Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx www.derecho.unam.mx

CONCEPCIONES DE LA DOCTRINA ITALIANA SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA SENTENCIA DECLARATIVA DE LA QUIEBRA

Por el Lic. Fernando FLORES GARCIA, Investigador de Tiempo Completo del Instituto de Derecho Comparado de México.

El siempre interesante y discutido problema de la naturaleza jurídica de la sentencia que declara la quiebra, ha sido abordado y magníficamente sintetizado por el jurista Humberto Azzolina. Tanto su obra *Il Fallimento*, como otros ensayos suyos, en los que ofrece un cuadro expositivo y crítico de las más destacadas posturas doctrinarias sostenidas por varios eminentes tratadistas italos nos han servido de base para estructurar este trabajo.

Como preámbulo a la exposición de Azzolina, haremos mención, aunque sea somera, de algunos conceptos a los que se refieren los juristas italianos, en su intento por precisar la naturaleza jurídica de la sentencia declarativa de quiebra.

1. *Jurisdicción y administración.*—Dentro del sistema de la división de poderes, predominante en los Estados modernos, como tema de constante preocupación de constitucionalistas y procesalistas, encuéntrase el problema de deslindar los campos de acción de la Jurisdicción y de la Administración.

FRAGA [1] afirma que la función judicial, puede analizarse desde dos puntos de vista.

A) Desde el aspecto *formal*, está constituída por la actividad desarrollada por el Poder que, normalmente, dentro del régimen cons-

1 Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, p. 49.

titucional, está encargado de los actos judiciales, o sea, por el Poder Judicial.

B) Desde el punto de vista *material* u objetivo, es decir, prescindiendo de su autor y de la forma como se realiza; sin fijarse en el órgano que lo ejecuta, sino en la naturaleza intrínseca del acto, la función jurisdiccional presenta mayores dificultades para su definición.

DUGUIT [2] la llama función *jurisdiccional* y no función *judicial*, pues estima que esta última expresión evoca solamente el órgano que la realiza y por ello, debe sólo reservarse cuando se alude al punto de vista formal. Este autor se pregunta: ¿Qué es juzgar? ¿Es resolver un litigio? No precisamente. Juzgar es hacer constar ya la existencia de una regla de Derecho, ya la existencia de una situación de Derecho. El Estado se ve obligado a intervenir en tal sentido cuando la regla de Derecho ha sido violada o cuando la situación jurídica es negada o desconocida en su existencia o en su extensión. Una vez verificado el reconocimiento auténtico de la regla o de la situación de Derecho, el Estado ordena la ejecución de algo, resultante de su voluntad, bajo sanción coercitiva o compulsiva. Lo que caracteriza esencialmente la función de juzgar es hallarse el Estado mismo ligado por el reconocimiento solemne, verificado por él, el Derecho objetivo o del Derecho subjetivo, y que la decisión que dicta debe ser la conclusión silogística de aquel reconocimiento o declaración jurídica. Toda decisión jurisdiccional es un silogismo; constituye la mayor, la regla de Derecho que ha de aplicarse; la menor, el reconocimiento auténtico del acto o del hecho contrario a esta regla, o de la situación de Derecho creado conforme a la regla misma, y la conclusión, la decisión adoptada y hecha pública, la cual, es a su vez, consecuencia necesaria y lógica de aquel solemne y auténtico reconocimiento.

ALCALÁ-ZAMORA [3] expresa que la etimogolía de la palabra no despeja todas las dudas que suscita. El vocablo es de origen romano, encontrándosele en fragmentos epigráficos de leyes del siglo VII a. J. C., pero no existe unanimidad en los romanistas acerca de su procedencia y alcance. Por otra parte, aún aceptando que derive de las palabras IUS DICERE, expresando la idea de indicar, mostrar el Derecho, ésta no sería privativa, como afirma CARNELUTTI [4] del Derecho procesal, pues

2 León Duguit, *Manual de Derecho Constitucional*, pp. 112 y 113.

3 Niceto Alcalá-Zamora y Ricardo Levene, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, p. 184.

4 *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo I, p. 155.

no solo el juez cuando mediante la sentencia decide una cuestión para componer el litigio, sino también el legislador cuando elabora una Ley e incluso los contratantes cuando hacen del contrato, ley entre ellos. La jurisdicción, en la situación actual de los países cultos, es uno de los atributos del Estado, que celoso de su soberanía no consiente jurisdicciones particulares.[5] Además, se manifiesta como necesidad jurídica, como garantía de libertad frente a la anarquía de la autodefensa desbocada[6] y por otro, como garantía de libertad frente a los excesos del autoritarismo sin frenos. En definitiva, la jurisdicción representa un elemento de estabilización y desempeña, en cierto modo, funciones de verdadero poder moderador.

Numerosos tratadistas han intentado dar un concepto sobre la jurisdicción, para presentar sus ideas seguiremos el desarrollo que sobre el particular hace Rocco,[7] quien agrupa y analiza las diferentes opiniones emitidas sobre la jurisdicción:

I. Para GERBER, HELLWIG, KISCH, MANFREDINI y SIMONCELLI, es la actividad con que el Estado provee a la tutela del Derecho subjetivo, o sea, la reintegración del Derecho violado o amenazado.

II. Una segunda opinión, sostiene que la jurisdicción es la actividad del Estado dirigida a la actuación del Derecho objetivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto y mediante la realización forzosa de la norma general misma. Los principales autores que se adhieren a este sentido de la jurisdicción, son WACH, SCHMIDT, LANGHEIEKEN, CHIOVENDA, etc.

III. SCIALOJA, según expresión de Rocco,[8] opina que tanto en la función administrativa como en la jurisdiccional se encuentran dos elementos: un juicio lógico y un acto de voluntad, pero que en la jurisdicción es preponderante el momento del juicio sobre la voluntad, mientras que lo contrario ocurre en la actividad administrativa.

IV. Según otra corriente doctrinal, la actividad jurisdiccional no tiene un contenido substancial propio, sino sólo caracteres formales

---

5 Alcalá-Zamora, *op. cit.*, p. 185.

6 Para un amplio estudio de estas situaciones, ver *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, del Dr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

7 Ugo Rocco, *Derecho Procesal Civil.—La legitimación para obrar*, pp. 27 y ss.

8 Ugo Rocco, *op. cit.*, p. 29.

particulares; no es por lo tanto manera de distinguir la jurisdicción sino refiriéndose a la calidad del órgano total que obra, así LABAND y BORNACK, estiman que la jurisdicción es la actividad del juez, órgano imparcial e independiente sometido solo al Derecho objetivo. Como se ve estos autores aluden al punto de vista formal, subjetivo u órgánico al que nos referimos líneas arriba. [9]

V. Según PLÒSZ, DE PALO y otros autores italianos, la jurisdicción consiste en la resolución de las controversias y que su característica exterior es el debate.

VI. Para BERNATZIK y JELLINEK, la función jurisdiccional consistiría en declarar, en cada uno de los casos, una relación jurídica incierta o controvertida.

VII. Una doctrina que se reduce en el fondo, a fusionar los conceptos de PLÒSZ con el de BERNATZIK, es la expuesta por MORTARA, según el cual la jurisdicción tiene por objeto la resolución de un conflicto entre voluntades subjetivas o entre normas objetivas, conflicto que puede ser real o aparente. [10]

VIII. REDENTI cree que la característica específica y diferencial de la actividad jurisdiccional, frente a las otras actividades del Estado, es la de una actividad destinada a aplicar sanciones.

IX. Otra teoría tendiente a explicar la naturaleza y la esencia de la jurisdicción, es la que ha formulado CARNELUTTI. Este, después de sentar que todas las normas jurídicas en general tienen por objeto dirimir conflictos de intereses, busca el carácter diferencial entre las normas jurídicas en general y las normas del Derecho procesal, en el hecho de que las normas llamadas materiales, resuelven directamente conflictos de interés, en tanto que las normas procesales son un medio para la resolución de conflictos de intereses, a través, por tanto, de la función jurisdiccional.

De esta suerte la esencia de la función jurisdiccional consistiría en estar encaminada a obtener un arreglo o composición de un conflicto de intereses, que sería actuado mediante la justa composición de una *litis* contenida en una sentencia.

---

9 Ver la opinión de Fraga citada al comienzo de este ensayo.

10 Citado por U. Rocco, *op. cit.*, p. 31.

Agreguemos algunas otras definiciones, como la de CHIOVENDA,[11] quien opina que la característica de la función jurisdiccional es la substitución de una actividad pública a una actividad ajena. Esta substitución tiene lugar de dos maneras, correspondientes a los dos estados del proceso, conocimiento y ejecución.

CASTILLO LARRAÑAGA y DE PINA[12] expresan que la jurisdicción puede definirse como la actividad del Estado encaminada a la actuación del Derecho objetivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto, que en ocasiones deduce la necesidad de ejecutar el contenido de la declaración formulada por el juez y entonces, la actividad jurisdiccional no es sólo declaratoria sino ejecutiva también. Esta definición puede claramente ser clasificada en el grupo segundo de las opiniones resumidas en el cuadro ofrecido por Rocco.[13]

GOLDSCHMIDT[14] simplemente dice que la jurisdicción es la facultad y el deber de administrar justicia.

MALDONADO[15] al referirse a la jurisdicción, dice que es la función del Estado encomendada a los órganos del Poder Judicial, que tiene por finalidad producir, a iniciativa de parte legítima un acto particular y concreto de su voluntad soberana, por el cual estatuyan, de manera neutral y con fuerza vinculatoria para las partes y para el Estado mismo, cual es la protección que de las normas generales y abstractas del Derecho objetivo, reconocen actualizados en el caso; protección que de ser necesario hará cumplir mediante la fuerza pública. Más adelante, al hablar de la administración y jurisdicción, afirma el citado procesalista mexicano, que dichas funciones tienen de común, ser ambas, actividades de realización del Derecho objetivo, mediante la aplicación de normas generales y abstractas a los casos particulares, pero que mientras los órganos ad-

---

11 José Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, pp. 344 y 345.

12 *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, p. 43.

13 *Op. cit.*, p. 28.

14 Citado por Alcalá-Zamora y Levene *Derecho Procesal Penal*, tomo I, p. 192, y por Flores García, *Apuntamientos de Derecho Procesal Civil* (versión taquigráfica), p. 55; Alcalá-Zamora y R. Levene, *ob* y *lug. cits.*, fijan su posición sobre el particular, diciendo que la jurisdicción es una actividad estatal que deriva de la prohibición de utilizar la autodefensa y de la exclusión de jurisdicciones particulares.

15 Adolfo Maldonado, *Derecho Procesal Civil*, pp. 159 y 165.

ministrativos son titulares de la voluntad soberana del Estado, interesado en los negocios comprendidos en las materias de su campo de facultades; los órganos jurisdiccionales son titulares de la voluntad soberana y desinteresada del Estado, encargada de velar de que el órden jurídico sea fielmente respetado, en los negocios que los sometan los interesados (autoridades o particulares) para la defensa de ciertos valores.

