

Presentación del Anuario de Derecho Concursal

El día 15 de diciembre de 2004 tuvo lugar, en la sede del Colegio Nacional de Registradores, el acto de presentación del ANUARIO DE DERECHO CONCURSAL, bajo la Presidencia del Ministro de Justicia Juan Fernando López Aguilar. Por el interés de las intervenciones, la Revista publica las palabras pronunciadas en ese acto por Aurelio Menéndez, Presidente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, y las palabras pronunciadas por Ángel Rojo, Catedrático de Derecho Mercantil y Presidente del Consejo de Redacción del Anuario.

INTERVENCIÓN DEL PROFESOR AURELIO MENÉNDEZ

Excelentísimo Sr. Ministro de Justicia
Excelentísimo Sr. Decano del Colegio de Registradores
Señoras y Señores:

I

1. Durante muchos años —demasiados— no ha existido en España una ciencia del Derecho Concursal. Mientras que otras disciplinas jurídicas —y, entre ellas, varios de los diferentes sectores del Derecho Mercantil— pronto adquirieron esa densidad intelectual sin la cual en vano se puede intentar, construir, el Derecho Concursal ha vivido sin orden, sin cimientos, en poder, si acaso, de una literatura jurídica utilizada en la pura práctica profesional, con obras que, en esa línea, pueden calificarse de meritorias, como la de RAMÍREZ en materia de «quiebra» o la de SAGRERA TIZÓN en materia de «suspensión de pagos». En los dos primeros tercios del pasado siglo, los estudios de Derecho Concursal más sólidos se encuentran, paradójicamente, en los dictámenes emitidos con ocasión de la quiebra de la *Barcelona Traction*; pero esos dictámenes no sólo nacieron lastrados por la necesidad de

fundamentar las posiciones de las poderosas partes en conflicto, sino que, además, produjeron durante algunos años una cierta fractura en la doctrina española. Por todo ello —me atrevo a afirmar— mi generación no ha sido una generación de concursalistas. No hemos dejado una obra doctrinal general —ni siquiera un «Curso» o un «Manual»—; apenas alguna monografía sobre aspectos en general no nucleares; y un apretado número de artículos —a veces, muy valiosos— dispersos en las más variadas publicaciones. En la segunda mitad del siglo —como luego veremos— no faltó un impulso prelegislativo, animado por algunos juristas de relieve, entre los que hemos que destacar la labor del Profesor OLIVENCIA, como partícipe en todos los intentos de preparación de una normativa concursal; pero esos esfuerzos no fueron acompañados de suficientes estudios doctrinales.

Tal vez sin quererlo esta lejanía científica del Derecho Concursal —que es también común a los civilistas y a los especialistas en Derecho Procesal— y que tanto contrasta con la tradición marcada por SALGADO DE SOMOZA y su *Labyrinthus creditorum*, explica que no hayamos sabido suscitar vocaciones para el concursalismo. A este factor se unió —al menos, desde la década de los años ochenta— otra circunstancia negativa que hacía huir a los más jóvenes de una legislación caduca y periclitante. Me refiero a la siempre anunciada y siempre pospuesta reforma de la legislación concursal. No parecía prudente dedicar tiempo y esfuerzo a estudiar un Derecho que —se decía— estaba a punto de fenecer.

Por estas razones, para tratar de justificar mi presencia en este acto no tengo, quizá, más legitimidad que la de haber generado o, al menos, propiciado, siempre en el ámbito de la Universidad, un núcleo de estudiosos que, aglutinados en torno a quien es hoy el máximo responsable del *Anuario* que presentamos, el Profesor ROJO, son ahora cualificados cultivadores de esa difícil e intrincada ciencia concursalista. Ese grupo de juristas no es heredero de una tradición científica propia. En cierto modo, son huérfanos; y han tenido que buscar más lejos las referencias esenciales para el desarrollo de la tarea asumida por ellos. De ahí que sea difícil que podamos calificarlos como «sucesores»: tenemos más bien que calificarlos de «pioneros» en ese territorio en el que nosotros, los juristas de mi generación, hemos entrado de forma tan limitada.

2. Pero alguna responsabilidad me cabe, además, en el hecho de que la «larga marcha» hacia la reforma concursal haya alcanzado la deseada meta. El comienzo de esa «larga marcha» se produce, para mí, en el año de 1975, cuando en la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación se planteó el debate acerca de si debía revitalizarse o no el Anteproyecto de Ley Concursal de 1959, redactado en el Instituto de Estudios Políticos por una prestigiosa Comisión presidida por JOAQUÍN GARRIGUES.

La opinión mayoritaria era favorable a desempolvar aquel meritorio, aunque discutido, texto prelegislativo. Por mi parte tenía algunas reservas a ese

planteamiento. Para compartir esas dudas, me puse en contacto con el Profesor ÁNGEL ROJO, entonces integrado en el Departamento de Derecho económico de la Universidad alemana de Friburgo. Conocía su interés por el Derecho Concursal; y conocía también la clara inteligencia de que estaba dotado y su sólida formación jurídica, adquirida en plena juventud. Y le pedí que me informara de cuáles eran las grandes líneas de la reforma en las legislaciones más significativas. Al cabo de unos días —muy pocos— recibí unas «Notas para la reforma de la legislación concursal». Estas notas me permitieron descubrir lo alejados que estábamos nosotros de aquello que debía hacerse. Aquellas «Notas» —que casi forcé a que el autor publicara en la *Revista de Derecho Mercantil*—, unidas a otros estudios, tuvieron la virtualidad de ayudar a cambiar el horizonte de la reforma. Cuando, poco tiempo después, fui nombrado Presidente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, traté reiteradamente de poner en marcha la esperada reforma.

