

CAPITULO CUARTO

La sentencia y los demás actos de los órganos jurisdiccionales

SUMARIO: 23. Posición de la cuestión. Opinión que reduce la distinción entre la sentencia y los demás actos del juez a una distinción de pura forma: su refutación. 24. Necesidad de una distinción substancial: la distinción entre sentencia, ordenanza y decretos en el art. 50, C. de p. c.: su insuficiencia. — 25. Determinación de los conceptos de sentencia, ordenanza y decreto, con base en los principios dogmáticos fundamentales. — 26. La distinción entre sentencia y ordenanza en las disposiciones especiales de la ley: la distinción en el procedimiento de los incidentes. — 27. La distinción en otras materias, especialmente en materia de ejecución. — 28. La distinción entre sentencia y decreto en las varias disposiciones legislativas. — 29. La distinción resultante de la lógica del sistema y la hecha en el art. 50: carácter incompleto, no erróneo de ésta. — 30. Los caracteres formales de la sentencia, de la ordenanza y del decreto.

23. Los órganos de la jurisdicción civil, en el ejercicio de las varias funciones jurisdiccionales y también no jurisdiccionales confiadas a ellos en la ordenación jurídica, realizan múltiples actos, de naturaleza varia, que tienen de común con la sentencia la calidad del órgano de que emanan. De aquí la necesidad para el que quiera determinar cumplidamente el concepto de sentencia de distinguir la sentencia de los demás actos de los órganos jurisdiccionales del Estado. El problema está muy lejos de ser de fácil solución, especialmente por la poca precisión de conceptos dominante en las varias legislaciones positivas, sin

excluir la italiana, que a la distinción entre las varias especies de actos del juez dedica la no demasiado feliz disposición del artículo 50 del Código de procedimiento civil.

Una opinión, que cuenta en Alemania alguna autoridad, sostiene que la diferencia entre la sentencia y las demás especies de actos del juez es una diferencia de pura forma: la sentencia es el acto más formal del órgano de la jurisdicción. Las más importantes formalidades que la distinguen serían: la fórmula de sentencia (en nuestro derecho también el dictarse en nombre del Rey: art. 54 del Código de procedimiento civil); la motivación y el objeto o parte dispositiva (1). En contraposición a la sentencia, siempre desde el punto de vista puramente formal, estaría la ordenanza (*Beschlusse*) y los decretos (*Verfügungen*); mientras que la sentencia sería la decisión ligada a una forma solemne, la ordenanza sería una decisión solamente formal y el decreto una decisión no formal (2). La única distinción posible, desde el punto de vista substancial entre estas tres especies de actos, sería la de su mayor o menor importancia; pero una distinción tan indeterminada que sólo podría establecerse en los casos particulares, según las particulares circunstancias del acto (3).

Pero tal criterio no es, en el fondo, sino la renuncia a la determinación de un criterio distintivo entre el acto que constituye el fin y la esencia de la función jurisdiccional,

(1) Cfr. Schmidt, *loc. cit.*

(2) *Idem id.*

(3) *Idem id.*

y los demás actos que el órgano de la jurisdicción puede realizar, ya en el ejercicio de esta función, ya en el ejercicio de otras funciones a él encomendadas. La prescripción de una determinada forma es, en efecto, la consecuencia de la naturaleza intrínseca de un acto determinado, y no el producto del puro arbitrio legislativo: debe ser, por consiguiente, siempre posible decidir, de la naturaleza de un acto, la forma que debe revestir. Si así no fuese respecto a la sentencia, sería preciso concluir que sólo son sentencias aquellas decisiones, para las cuales la ley ha adoptado la palabra sacramental de sentencia; y que no lo son nunca aquellas a que la ley no da nombre alguno o califica con una denominación genérica (por ejemplo, decisiones o providencias). Por lo demás, esta opinión no puede considerarse como aceptada tampoco en Alemania, donde tanto bajo el imperio del derecho común, como bajo el imperio de la ordenanza procesal de 1877, la doctrina siempre trató de determinar, por medio de criterios substanciales, la distinción entre la sentencia y los demás actos de los órganos jurisdiccionales (1).

(1) La doctrina alemana del derecho común distinguía los actos del juez en decretos (*Verfügungen*) y sentencias (*Urtheile*) según tuvieran por objeto la tramitación del pleito, o una verdadera y propia decisión, y como ulterior y más preciso criterio adoptaba el siguiente: había sentencia cuando sobre la cuestión decidida habían sido oídas las dos partes, o habían sido citadas en forma para hacerse oír; había decreto cuando faltaba la contradicción: así Goenner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, I, párr. 22 a 26.—Bayer, *Vortraege ueber den gemeinen ordentlichen Zivilprozess*, Munich, 1858, págs. 401 y sig.—

24. También nuestro Código de procedimiento civil ha querido, si bien de un modo negativo, establecer un criterio de distinción entre la sentencia y los demás actos del juez, es decir, las ordenanzas y los decretos (1).

