

# PLANTEAMIENTO JURIDICO DE EMELEC ANTE PROVIDENCIA DICTADA POR EL PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

**Por: Dr. Hernán Pérez Loose**

SEÑORES PROCURADOR GENERAL Y MINISTRO FISCAL  
DEL ESTADO:

**FERNANDO ASPIAZU SEMINARIO**, en mi calidad de Presidente y Apoderado de Empresa Eléctrica del Ecuador Inc., ante ustedes respetuosamente comparezo y solicito:

## **1.- ANTECEDENTES:**

**1.1.-** El día 13 de enero de 1993 el entonces Ministro Fiscal General, Encargado, Dr. Alfredo Alvear Enríquez presentó una excitativa al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, solicitando la iniciación del pertinente proceso penal por la comisión de hechos calificados como punibles por aquel funcionario del Ministerio Público, en contra del ex-Ministro de Energía y Minas, Dr. Rafael Almeida Mancheno y los ciudadanos que actuaron en calidad de árbitros, como consecuencia del compromiso suscrito entre el Estado ecuatoriano y EMELEC el 21 de febrero de 1992.

**1.2.-** El día 24 de marzo de 1993 el Presidente de la Corte Suprema de Justicia expidió el respectivo auto por el cual "desestima" la excitativa fiscal y "se abstiene de iniciar sumario penal" en contra del ex-Ministro de Energía y Minas, Dr. Rafael Almeida Mancheno, pero expresando diversos razonamientos de orden jurídico se pronuncia sobre "el convenio o compromiso arbitral" y, consecuentemente, sobre el "laudo arbitral".

**1.3.** En fecha posterior el Ministro Fiscal General solicita al Presidente de la Corte Suprema la revocatoria de su auto.

1.4. En respuesta a tal petitorio el Presidente de la Corte Suprema de Justicia expide otro auto por el cual niega lo solicitado por el Ministro Fiscal General y se ratifica en su providencia de 24 de marzo de 1993.

## **II. - FUNDAMENTOS PARA LA COMPARECENCIA DE EMPRESA ELECTRICA DEL ECUADOR INC. (EMELEC)**

II.1.- La fundamentación jurídica que surge naturalmente de lo antes expresado es que la Empresa que represento fue parte compromitente principal en el convenio de arbitraje celebrado con el Estado ecuatoriano el 21 de febrero de 1992, y consecuentemente, parte obligatoriamente vinculada al laudo que expidieron los árbitros, con la respectiva ampliación, el 3 de julio de 1992.

**11.2.-** También el fundamento para nuestra comparecencia se encuentra en el hecho que la empresa, como era su obligación, ejecutó el laudo ejecutoriado y, por ende, pasaron a ser sus normativas derecho subjetivo de ésta, constituyendo cualquier impugnación contra la validez del compromiso o del laudo una acción que podría vulnerar tal derecho subjetivo, lo cual es suficiente para legitimar nuestra comparecencia ante cualquier órgano del poder público que tenga facultad de dictamen o pronunciamiento sobre la materia.

11.3.- Adicionalmente, este escrito contiene pretensiones concretas en el orden jurídico, las mismas que tienden a amparar los derechos de la empresa que represento, lo cual constituye una conducta que se encuentra garantizada por la Constitución de la República en el Art. 19, N<sup>o</sup> 10 para toda persona natural o jurídica.

## **III.- LOS PRONUNCIAMIENTOS JURIDICOS DEL PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, LESIVOS A LOS DERECHOS DE EMPRESA ELECTRICA DEL ECUADOR INC. (EMELEC)**

El Presidente de la Corte Suprema de Justicia afirma lo siguiente:

III.1.- "... No obstante considera de su deber advertir que la excitativa fiscal alude a acontecimientos que han concitado la atención de la opinión pública, tanto en referencia al convenio o compromiso arbitral suscrito por el entonces Ministro de Energía y Minas, doctor Rafael Almeida Mancheno y por el Señor Procurador General del Estado, respecto de su validez legal, como de las trascendencia y validez también del laudo arbitral emitido por los señores jueces arbitros..."

Expresa a continuación:

111.2.- ... Por ello haciendo homenaje a las normas constitucionales de los Arts. 39 y 85 debe declarar en esta providencia que por imperio del Art. 73 de la misma Carta Política, el Presidente de la República es el único representante del Estado que puede y debe actuar a su nombre...", premisa que lo induce a citar y transcribir los artículos 137 de la Constitución, 1725, 1726 y 1505 del Código Civil.

111.3.- Remitiéndose a esas normas constitucionales y legales el señor Presidente de la Corte Suprema concluye afirmando que "no siendo de competencia del Juez Penal que examina la excitativa fiscal en referencia, pronunciarse sobre la cuestión de fondo de la legitimidad de los actos administrativos y laudo arbitral, a fin de juzgar sobre lo que la Ley considera de nulidad absoluta y sin efectos jurídicos, puesto que corresponde a la jurisdicción civil, compete al Ministerio Público en interés de la moral y de la Ley, pedir al Juez competente que declare dicha nulidad absoluta, para lo cual dispongo que el Señor Secretario General de la Corte Suprema remita de inmediato al señor Procurador General del Estado doctor Carlos Larreátegui Mendieta y al señor Ministro Fiscal General del Estado doctor Fernando Casares Carrera, copia auténtica de toda la documentación acopiada en este Despacho para los efectos indicados..."