Por su parte D'ONOFRIO,[16] estima que la jurisdicción es la potestad conferida al juez de declarar la voluntad de la ley, con efecto obligatorio para las partes y en relación al objeto de tal declaración y de efectuar todo cuanto la ley le ordena o le consiente, para realizar tal fin.

CARNELUTTI recuerda que *juzgar* y *mandar*, son actividades que se dan en las dos esferas; la *administrativa*, juzga y manda para el desenvolvimiento de un interés en conflicto y *no para la composición* del conflicto; es un juicio y un mandato de partes y no un juicio y un mandato imparcial, ya que la autoridad administrativa es uno de los sujetos en conflicto. En cambio, en la jurisdicción, la autoridad judicial *está sobre los sujetos del conflicto.*[17]

En Francia, CARRÉ DE MALBERG, llega a la conclusión de que no es posible caracterizar la función por el objeto, fin o naturaleza del acto, sólo cabe diferenciarla por el agente que la ejerce y por la forma en que se desenvuelve. Contrapone el principio de *discrecionalidad*, que caracterizaría la actividad administrativa, y el de *legalidad*, a que estaría sujeta la actividad jurisdiccional.[18]

El acto jurídico, *stricto sensu* es toda manifestación de voluntad conforme al Derecho objetivo y que produce una situación de Derecho subjetivo o condiciona el nacimiento de una situación de Derecho objetivo. Por consiguiente, nuestro concepto de la función administrativa, expresa DUGUIT,[19] se resume así: es la función por la cual el Estado ejecuta actos jurídicos, es decir, expresa una voluntad al efecto de crear una situación de Derecho subjetivo o de condicionar una situación de Derecho objetivo. De esta suerte, el acto administrativo es siempre un acto individual y concreto.

FRAGA[20] para caracterizar la función administrativa presenta varias definiciones de autores, como BERTHELEMY, quien considera la función

16 Paolo D'Onofrio, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, pp. 23 y 24

17 *Sistema*, cit., tomo I, nº 77, pp. 257 y ss.

18 Citado por Alcalá-Zamora y R. Levene, *op. cit.*, tomo I, p. 188.

19 *Op. cit.*, pp. 97 y ss.

20 *Op cit.*, pp. 58 y ss.

administrativa como la actividad del Poder Ejecutivo encaminada a la ejecución de la Ley; HAURIOU, que define la función administrativa diciendo que tiene por objeto manejar los asuntos corrientes del público, en lo que atañe a la ejecución de las leyes de Derecho Público y a la satisfacción de los intereses generales, haciendo todo ésto por medios de policía y por la organización de servicios públicos en los límites de los fines del poder político que ha asumido la empresa de la función administrativa. OTTO MAYER, dice que la administración es la actividad del Estado para la realización de sus fines y bajo un orden jurídico. Para JELLINEK la administración realiza tareas concretas obedeciendo al impulso dado por las reglas jurídicas.

LABAND, estima que la administración pública es la acción del Estado, contrapuesta a la legislación que es la voluntad y la jurisdicción que es el pensamiento del Estado. [21]

ROCCO [22] parece adoptar la misma posición que CARNELUTTI, al expresar que la distinción entre actividad administrativa y jurisdiccional estriba, en que mientras en la primera el Estado persigue sus intereses, en cuanto pueden ser directamente perseguidos, en la segunda interviene para satisfacer intereses de otro, que han quedado sin satisfacción y que no pueden perseguirse directamente. En la actividad jurisdiccional, el Estado persigue un fin indirecto y secundario, en cambio, en la actividad administrativa, el propio Estado persigue, fines directos y primarios.

CALAMANDREI, también se inclina por estas ideas de CARNELUTTI y ROCCO, pues al señalar la diferencia esencial entre el acto del Juez y el de administrador, que concierne principalmente a su posición frente al Derecho, este prestigiado autor italiano [23] sostiene que, mientras la finalidad del juez es la de hacer observar el Derecho a los otros, y por consiguiente, la observancia del Derecho es la finalidad del acto jurisdiccional, el administrador considera el Derecho como un límite puesto a su propia conducta y la observancia del Derecho es para él, solamente, un medio de conseguir sus fines de carácter social.

Como se puede advertir, es realmente una tarea ardua y compleja el tratar de limitar en forma rígida e inflexible las concepciones de ambos institutos: jurisdicción y administración. Pasaremos ahora a ocuparnos, también en forma sumaria, de otras instituciones que habrán

21 Citado por Fraga, *op. cit.*, p. 62.

22 U. Rocco, *op. cit.*, p. 54.

23 Piero Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, p. 109.

de despejarnos el camino para abordar el problema de la naturaleza jurídica de la sentencia declarativa de la quiebra.

2. *Providencias jurisdiccionales.*—La mayoría de los autores coinciden al estimar que la *sentencia,* es el acto con el cual el órgano jurisdiccional cumple la obligación derivada de la demanda judicial.[24] Si se considera el desarrollo natural del proceso, la sentencia es su coronamiento lógico,[25] las partes litigan para obtener una sentencia.

Las resoluciones judiciales son la exteriorización de los actos procesales del órgano jurisdiccional, por los cuales atienden a las necesidades del desarrollo del proceso y a su decisión. Las resoluciones judiciales, reciben también el nombre de providencias; ciertos autores se ocupan de clasificarlas en autos, decretos, sentencias, etc.; lo mismo ocurre con determinados sistemas normativos:

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, en su artículo 79, preceptúa que las resoluciones judiciales son:

> I. Simples determinaciones de trámite y entonces se llamarán decretos;
>
> II. Determinaciones que se ejecutan provisionalmente y que se llaman autos provisionales;
>
> III. Decisiones que tienen fuerza de definitivas y que impiden y paralizan definitivamente la prosecución del juicio (autos definitivos);
>
> IV. Resoluciones que preparan el conocimiento y decisión del negocio ordenando, admitiendo o desechando pruebas (autos preparatorios);
>
> V. Decisiones que resuelven un incidente promovido antes o después de dictada la sentencia definitiva (sentencias interlocutorias); y
>
> VI. Sentencias definitivas.

Las resoluciones judiciales, según el Código Federal de Procedimientos Civiles en su artículo 220 se dividen en: decretos, si se refieren a simples determinaciones de trámite; autos, cuando deciden cualquier

24 Chiovenda, *Principios, cit.,* tomo II, p. 394.

25 D'Onofrio, *op. cit.,* p. 85.

punto dentro del negocio y sentencias, cuando deciden el fondo del asunto cuestionado.

Las sentencias pueden clasificarse en atención a sus efectos substanciales, de la siguiente manera:

A) SENTENCIA DE CONDENA.—A esta resolución judicial se le llama también condenatoria, y presupone la existencia de una voluntad de la ley que garantice un bien a alguien, imponiendo al demandado la obligación de una prestación; además, la convicción del juez de que basándose en la sentencia se pueda inmediatamente o después de cierto tiempo, proceder por los órganos estatales a los actos posteriores necesarios para la consecución efectiva del bien garantizado por la Ley.[26] Las sentencias condenatorias tienen por objeto hacer cierto el Derecho y preparar su ejecución, siendo susceptibles por tanto la ejecución forzosa; y contienen un mandato que ha sido considerado por numerosos autores como un título ejecutivo.

E. PALLARES[27] dice que la sentencia de condena es la que declara procedente una acción de condena, y contiene por una parte, una declaración respecto del derecho del actor y de la obligación correlativa del demandado. El fallo hace cierto e indubitable el derecho del actor y manda al órgano de ejecución que lo haga efectivo en el caso de que el demandado dentro de un plazo determinado no cumpla la obligación declarada. Por esta circunstancia, toda sentencia de condena es al mismo tiempo, declarativa y ejecutiva.

B) SENTENCIA DECLARATIVA.—Sirven a la necesidad social de esclarecer determinadas relaciones jurídicas por la eficacia de esa mera declaración. KISCH[28] dice que tienen de común con las de condena, el que se limitan a reflejar la situación jurídica tal y como ella es. La sentencia declarativa tiene una finalidad autónoma, la de la declaración de la certeza de la protección jurídica; su razón de ser consiste en que deben servir para eliminar la incertidumbre sobre la existencia de derechos o negocios jurídicos, mediante la eficacia de la resolución jurisdiccional.

---

26 Chiovenda, *Principios*, cit., tomo I, p. 185; De Pina y Castillo Larrañaga, *Instituciones*, cits., pp. 272 y 273.

27 *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, pp. 469; Ugo Rocco, *op. cit.*, pp. 262 y ss.

28 W. Kisch, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, pp. 131 y 175.

Las sentencias declarativas, o sentencias de declaración de mera certeza como las intitula CHIOVENDA [29] son aquellas cuya decisión consiste en una mera declaración o acertamiento del Derecho o de determinadas condiciones de hecho; COUTURE dice que son aquellas que tienen por objeto la pura declaración de la existencia o inexistencia de un Derecho. Algunos procesalistas han formulado un concepto negativo de las acciones y de las sentencias declarativas, afirmando que son aquellas que no tienden a conseguir la producción de nuevos efectos jurídicos distintos de la simple eficacia de la cosa juzgada.

C) SENTENCIAS CONSTITUTIVAS.—Son las resoluciones jurisdiccionales que dan nacimiento a una nueva relación jurídica, que solo por virtud de la sentencia puede nacer, o termina una relación jurídica preexistente. [30] Se ha dicho que la sentencia constitutiva "tiene por objeto el derecho al cambio jurídico. Este nombre ha sido dado por la doctrina moderna a un gran grupo de sentencias positivas estimatorias, en las cuales la eficacia constitutiva depende del mismo derecho que ellas declaran, el cual consiste en el poder jurídico del actor de producir un efecto jurídico mediante sentencia del juez". [31] En otras palabras: todas las sentencias son declarativas o contienen una declaración, pero las constitutivas declaran la existencia del derecho del actor para producir un cambio en la situación jurídica existente, *mediante la propia sentencia.* El concepto de sentencia constitutiva está relacionado con el derecho potestativo, *según afirma* PALLARES. [32] Hay dos clases de derecho potestativo: en unos, basta la simple declaración del titular del derecho para producir el cambio en el derecho existente; en otros, el cambio no se produce sino mediante la sentencia del juez, que declara la existencia del derecho potestativo y dan nacimiento al cambio. Estos últimos son los que originan las sentencias constitutivas.

CHIOVENDA [33] dice que la sentencia constitutiva normalmente produce efectos para lo futuro, es decir, el nuevo estado jurídico sólo empieza, cuando la sentencia pasa a cosa juzgada, pero tal característica no es esencial de esta clase de sentencias, porque hay casos en que se retro-

29 *Ensayos de Derecho Procesal Civil,* tomo I, pp. 131, 192 y ss.

30 E. Pallares, *Diccionario,* cit., p. 468.

31 J. Chiovenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* tomo I, p. 227.

32 *Diccionario,* cit., p. 469.

