

CONSULTA DE LAS SENTENCIAS ADVERSAS AL ESTADO O A ENTIDADES DEL SECTOR PUBLICO. APLICABILIDAD DE LOS ARTICULOS: 341 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y 18 DE LA LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PUBLICO A LOS JUICIOS POR ARBITRAJE *

Por: Dr. Miguel Hernández Terán

A) CONSULTA DE LAS SENTENCIAS ADVERSAS AL ESTADO O A ENTIDADES DEL SECTOR PUBLICO.

El artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, dice:

"Si las partes renunciaren la apelación durante el pleito, los jueces no concederán ningún recurso.

El Estado, las municipalidades y las demás entidades del Sector Público en ningún caso pueden renunciar la apelación.

Las sentencias judiciales adversas al Estado, a las municipalidades y a las otras entidades del Sector Público se elevarán en consulta al inmediato superior, aunque las partes no recurran. En la consulta se procederá como en los casos de apelación y de tercera instancia y, respecto de ellas no se aplicarán las disposiciones relativas a la deserción de recurso".

La división de esta disposición en tres párrafos es acertada. El primer inciso establece el principio general de la no concedibilidad de ningún recurso por parte del juez, si durante el pleito las partes renunciaren a la apelación. ("Podrán renunciarse los derechos conferidos por las

Pueden encontrarse en este trabajo alguna que otra expresión redundante. De ello estamos conscientes, pero consideramos que la poca claridad que existe sobre el tema justifica la insistencia en la utilización de ciertos términos. Sacrificamos un poco la forma, por el fondo.

leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia", dice el Art. 11 del Código Civil)

El segundo inciso impone una prohibición absoluta de renunciar al recurso de apelación, y que tiene como sujetos destinatarios al Estado, las Municipalidades y las demás entidades del sector público. Prohibición que se justifica plenamente, pues se entiende que la conservación del patrimonio de esos sujetos interesa no únicamente a ellos, sino a la comunidad toda. La norma evita la corrupción y los nefastos efectos de las omisiones, fortuitas, culposas o dolosas.

El tercer párrafo es de aquellas disposiciones que deben leerse una y otra vez para poder captar su esencia, particularmente las cinco últimas palabras antes del punto seguido. Veamos:

"Las sentencias judiciales adversas al Estado, a las municipalidades y a las otras entidades del Sector Público se elevarán en consulta al inmediato superior, aunque las partes no recurran". Hasta aquí éste tercer inciso puede descomponerse en cuatro partes:

La primera define la "cosa" objeto de la norma: las sentencias judiciales. Es decir, "la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio", según define el artículo 273 del C.P.C.

La segunda parte identifica a los sujetos respecto de los cuales dichas sentencias deben tener el carácter de adversa. Adverso significa contrario, desfavorable, según el Diccionario de la Lengua Española. Es claro que la sentencia en sí misma, como acto procesal, no puede ser considerada adversa ni favorable a nadie. Adquirirá una u otra categoría en relación con los intereses de las partes en litigio.

La tercera establece la obligación de los jueces de elevar en consulta al inmediato superior esas sentencias adversas. Los únicos destinatarios de esta tercera parte del inciso tercero son los jueces competentes que dictaron tal o cual sentencia considerada adversa al Estado, Municipalidades o a las otras entidades del sector público; lo que en el Derecho Constitucional se denomina normas operativas.

Es decir, toda la responsabilidad por el incumplimiento de esta obligación recaerá en el juez que dictó dicha sentencia.

La cuarta parte contiene la expresión: "aunque las partes no recurran". Leámoslo otra vez: "aunque las partes no recurran". Los litigantes deben, pues, encontrarse en la posibilidad de **recurrir** (término genérico), de ejercer el derecho de plantear un recurso, aunque es indiferente que hagan o no efectiva esa posibilidad en el momento procesal oportuno. Es decir, dicha obligación no tendrá lugar siempre, sino que estará supeditada a la posibilidad del ejercicio del derecho de impugnar la providencia por medio de un recurso. No será, entonces, autónoma sino accesoria, dependiente, insistimos, de la posibilidad de recurrir.

No es acertado pensar que la expresión "aunque las partes no recurran" comprende el caso en que la Ley deniega expresamente el recurso. Pues en ese supuesto no habría la posibilidad de plantearlo.