#### **IV.- LOS SUPUESTOS JURIDICOS DEL SEÑOR PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:**

#### **IV.- LA REPRESENTACION DEL ESTADO EN LA CELEBRACION DE UN COMPROMISO DE ARBITRAJE**

La tesis del Presidente de la Corte Suprema en cuanto a que "el Presidente de la República es el único representante del Estado, que puede y debe actuar a su nombre..." es una aseveración inaceptable desde el punto de vista jurídico-constitucional y, en consecuencia, jurídico-administrativo. Y para demostrar ello es necesario exponer lo siguiente:

A. El Art. 73 de la Constitución Política dice:

"La Función Ejecutiva es ejercida por el Presidente de la República, quien representa al Estado..."

Es toda claridad que la norma Constitucional asigna al órgano "Presidente de la República", primero, su característica de ser unipersonal, es decir no tiene el Ecuador como jefe del Ejecutivo un órgano colegiado. Y es, además ese órgano unipersonal el superior que representa al Estado ecuatoriano en su actividad política o de gobierno. Ello es consecuencia de haberse definido nuestro gobierno como "presidencial" en el Art. 1 de la misma Carta Fundamental, pero no implica, ni podrían haberse imaginado siquiera nuestros constituyentes, que se llegaría a pensar que él es el único representante del poder administrador del Estado. La representación a la que alude la Constitución en el Art. 73 es aquella con respecto a la comunidad internacional, en la guerra y en las relaciones con órganos de poder autónomos como los seccionales y otros. En esos casos representa al Estado como unidad jurídico-política y, en efecto, es el "único" que lo hace con legitimidad. Todo ello, repetimos, en la esfera de la representación de la unidad política del Estado.

Pero, además, la función del órgano "Presidente de la República" es la de ser el director superior de la Administración Pública. Nuestra Constitución ha unido en este órgano estas atribuciones que

le atribuye con carácter funcional de autoridad máxima: la actividad política o gubernativa y la administrativa.

Por tanto éstas y ninguna otra son las conclusiones que podemos extraer del Art. 73 de la Constitución: 1. El órgano "**Presidente de la República**" es el representante de la unidad jurídico-política del Estado ecuatoriano y, 2. Es el Jefe Superior de la Administración Pública.

**B. Ya en** la esfera de la función administrativa el Presidente de la

República no es un órgano unipersonal. "Aunque de ordinario se reputa al Jefe del Estado como el órgano superior de la administración; según las normas que dicen asignárselas, aquél no es por sí solo órgano de la administración, puesto que para los actos referentes a ella requiere de la cooperación de otros órganos, llamados comúnmente "ministros"... "(BORJA Y BORJA, Ramiro) y, en efecto, en nuestro sistema jurídico con rango constitucional, se encuentran los **Ministros Secretarios de Estado** (Art. 85) que representan a su superior (Presidente de la República) "en los asuntos atinentes al Ministerio a su cargo...". Ello basta para entender que los Ministros son los órganos jerárquicos superiores en el área de sus actividades, en representación del Presidente de la República. Representación que la Constitución otorga en forma amplia y que es de su sola y exclusiva responsabilidad. Así lo establece nuestra Carta Política cuando expresa en el mismo Art. 85 que los Ministros "responden por los actos y contratos que realicen en el ejercicio de esa representación, de acuerdo con la Ley". El citado Art. 85 de la Constitución, en consecuencia, confiere a los órganos-Ministros de Estado la representación del Presidente de la República y los hace responsables de los actos y contratos que celebren en su ejercicio.

C.- La tesis del señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia

queda, en consecuencia pendiente de una respuesta, **qué sucede con la aplicación del Art. 20, N° 9 de la Ley de Régimen Administrativo que data del año 1959?** Una respuesta extensa nos llevaría a revisar la historia del órgano "Ministros Secretarios de Estado" en

1.4. En respuesta a tal petitorio el Presidente de la Corte Suprema de Justicia expide otro auto por el cual niega lo solicitado por el Ministro Fiscal General y se ratifica en su providencia de 24 de marzo de 1993.

## **II.- FUNDAMENTOS PARA LA COMPARECENCIA DE EMPRESA ELECTRICA DEL ECUADOR INC. (EMELEC)**

II.1.- La fundamentación jurídica que surge naturalmente de lo antes expresado es que la Empresa que represento fue parte compromitente principal en el convenio de arbitraje celebrado con el Estado Ecuatoriano el 21 de febrero de 1992, y consecuentemente, parte obligatoriamente vinculada al laudo que expidieron los árbitros, con la respectiva ampliación, el 3 de julio de 1992.