33 *Instituciones,* cit., tomo I, pp. 213 y ss.

traen sus efectos. El interés en obrar en las sentencias constitutivas no se distingue del derecho para obtenerlas. El mismo derecho potestativo para obtener el cambio del estado jurídico mediante la sentencia constitutiva, solo se realiza si el titular de este derecho acude al juez y demanda el pronunciamiento de la sentencia. Las sentencias constitutivas tienen como característica esencial la producción de un estado jurídico que antes de pronunciarse no existía, estas sentencias normalmente, afirman DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA,[34] producen sus efectos *ex-nunc* (desde la sentencia) y no *ex-tunc* (desde la demanda); excepcionalmente pueden producirse y se producen sus efectos en forma retroactiva.

3. *Jurisdicción voluntaria.*—Es menester hacer también una corta referencia a la distinción entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria.

KISCH[35] expresa que la jurisdicción voluntaria comprende un número considerable de negocios de la naturaleza más diversa y fines diferentes, que apenas si pueden agruparse desde un punto de vista general sistematizador. Otros autores[36] niegan a la jurisdicción voluntaria el carácter de verdadera jurisdicción, y al hablar de ella lo hacen refiriéndose a "la llamada o pretendida jurisdicción voluntaria".

Los actos de la jurisdicción voluntaria, son estimados en ocasiones, como actos de simple administración; pero, hay quien reconoce en ellos caracteres específicos que los distinguen de los actos meramente administrativos, aun prescindiendo del órgano que los realiza.

La jurisdicción contenciosa implica siempre un conflicto de intereses, la jurisdicción voluntaria no supone esa relación de oposición, sino la necesidad de documentar, tutelar o garantizar una especial situación jurídica. Para CHIOVENDA[37] lo que distingue a la jurisdicción contenciosa de la voluntaria es que en ésta no hay partes. En la cons-

---

34 *Op. cit.*, p. 273.

35 *Op. cit.*, p. 38.

36 Manuel de la Plaza ,*Derecho Procesal Civil Español*, tomo II, pp. 699 y ss.; Adolfo Schönke, *Derecho procesal civil*, pp. 256 y ss.; Maldonado, *op. cit.*, pp. 174 y ss.; Alcalá-Zamora y Levene, *op. cit.*, pp. 201 y ss.; Flores García, *op. cit.*, p. 64; Chiovenda, *Principios* cit., tomo I, pp. 363 y ss.; De Pina y Castillo Larrañaga, *op. cit.*, pp. 55 y ss.; E. Pallares, *Diccionario* cit., p. 320; Goldschmidt, *op. cit.*, p 126

37 *Principios*, cit, tomo I, pp. 363 y ss.

titución o desarrollo de estados jurídicos que tienen lugar en la jurisdicción voluntaria, escribe, no actúa un derecho que corresponda a A contra B. No es, a su juicio, carácter de la jurisdicción voluntaria la falta de contradictorio, sino la falta de dos partes; en la jurisdicción contenciosa existen procedimientos sin contradicción, pero no sin dos partes; puede tomarse una resolución jurisdiccional inoída parte; pero siempre contra o frente a una parte a la cual debe comunicarse para que pueda cumplirse o ser impugnada. En la jurisdicción voluntaria se dan uno o varios solicitantes, pero no partes.

Reconoce CARNELUTTI,[38] en la jurisdicción voluntaria una finalidad encaminada a vigilar o controlar la actividad jurídica de los particulares en algunos casos en que la calidad del sujeto o la estructura o la función del negocio hacen más grave el peligro de un mal uso de ella. "Es ésta una vigilancia, de hecho, análoga a aquélla que, por ejemplo ejercita el Estado en materia de higiene o de seguridad pública; la materia es diferente, pero el fin es idéntico. Así no existe diferencia de fin sino de modo, entre el control del Estado sobre las condiciones jurídicas en las cuales se desenvuelve el trabajo de los niños y sobre la administración del patrimonio de los menores, ni entre la vigilancia sobre las condiciones de seguridad de las fábricas y la vigilancia sobre las transacciones entre el asegurador y el obrero víctima de un accidente, ni entre la intervención para promover el desenvolvimiento de la industria y la intervención en la constitución y en el desenvolvimiento de las sociedades comerciales. El Juez, cuando preside un consejo de familia, cuando autoriza la venta de la casa de un menor, cuando homologa una transacción en materia de accidentes de trabajo, o el estatuto de una sociedad anónima, actúa para la satisfacción de un interés público que tiene por objeto la buena administración de los intereses privados, bien distintos, pues, al interés a la composición de la litis. Actúa, por lo tanto, junto al interesado o su representante, no ya en medio de dos contendientes. Las formas de esta intervención son diversas, pero se refieren todas a una participación del Juez, en diferente modo, al acto jurídico."

KISCH [39] sostiene que el Estado ejerce en la jurisdicción voluntaria una especie de administración de Derecho privado, en cuya gestión no sólo aplica principios jurídicos, sino razones de oportunidad y conveniencia y todo lo que exigen las necesidades prácticas.

---

38 Citado por De Pina y Castillo Larrañaga, *op. cit.*, p. 58.

39 *Op.* y *loc. cits.*

Para Rocco[40] el verdadero signo distintivo entre la jurisdicción voluntaria está en que "ésta no supone actividad jurisdiccional, sino actividad administrativa. Las otras distinciones que han sido propuestas, son todas inexactas.'

Expuesto el carácter de los actos de la jurisdicción voluntaria, corresponde formular una opinión sobre el problema de si el ejercicio de la función que entraña, sería más propio de los órganos administrativos que de los judiciales.

Teniendo en cuenta la conexión que existe entre los actos de la jurisdicción contenciosa y los de la voluntaria, ya que la materia objeto de éstos se convierte automáticamente en contenciosa en cuanto surge oposición, y dada también la naturaleza jurídica de la misma y la preparación especial que requiere el conocimiento de estos actos, los únicos funcionarios a quienes pueden encomendarse, con las necesarias garantías, son los judiciales.

Este criterio, que es el tradicional en España y en los países hispanoamericanos, es el único que, a nuestro juicio, debe mantenerse, tanto desde el punto de vista doctrinal como desde el legal. La legislación mexicana se ajusta a este criterio.[41]

4. *Naturaleza jurídica de la sentencia declarativa de quiebra.*—Establecidos cuáles son los conceptos principales de Derecho procesal sobre las providencias jurisdiccionales, hemos de pasar al examen de la naturaleza de la sentencia que declara el estado de quiebra.

AZZOLINA,[42] estima que el problema de la naturaleza jurídica de la sentencia declarativa de la quiebra, está indisolublemente ligado con la naturaleza de todo el instituto falimentario.

Las orientaciones seguidas por la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la sentencia declarativa son múltiples y se pueden distinguir, "*grosso modo*", tres grupos, de los cuales el *primero* ve en la sentencia un proveimiento de naturaleza *mixta*, jurisdiccional y administrativa;

---

40 Citado por Castillo Larrañaga, p. 57.

41 Gabino Fraga, quien después de reseñar las facultades de carácter administrativo expresamente atribuídas al Poder Judicial por la Constitución Federal de México, agrega: "Además, en las leyes secundarias se encomiendan al Poder Judicial los actos llamados de jurisdicción voluntaria, que constituyen también actos materiales administrativos (*Derecho administrativo*, p. 88, 1939).

42 UMBERTO AZZOLINA, *Il fallimento*, Turín-1953, tomo I, pp. 256-281; SEGNI, *La sentenza dichiarativa di fallimento*, en "Riv. Dir. Comm." 1938, tomo I, p. 236; D'AVACK, *La Natura Giuridica del Fallimento*, Padova 1940, pp. 75 y ss.

el *segundo*, un proveído de naturaleza puramente administrativa y el *tercero*, el grupo más numeroso, una resolución de naturaleza jurisdiccional, el cual puede ser calificado diversamente:

a) Como de puro conocimiento, ya sea cautelar o finalmente ejecutivo.

b) Como mixto cognoscitivo-ejecutivo.

Por otra parte, no falta una corriente que reconoce en la sentencia un proveimiento de jurisdicción voluntaria; clasificable por tanto, administrativo o jurisdiccional, según la noción tan disputada que se tenga de la jurisdicción voluntaria.

5. *Sentencia "sui generis" o mixta.*—Según BONELLI,[43] "el Tribunal debe declarar la quiebra, por medio de una sentencia. Esto presupone un procedimiento preliminar o introductivo, en el complejo procedimiento de quiebra; dirigido a provocar la sentencia declarativa. La naturaleza de este procedimiento da el tono a todo el sucesivo proceso en la quiebra y se presenta bajo un aspecto realmente diverso, según el triple motivo que lo provoca. Instado por los acreedores, tiene la apariencia de un procedimiento ejecutivo; provocado por el deudor, se aproxima más a la naturaleza de la jurisdicción voluntaria y parece derivar de un acto dispositivo de aquél, análogo a la *"cessio bonorum"*; iniciado por el Tribunal mismo, se presenta como una medida de orden público confiada a uno de los Poderes del Estado. En realidad, no es ninguna de las tres cosas en forma franca y exclusiva; sino es siempre, una combinación de todas ellas."

Coherentemente con esta premisa, BONELLI afirma que es evidente que la sentencia declarativa de la quiebra, es una resolución judicial *sui géneris*, porque en este proveimiento del Tribunal se encuentra la explicación simultánea de la doble función administrativa y judicial que él mismo ejercita en esta institución de la quiebra. El procedimiento de apertura de la quiebra debe considerarse, no tanto como un verdadero y propio juicio, sino como una parte inicial del procedimiento falimentario, partícipe por consiguiente, de su compleja y especial naturaleza. El proveimiento al cual desemboca recoge en sí mismo y en su contenido, el doble carácter antes indicado. Efectivamente, esta sentencia en cuanto examina, discute y pronuncia sobre las condiciones legales para la declaración de la quiebra, es una verdadera sentencia de naturaleza declarativa, por lo menos en su substancia. Ella define una contestación

43 Citado por Azzolina, *Il fallimento*, tomo I, pp. 256 y 257.

jurídica, aunque falten las formas de la contestación; resta, por tanto, aplicarle, en cuanto lo permita el proveimiento, las disposiciones a que las partes interesadas tienen derecho para precaverse contra ella, con los recursos admitidos contra una decisión judicial.

Por otro aspecto, en cuanto se abre el concurso en vista de las disposiciones legales para la organización y funcionamiento de la quiebra, la sentencia tiene carácter constitutivo, y queda una medida de orden administrativo, inmediatamente ejecutiva, que solo el tribunal puede emitir. [44]

Esta conclusión armoniza con otras observaciones de BONELLI, según el cual: "Se ha discutido mucho sobre la naturaleza procesal del complejo procedimiento de la quiebra, pero ha sido vano todo esfuerzo por clasificarle en uno u otro de los procedimientos exclusivamente ejecutivos, aunque su intento final sea la ejecución forzada, de llegar a la satisfacción de los acreedores, merced a la liquidación jurídica de los bienes del deudor. Y no lo es:

1º Por su diverso presupuesto: la ejecución supone incumplimientos y un título ejecutivo; la quiebra supone la insolvencia y no es necesario que lo que la provoca esté provisto de título ejecutivo, ni tampoco de acción ejecutiva, líquida y pronta.

2º Por la ausencia de un carácter netamente coactivo; en el supuesto de ser pedida por el pretendido fallido, la quiebra nace de una declaración *judicial del mismo deudor*, que al propio tiempo que una obligación, constituye también un derecho del comerciante insolvente."

