

**LOS FUNDAMENTOS DE LA SUSPENSIÓN DE PAGOS
COMO PRESUPUESTOS DETERMINANTES DE LOS
PERFILES DEL CONVENIO PREVENTIVO (II)**

Jorge López Curbelo

Profesor de Derecho Mercantil.

Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

SUMARIO:

- I. EL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS COMO ESTADO PRELIMINAR DE LA QUIEBRA
 - 1.1 Planteamiento
 - 1.2 Las causas determinantes del procedimiento de suspensión de pagos y de la quiebra
 - 1.3 Distinta finalidad
 - 1.4 La suspensión de pagos como una nueva situación de derecho
- II. EL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS COMO UN PROCEDIMIENTO ENCUADRABLE DENTRO DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA
 - 2.1 Consideraciones preliminares
 - 2.2 Noción de la jurisdicción voluntaria
 - 2.2.1 *Doctrina extranjera*
 - 2.2.2 *Doctrina española*
 - 2.3 El problema del encuadramiento de la suspensión de pagos dentro de la jurisdicción contenciosa o dentro de la jurisdicción voluntaria
 - 2.3.1 *Tesis favorable a la catalogación de la suspensión de pagos dentro de la jurisdicción contenciosa*
 - 2.3.2 *Tesis favorable al encuadramiento de la suspensión de pagos dentro de la jurisdicción voluntaria*
 - 2.4 Consideraciones finales
 - 2.4.1 *Proceso y procedimiento*
 - 2.4.2 *Proceso de jurisdicción contenciosa y procedimiento judicial en la Ley de Suspensión de Pagos*
 - 2.4.3 *El procedimiento judicial para la obtención del convenio regulado en la Ley de Suspensión de Pagos no puede catalogarse dentro de la jurisdicción contenciosa*
 - 2.4.4 *Posición del Tribunal Supremo*
 - 2.4.5 *El convenio preventivo y la jurisdicción voluntaria*

I. EL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS COMO ESTADO PRELIMINAR DE LA QUIEBRA

1.1 Planteamiento

Cierto sector doctrinal¹ ha querido ver en el procedimiento de suspensión de pagos un procedimiento prácticamente afín al de la quiebra, en el sentido de que se trata de dos instituciones absolutamente paralelas, que arrancan de un mismo fenómeno económico, cual es, la insolvencia del deudor, y que únicamente se diferencian en el trámite y en la solución. De esta orientación ya se hacía eco el Tribunal Supremo en una antigua Sentencia de 4 de marzo de 1.929, en la que advertía, entre otras

¹ Vid. por todos TORRES DE CRUELLES, *La suspensión...*, cit., p. 115.

cosas que, “los procedimientos de suspensión de pagos y quiebra se hallan íntimamente relacionados por la unidad del fin, cual es el de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los empresarios, por la identidad de causa y materia justiciable, o sea la insolvencia del suspenso o del quebrado, origen y razón de ser de ambos procesos y por la común eficacia procesal probatoria que en las repetidas actuaciones ejercen los elementos informativos aportados”.

1.2 Las causas determinantes del procedimiento de suspensión de pagos y de la quiebra

A poco que profundicemos en la investigación de la causa determinante del estado de quiebra, pronto observaremos que tal paralelismo entre suspensión y quiebra no resulta tan diáfano como algunos pretenden demostrar. Existe entre ambos estados un denominador común, dado que tanto la suspensión como la quiebra son medios de solucionar la situación económica anormal del empresario, o como se diría con una terminología más acorde con los tiempos actuales, se intentaría con ambos procedimientos tratar la situación de crisis económica del empresario social o individual.

Ahora bien, si dejamos a un lado este denominador común relativo a la anormalidad del empresario en el cumplimiento de sus obligaciones, no encontraremos muchos más puntos en los que ambas instituciones puedan ser equiparadas, ya que la causa y la finalidad de estos institutos son distintas.

Desde antiguo, nuestra Jurisprudencia viene insistiendo en las diferencias, que por razón de la causa, separan a la suspensión y a la quiebra. Unas veces, advirtiendo que la primera (la suspensión) se equipara a un estado preliminar a la quiebra; otras veces, señalando que la suspensión de pagos constituye un estado intermedio entre la condición normal del comerciante que cumple con regularidad sus compromisos y la posición del que se encuentra imposibilitado para satisfacer todas sus deudas.

Y es evidente que no puede ser de otra manera por cuanto que, el dato económico que precede o es causa de la quiebra es, entre nosotros, la insolvencia (que por antonomasia es insolvencia definitiva) del deudor frente al cual concurren varios acreedores. Así se infiere claramente del párrafo primero del artículo 876 del Código de Comercio al exigir que “del embargo no resulten bienes libres bastantes para el pago” y el párrafo segundo del propio precepto lo supone al referirse al comerciante que “ha sobreseído de una manera general en el pago corriente de sus obligaciones”. Hay que tener en cuenta que la Exposición de Motivos del Código de Comercio sitúa el sobreseimiento o cesación en los pagos en la insolvencia definitiva².

² Vid. en este sentido RAMÍREZ, *Derecho concursal español. La quiebra*, I, Barcelona, 1.959, pp. 299 y 300, quien, además, nos recuerda que: “El hecho de que, según el artículo 874 del Código de Comercio, se considera en estado de quiebra al comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones, no altera ni desfigura el hecho incuestionable de que, entre nosotros, la quiebra es la insolvencia definitiva, o sea, la insuficiencia del activo para el pago del pasivo. Decir, como dice el precepto, “se con-

En cambio, la suspensión de pagos debe tener su causa en una situación de iliquidez, que implica que el activo sea igual o superior al pasivo, aunque la generosidad del legislador del año 1922 ha permitido también que se acojan a este beneficio los comerciantes que se encuentren en estado de insolvencia definitiva³ (sic); enturbiando la claridad de los conceptos jurídicos⁴. De esta forma, en la práctica se permite que una situación que técnicamente podría dar lugar a una quiebra se resuelva con la posibilidad de que se declare el estado jurídico de suspensión de pagos⁵.

La suspensión de pagos, en puridad técnica, debe implicar solvencia y se declara a petición de un empresario solvente y que prevé la imposibilidad de satisfacer sus deudas a sus respectivos vencimientos⁶. Por tal razón se sigue insistiendo desde muchos sectores en que de acuerdo con nuestros precedentes históricos el beneficio de la suspensión de pagos requiere dos supuestos de hecho esenciales: a) Que el deudor posea bienes suficientes para cubrir todas sus deudas o todo su pasivo, como exigen los artículos 870 y 871 del Código de Comercio, pues de lo contrario se hallará en situación de quiebra propiamente dicha o de insolvencia definitiva. b) Que deduzca su solicitud al respecto cuando prevea que por causas ajenas a su voluntad no podrá cumplir sus obligaciones en sus respectivos vencimientos⁷.

sidera", es tanto como decir "se presume" o "se presupone". Otra cosa sería si el precepto dijera, por ejemplo: "Se halla en estado de quiebra el comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones". Pero el precepto no dice que la quiebra sea el sobreseimiento, sino que se presume o presupone la quiebra cuando hay sobreseimiento. El sobreseimiento, pues, no es la quiebra, sino la revelación, manifestación o exteriorización de su existencia. Consiguientemente, si el sobreseimiento presupone la quiebra, ésta no puede confundirse con aquél, que es anterior al mismo sobreseimiento.

3 Cfr. en este mismo artículo nuestras observaciones anteriores acerca del concepto de insolvencia en el epígrafe relativo a la suspensión de pagos entendida como beneficio legal para el deudor empresario.

4 Por esta razón el párrafo noveno del artículo 8 de la Ley especial dispone que: "En el propio auto declarará el Juez, si por ser el activo superior o igual al pasivo, debe considerarse al suspenso en estado de insolvencia provisional, o si, por ser inferior, debe conceptuársele en estado de insolvencia definitiva. En este último caso, determinará la cantidad en que el pasivo exceda del activo, concederá al deudor un plazo de quince días para que él o persona en su nombre consigne o afiance a satisfacción del Juez dicha diferencia para que pase a ser insolvencia definitiva...".

5 Sin embargo, tal situación entraña serios y graves riesgos para la persona del deudor empresario, pues, al amparo del párrafo primero del artículo 10 de la Ley especial los acreedores que representen los dos quintos del total pasivo pueden solicitar que se sobresea el expediente o que se declare la quiebra; opción esta última que a buen seguro cuenta con más probabilidades de verificarse. Además, aún poseen los acreedores varias vías más para dar término al procedimiento de suspensión de pagos: la que les reconoce el artículo 13-4.^o por falta de quorum y la falta de mayoría necesaria para la aprobación del convenio. Y todo ello sin olvidar la formación de la pieza separada de depuración de las responsabilidades en que haya podido incurrir el suspenso, que se reconoce en el artículo 20 de la Ley de Suspensión de Pagos. De ahí que muchas de las críticas formuladas a esta Ley especial sean en realidad críticas que tienen como base la admisibilidad de la insolvencia definitiva (sic); razón por la cual ha sido calificada de mecanismo dilatorio del derecho de los acreedores. Vid. en este sentido, MONTES REYES, "La suspensión de pagos y los contratos de tracto sucesivo", R.G.D., 1.978, p. 448.

6 Así, GARRIGUES, "Derecho de las quiebras y de las suspensiones de pagos", Revista de Derecho Privado, 1.940, p. 187.

7 Así, MOLINA, "Procedimiento de suspensión de pagos (Consideraciones generales)", Revista de Derecho Privado, 1.956, p. 813, quien añade que "si aplicásemos a rajatabla estos criterios veríamos en todos los Juzgados españoles disminuir los llamados expedientes de suspensión de pagos hasta el punto de poder afirmar, sin temor a equivocarnos, que, como tales, sólo se tramitarían los expedientes de suspensión de pagos y habrían dejado de encubrirse verdaderas situaciones de quiebras, en ocasiones fraudulentas".

