

## EL CONVENIO CONCURSAL PREJUDICIAL Y LA TRANSACCIÓN

Eduardo Montull Lavilla  
*Doctor en Derecho, General Consejero Togado  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Académico de Número de la Academia Aragonesa  
y Correspondiente de la Real Academia (Madrid)  
de Jurisprudencia y Legislación  
Ex – Fiscal del Tribunal Supremo*

A la veraz Memoria del Ilustre Profesor Universitario, Consejero Togado de Defensa y Magistrado del Tribunal Supremo, auténtico humanista, jurista ejemplar y, sobre todo, inmejorable compañero y amigo.

### *SUMARIO*

I.- Introducción general: A. Noticia preliminar sobre el convenio concursal prejudicial. B. Recurso a las bases contractuales de la cuestión planteada. II.- Tesis identificadora. III.- Tesis diferenciadora que postulamos.

### I. INTRODUCCIÓN GENERAL

#### A. NOTICIA PRELIMINAR SOBRE EL CONVENIO CONCURSAL PREJUDICIAL

Los renglones que siguen tratan de ofrecer nuestra posición en el debate de una de las cuestiones atinentes a la caracterización jurídica de la figura contractual de índole *plurilateral*, definidora de la institución de que

me ocupé en mi tesis doctoral: *El convenio concursal prejudicial*, hasta entonces comúnmente denominado «convenio amistoso extrajudicial», en la Doctrina y la Jurisprudencia españolas y extranjeras, catalogación terminológica ésta última que fue sustituida por la que propuse como más ajustada a la dogmática jurídica de nuestros días, en mi dicha tesis.

Y tanto más me animo a ocuparme del tema para apuntalar uno de los que en cada aportación académica vino a plantear la problemática propia de la inserción contractual del instituto en examen, cuanto que de dicha tesis (aunque no publicada, por causas ajenas a este autor) se ha podido apreciar, sin duda, su influencia o, cuando menos, el reflejo de las más novedosas consideraciones, que brindaba nuestra referida aportación doctoral, en la posterior regulación de «los convenios que contempló» la reciente Ley Concursal 22/2003, de 9 de Julio, bien que en ésta sean de carácter *judicial*, incluso respecto del innovado *Convenio Anticipado*, con el que *nuestro prejudicial* guarda, prácticamente, la más estrecha coincidencia jurídica estructural, por obvias razones: empezando por su *nomem iuris* y siguiendo por su *proyecto inmediato precedente*, el llamado *Convenio por adhesión* (propuesto en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, según cuyo artículo 1.I: el deudor podría presentar al Juez propuesta del convenio «a los efectos de recabar *la adhesión de los acreedores*» bien que sin *las limitaciones del Anteproyecto* de L.C. de 2000 o sea: que el deudor lo mereciera y que las adhesiones superasen la quinta parte del Pasivo; que no figuraban en la revisión de 1986 del Anteproyecto de 1983 y que, sin embargo, han pasado, respectivamente, a los arts. 105 y 106 de la vigente Ley Concursal 22/2003).

En definitiva, cuando una persona física y jurídica acceda a una situación patrimonial tal que, en un momento determinado, no pueda pagar a todos sus acreedores (dos o más), el total de sus respectivos créditos, puntualmente, es obvio que, cuando menos, nos encontramos ante un deudor en estado de concurso de acreedores, es decir, en estado concursal, el cual antes de recaer la correspondiente, aunque eventual, declaración judicial, no pasa de ser un estado o situación patrimonial de mero hecho. En tales situaciones como ya manifestó Alfredo ROCCO, *surge un riesgo fundado de pérdida para los acreedores pendientes de pago, quienes, impulsados por el desbalance económico de su común deudor, quedan automáticamente solidarizados frente a éste*. Por ello, antes de una eventual declaración judicial de tipo concursal, el convenio de esta índole prejudicial no sólo es posible sino que cuenta con una evidente razón de ser sobre la base de un legítimo interés compartido y merecedor de tutela jurídica, como puse de manifiesto al ocuparme de la licitud de este Convenio en la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980, octubre, págs 996 y ss.

*Contrato*, decía ya entonces, *único, plurilateral, interno y de grupo* y como tal, *abierto*, pero además consensual, oneroso, jurídicamente atípico pero con tipicidad socioeconómica, de ordinaria administración, *que no exige de «iure» el consentimiento unánime de los acreedores*, configurándose su estructura jurídica, al reiterar, que *las estipulaciones lo son a favor del común deudor insolvente*, y que la condición de *tercero que acepta*, en todo caso, *lo convenido «inter creditores»* (con aplicación, por ello, de lo dispuesto en el art. 1257 párrafo 2.º del Código Civil), sin necesidad de someterse al principio de la *«par conditio creditorum»*, siempre y cuando todos los intervinientes acepten los acuerdos de trato eventualmente desiguales, renunciando explícita o implícitamente al ejercicio de sus respectivas acciones judiciales con la esperanza, siempre, de que, por lo menos, se haga realidad el clásico principio que reza *«melior est pauca dividere quam totum perdere»*.

En definitiva, a mi juicio el convenio concursal prejudicial se enmarca en el Derecho positivo como la conjunción de dos figuras jurídicas negociales, bien que externa y formalmente vienen confundidas en un mismo y único magma contractual, es decir, *de una parte*, el contrato obligatorio plurilateral básico celebrado por y entre los acreedores a favor de su común deudor que se halla en situación patrimonial concursal de hecho, quien *de otro lado*, al aceptar las estipulaciones hacia él deferidas queda, al propio tiempo, *obligado a otorgar y otorga un negocio jurídico unilateral de destinación de sus bienes a la liquidación*, la que corre por supuesto a cargo de los propios acreedores, en calidad de *administradores imparciales*, para hacerse pago finalmente con el remanente de la liquidación en la medida de lo posible, según los términos convenidos respecto de la satisfacción de los acreedores.

En esta línea conceptual no es ocioso destacar preliminarmente *lo que no es el convenio concursal prejudicial*, a saber:

1. *Remisión o condonación de deuda en todo o en parte.*
2. *Tampoco es un contrato de transacción.*
3. *No entraña novación extintiva en lo sustancial.*
4. *No puede ni debe confundirse con el instituto de la cesión de bienes a los acreedores para pago de deudas, sin perjuicio de la eventual estructura formal afín, más no autorizante de su identidad.*

## B. RECURSO A LAS BASES CONTRACTUALES DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

Para abordar, a la luz del Derecho positivo español, el tema propuesto, dada su indiscutible laguna legal, es preciso apelar a la teoría general de las obligaciones y los contratos, bien entendido que el sistema legislativo de

la Codificación comporta en el intérprete la constante referencia a categorías jurídicas, las cuales, precisamente por su función, pertenecen no a la lógica pura del Derecho sino a la lógica del Derecho vigente, en las sabias palabras de Augusto PINO.

Y, en efecto, las relaciones económicas nos ofrecen a diario, en no pocas ocasiones, como las actuales, la realidad innegable de una serie de intereses individuales coetáneos, respecto de los que resulta posible dar satisfacción a las necesidades que entran en franca, abierta y recíproca colaboración, intereses que nacen automáticamente de otros tantos incumplimientos de obligaciones, ya consumados o inminentes (artículo 1129. 1.º C.civ), que no otro es el caso, por ejemplo, de los dos o más acreedores ante su común deudor insolvente aún no sometido a procedimiento judicial concursal alguno: presentar el encuadre contractual y dar con la forma jurídica adecuada a la armónica solución de tales intereses económicos, es el objeto de este estudio, lo que puede obtenerse tanto indagando lo que el convenio concursal prejudicial es, como, por la vía indirecta, ya anticipada, *de lo que no es*, uno de cuyos supuestos, el de la *transacción* en el marco del Derecho anterior a la reciente legislación concursal española, vamos a limitar esta nuestra modesta aportación.