3. En efecto, la reforma de la legislación concursal española ha sido finalmente impulsada y —si se me permite la expresión— patrocinada por esa específica Sección del órgano oficialmente encargado de asesorar al Ministerio de Justicia en las tareas prelegislativas: la Comisión General de Codificación. Un órgano —todo hay que decirlo, apreciado Ministro—, con demasiada frecuencia postergado, para mal de las leyes y, en definitiva, de todos los españoles; un órgano sin presupuesto ni dotación; un órgano —y éste es su mérito— que subsiste por la infinita generosidad de muchos de nuestros mejores juristas que, con un altísimo concepto del servicio al Estado, abandonan sus quehaceres para preparar y debatir las reformas legislativas más necesarias.

Ha sido, ciertamente, esa Sección de Derecho Mercantil la que, tras más de cinco años de trabajo, gestó y aprobó el que habría de ser *Anteproyecto de Ley Concursal* de 1983 y muy importante trabajo prelegislativo, redactado por una Ponencia especial presidida por el Profesor MANUEL OLÍ VENCÍ, y de la que formaron parte el magistrado LUIS VACAS y los Profesores JORGE CARRERAS, GUILLERMO JIMÉNEZ y ÁNGEL ROJO. Ha sido también esa misma Sección la que encomendó al Profesor ROJO la elaboración de la que habría de ser *Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995*, en la que los materiales del Anteproyecto anterior se insertaban, sobre algunos principios diferentes, en un nuevo diseño concursal. Y ha sido, en fin, la Sección de Derecho Mercantil la que solicitó y obtuvo del Ministerio la creación de una *Sección especial* al lado de las tradicionales, para afrontar definitivamente tan importante reforma; una Sección especial, que bajo la autoridad, la experiencia y el buen hacer del Profesor OLIVENCIA, habría de llevar a buen puerto tan complicado empeño, combinando esos dos textos prelegislativos de tanta calidad —el de 1983 y el de 1995— y añadiendo nuevos elementos hasta conseguir un texto que tras la oportuna —y no muy afortunada— tramitación

parlamentaria, se habría de convertir en la ya vigente Ley Concursal de 9 de julio de 2003.

Existe —y me siento obligado a decirlo— una deuda de gratitud con todos aquellos que como el Profesor ROJO o el Profesor OLIVENCIA y sus colaboradores asumieron la ingente tarea de sentar sobre nuevas bases la reforma de este fundamental sector del Ordenamiento Jurídico. En esa tarea pusieron ideas; en esa tarea pusieron, con absoluta generosidad, ese bien preciado que es el tiempo; y, en ocasiones, en esa tarea pusieron pasión. Como testigo cualificado que he sido y que soy, a unos y a otros rindo público homenaje.

II

1. Una Ley tan esencial como la Ley Concursal supone un desafío para los estudiosos y para los aplicadores del Derecho. Para facilitar el conocimiento y para contribuir a la mejor inteligencia de las normas legales, la editorial CIVITAS ha acogido una doble iniciativa: de un lado, la publicación de un *Comentario de la Ley Concursal*, un «Comentario de autoridad», dirigido por dos de los más valorados mercantilistas españoles: el ya citado Profesor ROJO, y el discípulo de éste, el Profesor EMILIO BELTRÁN, que han reunido a un selecto grupo de privatistas y de procesalistas, entre los que se encuentran algunos de los mejores conocedores de la Ley Concursal; y, de otro, la publicación del *Anuario de Derecho Concursal* —cuya presentación pública ahora nos congrega—, que (al lado de la *Revista de Derecho Concursal* y *Paraconcursal*, también de reciente creación y presidida por el Profesor OLIVENCIA) aspira a ser un importante órgano de expresión de los estudiosos de esta disciplina.

Muchos son los Comentarios que están saliendo a la luz en los últimos meses y semanas: más de una decena. No deja de sorprender que la Ley Concursal cuente con más Comentarios en las librerías jurídicas que los que tiene el Código Civil o la Ley de Enjuiciamiento Civil; con muchos más de los que tienen las Leyes sobre sociedades de capital; y —no digamos— con muchísimos más que los que tiene nuestro viejo Código de Comercio. Tal vez la larga espera explique este inusitado interés; o tal vez lo explique el hecho de que, como materia fronteriza o, mejor, interdisciplinar, los expertos respectivos en Derecho Civil, en Derecho Mercantil o en Derecho Procesal hayan confluído en ella, quien sabe si para afianzar o para extender, si fuera posible, los confines de la propia disciplina. No me atrevo a enjuiciar tan extensas publicaciones en tan escaso tiempo. Lo que puedo afirmar es que este *Comentario* dirigido por los Profesores ROJO y BELTRÁN se convertirá —como ha sucedido con otros «Comentarios», especialmente de la legislación sobre so-

ciudades mercantiles— en una obra clásica, comparable a las mejores aportaciones nacionales y extranjeras, e imprescindible para el estudio de la materia concursal.

2. Precisamente al servicio de esa ciencia del Derecho Concursal nace el *Anuario*, en un esfuerzo conjunto de especialistas de muy diversa procedencia. ÁNGEL ROJO y VICENTE MONTES, en la presidencia y vicepresidencia del Consejo de redacción, y EMILIO BELTRÁN y JAVIER ORDUÑA, como directores, nos ofrecen ahora una publicación periódica que pretende ser «piedra angular» sobre la que comenzar a construir esa, entre nosotros incipiente, ciencia del Derecho Concursal. La tarea es de todos; y, por eso, el *Anuario* a todos convoca: a quienes desde la Universidad construyen y elaboran; a quienes desde la aplicación práctica del Derecho —jueces, registradores, notarios, administradores concursales, abogados— se tienen que enfrentar en el día a día con las normas legales, con los problemas de interpretación y con las inevitables lagunas legales de una Ley tan extensa y tan compleja.

