

**DISCURSO DE CONTESTACION AL
DE INGRESO EN LA ACADEMIA DEL
ILMO. SR. D. BARTOLOMÉ SITJAR BURGUERA, POR PARTE
DEL ACADÉMICO ILMO. SR. D. JUAN BLASCOS SERRA.**

Excmos. Señores. Ilmos. Señores, Señoras, Señores, Amigos todos.

En primer lugar quiero expresar mi agradecimiento al Ilmo. Sr. Presidente de la Academia por haberme honrado con la designación para contestar el discurso de ingreso del Académico D. Bartolomé Sitjar y antes de seguir adelante quiero expresarle mi felicitación por su discurso e investidura como Académico de número.

Los que ya formamos parte del colectivo que ha venido en llamarse eufemísticamente la tercera edad, todos tenemos nuestro baúl de los recuerdos. Y precisamente hurgando en él ha venido a mis manos un recorte de periódico, concretamente de la Última Hora, que lleva fecha 10 de junio de 1988. La cabecera del artículo dice textualmente: Nace la Academia de Jurisprudencia y Legislación. La periodista recoge entre otras manifestaciones de D. Bartolomé Sitjar, por aquellas fechas Decano del Colegio de Abogados de Baleares, que resaltó la importancia del Derecho, como base de la sociedad y la necesidad de revitalizar y profundizar en los estudios jurídicos, máxime en un momento en que corresponde acomodar nuestra legislación a la de la Comunidad Europea.

Estas manifestaciones que acabo de citar y la fecha en que se produjeron ponen de relieve que la Academia este año de 1.998 cumple su décimo aniversario.

Constituye una feliz coincidencia que precisamente la Academia en su décimo cumpleaños abra hoy las puertas de par en par para dar entrada al que fue gran impulsor de su fundación y el alma mater de esta Corporación.

El cumpleaños y el introito del discurso del Académico en los términos que se expresa, que parece entonar el ego non sum dignus, pudiera hacer pensar que el ingreso de D. Bartolomé Sitjar ha sido simplemente un acto de agradecimiento por sus desvelos en pro de la Academia. Nada más lejos de la realidad la afirmación del Sr. Sitjar que dice se considera un usurpador de una silla que no le pertenece. El nuevo Académico no es simplemente un Abogado, un práctico del Derecho como él se define, sino que brilla con luz propia en el mundo jurídico y no precisa apropiarse de los trabajos de los estudiosos para desenvolverse en su labor como jurisconsulto.

He tenido la satisfacción de trabajar codo con codo con D. Bartolomé Sitjar durante varios años al frente de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Baleares y he podido calibrar su personalidad como estudioso de la ciencia jurídica, sus profundos conocimientos sobre la materia y su gran formación como humanista, complemento éste tan esencial para el ejercicio digno de nuestra profesión.

Precisaría muchas cuartillas para completar su rico curriculum, pero no es necesario puesto que todos conocemos su trayectoria profesional. Solamente he querido destacar unas breves pinceladas para afirmar que el nuevo Académico viene a ocupar una silla que le pertenece por derecho propio y no como usurpador.

Y ahora, las exigencias del tiempo del que dispongo para cumplir con los Estatutos de la Academia me obligan a entrar de lleno a contestar el discurso de ingreso sin más dilaciones.

La disertación de D. Bartolomé Sitjar se enfrenta con una problemática que ha hecho correr rios de tinta sobre el tema elegido. Nada menos que la cuestión de la posibilidad de la compensación en los procedimientos concursales.

El motivo que enfrenta a los tratadistas sobre esta cuestión estriba en que la compensación es una institución muy difícil de encuadrarla en categorías generales. La dificultad de la compensación se pone de relieve tanto en el plano sustantivo como en el adjetivo.

Dice la Doctora Tapia, recalcando la rebeldía de la institución “ Que desde el punto de vista procesal, plantearse el encuadre sistemático del ejercicio de la compensación en el proceso e intentar encasillarlo rígidamente en alguna de las instituciones procesales conocidas es inútil. La compensación en el proceso por la propia esencia de esta institución opera de manera sui generis.

Dicho esto de entrada para destacar la dificultad que plantea el estudio de la institución, en este caso concretada a los procedimientos concursales,

vamos a tratar de desbrozar en lo posible el tema puntual propuesto por el conferenciante.

Vamos a prescindir de los antecedentes históricos del instituto de la compensación por estimar que ellos no nos van a proporcionar la verdadera clave para desatar el nudo gordiano del problema cuando se trata de aplicar la compensación en los procedimientos concursales.

No se puede olvidar que hasta entrado el siglo XIX con el desarrollo de la industria, la formación de las grandes Sociedades mercantiles, y el crecimiento acelerado de los negocios bancarios, entre otras causas, fueron los hechos que impulsaron al legislador a regular los procedimientos concursales, por cierto con muy poca fortuna.

“El sistema concursal español, según Vicent Chuliá, ha sido criticado por la doctrina que le imputa cuatro defectos fundamentales: su dispersión normativa; su arcaicidad, su confusión generalizada en la solución de los múltiples problemas que plantean las situaciones concursales, y su divorcio con la nueva filosofía y los nuevos hechos que se están produciendo al margen de sus esquemas.”

J. PULGAR en su obra “ La Reforma del Derecho Concursal Comparado Español, afirma: En nuestro derecho vigente, la dispersión normativa, tanto en el plano sustantivo como adjetivo, conduce a la falta de sistema en materia concursal, a lo que añade el carácter arcaico y deficiencia técnica de una normativa que data en esencia del siglo XIX, pese a que la vigente Ley de Suspensión de Pagos sea de 1.922, y, por tanto, conectada al movimiento político ideológico de aquella época. Ello ha provocado un grave problema de disfuncionalidad de las instituciones concursales en nuestro Ordenamiento y se ha originado una separación entre la norma y la realidad regulada. Ello explica, además, en buena medida que se hayan ido configurando en nuestro Ordenamiento bloques normativos sectoriales, muchos de carácter paraprocesal a través de los cuales se han dado respuestas atípicas al tratamiento de las crisis planteadas en el tráfico.”

La normativa que regula los procedimientos procesales es tan dispersa y multidisciplinar que basta resumir brevemente la situación para poner de manifiesto estas afirmaciones. En primer lugar tenemos el concurso de acreedores con sus situaciones previas de quita y espera, procedimiento únicamente aplicable a los no comerciantes y regulado Código Civil (artículos 1912-1929) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 1130-1137).

Sigue la Suspensión de Pagos que únicamente es aplicable a los comerciantes y que constituye un paradigma de la enmarañada legislación concursal española. Los preceptos aplicables a la Suspensión de Pagos

forman un verdadero mosaico de disposiciones. Veamos sino. Los artículos 870 a 873 del Código de Comercio de 1.885 con la redacción dada por la Ley de 10 de junio de 1.987, y aquí a parte los defectos generales antes apuntados hay que añadir para completar el panorama que la doctrina no se muestra pacífica sobre si estos preceptos están vigentes o fueron derogados por la Ley especial. Se completa el rompecabezas con los artículos del Código de Comercio y de la Ley rituarial civil relativos a la quiebra, a los que se remite la Ley especial. Y para finalizar hay que hacer mención a los supuestos específicos relativos a las Compañías de Ferrocarriles, el D. L. de 20 de septiembre de 1.969 sobre Intervenciones de Empresas y un largo etc.

La quiebra también es un proceso que está destinado a resolver las situaciones de insolvencia de los comerciantes.

Su regulación y su tramitación es confusa, complicada y antieconómica que más que un remedio a una situación de insolvencia es más bien el entierro y funeral del comerciante afectado.

La quiebra se regula por los artículos 870 a 955 del Código de Comercio de 1.885. Los artículos 1.002 a 1.117 del Código de Comercio de 1.929. Los artículos 1.318 a 1.296 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Algunos artículos de la Ley rituarial civil que regulan el concurso de acreedores y a los que se remiten preceptos de la quiebra. Finalmente los artículos 1.992 y siguientes del Código Civil.

A toda ello hay que añadir que los procedimientos concursales tienen su repercusión en la Ley Hipotecaria y del Registro Mercantil en materia de publicidad.

Ante esta maraña normativa que regula los procesos concursales se plantea por el Académico que me ha precedido en el uso de la palabra, la cuestión relativa a si es aplicable la compensación en los procedimientos de ejecución colectiva.

La doctrina sobre este particular no es pacífica y se halla dividida: de una parte están los tradicionalistas capitaneados por GARRIGUES, BROSETA, y muchos otros que sostienen la imposibilidad de la aplicación de la compensación dentro de los procedimientos concursales. Fundan su teoría en el principio de la par conditio creditorum como una barrera infranqueable y en la retención de todos los bienes del quebrado a partir de la declaración de su estado de insolvencia.

Frente a las referidas opiniones doctrinales un buen grupo de tratadistas, tales como URÍA, PICAZO, CHULIA, entre otros admiten la compensación con restricciones y para caso concretos. La Jurisprudencia también ha dado algunos pasos vacilantes en este sentido, pero sin

definirse de manera clara y contundente. Precisamente las Sentencias que han servido de tema de estudio por el Académico en su disertación, transcribe un pasaje de las mismas que resume la postura actual del Tribunal Supremo sobre el problema de la compensación en materia concursal. Cito textualmente: “POR LA INDOLE DEL TEMA DEBATIDO, EN EL QUE NO HA REINADO UN ACUERDO UNANIME EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NO SE IMPONEN LAS COSTAS... Y EN OTRO PASAJE DE LA SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1.977 EN EL TERCER FUNDAMENTO JURIDICO ESTABLECE, QUE LOS CREDITOS PIGNORATICIOS QUEDAN FUERA DE LA MASA DE LA QUIEBRA SUJETOS A EJECUCION SEPARADA POR EL ACREEDOR PIGNORATICO DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 918 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. Esta ejecución puede consistir en el juego pactado en la póliza de la compensación, en lugar de acudir al procedimiento inapropiado aquí, del artículo 1872 del Código Civil sin que por ello se pueda decir que se ha producido compensación en la quiebra.

El Tribunal Supremo no puede ser elocuente sobre el estado actual de la cuestión objeto de este debate.

Cabe preguntarse cual es la orientación que se perfila sobre esta materia como cuestión de lege ferenda.

Nadie pone en duda que es preciso realizar una revisión y modificación profunda de la normativa que regula los procedimientos concursales, estimada como anacrónica, confusa y divorciada con la realidad actual.

Precisamente España es uno de los pocos países Europeos que hasta la fecha ha permanecido de espaldas a las reformas emprendidas por los países comunitarios FRANCIA, PORTUGAL Y ALEMANIA, entre otros. E igual tendencia se observa entre los países anglosajones.

EL CONSEJO DE LA UNION EUROPEA, en el año 1.994 aprobó un Convenio sobre los procedimientos concursales cuya finalidad es la simplificación de los procesos. Además existe una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la firmeza de la liquidación y la constitución de garantías presentada por la Comisión de 30 de mayo de 1.996, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18 de julio de 1.996.

En nuestro país se han producido varios intentos encaminados a solucionar la caótica situación de los procedimientos concursales. Se inicia este movimiento en 1.959, y continua en 1.976, 1.979 y 1.983 para culminar en el borrador del ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL DE LA SECCION SEGUNDA DE LA COMISION GENERAL DE CODIFICACION

DE 12 DE DICIEMBRE DE 1.995.

El referido borrador de Anteproyecto se trata de una propuesta elaborada por el Profesor ANGEL ROJO FERNÁNDEZ RIO, vocal permanente de la comisión General de Codificación, cuyo texto se ha publicado como suplemento del Boletín número 1.768 del Ministerio de Justicia.

La propuesta de Anteproyecto de ANGEL ROJO ha sido objeto de análisis por parte de GONZALO AGUILERA, Registrador de la Propiedad, en su obra que titula: “ ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD”.

Las líneas que se preconizan en los diversos Proyectos de la reforma giran tanto en torno al aspecto procesal como al sustantivo. Se pretende crear una sola LEY que regule e) fenómeno concursal e imponer una unidad de disciplina acabando con la arcaica división entre deudores de carácter civil y mercantil y dedicar una sección especia} a las Sociedad Mercantiles, creando normas específicas para ellas.

Se recomienda la simplificación de los procedimientos reduciendo los mismos a dos: EL CONCURSO DE ACREEDORES Y EL EXPEDIENTE DE SUSPENSION DE PAGOS.

Como característica más destacada del Concurso de acreedores que se contempla en }os diferentes Anteproyectos, en especial en el de ANGEL ROJO, está la anticipación temporal del concurso para evitar que el procedimiento concursal esté destinado únicamente a los que se hallen en una situación de insolvencia terminal. Se trata de una política encaminada a salvar la supervivencia de la empresa en todos aquellos casos que sea posible. La anticipación temporal se intenta conseguir a través de técnicas directas e indirectas.

Entre las primeras se trata de la regulación del concepto, como presupuesto objetivo de la declaración del concurso.

Los medios indirectos consisten en arbitrar medidas encaminadas a estimular al deudor y acreedores para solicitar con la mayor antelación la declaración judicial. Es de significar que en cuanto a los acreedores se propugna como estímulo que el solicitante acceda simplemente por el hecho de la solicitud a la condición de síndico interventor, y lo que es más novedoso, que su crédito tenga la condición de parcialmente privilegiado. Esta solución no cabe duda de que tiene su aspecto positivo inspirado en la política de evitar en lo posible la insolvencia terminal, pero también hay que advertir que se puede transformar en un instrumento de chantaje.

Otro aspecto interesante de la reforma es la supresión de la retroacción absoluta de la quiebra (artículo 878-2 del Código de Comercio) y ello porque plantea dudas en la actualidad son su constitucionalidad.

La proyectada reforma simplifica enormemente la clasificación de los acreedores que queda reducida a tres grandes grupos.

A).- ACREEDORES PRIVILEGIADOS CUYO NUMERO SE REDUCE CONSIDERABLEMENTE.

B).- ACREEDORES ORDINARIOS.

C).- ACREEDORES LEGALMENTE POSTERGADOS, O ACREEDORES SUBORDINADOS A LA SATISFACCION DE LOS ACREEDORES ORDINARIOS, SOBRE LA BASE DE UNA ESTRECHA RELACION ENTRE EL DEUDOR Y ACREEDOR.

La regulación de la Suspensión de pagos únicamente es aplicable a los deudores cuyo activo sea manifiestamente superior al pasivo. Esta condición deberá acreditarse mediante la aportación de una muy amplia prueba documental entre la que hay que destacar la certificación del auditor de cuentas. Esta medida va encaminada a tratar de evitar la picaresca actual que en muchas ocasiones sobrevalora en falso el activo.

El plazo máximo para satisfacer las deudas, previa la aprobación del convenio judicial será de tres años, sin que se admita quita o condonación de clase alguna.

Interesa destacar que se despenaliza el procedimiento y la tramitación del mismo se reparte entre el Registrador mercantil y el Juez competente para la declaración del concurso. Al registrador le compete la calificación de los documentos que debe presentar el deudor, sean o no inscribibles en el Registro para poder gozar del beneficio de la Suspensión de pagos. Al Juez le incumbe conocer de las posibles impugnaciones, el nombramiento de interventor cuando lo solicite un porcentaje de acreedores, así como la aprobación del convenio, con la limitación temporal de tres años a la que antes hemos aludido.

Resumidas suscintamente las posibles reformas de la Ley concursal en materia sustantiva y procesal entremos ahora a considerar si el Anteproyecto contempla la posibilidad de la compensación, y aquí, se produce el desencanto.

De entrada, el borrador del Anteproyecto que venimos comentando, en el artículo 69, dice textualmente: declarado el concurso no procederá la compensación de los créditos con las deudas del deudor, salvo que fueran recíprocamente compensables antes de la declaración del concurso.

Como es de ver la posibilidad de la compensación dentro de los procedimientos concursales, sólo se producirá si los requisitos exigidos por el artículo 196 del Código Civil se han cumplido con anterioridad a la declaración del concurso. Esta regla tiene su fundamento en los dos principios tradicionales: la indisponibilidad patrimonial del quebrado que no permite efectuar pagos en detrimento de la masa y la llamada *par conditio creditorum*. A todo ello hay que añadir la paralización de las acciones individuales.

Según Vicent Chuliá esta regla general admite dos excepciones: la de los contratos conexos en los cuales siempre se ha admitido la compensación impropia entre créditos y deudas del comisionista, del arrendatario y los sometidos al régimen de compensación en contrato de cuenta corriente comercial.

Y otra compensación posible es la que dimana del pacto previo de compensación, propio del contrato de cuenta corriente comercial, que en este punto funda su utilidad práctica.

Si llega a entrar en vigor la nueva Ley concursal tal y como viene redactado el Anteproyecto de 1.995, cerrará el portillo que la Jurisprudencia trata de abrir tímidamente en las dos sentencias que han constituido el comentario del nuevo Académico, y en la Sentencia del T.S. de 11 de octubre de 1.988, dictada en una Suspensión de Pagos extrapolable a la quiebra, que admite la compensación por considerarla como una solución de equidad que puede dar lugar a la aplicación del artículo 3 del Código Civil.

Queda un largo camino para recorrer hasta alcanzar una Ley concursal que se adapte a la realidad social actual y asimilar el Proyecto de Convenio sobre la unificación del régimen de la quiebra en la Unión Europea.

Según el Profesor Rojo Ajuria en su obra *la Compensación como garantía*, la compensación en la quiebra plantea problemas específicos. Así la declaración de quiebra podría entenderse, por el vencimiento de los plazos, tal como señalaba el tratadista italiano Foschini, como la causa de la creación *ex lege* de las situaciones objetivas de responsabilidad. O, como sostiene Uria podría considerarse que el principio *ope legis compensatur* debe prevalecer sobre las exigencias del principio de la indisponibilidad del patrimonio de la quiebra. No cabe negar la evidente diferencia entre la ejecución individual y la colectiva.

El tratadista inglés Wood en su obra *English and International Set-Off*, publicada en Londres en 1.989, dice que la compensación en la quiebra se puede regular estableciendo los requisitos específicos para su admisión. Pero también se puede establecer que la compensación es admisible,

manteniendo los requisitos de la compensación legal, que evidentemente son modificados por el estado de insolvencia, (fundamentalmente el plazo) y afectados por las reglas destinadas a atacar las preferencias.

Otra posibilidad sería sin duda la configuración de la compensación como garantía, tanto dentro como fuera de la quiebra, teoría que sostiene el Profesor Rojo Ajuria. Naturalmente ello depende de manera fundamental de una opción de política legislativa. Se trata de considerar, según el citado Profesor, que la coexistencia de dos créditos recíprocos es una situación merecedora de tutela y que es preciso conceder a los acreedores deudores recíprocos un status jurídico similar al de un acreedor garantizado.

A nuestro entender el impedimento del n° 5 del artículo 1196 del Código Civil podría quedar reducida su aplicación a la ejecución individual. Y al propio tiempo añadir una cuarta categoría de créditos privilegiados en la división tripartita del Anteproyecto de Angel Rojo, que incluiría los créditos compensables con lo que se derribaría la barrera de la par conditio creditorum.

Sea cual fuera la reforma que en el futuro se produzca, tarde o temprano se impondrá la admisión de la compensación en los procedimientos concursales por uno u otro cauce.

Y termino para apoyar esta afirmación con unas palabras de Leon Duguit que dice: “El Derecho es mucho menos la obra del Legislador que el producto constante y espontáneo de los hechos. Las Leyes positivas, los Códigos, pueden permanecer intactos en sus textos rígidos, poco importa; por la fuerza de las cosas, bajo la presión de los hechos, de las necesidades prácticas, se forman constantemente instituciones nuevas. El texto está siempre allí, pero ha quedado sin fuerza, sin vida o bien por una exégesis sabia y sutil se le da un sentido y un alcance en los cuales no había soñado el legislador cuando lo redactaba”.

Y nada más, muchas gracias distinguido auditorio por su atención y su paciencia y de nuevo mi felicitación más sincera y merecida al nuevo Académico de número Ilmo. Sr. D. Bartolomé Sitjar Burguera.