«Uno solo però dei contratti di diritto comune per la grande varietà delle sue forme e del suo contenuto, si protrebe considerare como il genero prossimo de la specie concordato: vale a dire la *transazione*», afirmaba, ya en 1902, la voz autorizada de Alfredo ROCCO<sup>1</sup> al argumentar, con esa finísima agudeza que le caracterizaba, que coinciden en el convenio concursal, tanto en el judicial como en el extrajudicial, los dos fundamentales elementos constitutivos de la transacción, a saber: las *res dubia* entre las partes y las *recíprocas concesiones* que éstas se hacen con el fin de remover tal estado de incertidumbre.

Dado el interés que tan original construcción despertó, como hemos de comprobar seguidamente, en la sucesiva literatura jurídica sobre el tema, que incluso ha llegado *no sólo* a algunos expositores españoles *sino* también a la propia Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, justo es que dediquemos a esta dirección doctrinal una especial atención, tratando de resumir y rebatir aquí lo esencial de sus argumentos. La *res dubia*, afirmaba ROCCO, concurre en ambos tipos de convenio, ya que ésta debe poderse referir no sólo a la *existencia* del derecho sino también a su *realizabilidad*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Confr. ROCCO, Alfredo, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Turín, 1902, pág. 209 y ss.

<sup>2</sup> Id. Id.

Sin embargo, conviene observar, antes que nada, lo significativamente curioso que resulta el hecho de que, pese a la gran autoridad de *Alfredo ROCCO*, principalísimo y vehemente defensor de tal teoría, ésta acabó por ser abandonada por la propia doctrina y jurisprudencia italianas, prosperando la tesis negativa de semejante asimilación, de acuerdo con una abundante producción doctrinal, que con anterioridad a ROCCO, se había pronunciando, en Italia, acerca de la naturaleza jurídica de los, allí denominados convenios amistosos extrajudiciales<sup>3</sup>.

Por mi parte, creo que existen razones más que suficientes y, por supuesto, rigurosamente científicas, aparte el abandono de la tesis de ROCCO a que me acabo de referir, para estimar que ambos institutos, convenio concursal y transacción, fuera de la nota común de su contractualidad, no pueden, en buena técnica, asimilarse. Acaso, en gran medida la egregia figura de ROCCO que entendió apasionadamente lo contrario y el hecho de que, en nuestros días, dentro de la doctrina italiana, no menos autorizada, sea defendida, bien que aisladamente y respecto del convenio judicial, la tesis de ROCCO por AZZOLINA<sup>4</sup> y, por supuesto, el indudable y gran interés dogmático del tema de la identificación, no menos, para nosotros, que la constante Jurisprudencia española al insistir en la antigua y por doquier hace tiempo superada tesis de ROCCO a que me refiero<sup>5</sup>, me obligan a entrar en los argumentos que apoyan mis particulares puntos de vista y, en definitiva, a enjuiciar críticamente la tesis de ROCCO y de nuestro Tribunal Supremo que, desde luego, no comparto.

## II. TESIS IDENTIFICADORA

Parece aislada la tesis que, entre la más antigua Jurisprudencia italiana, postuló la Sentencia de 24 de Julio de 1895 de la Corte de Apelación de Milán, afirmando, por supuesto sin una adecuada fundamentación, *la identidad de convenio y transacción*<sup>6</sup>. Pero lo cierto es que ya la doctrina

---

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Confr. AZZOLINA, Humberto, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali...* Turín, 1953, pág. 1287.

<sup>5</sup> Confr. *Infra*, notas 1, 2 y 3.

<sup>6</sup> «...el convenio en sustancia es una transacción que tiene lugar entre el quebrado y sus acreedores en relación a los créditos comerciales por ellos contraídos...»

En idéntico sentido, se había pronunciado la sentencia de 30 de junio de 1891, de la Corte de Apelación de Génova.

coetánea había negado con vigor esta tesis<sup>7</sup> y también la propia Jurisprudencia<sup>8</sup>.

Sin embargo, es *Alfredo ROCCO*, como ya hemos advertido, dada la genialidad de su construcción y su gran personalidad en la materia, quien, verdaderamente, inició la tesis de la asimilación de ambos institutos. En efecto, tras del párrafo ya transcrito, el ilustre concursalista añadía: «Para nosotros, pues, son verdaderas transacciones los acuerdos de las partes dirigidos a poner fin o a evitar el procedimiento de ejecución... Ciertamente que los derechos de los acreedores *sono accertati nella loro sussistenza giuridica*: pero el mantenimiento de la igualdad sobre la base de la ejecución colectiva<sup>9</sup> da lugar a una limitación recíproca de los varios derechos de crédito:

---

<sup>7</sup> Confr. VIDARI, Ercole, Corso di diritto commerciale, Milán 1894, IX, n. 8670, pág.7: «Fue dicho que es –se refiere al llamado convenio amistoso– una transacción. No es verdad. La transacción no puede tener por objeto más que un derecho litigioso, es decir, controvertido... Por el contrario, el convenio no tiene por objeto derechos litigiosos; antes bien, derechos ciertos, admitidos y reconocidos por el propio deudor. En la transacción, por lo tanto, también el deudor renuncia a una parte de aquellos que él cree sus propios derechos; en el convenio, por el contrario, él no renuncia a nada, sino que obtiene, en cuanto que renuncian a alguna cosa respecto de él sus acreedores. En suma, es un error creer que el convenio sea una transacción (Corte de Casación de Roma, 4 mayo 1891 y 1 julio 1892. Corte de Apelación de Venecia 26 enero 1886)»; SALVIA. Sull «ammissibilità della prova testimoniale relativamente all» esistenza e condizione di quegli accordi conosciuti sotto il nome di concordati amichevoli, en *Il Filangieri*, Nápoles, 1885, I, pág. 671: «o se consideran compleja o singularmente los varios acuerdos celebrados entre acreedores y comerciante deudor, faltan en ellos ambos efectos constitutivos de la transacción, es decir la mutualidad de los sacrificios y el fin de evitar la quiebra y truncar un litigio relativamente a pretensiones controvertidas»; GUARIGLIA, Il concordato nel diritto italiano e straniero, Nápoles, 1892, pág.160: «Afirmada la índole contractual del convenio, no nos queda más que decir que no es una transacción, porque nos queda más que decir que no es una transacción, porque no se transige sobre derechos ciertos sino sobre derechos inciertos».

<sup>8</sup> Confr. Sentencias de 23 Mayo de 1891, de la Corte de Casación de Roma: «No es verdad que el convenio sea una transacción y por esto regulado por los arts. 1772, y 1.773 C.civ.»; de 14 de junio de 1901, de la Corte de Apelación de Génova, en *Legge*, 1901, II, 375: «Ni se objete que el convenio, constituyendo una transacción, no podía... porque, como ya se dice, el convenio implicaba una remisión parcial del débito, no una transacción, de la cual no se daba el conocido extremo indispensable de las recíprocas concesiones»; y de 16 agosto 1901, de la Corte de Casación de Palermo, *Legge*, II, 588: «Este –se refiere al convenio– no tiene la esencia jurídica de la transacción, y ni mucho menos de la novación, así que bien fue definido como un contrato de género especial».