11.2.- También el fundamento para nuestra comparecencia se encuentra en el hecho que la empresa, como era su obligación, ejecutó el laudo ejecutoriado y, por ende, pasaron a ser sus normativas derecho subjetivo de ésta, constituyendo cualquier impugnación contra la validez del compromiso o del laudo una acción que podría vulnerar tal derecho subjetivo, lo cual es suficiente para legitimar nuestra comparecencia ante cualquier órgano del poder público que tenga facultad de dictamen o pronunciamiento sobre la materia.

11.3.- Adicionalmente, este escrito contiene pretensiones concretas en el orden jurídico, las mismas que tienden a amparar los derechos de la empresa que represento, lo cual constituye una conducta que se encuentra garantizada por la Constitución de la República en el Art. 19, N° 10 para toda persona natural o jurídica.

## **III.- LOS PRONUNCIAMIENTOS JURIDICOS DEL PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, LESIVOS A LOS DERECHOS DE EMPRESA ELECTRICA DEL ECUADOR INC. (EMELEC)**

**El Presidente de la Corte Suprema de Justicia afirma lo siguiente:**

e nuestro sistema jurídico, pero de esa revisión sólo llegaríamos a la misma conclusión que ahora afirmamos: antes de la actual Constitución no existía la representación del Presidente de la República, en la persona de los Ministros, para celebrar "actos y contratos". El Presidente era el único representante de la Administración Pública, era como decía algún autor el "Gerente del Estado". Por esa razón, en esas épocas, los Ministros intervenían en "actos y contratos" siempre a nombre del Presidente de la República, previa expedición del Decreto respectivo (Art. 20, N<sup>o</sup> 9) LRA). Mas ello desapareció con la vigencia de la actual Constitución y, por ende, la invalidez superviniente de esa norma de la Ley de Régimen Administrativo se concluye de la simple lectura del Art. 137 de la Constitución Política, el mismo que, paradójicamente, es citado por el Señor Presidente de la Corte Suprema y que estipula: "La Constitución es la ley suprema del Estado. Las normas secundarias y las demás de menor jerarquía deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tienen valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteraren sus prescripciones".

D.- La demostración de esta realidad jurídica se encuentra en las actuales leyes administrativas, como la Orgánica de Administración Financiera y Control y la de Contratación Pública. La primera cuando en su Art. 24, N<sup>o</sup> 11 expresa que es atribución del Ministro de Finanzas "intervenir, **en** representación del Presidente de la República, en la celebración de los contratos que interese a la administración financiera nacional, exceptuados los que por su disposición expresa de la Ley corresponden a otro ministro". Es decir, **siempre corresponde** intervenir en la celebración de los contratos **a un ministro, en representación del Presidente de la República**. En igual forma concluyente lo expresa la Ley de Contratación Pública cuando en su Art. 59 expresa que "para los efectos de esa Ley, concédese capacidad para contratar a los Ministros y demás Organismos del Estado **que tengan** presupuesto descentralizado. Los Ministros de Estado no requerirán de autorización por Decreto Ejecutivo para celebrar los contratos previstos por **el Art. 4 de esta Ley...**". E incluso en el inciso **final de la**

misma norma se concede facultad para que los Ministros de Estado puedan delegar a funcionarios de inferior jerarquía la celebración de los contratos.

E.- Todo esto nos demuestra sin lugar a duda alguna que en nuestro sistema administrativo, siguiendo la línea del Derecho Comparado, la regla general es que los Ministros no requieran autorización del Presidente de la República, vía decreto, para suscribir contratos inherentes a su ministerio, pues siempre actúan en su representación por mandato constitucional; por ello, la excepción es que así se lo exija la ley, como, por ejemplo, lo establecido en el ya citado Art. 59 de la Ley de Contratación Pública.

#### **CONCLUSION:**

Por lo expuesto es jurídicamente válido que el Ministro de Energía y Minas concurra, a nombre del Estado, facultado por los Arts. 39 y 85 de la Constitución, a suscribir un contrato sin que medie decreto alguno por parte del Presidente de la República, pues es su representante en lo atinente a ese contrato y actúa bajo su única y exclusiva **responsabilidad**.

#### **IV.2.- LA INTERVENCION DEL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO.**

No obstante quedar en claro que no existe vicio alguno en la comparecencia del ex Ministro de Energías y Minas, a nombre del estado, para suscribir un compromiso de arbitraje, debe quedar así también de diáfano que la comparecencia adicional del Procurador General del Estado era necesaria y fundamental, aun cuando el señor Presidente de la Corte Suprema la califique como "intervención oficiosa" (pág. 3 del auto). Pasamos a demostrar lo expresado:

A. El compromiso de arbitraje de 21 de febrero de 1992 fue consecuencia lógica de la cláusula compromisoria convenida en el contrato de concesión de 1925 entre la Municipalidad de Guayaquil y



EMELEC que, luego, fuera expresamente recogido como parte integrante del Decreto 580, publicado en el R. O. N° 716 de 22 de marzo de 1966. Es trascendente destacar que el Estado asumió los derechos y obligaciones de ese contrato de concesión por expreso mandato de la Ley Básica de Electrificación de 1973.