Abrigo la esperanza en la continuidad de ese esfuerzo que ahora se inicia. Espero también su fidelidad al alto magisterio recibido y a los valores que se anuncian en la Presentación. El título elegido, *Anuario*, quiere entroncar con algunas de las publicaciones más prestigiosas con que contamos los privatistas españoles: el *Anuario de Derecho Civil*, desde cuyas páginas generaciones de juristas, bajo la impronta y el recuerdo de FEDERICO DE CASTRO han ido contribuyendo decisivamente al progreso del Derecho Privado. Por otro lado, este *Anuario* quiere entroncar también con la *Revista de Derecho Mercantil*, la revista de los mercantilistas españoles, creada en 1946 por los Profesores JOAQUÍN GARRIGUES y RODRIGO URÍA; revista que, desde el fallecimiento de mi maestro el Profesor URÍA, preside el Profesor VERDERA y tengo el honor de dirigir; revista que durante gran número de años ha venido impulsando la ciencia del Derecho Mercantil español, al lado de otras prestigiosas revistas de determinados sectores de esta rama jurídica que dentro de la Escuela española de nuestra disciplina se han ido creando posteriormente. Y espero, en fin, para este *Anuario*, que dentro de muchos años, otras voces, al hacer balance de fidelidad a los propósitos fundacionales, puedan constatar, en este prestigioso foro de los Registradores o en otro semejante, la solidez, la pujanza y la fecundidad de esa ciencia, de ese Derecho Concursal a cuyo alumbramiento estamos asistiendo. ¡Muchas gracias!

INTERVENCIÓN DEL PROFESOR ÁNGEL ROJO

Excelentísimo Sr. Ministro de Justicia; Excelentísimos Sres. Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo; Ilustrísima Sra. Directora General de los Registros y del Notariado.

Excelentísimos Sres. Académicos de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia; Excelentísimos Sres. Vocales de la Comisión General de Codificación; Profesores Evelio Verdura, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia; Excelentísimo Sr. Decano del Colegio Nacional de Registradores; Señoras y Señores.

I

LA IDEA

1. Las creaciones del espíritu humano, sean individuales o colectivas, no nacen de modo repentino. Tienen una historia —a veces larga, a veces breve— que es fundamental conocer para juzgar esa creación. Así los libros, así también las publicaciones periódicas, como este *Anuario de Derecho Concursal* que ahora nos congrega. Ciertamente, desde que los textos salen de la imprenta adquieren nueva vida; se independizan del autor o de los autores; y, al objetivizarse, muestran lo que son. Pero conocer el «ser» de un libro o de una revista no es suficiente. Se necesita también —yo diría que se necesita radical y primariamente— conocer lo que se ha querido; indagar en las razones más profundas de esa idea ya materializada. Porque el «ser», para seguir «siendo», necesita tener como norte lo que «pretende ser».

En todos aquellos que, durante las últimas décadas, hemos vivido —a veces como protagonistas; otras, como espectadores, y siempre con esperanza— el largo proceso de reforma de la legislación concursal española, la culminación de ese proceso suscitaba un imperativo ético: el de contribuir, en la medida de nuestras fuerzas, a la mejor comprensión del nuevo Derecho. Para cumplir con ese deber moral, una de las iniciativas que decidimos emprender fue precisamente la de publicar una revista dedicada a este específico sector del Ordenamiento Jurídico. Así nació —reiteramos, por un imperativo ético— el *Anuario de Derecho Concursal*.

¿Qué hemos pretendido conseguir, que hemos aspirado a lograr, quienes nos agrupamos para dar luz a esta nueva revista jurídica? Queríamos, deseábamos —continuamos queriendo, continuamos deseando— contribuir, en la medida de nuestras fuerzas, a una tarea que consideramos ineludible, una tarea a la vez científica y profesional. Una tarea científica, la de ayudar a construir la ciencia del Derecho Concursal español; y una tarea profesional, la de orientar a la práctica y recibir de ella experiencias y, quizá mejor, preguntas. El *Anuario*, como el dios Jano, mira a un lado y a otro. Mira a la Universidad, a la tranquilidad de las bibliotecas, al sosiego de los despachos de nuestras Facultades, que es donde realmente puede hacerse la ciencia; y mira también a la realidad: quiere sentir la tensión del deudor insolvente y de

los acreedores, la urgencia con la que Jueces y Magistrados deben sentenciar y resolver; la preocupación —y la ocupación— de los administradores concursales; el esfuerzo continuado de los abogados y de los demás profesionales... A quienes aspiren a participar en esa tarea de elaboración científica, el *Anuario* se ofrece sin límites. A quienes nos traigan el aliento —o el desaliento— de la aplicación diaria del Derecho, el *Anuario* se ofrece también como punto de encuentro, como lugar ideal de debate, como espacio en el que compartir problemas y formular ensayos de solución.

2. La idea de un *Anuario de Derecho Concursal* tuvo orígenes «civilistas». Surgió hace ya más de cuatro años del círculo del Profesor VICENTE MONTES, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, y de su discípulo, el Profesor JAVIER ORDUÑA, entonces Catedrático de esa disciplina en la Universidad de Cantabria. Cuando aún la Sección especial constituida en la Comisión General de Codificación, presidida por el Profesor MANUEL OLIVENCIA, no había finalizado la ardua tarea encomendada, esos profesores fueron los primeros que sintieron la necesidad de una publicación de estas características; los que diseñaron las líneas generales de la tarea a realizar y quienes buscaron la siempre necesaria financiación. Cuando la semilla estaba a punto de ser sembrada, EMILIO BELTRÁN, Catedrático de Derecho Mercantil, y yo, fuimos llamados para que nos ocupáramos de cuidar del terreno, de vigilar la germinación y de elegir el fertilizante adecuado para el desarrollo de una planta que aún no existía. En esa labor pusimos la misma ilusión que ellos y no pocos esfuerzos, convencidos, como estábamos —y como seguimos estando— de que el Derecho Concursal llama a todos: a los privatistas, sin distinción (porque, en verdad, no hay distinción); a los procesalistas y a los cultivadores de muchas y muy distintas materias.

