

CAPITULO TERCERO

*Delimitación del concepto de sentencia respecto
de otros conceptos afines*

§ I

La sentencia y las decisiones de los particulares y de los órganos jurisdiccionales del Estado.

SUMARIO: 15. Posición de la cuestión; la sentencia y el laudo arbitral; naturaleza de la función de los árbitros y de su decisión; opinión de Mortara. — 16. Nuestra opinión; argumentos dogmáticos y exegéticos contra la naturaleza jurisdiccional de la función de los árbitros y de su decisión. — 17. Construcción del juicio arbitral como institución de derecho privado; naturaleza y funciones del laudo. — 18. Aplicaciones. — 19. La sentencia y las decisiones de los órganos de la justicia administrativa; en especial de la IV Sección del Consejo de Estado; naturaleza de la Sección IV del Consejo de Estado y de sus funciones como órgano de la justicia administrativa. — 20. Deducción del carácter administrativo y no jurisdiccional de la IV Sección sacada de la historia y de las disposiciones de las leyes de 20 de marzo de 1865 y 2 de junio de 1889. — 21. Refutación de opiniones contrarias. — 22. Carácter no jurisdiccional de la decisión de la Sección IV y sus consecuencias.

15. La determinación del concepto de sentencia que hemos tratado de establecer, nos permite ahora afrontar algunos problemas de grande importancia práctica, cuya solución depende precisamente de dicha determinación. De este modo podremos no sólo dilucidar a la luz de las exigencias prácticas y de las disposiciones especiales de la ley positiva, la bondad de los conceptos generales y sistemá-

ticos sentados como base de nuestro tratado, sino también determinar cada vez mejor y precisar el concepto de sentencia que nos interesa aquí particularmente. Se trata, en efecto, de delimitar este concepto de entre otros que tienen con él, más o menos acentuadamente, algunos puntos de contacto, de modo que sea posible, y se verifique de hecho, una identificación de conceptos que ha llevado a atribuir el carácter de sentencias a instituciones de naturaleza esencialmente distinta.

En esta determinación de límites, la primera figura que encontramos es el laudo arbitral. Ya la ley misma (1) llama repetidamente sentencias a las decisiones de los árbitros, y especialmente en la doctrina italiana, es frecuentísima la afirmación de que "los árbitros ejercen una verdadera jurisdicción", de que el compromiso confiere a los árbitros una "potestad jurisdiccional" (2), que se puede equiparar a "cualquiera otra sentencia judicial" (3). Pero son, en general, afirmaciones aisladas, sin ninguna justificación dogmática, y con frecuencia contradichas por las soluciones dadas a las controversias especiales que se rela-

(1) Cod. proc. civ., arts. 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 y 34.

(2) Cuzzi, *El Código italiano de procedimiento civil ilustrado*, 2ª edic., Verona, 1883, I, pág. 18.—Borsari, *El Cod. it. de proc. civ.*, Turín, 1872, I, pág. 52.—Codovilla, *Del compromiso y del juicio arbitral*, Turín, 1899, pág. 9.—De Palo, *Teoría del título ejecutivo*, pág. 156, texto, y nota 2, 161, 162 y 186.

(3) Ricci, *Comentarios al Código de proc. civ.*, pág. 60.—De Palo, *loc. cit.*, págs. 186 y 187.

cionan con el tema del juicio arbitral. El único autor que en el mismo orden de ideas ha dado una construcción dogmática del compromiso y del juicio arbitral, fundada precisamente en el carácter jurisdiccional de la función, y, por consiguiente, del laudo arbitral, es Mortara, cuya doctrina, por consiguiente, conviene exponer con brevedad (1).

Mortara distingue en la relación jurídica iniciada por el pacto de compromiso dos fases: una, que se desarrolla en la órbita de simples relaciones privadas; otra, que se desenvuelve, por el contrario, en una esfera de derecho público. Las dos fases nos aparecen conexas entre sí, si contemplamos el desenvolvimiento completo de la relación, esto es, si tenemos presente un juicio arbitral regularmente instituido y consumado con el fallo de la sentencia y del consiguiente decreto de ejecutoria. Si, por el contrario, pensamos en el contrato de compromiso simplemente estipulado entre los litigantes, o ya aceptado por los árbitros nombrados, tenemos una relación que no sale todavía de la órbita de las relaciones privadas (2). Cuando tal relación se perfecciona con todas las condiciones exigidas por la ley, ésta interviene, confiriendo a los árbitros nombrados la potestad jurisdiccional (3). Tenemos, pues, una relación de derecho privado entre las partes y los árbitros, que substancialmente es una relación de mandato (4), cuya eje-

(1) Cfr. Mortara, *Comm.* III, págs. 42 y sig., 50 y sig., 136, 172 y sig. pero especialmente pág. 51, 60, 75 y 80.

(2) Mortara, *Comm.* III, págs. 75 y 76.

(3) *Idem id.*, págs. 51 y 57.

(4) *Idem id.*, págs. 57 y 79.

cución es transportada por el Estado fuera del campo del derecho privado al del derecho público, mediante la concesión a los árbitros así nombrados de la función jurisdiccional (1). Tendríamos, por tanto, por parte del Estado, una concesión de potestad jurisdiccional relacionada con el perfeccionarse de una relación jurídica privada entre las partes y los árbitros, dentro de los límites señalados por la relación misma.

16. Esta construcción, sin embargo, aun cuando ingeniosa, no parece que puede ser aceptada, ni ante los principios generales ni ante las disposiciones especiales de nuestra ley positiva.

Un asunto jurídico privado, como el que se perfecciona con la aceptación de los árbitros, el cual, aun permaneciendo privado, da lugar a relaciones de derecho público, es una verdadera contradicción en los términos. Y no se diga que "el oficio jurisdiccional de los árbitros es conferido por el beneplácito del Estado, no por la voluntad de las partes" (2), porque cuando se afirma que un determinado efecto jurídico (en nuestro caso la concesión de la función jurisdiccional) está ligado por el derecho objetivo a la voluntad privada, se afirma también necesariamente que de la declaración privada de voluntad deriva aquel efecto jurídico. La ley interviene, es verdad, en este caso, pero como interviene en la constitución de cualquiera otra relación jurídica, es decir, como causa mediata de la misma,

(1) *Idem id.*, págs. 51, 56, 58, 59 y 78.