<sup>9</sup> No deja de lado (como no podía ser menos, tratándose de Alfredo ROCCO) la objeción que, obvia e inmediatamente, deriva del propio Derecho positivo y, saliendo al paso de la misma, dice: «A este concepto más amplio al que responde el espíritu del art. 1764 (C. Civil) no se opone la letra de aquella disposición legislativa que alude precisamente a lite sorta o che può sorgere. El periodo ejecutivo del procedimiento –continúa–, última fase del duelo judicial, en el que el vencido trata con toda astucia de evitar las consecuencias de la derrota; está siempre tan colmado de accidentales que bien pueden merecer el apelativo de litigio sin perjuicio de que éste sea normalmente más propio del procedimiento declarativo». Más, acaso no muy convencido, a renglón seguido, dice: «Añádese a esto que no es

limitación cuya extensión es actualmente incierta y que vendrá determinada por el éxito de la liquidación. Eliminar esta incertidumbre, precisar desde ahora los derechos de cada uno, significa no sólo poner término al procedimiento ejecutivo concursal contra el deudor, sino también hacer cesar o evitar las controversias entre los varios acreedores para la determinación de sus respectivos derechos sobre la prenda común..... Nosotros –termina ROCCO– pues, no tenemos dificultad en reconocer que el convenio pertenece a la gran familia de las transacciones, de las que sin embargo constituye una especie enteramente por las siguientes características: a) en cuanto al convenio obligatorio, porque es regulado enteramente por la ley con normas particulares, dependientes de la naturaleza pública del procedimiento al que pone fin; b) en cuanto al *convenio concursal*, porque va dirigido a evitar un procedimiento colectivo de ejecución y es estipulado no entre dos partes solamente sino por todos los acreedores entre sí y con el deudor».

Pues bien, una vez expuesta la parte que creo más sustancial de la elaborada exposición de ROCCO, lo que acaso pueda sernos de utilidad, dado el desenvolvimiento que genialmente hace, aunque de modo incidental, de algunos planteamientos, debemos advertir que esta orientación doctrinal no nace en ROCCO, le precede, en efecto, CAVO<sup>10</sup>, con gran agudeza, aunque con menor rigor científico que ROCCO, bien que en la misma línea luego desarrollada genialmente por éste, había escrito: «¿Para qué sirve la liquidación del crédito, la admisión del deudor, si el acreedor no puede exigir su haber? Las circunstancias anormales en que se encuentra el deudor, imprimen al crédito un carácter de casi litigiosidad e influyen sobre el acreedor persuadiéndole a que se contente con una parte de su crédito...». Y añadía: «El convenio es un contrato *sui generis*, complejo, que si no se puede hacerle entrar en los estrechos límites de la transacción, sin embargo, participa bastante de ésta».

También GIORGI<sup>11</sup>, con anterioridad a ROCCO, había contribuido a esta orientación identificadora de ambos institutos que, según vimos, hizo fortuna en aquella época inspirando también a éste gran maestro.

---

en modo alguno necesario dar la enumeración de las dos hipótesis del art. 1764: prevenire una lite che può sorgere; porre fine ad una lite già sorta, un valor estrictamente taxativo, sino que, por el contrario, es razonable mantener que el legislador había querido, por vía de ejemplificación, afirmar el concepto que puede constituir objeto de la transacción la definición de una relación jurídica generalmente incierta». Il concordato nell fallimento e prima... (op. cit. nota 1) pág.212.

<sup>10</sup> Confr. CAVO, Digesto italiano, VIII, parte I, n.3, pág 342.

<sup>11</sup> Confr. GIORGI, en Foro italiano, 1891, I pág. 423: «El convenio... se sustancia en una transacción».

La tesis maduró, efectivamente, en ROCCO, según lo expuesto, y cuando menos que yo sepa, en la posterior evolución de la doctrina italiana a este respecto<sup>12</sup>, no ha vuelto a postularse la naturaleza transaccional del convenio concursal si, por supuesto, del prejudicial.

Con razón exclamaba JONA<sup>13</sup> que debe desconfiarse un tanto de aquellas construcciones que, queriendo, por la armonía jurídica del sistema, reconducir una concreta figura a un tipo determinado, después se ven en la precisión de añadir al concepto, la expresión de *sui generis* que viene a desordenarlo y a confundirlo todo. Acaso yendo más lejos aún que dicho autor, creo yo que convendría desconfiar incluso del afán mismo de identificación, ya que éste, pronto o tarde, impulsa a forzar las instituciones (las más de las veces, *nuevas*), lo que, en definitiva, impide un ecuánime, imparcial y objetivo análisis de las mismas, que probablemente sería mucho más fructífero en el terreno de la *praxis*<sup>14</sup>.

Mas, para una conveniente crítica de fondo de esta tesis, será preciso advertir que ROCCO, en sus argumentos, parte de una premisa que da como exacta y que, ciertamente, la doctrina, que yo sepa, no ha acertado hasta hoy a desmentir; ocupación en la que a su debido tiempo me entretuve, para tratar de demostrar su falsedad; me refiero a la afirmación de que «el convenio es un *contrato bilateral*»; pues bien; de tal (inexacto) aserto deduce ROCCO, inmediatamente: «por lo que existen concesiones recíprocas». «El convenio –sigue argumentando– no es solamente un contrato entre acreedor y deudor, sino también *entre acreedores*<sup>15</sup>, y entre éstos no se puede desconocer el elemento de las concesiones recíprocas».

---

<sup>12</sup> A salvo, por supuesto, del ya apuntado caso de AZZOLINA, y de una somera referencia, al considerar los diversos contenidos posibles del convenio prejudicial, como determinante de la naturaleza jurídica de tal convenio concursal, que leo en CASTANA (conf. CASTANA, Antonino, *La cessione dei beni ai creditori nelle diverse fattispecie*, Milán, 1957, págs 112 y 114).

<sup>13</sup> Confr. JONA, Elio, *Il concordato amichevole stragiudiziale, in limite di fallimento*, Turín, 1908, n. 38.

<sup>14</sup> La consideración que hago en el texto me recuerda, pero para atribuirlo a la doctrina científica que de tal modo se produce, aquellas atinadas palabras de COLIN y CAPITANT (Curso elemental de Derecho civil, Madrid, 1955, IV, pág. 987) cuando estimaban que «en la práctica los contratantes, suelen disfrazar a menudo con el nombre de transacciones actos cuyo fin y cuyo carácter son en realidad, enteramente diferentes»

Y es curioso observar que fue precisamente en Francia donde el legislador, acaso influido por la entonces triunfante tesis de ROCCO, introdujo, aunque transitoriamente, el convenio preventivo de mayorías por Ley de 8 julio 1919: bajo el nombre de «*réglement transactionnel*» (cofr. LACOUR-BOUTERON, *Précis de Droit Commercial*, Paris, 1925, n. 1925, p. 527, nota 1).

<sup>15</sup> Afirmación, ésta última, muy intuitiva en ROCCO y correctísima a nuestro entender, conforme a lo que tenemos demostrado con anterioridad en el texto.



Quizá la doctrina coetánea, al igual que la posterior, respecto de la construcción de ROCCO, se vio privada de un valioso argumento para la adecuada crítica de tal construcción, al ser unánime, también en nuestros días, la creencia, en esto compartida, como vemos, por el propio ROCCO, en la *bilateralidad del convenio concursal*, ya que, contrariamente a tan uniforme corriente de opinión, creemos haber demostrado en qué consiste, a este respecto, la estructura técnico-jurídica de los convenios concursales (judiciales o prejudiciales que sean), cifrándola en un *contrato plurilateral* celebrado por y entre los acreedores en favor, precisamente del común deudor, lo que, por sí sólo destruye la base misma de la recién indicada argumentación de ROCCO en pro del carácter transaccional del convenio concursal.

### III. TESIS DIFERENCIADORA QUE POSTULAMOS

Más veamos, por el doble camino de *las semejanzas y las desemejanzas de ambas figuras, convenio y transacción*, en qué queda la genial teoría de ROCCO.