B. Lo importante es llegar a concluir cuál es la naturaleza jurídica de esa cláusula compromisoria y del compromiso. Sobre ello existe la doctrina de los tratadistas que en forma pacífica reconocen que se trata, la primera, de una convención entre las partes contratantes para someter sus futuros y eventuales litigios derivados de lo contratado a jueces privados denominados árbitros y, el segundo, al contrato por el cual efectivamente someten, las partes contratantes, tales litigios ya presentes o actuales a los árbitros. Lo cual, en sustancia, no significa otra cosa que un contrato por el que se conviene una jurisdicción especial. No entraremos a la discusión si se trata de una exclusión de la competencia o de la jurisdicción, sólo nos quedamos en la fórmula expuesta, pues ella basta para los efectos que queremos demostrar.

C. Se trata, el arbitraje, pues, de un proceso de heterocomposición de los litigios derivados de un contrato, a diferencia de la transacción que es esencialmente de autocomposición; pero queda sin lugar a la duda que el arbitraje es un proceso previsto por la Ley para resolver controversias entre las partes vinculadas por un contrato. Esencialmente, se trata de una renuncia de las partes al hacer valer sus derechos en un proceso judicial, pero para que los jueces obligatoriamente hagan cumplir esos derechos posteriormente. No olvidemos que lo que se cede a los árbitros es la capacidad de realizar las operaciones lógicas del juicio, pero jamás la posibilidad de hacer ejecutar sus decisiones. Ello se sigue reservando al poder jurisdiccional privativo del Estado. "En este orden, ninguna duda cabe que la función arbitral es un equivalente jurisdiccional que participa de la nota esencial de dicha función, es decir, la posibilidad de crear una norma individual conclusiva del conflicto y susceptible de ejecución. Aun sin potestades compulsorias, aun sin imperium, la actividad arbitral

tiene naturaleza jurisdiccional. Es cierto que limitada, aunque en el núcleo funcional más importante es la potestad decisoria de contenciones, comparte con la de los jueces ordinarios esa esencia resolutoria de conflictos..? (FORNACIARI, Mario Alberto).

D. Nuestro sistema jurídico asimila los árbitros a la condición de jueces. No de otra manera se explica que consten en la normatividad de la "Ley Orgánica de la Función Jurisdiccional (ahora Judicial)" (Arts. 87 al 93) y su procedimiento esté previsto como uno de los juicios especiales en el "Código de Procedimiento Civil" (Arts. 956 a 992). Sin perjuicio de las diferencias entre los árbitros de derecho y los árbitros arbitradores —que indudablemente existen— ambos son ciudadanos que sin investirse de ninguna función pública, ejercen, transitoria y convencionalmente, la misión de llevar a cabo las operaciones de conocimiento y resolución propia de los jueces. Luego, el compromiso que se celebra entre las partes para solventar sus controversias mediante el procedimiento del arbitraje tiene un claro contenido procesal, aun cuando sea, en parte, de efectos negativos, esto es, para renunciar a la competencia judicial. Pero también tiene efectos positivos como ser, por ejemplo, la constitución de la relación procesal de arbitraje, el compromiso de respetar el laudo y someter su ejecución a la Función Judicial, como así se hace en el compromiso de 21 de febrero de 1992 cuando en la Cláusula Tercera, literal g, se conviene en que el "Tribunal Arbitral, ejecutoriada la sentencia, remitirá el proceso al Presidente de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, para su ejecución...".

E. Cuando es el Estado el que suscribe un compromiso de arbitraje, éste renuncia en favor de los árbitros a que conozca de sus controversias la Función Judicial, pero conviene que la ejecución del fallo de aquéllos lo ejecute ésta, y, en consecuencia, el representante del Estado ya no sólo que puede ser el Ministro a cuya área corresponde la materia del contrato, sino necesariamente el Procurador General del Estado, pues éste es "el único representante judicial del Estado...", tal como lo expresa el Art. 111 de la Constitución Política. El Estado sólo está legítimamente representado por el Procurador General cuan-

do se trate de acciones judiciales, luego es de estricta interpretación que igual de necesaria es su comparecencia cuando se renuncia a la competencia judicial en favor de la competencia arbitral para dirimir controversias del Estado con particulares y se conviene, además, que la ejecución del laudo será competencia privativa **de la Función Judicial**.

e

F. En consecuencia, tampoco resulta verdadera la afirmación del señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de que la intervención del Procurador General del Estado en la celebración del compromiso de arbitraje fue "oficiosa".

#### CONCLUSION:

El Estado estuvo legítimamente representado en la celebración del compromiso de arbitraje que se celebró el día 21 **de febrero de 1992**, tanto por el Ministro de Energía y Minas, como por el Procurador General del Estado, por expresas disposiciones constitucionales.