Si no se lee con detenimiento el inciso tercero del artículo en comentario no se podrá aprehender su verdadero sentido, pues lo que a primera vista se destaca es el carácter imperativo de la elevación en consulta al superior, de la sentencia. La norma tutela a las instituciones enumeradas de la corrupción o la negligencia de sus representantes, y aun del mismo caso fortuito, pues bien puede ocurrir que un recurso no se interponga porque quien tenía la única posibilidad de hacerlo fallece sorpresivamente, o porque cae un rayo en el local de la institución y mutila las manos y deja ciegos a todos, a sansón y a los que no son.

Después del punto seguido en el referido tercer inciso se establecen dos conceptos básicos: que el procedimiento en la consulta será como en los casos de apelación y de tercera instancia, y la inaplicabilidad de las disposiciones relativas a la deserción del recurso; inaplicabilidad plenamente ortodoxa con la razón de ser de la disposición.

Lo fundamental en la figura jurídica de la consulta está en su independencia respecto del ejercicio o no ejercicio del derecho de impugnar la providencia por medio de la interposición del recurso. Interpuesto éste, el proceso sube al superior por el recurso y por la consulta.

El no ejercicio, la no impugnación puede tener diversas causas o antecedentes. Veamos algunos supuestos:

- La parte no sabía de la existencia del recurso, y por ende de la posibilidad de plantearlo. Desconocimiento que puede dar lugar a

responsabilidades de diverso orden. (La ignorancia de la ley no excusa a persona alguna, dice el Art. 13 del Código Civil)

El litigante conoce de la existencia del recurso, pero **cree** que no tiene la posibilidad de interponerlo, por una o varias razones.

Negligencia del litigante.

Dolo del litigante. (Omisión dolosa, para ser más exactos)

Conformidad de la parte con el contenido de la sentencia.

La Ley deniega el recurso.

La parte ha renunciado al recurso en el compromiso arbitral. (Si no se acepta que el Estado, y el sector público en general, puede renunciar a la apelación **en** el compromiso arbitral, dicha renuncia surte plenos efectos mientras no se declare la nulidad)

No quiere impugnar. Un no porque no.

La consulta **¿es un recurso?**

Puede surgir la duda, y de hecho existe entre algunos, de si la consulta tiene la categoría jurídica de recurso. La respuesta a esa interrogante es negativa. En efecto, el artículo 341, párrafo tercero, establece una disyuntiva entre el recurso y la consulta; disyuntiva que es a su vez consecuente con la enumeración que hace el artículo 324 del C.P.C., que dice: "La ley establece los recursos de apelación, de tercera instancia y de hecho, sin perjuicio de que al proponérselos se alegue la nulidad del proceso"; y congruente también con la diferenciación que hace el artículo 62 del mismo Código, cuando al ocuparse de la instancia, precisa: "INSTANCIA es la prosecución del juicio, desde que se propone la demanda hasta que el juez la decide o eleva los autos al superior por consulta o concesión de recurso" (1).

Ahora bien, regresando al artículo 341 del C.P.C., diremos que su contenido se encuentra ratificado por el artículo 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que, por demás esta decirlo, tiene la categoría de especial.

Es de destacar que la disposición de esta ley es más categórica en lo referente a las providencias objeto de la consulta, pues dice: "Toda sentencia", mientras el C.P.C. habla sólo de "Las sentencias". Sin embargo,

(1) Lo subrayado es nuestro.

el Código de Procedimiento Civil (inciso segundo de la norma citada) es absoluto en la prohibición de renunciar a la apelación, pues usa las palabras "en ningún caso", -con lo cual parece anticiparse a cualquier otra disposición contradictoria dentro del mismo cuerpo legal- mientras que el artículo 18 de la Ley del Ministerio Público establece la prohibición en términos más generales: "no podrán renunciar a la apelación".

La obligación de consultar, decimos una vez más, depende de que exista la posibilidad de recurrir, sin que importe o sea jurídicamente trascendente el hecho de que se ejercite o no ese derecho. Por lo mismo, no deberá consultarse una sentencia adversa al Estado o a una institución del sector público cuando la Ley deniega expresamente el recurso, pues en ese caso no puede entenderse que hay posibilidad de recurrir. ("Siempre que la ley no deniegue expresamente un recurso se entenderá que lo concede", expresa el artículo 325 del C.P.C.) En este sentido existe una resolución dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 30 de Noviembre de 1966, a las 5 p.m., publicada en la Gaceta Judicial, Serie X, Septiembre. Diciembre de 1966, página 3796, que dice:

"Aun cuando se trata de una sentencia adversa a Instituciones de Derecho Público, no debe elevarse en consulta al superior si la ley deniega expresamente el recurso de apelación o de tercera instancia, según el caso. La expresión "aunque las partes no recurran", que consta en el inciso tercero del Art. 360 del Código de Procedimiento Civil (Actualmente Art. 341) que establece la consulta de fallos adversos a las mencionadas Instituciones, revela claramente que se trata de resoluciones respecto de las cuales las partes o han recurrido o, pudiendo hacerlo, se han abstenido de ejercer su derecho. En uno u otro caso se refiere, pues, a resoluciones de las cuales pueden interponerse el recurso de apelación o el de tercera instancia. Si la ley deniega expresamente el uno o el otro, no tendrá sentido la expresión "aunque las partes no recurran" que supone la posibilidad de hacerlo o dejarlo de hacer, y es obvio que esta aptitud de erección no es dable si la ley deniega expresamente el recurso".