1.º *Semejanzas*. No tengo la menor duda de que existen elementos que podríamos llamar *comunes* al convenio concursal (especialmente, prejudicial) y la transacción: de acuerdo con FURNO<sup>16</sup>, en efecto, acaso sea «oportuno poner aquí de relieve uno de ellos, negativo, precisamente porque la doctrina adversaria (la de la identificación de ambas figuras) subraya el contrario; me refiero a que al igual de la transacción, el convenio amistoso tampoco supone ni elimina un estado de incertidumbre. Pero más que los elementos de semejanza (aparente) deben buscarse y determinarse los elementos que caracterizan respectivamente a cada uno de los dos institutos y los diferencian específicamente»:

#### 2.º *Diferencias*

a) El *aliquid datum, aliquid retentum*, cuando menos en el sentido preciso en que el art. 1809 del C. Civil español se pronuncia: «prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa»<sup>17</sup>, decididamente, no concurre en nuestro

---

<sup>16</sup> Conf. FURNO, Carlo, *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*, Madrid, 1957, pág.194.

<sup>17</sup> Recordemos que nuestro art. 1809 C.Civil es idéntico al art. 1764 C. civil italiano de 1865 y sustancialmente igual al art. 1965 del vigente Código civil; fórmulas a las que, a la vista del art. 2044 del Code Napoléon, llega igualmente la doctrina francesa (Confr. TROPLONG, *Du mandat, du cautionnement et de la transaction*, Bruxelles, 1846, art. 2044, n.4, pág 157)

convenio concursal extrajudicial (ni, dicho sea de paso, en el de masa o judicial).

Una recta interpretación de ambas instituciones, convenio y transacción, pone en evidencia que éste último contrato, a diferencia de aquél, desde el Derecho romano, requiere la presencia de *concesiones recíprocas*, que es tanto como decir mutuo sacrificio. Creo que la pretendida asimilación entre ambas figuras tiene una explicación, como todo fenómeno que acaece en la realidad, y es la de que se ha tomado la transacción, como ha puesto de manifiesto NATI<sup>18</sup>, en *sentido atécnico*: «con tal interpretación vulgar todo acuerdo podría calificarse de transacción». En efecto, se trata de un concepto atécnico, vago e impreciso, en el uso que, a estos efectos de la pretendida identificación que aquí examinamos, se ha hecho, y que entre nosotros muy bien podría venir expresado en los términos, por ejemplo, en que se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo español, de 5 de Julio de 1923: «La transacción es el modo de resolver *amistosamente en aras de paz y concordia* las diferencias suscitadas entre los que pretenden sustraerse a las contingencias de los pleitos»; amplio sentido conceptual valedero, desde luego, para nuestro convenio concursal prejudicial, dada, precisamente, su generalidad y entendiendo siempre también, con la misma amplitud, el vocablo *pleitos*; generalidad, amplitud e imprecisión que, por esto mismo, vienen a eliminar la significación jurídico-técnica propia del término *transacción*. Mas, por este camino se explica, aunque en modo alguno se justifica el criterio que pretende identificar ambos institutos, tan insistentemente mantenido por nuestro Tribunal Supremo. Es muy posible que haya contribuido eficazmente a tan equivocada opinión, también, aquél otro pronunciamiento (cierto en sí) de la Sentencia do 8 de marzo de 1933, según el cual «el contrato de transacción, por la amplitud de su contenido jurídico es susceptible de abarcar dentro de su área una o varias figuras contractuales que responden a la finalidad prevenida en él...», lo que, como es sabido y resulta por demás evidente, es nota propia, también del convenio concursal prejudicial.

No existe duda alguna, en efecto, de que el deudor no *hace concesión* alguna, cuando menos, tomando esta locución en el sentido técnico correcto en que debemos tomarla, siendo, a lo sumo, él el *favorecido*, precisamente, por el hecho de ser liberado del cumplimiento integral o puntual (o ambas cosas a la vez), de sus obligaciones, según resulta de la definición misma del convenio concursal que ya ofrecí en las primeras páginas de esta

---

<sup>18</sup> Confr. NATI, Augusto, Il concordato, con speciale riguardo al concordato stragiudiziale, Roma 1936, pág 88.

aportación. En un sentido verdaderamente técnico, pues, es el acreedor, o por mejor decir, son los acreedores quienes sufren, en el convenio concursal, un *sacrificio*, jurídicamente significativo.

Es posible, qué duda cabe, que el deudor realice *concesiones* como sucedería si, por ejemplo, consintiese en nuevas hipotecas sobre sus bienes o los de un tercero, o en la dación de un buen fiador, antes inexistente, en garantía de las obligaciones pendientes de pago por el deudor tras el convenio, o en la cesión de todos sus bienes, para pago o en pago de sus deudas, etc. etc., más, todos estos *eventuales* (y por ende, no determinantes de la dogmática de la categoría) supuestos, jamás puede decirse que entrañen, precisamente, el *aliquid datum*, *aliquid retentum* propios del contrato de transacción, rectamente entendido, faltando, como falta, por definición, la *correspectividad* propia de esta vieja figura y la necesidad «de una cierta equivalencia en el sacrificio de la reciprocidad de las concesiones» que la doctrina española exige respecto del contrato de transacción<sup>19</sup> sobre la base de la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo<sup>20</sup>.

Pero hay más, en cuanto a la concesión de aquel «algo» a que, como posible (*recte*, «eventual») por parte del deudor, aludíamos, no hay que perder de vista que semejantes «concesiones» no son enteramente *esenciales* respecto del convenio, mientras que la mutua concesión, técnicamente entendida, si que lo es respecto de la transacción. Es más, como se lee en la sentencia del Tribunal de Pisa, de 12 de diciembre de 1890: «Transacción no es y no puede ser el convenio: éste vocablo debe tener, cuándo es adoptado por la ley, el significado mismo que la ley le otorga mediante la correspondiente definición.... Dar un significado diverso, sería tanto como considerar que el legislador ha usado un lenguaje impropio, contrario al significado jurídico dado por todos los legisladores, sin excluir el nuestro... El convenio no tiene lugar por lo dudoso de los derechos, sino frecuentemente y casi siempre, por la insolvabilidad del deudor; en él pueden, por derecho, recibir los acreedores todo su haber sin dejar nada al momento, a término o a plazos. Y si bien ésto raramente sucede, demuestra que puede existir convenio sin el *aliquid datum* y el *aliquid retentum* y que, por ende, no es transacción, y, en efecto, como tal jamás fue considerado por la doctrina...». Además, como ha puntualizado certeramente un autor<sup>21</sup>, el convenio «puede también tener lugar en condiciones tales, en las que sea irrisorio hablar de *concesiones por*

---

<sup>19</sup> Confr. PUIG BRUTAU. J. Fundamentos de Derecho civil, Barcelona, 1956, tomo II, vol. II, pág 568.

<sup>20</sup> Ss. 13 julio 1940, 21 abril 1942, 18 febrero 1944 y 14 marzo 1955, entre otras.

<sup>21</sup> Confr. JONA, Elio, Il concordato amichevole straguidiziale in limite di fallimento, Turín, 1908, pág.65.

*parte del deudor*. Así, cuando el convenio se reduce a la remisión de una parte del crédito para obtener inmediatamente el pago de la otra, o bien una dilación, o bien una remisión y dilación (y son éstas las formas más comunes del convenio) no se ve qué es lo que el deudor *concede*. Bien es verdad que el deudor procura una ventaja a los acreedores, los cuales, haciendo declarar o proseguir el concurso, probablemente, obtendrían mucho menos; pero no la procura mediante una *concesión*<sup>22</sup>. No se debe olvidar que ¡no es una *concesión* el pagar una parte solo de las deudas propias! Si insisto tanto en repetir que, con la renuncia, en una forma o en otra, a una parte de sus derechos, los acreedores no regalan, o por lo menos no entienden regalar, sino sólo procurar su propio interés, no se me venga luego a decir que ¡quien regala es el deudor!».