La doctrina de BONELLI, que nos interesa específicamente en su parte relativa a la naturaleza jurídica de la sentencia declarativa, no puede evidentemente ser acogida, de la misma manera que no puede ser aprobada la concepción del autor sobre la naturaleza mixta del instituto de la quiebra, por las razones que se expondrán en el desarrollo de este estudio, además AZZOLINA disiente del punto de vista de BONELLI, poniendo de relieve que la sentencia constituye un acto típico del ejercicio de la jurisdicción (el propio BONELLI admite que en cuanto examina, discute y pronuncia una verdadera sentencia declarativa), lo que basta para excluir el otro aspecto examinado por BONELLI en la sentencia declarativa, como medida de orden administrativo" en cuanto abre el concurso y da las disposiciones contextuales para la organización y el funcionamiento del instituto falimentario. Falta en BONELLI, sigue diciendo Azzo-

44 Bonelli, *op.* y *loc. cits.*

LINA,[45] la justificación de que esta pretendida naturaleza "anfibia", simultáneamente jurisdiccional y administrativa, que parece excluírse por sí misma; y resulta evidente que BONELLI llegue a tal conclusión considerando erróneamente como de orden administrativo aquélla parte de las disposiciones de la sentencia, a las cuales él atribuye función ejecutiva, pero que por ésto no son menos de naturaleza jurisdiccional, como más adelante se tratará de demostrar.

6. *Como acto administrativo.*—LIPARI[46] en una reciente tentativa ha sostenido la naturaleza enteramente administrativa de la sentecia que declara la quiebra. Esta idea ha sido rechazada decididamente por la más autorizada doctrina dominante.[47]

LIPARI desarrolla su tesis negando que la sentencia declarativa constituye un proveimiento ejecutivo o un procedimiento de conocimiento, llegando por vía de exclusión, a la consecuencia que debe tratarse necesariamente de un acto administrativo. Los argumentos específicos suyos, sobre los cuales funda esta construcción son dos, a saber:

a) Que la sentencia declarativa puede ser pronunciada de oficio o a petición del deudor. Este no vale, —objeta SEGNI— para excluír el carácter jurisdiccional del proveimiento.[48]

b) Que la sentencia sería pronunciada en en un proceso sin partes. A esta proposición replica SEGNI, que LIPARI parte de una premisa falsa, en cuanto existen personas (el deudor fallido y los acreedores) a las que el acto se dirige, y con respecto a las cuales surte efectos mientras en caso contrario, o sea, si el proceso fuera verdaderamente "sin partes", como entiende LIPARI, faltarían los destinatarios, no solo del proveimiento jurisdiccional, sino también del acto administrativo o de cualquier otro acto jurídico, cuya característica está constituída exclusivamente por los efectos que surte cuando menos, con respecto a una persona diversa del agente.

---

45 *Op. cit.*, p. 258.

46 *Struttura e funzione della sentenza dichiarativa di fallimento*, en "Il Circolo giuridico", 1931, pp. 28 y ss. Citado por Azzolina, *op.* y *loc. cits.*

47 Para una crítica completa, cfr. SEGNI, *op. cit.*, pp. 224, 256. F. CARNELUTTI, *Carattere della sentenza di fallimento*, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1931, II, p. 160.

48 *Op. cit.*, p. 242.

Por lo demás, la misma construcción de LIPARI no es coherente con sus premisas, según las cuales sería proveimiento jurisdiccional la sentencia que declara la quiebra en seguida de la citación del acreedor. Se tendría en efecto —son palabras de SEGNI— el extrañísimo y quizá único ejemplo de un procedimiento administrativo que se inicia con un acto jurisdiccional; ya que LIPARI sostiene ni más ni menos, que toda la quiebra es un procedimiento administrativo.

7. *Como jurisdicción voluntaria.*—Una posición intermedia entre las doctrinas antes examinadas y las cuales reconocen en la sentencia declarativa un acto jurisdiccional, debe ser asignado a la opinión del partido que, como REDENTI en Italia y OETKER [49] en Alemania, sostienen que la quiebra es un proceso que pertenece a la *jurisdicción voluntaria.*

Evidentemente la posición en esta orientación se liga del modo más estrecho a la determinación del disputadísimo concepto de jurisdicción voluntaria, la cual, según la doctrina hoy día dominante, [50] constituye una actividad objetivamente administrativa, subjetivamente desarrollada por un órgano jurisdiccional que efectúa actos de administración pública de derecho privado, [51] con integración de capacidades jurídicas incompletas y con la formación de situaciones particularmente consideradas en el derecho por el interés público que llevan consigo. [52]

Por lo tanto es de excluirse, como observa SEGNI, [53] "que sea ejercicio de jurisdicción voluntaria todas las veces que el juez actualiza un derecho de una parte frente a la otra".

OETKER está de acuerdo en el mismo asunto, con la premisa que los justifica, o sea, que toda la ejecución forzada entra en la jurisdicción voluntaria. Afirma, en efecto, que la actividad desarrollada por los órganos de la quiebra es una administración clasificada por el deber jurídico

---

49 Citados por Azzolina, *op. cit.*, I, p. 260 y ss.

50 P. CALAMANDREI, *Istituzioni di dir. proc. civ. secondo il nuovo codice*, Padova, 1941, I, p. 82; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano, Roma*, 1941, p. 17.

51 La expresión, como está anotada, es de ZANOBINI, *Sull' amministrazione pública del diritto privato*, en "Riv. dir. pubb." 1918-I, p. 173.

52 Las numerosas y recientes contribuciones al estudio de la noción de jurisdicción voluntaria confirman en substancia la exactitud de la noción arriba expuesta. Para una amplia exposición crítica e informativa, cfr. ALLORIO, *Saggio polemico sulla giuridizione volontaria*, en "Riv. trim. di dir. proc. civ.", 1948, pp. 487, 495 y 498.

53 *Op. cit.*, p. 254.

de los organismos de actuar, y que por lo tanto, asumiría el carácter típico de aquella actividad administrativa en la cual consiste la jurisdicción voluntaria.

El obstáculo radical que debe oponerse a esta concepción reside, asegura AZZOLINA, [54] en la imposibilidad de aprobar el punto de partida, y por ello, el punto de que la ejecución forzada sea una actividad administrativa: tesis que no puede ser acogida porque modifica sin fundamento racional, y sin utilidad práctica el concepto de la jurisdicción como fatigosamente ha sido construído, y como es aceptado por la doctrina prevalente, que reconoce en la jurisdicción la función estatal de actualizar la norma concreta de la ley. [55] En este deber de actuación (sea mediante el conocimiento, sea mediante la ejecución) de la norma jurírica, aplicándose al caso concreto las garantías y las sanciones, reside como observa BETTI, el carácter diferencial de la función jurisdiccional de las otras funciones estatales. De suerte que, haciendo a un lado la función legislativa, sobre cuyo contenido no caben dudas, el carácter distintivo entre la administración y la jurisdicción reside "en el carácter de substitución y subrogación de la actividad que actualiza la norma jurídica: substitución que no debe entenderse en el sentido puramente mecánico, que el juez realice actividades cualitativamente iguales a aquellas que podían haber realizado los destinatarios de la norma actualizada, sino en el sentido que el juez obra actualizando la ley sobre las relaciones jurídicas, de las cuales surgen los derechos de una parte frente a la otra diversa del juez mismo". [56]

De donde en la jurisdicción, así concebida, entra también la ejecución forzosa, pues los órganos ejecutivos imponen al efecto preceptos de ley que se refieren a las partes interesadas.

REDENTI, por su parte, aproxima la quiebra a la jurisdicción voluntaria, atribuyéndole efectos de tutela económica, para la guarda particular de los intereses comerciales. [57] Pero es evidente que las intenciones perseguidas por el instituto de la quiebra no podrían, aun cuando en realidad consistiera en lo indicado por REDENTI tener un valor decisivo para establecer la naturaleza jurídica de la sentencia declarativa, de la cual en

54 *Op. cit.*, tomo I, pp. 260 y 261.

55 Cfr. SEGNI, *Giurisdizione civile*, in "Nuovo Digesto Italiano", Torino 1938, VI, pp. 387 y ss. Citado por Azzolina, *op. cit.*, tomo I, pp. 260 y ss.

56 SEGNI, *La Sentenza dichiarativa*, cit., p. 237. Azzolina, *op.* y *loc. cits.*

57 En el mismo orden de ideas se ve D'AVACK, *op. cit.*, pp. 20 y ss. y 221.

último análisis, el citado autor indica el contenido de actualizar un sistema particular de sanciones, absolutamente afines de aquellas contenidas en una sentecia de condena. Con este resultado, admitido por REDENTI, debe verse un elemento típico de los proveimientos jurisdiccionales; más con esto, se viene a reafirmar la tesis que se quiere excluir.

Por las mismas razones debe ser rechazada la teoría formulada por SATTA,[58] según la cual, la sentencia declarativa tendría carácter solo eventualmente jurisdiccional, en cuanto siga una oposición del interesado."

Contra esta concepción ha observado SEGNI[59] que ella pone el punto diferencial entre la jurisdicción en sentido estricto (aquella llamada contenciosa) y la jurisdicción voluntaria, en la presencia o en la ausencia de una contestación: criterio que es generalmente rechazado por la doctrina más autorizada. El punto de vista de SATTA no es sostenible, ni siquiera entendiéndolo en el sentido de que fuera acto no jurisdiccional, la sentencia declarativa pronunciada sin contradictorio, y jurisdiccional en cambio, la resolución que decide sobre la impugnación de ella. En efecto, el que la sentencia declarativa, emitida sin contradictorio, sea un acto de jurisdicción voluntaria, es tesis que debe rechazarse, no sólo porque el objeto de la resolución no se limita al conocimiento del estado de cesación de pagos, sino también porque si así fuera, tal conocimiento no sería llevado por un fin de orden puramente administrativo, sino más bien, como premisa necesaria para el inicio de la ejecución y por tanto, de la satisfacción en vía ejecutiva de los derechos existentes: éste es todavía típico de la función jurisdiccional.[60]

8. *Como sentencia jurisdiccional de conocimiento.*—Veamos ahora la doctrina que reconoce en la sentencia declarativa de la quiebra un proveimiento jurisdiccional de conocimiento: habiendo sido sostenida por INVREA,[61] BRUNETTI[62] y NAVARRINI.[63] Según INVREA, "la sentencia declarativa de la quiebra es una verdadera sentencia de mérito pronunciada

---

58 *L'esecuzione forzata*, Milano 1937, p. 126; *Instituciones del Derecho de Quiebra*, Buenos Aires 1951, p. 73.

59 *Op. cit.*, p. 256; AZZOLINA, *op. cit.*, pp. 263 y ss.

60 El mismo SATTA, parece haber abandonado el punto de vista precedente en *Instituzioni di diritto fall inventare.*, Roma, 1948, p. 56, donde afirma —sin reservas— que la sentencia declarativa es de conocimiento constitutivo.