3. No somos ambiciosos, sino modestos. Sabemos de nuestras limitaciones, y sabemos también que, como escribió MIGUEL DE CERVANTES en una de sus *Novelas Ejemplares*, «pocas o ninguna vez se cumple con la ambición que no sea en daño de tercero». Otros muchos se habrán sentido o se sentirán llamados a emprender una tarea idéntica o similar. Les deseamos el éxito que merecen. Nuestra voluntad, firme y sólida, es la de participar, la de sumar esfuerzos, y no la de restar protagonismo a quienes lo pretendan. Sólo somos un conjunto de juristas, bien avenidos, de procedencia muy heterogénea, cuya aspiración —que tardaremos mucho en hacer realidad— es publicar lo estrictamente necesario, y no lo superfluo; publicar lo pensado, y no el fruto de una ocurrencia más o menos brillante, el resultado de una improvisación o el afán de ser calificados como expertos. Ciertamente, desde la promulgación de la Ley Concursal, se ha escrito mucho sobre el nuevo Derecho; pero no todo merece ser tenido en cuenta. ¡Nos falta tanto todavía por pensar, por construir...! El pensar exige tiempo; la ciencia exige maduración. Por ello, no es difícil pronosticar que el viento de los años se llevará algunos comentarios,

algunos libros y muchos artículos. Nuestro deseo es que el *Anuario* consiga permanecer; que sea publicación de referencia; que sea imprescindible acudir a sus números, a fin de encontrar cimientos para construcciones cada vez más sólidas y orientaciones para resolver problemas cada vez más complejos.

II

LOS MEDIOS

1. ¿Con qué medios contamos para llevar adelante estos deseos? Contamos con algunos de los mejores concursalistas españoles; con quienes más tiempo han dedicado a estudiar la Ley Concursal; con quienes, desde la Universidad, no se han quedado en la superficie de las normas legales, sino que han profundizado en ellas para hacerlas fecundas; con quienes, desde la práctica, se enfrentan, con conocimientos y con honestidad, a la difícil tarea de aplicar una Ley tan difícil. En la gran mayoría son juristas posteriores a la generación a la que pertenecemos VICENTE MONTES y quien ahora les habla, unos juristas con envidiable formación, que tienen tiempo —lo que nos falta a algunos— y que tienen la voluntad de hacer el *Anuario*. No hemos querido proyectar esa tarea sobre nuestros maestros: la obra de la generación anterior está ya hecha, y es muy valiosa en muchos campos del Derecho Privado. Hemos querido proyectarla sobre nuestros discípulos, sobre quienes nos siguen. A ellos corresponde el peso principal, porque también a ellos corresponde el futuro. Son muchos: algunos de sus nombres aparecen ya en los primeros números; otros aparecerán en los sucesivos; otros, en fin, ni siquiera nos son hoy conocidos. *El Anuario* es —quiere ser— una revista de jóvenes pero sólidos juristas. A todos ellos, los que ya conocemos y los que todavía no conocemos, nuestra gratitud, nuestra confianza, nuestro apoyo. Entre los conocidos, permítanme que destaque los nombres de los Secretarios del *Anuario*: los Profesores de Derecho Mercantil, ANA BELÉN CAMPUZANO e IGNACIO TIRADO; el Profesor de Derecho Civil, JAVIER PLAZA y la Profesora MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA. En los primeros números del *Anuario* han sido especialmente los dos primeros quienes con mayor intensidad han puesto más ideas y más horas. A los miembros del Comité Técnico y a todos los que no podemos nombrar, quienes formamos parte del Consejo de Redacción sólo pedimos la dignidad del trabajo bien hecho y la perseverancia en el empeño.

2. Junto con estos medios personales, contamos con el patrocinio y la financiación del Colegio Nacional de Registradores. ¿Por qué los Registradores? Otras muchas financiaciones alternativas eran posibles. ¿Por qué sólo a ellos acudimos?

Han sido muchas y muy variadas —algunas, quizá, subjetivas— las causas que explican este patrocinio y esta financiación. En primer lugar, la más obvia: la gran preocupación que manifestaron los Registradores de la Propiedad, desde el momento en que se inició la reforma, para que la modificación del régimen jurídico del crédito hipotecario en caso de insolvencia del deudor común —cuya necesidad comprendieron— no alterara sustancialmente los pilares del derecho real de garantía. Durante la reforma, los Registradores de la Propiedad han asumido, como siempre —permítaseme el juego de palabras—, la función de ser «garantes» de este derecho de garantía; y, desde la promulgación de la Ley, han tenido una significativa presencia en el estudio de las limitaciones patrimoniales del concursado; en el examen de las normas legales sobre la paralización y la reanudación de las ejecuciones de garantías reales en el concurso de acreedores; en el análisis de las relaciones entre el concurso de acreedores y el Registro de la Propiedad; y, en fin, en la consideración de los conflictos entre ejecuciones de distinto signo.