Obsérvese, de otro modo, que si bien entre los acreedores, como consecuencia de aquella comunidad incidental que entre ellos se da y de la que el propio ROCCO nos habla respecto del convenio judicial<sup>23</sup>, puede pensarse que concurren las concesiones recíprocas propias de la transacción, lo cierto es que, por el contrario de cuanto sucede en ésta, no hay duda alguna acerca de la falta de espontaneidad de tales mutuos o multirecíprocos sacrificios propios del convenio concursal, y ello es así a consecuencia de la necesidad en que los acreedores se encuentran (según lo dicho al comienzo de este discurso) de actuar precisamente en común. «Una renuncia, una limitación de sus derechos –afirmaba acertadamente a este respecto JONA<sup>24</sup> les viene ya impuesta por la ley, con la quiebra, ya efectiva (convenio judicial) ya inminentemente (convenio extrajudicial). Precisar esta limitación no es, sin embargo, me parece, renunciar a un derecho, como quería ROCCO».

En el mismo sentido que propugnamos de estimar que no concurren en el convenio concursal (judicial o extrajudicial) las *recíprocas concesiones* propias de la transacción, se ha pronunciado por lo demás, la doctrina y la Jurisprudencia italianas que, en los últimos tiempos, se ha ocupado expresamente del tema<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> A este respecto, aludido en el texto por JONA, había escrito, muy atinadamente por cierto, VIDARI, Ercole, Corso di Diritto commerciale, Milán, 1894, IX, n.8669, pág.7, que «en la transacción, por ende, también el deudor renuncia a una parte de aquello que él cree sus propios derechos; en el convenio (se refiere al prejudicial) por el contrario, no renuncia a nada, sino que lo que logra es que sus acreedores renuncien a algo de sus derechos»

<sup>23</sup> Confr. ROCCO, Alfredo, Il concordato nel fallimento e prima del fallimento, Turín, 1902, n.78, págs 158 y ss.

<sup>24</sup> Confr. JONA, Elio, Il concordato amichevale straguidiziale..(op.cit.supra. nota 13), pág 66.

<sup>25</sup> Confr. NATI, Augusto, Del concordato, con speciale riguardo al concordato straguidiziale, Roma, 1936, pág 88, NAVARRINI, Humberto, La Quiebra, traducción y notas del Derecho español por F. HERNÁNDEZ BORONDO, Madrid, 1943, n.2403 f), pág 348, y

No me resisto, a mayor abundamiento y en apoyo de los puntos de vista que mantengo, a la tentación de transcribir aquí algunos de los párrafos que juzgo más elocuentes entre los que más autorizada doctrina italiana ha producido en el tema que nos ocupa, párrafos perfectamente válidas para el Derecho español y que, a mi juicio, vienen a zanjar definitivamente la cuestión sin lugar a dudas.

Me refiero, sobre todo, a FURNO<sup>26</sup> para quien las recíprocas concesiones «constituyen requisito esencial de la transacción y no del convenio», «Es fácil observar —agrega— que el convenio amistoso se concreta precisamente —por lo menos en general— en concesiones y aplazamientos que los acreedores hacen unilateralmente al deudor. Falta el estado de litigio, la situación litigiosa, el deudor no se opone, no resiste, y frente a su difícil situación los acreedores vienen hacia él, le conceden respiro y facilidades y reducciones de pago. De modo que hablar en estas condiciones de concesiones recíprocas, de mutuo sacrificio, puede parecer incluso una ironía».

PROVINCIALI<sup>27</sup>, por su parte, bien recientemente, ocupándose del convenio extrajudicial, aunque su inicial afirmación de que «el convenio extrajudicial es al convenio judicial (preventivo, de quiebra, en la liquidación coactiva) como la transacción es a la sentencia que resuelve la litis...»<sup>28</sup>, pudiera inducirnos a confusión acerca de su postura en el tema debatido, lo cierto es que, líneas más adelante<sup>29</sup>, precisamente al replicar a AZZOLINA., cuándo éste le reprocha falta «de precisión», rotundamente afirma «que no se trataba de transacción (por la misma razón que también para los contractualistas, no es tal el convenio judicial)», lo que, según él, se deducía, antes de ésta su afirmación, de su Manual, 2.ª edición, ns. 388 y 390, 395 y 396, 3.ª edición, ns. 642, 644, 650 y 651.

---

SATTA, Salvatore, *Instituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1948, quien, pese a que parece dar a entender lo contrario en la pág. 327, claramente se pronuncia por la negativa de la pretendida identificación en la pág. 269.

<sup>26</sup> Confr. FURNO, Carlo, *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*, Madrid, 1957, pág. 195, opinión, la de este ilustre profesor de Florencia que, de no contar con otras garantías que las que tiene, y de gran peso, merece aquí una especialísima atención, ya que, cultivador del Derecho procesal civil, como es sabido, se asoma (en su aquí citada obra), con verdadero conocimiento de causa, al campo del Derecho sustantivo y, según creo, es precisamente en esta encrucijada de caminos donde se ha de resolver la problemática toda del convenio concursal, también la del prejudicial.

<sup>27</sup> Confr. PROVINCIALI, Renzo, *Tratado de Derecho de quiebra*, Barcelona, 1958, cit. 3.ª ed. III, págs. 397 y ss.

<sup>28</sup> Más bien me inclino a pensar que el insigne concursalista, en tal párrafo, usa la voz transacción en el sentido atécnico y genérico a que me acabo de referir líneas más arriba. Es decir, en la acepción «2. Trato, convención o negocio» que la palabra tiene en el Diccionario de la Real Academia española de la lengua.

<sup>29</sup> PROVINCIALI, *Tratado...* (op. cit. supra, nota 27), pág. 600.

La doctrina española, aunque escasa, como es sabido, en el tema del convenio prejudicial, también viene rechazando su equiparación con el contrato de transacción y ello por el mismo motivo que examinamos, es decir, el de no ver en aquél las consabidas *concesiones recíprocas* que nuestro C. civil (art. 1809) da por supuestas en éste. GAY de MONTELLÁ, en efecto, siguiendo a VIDARI, afirma<sup>30</sup> que «en el convenio amistoso ni existe aún contención entablada, ni hay por parte del deudor más que obligaciones a cumplir, siendo raro que dentro del convenio pueda aquel hacer valer ningún derecho»; y GONZÁLEZ de ECHÁVARRI y VIVANCO<sup>31</sup> se limita a transcribir los párrafos de VIDARI, ya aludidos por nosotros, cuya doctrina comparte por entero. La autoridad de GARRIGUES, últimamente<sup>32</sup>, aunque respecto del convenio judicial, vino a avalar esta nuestra creencia de que «no hay aquí recíprocas concesiones, ya que el quebrado no hace ninguna», apuntando, pese a ello, el criterio contrario de la jurisprudencia española.

En verdad, resulta sorprendente como nuestro Tribunal Supremo<sup>33</sup> ha podido acoger tan constantemente, durante lo que va de siglo XIX, la tesis

---

<sup>30</sup> Confr. GAY de MONTELLÁ, Código de Comercio español comentado, V, pág. 41.

<sup>31</sup> Confr. GONZÁLEZ de ECHEVÁRRI y VIVANCO, Comentarios al Código de comercio y jurisprudencia española, Valladolid, 1945, II, página 218.

<sup>32</sup> Confr. GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, II, pág. 435.