(2) Mortara. *Comm. III*, pág. 52.

es superfluo recordar que ninguna relación jurídica puede surgir sin que haya una norma jurídica y un hecho determinado, del cual la norma haga depender el nacimiento de dicha relación. Si, pues, el hecho jurídico, a que el derecho objetivo relaciona el nacimiento de un vínculo jurídico, es una declaración privada de voluntad, la relación no puede ser sino privada; y si, por el contrario, la relación jurídica de que se trata es una relación de derecho público, esto significa que el hecho jurídico de que nace es un hecho jurídico público. En efecto, la naturaleza de la relación es lo que califica el hecho jurídico de que se deriva. Esto sentado, o se renuncia a cualificar como asunto jurídico puramente privado el que se ventila entre las partes comprometidas y los árbitros, o se renuncia a llamar jurisdiccional y pública a la función de los árbitros que de dicho negocio, aun cuando sea por trámites legales, nace.

La verdad es que así como es privado el negocio jurídico de que los árbitros derivan sus facultades, así es privada su función, así son de derecho privado las relaciones que se engendran entre ellos y las partes, y del mismo modo lo es el laudo que dictan. Y es natural. La función jurisdiccional es una función pública del Estado, por lo que su servicio no puede ser conferido sino por el Estado mismo, es decir, por sujetos físicos que obran en calidad de órganos del Estado (1). Pero obrar en calidad de órgano

(1) Un sujeto físico no puede revestir la cualidad de órgano del Estado sino en una de estas formas: o porque la ordenación jurídica relaciona directamente la concesión de la

del Estado, significa perseguir con la propia voluntad intereses públicos o estatales. Lo que evidentemente no hacen las partes, las cuales, comprometiendo en árbitros sus cuestiones, se proponen fines exclusivamente privados. Si, pues, quien nombra los árbitros y determina los límites de su oficio, no obra en interés público, esto es, en calidad de órgano del Estado, sino sólo en interés privado, lógicamente se deduce que las funciones de los árbitros no son funciones públicas, sino privadas, que las relaciones entre éstos y las partes son relaciones privadas, juicio privado y no sentencia, el fallo que de ellos emana (1).

Esta conclusión, que se deduce directamente de los conceptos jurídicos fundamentales, es confirmada por un examen siquiera sumario de la reglamentación jurídica que el juicio arbitral recibe en nuestro derecho positivo.

cualidad de órgano a determinados estados de hecho (ejemplo: por la concesión de la cualidad de monarca, la descendencia de una determinada persona en el orden exigido para la sucesión al trono, por la concesión de la cualidad de elector político, etc), o bien porque intervenga un acto de voluntad por el cual alguna persona sea designada como órgano del Estado; en este último caso es necesario un órgano al cual sea deferido el acto de creación. En el primer caso tenemos un órgano primario, en el último un órgano secundario (Cfr. Jellinek, *Doctrina general del Estado*, págs, 499 y 500). En el caso de los árbitros estando evidentemente excluido el que se trate de órganos primarios, no podría tratarse de órganos secundarios; de aquí la necesidad de otro órgano que nombre.

(1) En este sentido netamente y con mucha precisión Wach, Schmidt, Planck, Weismann, Kleinfeller, Chiovenda, Menestrina y Bülow.

Ante todo es notable que en la ley y en la práctica el juicio arbitral se presente también como un juicio de equidad, en el cual los árbitros tienen de las partes la facultad de pronunciar, no según las normas del derecho, sino como amigables compondores (Código de procedimiento civil, artículo 20). Bien que la función jurisdiccional, en su estado de declaración, no sea solamente aplicación de derecho, implica siempre, en el Estado moderno, la aplicación del derecho: la función jurisdiccional se somete a la legislativa, por lo que el juez moderno está siempre vinculado por el derecho objetivo. El juez puede, pues, solamente declarar qué tutela jurídica concede el derecho objetivo a un interés concreto, pero no conceder él, fuera del derecho, esta tutela. Esto basta para excluir, a nuestro juicio, el carácter jurisdiccional en la función del árbitro que falla como amigable compondor; lo que, de paso, suprime, en gran número de casos, la posibilidad de construir la institución arbitral sobre la base jurisdiccional. Otros argumentos deducidos del sistema de la ley positiva conducen a la misma conclusión, aun cuando los árbitros sean llamados a decidir según las normas de derecho. En efecto:

a) Según el art. 9o., Código de procedimiento civil, "el compromiso celebrado por un administrador, o por quien no puede disponer libremente de la cosa sobre que recae la controversia, no producirá efecto, sino cuando sea aprobado en las formas establecidas para la transacción". Ahora bien; si la ratificación subsiguiente a un compromiso no válido es, por consiguiente, incapaz de producir los

efectos jurídicos propios de este contrato, bastará a convalidarlo, es decir, que dichos efectos jurídicos dependen, precisa y exclusivamente, de la voluntad privada, la cual podrá llegar a dar eficacia jurídica *ex post*, a un laudo no válido después de pronunciado (1).

b) Según el art. 10, todo ciudadano o extranjero puede ser nombrado árbitro; pero como es requisito esencial para ser admitido al goce de los derechos políticos en general, y al ejercicio de la función jurisdiccional en especial, la ciudadanía italiana (art. 3o. del Código civil y art. 9o. del Reglamento general judicial), quiere decirse que el cargo de árbitro no es considerado por la ley como ejercicio de la potestad jurisdiccional (2).

c) Por el art. 17, las partes tienen la facultad de convenir libremente las formas y los términos del procedimiento arbitral; lo que prueba una vez más que no se trata

(1) Esto resulta literalmente del art. 9o. Cuanto se dice en el texto deja sin prejuzgar la conocida cuestión de si la nulidad impuesta en este artículo es absoluta o relativa (por la nulidad relativa: Amar, Cuzzi, Mattiolo, Mortara, Codovilla). En nuestra opinión como la nulidad en cuestión depende de incapacidad de las partes para disponer de la cosa objeto del compromiso, no hay razón alguna para no aplicar los principios del derecho civil a la nulidad de los contratos por incapacidad de los contratantes.