Pero existen también otras razones —tal vez menos obvias, pero de mayor enjundia— que explican esta implicación del Colegio en el estudio y en el progreso de la legislación concursal. Entre ellas, la decidida voluntad de asumir la llevanza del Registro de resoluciones judiciales; el hacer que funcione con agilidad, con seguridad y sin costes para los usuarios. Se trata de una iniciativa muy generosa con la que los Registradores contribuyen al éxito de la Ley Concursal. Pero se trata también de una iniciativa de extraordinaria importancia que se trasciende a sí misma: algunos pensamos que el modelo del Registro de resoluciones judiciales —en el que ahora, me consta, trabaja la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia—, podría tomarse en consideración en el futuro para la necesaria modificación del modelo de publicidad del Registro Mercantil. Si en 1989 el Registro Mercantil «cambió de rostro» al modernizar el modelo hasta entonces imperante, ahora ese Registro está llamado a una segunda modernización, a fin de poner al alcance de todos, con mayor facilidad de acceso, la vida de nuestras sociedades mercantiles, que son las protagonistas del tráfico económico. La modificación de la Primera Directiva abre ahora unas posibilidades, hasta hace muy poco tiempo insospechadas, que es necesario aprovechar.

Esa potenciación de la publicidad legal mercantil, a través de la parcial modificación de los instrumentos legales de publicidad, debiera ir acompañada —y soy consciente de que expreso una opinión estrictamente personal— de una potenciación de la figura del Registrador Mercantil. También en 1989 se ampliaron las fronteras del Registro con la asunción de tres nuevas funciones, que no eran, en rigor, funciones registrales: la legalización de los libros obligatorios, el nombramiento de auditores y de expertos y el depósito de las cuantías anuales. Ese proceso de ampliación de funciones no puede acabar aquí. La futura Ley de Jurisdicción Voluntaria quizá debiera atribuir al Re-

gistrador Mercantil algunas de las funciones que hoy son competencia de la judicatura, como es la relativa a la convocatoria de las Juntas de Socios o de Accionistas. Pero, en todo caso, y al margen de ello, si se decidiera afrontar el tema de los convenios preconcursales, también podría acudir al Registrador Mercantil —como ya hiciera la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995— para atribuirle, bajo control judicial, el ejercicio de algunas funciones relacionadas con el fenómeno de la preinsolvencia.

III

LOS RIESGOS

Con estos medios personales y materiales contamos. Pero el futuro no depende sólo de nosotros y de todos aquellos que, con generosidad, acudan a nuestra llamada. En buena medida, el futuro del *Anuario* está en función del futuro de la Ley Concursal. ¿Con qué riesgos se enfrenta el *Anuario*? Con los mismos riesgos con que se enfrenta la Ley Concursal: el riesgo del grado de «funcionalidad» del Derecho Concursal, el riesgo de la aplicación del Derecho Concursal y el riesgo de la interpretación del Derecho Concursal.

1. Cuando hablamos de la «funcionalidad» del Derecho Concursal nos referimos a que el concurso de acreedores, tal como ha sido configurado por la Ley, aspira a cumplir adecuadamente en la práctica las dos funciones que son propias de la institución: la *función solutoria* (o de satisfacción de los acreedores) y la *función de represión* de aquellas conductas de los administradores de las sociedades mercantiles que, con dolo o, como será más frecuente, con negligencia grave, han sido causantes de la generación o del agravamiento del estado de insolvencia o han coadyuvado a esa causación o a ese agravamiento. Carecería de sentido esforzarse por construir una ciencia del Derecho Concursal si el concurso de acreedores continuase teniendo una vida por tantos conceptos tan miserable como tuvieron hasta hoy las quiebras y las suspensiones de pagos. El éxito del *Anuario* presupone, pues, el éxito de la Ley. Y el éxito de la Ley pasa por una doble prueba: hacer coincidir lo más posible la «tasa de concursalidad» con la «tasa de insolvencia», y hacer que sea cada vez superior el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios, que son los destinatarios fundamentales de la normativa concursal.

Cuando comparamos el número de procedimientos concursales abiertos en España con el número de procedimientos concursales abiertos en Francia o en Alemania —y, no digamos, si la comparación es con California—, el resultado es desolador. El número de insolvencias declaradas en esos Estados es muy superior al número de insolvencias declaradas en España. Es evidente que las empresas españolas sólo excepcionalmente concursan. Mueren discre-

tamente, sin cumplir formalidad alguna, dejando sin posibilidades efectivas de actuación a los acreedores ordinarios. Tan sólo las acciones de responsabilidad contra los administradores intentan paliar, en alguna medida, lo insatisfactorio de la situación. ¿Podrá la Ley Concursal alterar al alza esta muy baja tasa de concursabilidad? Es esta la gran incógnita. Si la Ley está bien concebida, lo conseguirá; si está mal concebida, fracasará en el empeño. El tiempo —y sólo el tiempo— nos dará la respuesta.

2. El segundo riesgo es el relativo a la aplicación del Derecho, es decir, al modo en que se aplique la Ley por Jueces y Magistrados, al modo en que se esgrima por los abogados y al modo en que se utilice por los administradores concursales. El Gobierno y el Parlamento han adoptado las medidas necesarias para garantizar una buena aplicación de la Ley Concursal. Entre ellas destaca la creación de los Jueces de lo Mercantil. Pero esa medida no basta. No sólo es necesario ampliar el número de los Juzgados de lo Mercantil, sino que es necesario profundizar en los criterios de selección de los titulares de la potestad jurisdiccional: lo que podría admitirse para las primeras coberturas, urgidas por la necesidad, ya no lo es para las posteriores. Y, además, no basta con centrar la atención en los jueces; es preciso atender a la Oficina Judicial. ¿De qué nos sirve tener una Ley que articula un procedimiento ágil y rápido, de qué nos sirven unos Jueces preparados, si los oficiales —por citar un ejemplo— siguen demorando la entrega de los oficios y mandamientos, dilatando así el comienzo del plazo para recurrir el auto de declaración de concurso?