Suspender pagos no es lo mismo que cesar. Lo primero es algo momentáneo, provisional, diferente de la cesación, que es definitiva; la suspensión supone la posibilidad de atender al cumplimiento íntegro de las obligaciones, si se concede al deudor un aplazamiento; la quiebra lleva implícita la suposición de que no puede el fallido cumplir con sus compromisos con la misma integridad⁸. Y como puede declararse a solicitud de cualquier acreedor legítimo⁹, y los acreedores no tienen acceso a la contabilidad de su deudor mientras éste no sea declarado en quiebra, es preciso demostrar la insolvencia por algún síntoma o hecho concluyente.

1.3 Distinta finalidad

Este segundo aspecto es el que más propiamente revela las diferencias entre ambas instituciones.

La esencia del procedimiento de suspensión de pagos fluye hacia la celebración de un convenio entre el empresario y sus acreedores, siendo la proposición del empresario en su primitiva petición procedimental una mera fórmula para iniciar el auténtico y real convenio final en la Junta de acreedores.

La quiebra, en cambio, como sabemos, es básicamente un procedimiento de ejecución que tiene por objeto repartir todos los bienes de un deudor empresario, entre todos sus diversos acreedores. La diferencia entre suspensión de pagos y quiebra la resume la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1.985 al decir que: "Son evidentes los distintos presupuestos y efectos entre la suspensión de pagos y la quiebra, tipos ambos de los juicios concursales, como diversa es también su finalidad, pues el segundo persigue la ejecución general sobre el patrimonio del deudor mientras que el primero se encamina obtener un convenio entre el empresario y sus acreedores...con espera para el pagos de sus deudas e incluso de quita o remisión parcial de los créditos"¹⁰. La posibilidad de obtención de un convenio en la quiebra debe ser siempre una solución residual o, en el mejor de los casos, meramente excepcional, ya que los acreedores cuentan siempre con la posibilidad de la liquidación de todo el patrimonio del quebrado.

1.4 La suspensión de pagos como una nueva situación de derecho

Habrà que concluir que la suspensión de pagos presupone una nueva situación de derecho, o "status" jurídico del empresario y sus bienes, a tenor de lo dispuesto

8 Así, FERRER MARTÍN, "Naturaleza jurídica de la suspensión de pagos", Revista de Derecho Mercantil, 1963, p.104.

9 Dispone el artículo 875 del Código de Comercio que: "Procederá la declaración de quiebra: 1. Cuando la pida el mismo quebrado. 2. A solicitud fundada de acreedor legítimo".

10 Son muchísimas las resoluciones judiciales de igual o parecido tenor, sobre todo, en el ámbito de las sentencias dictadas en las Audiencias, como ocurre, entre otras muchas, con la de la Audiencia de Barcelona de 20 de mayo de 1.988 al decir que: "La suspensión de pagos trata de evitar la liquidación forzosa y total de un patrimonio y que se llegue a la declaración de quiebra. Ésta última implica precisamente lo contrario y por eso la suspensión se establece fundamentalmente en beneficio del deudor y tiende a obtener la aprobación de un convenio entre los acreedores y el suspenso".

en el artículo 870 del Código de Comercio, que desde el punto de vista jurídico y económico es un estado preliminar, preservativo, anterior y preferente a la quiebra, con el fin de evitar el demérito, la depreciación de los bienes y la ruina del empresario, como desde antiguo reconocen las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1.933 y 16 de febrero de 1.935.

En palabras de GARRIGUES¹¹, “la Ley especial ha venido, por tanto, a establecer con el rótulo equívoco de “suspensión de pagos” no una “quiebra abreviada”, como suele decirse, sino más bien un procedimiento judicial en el que la suspensión de pagos no es sino el medio para llegar a un convenio preventivo de la quiebra.”

La suspensión de pagos es un procedimiento concursal que coincide con la quiebra en el presupuesto subjetivo, es decir, la necesaria condición de empresario individual, sociedad mercantil o cooperativa para solicitarla y obtenerla del Juez. Y, desde ese punto de vista, también mantiene un denominador común con la quiebra, que es el hecho de que ambos procedimientos intentan buscar una solución a los estados de anormalidad de los empresarios en el cumplimiento de sus obligaciones.

Al margen de estas concomitancias, suspensión de pagos y quiebra obedecen a causas y finalidades completamente dispares. Así lo ha proclamado la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1.984 al advertir que: “La suspensión de pagos y la quiebra responden a unos procedimientos judiciales distintos e incluso incompatibles entre sí, porque la primera tiene como causa la insolvencia provisional o relativa del deudor, cuya finalidad es tratar de conseguir un acuerdo de los acreedores con el empresario que permita restablecer la normalidad en los pagos, mientras que el procedimiento de la quiebra tiene como causa la insolvencia definitiva y su finalidad, en su condición de ejecución colectiva, no es sino la liquidación y reparto del patrimonio del empresario entre sus acreedores. La autonomía e independencia de las figuras no impide que, como frecuentemente sucede, la suspensión preceda a la quiebra y entonces, según el sentido de la vigente Ley de 1.922, aquélla tiene como fin el de facilitar la celebración de un convenio preventivo de la quiebra, diciéndose en el artículo 9 de la misma Ley que produce el efecto fundamental de eliminar la posibilidad de que se declare la quiebra, viniendo a ser un estado preliminar que precisamente trata de evitar el procedimiento de la quiebra”.

Ahora bien, en la práctica la suspensión de pagos se ha convertido en el procedimiento concursal mercantil general, tal como demuestran las estadísticas¹² y la quiebra en el procedimiento residual; precisamente por el carácter preliminar y preventivo de la quiebra que, necesariamente, hay que reconocerle a la suspensión de pagos.

11 Vid. GARRIGUES, “Curso...”, II, cit., p. 483.

12 En este sentido, VICENT CHULIÁ, *Compendio...*, II, cit., p. 908.

II. EL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS COMO UN PROCEDIMIENTO ENCUADRABLE DENTRO DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

2.1 Consideraciones preliminares

Resulta necesario abordar la problemática relativa a si el procedimiento de suspensión de pagos debe ser incardinado dentro de la jurisdicción voluntaria o bien, en su caso, dentro del ámbito de la jurisdicción contenciosa.

No pretendemos entrar en el debate todavía abierto y, por cierto, extraordinariamente complejo acerca de la naturaleza de ambos tipos de jurisdicción y la distinción entre ellas, debido a un doble orden de consideraciones. En primer término, porque se trata de un tema de difícil tratamiento en el que existen grandes vacilaciones de la doctrina procesalista, que son producto de la zona muy confusa en que se desenvuelve. De otro lado, y como consecuencia de lo anterior, porque ello nos alejaría enormemente de la cuestión central del trabajo que venimos desarrollando, sin que nos aportara nada práctico o aprovechable a nuestros fines.

Sin embargo, sí es oportuno realizar unas reflexiones acerca del significado de la jurisdicción voluntaria, ya que es una cuestión que afecta a la esencia misma del procedimiento de suspensión de pagos y, por ende, a la del convenio que dicho procedimiento tiene como objeto.

El alcance jurídico de este examen recobra especial significación si nos interrogamos acerca de problemas tales como, por ejemplo, la naturaleza de los plazos de la Ley especial, pues no es igual el cómputo de los plazos procesales propios de la jurisdicción contenciosa y el que corresponde a las actuaciones de la jurisdicción voluntaria. También es necesario saber si en este procedimiento se deduce alguna pretensión o hay ausencia de ella o si existen partes procesales propiamente dichas o se carece de las mismas. Estas y otras cuestiones guardan estrecha relación con la celebración del convenio y su naturaleza jurídica, pues no debemos incurrir en el error de abstraer la institución del convenio preventivo del procedimiento que lo envuelve y en cuyo ámbito se desarrolla.

2.2 Noción de la jurisdicción voluntaria

2.2.1 Doctrina extranjera

En la doctrina extranjera merece especial atención la postura defendida por CARNELUTTI¹³. Según este tratadista, la jurisdicción voluntaria se caracteriza, en realidad,

13 Vid. CARNELUTTI, *Sistema de Derecho procesal civil*, I, tr. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1.944, pp. 278-283, en donde afirma existe una identidad funcional entre la hipótesis de la jurisdicción voluntaria y la de un proceso contencioso sin litigio, pues la diferencia se reduce a la estructura, y no tiene otra razón de ser que la de la gravedad del efecto jurídico que se debe constituir: cuando esta excepcional gravedad se produzca, la comprobación tendrá lugar mediante las formas de la jurisdicción contenciosa, prescindiendo de la existencia de litigio. De este

por la falta de elementos formales del litigio, ya que el nombre (jurisdicción voluntaria) alude más bien a la falta de una pugna de voluntades, que a la de la pugna de intereses. Lo que ocurre es que la intervención del Juez no obstante la falta del litigio, se explica por la conveniencia de una comprobación segura de los presupuestos de efectos jurídicos determinados, de tal modo que éstos no se produzcan sin dicha intervención. De lo que se trata es de vigilar o de comprobar la actividad jurídica de los particulares en algunos casos en que la cualidad del sujeto, o la estructura o la función del acto, hagan más grave el peligro de un mal uso de aquélla. Para este autor la vigilancia o comprobación a que venimos haciendo referencia es completamente análoga a la que, por ejemplo, ejercita el Estado en materia de higiene o de orden público, ya que el fin es idéntico, aunque la materia sea diversa.

En la jurisdicción voluntaria el Juez actúa para la satisfacción de un interés público, que tiene por objeto la buena administración de los intereses privados¹⁴, siendo dicho objeto muy distinto del interés en la composición del litigio. La actuación del Juez puede quedar resumida añadiendo que lo hace junto al interesado o a su representante, y no en medio de dos contendientes. Las formas de esta intervención son diferentes; pero se resumen todas en una participación del Juez, de varias maneras, en el acto jurídico.