<sup>33</sup> Ss de 20 noviembre 1928, 18 abril 1929, 30 diciembre 1932: «se ha de declarar que tales convenios, en las suspensiones de pagos, deben estimarse como verdaderas transacciones que deben cumplirse como los demás contratos mercantiles»; 21 abril 1934, 26 junio 1945: «La quiebra da lugar a una ejecución colectiva contra los bienes de un deudor común, o a un convenio transaccional que la evita, mediante concesiones al deudor para que satisfaga sus deudas de manera y en términos distintos de los que se hallaba obligado a hacerlo»; 30 Mayo 1959 y 15 febrero 1962. Y resulta tanto más sorprendente cuanto que ya la Sentencia de 29 de noviembre de 1905 había establecido con un, a nuestro entender, exacto criterio, rigurosamente científico, que no existe transacción cuando una ejecución se deja en suspenso a cambio de la promesa de pagar dentro de unos días, pues la relación jurídica permanece sin modificar y sólo media una concesión de favor por parte de uno de los litigantes. La misma orientación puede verse en la sentencia de 18 de febrero de 1946, la que, tras de insistir en la conocida definición del contrato de transacción, entiende que éste no existe cuando una de las partes nada dio ni prometió en reciprocidad a las concesiones de la otra parte, debiendo considerarse estas concesiones como verdadera renuncia de derechos: y éste es, según creo, el caso del convenio concursal en general y, por supuesto, del prejudicial en particular.

En parecidos términos, vid. S. 10 febrero 1941. A cuyas resoluciones jurisprudenciales aún cabe añadir, a los efectos del argumento aquí trazado, lo contradictorio del criterio de nuestro más alto Tribunal de Justicia cuando, de un lado, estima transacción el convenio concursal judicial y, de otro, como sucede en la Sentencia de 9 de marzo de 1948, muy elaborada por cierto, entiende que «la concesión recíproca y «determinante» de un contrato con causa onerosa excluye, en absoluto, la posibilidad de confusión con otras relaciones jurídicas de prestación...» pues a nadie se oculta que, además de faltar en los convenios concursales (judiciales o extrajudiciales) concesiones recíprocas en sentido verdaderamen-

de la identificación de ambos institutos, convenio judicial y transacción, máxime si se tiene en cuenta la evolución y las poderosas razones aducidas por la doctrina italiana, en la que, como hemos visto, nació semejante criterio y en la que ha terminado por ser desterrado casi totalmente; es más; como botón de muestra a este respecto, aparte la información y los argumentos aportados en las páginas precedentes, valgan las palabras de FURNO<sup>34</sup> cuando, con razón, afirma que «la opinión hoy predominante se inclina en el sentido de que las dos figuras del convenio (de quiebra y preventivo) reguladas por la ley no tienen ninguna analogía con la transacción».

Quizá ha sido la propia Jurisprudencia española y la influencia de ROCCO lo que ha impulsado, no ha mucho a SOTILLO<sup>35</sup> a afirmar la identificación de instituciones que aquí combatimos, mostrando, por ende, una posición completamente excepcional, junto a MUR SANCHO<sup>36</sup>, COSSIO<sup>37</sup>,

---

te técnico, jamás podrá admitirse que éstas y no, en cambio, la situación real fáctica de insolvencia del deudor, sea la verdadera «determinante» del vínculo (plurilateral, según creo) contractual.

<sup>34</sup> Confr. FURNO, Carlo, *Negocio de fijación y...* (op.cit.supra, nota 16) pág 193.

<sup>35</sup> Confr. SOTILLO, J. Antonio, *Convenios extrajudiciales entre deudor y acreedor*, Revista General de Derecho, 1962, año XVIII, julio-agosto, n.º 214-215, pág 639, bien que, por la falta de precisión de su propio planteamiento (obsérvese que comienza su trabajo con alusiones al convenio entre acreedor y deudor, así, en singular, pero luego introduce el plural respecto del primero –los acreedores–, cuando sabido es que esto constituye la esencia misma de todo convenio concursal) no puede saberse, a decir verdad, si se está refiriendo al convenio concursal prejudicial de que aquí tratamos. «Pero lo que no regula especialmente – dice SOTILLO, refiriéndose a nuestro Derecho – son los convenios extrajudiciales, los cuales, como contratos transaccionales, se rigen por los principios generales del Derecho civil y concretamente en el título XIII del Libro Cuarto, del C.civil que lleva como epígrafe «De las transacciones y compromisos». El propio autor define el convenio extrajudicial como «un pacto o contrato transaccional establecido entre deudor y acreedor, por el que las partes concilian sus contrapuestos intereses, concordando en tiempo, forma y cuantía la forma de pago de las obligaciones pendientes del deudor». Cabría añadir – continúa – que con sacrificio recíproco, en base de las recíprocas concesiones que las partes verifican y cuyo sacrificio constituye el presupuesto esencial y distintivo de la transacción». «De su naturaleza jurídica transaccional surge evidentemente su fuerza de obligar y así deberá cumplirse como los demás contratos». Igual en *El desistimiento en la suspensión de pagos*, Rev.Gral.Leg y Jur. 1954, Feb., pág.91.

<sup>36</sup> Confr. MUR SANCHO, Ricardo, *La situación anormal del comerciante y sus soluciones legales*, Valencia, 1944, pág 38: «y el modificarlas –se refiere a las obligaciones pendientes– en su cumplimiento mediante nuevos convenios; facilita con la transacción la solución amistosa y hasta parece que el legislador en el orden común desea tales soluciones...»

<sup>37</sup> Orientación que también asoma, aunque más tenuemente aún, en COSSIO, Alfonso de, *Convenios extrajudiciales de cesión de bienes para pago de deudas*, Revista de Derecho Privado, enero 1953, n.º 430, pág 7: «Los llamados convenios judiciales, como su nombre mismo indica, han dejado de ser actos unilaterales de abandono o desamparo de los bienes, verificados por el deudor en beneficio de sus acreedores, hecha abstrac-

URIA<sup>38</sup> y PLAZA, quien apoyándose, sin duda, en la Jurisprudencia habla de *transacción judicial* al catalogar los Convenios de tal índole; y en el mismo sentido, RAMIREZ<sup>39</sup>.

ción de la voluntad de éstos, para adquirir un carácter en cierto modo contractual, que les hace aparecer como verdaderas transacciones judiciales, llamadas a poner fin a los procedimientos de ejecución universal, sin embargo ese carácter contractual aparece restringido por una serie de normas especiales en que prima el interés general sobre el particular de cada uno de los interesados»; y más adelante, en la misma pág 7, al afirmar que se trata de «un acto de naturaleza específicamente procesal» tanto por su forma como por sus efectos, en cuanto pone fin al correspondiente procedimiento judicial, determinando su sobreseimiento, dice: «En tal sentido, y con las limitaciones antes indicadas, el convenio reviste los caracteres de verdadera transacción judicial (art. 1809 del Código civil), con autoridad de cosa juzgada, y permitiendo, en caso de incumplimiento, acudir a la vía de apremio (art. 1816 del Código civil)»; respecto del convenio extrajudicial por cesión de bienes, COSSIO añade (ibidem, pág 10) que; «sin embargo, afirmar lo mismo (se refiere a la catalogación del convenio judicial como transacción judicial) del convenio concertado extrajudicialmente, carece, a nuestro juicio, de sentido; en primer término, porque tal calificación es en absoluto intrascendente, en cuanto no permite deducir consecuencia práctica de ninguna clase, ni explica la naturaleza de los efectos producidos por la cesión, que pertenecen íntegramente al derecho material; en segundo lugar, porque el convenio de cesión es un contrato civil que deriva su fuerza vinculante únicamente del consentimiento de todos los interesados y no de la aprobación de una autoridad extraña a ellos. Sin embargo, no hay inconveniente en reconocer que su función práctica viene a sustituir una función pública de carácter jurisdiccional y, en tal sentido, sus efectos son análogos a los de las instituciones procesales a que se ha hecho referencia». Con todo, creo que va implícito en COSSIO, aquí, un insuficiente deslinde entre convenio concursal y cesión de bienes.