61 Citado por Azzolina, *op. y loc. cits.*

62 ANTONIO BRUNETTI, Tratado de Quiebras, pp. 148 y ss.

63 HUMBERTO NAVARRINI, *La Quiebra*, pp. 130 y ss.

en un procedimiento de conocimiento, o sea una sentencia en sentido substancial y no en sentido puramente formal": deben por tanto ser descartados resueltamente "tanto el concepto del proveimiento de jurisdicción voluntaria, como aquel de proveído ejecutivo, o de la resolución administrativa".

Se trataría de una sentencia cognoscitiva en sentido propio y no de sentencia impropia, por el hecho innegable que "ella contiene el reconocimiento del estado de suspensión de pagos del comerciante, con el reconocimiento del consiguiente derecho de los acreedores a la acción ejecutiva concursuaria, a la cual no faltaría el contenido común a toda sentencia de mérito verdadera y propia, es decir, "el acogimiento de un derecho de acción cognoscitiva (o más brevemente, el reconocimiento de una acción cognoscitiva)". [64]

SEGNI observa que para todos estos autores el objeto y el resultado del conocimiento realizado por la sentencia son siempre los mismos, o sea, los presupuestos de la quiebra y la actualización de esta última. No basta que el proveimiento declarativo de la quiebra sea precedido de un reconocimiento para deducir que ella sea una sentencia de conocimiento. "Es el objeto del reconocimiento lo que debe decir si estamos frente a una sentencia de conocimiento (sea solamente sumaria) o a una decisión judicial ejecutiva. Cuando este conocimiento tiene por objeto un acto ejecutivo (por cumplir o cumplido) sin que venga a debate el derecho substancial del acreedor, del deudor o de un tercero, SEGNI y AZZOLINA [65] opinan que la resolución no puede adscribirse entre los proveimientos de conocimiento, distintos en los tres grupos clásicos de sentencia de conocimiento, de condena y constitutivo. Donde el derecho a seguir puede ser objeto de controversia, sin involucrar al derecho substancial, estaremos frente a un proveimiento no de conocimiento, sino ejecutivo. En todos estos casos en los cuales el conocimiento tiene un valor de precedente lógico, y no existe otro en el proveimiento, sino que está reabsorbido en él mismo, estamos frente a un proveimiento ejecutivo."

Análogamente CARNELUTTI [66] ha afirmado enérgicamente ser falso el creer "que la instrucción sea una fase del proceso jurisdiccional y no del proceso ejecutivo. La verdad es que también el oficial de ejecución debe conocer, antes de ejecutar, y a tal fin instruirse como hace el juez;

64 Tomado de Azzolina, *op. y loc. cits.*

65 *Op. y loc. cits.*

66 *Carattere della sentensa di fallimento,* en "Riv. Dir. Proc. Civ," 1931. II p. 164.

y precisamente por esto, algunas funciones ejecutivas son confiadas al juez mismo de la ley, donde existe promiscuidad de órganos entre el proceso de conocimiento y el proceso de ejecución actúa con los ojos cerrados, esto es, sin conocer, sino que conoce "para actualizar la sanción"; mientras el juez conoce "para ordenar". Por esto, en orden al diverso fin, el proceso de conocimiento y no el proceso de ejecución, desemboca en el conocimiento, como aplicación imperativa o vinculatoria, esto es, en la cosa juzgada. Por consiguiente, ¿se debe creer que el Tribunal conoce, al declarar la quiebra, y no el oficial judicial, cuando hace el aseguramiento?"

Debe observarse que en todas las ocasiones el conocimiento tiene un rango subordinado a la aplicación de la norma, que está comprometida en la aplicación: "esto sucede siempre que el juez, juzgando debe aplicar exclusivamente una norma de la cual son destinatarias las partes. La operación lógica es la misma, pero el resultado es diverso, y esto se revela, no sólo en los efectos de lo juzgado, sino también indica el contenido de la sentencia, en la que el juez mismo aplica la norma, uniformando su propia conducta a la norma misma. Este es el resultado final de todos los proveimientos con los que el juez declara la quiebra, en los cuales el elemento cognoscitivo no tiene un significado autónomo y queda comprendido en el proveimiento final'. [67]

9. *Como medida cautelar.*—Excluído por las razones indicadas que la sentencia declarativa sea un proveimiento de puro conocimiento, conviene examinar las doctrinas que reconocen en ella una *medida cautelar.* [68]

CANDIAN [69] afirma que debe ser atribuído a la sentencia declarativa el carácter de proveimiento francamente asegurativo: asegurativo de la igualdad de tratamiento entre los acreedores; y que, mientras en los proveimientos cautelares ordinarios se asegura para ejecutar, en la quiebra ,por el contrario, se ejecuta para asegurar.

---

67 Opinión de Segni, citada por Azzolina, *op. cit.*, tomo I, pp. 266 y ss.

68 La exposición de esta doctrina se hace solo por razones de oportunidad, teniendo en cuenta el hecho de que los proveimientos cautelares tienen necesariamente carácter de conocimiento y que como observa CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, pp. 7-9, se pueden dar proveimientos cautelares ejecutivos; como se puede hablar de conocimiento cautelar y de ejecución cautelar.

69 Primero en el escrito *Sentenza dichiarativa di fallimento e processo di fallimento*, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1931, I, pp. 234 y ss.; luego en el volumen *Il processo di fallimento*, Padova, 1934, cap. II.

La antítesis, sin embargo, es más brillante que persuasiva, objeta AZZOLINA.[70] Prescindiendo por brevedad, de otras consideraciones, sobre el fundamento de las razones con las cuales CANDIAN justifica su afirmación, se adhiere a la observación de CARNELUTTI de que cuando ha dicho CANDIAN: proveimiento asegurativo, no proveimiento ejecutivo, ha comenzado a exponer su tesis de manera inexacta porque también el proveimiento asegurativo puede ser un proveimiento ejecutivo.

Hay que notar también, como ha puesto en evidencia SEGNI, que CANDIAN concibe el proveimiento asegurativo en un sentido del todo impropio, es decir, considerándolo dirigido a prevenir la lesión de su derecho, mientras el proveimiento cautelar, en el sentido propio y técnico que le es comunmente atribuído [71] se propone asegurar la consecución de los efectos de otro proveimiento posterior por razones contingentes. Respecto a la sentencia declarativa, considerada como acto singular al proceso íntegro de quiebra, tomado en su misma naturaleza, forma un género aparte, el proveimiento definitivo debiera seguirse al cautelar configurado por CANDIAN. También CALAMANDREI ha sostenido que la sentencia declarativa de quiebra es un procedimiento cautelar [72] argumentando —en síntesis— que en la ejecución individual existe seguramente, en todo caso al menos, un acreedor que satisfacer, y que por lo tanto el aseguramiento llevado a cabo en el curso de ella tiene siempre una función inmediata satisfativa, que faltaría por contrario, en el secuestro general de los bienes que sigue a la sentencia declarativa de la quiebra, ya que la existencia de los acreedores es reconocida sólo por la verificación de los acreedores y consecuentemente, sólo después de esta última, la medida cautelar se transformaría en medida ejecutiva. La sentencia declarativa tendría pues, el carácter de instrumentalidad hipotética que es propia de los proveimientos cautelares.

Pero tal doctrina choca ante todo con la objeción de que, si el acto inicial de la ejecución de la quiebra no está constituído por la sentencia declarativa, no se concibe que otro acto ocupe su lugar, llenando esa

70 *Carattere della sentenza di fallimento*, cit., p. 165.

71 La característica esencial de los proveimientos cautelares es otra, la previsión, la instrumentalidad, en cuanto ellos, como escribe CALAMANDREI (*op. cit.*, p. 21) "no son nunca 'fin' en sí mismos, sino son incompletamente preordenados por la emanación de un proveimiento ulterior definitivo, de los cuales preventivamente aseguran la utilidad práctica".

72 Primero en *op. cit.*, p. 113; luego en el artículo *La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare*, en "Riv. Dir. Comm.", 1936, I, p. 279.

función y determine la conversión del secuestro (acto cautelar) en embargo (acto ejecutivo). En segundo lugar, dice SEGNI,[73] el proveimiento principal, nunca es un elemento necesario o una condición para la emanación de él. Y al contrario, en la quiebra la sentencia declarativa no representa un acto dirigido a asegurar la eficacia de los sucesivos proveimientos, sino constituye el presupuesto necesario e indispensable de éstos. Por otra parte, que la declaración de quiebra no sea un procedimiento cautelar, está demostrado también en el curso de las observaciones desarrolladas hasta aquí; ya que la medida cautelar tiene un fin de prevención, estando dirigida a crear las condiciones favorables para la tutela del Derecho cuando ésto resulte congruente, y por eso opera típicamente en suspensión del conocimiento; mientras que la sentencia declarativa, conocida la insolvencia, y por ese motivo, provocada la constitución de lesión de los derechos de los acreedores, realiza sin lugar a dudas, por los proveimientos ejecutivos que aparecen necesarios, la realización de la satisfacción forzada.[74]

10. *Como proveimiento alterno.*—Según otros autores, la sentencia declarativa, sería un acto jurisdiccional de naturaleza alterna y eventualmente compleja, es decir, en parte proveimiento de conocimiento y en parte proveimiento de ejecución forzada.

CARNELUTTI ha creído poder distinguir dos hipótesis diversas, la de la sentencia declarativa pronunciada en Tribunal Colegiado (a instancia de un acreedor o de oficio) y la de la sentencia emitida en jurisdicción contenciosa ordinaria, y sostener que esta última sería "un proveimiento jurisdiccional, al cual desemboca un proveimiento ejecutivo", advirtiendo por el contrario, en la primera "un proveimiento ejecutivo".

Pero ante todo, parece evidente que no puede existir la antitesis entre proveimiento jurisdiccional y proveimiento ejecutivo, puesto que no se trata de dos géneros diversos, en cuanto que el proveimiento ejecutivo tiene naturaleza jurisdiccional.[75] Y en segundo lugar sorprende

---

73 Cuyas opiniones son citadas con frecuencia por Azzolina, *op. cit.*, tomo I, pp. 269 y ss.

74 Para otras observaciones sobre la pretendida naturaleza cautelar de la sentencia declarativa, ver, de AZZOLINA, *Il Fallimento*, tomo I, pp. 282 y ss.

75 Ocurre destacar que, en el pasaje citado, la expresión "proveimiento jurisdiccional" está por "proveimiento de conocimiento", en cuanto que, según la concepción carneluttiana del tiempo, la ejecución forzada era proceso, pero no jurisdicción (*Sistema*, cit. I, p. 132). El pensamiento del autor se cambia después,

que el propio CARNELUTTI (quien líneas arriba ha sostenido eficazmente, la esencia del proveimiento del conocimiento, respecto a aquella del proveimiento de ejecución, llegando a concluir: "Que por consiguiente, la sentencia de quiebra no tendría otra substancia, sino aquella del proveimiento ejecutivo, me parece que resueltamente deba confirmarle";[76] no haya tenido en cuenta este otro aspecto formulado por él mismo, dice AZZOLINA, para deducir que la sentencia declarativa de la quiebra no es idónea para producir efecto de cosa juzgada.