Entre los muchos supuestos que cita este autor como característicos de la jurisdicción voluntaria habría que destacar aquellos casos en que el Juez interviene posteriormente a la formación del acto, y siempre para constituir una condición de eficacia del mismo, mediante la homologación (aprobación sucesiva). Así ocurre, por ejemplo, con la homologación de concordato en la quiebra o la homologación del concordato preventivo. En todos estos casos el Juez actúa en función del ejercicio de un derecho subjetivo, hasta el extremo de que podría decirse que actúa como parte y como Juez. Con ello no se desea afirmar que el conflicto de intereses sea extraño a la función de la jurisdicción voluntaria: al contrario, precisamente porque ésta tiene por fin la participación o la vigilancia de la autoridad judicial en el ejercicio de los derechos subjetivos o, en general, de los poderes jurídicos, y como la noción misma

modo, se obtiene el mismo efecto jurídico mediante el ejercicio de la jurisdicción voluntaria o mediante el de la jurisdicción contenciosa, en razón a la falta o a la existencia de disenso entre los interesados acerca del efecto jurídico que se deba determinar, y de ahí que se prevea la conversión del procedimiento voluntario en contencioso, precisamente para cuando el disenso se produzca: así, la eficacia del concordato en la quiebra se obtiene mediante un procedimiento de homologación, si no hay acreedores discrepantes, y por el contrario, mediante un proceso de acercamiento constitutivo, si surgen oposiciones en aquel procedimiento.

14 También defiende SATTÁ que el objeto de la jurisdicción voluntaria es la tutela del interés privado y explica que hay supuestos, como la curatela, la tutela, las autorizaciones de actos y las homologaciones en los que el ordenamiento prescribe sustituciones e integraciones. En estos casos, advierte este tratadista, el ordenamiento no se agota con el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, sino que positivamente interviene para asegurar la propia realización, insertándose en el proceso formativo de la voluntad. Y todo esto se realiza por medio de los órganos de la jurisdicción voluntaria, que son judiciales porque se trata siempre de posiciones particulares de los sujetos y, por consiguiente, es a los Jueces a quienes debe ser confiada. Vid. SATTÁ, "Jurisdicción" en *Ensayos Críticos, Derecho Procesal Civil*, III, Buenos Aires, 1.971, pp. 295 y ss.

de derecho subjetivo o, en general, de poder jurídico supone el conflicto de intereses, éste es un presupuesto, tanto de la jurisdicción voluntaria, como de la contenciosa. Pero difiere la finalidad de la intervención del Juez, el cual, en materia voluntaria, interviene para la mejor tutela del interés en conflicto, mientras en materia contenciosa lo hace para la composición del conflicto.

No han faltado, tampoco, quienes han construido la teoría de la jurisdicción en torno a la idea o criterio de la independencia e imparcialidad judicial¹⁵. De tal suerte que se afirma que donde hay un proceso e interviene un Juez como órgano imparcial e institucionalmente indiferente, allí hay jurisdicción y como en la jurisdicción voluntaria el Juez es independiente e imparcial, la jurisdicción voluntaria debe ser reputada actividad jurisdiccional. Dicha jurisdicción se caracteriza por su eficacia constitutiva, de manera que el Juez no actúa una voluntad de ley a favor de una parte contra la otra, sino que da vida a las condiciones para la producción de un determinado efecto jurídico, condiciones indicadas en abstracto por la Ley o establecidas por el legislador en consideración a intereses superiores, tales como, por ejemplo, el interés en la certeza de las relaciones.

Hay también quien ha querido ver en la jurisdicción voluntaria no una actividad jurisdiccional sino una actividad administrativa. Según esta tesis¹⁶, en la jurisdicción voluntaria falta el elemento de sustitución que se encuentra en todas las providencias jurisdiccionales y que consiste en el cumplimiento subsidiario por parte del Juez de una actividad que en primer término habrían debido cumplir las partes. Según tal idea, en la jurisdicción voluntaria el Juez obraría siempre a base de preceptos dirigidos a él por la Ley, que le impone tomar parte en la constitución o desarrollo de relaciones jurídicas que tienen lugar entre particulares, para producir dentro de tales relaciones efectos que por la voluntad del legislador la sola actividad de los particulares no podría producir; de manera que la actividad del Juez tiene siempre en el ejercicio de esta Jurisdicción un carácter de necesidad (en contraposición a la actividad propiamente jurisdiccional que es siempre un medio subsidiario de actuación del derecho), en cuanto ciertas relaciones jurídicas de la vida privada no pueden surgir y perfeccionarse sino con la cooperación de esta actividad.

Más recientemente se ha vuelto nuevamente sobre la idea según la cual los actos que integran la jurisdicción voluntaria no tienen naturaleza jurisdiccional sino administrativa. Según esta doctrina, el problema de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria ha de resolverse con criterio normativo. Se afirma que la cosa juzgada es el

15 Vid. en este sentido MICHELI, "Revisión de la noción de jurisdicción voluntaria" en *Estudios de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1.970, pp. 9 y ss., quien además sostiene que cuando el Juez interviene en la jurisdicción voluntaria no lo hace porque la violación de un cierto interés suponga un sacrificio de un interés del cual es titular directo e inmediato el Juez, sino porque, como ocurre en el proceso contencioso, debe asegurarse la observancia de la Ley que reconoce y tutela dicho interés y añade que en materia de jurisdicción voluntaria, como en el proceso contencioso, el Juez persigue un determinado fin, en cuanto una norma se lo prescribe.

16 Cfr. CALAMANDREI, "Límites entre Jurisdicción y Administración en la sentencia civil" en *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1.945, pp. 19 y ss.

efecto de la jurisdicción y lo que la define y que este efecto no se da en los actos de jurisdicción voluntaria. La resolución constitutiva del acto de jurisdicción voluntaria, debe estar condicionada a la real existencia de los presupuestos, en mérito o en rito, de los que depende su emisión¹⁷.

2.2.2 Doctrina española

La postura clásica española sostenía que era jurisdicción voluntaria¹⁸ la que se ejercía por el Juez en todos los actos en que por su naturaleza, por el estado de las cosas o por voluntad de las partes no había contienda, cuestión o litigio. De esto se deducía que la jurisdicción voluntaria se ejercía no "inter invitos", sino "inter volentes", es decir, a solicitud de una sola parte a quien interesaba la práctica de alguna diligencia judicial, o entre varias personas que, hallándose de acuerdo en sus respectivas pretensiones, buscaban el ministerio del Juez para imprimirles en sello de autenticidad¹⁹.

Esta tesis clásica tiene su traducción legislativa en el artículo 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece que: "Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas".

Tampoco han faltado, entre nosotros, autores que han completado esta tesis clásica. De este modo, han sostenido que los actos de jurisdicción voluntaria están caracterizados por dos notas que a todos comprenden; una, la de proteger y asegurar los derechos privados de los particulares ejerciendo una especie de administración del derecho privado²⁰; otra, la inexistencia de dos partes contrapuestas. En este

17 Vid. en este sentido ALLORIO, "Ensayo polémico sobre la jurisdicción voluntaria" en *Problemas de Derecho procesal*, II, Buenos Aires, 1.963, pp. 3 y ss.

18 El concepto de jurisdicción voluntaria procede del Derecho Romano, donde era conocida como "iurisdictio voluntaria". En este Derecho únicamente cubría aquellos casos en que las partes, puestas de acuerdo, entablaban y seguían un proceso ante el magistrado con una finalidad negocial, como era el caso, por ejemplo, de la "in iure cessio". La denominación de jurisdicción voluntaria ha sobrevivido también en otros sistemas jurídicos modernos. Vid. en este sentido PRIETO-CASTRO, *Derecho de Tribunales*, Navarra, 1.986, p. 154.

19 Vid. en este sentido MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, 6ª ed. (Rev. por Rafael García Valdés), Madrid, 1.943, p. 48, que, además, advertía que: "Aun cuando en muchos casos puedan encontrarse en armonía las voluntades e intereses de las partes, no por eso puede decirse que la sentencia o decisión dada en una materia sujeta a litigio, deja de pertenecer a la jurisdicción contenciosa, puesto que existe ésta siempre que hay poder o facultad para obligar a una de las partes a que haga o deje de hacer los que la otra reclama de ella. Mas no sucede lo mismo en cuanto a la jurisdicción voluntaria; los actos que son objeto de ésta pueden pasar y pasan con frecuencia al dominio de la contenciosa, lo cual sucede siempre que se presenta alguno a combatirlos. Desde el momento en que esto ocurra, deben sustanciarse con arreglo a los trámites establecidos para el juicio a que correspondan".

20 Así, GIMENO GAMARRA, para quien el fin inmediato de los actos de jurisdicción voluntaria es la tutela de los derechos de los particulares en ciertos casos en que se considera necesario por no estar los interesados en condiciones de defenderlos por sí mismos y existir el peligro de que sus derechos sean lesionados. Esta finalidad es lo que diferencia la jurisdicción voluntaria de la generalidad de los actos administrativos, ya que éstos tienden a cumplimiento de fines de interés general y si a veces protegen también los derechos de los particulares, lo hacen de un modo indirecto, sin que ésta sea su finalidad específica. Vid. GIMENO GAMARRA, "Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria", *Anuario de Derecho Civil*, 1.963, enero-junio, pp. 5 y ss.

sentido se afirma que para que exista un acto de jurisdicción voluntaria es preciso que en él no se de una dualidad de partes contrapuestas, sino que han de ser diversos interesados que proceden de acuerdo o uno sólo que pida la actuación de que se trate, pero sin formular ninguna pretensión contra o frente a otra persona, porque en este caso, aunque se persiga la finalidad de proteger o asegurar un derecho, el negocio sería de jurisdicción voluntaria.