Renaud, *Lehrbuch des gemeinen Zivilprozessrechts*, Leipzig, y Heidelberg, 1873, párr. 154.—Wetzell, *System des ordentlichen Zivilprozesses*, Leipzig, 1878, párr. 51, texto y nota 10, Véase sin embargo, contra este criterio de distinción, Planck, *Die Lehre von dem Beweisurtheil*, Gotinga, 1848, págs. 163 y sig. Después de la ordenanza procesal de 1877, la doctrina alemana distingue también las sentencias (*Urtheile*) las ordenanzas (*Beschlusse*) y los decretos (*Verfügungen*). Sentencia es el fallo del juez que contiene la determinación de lo que es derecho en el caso concreto, emitida después de una controversia oral obligatoria (Planck, *Lehrbuch*, I, págs. 450 y 452.—Kleinfeller, *Lehrbuch*, págs. 207 y 215); ordenanzas y decretos son los actos del juez que carecen de alguno de estos requisitos: o sea, que contienen sólo disposiciones sobre la tramitación del asunto y no una decisión, o que no van precedidos de una controversia oral obligatoria: la distinción entre una y otra especie de actos está en el órgano de que proceden: la ordenanza emana del colegio, el decreto del presidente o de un juez delegado (cfr. Planck, *Lehrbuch*, páginas 458 y 459.—Kleinfeller, *Lehrbuch*, pág. 207). en el derecho procesal penal la distinción de Rocco (Arturo), entre sentencias, ordenanzas y decretos está basada en criterios esenciales *Concetto, specie e valore della sentenza penale definitiva*, sobre-tiro, de la *Rivista penale*, Turín, 1905, pág. 8 y sig.

(1) Art. 50 Cód. proc. civ.: “Las providencias de la autoridad judicial hechas a consecuencia de recurso de una de las partes sin citación de la otra, se llaman decretos, están escritas al fin del recurso y notificadas por copia a las partes después de su inscripción en el registro. Las providencias, que se dictan en el curso del asunto por los presidentes, por los jueces delegados, por los pretores o por los conciliadores, a instancia de una de las partes, con citación de la otra, o de oficio, se llaman ordenanzas y están escritas en los registros...” Relación Pisanelli:

De la relación Pisanelli y del texto del art. 50 resulta que fueron tres los criterios en que se fundó la distinción: para la distinción entre sentencia y ordenanza de un lado y decreto de otro, el criterio de la existencia o no existencia, de un juicio ordinario contradictorio; para la distinción entre sentencia y ordenanza, el criterio del órgano de que el acto proviene, y el del momento del proceso en que se dicta. La índole contradictoria del juicio distinguiría la sentencia y la ordenanza del decreto; su procedencia de todo el Colegio juzgador, o de un solo miembro del mismo, y el haber sido dictada durante el curso de la causa o al fin de la causa, distinguiría la sentencia de la ordenanza. Por consiguiente, sería sentencia el fallo dicta-

“El proyecto, firme en su idea de no dar definición sobre el carácter de las sentencias, y de no establecer diferencias entre las mismas por lo que se refiere a los medios de impugnarlas, no formuló distinciones que pertenecen al dominio de la ciencia, sino que ha seguido un camino mucho más sencillo. Considera como sentencia todo fallo, definitivo o apelable o provisional, de la autoridad llamada a juzgar el asunto y considera como simples providencias las que dicta sólo el presidente o un juez delegado”. Relación Pisanelli, pág. 153. Con tal distinción se contenta Mattiolo, *Tratt.*, el cual sólo añade como criterio distintivo entre las sentencias y las ordenanzas del juez singular esto: que hay sentencia cuando el pretor o conciliador llena la misión que en causa pendiente ante magistrados colegiados correspondería a todo el Colegio; hay ordenanza cuando realiza, por el contrario, la función del presidente o del juez delegado. Como se ve, es éste un modo de resolver la cuestión con la cuestión misma, porque siempre quedará por saber cuándo el juez singular llena la función del Colegio y cuándo la del presidente o del juez delegado.

do, después de un juicio ordinario contradictorio, por todo el Colegio judicial o el juez singular, pero al fin del procedimiento; sería ordenanza el fallo emitido durante el curso del procedimiento, en un juicio contradictorio, por el presidente o por el juez delegado; sería decreto el fallo emitido por cualquier autoridad judicial, pero en un juicio sin contradicción.

