor dificultad. Las normas que regulan el arbitraje no incluyen disposición alguna en relación con plazos para presentar las demandas, así que lo que corresponde es aplicar las reglas generales que rigen para cada caso. Si tomamos en cuenta que, cuando se trata de la Administración Pública, la posibilidad de arbitrar controversias se concreta a las relaciones jurídicas de carácter contractual⁴⁵, habrá que consultar los plazos para accionar cuando la controversia tenga su origen en contratos celebrados con la Administración.

La primera norma a la que debemos acudir es la del Código Orgánico General de Procesos, cuyo artículo 306, al regular los términos y plazos dentro de los cuales se deben presentar las diversas acciones contencioso administrativas, dispone en su número 3 que, en materia contractual, “se podrá proponer la demanda dentro del plazo de cinco años”.

¿Cuál es la materia contractual a la que se refiere la norma citada? Indudablemente, la que es de competencia de los jueces encargados de conocer las acciones contencioso administrativas, conforme las reglas del Código Orgánico de la Función Judicial⁴⁶.

El artículo 217(4) de este último confiere, a los jueces contencioso administrativos, competencia para conocer “y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado ... y ... todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado”. Los recursos de casación contra las sentencias que se dicten en estos casos, deberá resolverlos la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, tal como lo dispone el artículo 185(2) del mismo Código.

Esta respuesta, sin embargo, no resuelve el fondo de la pregunta. Los contratos a los que se refiere la competencia de los

⁴⁵ Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 4(b), RO 417, 14/12/2006.

⁴⁶ RO S. 544, 09/03/2009.

jueces contencioso administrativos ¿son todos los que celebran las instituciones del Estado o solo un grupo determinado de ellos?

Personalmente, no veo que las normas del Código Orgánico de la Función Judicial hagan distinciones. Si bien la primera parte del número 4 del artículo 217 habla de contratos administrativos, al final se refiere a los contratos en general, como lo hace también el artículo 185(2) al hablar de “contratos celebrados entre el Estado o las instituciones del sector público y los particulares”.

Creo, por eso, que la competencia que se confiere a los jueces contencioso administrativos abarca la totalidad de los contratos celebrados por la Administración salvo, evidentemente, los sometidos a jueces especializados; el ejemplo más claro es el de los contratos de trabajo.

Sin embargo, no es ese el criterio que se ha definido como obligatorio. En mayo de 2015, una Resolución del pleno de la Corte Nacional de Justicia estableció que los jueces contencioso administrativos son competentes para conocer controversias contractuales “únicamente cuando el contrato sea de materia administrativa”⁴⁷. Siendo así, y aunque la terminología de la Corte no sea precisa, es claro que se refiere a los contratos administrativos, esto es, a los que pueden ser considerados como tales y no a cualquier contrato en el que una de las partes sea una institución del sector público.

¿Cuáles, de los contratos que celebra la Administración, pueden ser calificados como contratos administrativos?

Nuestra jurisprudencia ha tratado de establecer los requisitos a partir de los cuales se podría calificar a un contrato como administrativo⁴⁸, pero prefiero no detenerme en ello y pasar directamente a la definición que contiene el Código Orgánico Administrativo, que fue tomada de la que, con un ámbito de aplicación más restringido, constaba en el Estatuto del Régimen

47 Corte Nacional de Justicia, *Resolución 04-2015*, RO S. 513, 02/06/ 2015.

48 Desarrollo este tema en J.P. AGUILAR ANDRADE, “El concepto de contrato administrativo en el Ecuador”, en E. DE LA GUERRA y J. VILLACRESES VALLE (Coords.), *Análisis y Actualidad del Derecho Administrativo*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2022.

Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva⁴⁹, y que define como contrato administrativo “el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa”⁵⁰.

Hay quienes sostienen que esta definición implica considerar como administrativo a todo contrato que celebren el Estado o sus instituciones. Eso, sin embargo, no puede aceptarse, pues hay contratos que de ninguna manera pueden tener esa calidad, y vuelvo al ejemplo de los contratos de trabajo.

Me parece que la única interpretación que puede darse a este artículo, y que permite excluir problemas como el anotado, es la que considera que la referencia a contratos en los que una de las partes ejerce una función administrativa, toma en cuenta que nos encontramos ante contratos que no se celebran en pie de igualdad, sino con una parte revestida de poderes propios de una autoridad administrativa.

Esto empata plenamente con la forma en que, en la actualidad, se enfoca el que se denominaba problema de la “naturaleza del contrato administrativo”⁵¹ y que parte de considerar que no hay nada que convierta al llamado contrato administrativo, en una institución radicalmente distinta del contrato de derecho privado; todo lo contrario, el contrato administrativo es fundamentalmente un contrato y sus raíces están firmemente asentadas en el piso del derecho civil. Sin embargo, en determinados casos, la ley no solo permite que la Administración contrate sino que, por motivos de orden público, lo haga revestida de poderes de autotutela; cuando esto ocurre aparecen eso que García de Enterría y Fernández llaman modulaciones de la institución contractual⁵², que afectan la igualdad de los contratantes y confieren a la Administración poderes no reconocidos a su contraparte, justificados por la necesidad de proteger el interés colectivo.

Cuando el artículo 125 del Código Orgánico Administrativo califica como contrato administrativo a aquel en el que una de las

49 RO 536, 18/03/2002.

50 RO 2. S. 31, 07/07/ 2017.

51 En realidad, los llamados contratos administrativos no tienen una “naturaleza”, sino características particulares asignadas por el ordenamiento jurídico.

52 E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 2001, t. I, p. 681.

partes (y no distingue si esta última es una persona de derecho público o de derecho privado), “ejerce una función administrativa”, no está haciendo otra cosa que diferenciar los casos en que el contrato lo celebra una entidad administrativa en pie de igualdad con su contratante y bajo las reglas del derecho privado, de aquellos en que una persona de derecho público o de derecho privado actúa revestida de poderes administrativos, de poderes de autotutela, que puede activar en el curso de la ejecución contractual y que, en consecuencia, le colocan en una relación de superioridad frente a su cocontratante.

La norma que comento, entonces, no hace otra cosa que acoger, sin mencionarla, la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, siendo la presencia de poderes de autotutela en la ejecución contractual, las cláusulas exorbitantes, el elemento que permite diferenciar a los unos de los otros.

En otras palabras, el ordenamiento jurídico ecuatoriano considera que son contratos administrativos aquellos en los que, en virtud de la presencia de las llamadas cláusulas exorbitantes, una de las partes está autorizada para ejercer, en el curso de la ejecución contractual, poderes de autotutela.

Según lo dicho, si la controversia sometida a la jurisdicción arbitral deriva de contratos administrativos, el plazo para accionar es el de cinco años al que se refiere el artículo 306(3) del Código Orgánico General de Procesos. Pero si el contrato no puede ser considerado como administrativo, las normas aplicables serán las que regulan la prescripción en el Código Civil.

En el primer caso, evidentemente, el efecto del vencimiento del plazo de cinco años será la caducidad o la prescripción, llamémosla como queramos, que los jueces están obligados a declarar, aunque no se haya alegado una u otra.

No hay, según esto, razón para embrollarse en el tema de los plazos para accionar, ya en lo contencioso administrativo, ya en la jurisdicción arbitral. Lo que sí resulta necesario es tomar por los cuernos al toro de la caducidad, definir si hay razones para conservarla como modo de extinción de las acciones y, de ser así, configurarla adecuadamente, dejando en claro por qué la prescripción es una cosa y la caducidad otra.

Pero esa es otra tarea y habrá que enfrentarla en otra oportunidad.