(2) La participación en la función judicial forma parte del *status activae civitatis*, que no corresponde al extranjero, ni aun cuando se encuentre en el territorio del Estado *subditus temporarius*, sino solamente al ciudadano, esto es, al que pertenece al Estado: cfr. Romano, *Teoría de los derechos públicos subjetivos* página 173.

de un procedimiento público, o sea del ejercicio de la función jurisdiccional pública, puesto que las formas, siendo en el procedimiento de orden público, su determinación y su observancia no se puede hacer depender de la voluntad privada (1).

d) En el silencio de la ley, es cierto (y ninguno lo duda) que los árbitros no pueden proceder personalmente a actos de instrucción que exijan cualquiera de las formas de coacción sobre las personas (citación de testigos y peritos, inspección judicial, etc.). Además del art. 18 y 208 se deduce, por fácil argumentación *a contrario*, que los árbitros tampoco están autorizados a recurrir al magistrado ordinario para que realice tales actos (2). Por consiguiente, fáltanles las facultades más esenciales de los magistrados investidos de la función jurisdiccional, e indispensables para el ejercicio de tal función (3).

Ni la posibilidad de hacer ejecutivo el laudo, mediante el procedimiento establecido en el art. 24, altera el carác-

(1) Esto se deduce del objeto mismo y de la función de las formas procesales: cfr. Chiovenda, *Las formas en la defensa judicial del derecho*, en *Ensayos de derecho procesal*.

(2) Cfr. Mortara, *Comm.* Otros escritores (por ejemplo: Mattiolo, *Derecho judicial*), admiten la posibilidad de la delegación al magistrado ordinario, siempre que tenga lugar con sentencia interlocutoria ejecutiva en las formas indicadas por el art. 24. Pero no comprendemos cómo una decisión de los árbitros que, al igual que todos sus fallos, no puede tener valor obligatorio sino para las partes, pueda con la ejecutoriedad, obligar al magistrado y convertirse en un título ejecutivo contra éste.

(3) Cfr. Mortara, *loc. cit.*

ter privado de éstos. ¿En qué consiste y cuál es el objeto de este procedimiento? La ley pide, ante todo, bajo pena de nulidad, que el laudo sea depositado en la secretaría de la pretura dentro de los cinco días siguientes al en que se dictó. Hasta aquí nada hay que deponga contra la naturaleza privada del laudo, puesto que una obligación análoga es impuesta por otras disposiciones legales, respecto de actos que son de naturaleza indudablemente privada (cfr., por ejemplo: arts. 90, 92 y 96 Cód. Com.). Llenada esta formalidad, el laudo, como tal, es válido, puesto que la ley conmina la nulidad sólo por falta del depósito, y se debe, por consiguiente, considerar que el laudo, como acto de los árbitros, se perfecciona precisamente con el depósito en la secretaría. Pero no se hace ejecutorio si no interviene un decreto del pretor. La ejecutoriedad no se refiere indudablemente a la obligatoriedad del laudo para las partes, sino a la posibilidad de una ejecución forzosa del mismo, para la cual es necesaria la intervención de un funcionario público (teóricamente, de un órgano no jurisdiccional). En nuestro caso, este funcionario es el pretor, elegido como más idóneo para hacer un examen rápido y sumario de la legalidad extrínseca del laudo. Pero el pretor no obra aquí como investido de la potestad jurisdiccional, sino en el ejercicio de una función administrativa, en su cualidad de órgano de la llamada jurisdicción voluntaria. Todo esto, pues, no sólo confirma que el laudo es un acto de naturaleza exclusivamente privada, lo cual no contradice la cualidad de título ejecutivo adquirida después de la publicación del decreto pretorio, sien-

do muy posible que aquella cualidad se conceda también a los actos privados (por ejemplo: la letra de cambio; art. 323 Cód. Com).

17. La construcción del juicio arbitral como institución de derecho privado (argumento prestigiosísimo sobre el cual debemos pasar), no presenta serias dificultades. En resumen; estamos aquí en presencia de un caso particular de una institución general y bien conocida del derecho privado: la del árbitro tercero como elemento de determinación de la voluntad privada. Otras aplicaciones del mismo principio nos ofrecen la obligación alternativa con elección deferida a un tercero; la compra-venta, en que la determinación del precio es confiada a un tercero (Código civil, art. 1.454; Código Comercio, art. 60); la determinación deferida a un tercero de la parte de cada uno de los socios en las ganancias y las pérdidas en el contrato de sociedad (Código civil, art. 1.718); el pacto por el cual las partes defieren a uno o más terceros la determinación de las condiciones de un contrato futuro, de las cuales tenemos frecuentes aplicaciones en las modernas luchas económicas entre patrones y obreros (1). En todos estos casos y en otros análogos tenemos voluntades privadas que, no poniéndose de acuerdo sobre la composición de sus intereses en conflicto, se ponen de acuerdo, sin embargo, sobre el modo en que tal composición se podrá llevar a cabo, y precisamente, confiando a un tercero el encargo de efectuarla. Son pues,

(1) Sobre el árbitro del tercero como elemento de determinación de la voluntad en los negocios jurídicos, véase Ricca-Barberis, Kipp, Dernburg, Messina y Boufante.

todos ellos, casos de declaración de voluntad de contenido indeterminado, pero jurídicamente eficaces y engendradoras de vínculos, por ser determinables en su contenido, según reglas establecidas, y precisamente, según el juicio emitido por una tercera persona a *priori*, determinada o determinable (1). Acerca de las condiciones a las cuales está sujeta la validez de tal declaración de voluntad indeterminada, no podemos tratar aquí; bástenos recordar la posibilidad de una declaración de tal índole, la cual, es claro, produce sus efectos jurídicos concretos en el momento en que tiene lugar la determinación efectiva por obra de un tercero. En este momento la voluntad adquiere su contenido determinado y obra jurídicamente. Esto, y no otra cosa, a nuestro parecer, es lo que sucede en el juicio arbitral. En el compromiso, las partes declaran su voluntad genérica de componer sus controversias, según lo que establezca una o varias personas de su confianza, llamadas árbitros (nombre genérico que se da también a otras figuras análogas). La voluntad indeterminada de las partes se determina mediante la emisión del laudo, cuya función es precisamente la de determinar el contenido de la voluntad de las partes, manifestada indeterminadamente en el compromiso. El laudo, pues, no obliga a las partes sino cuando determina su voluntad declarada en el compromiso, y de esta volun-