Para DE LA PLAZA²¹ las vacilaciones de la doctrina son consecuencia del punto de vista que se adopte para buscar una definición de esa actividad, en la zona, todavía muy confusa en que se desenvuelve; pero sostiene que predomina la tesis de que no se trata de una actividad jurisdiccional, sino administrativa²², que cumple una función más social que jurídica, “estricto sensu”, y que frecuentemente adopta un matiz legitimador, sin que por ello pueda sostenerse que esta última nota baste para basar sobre ella una diferencia tajante entre las funciones legislativas, las administrativas y las legitimadoras.

Como quiera que estamos ante una actividad administrativa y no jurisdiccional, no se puede hablar en este caso de proceso, sino de procedimiento judicial por estar aquella actividad encomendada a los jueces²³.

Es indudable que la heterogeneidad de los procedimientos que se comprenden bajo la denominación de jurisdicción voluntaria es la mayor dificultad para llegar a una conclusión definitiva sobre lo que en realidad es esta jurisdicción²⁴.

La evidente disparidad de los actos de jurisdicción voluntaria no permite, por otra parte, una consideración unitaria de los mismos. Por esta razón han sido numerosos los autores que han preferido orientar sus esfuerzos hacia la realización de clasificaciones más o menos amplias o complejas, tratando de albergar en su seno todos los tipos de actos propios de la jurisdicción voluntaria²⁵. Sin embargo, la incalculable

21 Cfr. DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil español*, II, Madrid, 1.955 p. 711.

22 En este sentido afirma GUASP que la división de la jurisdicción ordinaria en contenciosa y voluntaria no contiene dos términos de clasificación verdaderamente congruentes puesto que, no consideramos a la llamada jurisdicción voluntaria como una verdadera actividad jurisdiccional sino como una actividad administrativa que por razones de varia índole se confía a órganos judiciales. Vid. GUASP. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Madrid, 1.943, pp. 277 y 278.

23 Es decir, que aun siendo una función sustancialmente administrativa, subjetivamente es ejercitada por órganos judiciales. Sin embargo, a pesar de lo dicho, el Derecho procesal civil tienen que ocuparse de esta materia por varias razones: a) por venir principalmente regulada en el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil; b) porque puede adoptar formas y hasta producir efectos en todo análogos a los del proceso; c) porque la línea divisoria que la separa de la jurisdicción contenciosa es sumamente imprecisa y no coincide en modo alguno con la trazada por el propio legislador. Por todas estas razones GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA entienden que la delimitación entre ambas clases de jurisdicción tiene gran interés práctico, pues es completamente distinto el tratamiento de los actos de una y otra jurisdicción. Vid. GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, 1.976, pp. 58 y 59.

24 Cfr. GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*, Navarra, 1.989, p. 62.

25 Así, entre las muchas clasificaciones que ofrece la doctrina patria cabe destacar aquella que distingue entre: a) Actos constitutivos, que pueden tener carácter necesario (adopción) o simplemente supleto-

serie de actos que requieren el ejercicio de esta actividad hace poco menos que imposible reducirlos a una agrupación sistemática que merezca este nombre²⁶.

Preferimos, simplemente, siguiendo a PRIETO-CASTRO poner de manifiesto las notas más relevantes que pueden inferirse de la definición legal contenida en el artículo 1.811 de la Ley Rituaria Civil. Tales notas características de mayor relevancia serían las siguientes:

- 1.^a Se eliminan los conceptos de juicio y proceso, que resultarían privativos de la jurisdicción contenciosa. En diversos lugares de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se usa, incluso, el concepto de expediente en lugar de acto²⁷.
- 2.^a La falta de contenciosidad a que alude el referido artículo 1.811 de la Ley Procesal Civil, tampoco es relevante, porque en algunos negocios de jurisdicción voluntaria se producen disceptaciones o discrepancias, sin que por ello pase a ser siempre materia de jurisdicción contenciosa.
- 3.^a El procedimiento de los negocios de jurisdicción voluntaria no se sujeta al principio de dualidad de partes, no existiendo el concepto de parte, realmente, en ellos.
- 4.^a En este ámbito queda abierta la posibilidad de intervención del Ministerio Fiscal.

La razón de ser de todas estas particularidades o características es la de cumplir un fin de especial²⁸ tutela jurídica, lo cual exige una particular flexibilidad que no puede darse en el ámbito de la jurisdicción contenciosa. A ese fin especial hay que

rio de lo que normalmente hubieran podido realizar los interesados (nombramiento de coadministrador). b) Actos homologadores, como el abandono e intervención de efectos mercantiles. c) Actos de mera documentación, como el depósito y reconocimiento de efectos mercantiles y los actos comprendidos en los artículos 2.169 y 2.173 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. d) Los actos de mera presencia, en los que hay que incluir la subasta voluntaria judicial y la posesión judicial en los casos en que no proceda el interdicto de adquirir. Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, "Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria" en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1.969, pp. 619 y ss.

26 Suscribimos plenamente las palabras de DE LA PLAZA cuando afirma que: "En materia de clasificaciones entra por mucho el ingenio constructivo del autor y, aparte de que honradamente confesamos que nos falta, estimamos peligroso ese modo de proceder, que acaso introduciría confusión donde no la hay. Preferimos, por esta vez, seguir el sistema de la Ley". Vid. DE LA PLAZA, "Derecho...", II, cit. p. 713.

27 Así el artículo 1.814 de la Ley de Enjuiciamiento Civil estipula que: "En los casos en que la audiencia proceda podrá oírse también, en la forma prevenida en el artículo anterior, al que haya promovido el expediente". También el artículo 1.815, párrafo segundo del mismo cuerpo legal acoge el término expediente al establecer que: "El Ministerio Fiscal emitirá por escrito su dictamen, a cuyo efecto se le entregará el expediente".

28 GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, I, cit., p. 61, entienden que la diferencia entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria no se encuentra ni en el objeto, ni en el medio, ni el efecto del medio, sino en el fin. Sin embargo, este fin lo explican (siguiendo a Wach, "Hadnbuch des Deutschen Civilprozessrechts", 1.985) diciendo que se trata de un fin inmanente que consiste en la producción o constitución negocial; producción de derechos subjetivos nuevos o cooperación a esa producción.

añadir otro, que es también esencial. Se trata de la función “pro solemnitate”, en el sentido de que se persigue imprimir un sello de autenticidad y autoridad a ciertos actos, con el designio de facilitar el comercio jurídico.

Por todo lo expuesto, en la jurisdicción voluntaria el concepto de parte es sustituido por los de solicitante e interesado, el de demanda por el de instancia y solicitud, y los de proceso, pleito, litigio y causa, por los de acto, negocio y expediente²⁹.

Colocados en el trance de penetrar en la esencia misma de la jurisdicción voluntaria habría que concluir que con ella se hace referencia a la actividad que ciertos órganos públicos jurisdiccionales y no jurisdiccionales realizan para una especial tutela del orden jurídico³⁰, mediante la cooperación a la constitución, desenvolvimiento y modificación de estados y situaciones jurídicas, otorgándoles la necesaria autenticidad para que produzcan los efectos jurídicos adecuados.

La actividad de estos órganos públicos jurisdiccionales en el ejercicio de la jurisdicción voluntaria encierra, como sabemos, una gran diversidad de materias. Ahora bien, entre ellas, hay una que para nosotros reviste una singular importancia y que viene determinada cuando esa actividad se centra en la intervención en ciertos negocios, como ocurre, por ejemplo, con los convenios en materia concursal.

2.3 El problema del encuadramiento de la suspensión de pagos dentro de la jurisdicción contenciosa o dentro de la jurisdicción voluntaria

Resulta evidente aseverar que la suspensión de pagos es un procedimiento judicial. Tal afirmación no se discute ni por la jurisprudencia ni por la doctrina. Ahora bien, enfrentados al problema de determinar la adecuada ubicación de este procedimiento dentro de una las dos clases de jurisdicción que reconoce nuestro Derecho positivo es preciso esbozar las dos tesis que, al respecto y con desigual fortuna, se han formulado en nuestra doctrina.

2.3.1 Tesis favorable a la catalogación de la suspensión de pagos dentro de la jurisdicción contenciosa

Esta postura, sin duda, ha gozado de un importante predicamento entre los tratadistas. Quizás, su mejor argumento venga determinado por la autoridad de su máximo valedor y representante³¹, que es TORRES DE CRUELLS.

29 Cfr. PRIETO-CASTRO, Derecho concursal. *Procedimientos sucesorios. Jurisdicción voluntaria. Medidas cautelares*, Madrid, 1.978, p. 180.

30 En este sentido, PRIETO-CASTRO, *Derecho...*, cit., p. 154.

31 Vid. en este sentido TORRES DE CRUELLS, *La suspensión...*, cit., pp. 109 y ss., en donde, entre otras cosas, argumenta que en el proceso de la suspensión de pagos las partes contienden en el proceso con tres diferentes intereses: el deudor, que trata de evitar la quiebra; los acreedores, que quieren recuperar individualmente lo que en común poseen y el Ministerio fiscal, que ha de velar por la corrección procesal. Por su parte la jurisdicción debe decidir en orden a la virtualidad de los supuestos de la suspensión de pagos; aplicar las normas de derecho sobre la masa de los bienes, su conservación, garan-

Parte este autor de la impropiedad de la terminología procesal de nuestras leyes, y afirmando que la suspensión de pagos tramitada como expediente de jurisdicción voluntaria significaría privar a los acreedores de medios de defensa para su interés, reconocido y proclamado por todos; partiendo de la definición legal del acto de jurisdicción voluntaria contenido en el artículo 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya esencia cifra en dos notas, una la de proteger y asegurar los derechos privados de los particulares, ejerciendo una especie de administración de derecho privado, y otra, la inexistencia de partes contrapuestas, y enfrentando estos conceptos a los de la jurisdicción contenciosa, mantiene su posición diciendo:

- 1.º En el proceso de suspensión de pagos hay partes, en el sentido en que lo son, las personas que accionan o contradicen en el proceso para hacer valer sus intereses en litigio, y aun hay pluralidad de partes, que son el deudor empresario, los acreedores y el Ministerio fiscal, éste representando al interés público³².
- 2.º En este proceso los derechos privados de deudor y acreedores y el público que tiene bajo su defensa el Ministerio fiscal, no sólo se protegen y aseguran, como sucedería con limitación, en un expediente de jurisdicción voluntaria, sino que se discuten, se reconocen, se gradúan y se declaran; si bien hay que reconocer, que este proceso no tiene la normalidad de una demanda y su contestación, de la prueba y la sentencia.