#### IV.3.- LAS SUPUESTAS NULIDADES DEL COMPROMISO DE ARBITRAJE.

El señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia se refiere en distintas partes de su auto a que el compromiso de arbitraje suscrito el 21 de febrero de 1992 es un "acto administrativo", así cuando haciendo referencia a la supuesta intervención oficiosa del ex Procurador General del Estado "**en el mismo acto administrativo cuestionado**" y también cuando analizando su competencia expresa que "no siendo de competencia del Juez Penal que examina la excitativa fiscal en referencia, pronunciarse sobre la cuestión de fondo de la legitimidad de los actos administrativos y laudo arbitral..."

Creemos por ello que es preciso concluir sobre la naturaleza jurídica del compromiso de arbitraje y establecer sobre si se trata en verdad de un acto administrativo inválido que es lo esencial del proble-

ma jurídico planteado por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Para ese efecto establecemos lo siguiente:

A.- Cierta Sector de la doctrina en efecto hace comprensivo del concepto de acto administrativo a toda declaración de voluntad de la Administración Pública, sea ésta unilateral o bilateral y esa es la posición adoptada por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, pero aun cuando no la compartimos, ninguna trascendencia tiene tal postura para efectos del tratamiento de las nulidades de un contrato administrativo (llámese acto administrativo) pues se trata, en Derecho Administrativo, de una sola teoría de las nulidades, pues tal como lo dice una sentencia: "Los contratos administrativos son actos administrativos en la medida en que le son aplicables los principios de su teoría general".

B.- Establecido el marco de desarrollo del problema a tratar es preciso destacar que el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia en su auto, en forma por demás superficial, luego de afirmar equivocadamente que el Estado sólo puede ser representado por el Presidente de la República en la suscripción de un compromiso de arbitraje, se precipita a invocar tres disposiciones del Código Civil que ninguna aplicación tienen para el caso que se trata, no siquiera en la hipótesis que fuese cierto jurídicamente que el compromiso no debió ser suscrito, a nombre del Estado, por el Ministro de Energía y Minas y el Procurador General del Estado. "Las nulidades civiles invalidan los actos jurídicos privados. Por lo tanto, es importante señalar la conveniencia de su régimen propio y la inaplicabilidad del sistema de nulidades civiles en el derecho administrativo..." (DROMI, José Roberto). O también: "La invalidez de los actos administrativos importa, como consecuencia, el problema de su anulación que no puede ser resuelto a través de la aplicación automática de los artículos del Código Civil..." (FIORINI, Bartolomé A.). Asimismo: "... la aplicación de normas del Código Civil al derecho administrativo, no se hace llenando el vacío mediante la aplicación directa de la norma (subsidiariedad) sino a través de la adaptación e integración con los principios y normas del derecho administrativo (analogía)...." (CASAGNE, Juan Carlos).

e C. Luego, se hace preciso señalar que el compromiso de arbitraje es un contrato en que interviene, por una parte, el Estado del Ecuador, y, por otra, un concesionario de servicio público; también afirmar que aquel es derivación de la cláusula compromisoria pactada en el contrato de concesión de 1925 que fuera reconocido por el Estado, primero, por Decreto 580 y, luego, asumido por subrogación de conformidad a la Ley Básica de Electrificación. Todo lo cual nos lleva a concluir que para dirimir las controversias derivadas de ese contrato de concesión tenían las partes en forma natural que someterse a la jurisdicción contencioso-administrativa, pero por expresa voluntad de éstas -contenida en la cláusula compromisoria- se convino en el arbitraje cuyo objeto fue siempre materia administrativa.

D. El vicio que afectaría ese compromiso de arbitraje sería, según la errada apreciación del Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, la falta de un decreto del Presidente de la República que legalice la comparecencia del ex Ministro de Energía y Minas a la suscripción del indicado contrato. Pero aun en ese supuesto, decíamos, **ese** vicio no puede ser tratado bajo el prisma del Derecho Civil, sino del Derecho Público (Constitucional y Administrativo) y, en este particular error del Magistrado de Justicia, no se trataría sino de falta **de competencia** del órgano, que es el sujeto de derecho público contratante. Es decir, se está afirmando que el órgano que representa al **Estado en ese** compromiso de arbitraje no es el competente para hacerlo. O **más** específico aún, el órgano Ministro y el órgano - Procurador General no eran competentes para ser sujetos del convenio de arbitraje en nombre del Estado ecuatoriano. Ya ese desacierto jurídico quedó demostrado, pero, insistimos, aun cuando no fuera así las normas del Código Civil no son aplicables. Y no lo son porque en este punto los principios que rigen en derecho privado y público son antitéticos: en el Derecho Civil la capacidad del individuo es la regla y la incapacidad es la excepción (Art. 1489 C.C.), mientras que en el Derecho Constitucional y Administrativo (Derecho Público) la incompetencia del órgano es la regla y la competencia la excepción (Art. 39, inciso **segundo de la C. Po.**). "Los órganos administrativos son objetos jurídicos distintos, los órganos no son sujetos de derecho y no tienen capaci-

dad. Los órganos tienen competencia que no es idéntica a la capacidad.... La competencia de los órganos creados por la Constitución son órdenes imperativas que deben ser respetadas por el legislador... " (FIORINI, Bartolomé A.) y por los jueces, agregamos nosotros.