(1) Sobre la voluntad indeterminada en los negocios jurídicos véase especialmente, a propósito de las obligaciones alternativas: Berstein, *Zur Lehre von alternativa Wille un dem alternativen Rechtsgeschaeften*, t. I, Pescatore, *Die sogenannte alternative Obligation*, 1878; Ryck, *Die Lehre von der Schuldverhaeltnissen*, Berlín, 1883-88.

tad es de donde procede toda su eficacia jurídica. Dictado el laudo, la voluntad de las partes integrada y determinada obra completamente estableciendo de modo preciso y no controvertible cuáles son los derechos de cada uno de los compromitentes (1). Esencialmente, el compromiso no es más que una

(1) Mortara, *Com. III*, pág. 42 (véase también pág. 175), admite, sí, que “la voluntad civil de los particulares, que es de esencia en el Estado moderno, en cuanto se desarrolla en la esfera de las convenciones privadas, garantiza sin duda la facultad de deferir las controversias a la decisión de los terceros, o mejor dicho, de convenir que la voluntad del tercero será aceptada por las partes para resolver su controversia”, pero afirma que “ésta no es aún la forma de un juicio, porque a la voluntad del tercero le falta toda fuerza coactiva para imponerse a las partes contratantes. Solamente sería lógica y estrictamente contenida en los confines de la libertad contractual, la aplicación de los principios generales del derecho de las obligaciones, en el sentido de que la parte que, violando la promesa, rehuse someterse a la voluntad del tercero debe resarcir los daños derivados de la violación del pacto bilateral, y puede ser obligada por la acción judicial a cumplirla”. Pero todo esto que está perfectamente conforme con la cláusula compromisoria, en la cual las partes se obligan simplemente a deferir a uno o varios terceros la resolución de una controversia, no es aplicable al compromiso propiamente dicho, en que las partes defieren sin más a uno o varios terceros la resolución de una controversia. La cláusula compromisoria, por el contrario, es un contrato definitivo, en que las partes no se obligan ya a *querer* según el fallo de los árbitros, sino que declaran *querer* lo que los árbitros determinen. En el compromiso no hay obligación de *emitir* una declaración de voluntad según el contenido determinado de un tercero: hay precisamente una declaración de voluntad de contenido indeterminado, pero determinable por obra de un tercero. No hay, pues, una voluntad del tercero que se haya de imponer a las partes contratantes; hay, por parte del tercero, una

transacción; con esta circunstancia: que la determinación de sus condiciones, en vez de ser hecha inmediatamente por las partes, es remitida por éstas a uno o varios terceros de su confianza, los cuales deben proceder con las normas y en la forma por aquéllos establecidas. Las disposiciones de la ley sobre el procedimiento arbitral no tienen otro objeto que asegurar el fiel cumplimiento de este delicado encargo. Entiéndese por aquí cómo el compromiso implica un acto de disposición más amplio que la transacción, lo que justifica la norma del art. 1.742, Código civil, por el cual la facultad de hacer transacciones, conferida al mandatario, no comprende la de hacer compromisos.

Estamos siempre, como se ha visto, en la órbita de relaciones puramente privadas, en que la función jurisdiccional del Estado ni entra por poco ni por mucho. Lo cual, si de ello hubiera todavía necesidad, viene a ser confirmado por otra consideración. La función jurisdiccional, en el período declarativo, presupone siempre que las partes no puedan o no quieran sujetarse voluntariamente a la norma que tutela el interés de la una frente a la otra; sólo en este caso hay aquella incertidumbre que la actividad judicial debe eliminar. Aquí, por el contrario, las partes quieren someterse espontáneamente a la norma, y proveen ellas mismas, de pleno acuerdo, a eliminar toda incertidum-

determinación (que no implica un acto de voluntad, sino un simple juicio lógico) del contenido de una voluntad ya existente, si bien indeterminada, y que apenas determinada, obra jurídicamente por su sola virtud propia.

bre sobre el alcance de sus derechos. Que luego esto, lo hagan mediante un acto de voluntad de efecto mediato o de efecto inmediato no altera la naturaleza de las cosas.

Lo dicho hasta aquí explica también (lo que puede a primera vista parecer menos fácil) la institución de la apelación contra la decisión arbitral. La apelación a otros árbitros no implica sino la posibilidad de obtener, a instancia de la parte que se considera lesionada en sus propios intereses por el fallo de los primeros árbitros, una segunda y más madurada determinación del contenido de la voluntad declarada indeterminadamente en el compromiso. Por el contrario, la posibilidad de apelación al magistrado ordinario que nuestro Código admite verdaderamente dentro de límites demasiado amplios, en comparación con otras legislaciones más modernas y perfectas (como la alemana y la austriaca), implica la concesión a cada una de las partes comprometidas de la facultad de substraerse a los efectos de la determinación hecha por los árbitros, haciendo decidir al magistrado ordinario la controversia. En este caso, el compromiso, como contrato encaminado a componer de común acuerdo las controversias que se ventilan por las partes, no tienen efecto, o mejor, produce el efecto limitado de una renuncia (permitida por la ley), a un grado de jurisdicción. En el fondo se trata de un verdadero caso de rescisión parcial del contrato por voluntad unilateral de una parte.