2.3.2 Tesis favorable al encuadramiento de la suspensión de pagos dentro de la jurisdicción voluntaria

Esta segunda corriente cuenta con significados defensores en nuestro entorno jurídico³³.

tía, etc; dictar un auto declarando si la insolvencia es provisional o definitiva; reconocer y graduar los créditos; resolver las cuestiones de forma que se planteen; dictar sentencia en el incidente de impugnación del convenio y tramitar íntegramente las piezas de la quiebra abreviada, que es la insolvencia definitiva. En la doctrina procesal también cuenta esta tesis con significados representantes, como es el caso de GUASP, quien califica la suspensión de pagos como un verdadero proceso de cognición especial, aunque matiza que estamos en presencia de un proceso de eliminación porque tiende a evitar la provocación de una ejecución general ulterior al que erróneamente el derecho positivo denomina expediente. "Derecho Procesal Civil", Madrid, 1.968, pp. 605, 606 y 607.

32 Este argumento es calificado por SAGRERA como "de gran enjundia", decantándose también por la posición defendida por TORRES DE CRUELLES al afirmar que: "Podemos concluir -sometiendo siempre esta opinión a otros criterios mejor ilustrados- que la suspensión de pagos en su concepción actual reviste carácter procesal, eminentemente contencioso, de naturaleza semejante a la quiebra". Vid. SAGRERA, *Comentarios...*, I, cit., pp. 151 y 163.

33 Así, desde antiguo se había sostenido por muchos que la suspensión de pagos venía a ser un expediente de jurisdicción voluntaria. JORRO MIRANDA, *La suspensión de pagos*, Valencia, 1.902, p. 198, afirmaba que "basta la simple determinación del concepto legal de los actos de jurisdicción voluntaria para comprender que este carácter tiene la suspensión de pagos". Vid. en el mismo sentido, MIGUEL Y ROMERO, *Manual...*, cit., p. 9 y GUILLÉN E IGUAL, *Suspensiones de pagos*, Barcelona, 1.947, p. 19. Más modernamente se ha decantado abiertamente partidario de esta corriente SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1.997, pp. 447 y ss.

Desde esta óptica se ha señalado que la suspensión de pagos es un procedimiento judicial que tiene por finalidad el evitar la ejecución general, mediante un convenio o acuerdo mayoritario de los acreedores, aprobado por el Juez. Esta postura puede estructurarse de acuerdo con las siguientes ideas:

- 1.^a Estamos en presencia de un procedimiento que implica verdadera actividad jurisdiccional.

Es lo cierto que la Ley especial llama a la suspensión de pagos "expediente", en vez de juicio o proceso, y al escrito inicial del procedimiento "solicitud", en lugar de demanda, de acuerdo con el carácter jurídico propio de la institución. Tales peculiaridades han llevado a algunos tratadistas³⁴ a negarle a la suspensión de pagos naturaleza jurisdiccional. De este modo, se afirma que no estamos en presencia de un proceso, sino de un procedimiento. Interviene el Juez, pero en una función que no es jurisdiccional, sino sustancialmente administrativa.

Para otros, en cambio, pese a admitir que estamos en presencia de un verdadero acto o procedimiento de carácter voluntario, no se puede negar que este procedimiento entraña una verdadera actividad jurisdiccional, a pesar del equívoco nombre de "expediente".

Este carácter jurisdiccional se mantiene con base en dos argumentos diversos³⁵: El primero se fundamenta en el artículo 870 del Código de Comercio, que preceptúa que el Juez "declarará" el estado de suspensión de pagos. El segundo hace referencia a que la suspensión de pagos persigue un fin de derecho material, que no es otro que el de lograr un convenio.

- 2.^a Ausencia de pretensión fundada y de pretensión insatisfecha³⁶.

34 Así, GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, II, cit., pp. 197 y 378.

35 Tales argumentos son expuestos por MOLINA (que es quien con más rigor y amplitud ha tratado esta materia) del siguiente modo: "Su carácter de actividad jurisdiccional es puesto de manifiesto, de una parte, por el propio legislador al preceptuar en el artículo 870 del Código de Comercio que "el comerciante que poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas prevea la imposibilidad de efectuarlo a las fechas de sus respectivos vencimientos, podrá constituirse en estado de suspensión de pagos, que declarará el Juez de su domicilio en vista de su manifestación; y, de otra, por el fin de derecho material que con dicha actividad se persigue, que no es otro que el de lograr, entre deudor y acreedores, un conjunto de normas para la total o parcial extinción de las obligaciones que a uno y otros vinculan, una vez que, determinados cuantitativamente el activo y el pasivo del primero, ha sido declarado en estado de insolvencia provisional, se ha intervenido debidamente su gestión económica y ha quedado integrada plenamente, sin perjuicio de ulteriores y definitivos pronunciamientos, la masa acreedora. Y es por demás obvio que si bien es cierto que el convenio entre masa acreedora y deudor puede ser sancionado o autorizado por un notario, no lo es menos que la determinación cuantitativa, la declaración y la interpretación antes referida sólo pueden y deben ser hechas por el competente órgano de la jurisdicción según la ley, para que sólo sea debidamente protegido el deudor que merezca serlo frente a una acción individual o conjunta de sus acreedores y únicamente alcance y beneficie la composición obtenida a quienes ostenten una apariencia de crédito frente a aquél. Vid. MOLINA, "Procedimiento...", cit., *Revista de Derecho Privado*, 1.956, p. 802.

36 Este argumento es rechazado frontalmente por SAGRERA, *Comentarios...*, I, cit., p. 150, afirmando que: "En el fondo es incuestionable que con su propuesta de convenio, el deudor petiona nada menos que

En la suspensión de pagos no existe pretensión propiamente dicha ni acto de decisión o declaración de derechos.

Lo que está claro es que faltan en ella los dos actos fundamentales del proceso declarativo: la demanda y la sentencia. La proposición del convenio del deudor no va dirigida al Juez, para que se pronuncie sobre ella, sino a los acreedores, para que la acepten en Junta general, y la aprobación del convenio por el Juez, cuando no es impugnado³⁷, es también un acto de jurisdicción voluntaria. En consecuencia, hay ausencia de pretensión fundada y ausencia también de pretensión insatisfecha, o sea, falta de pugna de voluntades, pues la voluntad del deudor y la de los acreedores es una sola, y la intervención judicial se produce no para la composición de un conflicto, que no existe, sino para una mejor tutela del interés en conflicto.

3.^a La intervención del órgano jurisdiccional obedece a una razón pragmática o de conveniencia, cual es la de evitar la quiebra.

No interviene el Estado en aras de la justicia para declarar un derecho dudoso, ejecutar aquello que permanece insatisfecho o para reparar posibles lesiones, forzando al deudor a hacer efectivas, a cumplir en los términos convenidos las obliga-

una auténtica novación de sus obligaciones, por, lo menos, en cuanto al tiempo de su vencimiento, si no un quita en su cuantía, cuando no ambas cosas simultáneamente, con lo que decae la posterior argumentación de que no existe una pretensión fundada por parte de quien solicita ser declarado en suspensión de pagos, como el que tampoco existe una pretensión insatisfecha, que aduce como características de la jurisdicción voluntaria. Mas, la pretendida novación de sus obligaciones por parte del deudor y el indudable interés de sus acreedores en que las mismas sean satisfechas puntualmente, constituyen auténticas pretensiones de uno y de otros".

Entendemos que tal discurso implica levantar todo un edificio conceptual sobre un sofisma que no puede defenderse. En primer lugar, la pretensión procesal se interpone a través de una demanda y constituye dicha pretensión el verdadero objeto del proceso. Lo que el titular de la pretensión pide al órgano jurisdiccional es siempre la realización de una conducta determinada, pero distinta según que se solicite la producción de una declaración de voluntad (sentencia) o de una manifestación de voluntad (ejecución). En el primer caso se inicia lo que se llama proceso de cognición o declarativo o de sentencia y en el segundo lo que se denomina proceso de ejecución. Hay, pues, pretensiones de cognición o pretensiones de ejecución. Ni una cosa ni otra tienen lugar en el procedimiento de suspensión de pagos, en el que se busca primordialmente la consecución de un convenio, cfr. GUASP, *Comentarios...cit.*, I, pp. 340 y 344. En segundo lugar, se usa inadecuadamente el término pretensión en su significado procesal, puesto que sólo cuando la pretensión encuentre resistencia y no consiga vencerla por sí, hace falta algo para que se conserve la paz social. Este algo es lo que llamamos proceso (vid. CARNELUTTI, *Sistema... I, cit.*, pp. 47 y 48) y la suspensión de pagos no es un proceso con su demanda y su sentencia, sino un procedimiento judicial. En el procedimiento de suspensión de pagos no hay pretensión propiamente dicha ni con la solicitud del deudor ni mucho menos con su propuesta de convenio, pues en este último caso la proposición no va dirigida al Juez para que se pronuncie sobre ella, sino a los acreedores, quienes han de rechazarla o aceptarla en junta general; por lo que la aprobación del convenio mediante auto dictado por la autoridad judicial es un simple acto de jurisdicción voluntaria, con el que no se declaran derechos. Cfr. GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho... II, cit.*, p. 197.