La accesoriadad de la consulta se encuentra ratificada por el Art. 587 del Código del Trabajo, que expresa: "De las sentencias condenatorias a las instituciones de derecho público habrá lugar a consulta en los mismos casos en que proceda el recurso de apelación".

Veamos lo que dice la Jurisprudencia del más alto Tribunal de Justicia del Ecuador: La Tercera Sala de la Corte estableció en términos categóricos mediante sentencia del 25 de Marzo de 1976: "En el Art. 360 (Actual 341) inciso 3° del Código de Procedimiento Civil, se establece la obligatoriedad de la consulta de las sentencias adversas al Fisco, Municipalidades y demás Instituciones de Derecho Público, ante el inmediato superior aunque las partes no recurran. Implícitamente esta disposición legal está subordinada a la procedencia o legalidad de la consulta, de una sentencia que sea susceptible de recurso de apelación o de tercera instancia". (Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia". Tomo V. Página 111. Recopilación del Dr. Galo Espinoza M.)

En un fallo dictado el 22 de Mayo de 1973, la Primera Sala proclamó: "d) Según el Art. 360, inciso tercero, del Código de Procedimiento Civil, y la uniforme jurisprudencia establecida al respecto, la consulta de un fallo sólo procede cuando hay recurso..." (2) (Tomo III. Página 186. Misma obra). La misma Sala de la Corte dijo en otro fallo dictado el 30 de Octubre de 1974, lo siguiente: "Tampoco es valedero el argumento de la demandada de que la sentencia, por ser adversa a una Institución de Derecho Público debió ser consultada y por ende, la Sala tiene competencia para el conocimiento de la causa, pues el precepto del Art. 1110 (Actual 1042) del Código Adjetivo Civil, tiene aplicación únicamente cuando la providencia o sentencia dictada sea susceptible del recurso pertinente y en la especie del de tercera instancia, ya que la consulta equivale a este recurso, con la única diferencia que tiene que ser concedida y tramitada de oficio". (Mismo Tomo, página 184)

En otro fallo dictado el 11 de Mayo de 1977, la Cuarta Sala de la Corte expresó lo siguiente: "Finalmente, hay absoluta correlación entre la consulta y el recurso, de modo que sólo procede la primera, si la Ley franquea el segundo". (Tomo VII, página 160)

La Segunda Sala, por su parte, en sentencia dictada el 17 de Mayo de 1978, confirma el criterio diciendo: "Mas, procediendo la consulta solamente en los casos en que son pertinentes los recursos, no cabía en la especie..." (Tomo IX, página 146).

(2) Lo subrayado es nuestro.

El "Repertorio de Jurisprudencia" preparado por el Dr. Juan Larrea Holguín, Corporación de Estudios y Publicaciones, trae en el Tomo XIII, páginas 404 y 405 el extracto de un fallo dictado por la Tercera Sala el 11 de Junio de 1980. Dice: "La consulta tiene como finalidad precautelar el derecho de las Instituciones Públicas, aunque éstas no apelen". Y agrega que se diferencia del recurso, "por ser concedida y tramitada de oficio, siempre que la sentencia sea suceptible del recurso pertinente y tramitándose conforme dispone el Art. 1110 del C.P.C."

La misma obra en el Tomo XXIII, página 270, trae lo siguiente: "Ahora bien, la sentencia del segundo nivel ha sido consultada y ello, al tenor de lo que preceptúa el Art. 587 del invocado cuerpo de Ley, tampoco es procedente; pues, por lógica jurídica, debe extenderse su contenido al recurso de tercera instancia, en íntima correlación con la cuantía del juicio, es decir, si no cabe la impugnación al tercer nivel jurisdiccional, tampoco puede consultarse el fallo".