18. Queda, pues, sentado que el laudo arbitral está

netamente delimitado por la sentencia del juez, puesto que es un acto privado del árbitro en el cumplimiento de un encargo de naturaleza privada. Este principio es fecundo en consecuencias prácticas; algunas de las más importantes enumeraremos aquí.

a) Las partes pueden convenir que la deliberación de los árbitros sea tomada por unanimidad y no por simple mayoría, derogando la regla del art. 21, que debe, por tanto, considerarse puramente interpretativa y no imperativa. Y se comprende: confiando a una reunión de terceros la determinación del contenido de su voluntad, las partes comprometidas pueden condicionar esta determinación a todas las formas y requisitos que crean oportuno. El que tiene facultad de emitir una declaración de voluntad privada, puede subordinar su emisión a todas las condiciones que quiera (1).

b) Si los árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre la manera de formular el laudo, por motivos plausibles, deja de existir su obligación de fallar. No será, por tanto, obligatorio para ellos la aplicación del art. 359 del Código de procedimiento civil, que da el procedimiento a los jueces para dictar en todo caso la sentencia. Bien diversa es, en efecto, la posición del árbitro y la del juez: el primero asume una obligación de derecho privado, a la cual no está sometido sino en los límites de lo posible. El segundo ejerce una función pública, a la cual no debe substraerse en

(1) Cfr. Mortara, *Comm.* III, pág. 162.

ningún caso, y que la ley quiere que sea cumplida en cualquier forma (1).

c) Los árbitros no pueden, a menos que no resulte que las partes les habían conferido además este encargo, determinar en el laudo también las sumas que les corresponden por reembolso de gastos y por compensaciones, y mucho menos atribuir su pago a la parte vencida. La regla del art. 370 del Código de procedimiento civil no puede tener aquí aplicación, puesto que los árbitros no tienen, como los jueces, la potestad de imponer su voluntad a las partes, sino que se limitan a determinar el contenido de una voluntad que las partes deben haber manifestado, aunque sea indeterminadamente (2).

(1) Véase sobre la cuestión: Amar, Cuzzeri, Mattiolo, y también Mortara, *Coment.* III, pág. 163, cree que los árbitros no están obligados a aplicar la disposición.

(2) Domina la opinión contraria respecto de los gastos. Véase Chiovenda, *La condena a los gastos judiciales*, Turín, 1901, página 405, nota 2 y sentencias allí citadas, Mortara, *Comm.*, página 139, aun admitiendo que los árbitros puedan condenar a la parte vencida a los gastos, considera que no pueden hacer lo mismo en cuanto a las compensaciones que se les deban, a menos de expresa convención de las partes; pero en ningún caso, ni aun cuando tal facultad les fuese concedida en la escritura de compromiso, podrán los árbitros, según Mortara (pág. 138), liquidarse a sí mismos la compensación. Creemos que esta opinión es demasiado absoluta. Si las partes se remitieren totalmente a los árbitros para la determinación de la compensación, se podría dudar fundadamente de la validez de tal cláusula, porque habría una obligación cuyo objeto es no sólo indeterminado, sino remitido del todo al árbitro del acreedor (respecto a la compensación, en efecto, los árbitros no son terceros, sino

d) Siendo el laudo arbitral un acto privado, sigue siéndolo aún después de depositado en la secretaría de la pretura, y aun después de haber dictado el pretor la ejecutoriedad. Sólo son documentos públicos el acta del secretario o canciller que acredite el depósito hecho y el decreto del pretor. Por consiguiente, ni aun después del depósito adquiere el laudo la autoridad extrínseca del documento público (1).

19. Debemos ahora delimitar las sentencias de las decisiones de algunos órganos, cuya naturaleza jurisdiccional es dudosa y está fuertemente controvertida: queremos referirnos a los órganos de la llamada Justicia administrativa, en especial de la IV Sección del Consejo de Estado.

Entiéndase que aquí dejamos a un lado los casos en que la IV Sección está indudablemente investida de jurisdicción, es decir, los casos en que obra ciertamente como órgano de una jurisdicción especial (2), y nos ocupamos

partes). Pero si las partes establecieren en el compromiso los criterios para establecer la compensación, no vemos dificultad alguna para que la ulterior determinación y liquidación de éstos pueda ser deferida a los árbitros mismos.

(1) En cuanto a la naturaleza privada del laudo: Mattiolo, *Der. Giud.*, I, n. 787, pág. 709.—Garsonnet, *Traité de la procédure civile*, VIII, 1.498 En cuanto a la naturaleza de documento público, por el contrario, coherentemente, Mortara, *Comm.* III, página 174, texto y nota 1.

(2) Sobre estos casos v. Romano, *Le Giurisdic. espec. amm.* en el *Tratt. di diritto amminis.*, de Orlando, III, págs. 564 y siguientes; y *Principii di diritto ammin.*, Milán, 1901, pág. 171.—Orlando, *La giust. ammin.*, en el mismo *Tratt.* III, págs. 822 y 823.—Mattiolo, *Tratt.* V edic., I, págs. 408 y sig.

solamente de las decisiones emitidas por este Colegio como órgano de la Justicia administrativa.

La cuestión de si la IV Sección del Consejo de Estado es un órgano puramente administrativo, o si, especialmente en la decisión de los recursos que le defiere el art. 24 de la ley de 2 de junio de 1889, desarrolla, por el contrario, una actividad jurisdiccional, ha sido vivamente controvertida en Italia en estos últimos años, y no puede decirse que está resuelta, aun cuando la opinión predominante sea la que admite el carácter jurisdiccional de la IV Sección, y, por consiguiente, reconoce la naturaleza y el valor de verdaderas sentencias a los fallos dictados por ella (1).

Sin pretender tratar aquí incidentalmente una cuestión que ha producido en Italia una rica literatura, nos limitaremos a decir brevemente nuestra opinión en cuanto es estrictamente necesario para la mejor determinación del concepto de sentencia, que es el objeto principal de nuestras indagaciones.