37 Está claro que la vigente Ley de Suspensión de Pagos encierra en su seno un procedimiento de jurisdicción voluntaria y, por otro lado, un verdadero proceso contencioso. Este último es el que viene regulado en los artículos 16 y 17 de la Ley especial. Así, FERRER MARTÍN, "Naturaleza jurídica de la suspensión de pagos", *Revista de Derecho Mercantil*, 1.963, p. 109.

ciones por él válidamente contraídas, sino que utilitariamente³⁸, con el fin de salvar lo mejor posible todos los intereses en juego, en unión del deudor y de los acreedores, intenta crear un conjunto de normas para satisfacer, si no todas, parte de las obligaciones y, si no a su tiempo, tardíamente. En consecuencia, en este procedimiento no se cuestiona acerca de una pretensión deducida por el deudor empresario, sino que, el órgano jurisdiccional colabora, ordena y encauza su voluntad para el logro del efecto jurídico buscado.

4.^a El procedimiento de la suspensión de pagos responde a la definición del legislador del artículo 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Este procedimiento, cuyo fin es, como se ha dicho, prevenir el de quiebra con su secuela de liquidación forzosa del activo del deudor y de extinción de una empresa económica, en la inmensa mayoría de los casos, se inserta plenamente dentro de la definición legal de la jurisdicción voluntaria contenida en el precepto del artículo 1.811 de la Ley Rituaria Civil, que considera actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que “se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas”; o lo que es lo mismo, sin que exista litigio, porque no hay pretensión insatisfecha esgrimida frente a otra parte.

2.4 Consideraciones finales

2.4.1 Proceso y procedimiento

En la dogmática procesal se ha creado específicamente el concepto de proceso para diferenciarlo del procedimiento, porque ha sido conveniente y necesario³⁹. En el lenguaje jurídico llamamos proceso por antonomasia a la serie de actos que se realizan para la composición del litigio. Donde no hay litigio que componer, no hay función procesal. Ello no excluye que pueda existir intervención de un órgano procesal

38 La finalidad de la Ley no es sino crear un procedimiento judicial en el que la suspensión de pagos no es sino el medio para llegar a un convenio preventivo de la quiebra y, de este modo, evitar los daños económicos derivados de esta última. Vid. en este sentido GARRIGUES, *Curso...*, II, cit., p. 483.

39 Son múltiples las teorías y conceptos que sobre la noción del proceso se han formulado en la doctrina científica procesalista. En este sentido se ha configurado el proceso como un contrato, como un cuasi contrato, como una relación jurídica procesal, como una situación jurídica e, incluso, como una institución jurídica. Vid. *passim* GUASP, *Comentarios...*, I, cit., pp. 3-27.

De todos modos y centrándonos en las cuestiones que nos interesan, proceso y procedimiento no son vocablos equivalentes, pues como enseñan GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, I, cit., p. 14, "en los estudios procesales es hoy conveniente distinguirlos, y ello por varias razones. Primero, porque un solo procedimiento judicial puede contener varios procesos. Así ocurre en realidad en la reconvención,...y, en general en todos los casos de acumulación de acciones y, por supuesto, en la de autos, en que se reúnen en un proceder común varios objetos procesales. En segundo lugar, porque, a la inversa, no siempre que hay un procedimiento judicial existe proceso. También los actos de jurisdicción voluntaria, presentan un procedimiento, pero no son proceso. Puede haber además procedimientos realizados en función de un proceso, sin pertenecer propiamente a éste. Querámoslo o no, la palabra va asociada a una consideración meramente formal o externa de la actividad procesal".

con el cometido de desempeñar o realizar una serie de actos estructuralmente más o menos semejantes a los que constituyen el proceso. Cuando así suceda estaremos en presencia de supuestos de discordancia entre la estructura y la función; pues estos supuestos poseen el continente pero no el contenido del proceso⁴⁰. La voz procedimiento, en cambio, designa la actuación de proceder, de seguir unos actos a otros, con independencia de la naturaleza que se pueda atribuir a tal actuación o a tales actos.

Pero es que, además, si existe proceso, tiene que haber acción y jurisdicción⁴¹, sin que ello sea predicable del simple procedimiento judicial. La jurisdicción no puede cumplir su función sin el proceso, puesto que aquélla y éste son dos ideas correlativas, mutuamente condicionadas. El fin esencial de la jurisdicción viene constituido por la resolución de las controversias jurídicas⁴². Tal finalidad se cumple a través del proceso, que es el instrumento por medio del cual se realiza la declaración del Derecho en los casos concretos. A su vez, el ejercicio práctico y singularizado de la jurisdicción queda subordinado al ejercicio de la acción, puesto que en el proceso civil rigen los principios de rogación, dispositivo y de impulso de parte. En consecuencia, cabe decir que no puede haber jurisdicción sin proceso y sin acción.

40 Cfr. CARNELUTTI, *Sistema...*, I, cit., pp. 49 y 288.

41 Ni doctrinal ni legalmente ha existido unanimidad en torno al concepto y a la finalidad de la jurisdicción. La doctrina española no es ajena a esta falta de acuerdo. Así, para ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, "Notas relativas al concepto de Jurisdicción", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1.972, p. 506, por jurisdicción podría entenderse la función desenvuelta por el Estado para conocer, en su día decidir, y en su caso, ejecutar la sentencia firme emitida con carácter imperativo por un tercero imparcial, instituido por aquél y situado "supra partes", acerca de una o más pretensiones litigiosas deducidas por los contendientes y canalizadas ante el juzgador a través del correspondiente proceso, en el que podrían haber mediado también actuaciones preliminares o asegurativas. Entienden GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, I, cit., p. 49, que la jurisdicción es la función del Estado que se desarrolla en el proceso; por consiguiente, los conceptos de proceso y de jurisdicción son correlativos y, siguiendo a CHIOVENDA, aseveran que la primera condición para que pueda ser examinada en el fondo la demanda es que vaya dirigida a un órgano del Estado investido de jurisdicción. Para MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho Procesal, Jurisdicción, Acción y Proceso*, Madrid, 1.976, pp. 53-54, la jurisdicción es la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercitada exclusivamente por Tribunales independientes y predeterminados por la ley, de realizar el Derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado, para satisfacer pretensiones y resistencias. SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios...*, cit., p. 50, entiende por jurisdicción la "determinación irrevocable del Derecho en un caso concreto, seguida, en su caso, por su actuación práctica. PRIETO CASTRO, *Derecho...*, cit., p. 84, advierte que se trata de "la función con la que el Estado, por medio de órganos especialmente instituidos realiza su poder y cumple su deber de otorgar justicia, en un proceso o procedimiento que esos órganos dirigen, aplicando las normas de derecho objetivo a los casos suscitados por una petición de tutela jurisdiccional, es decir, por el ejercicio de una acción". Por su parte DE LA OLIVA y FERNÁNDEZ, *Lecciones...*, I, cit., pp. 19, 171 y 191, afirman que la "jurisdicción existe para tutelar y realizar el Derecho objetivo" y tras reconocer que el proceso es el instrumento esencial de la función jurisdiccional añaden que "está regido por el principio dispositivo y formalmente contradictorio y que "resulta innegable que, de ordinario, (el proceso) es motivado por pretensiones contradictorias o amenazas y perturbaciones de la paz y que con él se persigue la finalidad aludida" (resolver controversias). En lo que respecta al Derecho comparado pueden verse las diferentes teorías en CORSINO, *La Giurisdizioni*, Milán, 1.936, pp. 33 y ss.

42 Vid. MORÓN, "Sobre el concepto del Derecho Procesal", *Revista de Derecho Procesal Público Iberoamericana y Filipina*, 1.962, p. 511.

2.4.2 Proceso de jurisdicción contenciosa y procedimiento judicial en la Ley de Suspensión de Pagos

Entendemos que la vigente Ley de Suspensión de Pagos regula en sus artículos 16 y 17 un verdadero proceso de jurisdicción contenciosa, al admitir en los mismos la posibilidad de oponerse a la aprobación al convenio, articulando las causas de oposición y estableciendo la remisión a un juicio declarativo especial, cual es el proceso incidental del artículo 741 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Igualmente, también es proceso contencioso la pieza separada para la depuración de las responsabilidades⁴³ en que hayan podido incurrir el empresario suspenso o los administradores de las compañías mercantiles que soliciten y obtengan la declaración del estado de suspensión de pagos, que viene prevista en los artículos 8, párrafo penúltimo, y 20 de la Ley especial. Este "juicio de responsabilidad", como dice la propia Ley, se sustanciará con arreglo a los trámites del juicio declarativo ordinario de mayor cuantía.

Pero, al margen de estos procesos, la misma Ley especial también contempla en sus preceptos un conjunto de normas heterogéneas⁴⁴, reglas, trámites, plazos, etc.

43 En el mismo auto en que se declara el estado de suspensión de pagos, la insolvencia es calificada como provisional o como definitiva (artículo 8, párrafo penúltimo). La firmeza del auto declarando la insolvencia definitiva es presupuesto condicionante para la apertura de la pieza separada dirigida a esclarecer las posibles responsabilidades del suspenso (artículo 20, inciso primero). Sólo los autos que hayan adquirido la cualidad de firmes dan lugar a la apertura, porque las insolvencias definitivas declaradas pueden perder su eficacia con la conversión en insolvencias provisionales consignando o afianzando el "quantum" en que el pasivo supera al activo en el término previsto (artículo 8, sexto párrafo), o cuando se impide la prosecución del expediente, ya sea por solicitarse el sobreseimiento o la declaración de quiebra por el deudor o por los acreedores que representen las dos quintas partes del total pasivo (artículo 10, inciso primero). La apertura de esta pieza separada para calificar la insolvencia definitiva como culpable, fraudulenta o fortuita (artículo 20, párrafo segundo), es decisión exclusiva del propio Juez (mandará el Juez proceder inmediatamente a la formación de la pieza de calificación..., dice el artículo 8) y tiene como base el informe de los interventores referido en el propio artículo 8, y el testimonio o certificación de los antecedentes que sirvan de fundamento a las apreciaciones y conclusiones del informe.