Pero la jurisprudencia ha echado ya de ver lo insuficiente e incompleto de tal criterio (1). Ante todo, no

(1) Véase especialmente las críticas de Mortara, *Comm. II*, páginas 774 y sig.: sobre las cuales debemos observar solamente que no nos parece que deban calificarse de ordenanzas emitidas antes de estar pendiente el juicio algunas providencias a que se refiere en la pág. 777, esto es, las providencias preliminares por denuncia de obra nueva o de daño temido, y las a que se refieren los arts. 572 Cód. proc. civ. y 871 Cód. Com. En efecto, en cuanto a las primeras, o el pretor provee sin citación de la otra parte (art. 938, princ.) y en este caso si bien falta un juicio pendiente, la providencia del pretor es como dice textualmente el artículo 940 princ., un decreto y no una ordenanza. O hay citación de la otra parte, y en este caso el juicio pendiente existe y es precisamente el juicio por denuncia de obra nueva o daño temido, en el cual el pretor, si es competente, decide con sentencia, y si no es competente, dicta por medio de ordenanza las providencias urgentes o provisionales que son necesarias, y remite a las partes ante la autoridad competente (artículo 940, capítulo 1.º). En cuanto a las providencias, de que trata el artículo 572 Cód. proc. civ., el juicio pendiente existe también y es el procedimiento de ejecución, en el cual surgen las dificultades a que se refiere el mismo artículo: por último, en cuanto a los casos del art. 781 Cód. Com., como también allí la ley obliga al pretor a remitir a las partes ante la autoridad competente (como por lo demás también en el caso del art. 572 Cód. proc. civ.), ello presupone, que el juicio contradictorio se haya iniciado ya ante

es verdad que el ser contradictorio el juicio distingue la sentencia y la ordenanza del decreto: porque hay muchos ejemplos de sentencias emitidas sin contradicción (ejemplo: la sentencia declarativa de quiebra, art. 691 del Código de Comercio, etc.). No es verdad que el órgano de que proviene y el momento del procedimiento en que se dicta distinguen a la sentencia de la ordenanza, porque hay sentencias pronunciadas por jueces singulares y durante el procedimiento del asunto (ejemplo: las sentencias interlocutorias o apelables de los pretores), y ordenanzas pronunciadas por el Colegio (ejemplo: la ordenanza que suspende la publicidad de una audiencia: art. 52 del Código de procedimiento civil; la ordenanza que prescribe la continuación del procedimiento por la vía formal: artículos 391 y 413 del Código de procedimiento civil y 2o. de la ley de 31 de marzo de 1901), y, por último, ordenanzas dictadas si por un solo juez, pero al fin del procedimiento (ejemplo: ordenanza de tasación de los gastos, art. 375 y siguiente del Código de procedimiento civil).

En realidad, la distinción hecha por el art. 50 (artículo que —nótese bien— tiene menos el carácter de una disposición normativa que el de un principio doctrinal, como se encuentran algunas veces en los Códigos) no es en esen-

el mismo pretor. En realidad, como veremos más adelante, es necesario un procedimiento en curso para que el fallo del juez pueda asumir el carácter de ordenanza; en la ordenanza, en efecto, se desarrolla la actividad del juez relativa al procedimiento, o sea la actividad de pura ejecución del juez.

cia inexacta: tanto que en la mayor parte de los casos prácticos, de las varias especies de fallos judiciales. Los caracteres de actos del juez. Pero tiene el defecto de poner como base de la distinción criterios no decisivos, porque se refieren a elementos secundarios y extrínsecos no característicos es posible distinguir bastante bien, la una de la otra. Los tipos indicados en el art. 50 se encuentran, sí, en las varias categorías de actos allí enumeradas, pero se encuentran sólo normalmente y no ya constantemente. Y como por su índole predominantemente teórica, la disposición del artículo 50, si bien puede servir de guía al intérprete, no puede obligarle absolutamente; porque, en todo caso, del sistema de la ley es de donde hay que sacar los conceptos generales y fundamentales, y no ya de una aislada disposición de ésta, nos proponemos aquí desunir de los principios generales de la ciencia del derecho procesal y del conjunto sistemático de nuestro derecho procesal positivo la distinción entre la sentencia y los demás actos del juez.

25. La distinción entre la sentencia de un lado y los demás fallos del juez de otro, se deduce entretanto, neta y determinada del concepto mismo de la sentencia, según hemos tratado de establecerlo, derivándole del de jurisdicción, del cual constituye uno de los más importantes momentos. Si la sentencia es el acto por el cual el órgano jurisdiccional, aplicando la norma al caso concreto, elimina la incertidumbre sobre la tutela jurídica que corresponde a un interés concreto, es claro que solamente aquel ac-