<sup>38</sup> Por último, acaso en URÍA, Rodrigo, Derecho mercantil, Madrid, 962, n.854, pág 754, aunque no de modo explícito, parece que se muestra complacido con la doctrina de la transacción, a juzgar por la cita que hace de la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, ya aludida por nosotros en las páginas precedentes, que atribuyen tal naturaleza a los convenios concursales judiciales, lo que URÍA no rebate.

<sup>39</sup> Confr. TORRES de CRUELLES, J., La suspensión de pagos, Barcelona, 1957, pág 487. Es verdaderamente paradójico lo que sucede en la doctrina mercantilista española, a salvo muy estimables excepciones (como, por ejemplo, la de GARRIGUES), respecto del tema de la naturaleza jurídica del convenio concursal, según se pronuncien los autores acerca del convenio concursal prejudicial (cuyas opiniones ya han sido expuestas líneas más arriba), coincidiendo entonces en excluir el carácter transaccional, o acerca del convenio judicial o de masa (ya de quiebra, ya de suspensión de pagos), en que, cambia diametralmente de opinión y al convenio, entonces, se le atribuye la naturaleza del contrato de transacción; y ello pese a la apuntada identidad sustancial de ambos tipos de convenio concursal: conf. acerca de esta paradójica divergencia de criterio, RAMÍREZ, José Antonio, Derecho concursal español. La quiebra, Barcelona, 1959, III, págs 161 y ss., quien, tras una enumeración exhaustiva de nuestros clásicos (MARTÍ de EIXELÁ, GONZÁLEZ HUEBRA, CARAVANTES y GÓMEZ de la SERNA y REUS), a la que acaso podría haberse añadido al cita de RODRÍGUEZ ALTUNAGA, Rafael, Derecho Mercantil, Madrid, 1917, pág 844, quien al ocuparse del concepto del convenio judicial, expone: «se funda esta institución en aquel proverbio que dice más vale una mala transacción que un buen pleito (STRACCHA)» y tras argumentar sobre la base de una mera coincidencia terminológica, la de «poner término» (que, desde luego, creo que no puede estimarse como sustancial y determinante), que encuentra en



b) *La res dubía*. Más, prosigamos nuestra consideraciones críticas acerca de la tesis de la pretendida identificación entre transacción y convenio concursal que tan magistralmente defendiera, en otro tiempo, el eximio ROCCO, y que fue seguida, no sin excepciones, por nuestro Tribunal Supremo.

En cuanto al otro elemento tradicionalmente propio y específico del contrato de transacción, la *res dubía* o *res incerta*<sup>40</sup>, hoy, dentro de la propia doctrina italiana, tras de la apuntada evolución de la misma en esta materia, puede contestarse a ROCCO, con palabras de FURNO<sup>41</sup>, a las que, desde luego, nos adherimos por entero: «La distinción que ROCCO introduce para salvar el presupuesto de la *res dubía*, entre incertidumbre sobre la *existencia* e incertidumbre sobre la *posibilidad de realización* del derecho carece de fundamento sólido, aunque esté defendida por autorizados escritores alemanes». «Alfredo ROCCO —añade FURNO— basa esencialmente la distinción en la hipótesis del procedimiento ejecutivo, en el cual un derecho no discutido en cuanto a su existencia puede encontrar obstáculos a su realizabilidad.

Pero la hipótesis no es adecuada porque la incertidumbre sobre la *realizabilidad* del derecho no tiene más valor que el de orden psicológico y no jurídico, lo mismo que no tiene ninguna trascendencia jurídica la incertidumbre sobre el resultado del proceso». «Desde este punto de vista, la exclusión del requisito (o del presupuesto) de la incertidumbre se presenta para el convenio todavía más fácil que para la transacción, ya

---

la Exposición de Motivos del C. de com. y el art. 1809 del C.civ., termina por afirmar (pág 164) que: «A la luz, pues, de la Exposición de Motivos del vigente C. de co., en relación con el art. 1809 del C. civil y Sentencia de 9 de noviembre de 1950, surge evidentemente el carácter transaccional del convenio resolutivo. Pero, si aún cupiese alguna duda, la misma habría de disiparse a la sola lectura de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por cuanto, a su tenor, no sólo es el convenio un contrato, y por cierto bilateral, sino que su catalogación específica no es otra que la de un contrato de transacción», y antes había afirmado: «no tendremos más remedio que aceptar la tesis de que, dentro de nuestro sistema de derecho positivo, el convenio aprobado judicialmente en juicio de quiebra entraña una transacción», siendo así que por mi parte y según va quedando delineado a lo largo de este discurso, nuestro Ordenamiento jurídico, lo que hace es, precisamente, desaconsejar la asimilación que se pretende, siendo inoperante la cita, sin más argumentos, de la Jurisprudencia española, dada la crítica que de ella, precisamente, venimos formulando en el texto y no siendo admisible tampoco, por superficial y meramente terminológico, el argumento que RAMÍREZ cree encontrar en la sola coincidencia de la locución utilizada por el legislador, que ya ha sido indicada. DIEZ PICAZO (op.cit pág 777), duda.

<sup>40</sup> D. 2, 15, 1: Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur, donationis causa certam et indubitam liberalitate remittit.

<sup>41</sup> Confr. FURNO, Negocio de fijación y confesión extrajudicial..(op.cit, supra, nota 16), pág 194.

que en el convenio extrajudicial se está, no frente a un estado de litigio, sino frente a un estado de *insolvenca*, calificado, no por un conflicto de pretensiones *hinc et inde*, sino por el hecho objetivo y cierto de la cesación de pagos».

Acertadísimo criterio, del todo correcto en el orden científico, el de FURNO, que aunque con otras palabras es corroborado por GUIDINI, aun refiriéndose a la cesión de bienes a los acreedores para pago de deudas y no al convenio concursal extrajudicial, institutos que también es preciso distinguir adecuadamente<sup>42</sup>.

Estas afirmaciones de FURNO, en efecto, son válidas para nuestro Derecho positivo, ya que, si repasamos los términos claros y precisos del art. 1809 del C. civil «..., evitan la provocación de *un pleito* o ponen término *al que* había comenzado», pese a la generosidad de interpretación propugnada por ROCCO sobre el homónimo texto italiano de la época, debe reconocerse que, entre nosotros, no puede pretenderse tampoco que el concurso de acreedores constituya *un pleito* en el sentido específico que el vocablo recibe en el invocado precepto legal. Como ya afirmaba JONA<sup>43</sup>, «La quiebra no es y no puede considerarse un pleito. Es un procedimiento destinado a poner fin a una liquidación y cuyo carácter dice se agota completamente en esta liquidación. Bien es verdad que en la quiebra nacen a veces litigios pero estos no son, en efecto, esenciales a este procedimiento, no derivan de él como necesaria consecuencia., no son frecuentemente ni siquiera accesorios, y si la ley los recoge y los confía al examen y a la competencia del mismo tribunal, bajo cuya dirección y vigilancia ha de desenvolverse todo el procedimiento, es porque no quiere fraudes, no quiere parcialidades deshonestas, que sólo aquel tribunal se encuentra en situación de descubrir e impedir. Deducir de esto que la quiebra sea un litigio sería gravísimo error,

---

<sup>42</sup> Confr. GUIDINI, Mario, *La cesione dei beni ai creditori*, Milán, 1956, págs 23 y 11, especialmente, 25 y 26, en que, aunque ocupándose del instituto de la cesión voluntaria de bienes a los acreedores y no del convenio concursal, creemos que, *mutatis mutandis* sus observaciones y argumentos son válidos también a este último: «Como resulta del mismo texto del art. 1965 (C. civile) sobre la noción de la transacción, es preciso que la litis, que se evita o a la que se pone fin, sea la resultante de la pretensión y de la contestación de las partes; la res dubia resulta del hecho mismo de la oposición asumida que se exterioriza precisamente en una pretensión a la que se contrapone una contestación. Una situación bien diversa se encuentra en la cesión de bienes, donde el deudor no contesta, en efecto, el derecho de los acreedores, antes bien lo reconoce, admite su propia obligación y solamente propone un procedimiento satisfactorio diverso del de la ejecución forzosa (sin poder pretender que los acreedores renuncien a la ejecución forzosa): se da más bien un conflicto de intereses –consistente en la existencia de deudas todavía por pagar– pero no existe conflicto de pretensiones».