También la decisión de la Suprema Corte, anotada, por CARNELUTTI y que había, según Azzolina[77] negado en forma exacta, la proponibilidad de la excepción de litis-pendencia contra la demanda de quiebra promovida como recurso de un acreedor, mientras estaba pendiente una demanda análoga en juicio contencioso ordinario, considerando que las dos instancias no pueden dar lugar a un juicio, contradictorio, habrían debido inducir al insigne procesalista italiano a estimar particularmente este aspecto del problema: la solución del cual, en el sentido que de sentencia declarativa no nace cosa juzgada es confirmado posteriormente por la consideración de que si la quiebra viene pronunciada por demanda del comerciante, no es concebible una decisión en contra o a favor de él. Finalmente, la insostenibilidad de estructura de los diversos tipos de proveimientos que pueden dar lugar a la declaración de quiebra ha sido demostrada por SEGNI.[78]

Importa antes que nada recordar previamente otra orientación que encabeza la doctrina sostenida por KOHLER, quien reconoce en la sentencia declarativa un *título en blanco* (Blankett-Titel), destinado a legitimar la ejecución concursal que los acreedores singulares deberán sin embargo integrar, valiéndose de otro título ejecutivo particular (constituído por el proveimiento de admisión al pasivo). Tal teoría, acogida en Italia por LIEBMAN, que la acepta, haciendo pequeñas aportaciones, y no sin modificaciones de ANDRIOLI,[79] ve substancialmente en la sentencia declarativa un acto de naturaleza doble, que por una parte concluye un conocimiento, constituyendo el título ejecutivo, y por la otra, inicia la

como se ha visto, en el sentido de comprender también la ejecución forzada en la función jurisdiccional.

76 *Carattere della sentenza*, cit., p. 170.

77 *Il fallimento*, cit., I, p. 268.

78 *Op. cit.*, pp. 244-249.

79 Autores citados por Azzolina, *op. cit.*, tomo I, pp. 270 y ss.

ejecución forzada, sujetando el patrimonio del comerciante a la garantía concursal. Se vuelve de este modo, bajo diverso perfil, a la atribución de una naturaleza mixta:[80] pero contra la primera parte de esta construcción conservan valor las objeciones presentadas respecto de la teoría que considera la sentencia declarativa, proveimiento de conocimiento, y se agrega además, la consideración de que la sentencia, no conociendo el derecho algún acreedor, no da lugar a la formación de un título ejecutivo individual, ni colectivo.

Una orientación de pensamiento que sostiene la teoría de la jurisdicción voluntaria, asume importancia y autonomía propias, es la seguida por CARNELUTTI, quien modifica la posición antes ilustrada. En efecto, el insigne jurista encabezando la noción de "proceso voluntario", por él elaborado,[81] ha sostenido que también la quiebra es un proceso voluntario, o sea, un "proceso sin lite", que tiene su fin específico en la prevención de la lite, ya que el órgano procesal de la ejecución podría intervenir entre las partes, con fines diversos de la composición de la lite,[82] y esto le daría un papel ejecutivo en el proceso de la quiebra. Para sostener esta concepción observa CARNELUTTI que "Si también con el *proceso de quiebra, como con la desposesión ordinaria* la autoridad asegura los bienes del deudor, los liquida y los distribuye, esto sucede en los dos casos por una razón diversa, es más, contraria, el protagonista de la desposesión ordinaria en el deudor, quien tiene y no quiere dar, y al contrario, en el desapoderamiento de la quiebra, el deudor quería dar, pero no tiene. La diferencia, es más, la antitesis se resuelve en dos conceptos profundamente diversos: el incumplimiento y la insolvencia; el primero de los cuales representa el presupuesto del proceso ordinario de desapoderamiento, el segundo, del proceso de quiebra... Si por tanto, con el proceso falimentario se desapodera no ya al deudor que no tiene, es decir, no al incumplido, sino al insolvente, la verdad es que, ni aun con el proceso de quiebra se compone una lite, o si deseamos usar otros términos, se actualiza una sanción.

---

80 También CALAMANDREI, *La sentenza dichiarativa*, cit., p. 295, afirma ser la sentencia declarativa de quiebra "un proveimiento objetivamente complejo, que está en relación con la creación de un título ejecutivo, e inicio de ejecución en conformidad con aquel título', para luego sostener que se trata no de una ejecución "definitiva o satisfactoria", sino de mera "ejecución cautelar".

81 *Sistema*, cit. tomo I, pp. 238 y ss.

82 *Sistema*, cit., I, p. 243.

El fin del proceso falimentario es diverso: se asegura, se liquida, se distribuye el patrimonio del deudor, no por vencer su resistencia, sino para asegurar la 'par conditio creditorum'. Esto quiere decir que también el proceso de quiebra es un proceso voluntario".

La opinión del eminente autor choca con dificultades que según AZZOLINA la hacen inaceptable. Ante todo, no siempre se justifica calificar la posición del deudor en la quiebra con la nota de que él quisiera dar, pero no tiene, y en la desposesión ordinaria, a los que no querrían, teniendo. La antítesis es retórica, y poco apegada a la realidad, pues aún en la quiebra, el deudor provisto de medios, puede no tener ninguna voluntad de pagar y —por otra parte— en la desposesión ordinaria, es posible que no se pague por las mismas razones que dan lugar a la quiebra: insuficiencia patrimonial (o déficit), defecto de liquidez, etc.

No obstante, se puede aceptar el concepto que la innegable diferencia entre incumplimiento o insolvencia, da lugar a una neta contraposición. La insolvencia no es para los efectos de la instauración de la quiebra, mas que un perfecto equivalente del incumplimiento.

Y finalmente, no es cierto que con la quiebra se desapodera al deudor "que no tiene" (¿si no tuviera que cosa se le quita?), ni que el proceso de quiebra tenga lugar sólo para asegurar la *par conditio creditorum* y no para vencer la resistencia del deudor.

Es verdad, por el contrario, que tanto en la ejecución forzada ordinaria, como en la quiebra se efectúan actos asegurativos contra el deudor o sea, se procede coactivamente a la satisfacción de los derechos crediticios, y es inoperante para establecer la naturaleza jurídica de esta actividad — buscar que ésto suceda, que el deudor, no quiera o no pueda, ahora inmediatamente cumplir.

El que más tarde, la desposesión ordinaria ocurra por iniciativa individual o interese bienes singulares, mientras que la quiebra obra simultáneamente sobre todo el patrimonio del deudor en interés colectivo de los acreedores, es verdaderamente una diferencia debida a la necesidad —propia del segundo procedimiento y no al primero— de tutelar la *par conditio creditorum.*

Entonces, tanto en la ejecución singular, como en la quiebra se realizan actos ejecutivos, es decir, para usar la expresión de CARNELUTTI, se vence la resistencia del deudor; luego entre ambos procedimientos los acreedores tienen pretensiones ejecutivas contra el deudor y los órganos establecidos para el desenvolvimiento de la ejecución forzada, llenan la

función de sastisfacerles. ¿No es tal vez, ésta, aún en la quiebra, la situación jurídica calificada por el mismo CARNELUTTI, [83] como "juicio de petición insatisfecha", en el cual —según el gran procesalista— se identifica y se expresa el proceso ejecutivo?

No se reconoce la validez del intento de involucrar la quiebra en la categoría del proceso voluntario. Tal validez debe ser negada también a la reiteración y al desarrollo dados recientemente a la concepción de CARNELUTTI, por DENTI. Observa este autor, refiriéndose a un punto de D'AVACK, [84] que en el proceso de la quiebra no es la satisfacción de los acreedores, lo que provoca la liquidación del patrimonio del deudor, sino que, al contrario, a ésta sigue la repartición de lo asegurado entre los acreedores. En la quiebra dominaría, por tanto, el interés público a la liquidación de los órganos insolventes, y el interés individual de los acreedores sería tomado en consideración sólo por su coincidencia con tal interés público. Es bueno decir, desde luego, que estas premisas son inaceptables; para hacerlas caer, basta oponerles que contrastan con la disciplina del derecho positivo de la quiebra. [85]

DENTI agrega que la naturaleza del proceso voluntario de la quiebra encontraría apoyo y confirmación en algunos elementos estructurales del juicio de oposición a la sentencia declarativa, a saber:

a) En la legitimación de cualquier interesado a la oposición ya que el fenómeno sería común a los juicios voluntarios (por ej.: la legitimación al impugnar la sentencia de interdicción o de inhabilitación, que es concedida también a los terceros que no participan en juicio).

b) En el efecto de revocación del proveimiento que acepta la oposición, la cual se rebela similar a la reclamación admitida en los procedimientos voluntarios.

c) En el régimen de expensas del juicio de oposición.

No es necesario sin embargo, gastar muchas palabras para poner en evidencia que estas consideraciones, aun cuando fueran exactas, no tienen

---

83 *Il giudizio di oposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, en "Riv. trim. dir. o proc. civ.", 1951, pp. 997 y ss. 1004 y ss.

84 *La natura giuridica del fallimento, Padova*, 1940, p. 24.

85 AZZOLINA, *Il fallimento*, cit., tomo I, pp. 273 y ss., muestra casos en que el interés público de la liquidación y eliminación de los organismos económicos insolventes no existe.

ninguna idoneidad para resolver el fondo de la cuestión tratándose de argumentos de puro contorno, fundada su característica de afinidad y de congruencia de los institutos que no tienen valor unívoco, y a los cuales podrían ser opuestos, muchos otros en sentido contrario.

11. *Como proveimiento ejecutivo.*—Hemos llegado, a través de sucesivas exclusiones, a la última orientación doctrinaria, que reconoce en la sentencia un proveimiento de naturaleza pura ejecutiva, a ella se adhieren AZZOLINA y SEGNI, [86] posición del todo inconciliable con el pensamiento de CARNELUTTI y PROVINCIALI, quienes ven en la sentencia un acto de naturaleza constante, o sólo eventualmente mixta, ya sea de ejecución o de conocimiento. En efecto, el desacuerdo sobre estte segundo aspecto, deja íntegro el valor de los argumentos aducidos, por aquellos autores, al demostrar la naturaleza del proveimiento ejecutivo de la sentencia.

En realidad, la demostración de que la sentencia declarativa no había tenido nunca el contenido propio de los proveimientos jurisdiccionales de conocimiento, ha sido terminantemente rebatida por ANDRIOLI y sería pleonástico renovarla; mientras CARNELUTTI y SEGNI, en trabajos citados extensamente, han demostrado con perspicacia, que tampoco falta en la ejecución una actividad de conocimiento, limitada sin embargo, a fines sólo ejecutivos, es decir, perteneciente a la mera aplicación de normas jurídicas y no al conocimiento de relaciones de derecho substancial. [87]

Observaciones todas, de unos y de otros autores, que tienen su fundamento común en la distinción entre la doble actividad jurisdiccional de conocimiento y de ejecución forzada, según la doctrina de CHIOVENDA de la tutela jurídica, la cual considera el conocimiento como parte normal, primaria, de la actualización del derecho, impuesta por el progresivo transformarse de la tutela, en función pública; mientras ven en la ejecución forzada, la actualización del derecho en base al conocimiento, o sea, la actualización de este último. [88]

Sobre la base de estas premisas es ahora fácil comprender cómo y porqué, la sentencia declarativa de quiebra, es sin duda, un acto jurisdic-

86 *Il fallimento*, cit., tomo I, pp. 270 y ss.; SEGNI, *op. cit.*, p. 269.