E. La competencia del órgano de Derecho Público está fijada por la misma Constitución de la República y en ciertos casos por las leyes administrativas especiales, pero en el caso de los Ministros del Estado está consagrado a nivel jurídico supremo que éstos representan.. al Presidente de la República en todos los actos y contratos inherentes a su Portafolio y son responsables por estos (Art. 85 C. Pol.) y que el Procurador General del Estado es el único representante judicial del Estado (Art. 111, C. Pol.). Como se ha observado, esta clara asignación de competencias hace que el contrato administrativo sea válido, pues tanto la competencia del órgano público como la capacidad del cocontratante privado son presupuestos incuestionables del referido contrato.

F. Por lo expuesto resulta inexplicable la cita que hace el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de los artículos del Código Civil y, además, en un esfuerzo intelectual titánico, sólo lo comprendemos si admitimos que él confundió los conceptos jurídicos de competencia de un órgano del Estado para representarlo válidamente en un contrato, con el elemento objeto del contrato. Y vaya que son diferentes, no obstante ser ambos esenciales para la validez del mismo. Pero no cabe confundir el vicio por incompetencia con el de objeto ilícito, que sólo se identifican en cuanto a que ambos tienen por efecto la invalidación del acto o contrato administrativo.

G. La competencia se define por el conjunto de facultades y atribuciones que la Constitución y la Ley asignan a un órgano de la Administración, mientras que el objeto se configura por el contenido material de la declaración de voluntad. Así en un contrato de concesión de servicio público, el órgano contratante a nombre del Estado debe ser competente para su celebración, pero el objeto de la concesión será el conjunto de actividades materiales que configuran el ser-

e

vicio público que se conviene. Asimismo, en el contrato de arbitraje el órgano competente es el Ministro que representa al Presidente de la República, pero el objeto de ese contrato es el conjunto de atribuciones que se otorgan a los árbitros. Ahora, si en el Derecho Civil el objeto ilícito conlleva la nulidad del contrato, con mayor razón es causa de invalidez en un contrato administrativo. Pero constituye un grave resquebrajamiento del sistema jurídico confundir el vicio de incompetencia del órgano público con el objeto ilícito en materia de contrataciones administrativas. Tal yerro es equivalente a confundir los vicios de incapacidad del individuo con objeto ilícito en materia de contrataciones privadas.

H. En el compromiso de arbitraje no existió vicio alguno que lo invalide, pues actuaron los órganos competentes para el efecto como ya ha quedado demostrado y el objeto fue lícito, como efectivamente lo es el compromiso de constituir la relación y el procedimiento de arbitraje, de acuerdo a una previa cláusula compromisoria, lo cual se encuentra incuestionablemente aceptado y reconocido por el orden público en las normas de Ley Orgánica de la Función Judicial, Código de Procedimiento Civil y otras.

#### CONCLUSION:

El compromiso de arbitraje celebrado el **21 de febrero de 1992 no adoleció de vicio alguno que afecte los elementos necesarios para su validez jurídica, ni en la competencia de los órganos públicos actuantes ni en el objeto del convenio celebrado.**

#### IV.4.- CONFIRMACION Y RATIFICACION

A.- Es preciso destacar que el Estado ha comparecido por intermedio del señor Ministro de Energía y Minas y del Procurador General del Estado, su "único representante judicial" (Art. III C. Pol.), al procedimiento de ejecución del laudo arbitral ante el señor Presidente de la Corte Superior de Justicia del Distrito del Guayas, tanto en el período anterior al 10 de agosto de 1992, como en el actual, confir-

mando en sede judicial, el Estado, la perfecta validez jurídica del compromiso de arbitraje celebrado, sin que sea trascendente para ese efecto eventuales acuerdos o desacuerdos sobre el contenido del citado laudo arbitral. No hablamos de ratificación, sino de **confirmación**; que es una forma de convalidar el acto administrativo cuando adolece de invalidez relativa, como sería el caso —en un supuesto no consentido— de incompetencia de los órganos que, a nombre del Estado, suscribieron el compromiso de arbitraje. "Consideramos que el acto administrativo tiene un vicio leve cuando... es emitido por el órgano incompetente en razón del grado cuando la evocación o la delegación están permitidas..." (DROMI, José Roberto). En nuestro derecho administrativo la celebración de los contratos es eminentemente delegable, tal como lo expresa en forma taxativa el Art. 59, inciso final de la Ley de Contratación Pública, que transcribimos: "Los Minisros de Estados y los representantes legales de las entidades del sector público, podrán delegar la celebración de los contratos a funcionarios de la entidad o dependencia a su cargo o de entidades u organismos a ella adscritos...". Por ende, la supuesta incompetencia invocada, sería una irregularidad leve, eminentemente subsanable, vía confirmación del acto.