to del juez que contiene "la declaración de una relación jurídica incierta" puede llamarse sentencia. Esta declaración puede referirse tanto a una relación de derecho material como a una relación de derecho procesal; pero hay sentencia siempre que el juez, eliminando la incertidumbre sobre una relación concreta de derecho, determina lo que es derecho en el caso concreto (1). Cuando, por el contrario, el juez no desarrolla este momento esencial de su *función jurisdiccional*, sino que, en los límites de la norma jurídica que en el caso concreto no se presenta como incierta, provee al cumplimiento de las varias funciones que se le exigen, se tendrá, según los casos, una ordenanza o un decreto, pero nunca una sentencia. Y precisamente hay ordenanza cuando el juez desarrolla su facultad de dirección del procedimiento, que es una facultad inherente a su función jurisdiccional, y en ésta está comprendida. En virtud de tal facultad, el juez no declara relaciones jurídicas, ni materiales, ni procesales, sino que provee a la marcha regular del procedimiento, cuya dirección le está reservada. El acto, por el cual el juez ejerce ésta su función directiva del procedimiento, es precisamente la orde-

(1) Sobre decisiones procesales véase en el tratado de Menestrina, *La Prejudiciale*, Kisch, *Urtheilslehre*, Planck, *Lehrbuch*; Weismann, *Lehrbuch*; Kleinfeller, *Lehrbuch*. No admite en cambio sentencias, sino sólo ordenanzas (*Beschlusse*), sobre cuestiones procesales la ordenanza austriaca, sobre la cuál véase Menestrina, loc. cit. Para el derecho austriaco, por consiguiente, es sentencia únicamente el acto del juez que declara una relación de derecho material.

nanza (1). La ordenanza supone siempre cierta, o, por lo menos, no incierta, esto es, no controvertida, no contestable la relación jurídica concreta y provee simplemente por su actuación, esto es, a la ejecución de la norma que le consagra. La ordenanza tiene, pues, por sí misma, un alcance puramente ejecutivo y no decisorio. La diferencia que la distingue de la sentencia resulta así bien determinada: la sentencia es esencialmente un acto de la inteligencia, un juicio lógico; la ordenanza es, por el contrario, esencialmente, un acto de voluntad del juez. He aquí por qué mientras la motivación, esto es, el desenvolvimiento del juicio lógico, es un requisito esencial de la sentencia (arts. 360-361 del Código de procedimiento civil), la ordenanza no tiene necesidad de motivación (art. 362). Excluidas las sentencias y las ordenanzas, todos los demás actos del juez son decretos. Bajo esta denominación se comprenden actos de diversa naturaleza, como de diversa naturaleza son las funciones que incumben al juez, el cual —como es sabido— obra a veces como órgano de la

(1) Sobre la dirección del procedimiento por parte del juez (Prozessleitung), y sobre las facultades de éste, véase Planck, *Lehrbuch*.—Schmidt, *Lehrbuch*.—Weismann.—Kleinfeller, *Lehrbuch*. Son facultades, como se explica en el texto, de naturaleza jurisdiccional accesoria y puramente ejecutiva. Están comprendidas en la más general categoría de las facultades ejecutivas del juez (que se encuentran también en otros órganos de la jurisdicción, por ejemplo: en el escribano), a las cuales pertenecen también las facultades que no se refieren a la marcha del procedimiento, sino a su iniciación o a la pronuncia de procedimientos provisionales. Una distinción análoga hace Schmidt, loc. cit.

función jurisdiccional, y a veces también como órgano puramente administrativo. El decreto, pues, es también, al igual que la ordenanza, una providencia puramente ejecutiva, y no la declaración de una relación de derecho controvertida; pero difiere de la ordenanza en que no tiene por objeto la dirección de un procedimiento ya iniciado, sino la ordenación de actos de distinto género, en los que se desarrolla generalmente la función administrativa, y algunas veces también la función jurisdiccional del juez (así, por ejemplo: en el secuestro conservativo, en el cual, por la urgencia en el proveer, la ley prescinde de la incertidumbre de la relación, y da facultades al pretor para ordenar sin más un acto de ejecución, si bien puramente provisional y sujeto a convalidación: artículos 224, 931 y 933 del Código de procedimiento civil, y también en los casos de los artículos 572 del Código de procedimiento civil y 871 del Código de Comercio).

En resumen: la sentencia es el acto del juez encaminado a eliminar la incertidumbre sobre la norma aplicable al caso concreto, acreditando una relación jurídica incierta concreta; la ordenanza es el acto por el cual el juez, siendo cierta y suponiendo que es cierta la norma aplicable al caso concreto y cierta la relación jurídica concreta, provee a la marcha de un procedimiento pendiente, ordenando actos de pura ejecución; el decreto es el acto por el cual el juez, siendo también cierta o suponiéndose que es cierta la norma aplicable al caso concreto, provee a todas las

demás funciones judiciales o administrativas que de él se exigen.

26. Esta distinción, que se deriva de los principios y del sistema de la ley, encuentra también, en las disposiciones especiales de ésta, una confirmación directa.