87 CARNELUTTI, a *Carattere della sentenza di fallimento*, cit., pp. 164 y 165; SEGNI, *La sentenza dichiarativa*, cit., p. 265.

88 J. CHIOVENDA, *La acción en el sistema de los derechos*, nota 7, en "Ensayos de Derecho Procesal Civil", tomo I, nota 7, pp. 45 y ss.

cional de pura ejecución: ella no reconoce relaciones de derecho substancial sino que partiendo de la constatación que se encuentra en el acto de la insolvencia, aplica las medidas establecidas por la ley para asegurar de modo apropiado la tutela ejecutiva del derecho de los acreedores. Ni se puede decir que aquella constatación anotada constituye una actividad de conocimiento: ya que ella encierra el conocimiento, no del derecho (cuya subsistencia representa un dato dado, que el orden jurídico presupone ya adquirido) sino sólo de su lesión; comprendiendo con esto que invariablemente se demanda a cada órgano ejecutivo.

Por lo demás, ninguna opinión doctrinal ha puesto jamás en duda que en la sentencia declarativa *no* se actualiza— y no deba actualizarse— algún conocimiento de relaciones de derecho substancial entre acreedores y empresario insolvente: la certeza del crédito representa un "prius" lógico insuprimible, al cual está estrechamente subordinada la calificación de la insolvencia. Frente a la falta de certeza del derecho, la investigación sobre la insolvencia debe de tenerse, ya que lo hace un tanto imposible e inútil y por lo general juridicamente irrelevante,

Sin duda, nada puede impedir que en cada ordenamiento positivo, el órgano judicial sea contemporáneamente investido para el conocimiento de la relación de derecho substancial, y de la sentencia de la quiebra: y tenga lugar, en tal hipótesis, el cúmulo en el mismo órgano, de dos funciones jurisdiccionales diversas, las que, no obstante, no cambian su respectiva naturaleza sólo por efecto de esta ocasional concentración. Pero lo que importa considerar es la situación pura, idónea para determinar la declaración de quiebra; dada la existencia de un derecho acreedor cierto, la calidad de empresario comercial del deudor y la insolvencia, no sigue la actuación necesaria de la quiebra.

La declaración de la quiebra no está, según esto, en la aplicación de la norma procesal de acuerdo a la instauración de aquel proceso particular de ejecución forzada de la ley, para tutela de la "par condicio creditorum", substituye a los procesos por la desposesión, previstos por el derecho común: de esta característica esencia deriva a la sentencia su carácter de proveimiento ejecutivo, que obra exclusivamente en el ámbito y con los fines de la ejecución forzada, sin tocar directamente, por sí mismo, alguna relación de derecho substancial, porque su contenido se reduce a establecer que en el caso concreto, debe tener lugar la ejecución acumulativa falimentaria, en lugar de las ejecuciones ordinarias singulares.

Las consideraciones desarrolladas permiten comprender ahora porqué la declaración de quiebra, haya sido y deba ser, considerada un acto

de ejercicio de la jurisdicción sin acción. [89] La quiebra puede y debe ser declarada de oficio en obsequio a la voluntad de la ley que proteje el interés público y general para la realización de la "par condicio"; por eso de la norma que impone al órgano jurisdiccional la declaración de quiebra no hace ningún derecho subjetivo de los acreedores, singulares, y menos del insolvente, para obtener la declaración misma, por crearse, una situación análoga, que constituye efecto reflejo del orden jurídico. [90] Es claro que no puede ser derecho subjetivo, protección específica de un interés particular, donde la ley mira a salvaguardar un interés general de la colectividad, tutelable solo con el sacrificio de los intereses singulares.

CHIOVENDA [91] señala que la acción se concede normalmente para la tutela de un derecho subjetivo, por ello, conviene admitir que en el caso relativo considerado, faltando un derecho subjetivo que tutelar, no existe necesidad de acción, y basta la admisión de una iniciativa característica, como manifestación de aquel poder que la doctrina alemana, con amplia oscilación de significado, califica prevalentemente de *Klagerecht* —derecho de demandar la actividad de los órganos estatales para ventaja propia—, en contraposición al *Anspruch*, que se acerca más al concepto de la *actio* romana —afirmación de un derecho propio contra otro sujeto—. Por la declaración de quiebra no ocurre, por tanto, que el motivo de la acción ponga en movimiento el mecanismo jurisdiccional: ello es directamente solicitado por un mandato de la Ley, indiferente a las iniciativas de los sujetos particulares, porque no es formulado en consideración de los intereses de éstos, sino de un interés social; la jurisdicción se actualiza así, sin acción. Fenómeno que no es raro y excepcional como asegura CRISTOFOLINI y que ha recibido del Derecho italiano un reconocimiento explícito en la disposición civil que expresa: "A la tutela jurisdiccional de los derechos provee la autoridad judicial a demanda de parte y cuando la Ley lo dispone, también a instancia del Ministerio Público o de oficio."

Interesa en este punto, el que la sentencia declarativa de quiebra sea un acto procesal de ejecución forzada. Ya casi, en forma inadvertida,

---

89 El mérito de la primera enunciación de esta importante corresponde a CRISTOFOLINI, *La dichiarazione del propio dissesto nel processo di fallimento*, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1931, I, 321 y 331, al cual se han adherido diversos autores, como ANDRIOLI, citados por Azzolina, *Il fallimento*, cit., tomo I, pp. 274 y ss.

90 Sobre la expresión de efecto reflejo (*Reflexwirkung*, introducida por IHERING) ver FERRARA, *Trattato de Diritto civile italiano*. Roma, 1921, pp. 312 y ss. También COVIELLO, *Manuale de Diritto civile*, Milán, pp. 18 y ss. Anotados uor AZZOLINA, *op.* y *loc. cit.*

91 *La acción en el sistema de los derechos*, loc. cit.

hemos adelantado la calificación de "proveimiento", sobre el que no puede caber duda alguna, tratándose en efecto, de un acto realizado en ejercicio de potestad jurisdiccional, por expresar un mandato relativo al desenvolvimiento de la actividad ejecutiva; y más precisamente, de un acto vinculado, ya que en su cumplimiento el órgano no goza de ninguna discrecionalidad.

Como puede resultar mejor especificado el tipo de tal *proveimiento*, en considerando la bipartición enumerada por CARNELUTTI,[92] el autor italiano que ha aportado al estudio del proceso de ejecución la mayor contribución crítica y sistemática, según el cual, los proveimientos ejecutivos se distinguen en "procesales", destinados solamente a regular el proceso, por ejemplo: el decreto del juez que autoriza el aseguramiento inmediato o que dispone la venta de los muebles; y "materiales", que constituyen el presupuesto de modificaciones en las relaciones jurídicas substanciales necesarias al proceso ejecutivo, por ejemplo: el aseguramiento o el decreto que transfiere al adjudicatario el bien expropiado.

La sentencia declarativa de quiebra es al mismo tiempo proveimiento ejecutivo procesal y material: "procesal", en cuanto contiene disposiciones meramente ordenatorias del proceso ejecutivo, como el nombramiento del *juez delegado* y del *síndico*, la orden al quebrado de depositar el balance y los escritos contables, la asignación del término a los acreedores para la presentación de sus demandas y la fijación de la asamblea para examinar el estado pasivo; "material", ya que a ella se reúnen múltiples y notabilísimos efectos de Derecho substancial dirigidos a hacer posible la realización de los fines del proceso ejecutivo.

Propiamente este complejo de efectos constituye el aspecto dogmático y prácticamente más interesante del instituto falimentario. Importa destacar la justificación de una divergencia conceptual ya subrayada, que le parece inexacto a AZZOLINA[93] el considerar los efectos *mismos*, no como tales, sino como el contenido del acto.

El "contenido" de un acto es, como indica la palabra, aquello que "está dentro" de él; y se contrapone a la "forma", esto es, el modo de aparecer; mientras el contenido es el modo de ser, puede decirse, el conjunto de los elementos estructurales del acto. Así por ejemplo: en un contrato el contenido está constituído por las declaraciones de voluntad de las partes que otorgan su consentimiento, mientras la forma es el modo con que las declaraciones son exteriormente manifestadas. Los efectos

92 Citado por Azzolina, *op. cit.*, tomo I, pp. 275 y ss.

93 *Il fallimento*, cit., tomo I, pp. 276 y ss.

del acto son, al contrario, las modificaciones que se producen en seguida a su cumplimiento, es decir, las diferencias entre la situación jurídica anterior a la posterior al acto: por eso, constituyen el "quid" que está al margen de este último y representan la consecuencia.

Es obvio, por tanto, que si el acto calificado de proveimiento consiste, por definición en el ejercicio de una potestad en la especie: jurisdiccional su contenido está dado por el mandato imperativo que con él se forma, no ya por las modificaciones que en seguida al mandato, se producen en la situación jurídica preexistente.

La tesis opuesta de SEGNI observa que deben "distinguirse, en los actos voluntarios un contenido determinado de la voluntad del que pone en ejercicio el acto; de los efectos que la norma puede atribuir al hecho de que la voluntad sea manifestada" así que: "la citación tiene por contenido la demanda judicial con el consiguiente derecho y obligación de pronunciamiento judicial, la interrupción de la prescripción, la litis-pendencia, son simples efectos de la demanda. Igualmente la condena tiene un contenido bien preciso (aún cuando discutido) y el efecto de constituir normalmente título ejecutivo; la sentencia constitutiva tiene precisamente por contenido la producción de un cambio jurídico de Derecho substancial (o procesal). No existe ningún motivo para concebir diversamente los efectos de la sentencia de quiebra, de los efectos del aseguramiento: unos y otros consisten en el vínculo (general o particular) con relación a determinados bienes del deudor, y constituyen, no los efectos, sino el contenido del acto (sentencia, aseguramiento). Los antes dichos efectos de aseguramiento se derivan de la sentencia de quiebra como contenido de ella, no como simple efecto (en sentido propio) del estado de suspensión de pagos." [94]

Sin embargo, opina AZZOLINA [95] que el paralelo entre la sentencia declarativa y el aseguramiento, debe llevar a SEGNI a una conclusión diversa, pues aunque el contenido del aseguramiento, esté constituído por un mandato (artículo 492 del Código de procedimientos civiles italiano): "el aseguramiento consiste en una imposición que el oficial judicial hace al deudor de abstenerse de cualquier acto dirigido a substraer a la garantía del crédito exactamente indicado, los bienes que se someten al desapoderamiento y los frutos de ellos", y no pueden confundirse con los efectos por ellos producidos, como no es confundible una fuente de luz,

94 Segni, *op. cit.*, pp. 253-254; el mismo punto de vista parece tener SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1948, p. 56, nota 82.