Pero el riesgo de aplicación de la Ley no es sólo de los profesionales llamados a aplicarla, sino de la mentalidad de unos y otros. Porque leyendo lo que se publica, y comprobando lo que se dice, nos percatamos de las dificultades que existen para *olvidar el Derecho que se deroga*. De este riesgo nos ha advertido, una u otra vez, el maestro MANUEL OLIVENCIA, protagonista indiscutido e indiscutible de la reforma concursal, a cuya sabiduría y perseverancia se debe, sin duda alguna, que haya llegado a buen fin. Y es que, en los momentos de ruptura legislativa, el viejo Derecho ronda siempre al jurista como fiera hambrienta con ánimo devorador. A veces las leyes mueren en los hombres mucho después de morir por pérdida de vigencia. Hay que distanciarse del Derecho que se deroga; hay que olvidarse del pasado. Cuando el cambio legislativo es el resultado de la evolución del Derecho anterior, el aplicador del Derecho tiene que conocer qué normas son reacción frente al Derecho o frente a la práctica precedentes, cuáles consolidan interpretaciones doctrinales o jurisprudenciales y cuáles colman lagunas. Pero, cuando el cambio legislativo es radical —y en la materia que nos ocupa lo es (aunque, en concepciones básicas, sea mucho menos intenso que lo que tantas veces se proclama)—, el pasado es mal compañero. El Derecho viejo nos trae demasiados malos recuerdos: nos evoca la insuficiencia y la incoherencia normativas; nos evoca el arcaísmo de los textos

legales ante la incomprensible pasividad del legislador; nos evoca injustificados privilegios sustantivos y procesales; nos evoca la parcialidad de algunas de las más leídas obras generales; nos evoca una jurisprudencia extremadamente pobre y desorientada; nos evoca a unos profesionales especializados en las más turbias maniobras que Jueces y Magistrados no quisieron o no supieron evitar; y nos evoca, en fin, intereses personales elevados a la categoría del interés general. Ahora, cuando, tras denodados esfuerzos, se ha logrado enterrar ese viejo Derecho, es necesario exigir que ese nuevo Derecho se interprete desde sí mismo, y no desde el pasado.

3. En fin, el último riesgo es hace referencia al modo de interpretar la Ley. No estamos pensando ahora en la involución derivada de la inercia generada por el Derecho derogado. Estamos pensando en que, en la labor científica, en la labor exquisitamente intelectual, el hecho de ser una generación huérfana hace que algunos de los jóvenes concursalistas interpreten la Ley Concursal como si de la *Insolvenzordnung* alemana se tratara, y que pretendan encontrar en la normativa rastros de instituciones del Código de bancarrotas norteamericano, cuando, en realidad, nuestra Ley poco tiene que ver con esa Ordenanza y con ese Código. Interpretar el Derecho español desde el Derecho extranjero es, paradójicamente, la gran tentación en que no deben caer quienes, con vigorosas fuerzas, se enfrentan a la normativa. Hay que conocer lo que la Ley dice, y no imaginar lo que hubiera debido decir. Hay que interpretar el Derecho positivo, y no considerar que éste es una mera «sombra» de una «idea» más pura, que vive allende nuestras fronteras. Para construir la ciencia del Derecho Concursal español, los jóvenes juristas no pueden sentirse atados en la caverna platónica y condenados a ver las fantasmagóricas sombras de la esencia de la concursalidad.

4. Si conseguimos que la Ley Concursal cumpla las funciones a las que sirve, si conseguimos aplicarla adecuadamente y si nos esforzamos por extraer de ella las potencialidades que contiene, habremos conseguido lo esencial. El *Anuario* sólo albergará las construcciones que potencien la consecución de esa doble función; sólo albergará las interpretaciones que no estén ancladas por el Derecho extinto; y sólo albergará las interpretaciones que estén elaboradas sobre la base de las normas legales vigentes en España, y no sobre la base de las normas legales vigentes fuera de ella, aunque sean mejores.

IV

POLÍTICA Y LEGISLACIÓN CONCURSAL

El Ministro de Justicia y altos responsables de ese Ministerio han querido estar presentes en este acto para alentarnos en la labor que hemos asumido.

Gracias, muchas gracias. Sabemos que no se trata del apoyo institucional a esta publicación periódica que ahora presentamos. Se trata del apoyo institucional a un propósito, el que perseguimos los responsables del *Anuario*: contribuir al progreso de la legislación, de la jurisprudencia y de la doctrina en materia concursal.

1. En esta presencia queremos ver el compromiso del Ministro y del Ministerio en tres tareas tan necesarias como urgentes: la tarea de defender la reforma; la tarea de completar la reforma; y la tarea de perfeccionar la reforma.

¿Qué pedimos al Ministro de Justicia los juristas del *Anuario*? ¿Qué pedimos a los responsables políticos?