<sup>43</sup> Confr. JONA, Elio, *Il concordato amichevole straguidiziale*..(op.cit.supra. nota 16), n.44, pág 67.

porque no es en modo alguno inconcebible un procedimiento de concurso, en que no se presente contención de partes; error tan grave como aquél de quien considerase un litigio el procedimiento de ejecución forzosa individual (y la quiebra, en último análisis, no es más que un instituto paralelo a éste): sería dejarse groseramente engañar por las apariencias, estimar que siempre, cada vez que interviene la autoridad judicial, se trata de *derechos* por declarar, no de *intereses* por tutelar». Inexactitud gravísima ésta, que basta, debo añadir, para que se vea rápidamente su alcance y consecuencias. Sin duda, ROCCO había, si no previsto, por lo menos intuido esta grave objeción, que no me consta haya sido presentada todavía por otros. Por esto, él trató de afirmar que, por otra parte, puede darse una transacción independientemente de un litigio: «No es —decía— ni mucho menos necesario dar a la enumeración de las dos hipótesis del art. 1764, prevenir una litis que pueda surgir, poner fin a una litis ya surgida, un valor estrictamente taxativo; pero, por el contrario, es razonable estimar que el legislador haya querido, por vía de ejemplificación, afirmar que puede constituir objeto de la transacción la definición de una relación jurídica generalmente incierta».

No puedo seguir al ilustre autor en estas argumentaciones. De este modo viene ROCCO a deformar la antigua concepción de la transacción: no se limita a ampliar su alcance, la subvierte de tal modo que ya no se sabe cuáles son los caracteres de este instituto. Desde luego no aquellos que el C. civil entiende disciplinar en el citado art. y siguientes. De esto, y no menos de los correspondientes artículos de las otras legislaciones y de la tradición histórica del instituto, resulta que la transacción tiene por presupuesto necesario una *litis*. La hipótesis de ROCCO que el legislador había entendido ejemplificar tiene por ello, según creo, el valor de una pura hipótesis contradicha hasta la evidencia por la letra y por el espíritu de la ley. Todo lo que por esta se puede producir, interpretando con mucha amplitud, es aquél sentido genérico de la incerteza del derecho, en lo que, repito, concuerdo plenamente con ROCCO. Pero el presupuesto de la transacción es necesariamente y siempre una *litis*. Lo demás es creación genial, pero fantástica. Por ella ROCCO viene a deformar el tipo histórico de la transacción, a crear un tipo nuevo, con el fin de hacer entrar el convenio, el cual finalmente y de todos modos, constituiría siempre una transacción *sui generis*. Francamente, me parece que el resultado no coronó el esfuerzo.

Por lo demás, puede decirse que toda la doctrina e incluso, como hemos visto, la Jurisprudencia italianas que expresamente ha abordado el tema y en él la cuestión de si concurre o no la *res dubia* en el convenio concursal,

se mueve en la misma línea que aquí definiendo, desde VIDARI<sup>44</sup>, pasando por NATI<sup>45</sup>, hasta NAVARRINI<sup>46</sup>.

Y es que, en puridad, como con gran acierto ha observado FURNO<sup>47</sup>, «debe negarse la analogía (del convenio amistoso) con la transacción o por lo menos se debe despojar de toda referencia técnica a situaciones o mecanismos jurídicos afines; la noción precisa del convenio hay que buscarla en la dirección del acuerdo y del arreglo convencional de las relaciones privadas patrimoniales, con particularidades específicas...» que es, precisamente, cuanto hemos tratado de delinear en el presente discurso.

El no haberlo entendido así, con evidente desconocimiento, por tanto, de la verdadera esencia, estructura y función del convenio concursal pre-judicial, es lo que, a mi juicio ha inducido a CASTANA<sup>48</sup>, no ha mucho, a considerar que «ningún principio o norma jurídica autorizan a concebir que un contrato, como por ejemplo, la transacción, cambie su naturaleza por él sólo hecho de ser concluido entre un empresario comercial y la masa de sus acreedores», sin tener en cuenta las diferencias verdaderamente sustanciales que separan una de otra institución y dando por supuesto, según advertí al referirme a CASTANA líneas antes, que la transacción puede entrar, entre otros, en los posibles contenidos del convenio concursal pre-

---

<sup>44</sup> Confr. VIDARI, Ercole, Corso di Diritto commerciale (op.cit.supra) n.8669, pág7: «La transacción no puede tener por objeto más que un derecho litigioso, es decir, controvertido...Por el contrario, el convenio –se refiere al amistoso–, no tiene por objeto derechos litigiosos; antes bien, derechos ciertos, admitidos y reconocidos por el mismo deudor».

<sup>45</sup> Confr. NATI, Augusto, Del concordato, con speciale riguardo al concordato stragiudiziale (op.cit.supra nota 18), pág 88: «En el convenio no se descubre ante todo aquella incerteza objetiva o subjetiva de derecho que antes destacábamos como uno de los requisitos esenciales del negocio transaccional. Es sólo desde un punto de vista estrictamente económico desde el que en el convenio se podría –con una dosis de buena voluntad– descubrir la incerteza de la situación de hecho a la que el convenio pone fin...Se podría convenir– dice NATI, respecto de la tesis de la identificación–solamente si por transacción considerásemos la reducción del crédito que, en vía de acuerdo, la masa consiente constreñida por la irrealizabilidad plena de los propios derechos».

<sup>46</sup> Confr. NAVARRINI, Humberto, Derecho de Quiebra...n.2403, pág 348: «porque el proceso de quiebra no se puede asimilar a una litis»; «antes al contrario, incluso aceptando este concepto (se refiere al de extender la incertidumbre a la mera realizabilidad del derecho, como quería ROCCO)...se opondría siempre al obstáculo insuperable de que faltaría una litis a truncar o prevenir (art. 1764 C. civil)».

<sup>47</sup> Confr. FURNO, Carlo, Negocio de fijación y confesión extrajudicial (op.cit.supra) pág 195.

En una posición un tanto vacilante pero, en definitiva, también contraria a la identificación, se pronuncia, en la doctrina argentina, GARCIA MARTINEZ, Francisco, El concordato y la quiebra, Buenos Aires, 1940, I, pág 305.

<sup>48</sup> Confr. CASTANA, Antonio, La cessione dei beni ai creditori ne le diverse fattispecie (op.cit. supra).

judicial, cuando su pretendida identificación jurídica sustancial, por cuanto aquí hemos podido demostrar, no es posible.

Acaso nada mejor, ni más satisfactorio para concluir este tema, que traer en apoyo de la tesis que defiendo en estas páginas, escritas antes incluso que las de la indiscutible autoridad de GUASP<sup>49</sup>, quien rotundamente, bien que sin demostrarlo, niega al convenio concursal de índole judicial, único de que se ocupa, la naturaleza de transacción: «El convenio es... (advirtamos que con referencia al Derecho vigente en su época, alude al que tiene lugar en el *concurso de acreedores*, pero el criterio debe entenderse extensivo *a lo demás*, cuando menos, *a los judiciales*)... precisamente aquel acto en que actúa concordemente la voluntad de las partes litigantes: hipótesis de *acuerdo procesal*, por su fondo y por su forma, distinta del supuesto común de la transacción».

---

<sup>49</sup> Confr. GUASP, JAIME, Derecho procesal civil, Madrid, 1968, II, Parte Especial, págs 307-308.