No es necesario repetir aquí cuanto se ha dicho más arriba sobre el concepto general de jurisdicción y sobre la distinción entre la actividad administrativa y jurisdiccional. Para que haya materia de actividad jurisdiccional es preciso que haya un interés en estado de no satisfacción por la incertidumbre o la inobservancia de la norma jurídica,

(1) En cuanto al carácter jurisdiccional de la Sección cuarta del Consejo de Estado, véase: Bertolini, Armanni, Meucci, De Nava, Salandra, Vacchelli, Mortara, Cammeo, Scialoia, Chiovenda, Lessona, Ranelletti, Orlando, Schanzer, Romano; etc.

que lo tutela en el caso concreto. En la actividad jurisdiccional, pues, está siempre en tela de juicio un interés tutelado jurídicamente, o sea un derecho subjetivo: o que se trate de declarar esta tutela o que se trate de satisfacerlo coactivamente en los límites de la tutela declarada. Y, por consiguiente, la sentencia tiene siempre por objeto la declaración de la existencia o no existencia de un derecho subjetivo. Por tanto, el problema del carácter jurisdiccional de la IV Sección debe proponerse del modo siguiente: La actividad de la IV Sección ¿tiene por objeto la declaración de derechos subjetivos inciertos o controvertidos? Las decisiones de la IV Sección ¿fallan sobre la existencia o no existencia de un derecho subjetivo? Porque, como hemos visto, la declaración de la tutela jurídica correspondiente a los intereses concretos es el carácter esencial e intrínseco de la función jurisdiccional en su primer momento (declarativo), con exclusión de otros que son o meramente extrínsecos o no esenciales, este carácter debe encontrarse en la función de la IV Sección si ella constituye precisamente, como afirman muchos, el momento declarativo de una función jurisdiccional. Y propuesto en estos términos el problema, creemos que se debe resolver negativamente, o sea, en el sentido de que la función de la IV Sección, para el ejercicio de la llamada Justicia administrativa, tiene carácter administrativo y no jurisdiccional. Y esto por dos razones fundamentales que examinaremos brevemente.

20. Ante todo, la historia de nuestra legislación so-

bre lo contencioso-administrativo y la justicia administrativa, demuestra claramente que con la ley de 2 de junio de 1889 no se quiso crear un órgano que proveyese a la declaración de los derechos subjetivos, puesto que el fallar sobre derechos subjetivos había sido ya, desde la ley de 1865, deferido a los Tribunales ordinarios, o a las jurisdicciones especiales, y con la ley de 1889 no se quiso sustraer a ellos ninguna parte de su competencia, sino sólo mejor proveer a la tutela de intereses, que no podían hacerse valer en la vía jurisdiccional, o sea que no constituían derechos subjetivos (1). Tanto la ley de 1865 como la de 1889, se basan en la distinción entre derecho e interés, que es uno de los puntos capitales de nuestra tradición jurídica en esta materia; el derecho, cuya declaración y realización forzosa constituye el objeto de la actividad jurisdiccional de los jueces ordinarios y de los jueces especiales; el interés, cuya satisfacción está confiada al prudente arbitrio de la administración misma, con la garantía más imperfecta de la ley de 1865, primero, con la más perfecta de la ley de 1889 después, en la cual, por tanto, la IV Sección no está considerada como el órgano supremo rodeado de las mayores garantías posibles de forma y de substancia, de la fiscalización de la administración sobre los actos de la administración misma.

En segundo lugar, la comparación entre las disposicio-

(1) Véase una diligente exposición de los precedentes históricos de la reforma de 1889 en Orlando, *La justicia administrativa*, págs. 633 y sig.

nes de los artículos 2o. y 3o. de la ley de 20 de marzo de 1865 y 24 de la ley de 2 de junio de 1889, confirma que la distinción entre derecho e interés es recogida por nuestra legislación positiva, y que la materia de la actividad de la IV Sección está formada precisamente por los intereses y no por los derechos subjetivos que forman el objeto de la actividad de los órganos jurisdiccionales, ordinarios y especiales. En efecto; por el art. 2o. de la ley de 1865 se devuelven a la jurisdicción ordinaria "todas las materias en las cuales se trata de un derecho civil o político", mientras que por el art. 3o. "los asuntos no comprendidos en el artículo precedente serán atribuidos a la autoridad administrativa". Y por el art. 24 de la ley de 1889 "corresponde a la IV Sección del Consejo de Estado decidir sobre los recursos por incompetencia, por exceso de facultades o por violación de la ley contra actos o providencias de una autoridad administrativa . . . , cuando estos mismos recursos no sean de la competencia de la autoridad judicial . . ." Lo que significa propiamente que, cuando el recurso tenga por base uno de los tres motivos enumerados en el art. 24, la autoridad administrativa, competente para conocer por el art. 3o. de la ley de 1865, es la IV Sección del Consejo de Estado. Si, en efecto, por el art. 24 están excluidos de la competencia de la IV Sección los recursos que son de competencia de la autoridad judicial; si para determinar qué recursos son de la competencia judicial es preciso referirse al art. 2o. de la ley de 1865, es claro que los negocios devueltos a la IV Sección no for-

man parte de los comprendidos en el art. 2o., sino de los comprendidos en el art. 3o.; por consiguiente, que las cuestiones que se refieren a derechos subjetivos (privados y públicos o políticos, como dice el art. 2o.), continúan, aun después de la ley de 1889, formando parte de la actividad de los órganos jurisdiccionales, y que las cuestiones devueltas a la IV Sección son las que se refieren a simples intereses, en los tres casos enumerados en el art. 24, en que la violación de un interés individual va acompañada de la violación de un interés público.

Por lo tanto, la historia y las disposiciones positivas de la vigente legislación italiana confirman que la actividad de la Sección IV no puede nunca tener por objeto derechos subjetivos como tales, sino sólo intereses; lo que excluye, de plano, según lo dicho más arriba, que se pueda tratar de una función de carácter jurisdiccional.

21. No nos podemos abstraer a esta conclusión, sino por dos modos: o negando que el fallo sobre la existencia o no existencia de derechos subjetivos sea elemento esencial de la jurisdicción en su estadio declarativo; o bien afirmando que los intereses que forman el objeto de la actividad de la Sección IV no son otra cosa que derechos subjetivos.

No nos ocuparemos extensamente de las opiniones que se sirven de argumentos de la primera especie, porque ya fueron examinadas y refutadas cuando se trató de establecer el concepto general de jurisdicción. Dichas opiniones parten de un concepto de la jurisdicción o puramente ex-

trínseco y formal o excesivamente indeterminado, y, por consiguiente, insuficiente; mientras que nosotros creemos que si ha de hacerse una distinción entre actividad jurisdiccional y administrativa, debe apoyarse en criterios substanciales y bien determinados. Y si por ventura se supusiese que tal distinción era imposible y que se debe confesar la identidad substancial entre las dos especies de funciones, esto nos conduciría no ya a resolver nuestra cuestión en el sentido del carácter jurisdiccional de la IV Sección, más bien que en el sentido, preferido por nosotros, de su carácter administrativo, sino precisamente a negar la posibilidad y la utilidad de la cuestión, lo que probablemente sobrepasa las intenciones de nuestros contrincantes.

Sobre la otra opinión, por el contrario, mucho más radical, que, aún aceptando, en esencia, el concepto establecido por nosotros de la jurisdicción, y considerando extremo indispensable la declaración de un derecho subjetivo incierto o controvertido, afirma frecuentemente que ésta es, precisamente, la misión de la IV Sección; es necesario que la estudiemos más extensamente (1).

(1) En este sentido Mortara desde las primeras ediciones de su *Commentario*. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, págs. 129, 283, 285, 313 y sig., el cual me parece que se equivoca al citar en favor de la opinión que la justicia administrativa tenga por objeto derechos subjetivos a Orlando. Por el contrario, este autor, aun combatiendo el concepto de una jurisdicción administrativa de derecho objetivo, afirma claramente que la justicia administrativa no implica tampoco una jurisdicción de derechos subjetivos por la razón, bastante sencilla, de que no es para él una jurisdicción. Véase lo

El primero, que yo sepa, en entrar en este orden de ideas, fué Mortara. El cual, después de haber admitido que, al menos por lo regular, los intereses que pueden hacerse valer ante la IV Sección, por el art. 24 de la ley de 2 de junio de 1889, son los que la ley de 1865 dejaba privados de toda tutela, confiando su satisfacción al arbitrio de la misma administración, apenas atemperada por las insuficientes garantías del art. 3o., afirma que, por virtud de la ley de 2 de junio de 1889, estos intereses que anteriormente eran puros y simples, se han convertido en verdaderos y propios derechos subjetivos. En efecto —continúa Mortara— si el derecho subjetivo no es más que un interés al que la ley confiere la potestad de exigir aquella utilidad que le es inherente, cuando la ley habla de intereses, y al tiempo mismo confiereles esta potestad, no tiene necesidad de añadir que son derechos. Lo son, por consecuencia indefectible, de la garantía que la ley les concede. Al conceder la tutela jurisdiccional a los intereses individuales cuando son lesionados por un acto administrativo

que escribe sobre la IV Sección en la pág. 730: "...es cierto que no podemos entrar en tema de verdadera y propia jurisdicción, precisamente porque la hipótesis misma de que tratamos, es que la tutela de los derechos subjetivos por ser confiada por el art. 2.º de la ley de 1865 a los tribunales ordinarios, e investigando nosotros qué materias de competencia pueden considerarse propias de la IV Sección —con exclusión de la materia de los derechos subjetivos— hemos excluído con esto, también *a priori*, el elemento principal de una jurisdicción en el sentido propio, que es, precisamente, de estatuir sobre derechos subjetivos”.

ilegítimo (art. 24 de la ley de 2 de junio de 1889), la ley reconoce un derecho subjetivo de los ciudadanos a la legitimidad de los actos administrativos, el cual se hace valer precisamente ante la Sección IV del Consejo de Estado.

A este razonamiento, verdaderamente ingenioso, pueden oponerse varias objeciones.

Observemos, en primer lugar, que de una más precisa determinación del concepto de derecho subjetivo, queda invalidada gravemente la deducción de que los intereses que se hacen valer mediante el recurso a la IV Sección, a tenor del art. 24 de la ley de 2 de junio de 1889, han sido sin más transformados en verdaderos y propios derechos subjetivos, por el hecho mismo de la concesión de esta garantía.

De la definición del derecho subjetivo, hoy comúnmente aceptada, que lo considera como "un interés jurídicamente protegido, mediante el reconocimiento de la voluntad que lo persigue", se deduce que no basta para que exista derecho subjetivo que un interés encuentre cualquier forma de protección en la ley. Por el contrario, hace falta que el derecho dé un valor decisivo a la voluntad que persigue aquel interés, esto es, que la voluntad que persigue aquel derecho sea nombrada árbitro por el mismo derecho para su satisfacción. Esto implica que cuando la satisfacción de un interés no se hace depender por la ley únicamente de la voluntad del que lo persigue, sino en todo o en parte de otra voluntad, no pueda llamarse derecho

subjetivo: para que un interés constituya derecho subjetivo es necesario que sea tutelado de modo independiente. Ahora bien, ¿puede decirse esto de los intereses contemplados en el art. 24? No, ciertamente. Ni antes ni después de la ley de 1889 estos intereses han sido tutelados de un modo independiente: sino que antes y después de la ley han podido ser satisfechos, en cuanto coincidían con el interés público. Derecho subjetivo significa siempre interés de un sujeto en contradicción con el interés de otro sujeto, y tutelado por el derecho enfrente y con preferencia de éste. Ahora bien, no es éste el caso, evidentemente, de los intereses individuales en cuestión, que son tomados en consideración, no en cuanto están en oposición, sino sólo en cuanto coinciden con el interés del Estado. La circunstancia de que estos intereses se puedan hacer valer mediante recurso a un determinado órgano estatal, no cambia la situación en modo alguno. Mientras no se demuestra que la misión de este organismo es procurar la satisfacción de tales intereses, independientemente de otros intereses y con preferencia y en contradicción con otros intereses, aun cuando estos últimos sean intereses del Estado, no se probará que con la institución de aquel organismo se hayan elevado tales intereses a la dignidad de verdaderos y propios derechos subjetivos, y que, por tanto, corresponda a aquel órgano la cualidad de órgano jurisdiccional del Estado.

Ni tampoco autoriza al mantenimiento de semejante conclusión el afirmar la existencia de un verdadero y propio derecho a la legitimidad de los actos administrativos

correspondientes a los ciudadanos. El derecho a la legitimidad de un acto no es más que el derecho a la observancia de las normas jurídicas que rigen aquel acto: derecho que corresponde sólo al titular del interés, que la norma jurídica quiso proteger, prescribiendo que el acto sea realizado de aquel determinado modo, y no ya a cualquiera que pueda tener interés en que la norma sea observada. Así, por ejemplo, pueden ser varios los propietarios de edificios circundantes que tengan interés en que el propietario de un determinado edificio no eleve su construcción más allá de un determinado límite, pero el derecho a que dicha elevación no se efectúe corresponde sólo a aquel de entre ellos que es titular de una *servitus altius non tollendi*. No basta, pues, para la existencia de un derecho subjetivo la existencia de una norma y de un interés en que la norma sea respetada: es necesario que la norma tutelé aquel interés y no otros. Cuando, por tanto, se afirma que existe en los ciudadanos un derecho a la legitimidad de los actos administrativos, se da por demostrado que las normas jurídicas que regulan aquellos actos están encaminadas precisamente a tutelar intereses individuales de los particulares. Lo que, evidentemente, es resolver la cuestión con la cuestión misma, ya que lo que se trata de demostrar es precisamente si en los casos del art. 24 entran en juego intereses de los particulares tutelados como tales, o sea derechos subjetivos de los particulares. A esta cuestión ya veremos que se debe responder *a priori* negativamente cuando se considere que las normas, cuya observan-

cia quiere asegurar el art. 24, son normas que regulan la acción de los órganos del Estado en el interés del Estado, o sea que consagran derechos subjetivos del Estado frente a sus órganos, no derechos subjetivos de los particulares frente al Estado. Por el contrario, de las normas que garantizan intereses de los particulares frente al Estado se ocupa el artículo 2o. de la ley de 20 de marzo de 1865.

Por lo demás, el argumentar del hecho de que la ley de 1889 concede el recurso a un órgano del Estado contra los actos administrativos que lesionan ciertos intereses, para deducir que, en vista de la ley misma, tales intereses son derechos subjetivos, se resuelve, en último término, en un *idem per idem*. En efecto, nosotros queremos saber si los intereses de que se ocupa el art. 24 son verdaderos derechos subjetivos, para decidir cuál es la naturaleza del recurso concedido en garantía de aquellos intereses, y cuál es la naturaleza del órgano llamado a decidir sobre tales recursos. Ahora bien, afirmar que tales intereses son derechos subjetivos, porque se concede en garantía de los mismos un recurso a la IV Sección, equivale a dar por demostrado que el recurso es una acción, y la IV Sección un órgano jurisdiccional (1).

(1) Este, en substancia, a nuestro juicio, es también el defecto del razonamiento de Cammeo, el cual, después de haber establecido correctamente que para que haya derecho subjetivo es necesaria la individualización de los intereses, además de la existencia de una norma jurídica en la cual aquellos intereses encuentran protección (pág. 107), termina también afirmando que los intereses legítimos dejados indefensos por la ley de 1865

22. Creemos, pues, que las decisiones de la IV Sección del Consejo de Estado, como órgano de la Justicia administrativa, no son verdaderas sentencias, sino providencias administrativas, lo que encuentra una confirmación indirecta en la comparación entre la disposición del art. 38 de la ley de 2 de junio de 1889 y la del art. 4o. de la ley de 20 de marzo de 1865. En efecto, mientras según el principio general, consagrado en el art. 4o. de la ley de 1865, los órganos de la jurisdicción, al pronunciar en las controversias entre la Administración pública y los ciudadanos, deben limitarse a conocer los efectos de los actos administrativos, pero no pueden nunca anular los actos mismos, que es misión reservada a la dicha autoridad administrativa; por el art. 38 de la ley de 1889, el fallo de la IV Sección tiene precisamente el efecto de anular el acto administrativo. Sería, es verdad teóricamente admisible, que a los órganos de la jurisdicción les fuese deferida también la facultad de anular los actos administrativos, y, por consiguiente, no sería del todo ilógico suponer que el art. 38 constituía una excepción al principio contenido en el art. 4o. Pero contra tal interpretación de los dos ar-

se hicieron derechos subjetivos en virtud del 24 de la ley de 1889 (páginas 113 y 129, texto y nota). Esta conclusión tendría necesidad también de ser demostrada (y sobre este punto esperamos con interés la continuación del tratado del ilustre autor), pero demostrada independientemente del carácter jurisdiccional de la IV Sección, puesto que ella misma es, a su vez, el supuesto de la naturaleza jurisdiccional de la función deferida a este órgano de la justicia administrativa.

títulos se puede también observar: que en todo caso la anulación de un acto administrativo hecha por un órgano de la jurisdicción civil, debería tener una eficacia restringida a las partes interesadas, según la regla que limita a las partes la eficacia subjetiva de la cosa juzgada: mientras que la anulación de los actos administrativos hecha por la IV Sección, basándose en el art. 38 de la ley de 1889, tiene un alcance general y absoluto, como se deduce fácilmente del tenor literal del mismo artículo (1).

Determinada así la naturaleza jurídica de la decisión de la IV Sección, y negando a la misma el carácter de una sentencia, se le deben negar también, necesariamente, los efectos de cosa juzgada en las relaciones con los órganos de la jurisdicción verdadera y propia, o sea de los Tribunales ordinarios. La cuestión, de grande importancia práctica y de las más controvertidas, es una de las que más han agitado la controversia sobre el carácter jurisdiccional o no jurisdiccional de la función de la Sección IV. Negado el carácter jurisdiccional de este órgano de la Justicia administrativa, se deduce, como indeclinable consecuencia, que aquellas decisiones no tienen nunca el valor de cosa juzgada y no obligan a los Tribunales ordinarios. Si, en efecto, es verdad —como agudamente observa Scialoia— que, admitido el carácter jurisdiccional de la IV Sección, no por esto se debe necesariamente conceder el valor de cosa juzgada a

(1) Orlando, *La Justicia administrativa*, pág. 107.—Mattiolo, *Commentario*, I, núms. 214 y 340. Contra Cammeo, *Comment.*, páginas 297 y sig.

sus decisiones en las relaciones con los Tribunales ordinarios, puesto que teóricamente la autoridad de la cosa juzgada no implica un valor absoluto en la sentencia, viceversa, negado el carácter jurisdiccional a la decisión de la Sección IV, y, por consiguiente, el carácter de sentencia a sus decisiones, se debe necesariamente concluir que tales decisiones no obligan en ningún caso a los órganos de verdadera y propia jurisdicción.