Para la distinción entre sentencias y ordenanzas es típica ante todo la reglamentación jurídica de los incidentes en nuestro Código de procedimiento civil y en la ley de 31 de marzo de 1901 sobre la reforma del procedimiento sumario.

Según los artículos 181 y siguientes del Código de procedimiento civil (aplicados al procedimiento sumario por los artículos 4 y 12 de la ley de 31 de marzo de 1901), los incidentes se proponen al presidente, el cual, si las partes están de acuerdo sobre la resolución, provee para la ejecución (art. 181 del Código de procedimiento civil) con ordenanza (artículos 50, 182, 206 en relación con el 207, 222, 230, 252 y 272 del Código de procedimiento civil). Si las partes no están de acuerdo, las remite, siempre por ordenanza (art. 184), ante el Colegio (art. 181), el cual decide mediante sentencia (art. 50, 206 en relación con el 217, 222, 224, 230, 252 y 272). Los casos de urgencia están equiparados a aquellos en los que hay acuerdo entre las partes, y a ellos provee directamente el presidente por medio de ordenanza (art. 182), pero sujeta a apelación ante el Colegio (art. 183). La distinción más arriba hecha es clarísima en este sistema. Cuando no hay incertidumbre sobre la relación concreta procesal porque las par-

tes, valiéndose del derecho de disposición que se le concede (1), reconocen espontáneamente su existencia, o también cuando, por razones de urgencia, la ley prescinde de la declaración voluntaria o legal de la relación jurídica, y quiere que se le dé provisionalmente ejecución (caso en que la relación se considera provisionalmente como acreditada), no se trata más que de proveer a actos de ejecución o de actuación de la relación acreditada. Aquí sólo entra en juego la potestad directiva del juez sobre el procedimiento, y por esto a aquella ejecución provee el juez por una simple ordenanza. Cuando, por el contrario, el acuerdo de las partes (2) y, por tanto, la relación procesal

(1) El principio de disposición de las partes es regla en el procedimiento civil, donde rige el principio: *nemo iudex sine actore*, esto es, donde la intervención del Estado para la satisfacción de la tutela de los intereses privados se hace depender enteramente de la voluntad del particular. Este principio que vale para la tutela de los intereses materiales, vale también para la de los intereses procesales, que son intereses puramente secundarios, que tienen a los primeros por contenido substancial. La tutela de los intereses procesales de las partes depende, pues, únicamente de su voluntad; su acuerdo elimina toda incertidumbre sobre la relación procesal, que se establece así como es determinada por el acuerdo. Sobre el principio de disposición véase Schmidt, Kleinfeller, Chiovenda, *op cit.* Sobre la posibilidad de disponer de derechos materiales mediante actos procesales véase Bülow, *loc. cit.*

(2) La falta de acuerdo no significa que la cuestión esté controvertida entre las partes. No es, por consiguiente, exacta la opinión manifestada durante los trabajos preparatorios del Código y seguida por varios autores, según la cual la sentencia diferiría de la ordenanza porque supone una contestación entre las partes.

aparece incierta, ni concurren razones de urgencia para considerarla, no obstante, como acreditada a los efectos de la ejecución, es necesario ante todo proceder a la declaración de la relación, mediante aplicación de la norma al caso concreto; lo que no puede hacerse sino mediante sentencia (1). E igualmente mediante sentencia se acredita la relación cuando se ha proveído si, por urgencia, a su actuación provisional, pero, faltandò la aquiescencia de las partes a la ordenanza, hay todavía incertidumbre sobre la norma realmente válida en el caso concreto.

En el procedimiento de los incidentes tenemos siempre esta posición: mientras que la relación jurídica es cierta o considerada por la ley, por razones de oportunidad como cierta, el fallo del juez, con el cual se provee a los actos

(1) Al caso en que falte el acuerdo de las partes está equiparado el caso, excepcional en el procedimiento civil, por el principio de disposición en él vigente (véase nota 1 de la pág. 107), en que no sea posible el acuerdo, porque se trate de materia en que rija el principio de la oficiosidad. En este caso la relación aparece como objetivamente incierta, y es necesaria siempre una sentencia que la haga cierta. Así, cuando se proponga la excepción de incompetencia por la materia o por el valor (que es de orden público y debe ser decretada de oficio por el juez, art. 187 Código procesal civil), no es ya posible que sobre ella se decida mediante ordenanza; y a pesar del acuerdo de las partes, la cuestión pasa siempre al Colegio, que decide con sentencia. Si bien la fórmula ambigua del art. 189 pueda prestarse a dudas, esta es la solución exacta, como lo confirma el art. 34 del Real Decreto de 31 de Agosto de 1901 para la ejecución de la ley bajo la reforma del procedimiento sumario. Lo mismo puede decirse cuando el juez ordene de oficio una prueba y la citación de un tercero.

de ejecución (art. 181), es una ordenanza; cuando, por el contrario, la relación es incierta, el acto del juez en el que decide sobre la relación, es una sentencia. Y esto no solamente para el procedimiento de los incidentes ante el juez colegiado, sino también (lo que es particularmente notable, porque aquí no es aplicable el criterio extrínseco del órgano de que el acto proviene) para el procedimiento incidental ante el juez singular. El art. 424 del Código de procedimiento civil prescribe precisamente que la admisión del interrogatorio por parte del pretor tenga lugar por ordenanza, cuando no sea controvertida por la otra parte, y con sentencia, cuando falte el acuerdo de las partes; y lo mismo se deduce del art. 428 respecto al informe pericial.

El haber encontrado exacto el criterio sentado por nosotros respecto al procedimiento de los incidentes, conforme está regulado en nuestro derecho procesal positivo, es una circunstancia de mucho relieve, cuando se considera la amplia esfera de aplicación que tiene el procedimiento de los incidentes en nuestro procedimiento civil: en efecto; éste además de aplicarse a las excepciones de incompetencia y de declinatoria de foro, a las excepciones de nulidad, a las cuestiones referentes a la demanda de garantía y a la intervención en el pleito, y según el precepto general del art. 206, a todas las cuestiones referentes a la admisión de cualquier medio de prueba. Todas estas materias, tomadas en conjunto, absorben ya por sí solas buena parte de todo el procedimiento.

27. Pero también en otras materias, en las cuales el

fallo del juez que provee a regular la relación jurídica puede ser o una sentencia o una ordenanza, el criterio establecido por nosotros es siempre exacto. Así en materia de rendición de cuentas, cuando se provee a la ejecución de relaciones no inciertas, el juez dicta una ordenanza; con ordenanza se decreta el pago del exceso sobre los gastos, según la misma exposición hecha por quien rinde las cuentas (art. 321), y por ordenanza se aprueba la cuenta en caso de mutuo acuerdo de las partes (art. 323). En cambio, se provee con sentencia cuando hay incertidumbre sobre la relación jurídica; por lo tanto, es necesario una sentencia para aprobar las cuentas controvertidas (artículo 323). Lo mismo hay que decir en las cuestiones que pueden surgir en materia de ejecución forzosa. También en materia de ejecución puede haber incertidumbre sobre relaciones jurídicas concretas. En efecto; la ejecución forzosa supone siempre que el obligado no haya conformado espontáneamente su conducta con la regla de conducta acreditada, y que haya que proceder, por lo mismo, a la satisfacción del interés del derechohabiente, independientemente de la voluntad de aquél, o aun contra su voluntad. Esta satisfacción, que tiene lugar por obra del Estado, puede implicar el sacrificio de alguno de los derechos del obligado. Por tanto, aunque en la ejecución esté demostrada la relación jurídica material que existe entre actor y demandado, puede ser incierta la relación entre el Estado y el demandado, o sea, puede ser incierto hasta qué punto debe ser sacrificado el derecho del demandado, en virtud del

derecho de ejecución correspondiente al Estado. Toda vez, pues, que en el procedimiento ejecutivo debe ser privado el obligado de algún derecho, la falta de sujeción voluntaria del obligado, que es supuesto de la ejecución forzosa, produce una incertidumbre sobre la relación jurídica concreta existente entre el Estado y el *exequendus*, que debe ser eliminado mediante una sentencia. Esta es la razón, por la cual la venta de los bienes muebles e inmuebles del deudor debe ser autorizada mediante sentencia (artículo 623, en relación con el 655, núm. 1o.; 685 del Código de procedimiento civil). Puede suceder también que la incertidumbre sea producida por contestaciones formales del *exequendus*: entonces es necesario una sentencia especial que decida sobre su oposición (artículos 570, 579 y 660). Pueden, en fin, en el procedimiento ejecutivo surgir incertidumbres sobre los derechos de los terceros y sobre las relaciones recíprocas de varios derechohabientes sobre los bienes del *exequendus*; también estas incertidumbres se eliminan mediante sentencia (artículos 616, 646, 647, en relación con los 655 y 657; 652 y 654; 575, en relación con el 702; 699 y 704; 716 del Código de procedimiento civil). Por el contrario, también en el procedimiento ejecutivo, cuando por la espontánea adhesión de las partes, la relación no sea incierta (art. 652), o cuando por la urgencia de lo proveído, la ley prescinda de su incertidumbre (artículo 750 del Código de Comercio; 572 y 647, capítulo I, del Código de procedimiento civil), o cuando se trate de la pura ejecución de relaciones no inciertas, por es-

tar acreditadas en documentos públicos (artículos 719 y 722), las providencias de pura ejecución son tomadas mediante simple ordenanza. También en la materia de los gastos se repite la misma regla: la condena en los gastos, que implica la declaración de una relación incierta, se hace siempre mediante sentencia (art. 370); en cambio, la simple tasación de los gastos que se presenta como un acto de pura ejecución, puede ser hecha por ordenanza separada (artículo 365); pero, si también acerca de la tasación surgieran controversias, de modo que resultase incierto el *quantum debeatur*, es necesaria una sentencia que elimine esta incertidumbre (art. 377) (1).

28. Respecto a la distinción entre sentencia y ordenanza por un lado y decreto por otro, es de observar que, excluidos los casos (y son la mayoría) en que el decreto es emitido por el juez, no en el ejercicio de su facultad jurisdiccional, sino como órgano de la llamada jurisdicción voluntaria, para los cuales la distinción se deriva de la diversidad de la función ejercitada, en los casos, por el contrario, en que el decreto es dictado precisamente por el magistrado en el ejercicio de la función jurisdiccional, siempre es verdadero el criterio distintivo arriba establecido. En el decreto, el juez ni desarrolla su facultad directiva

(1) Como la ley ha considerado la liquidación de los gastos como una operación puramente ejecutiva, ha admitido la distinción entre el pronunciamiento sobre los gastos y la liquidación de los gastos. Sobre la división entre las dos operaciones véase las observaciones de Chiovenda, *La condena en los gastos*, páginas 408 y sig., especialmente pág. 410.

del proceso ni acredita una relación incierta, pero cuando no hay aún ningún proceso pendiente, dicta varias providencias de naturaleza jurisdiccional, pero puramente ejecutivas, las cuales tienen todo el carácter de la accesoriedad y provisoriedad. Así, en los casos de los artículos 146, 154 y 172 el juez (singular o colegiado), mediante decreto, autoriza la citación por medio de proclamas o abrevia el término para comparecer o para contestar; en los cuales casos se trata precisamente de procedimientos jurisdiccionales accesorios, de naturaleza puramente ejecutiva, esencialmente urgente y provisional. Así también, en los casos de los artículos 938 y 940 el pretor puede, por medio de decreto, proveer sobre la denuncia de obra nueva o de daño temido aun sin la citación de la otra parte; también aquí estamos en presencia de un acto jurisdiccional ejecutivo, urgente y provisional. En efecto; en ambos casos, en los cuales la relación jurídica es sí incierta, pero por razones de urgencia, la ley la considera provisionalmente como si no fuese incierta y permite al juez proveer sin más a actos de ejecución; la providencia provisional tomada por decreto debe necesariamente transformarse en un fallo definitivo emitido por sentencia (art. 931 en relación con el 934, 935, 936, 937 y 940 del Código de procedimiento civil). En estos casos, la providencia provisional es decreto y no ordenanza, porque faltando un proceso pendiente no se presenta como desarrollo de la facultad directiva del juez sobre el proceso.

Siempre relacionados con este último asunto de la dis-

tinción entre la sentencia y el decreto en nuestra legislación positiva, son significativos los casos de los artículos 841, 843 y 844 del Código de procedimiento civil; 684, 704 y 836 del Código de Comercio. Por los artículos 841, 843 y 844 del Código de procedimiento civil, la decisión del juez en el juicio de interdicción o de inhabilitación es una sentencia, si bien pronunciada en cámara de consejo, y a consecuencia de simple recurso (art. 836). Por los artículos 684 y 704 del Código de Comercio, el fallo del juez que declara la quiebra o determina su fecha inicial, es una sentencia, si bien emitida en cámara de consejo y a consecuencia de recurso, o también de oficio (artículos 684, 704 y 911 del Código de Comercio). Por último, según el art. 836 del Código de Comercio, la aprobación de lo acordado, cuando no hay oposición, tiene lugar por sentencia (art. 839), pero siempre en un juicio que tiene lugar en cámara de consejo y previo recurso (artículos 836 del Código de Comercio y 779 del Código de procedimiento civil).

En todos estos casos, si bien la forma de procedimiento es tal que debería conducir normalmente a un decreto (artículos 781 y 782 del Código de procedimiento civil), y en cuanto a los fallos en materia de quiebras y de concordatos (faltando toda forma de contradicción), la providencia debería indudablemente, por literal disposición del art. 50, primera parte, ser un decreto; el acto del juez es por el contrario una sentencia. Y esto por la sencilla razón de que en estos casos se trata de eliminar la incertidumbre

sobre relaciones concretas, determinando lo que es derecho en el caso concreto. En el caso de los artículos 841 y siguientes se trata de saber si concurren los extremos exigidos por la ley para la interdicción o la inhabilitación; en los casos del art. 684 del Código de Comercio, es preciso acreditar la existencia del estado de insolvencia y de la calidad de comerciante en el deudor; en el caso del art. 836, se debe acreditar si el acuerdo fué válido, esto es, si concurren todos los requisitos de forma y fondo exigidos para la validez de este contrato. Lo que demuestra una vez más que ni la forma del procedimiento, ni la existencia de un juicio contradictorio o de un convenio oral, en suma, ninguna condición extrínseca caracteriza la sentencia, sino su contenido.

29. Pero si estas condiciones extrínsecas no caracterizan a la sentencia, acompañan, como es natural, a la misma y pueden servir de criterio subsidiario para distinguirla. Así, por ejemplo, el criterio del órgano de que emana el acto, que es uno de los adoptados por el legislador en el art. 50. Indudablemente, como quiera que en la sentencia, con la cual se acredita lo que es derecho en el caso concreto, se desarrolla en su plenitud la función jurisdiccional del juez en los juicios que se desarrollan delante de órganos colegiados de la jurisdicción, aquella función debe ser deferida al Colegio y no a uno de sus miembros, mientras que, por el contrario, la función perteneciente también a la jurisdicción, pero de naturaleza secundaria o accesoria de proveer a la dirección y a la marcha del procedi-

miento en curso, es normalmente confiada al presidente del Colegio o a un juez delegado al efecto. El criterio distintivo de la sentencia, a diferencia del de la ordenanza establecido por nosotros, no está, pues, bajo este aspecto, en contradicción con el criterio de la ley; por el contrario, corresponde perfectamente al concepto de la misma; sólo que es más preciso, y, sobre todo, es un criterio verdaderamente substancial. En efecto, aparte de que el criterio del órgano puede valer solamente para los actos de los jueces colegiados, y no para los de los jueces singulares, sigue siendo aquí verdad que la correspondencia del órgano con la función no es nunca tan absoluta que se pueda asumir aquél como contraseña característica de ésta. Y además, también desde el punto de vista lógico no parece correcto el procedimiento de obtener del órgano la característica de la función, cuando en realidad es la función la que determina al órgano y no viceversa. Así, en el caso en cuestión, la sentencia no es sentencia por ser acto del juez colegiado, ni la ordenanza ordenanza por ser acto del Juez singular, sino que la sentencia es acto del juez colegiado por sentencia, y la ordenanza proviene del juez singular porque es ordenanza. Y dígase lo mismo en cuanto a los demás caracteres distintivos de la sentencia que se deducen del artículo 50. Seguramente, el fallo con que se acredita lo que es derecho en un caso concreto, por lo regular es dictado al fin del proceso de deliberación, el cual tiene por objeto precisamente acreditar la relación jurídica material concreta. También aquí nuestro concepto responde al concepto de la ley. Sólo que mientras la

ley considera la cosa desde un punto de vista restringido y unilateral, y, por tanto, su criterio es falaz, el criterio adoptado por nosotros se refiere a todos los casos posibles. En efecto, no es verdad que la declaración del derecho esté siempre reservada al final del procedimiento: la declaración de la relación material puede venir por grados, mediante sentencias apelables sobre el fondo de la cuestión (1); luego puede presentarse incierta la aplicabilidad de una norma de derecho procesal, durante el desenvolvimiento del proceso, de donde la necesidad de sentencias apelables sobre la forma (2). Igualmente el otro criterio adoptado por el art. 50 para distinguir las sentencias de los decretos, de la existencia o no de un juicio contradictorio, no es inexacto: seguramente, el fallo sobre una relación incierta presupone normalmente una controversia o una litis pendiente; y también aquí nuestro criterio responde a la ley. Pero también aquí la ley es incompleta, porque, como hemos visto, pueden darse casos en que la incertidumbre sea objetiva, no dependa de una formal contestación, sino de que la ley no permite que se deriven de un hecho determinado consecuencias jurídicas (así la enfermedad mental no hace incapaz al que está aquejado de ella si no ha recaído una sentencia de interdicción; así la insolvencia del comercian-

(1) Sobre la posibilidad y utilidad de una división del razonamiento del juez sobre el fondo y sobre la admisibilidad de semejante división en los varios derechos positivos véase Menestrina, *La prejudicial*.

(2) Véase la nota 1 de la pág. 103.

te no da lugar a los efectos jurídicos de derecho material y procesal que le son propios si no interviene una sentencia previa declarativa de la quiebra).

30. La diversidad de la esencia se refleja, como es muy natural, sobre la forma de estas tres especies de actos del juez. Y, por lo tanto, vemos que mientras la sentencia debe ser dictada en nombre del Rey (art. 54) y debe contener los requisitos prescritos por el art. 360, entre los cuales es característico y esencial la motivación, la ordenanza debe responder sólo a los requisitos exigidos por el artículo 362, y para el decreto bastan las formas simplísimas establecidas por el art. 50, primera parte. Se entiende, por tanto, que, como en todas, también en esta materia la esencia es la que determina la forma, pero la forma no puede llegar a ser esencia.