El fundamento de la depuración de la responsabilidad del suspenso radica en razones de orden público. Así lo reconoció el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de marzo de 1.987 en cuyo Fundamento de Derecho Primero estableció que: "Si bien es cierto que los procesos concursales tienen como finalidad primaria la realización del pasivo de un deudor mediante la ejecución de su activo patrimonial y reparto entre toda la masa de acreedores, con lo que el interés privado es bien evidente, es lo cierto que, tanto en nuestro sistema procesal como en otros afines de tipo latino, la razón última de la calificación radica en el interés público, que demanda que el autor de todo delito sea castigado, y es este particular aspecto el que da lugar a la apertura de la pieza de calificación, cuya resolución final deviene como requisito previo de procedibilidad en el proceso penal, y en el normativo actúa como ley en blanco, en tanto en cuanto el tipo penal ha de integrarse con las disposiciones correspondientes del Código de Comercio".

44 Tales normas heterogéneas encierran una estructura que difiere mucho de las características típicas del proceso contencioso, dividido en las conocidas fases alegatoria, probatoria y decisoria. Tal peculiaridad no hace más que abonar la idea de que estamos ante un procedimiento judicial de la llamada jurisdicción voluntaria. La estructura de este procedimiento ha sido estudiada por MOLINA, que ha distinguido, atendiendo a su finalidad, hasta seis tipos de normas distintas. Estas normas son las siguientes: 1.^a) Normas definidoras de la legitimación activa del instante, reguladoras de la iniciación del negocio o procedimiento voluntario y sancionadoras de la resolución o pronunciamiento del órgano jurisdiccio-

con una estructura peculiar, carente de los fines característicos y de las formas propias de los procesos contenciosos. Tal conjunto conforma un procedimiento judicial, respecto del cual la doctrina, tal y como hemos tenido ocasión de examinar, se ha cuestionado seriamente si constituye un verdadero proceso contencioso.

2.4.3 El procedimiento judicial de la Suspensión de Pagos no puede catalogarse dentro de la jurisdicción contenciosa

En efecto, estamos, en todo caso, en presencia de un procedimiento que se asimila más a la llamada jurisdicción voluntaria que a la jurisdicción contenciosa. En el expediente de suspensión de pagos no se ejercita ninguna acción legal, sino que simplemente se presenta ante el Juez competente una simple solicitud, en los términos que exige el artículo 2 de la Ley de Suspensión de Pagos. Por esta razón, no hay demanda, contestación, prueba ni sentencia, puesto que se da una ausencia de pretensión fundada y de pretensión insatisfecha. Tampoco cabe hablar de partes desde un punto de vista técnico, si por tales entendemos, en sentido estricto, los sujetos jurídicos que pretenden o frente a los que se pretende una tutela jurisdiccional concreta y que, afectados por el pronunciamiento judicial correspondiente, asumen plenamente los derechos, cargas y responsabilidades inherentes al proceso⁴⁵. No es parte el deudor suspenso, como no lo son los acreedores y tampoco, a pesar de la terminante dicción del artículo 23 de la Ley especial, el Ministerio Fiscal⁴⁶, aunque el análisis de sus funciones e intervención en esta clase de procedimiento nos llevaría por derroteros ajenos al objeto primordial de nuestro estudio.

De todos modos, debemos aclarar que no se trata de una cuestión puramente formal y carente de sentido práctico. Antes al contrario, el alcance de su legitimación en el procedimiento será distinto según sea considerado como parte procesal o como informante o mero dictaminador. No hay duda alguna que en el procedimien-

nal en respuesta a la solicitud debidamente deducida. 2.^a) Normas conducentes a una exacta determinación cuantitativa del activo y del pasivo del patrimonio del deudor instante con objeto de que, una vez se tenga por iniciado el procedimiento, pueda resolverse acerca de la situación de insolvencia -provisional o definitiva- del mismo deudor. 3.^a) Normas ordenadoras de la colaboración, que en orden a la exacta determinación cuantitativa antes citada pueden llevar a cabo quienes se consideren acreedores del solicitante con el órgano judicial. 4.^a) Normas que, con carácter cautelar, pueden y deben adoptarse en aras de la conservación y administración del patrimonio del deudor mediante el nombramiento de ciertos órganos llamados a intervenir cuantas operaciones mercantiles y de toda índole éste realice. 5.^a) Normas definidoras de quiénes pueden y con que carácter asistir a la llamada junta de acreedores y reguladoras de la forma en que ésta ha de tener lugar. 6.^a) Normas sancionadoras de los requisitos determinantes de la validez del convenio o convenios sometidos a la deliberación en dicha junta. Cfr. MOLINA, "Procedimiento...", cit., Revista de Derecho Privado, 1.956 pp. 807 y 808.

45 Así, DE LA OLIVA y FERNÁNDEZ, *Lecciones...*, I, cit., p. 272.

46 La intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento de suspensión de pagos se justifica por tratarse de un expediente de jurisdicción voluntaria. Vid. en este sentido, GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho...*, II, cit., p. 197. Sin embargo, un importante sector doctrinal advierte que, al igual que ocurre en la quiebra, se halla en juego el crédito que al Estado le interesa proteger y califica al Ministerio Fiscal como órgano informante en todo el curso del procedimiento y parte en algunos casos, aunque la Ley de Suspensión de Pagos lo conceptúa como "parte" siempre. Vid. por todos PRIETO-CASTRO, *Derecho concursal...*, cit., p. 85.

to para la obtención del convenio⁴⁷, la actuación del Ministerio Fiscal no se desenvuelve en el círculo de las partes plenas o en la vía de la acción verdadera, por cuanto carece de facultades para promover el expediente. Además, no alega hechos de propio impulso procesal ni aporta pruebas. Pero sin ejercitar propias pretensiones, tampoco es un simple dictaminador a quien deba oírse en puntos concretos, sino que se le ha reconocido el papel de interviniente por vía accesoria. De ahí que algún sector doctrinal califique su posición como intermedia entre el Juez y las partes⁴⁸. Lo cierto es que cuenta con ciertas iniciativas procesales, aparte de emitir dictámenes cuando el Juez se lo solicite, con independencia de cuál sea la postura más ajustada para calificar su protagonismo en este tipo de procedimiento⁴⁹.

2.4.4 Posición del Tribunal Supremo⁵⁰

Nuestro Tribunal Supremo ha defendido en recientes sentencias⁵¹ la tesis según la cual la suspensión de pagos constituye un verdadero acto de jurisdicción voluntaria.

A este respecto conviene traer a colación la concluyente Sentencia del referido Tribunal de 27 de enero de 1.989, en cuyo Fundamento de Derecho Cuarto se esti-

47 Justo lo contrario de lo que ocurre en el artículo 20 de la Ley especial, dentro de la pieza separada de calificación, en la que el Ministerio Fiscal se sitúa en la posición activa, interviniendo sin limitación, tanto en el juicio de responsabilidad como en el proceso instrumental o cautelar.

48 Vid. en este sentido, GUASP, *Derecho...*, cit., p. 611.

49 Esta problemática relativa a la naturaleza jurídica de la intervención del Ministerio Fiscal ha sido reconocida por la reciente Circular de la Fiscalía General del Estado número 1/1.995 acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en las suspensiones de pagos, en cuya conclusión primera se advierte literalmente que: "En las suspensiones de pagos el Ministerio Fiscal es parte, según terminología de la Ley reguladora, siendo obligada su intervención tanto en la pieza separada que se forma para calificar las insolvencias definitivas y exigir responsabilidades (artículo 20, inciso segundo), como en el procedimiento principal de suspensión desde su apertura hasta que concluye con el cumplimiento del convenio aprobado (artículo 23); pero es cuestionado aun el sentido y su naturaleza jurídica, así como las atribuciones que conlleva su intervención en estos procesos,(sic) indefinición a la que han podido contribuir los términos poco explícitos de los Estatutos del Ministerio Fiscal sucesivamente vigentes".

50 Hay que advertir que hasta el momento presente la doctrina, en materia de naturaleza contenciosa o voluntaria de la suspensión de pagos, ha venido extrayendo sus propias conclusiones, intentando buscar refrendo en las "zigzagueantes" sentencias de las Audiencias, más no en la momentáneamente inexistente jurisprudencia del Alto Tribunal. Sobre este punto resulta particularmente ilustrativa la Sentencia de 14 de diciembre de 1.957 de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria, en la que se advertía que "la discusión de esta causa de oposición plantea la vidriosa cuestión, ampliamente debatida en autos, de la naturaleza del procedimiento, si es jurisdicción voluntaria o contenciosa, por tratarse de un proceso situado en los confusos linderos que las separan, por lo que se encuentran divididas las opiniones doctrinales, así unas alegan, fundándose en el contenido del artículo 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no es precisamente una definición de la jurisdicción voluntaria, como notas características de la misma, la de utilidad o conveniencia y ausencia de pugna entre partes, circunstancias que encuentran, concurren en los expedientes de suspensión de pagos; otras sostienen la naturaleza contenciosa para dichas actuaciones. La Jurisprudencia la estima en varias resoluciones como un proceso preliminar de la quiebra, y en la Ley de Suspensión de Pagos se invoca expresamente las disposiciones legales de dicho procedimiento, no sólo en el caso de insolvencia definitiva, sino respecto a la posición de los acreedores privilegiados...".