B.- Por otra parte, es de considerar que los sucesivos Presidentes de la República del Ecuador han opinado, afirmado y concluido en forma pública sobre la validez del compromiso de arbitraje, pues no de otra forma se comprende que, ellos, hayan permitido, durante los dos períodos, que sus respectivos Ministros de Energía y Minas continúen en actos confirmatorios de la validez del compromiso de arbitraje sin oponerse en grado jerárquico a tales conductas. Ello, jurídicamente, constituye ya no sólo confirmación del acto en la eventualidad de su invalidez, sino ratificación del tantas veces citado compromiso de arbitraje, pues proviene de la autoridad superior al órgano Ministro de Estado.

C.- Luego, aun en el inimaginable caso que se acepte la tesis del señor Presidente de la Corte de Justicia, de que el Ministro de Energía y Minas y el Procurador General del Estado, no eran órganos



administrativos constitucionalmente competentes para representar al Estado en el compromiso de arbitraje, no se estaría en el caso de invalidez (léase nulidad) absoluta o radical del compromiso arbitral, sino relativa y, en este caso concreto, el compromiso de arbitraje sino relativa y, en este caso concreto, el compromiso de arbitraje, en el supuesto jamás consentido, que haya adolecido de tal nulidad relativa, actualmente ha sido confirmado por el propio Estado en sede judicial, lo cual implica un rechazo a la tesis de la nulidad del acto administrativo referido y, por el contrario, tiene tal confirmación como efecto el saneamiento o convalidación del acto administrativo cuestionado.

D.- En efecto, si el Estado compareció ante la Función Judicial, a través de su "único representante judicial", el Procurador General, conjuntamente con el Ministro de Energía y Minas en el procedimiento de ejecución del laudo, el 7 de julio de 1992, es porque estaba confirmando la validez del compromiso celebrado como antecedente **de ese fallo**. Vuelve a confirmar dicho compromiso de arbitraje cuando el 26 de noviembre de 1992, a las 17H55, reiteró su comparecencia el Estado y expresamente dijo que lo hacía para ejecutar todo aquello sobre lo que "versa el proceso de arbitraje de referencia...". Insiste en su confirmación cuando el 9 de diciembre de 1992 vuelven los comparecientes a manifestar su voluntad en el procedimiento de ejecución.

E.- Es preciso tener presente que la confirmación "puede efectuarla cualquier órgano... que pueda demandar la nulidad, por el cual se renuncia a invocarla..." (CASSAGNE, Juan Carlos). Y que, en **este caso, se trata** de confirmación expresa que "se presenta cada vez que el afectado particular o la Administración manifiestan su conformidad con el acto administrativo inválido, renunciando a la impugnación, o declarando que el vicio no afecta sus derechos o intereses, o concurriendo con algún elemento que rectifique el vicio que lo invalidaba. Algunos autores denominan a este último el saneamiento del acto administrativo..." (FIORINI, Bartolomé A.)

## CONCLUSION:

**Sin remotamente** siquiera admitir la tesis de nulidad del **compromiso de arbitraje** que alega el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, aun en el extremo de aceptarla, ésta sería relativa y se encontraría subsanada por expresa confirmación y ratificación del acto administrativo por parte del único representante judicial del Estado y de los Presidentes de la República, el primero, por sus expresas comparecencias ante el Presidente de la Corte Superior de Justicia del Guayas, juez ejecutor del laudo arbitral y, los segundos, por sus diáfanos aceptaciones del compromiso arbitral.

### IV.5.- LA BUENA FE DEL ESTADO EN LOS CONTRATOS.

A.- La doctrina actual en derecho administrativo considera a la moral como elemento esencial del contrato. "... Dada la trascendencia que en todo orden debe reconocérsele a la moral en la expresión y desarrollo de las relaciones humanas, respecto al acto administrativo se hace indispensable erigirla en elemento "autónomo" o "específico" del mismo. Esto aparece tanto más comprensible si se tiene en cuenta que el acto administrativo es una de las maneras en que el Estado manifiesta su voluntad, lo que resulta de particular valoración por ser el Estado el órgano creador del Derecho y el encargado de asegurar su imperio..." (MARIENHOFF, Miguel).

B.- Dentro del concepto de moral se halla el de la buena fe, que recoge el derecho en todas sus dimensiones en las diferentes épocas y, por ello, es que se hace preciso definirla con sus propias características para los efectos que interesan a este caso y así nos adherimos a decir que "la buena fe implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro, la conducta que los actos anteriores hacen preveer..." (DIEZ-PICASSO, Luis). De esta realidad surgen instituciones jurídicas que la protegen como son el estoppel anglosajón "que significa que aquél que por su **hecho o** conducta ha inducido a otro a actuar de una manera determinada, **no** podrá adoptar una posición, actitud o curso de conducta contra.

dictorio y con ello provocarle una pérdida o daño..." (extraído del Corpus Juris Secundum, citado por MAIRAL, Héctor). Lo cual derivaría en el principio de "las manos limpias" (clean hands) en la jurisprudencia norteamericana, según el cual "las reglas de la equidad no otorgan remedio a la parte que, como actor, intentan poner en movimiento a la maquinaria judicial y obtener algún remedio, si dicha parte en su anterior conducta ha violado la conciencia, la buena fe u otros principios de equidad..." (Idem).