1.1. Pedimos, en primer lugar, que se defienda la Ley Concursal. Y pronuncia estas palabras quien, a pesar de haber formado parte de la Sección redactora, ha sido uno de los más notorios impugnantes del Anteproyecto de Ley; quien solicitó en su día al entonces Ministro de Justicia —haciendo uso de la *auctoritas* derivada de mi condición de antiguo Catedrático suyo en la Universidad de Salamanca— que no convirtiera ese Anteproyecto en Proyecto, y, teniendo posibilidad de frenar ese tránsito, comprendió, sin embargo, las razones que se expusieron para no atender esa solicitud; y quien se esforzó, aunque con escaso éxito, para que ese Proyecto de Ley se mejorara sustancialmente durante la tramitación parlamentaria. Pero la época de la crítica, la época de la oposición a los textos prelegislativos, ha pasado. Con la promulgación de la Ley se ha abierto una nueva fase. Sería absolutamente ciego quien no reconociera que con esa Ley el Derecho Concursal ha dado un paso de gigante, y ha entrado, con dignidad, en el siglo *xxl*. Podemos discrepar de esta o de aquella otra opción de política legislativa; podemos denunciar que algunas concepciones arcaicas —o arcaizantes— han logrado abrirse paso en el articulado de la Ley; podemos tener reservas sobre las soluciones concretas que se han dado a algunos de los problemas de mayor trascendencia práctica; y podemos lamentar lagunas, contradicciones e incoherencias. Pero la tarea inmediata es defender la Ley, contribuir a la buena aplicación de ella y, desde la doctrina que sepamos generar, contribuir a potenciar lo mucho —muchísimo— de bueno que contiene, y a minimizar los defectos que igualmente presenta. ¿Por qué pedimos al Ministro de Justicia que defienda la Ley Concursal? Formulamos esta petición porque la Ley Concursal ha comenzado ya a ser modificada —mejor diría, a ser desvirtuada—, como consecuencia sea de la incomprensión de algunos de los principios fundamentales en que se asienta, sea del egoísmo de quienes siguen pugnando por mantener privilegios legales que la Ley ha suprimido o que la Ley ha reducido. Lo acontecido con la promulgación de la Ley General Tributaria no puede repetirse. No es admisible, en efecto, que cuando la Ley Concursal determina, con claridad y precisión, la posición jerárquica de los créditos públicos en el conjunto de la

masa pasiva, una Ley inmediata posterior —que entró en vigor, además, antes de que lo hiciera la Ley Concursal— trate de desvirtuar lo que, con tanto esfuerzo entre todos se ha conseguido. El Ministerio de Justicia tiene que ser «centinela» de aquellas otras iniciativas legislativas que, por una u otra causa, amenazan con la ruina del edificio concursal, con beneficio de pocos y con perjuicio de muchos.

1.2. Pedimos, en segundo lugar, que la reforma se complete. Ya se ha dictado el primer Real Decreto de desarrollo, el relativo al arancel de los administradores concursales, que deberá ir adecuándose según lo que la experiencia aconseje; y debería enviarse cuanto antes a las páginas del Boletín Oficial del Estado el Real Decreto sobre el Registro de resoluciones concursales. Pero hay otras importantes tareas pendientes, que ni siquiera han comenzado a ser preparadas.

Nos referimos a la coordinación entre el régimen jurídico de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital por las deudas sociales en caso de infracción de los deberes legales en orden a la disolución oportuna de la sociedad —el muy polémico art. 262 de la Ley de Sociedades Anónimas y su derivado art. 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada— y el régimen jurídico de la responsabilidad de los administradores en caso de concurso de la sociedad. No tiene sentido —en modo alguno lo tiene— que la responsabilidad en caso de insolvencia sea potencialmente menos grave que la responsabilidad en caso de existencia de pérdidas graves del capital social. Estas incoherencias legislativas perjudican el crédito del Derecho y no deben subsistir en el tiempo.

Y nos referimos también a la necesidad de extender a las ejecuciones individuales el sistema de prelación de créditos que ahora contiene la legislación concursal. En este sentido, somos muchos los que consideramos un importante error de política legislativa la preparación de una Ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, como exige una de las disposiciones finales de la Ley Concursal, si lo que se pretende con esa Ley reguladora es crear un sistema alternativo. No tiene sentido que en el seno de un mismo Derecho coexistan dos sistemas de prelación de créditos, ya que esa duplicidad, con toda seguridad, dará lugar a comportamientos estratégicos de los acreedores, positivos o negativos, a favor o en contra del concurso, según la posición que ocupen en cada uno de esos sistemas. Si no gusta el sistema de prelación contenido en la Ley Concursal, modifíquese; si se considera insuficiente, complétese; si se juzga sistemáticamente mal ubicado, llévese al Código Civil. Pero manténgase la unidad y —si se me permite la expresión— manténgase la coherencia del Ordenamiento Jurídico.

Pero, entre esas tareas pendientes, hay una que consideramos extraordinariamente importante, la más importante de todas. Sobre esa tarea llamó la

atención en este mismo foro hace más de dos años el Registrador Mercantil y excelente jurista LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO. Sobre esa tarea también queremos nosotros llamar ahora la atención. Nos referimos a la *Ley sobre la prevención de la insolvencia*. Muy importante ha sido conseguir la Ley Concursal; pero también importante, muy importante, es conseguir una Ley que trate de evitar el mayor número posible de concursos de acreedores; que introduzca, aquí y allá, a lo largo y a lo ancho del Ordenamiento Jurídico, mecanismos de prevención, instrumentos técnicos de detección de las dificultades económicas y financieras de las sociedades mercantiles; que regule, con garantías, convenios preventivos, especialmente entre el deudor y las entidades de crédito, convirtiendo en Ley aquellas normas de autoregulación que en otros ámbitos europeos ha tenido buenos resultados, y que aquí —y no señalemos a los culpables— no se han querido o no se han sabido poner en práctica, quizá por las dificultades y los riesgos que esos convenios comportan en caso de posterior declaración judicial de insolvencia del deudor común. Sin duda alguna, esa Ley preventiva es muy difícil de hacer. Para que sea eficaz habrá que superar muchas resistencias, porque supone modificar el modo de actuar de muchos profesionales económicos y jurídicos —comenzando por el modo de actuar de los auditores de cuentas—. Pero esa Ley de prevención de la insolvencia es el complemento necesario de la Ley Concursal.