El Tomo XXVIII del citado Repertorio, páginas 584, 585 y 586 contiene, entre otros, dos fallos dictados por la Tercera Sala en el año de 1986. En ellos el Tribunal sentó, respectivamente, los siguientes idénticos criterios:

"TERCERO.- El Art. 587 del Código Laboral, establece que habrá lugar a la consulta de las sentencias condenatorias a las instituciones de derecho público en los mismos casos en que proceda el recurso de apelación, disposición legal en la cual el señor Ministro Fiscal General fundamenta su informe. En consecuencia, por las consideraciones anotadas, no siendo procedente el recurso de tercera instancia, tampoco procede la consulta de la sentencia de segundo nivel, en cuya virtud, por falta de competencia en la especie se dispone devolver el proceso al inferior". (Juicio: Briones-Municipio de Guayaquil)

"TERCERO.- El Art. 587 del Código Laboral, establece que habrá lugar a la consulta de las sentencias condenatorias a las instituciones de derecho público en los mismos casos en que proceda el recurso de apelación, disposición legal en la que fundamenta el señor Ministro Fiscal General su informe del cuaderno de tercera instancia. En consecuencia, por los fundamentos anotados, no siendo pertinente el recurso de tercera instancia, tampoco procede la consulta del fallo de segundo nivel, por lo **que**

la Sala dispone devolver el proceso al inferior para los fines legales consiguientes". (Juicio: Cagua-Municipio de Guayaquil)

Queda, claro, pues, el carácter que posee la consulta, su naturaleza y esencia jurídica.

B) APLICABILIDAD DE LOS ARTICULOS: 341 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y 18 DE LA LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PUBLICO A LOS JUICIOS POR ARBITRAJE.

Una de las clasificaciones de la Jurisdicción establecida en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil es la denominada jurisdicción convencional, la misma que se define como " la que nace de la convención de las partes, en los casos permitidos por la Ley" (último párrafo). Unos artículos después (18) el C.P.C. identifica a quiénes son los titulares de ese tipo de jurisdicción: "Ejercen jurisdicción convencional los jueces árbitros"; disposición concordante con el artículo 3, último inciso, de la Ley Orgánica de la Función Jurisdiccional, que confirma: "Son jueces de jurisdicción convencional los árbitros". El arbitraje, es claro, se ubica y fundamenta en este tipo de jurisdicción.

Luego de la identificación citada, el C.P.C. precisa: "La jurisdicción legal nace por elección o nombramiento hecho conforme a la Constitución o la Ley; y la convencional por compromiso" (Art. 19). Fija, pues, la fuente de la Jurisdicción.

El compromiso es definido como el "contrato por el cual dos o más personas someten al juicio de árbitros sus diferencias". (Art. 957)

En cuanto a los sujetos que pueden acudir ante esa categoría especial de Jueces, el artículo 956 del C.P.C. expresa: "Pueden comprometer libremente la causa en árbitros, así como nombrar éstos, los que pueden comparecer en juicio por sí mismos, los mandatarios con poder especial y los representantes legales de personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, a quienes la Ley no lo prohíbe o no les impone, al efecto, ningún requisito. No tendrán esta facultad los curadores ad litem".

Respecto de la asignatura objeto del arbitraje, el artículo 87 de la Ley Orgánica de la Función Jurisdiccional, dice: "**Pueden decidirse por**

árbitros sólo las controversias sobre bienes o derechos que, siendo renunciables, puedan transmitirse por acto entre vivos".

Los titulares de la jurisdicción arbitral pueden ser de dos categorías: árbitros arbitradores o amigables componedores, y árbitros de derecho. Los primeros resuelven las controversias: "averiguada la verdad y guiados solo por la buena fe". Los segundos sustancian las causas y dictan **sentencias conforme a las leyes**. (3) (Art. 88 de la Ley Orgánica de la Función Jurisdiccional)

En tratándose de los árbitros arbitradores, en el **compromiso se debe** expresar "Las facultades que se les confieran, en cuanto a la forma y tiempo en que han de proceder y sentenciar". (Art. 958 No. 5 del C.P.C.)

Todo lo antes expuesto deja en claro que el arbitraje, extraordinario mecanismo de resolución de conflictos, es una institución plenamente reglamentada en nuestra legislación. Ahora bien, siendo esto un hecho tan real, ¿será posible que disposiciones como los artículos 341 del C.P.C. y 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público no sean aplicables a un juicio por arbitraje?. Seamos más concretos ¿deberán los jueces árbitros, arbitradores o de derecho, elevar en consulta al "inmediato superior" las sentencias adversas al Estado o a alguna institución del sector público? La pregunta es interesante. Veamos la respuesta:

Independientemente de la dificultad que puede presentar la determinación de ese "inmediato superior" cuando los árbitros no pertenecen a la Función Jurisdiccional -pues sí pueden ser miembros de dicha Función; así expresamente lo establece el Art. 991 del C.P.C., cuando dice: "En cualquier estado de una causa, pueden las partes someterla **en autos** a juicio arbitral, por medio de uno o más escritos presentados conjunta o separadamente, firmados y reconocidos ante el juez o ministro de sustanciación que interviniere en ella.

Pueden también convenir en que el Juez o el tribunal propio de la causa la substancie y resuelva como amigable componedor" -hay **razones** en pro y en contra para pensar que los artículos 341 y 18 antes citados son aplicables al juicio por arbitraje, y por consiguiente que los árbitros, ar-

(3) Lo subrayado es nuestro.

bitradores o de derecho, deben elevar en consulta las sentencias adversas al Estado o a alguna entidad del sector público. La inaplicabilidad de las disposiciones se sustentaría en lo siguiente:

Tanto el artículo 341 como el 18 parten del supuesto de que hay de por medio una controversia judicial, un litigio, una contienda, que se sustancia ante los jueces tradicionales de la Función Jurisdiccional. Mas resulta que en el Arbitraje la cuestión es exactamente al revés, o sea, que las partes, por expresa autorización legal, han resuelto que su controversia no sea decidida por un Juez o Tribunal de la Función Jurisdiccional, sino por otro u otros designados libre y voluntariamente por ellas. (La regla general será que los árbitros no sean Jueces de la Función Jurisdiccional). Las partes han decidido sustraer la resolución de sus conflictos de manos del órgano competente del Estado, para confiársela a terceras personas, ajenas a dicha Función.

Entonces, si la cuestión es así, ¿cómo aplicar al arbitraje disposiciones que, como la primera parte del inciso tercero del Art. 341 del C.P.C. y primer inciso del 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, tienen como destinatarios esa categoría tradicional de Jueces, y no a jueces-árbitros?

2.- El laudo arbitral no es una sentencia judicial, se asimila a la misma, pero no constituye la misma institución.

En pro de la aplicabilidad de esas disposiciones, y por consiguiente de la obligación de consultar las sentencias adversas al Estado o a alguna entidad del sector público -tesis con la que comulgamos- se pueden esgrimir los siguientes argumentos:

El "Juicio por Arbitraje", manifestación de la jurisdicción convencional, es una institución plenamente regulada en el C.P.C., y que es a su vez consecuencia de principios jurídicos procesales contenidos en el mismo Código y en la Ley Orgánica de la Función Jurisdiccional (Ley especial). Luego, sería incongruente que un instituto que nace, que se regula en un cuerpo legal no se rija por las disposiciones propias de ese cuerpo jurídico.

- 2.— El juicio por arbitraje es, en esencia, y valga la insistencia, un **juicio, o sea, "la contienda legal** sometida a la resolución de los jueces", que termina con **una sentencia**, denominada "Laudo". (4) **El mismo C.P.C. llama a** los laudos, repetidamente "sentencias arbitrales" (Arts. 981, 982, 983); y aun simplemente "sentencias" (Arts. 984, 985, 986).
- 3.— El artículo 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público dice que **debe elevarse en consulta** al inmediato superior, aunque las partes no recurran, "Toda sentencia". El artículo 341 del C.P.C., sobre el mismo tema, y estableciendo la misma obligación, dice: "Las sentencias judiciales"; expresión que comprende, obviamente, a las sentencias dictadas en juicios arbitrales. Donde la ley no distingue, no cabe al intérprete distinguir. "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu". (Art. 18, regla primera del Código Civil)
- 4.— El inciso tercero del Art. 341 del C.P.C. y el inciso primero del Art. 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público son **esencialmente** de orden público, buscan tutelar al Estado y a las instituciones del sector público de la negligencia o de la corrupción de sus representantes en juicio. Al orden público le es indiferente qué categoría tienen los titulares del ejercicio de la jurisdicción: jueces o jueces árbitros (arbitradores o de derecho). Su prevalencia es indiscutible.

Pero, ojo, que esa aplicabilidad de los incisos citados de los artículos, 18 y 341, y por consiguiente la obligación de elevar en consulta al inmediato superior las sentencias adversas al Estado o a las instituciones del sector público dependerá de la posibilidad de recurrir, de plantear algún recurso, sea de apelación, sea de tercera instancia. La consulta no es un mecanismo autónomo, ni tampoco un recurso.

(4) Ciertamente existen varios juicios que no envuelven ningún tipo de contienda, y que por lo tanto no son consecuentes con la definición que de ellos da el Código de Procedimiento Civil.