95 *Op.* y *loc. cits.*

con los rayos luminosos que de él derivan. Por otra parte, el mismo SEGNI, había señalado el criterio correcto para la distinción, observando que el contenido del acto voluntario está determinado por la voluntad de quien "le pone en ejecución, mientras los efectos son atribuídos por la norma de ley al hecho de que tal voluntad sea manifestada"; así es también para la sentencia declarativa, en la cual se buscaría en vano otro contenido fuera del mandato, en el que se reconoce, directamente por voluntad constante, inmutable e inderogable de la Ley, los efectos del Derecho substancial considerados necesarios para la consecución de los fines de la ejecución forzada.

Se ha discutido que la sentencia declarativa de quiebra sea o no, de reconocimiento constitutivo. [96] Estando firme la premisa que la sentencia declarativa no es resolución jurisdiccional de conocimiento, se puede sin duda excluir que pueda calificarse constitutiva, en el sentido específico en que CHIOVENDA [97] ha concebido y construído la figura relativa, como resolución de conocimiento de un Derecho potestativo y actualización, de conformidad con la Ley, de la voluntad manifiesta del titular del mismo.

Esto no impide, escribe SEGNI, que la naturaleza de la sentencia declarativa de quiebra no sea diferente "de aquella de todos los otros proveimientos jurisdiccionales que se llaman típicamente constitutivos y sobre todo, de la sentencia constitutiva". [98]

La razón que justifica este punto de vista de SEGNI es que no existe necesidad para nuestro tema, de afrontar la cuestión de la naturaleza de la sentencia constitutiva, ni además de la sentencia de conocimiento, basta afirmar que existen sentencias a las cuales se les reconoce la constitución de un estado jurídico nuevo, no como efecto de la sentencia, sino como contenido de ella. Este autor continúa después, manifestando la opinión —rechazada por AZZOLINA— de que los llamados efectos de la sentencia no son en realidad, sino el contenido de la sentencia misma. Ahora bien, dice AZZOLINA [99] parece preferible referirse a la noción de sentencia constitutiva para poder constatar el fundamento de las observaciones arriba citadas. La sentencia constitutiva, concebida en

---

96 BRUNETTI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 148; NAVARRINI, *Trattato di Diritto fallimentare*, cit. I, 131; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Firenze 1948, p. 140. Según transcribe Azzolina, *op.* y *loc. cits.*

97 *Principios*, cit., pp. 181 y ss.

98 SEGUI, *op. cits.*, pp. 252-253.

99 *Il fallimento*, cit., tomo I, p. 278.

el sentido de CHIOVENDA, que SEGNI *parece aceptar,*[100] tiene por contenido la constitución de una situación jurídica nueva (piénsese en la sentencia que resuelve el contrato, o que declara la separación personal de los cónyuges) en el sentido de la voluntad manifiesta del que tiene el derecho a la modificación jurídica, y que el juez reconoce tutelada por la ley: la sentencia declarativa de quiebra, al contrario, no tiene este contenido. Ella produce un complejo de efectos que integra en su conjunto, a cuanto acaece análogamente, en virtud de la sentencia constitutiva, una situación jurídica nueva (respecto a determinadas relaciones) y esto basta —como explica SEGNI— a hacer "que la naturaleza de la sentencia declarativa de quiebra sea similar a la sentencia constitutiva; pero no justifica la introducción de la primera bajo la figura de la segunda, cuya noción específica y científicamente propia debe quedar limitada a las decisiones jurisdiccionales de conocimiento, en el sentido precisado. No existe en suma, afirma AZZOLINA,[101] sentencia constitutiva donde falte el conocimiento del derecho subjetivo a la modificación jurídica, y ésta no esté dispuesta para la actualización de aquellos fenómenos que ciertamente no se encuentran en la sentencia declarativa de quiebra.

La "comunis opinio" de que ésta última determina un estado jurídico nuevo, se explica simplemente, de modo preciso, como la de la sentencia constitutiva, considerando que la sentencia declarativa es, en virtud de sus efectos, el hecho jurídico que atribuye el nacimiento o el cambio de una pluralidad de relaciones, de las más dispares naturalezas.

Como este fenómeno debe ser definido, vamos a examinarlo. Enseña CARNELUTTI[102] que "la combinación de relaciones jurídicas puede presentarse en dos sentidos: en cuanto más relaciones jurídicas reporten las mismas vicisitudes, o bien por otra parte, en cuanto una relación jurídica constituya el presupuesto de otra. En el primer caso se debería hablar de "relación colectiva," en el segundo de "relación compuesta"; estas denominaciones, sin embargo, corresponden al aspecto del fenómeno según una pura indagación estática, y no son usuales; al primero de los conceptos ahora delineados, se acostumbra dar el nombre de "status jurídicos"; en cuanto al segundo, el nombre más notorio y conveniente es aquel de "calificación jurídica". Más adelante,

100 *Op.* y *loc. cits.*

101 *Il fallimento*, cit., tomo I, p. 278

102 Nota bibliográfica apuntada por Azzolina, *op.* y *loc. cits.*

el mismo autor observa: "Que una relación jurídica nazca, se modifique, se extinga, quiere decir que ocurre un hecho al cual incumbe eficacia constitutiva, modificativa o extintiva de la relación dicha. Que mientras, más relaciones sean combinadas en un *status*, no significa otra cosa, sino que tienen de común el hecho constitutivo, modificativo o extintivo, o en otras palabras, se unifican en la constitución, en la modificación o en la extinción."

Esta construcción dogmática, es aceptada por varios autores. Pero más tarde, el propio CARNELUTTI, indica los ejemplos de los "status" singulares constitutivos (familia, ciudadanía, sociedad), modificativos (herencia) y extintivos, observando respecto a estos últimos: "El ejemplo más notable de los "status" del tercer tipo es el estado de quiebra: en el que un complejo de relaciones jurídicas del fallido deben en ciertas condiciones (insolvencia) y por ciertas razones (par condicio crediterum), ser extintos conjuntamente."

AZZOLINA [103] cree al contrario, que la combinación de relaciones determinadas por la sentencia declarativa de quiebra deba ser encuadrada no bajo el perfil de la relación colectiva o "status jurídico", sino bajo el otro, de la relación compuesta y de la calificación jurídica; según este autor, la afirmación de CARNELUTTI de que la quiebra deba ser considerada un "status", porque en ella, las relaciones están unificadas en vista a su extinción, no está de acuerdo con la realidad: con la quiebra algunas relaciones jurídicas se extinguen, pero otras surgen, por ejemplo, la sujeción a responsabilidad penal del fallido; y otras todavía se modifican.

Por lo tanto nos encontramos no frente a una especie común de relaciones ligadas como sucede verdaderamente en el "status", con el mismo fenómeno constitutivo, modificativo o extintivo; sino frente a una relación compuesta, en la que la relación de quiebra constituye el presupuesto de las otras relaciones, entendida la relación de quiebra como la sujeción del insolvente a la responsabilidad ejecutiva falimentaria.

Es ésta la relación "calificante", mientras que las relaciones que en ella tienen su presupuesto necesario son las consideradas "calificadas". [104]

AZZOLINA [105] concluye estimando que la sentencia declarativa de quiebra es un proveimiento ejecutivo material y procesal, con el cual el

---

103 *Il fallimento, cit.*, tomo I, pp. 279 y 280.

104 Carnelutti, *op. cit.*, pp. 170-171.

105 *Il fallimento*, cit., I, pp. 280 y 281.

órgano competente del Estado, en ejercicio de la potestad jurisdiccional, ordena la actualización del proceso ejecutivo falimentario en los cotejos del empresario comercial insolvente, imponiéndole una relación particular de sujeción, destinada a calificar todas las otras relaciones que se refieren al sujeto e interesan a los fines de la ejecución forzada.

BIBLIOGRAFIA

Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO.—*Proceso, Autocomposición y Autodefensa.* México, 1947.

Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO y Ricardo LEVENE.—*Derecho Procesal Penal.* Buenos Aires, 1945.

Umberto AZZOLINA.—*Il Fallimento.* Turín, 1953.

Umberto AZZOLINA.—*Natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento.* Revista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obligazioni. Annata XLVII — Nos. 9-10. Sept.-oct. 1948. Milano, Italia.

Antonio BRUNETTI.—*Tratado de Quiebras.* Trad. de Joaquín Rodríguez Rodríguez. México, 1945.

Piero CALAMANDREI.—*Instituciones de Derecho Procesal Civil.* Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, 1943.

Aurelio CANDIAN.—*Il Processo di Fallimento —Programma di un Corso—.* Padova. Cedam, 1934.

Francisco CARNELUTTI.—*Sistema de Derecho Procesal Civil.* Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, 1944.

José CHIOVENDA.—*Ensayos de Derecho Procesal Civil.* Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, 1949.

José CHIOVENDA.—*Instituciones de Derecho Procesal Civil.* Trad. de Emilio Gómez Orbaneja. Madrid, 1936-1940.

José CHIOVENDA.—*Principios de Derecho Procesal Civil.* Trad. de José Casais y Santaló. Madrid, 1922-1925.

Carlo D'AVACK.—*La natura giuridica del fallimento.* Padova, 1940.

Rafael DE PINA y José CASTILLO LARRAÑAGA—.*Instituciones de Derecho Procesal Civil.* 1a. ed. México, 1946.

Manuel DE LA PLAZA.—*Derecho Procesal Civil Español.* Madrid, 1943.

Sebastiano DI MARCO.—*La sentenza dichiarativa delle state d'insolvenza nella liquidazione coatta. Il diritto fallimentare e della società commerciali.* Rivista di dottrina e giurisprudenza. Annata XXVIII — Nos. 3-4, Maggio-Agosto 1953, Milán, Italia.

Paolo D'ONOFRIO.—*Lecciones de Derecho Procesal Civil.* Trad. de José Becerra Bautista. México, 1945.

León DUGUIT.—*Manual de Derecho Constitucional.* Trad. de José G. Acuña. Madrid, 1921.

Fernando FLORES GARCÍA.—*Apuntamientos de Derecho Procesal Civil* (versión mimeográfica). México, 1954.

Gabino FRAGA.—*Derecho Administrativo.* 4a. ed. México, 1948.

James GOLDSCHMIDT.—*Derecho Procesal Civil.* Trad. de Leonardo Prieto Castro. Barcelona, 1936.

W. KISCH.—*Elementos de Derecho Procesal Civil.* Trad. de Leonardo Prieto Castro. Madrid, 1940.

Adolfo MALDONADO.—*Derecho Procesal Civil.* México, 1947.

Luis MATTIROLO.—*Tratado de Derecho Judicial Civil.* Trad. de Ricardo Garrido Juan. Madrid, 1936.

Humberto NAVARRINI.—*La Quiebra.* Trad. y notas por Francisco Hernández Borondo. Madrid, 1943.

Saverio NISIO.—*I liniamenti processuali del fallimento.* Padova, 1931..

Eduardo PALLARES.—*Diccionario de Derecho Procesal Civil.* México, 1952.

Ugo ROCCO.—*Derecho Procesal Civil.* Trad. de Felipe de J. Tena. México, 1944.

Salvador SATTA.—*Instituciones del Derecho de Quiebra.* Buenos Aires, 1951.