51 La escasez de sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia de la suspensión de pagos en general y sobre la naturaleza de esta institución en particular se debe, sin duda alguna, a que no tienen acceso al Alto Tribunal las resoluciones que se dictan en las impugnaciones a que se refiere el artículo 16 de la Ley especial. Vid. en este sentido GRANADOS JARQUE, "Análisis de las cuestiones sobre la naturaleza del expediente de suspensión de pagos", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1.983, p., 980.

ma que “la suspensión de pagos, como acto no de jurisdicción contenciosa sino voluntaria, no supone ni significa ejercicio de acciones”.

También ha dejado clara su postura el Alto Tribunal en su Sentencia de 20 de mayo de 1.993 al sentar que “el procedimiento de suspensión de pagos no reviste naturaleza de proceso contencioso, sino más bien preliminar, adecuado para la tramitación de situaciones de deudas plurales a fin de evitar situaciones (sic) de quiebra, teniendo como objetivo primordial el convenio del deudor con sus acreedores, bajo la tutela judicial, en cuanto controla el acuerdo concursal que ha de vincular en sus propios términos a los que lo votaron”.

Esta última Sentencia acoge el argumento inconcuso según el cual la finalidad de la Ley de Suspensión de Pagos es habilitar un procedimiento judicial en el que la suspensión es el medio para obtener un convenio preventivo de la quiebra. Esta idea ya estaba presente y tiene sus antecedentes en algunas antiguas sentencias del Tribunal Supremo⁵², en las que se venía a poner de manifiesto que la suspensión de pagos es un estado jurídico preliminar al de quiebra, que corresponde a la situación del empresario que sin haber llegado al cese completo en el pago de las obligaciones corrientes ni goza de la plenitud del crédito, ni posee medios económicos suficientes para atenderlos a sus respectivos vencimientos. En estas sentencias también se remarcaba que este estado posee prioridad con relación a la quiebra como medio de facilitar el convenio entre los acreedores y el deudor, evitando el demérito, la depreciación y la ruina del capital que llevan tras sí las quiebras.

En definitiva, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1.989 y 20 de mayo de 1.993 han venido a socavar los argumentos de quienes venían considerando que la suspensión de pagos en su concepción actual reviste un carácter eminentemente contencioso, de naturaleza semejante a la quiebra.

2.4.5 El convenio preventivo y la jurisdicción voluntaria

Esta finalidad práctica, preventiva o de razón utilitaria de la suspensión de pagos sólo puede tener su tratamiento procedimental al margen del contexto de la rigurosa jurisdicción contenciosa. Se requiere un procedimiento flexible en el que el Juez colabore, ordene y encauce la voluntad del instante del procedimiento para el logro de un determinado efecto jurídico. El fin pragmático de evitar una liquidación total de un activo y la consiguiente destrucción de una empresa exigen la intervención del órgano jurisdiccional en una función que busque la satisfacción de un interés público, pero que tenga por objeto la buena administración de los intereses privados. Este objeto sería muy distinto al de la composición de un litigio.

52 Cfr. a este respecto las Sentencias de 18 de abril de 1.929 y 3 de julio de 1.933, a las que ya tuvimos ocasión de hacer referencia al tratar las causas que motivan el estado de suspensión de pagos en el presente trabajo.

Por tanto, la consecución de un convenio preventivo sólo es posible en el marco del procedimiento judicial regulado en la Ley de Suspensión de Pagos, que es un acto de jurisdicción voluntaria⁵³ en el que el Juez coopera a la constitución, desenvolvimiento y desarrollo de una situación jurídica, otorgándole la necesaria autenticidad y autoridad para que produzca el efecto jurídico adecuado. De este modo, el Juez dirige el procedimiento en general, correspondiéndole la declaración de admisibilidad de la solicitud de suspensión de pagos y la de producción de tal estado, la vigilancia de las actividades mercantiles y de administración del deudor, la presidencia de la Junta de acreedores para la aprobación del convenio, dictando el auto correspondiente⁵⁴ y la resolución de los recursos y reclamaciones que se interpongan, con posibilidad de las alzas que procedan, ante el órgano superior, y la calificación de la "insolvencia definitiva"⁵⁵.

Estamos, pues, en presencia de un procedimiento de los llamados de jurisdicción voluntaria⁵⁶ con características muy particulares, si se quiere, y regulación propia, que es la contenida en la Ley especial, y extravagante, en el sentido de que no está contenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil y sólo por vía supletoria y en cuanto no se opongan a las normas sustantivas y adjetivas de la Ley especial⁵⁷ le son aplicables las disposiciones contenidas en el Título Primero del Libro Tercero de la Ley Procesal Civil⁵⁸.

El alcance jurídico de la conclusión sentada se manifiesta, sobre todo, en que en el expediente de suspensión de pagos no existen partes propiamente dichas ni hay demanda, sino simple solicitud. Inspirado en el principio de la escritura, pues el Juez sólo se halla vinculado a las peticiones que se deduzcan por escrito, el procedimiento que nos ocupa, como en todos los de jurisdicción voluntaria regulados en el Libro Tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, comenzará con un simple escrito del empresario o de la entidad deudora que pretendan ser declarados en estado de suspensión de pagos, en el que así se solicite, sin que sea necesario promover formali-

53 No es extraño, por ello, que en la doctrina italiana un importante sector doctrinal haya rechazado la tesis favorable a la configuración jurídica del convenio como un procedimiento contencioso, encuadrándolo dentro de la jurisdicción voluntaria al considerarlo un proceso senza lite. Vid. en este sentido AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1.961, p. 1.581.

54 En la doctrina italiana, SCHEGGI, *Appunti...*, cit., p. 74 manifiesta que la homologación del convenio implica un verdadero acto de jurisdicción voluntaria, sin que constituya tal resolución una *res iudicata*.

55 Cfr. PRIETO-CASTRO, *Derecho concursal...*, cit., p. 85.

56 Vid. en este sentido, GRANADOS JARQUE, quien además especifica que el expediente de suspensión de pagos no es sino un expediente correspondiente a la jurisdicción voluntaria de negocios de comercio para constatar hechos. Cfr. GRANADOS JARQUE, *Análisis...*, cit., p. 993.

57 Así ocurre con el artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, v. gr., a cuyo tenor "si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según la cuantía". Tal precepto no es de aplicación en materia de suspensión de pagos, pues el artículo 9 de la Ley de 1.922 prevé específicamente para este supuesto que el Juez no puede admitir pretensión alguna incidental que tienda, en forma directa o indirecta, a impugnar la procedencia de la declaración judicial (admitiendo la solicitud de la suspensión de pagos) o a aplazar su inmediata efectividad.

58 Así, MOLINA, "Procedimiento...", cit., *Revista de Derecho Procesal*, 1.956 p. 809.

dad alguna, puesto que no siendo éste una verdadera demanda no deberá ajustarse a las normas que se contienen en el artículo 524 de la Ley Procesal, si bien precisará de un determinado contenido mínimo⁵⁹ con el fin de que al Juzgador a quien se dirija le sea posible resolver a su tenor. De ahí que pueda el promovente del expediente comparecer en el Juzgado sin necesidad de que su solicitud lleve firma de Abogado⁶⁰, ya que la intervención de Abogado y de Procurador en este procedimiento se concibe sólo con un carácter meramente facultativo.

A efectos de actuaciones, todos los días y todas las horas deben considerarse hábiles sin excepción, pues así lo dispone el artículo 1.812 de la Ley de Enjuiciamiento civil⁶¹ y lo ha reconocido, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 4 de junio de 1.986⁶².

59 En efecto, es indudable que en el mismo, aparte de la individualización del deudor instante y de la petición de que se le declare en situación de suspensión de pagos y se convoque en su día la Junta de acreedores, será conveniente que se haga clara referencia a la existencia de los supuestos de hecho necesarios, sin cuya concurrencia no debería concedérsele tal privilegio, o sea que tiene la condición legal de comerciante, y en principio, que posee bienes suficientes para cubrir todas sus deudas y que prevé la imposibilidad de hacerlas efectivas a sus respectivos vencimientos. Vid. en este sentido MOLINA, "Procedimiento de suspensión de pagos (Normas reguladoras de su iniciación)", *Revista de Derecho Procesal*, 1.960, p. 211.

60 Naturalmente, ello ha de ser entendido con las necesarias reservas y en la inteligencia de que no siempre en la práctica puede resultar lo más conveniente a los intereses del suspenso. De todos modos, el artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite que en los actos de jurisdicción voluntaria puedan los interesados comparecer por sí mismos, pero no valiéndose de otra persona que no sea Procurador habilitado en los pueblos donde los haya. Y añade el artículo 10 del mismo cuerpo legal que "los litigantes serán dirigidos por Abogado habilitado legalmente para ejercer su profesión en el Juzgado que conozca del proceso. No podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve firma de Abogado. Exceptuándose solamente (...) los actos de jurisdicción voluntaria de cuantía determinada que no excedan de 400.000 pesetas".

61 Así, BROCÁ-MAJADA, *Práctica procesal civil*, I, Barcelona, 1.988, p. 390. Por tanto, hay que entender que al expediente de suspensión de pagos, ni le era aplicable el ya derogado Decreto de 17 de julio de 1.973 en el que se contenía la declaración de los días inhábiles a efectos judiciales, ni le son aplicables en la actualidad los artículos 182 y 183 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por tal razón, no podemos compartir el sentir de algunas resoluciones de los Tribunales, como la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 16 de junio de 1.982, en cuyo primer considerando señalaba que el plazo de cuatro meses concedido conforme al artículo 18 de la Ley de Suspensión de Pagos no implica término de caducidad, sino un término de índole procesal.

62 En dicha Resolución se advierte que: "En efecto, las actuaciones del procedimiento de suspensión de pagos revisten, en principio, el carácter o naturaleza propios de la jurisdicción voluntaria, en la que son hábiles todos los días y meses del año, incluido también el mes de agosto".