C.- En nuestro derecho tampoco la buena fe puede quedar desprotegida y, efectivamente, no lo está, pues ésta domina todo hecho jurídico, por ello es aplicable analógicamente a todas las áreas jurídicas el principio del Art. 1589 del C.C. que estipula que todos los contratos "deben ejecutarse de buena fe...." Con más razón, en el campo del Derecho Público, donde interviene el Estado, dada su condición ética que es consustancial a su existencia. Por ello resulta contrario a la moral, extremo contrario de la buena fe, que el Estado contradiga su propia conducta, causando perjuicios a terceros que determinaron sus actos en base a la creencia en el recto proceder del Estado. Ello es inadmisibles. En este caso el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en forma por demás sorprendente y fuera de toda pertinencia jurídica, precisamente, pretende ello, pues no de otra forma se explica que induzca al Estado que suscribió un compromiso arbitral, el mismo que produjo un laudo ya ejecutoriado, que compareció a su ejecución, que ha confirmado y ratificado su validez, a que contradiga su conducta, con una pretensión absolutamente contraria a su postura original. Ello no es ajustado al principio de la buena fe, en consecuencia, no es apegado a la juridicidad. En el Derecho Comparado encontramos casos similares que han sido rechazados. Así vemos que no es admitida tal postura cuando **"se trata de una conducta posterior que había confirmado el acto anulable, por lo cual la contradicción se daba entre dicha conducta confirmatoria y la posterior pretensión anulatoria..."** (DIEZ-PICASO, Luis).

#### CONCLUSION:

En el campo del derecho administrativo se entiende a la buena

fe como elemento esencial del contrato. En consecuencia, la violación a ella implica el rechazo a la pretensión del actor. Y ello acaecería si el Estado ecuatoriano contradiciendo su compromiso perfeccionado, confirmado y ratificado, ahora pretenda impugnarlo. Esa no sería una conducta de reglas claras o de "manos limpias". No sería, **en definitiva**, un proceder ético **de los órganos del Estado**.

### **SINTESIS DE LAS CONCLUSIONES JURIDICAS:**

I.- Es jurídicamente válido que el Ministro de Energía y Minas concurra, a nombre del Estado, facultado por los Arts. 39 y 85 de la Constitución, a suscribir un contrato sin que medie decreto alguno por parte del Presidente de la República, pues es su representante en lo atinente a ese contrato y actúa bajo su única y exclusiva responsabilidad.

II.- El Estado estuvo legítimamente representado en la celebración del compromiso de arbitraje que se celebró el día 21 **de febrero** de 19192, tanto por el Ministro de Energía y Minas como por el Procurador General del Estado, por expresas disposiciones constitucionales (Arts. 39, 85 y 111 C. Pol.)

III.- El compromiso de arbitraje celebrado el 21 de febrero de 1992 no adoleció de vicio alguno que afecte los elementos necesarios para su validez jurídica, ni en la competencia de los órganos públicos actuantes ni en el objeto del convenio celebrado.

IV.- Sin remotamente siquiera admitir las tesis de nulidad del compromiso de arbitraje que alega el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, aún en el extremo de aceptarla, ésta sería relativa y se encontraría subsanada por expresa confirmación y ratificación del acto administrativo, la primera, por parte del único representante judicial del Estado —el Procurador General— en sus diversas comparecencias, en forma conjunta con el Ministro de Energía y Minas, ante el Presidente de la Corte Superior de Justicia del Guayas, juez

**ejecutor del laudo arbitral y, la segunda, por provenir de los sucesivos Presidentes de la República.**

**V.- En el campo del Derecho Administrativo se entiende a la buena fe como elemento esencial del contrato, en consecuencia, la violación a ella implica el rechazo a la pretensión del actor. Y ello acaecería si el Estado ecuatoriano, contradiciendo su compromiso perfeccionado, confirmado y ratificado, ahora pretenda impugnarlo. Esa no sería una conducta de reglas claras o de "manos limpias". No sería, en definitiva, un proceder ético de los órganos del Estado.**

#### **V.- PETICION**

Por todos los fundamentos expuestos, señores Procurador General y Ministro Fiscal General del Estado, en forma expresa peticiono que se abstengan de iniciar la acción que solicita el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, pues no tiene el sustento jurídico que la fundamente. Es más, en el supuesto negado que algún vicio existiere en el acto administrativo al que se refiere al auto del Magistrado, éste sería imputable al Estado que es quien lo hubiere causado. Por su naturaleza causaría nulidad relativa la que, actualmente, se encontraría, por confirmación y ratificación, legalmente convalidada por el mismo Estado.

JUSTICIA.

FERNANDO ASPIAZU SEMINARIO  
APODERADO