Ya que nos preside un experto en Derecho constitucional, cite mos a MONTESQUIEU. En el Libro V de *El espíritu de las Leyes*, Charles-Louis de Secondat, barón de la Bréde y de Montesquieu, escribía: «No se debe hacer por medio de Leyes lo que se puede hacer por medio de usos»; y, más adelante, añadía: «Las Leyes inútiles debilitan a las necesarias». Con mejor prosa, lo había dicho antes FRANCISCO DE QUEVEDO: «Así como, aplicados muchos remedios juntos, no son medicina, sino enfermedad, así las Leyes, siendo la salud de la República, son su mayor daño cuando se multiplican, porque no menos vive trabajosa con las muchas Leyes que con los muchos vicios». En la Comisión General de Codificación tenemos bien presente esta máxima fundamental, esta admonición para la tarea prelegislativa. Por esta razón, al pedir que la reforma se complete, los miembros del *Anuario* sólo pedimos que se afronten, y sin demora, aquellas medidas legislativas que resultan estricta y rigurosamente necesarias, y no otras.

1.3. Pedimos, en tercer lugar, que la reforma se perfeccione. Nos hubiera gustado que la Ley Concursal contuviera una disposición adicional como aquella que aparece en el Código Civil, una disposición que impone a los órganos de la Administración de Justicia elaborar una memoria anual en la que señalar «las deficiencias y dudas que hayan encontrado» al aplicar el Código. Ciertamente que esa norma legal no ha tenido aplicación. Pero es expresión de la modestia del legislador y sobre todo es expresión de su inteligencia. Ninguna Ley es perfecta, todas las Leyes tienen que perfeccionarse. La Ley

Concursal no es perfecta. La Ley Concursal tiene que perfeccionarse. La reforma, incierta en el *quando*, no lo es en el *an*. En los setenta y cinco días de vigencia de la Ley Concursal se han evidenciado ya algunos problemas importantes, que tienen —y que deben— ser resueltos mediante normas legales. En distintas ocasiones he manifestado en el seno de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación que tan importante como hacer nuevas Leyes es ir perfeccionando las Leyes vigentes. Se trata de una tarea ingrata; se trata de una tarea humilde; pero se trata de una tarea que debiera ser primordial.

2. Esta triple petición que por mi boca formulan los privatistas y los procesalistas del *Anuario de Derecho Concursal* comporta obviamente muchas dificultades. Si las formulamos es por considerar que debemos hacerlo. Tomamos prestadas palabras también de don FRANCISCO DE QUEVEDO: piensa, Ministro, en lo que debes hacer, y no en las dificultades del camino que hay que recorrer; porque «el ánimo que piensa en lo que puede temer, empieza a temer ya lo que empieza a pensar». Por supuesto, a la prudencia política corresponde determinar el momento para afrontar esas tareas. «Conoce el tiempo», escribía igualmente FRANCISCO DE QUEVEDO. Nosotros pensamos que ese tiempo es ahora.

V

PALABRAS FINALES

Los creadores y quienes hacen posible el *Anuario* formulan pública y solemnemente el compromiso de contribuir a esa tarea colectiva —abierta a todos— que es la creación de la ciencia del Derecho Concursal; y también formulan pública y solemnemente el compromiso de defender la legislación concursal y, si son llamados a ello, de participar, desde nuestra irrenunciable independencia, en la tarea de completarla y perfeccionarla. La disponibilidad es plena, total, absoluta, como siempre la hemos tenido cuando se nos ha llamado para el progreso del Ordenamiento Jurídico. En nosotros encontrará el responsable político, cualquiera que sea su signo, personas que siempre dirán la verdad, sea grata o ingrata; personas que tratarán de servir a la justicia, al margen de la presión de los poderosos, cualquiera que sea la fuente del poder; y personas esencial y radicalmente libres. Y es que los civilistas, los mercantilistas y los procesalistas que participamos en esta tarea estamos animados por una comunidad de valores de la que hemos querido dejar constancia en las páginas que sirven de *Presentación del Anuario*, unos valores que son esencialmente los valores que hemos aprendido en la Universidad y que queremos seguir aprendiendo de ella.

Séame permitida una cita. En 1926, recordando los años pasados en las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, RAMÓN PÉREZ DE AYALA escribía:

«Lo indudable es que en aquellas aulas, familiares y doctas, unos maestros, amables y bien abastecidos de ciencia, incubaban no ya la inteligencia, sino, lo que es más esencial todavía, el carácter de los alumnos. De la Universidad (...) fueron desgajándose a la vida civil española, año tras año, promociones de verdaderos hombres (...) [que] se desparramaron por toda España para servir con honradez al Estado y a contaminar a sus compatriotas de las tres humanas pasiones, las más altas y más nobles, de que ellos antes habían sido contaminados en el claustro (...): la pasión por la verdad, la pasión por la justicia, la pasión por la libertad».

Esas tres pasiones siguen siendo las nuestras:

«(...) el Anuario de Derecho Concursal —se lee en esa *Presentación*— proclama como valores supremos en los que se inspira la verdad, la justicia y la libertad. Algunos dirán que son valores de imprecisos perfiles; otros que demasiados genéricos. No faltarán incluso quienes consideren que esos valores poco o casi nada tienen que ver con, a la postre, muy modesta tarea que nos proponemos llevar a adelante. Se equivocan: la verdad no es sino la siempre inaccesible meta que tiene que perseguirse en cualquier cuerpo de la ciencia, la justicia siempre está en entredicho en aquellos ámbitos en los que los intereses son opuestos y están tan enfrentados; y la libertad es el clima indispensable sin el que nada de valor puede conseguirse ni en la vida ni en el pensamiento».

AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ y
ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO