

**ANA ALEMÁN MONTERREAL,  
LA INSOLVENCIA. UNA CUESTIÓN DE TERMINOLOGÍA JURÍDICA.**

**Colección internacional “Ciencia y Pensamiento Jurídico”. Sección  
“Estudios y Análisis Jurídicos” nº.1 (Dir. Ramón P. Rodríguez Montero).  
Andavira Editora, Santiago de Compostela (2010), 604 págs.**

**Juana Pulgar Ezquerro**

*Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad Complutense de Madrid.  
Directora de la Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*

Recepción: 15 de mayo de 2010

Aceptación por el Consejo de Redacción: 8 de junio de 2010

La aprobación de la Ley Concursal 22/2003, que se acompañó de la Ley Orgánica 8/2003, y su posterior entrada en vigor el 1 de septiembre de 2004 y conllevó la acertadísima creación de los jueces de lo mercantil, ha constituido, sin duda alguna, un hito particularmente relevante en el proceso legislativo español, al incidir en la normativa de tratamiento de las crisis económicas conllevando una compleja opción de política económica y viniendo a superarse con la reforma un marco normativo plural y anacrónico que en esencia databa del siglo XIX.

Dicha reforma, presidida por el principio de unidad legal, subjetiva y procedimental y posteriormente modificada en virtud de distintas normas sectoriales, entre las que destaca la reforma introducida por el RDL 3/2009 de 27 de marzo de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, ha conllevado entre otros efectos el desarrollo de una rápida producción científica concursal desde diversas disciplinas jurídicas que de algún modo vuelve a conectar con el que podríamos denominar Siglo de Oro Concursal Español (siglo XVII), en el que destacaba, en el Marco Europeo, la producción científica de los concursualistas españoles (Hevia Bolaños, Salgado de Somoza).

En efecto, probablemente como consecuencia del acarreo normativo histórico que caracterizó la codificación española, en la que se manifestaba un componente continuista con la codificación francesa, la producción científica española en esta materia se ralentizó a finales del siglo XIX y durante el siglo XX, no obstante el paradójico efecto que la célebre Barcelona-Traction Light of Power Co. Ltd. conllevó en la producción científica en esta materia.

Ello contrasta con la “eclosión científica” que ha conllevado la aprobación y entrada en vigor de la Ley Concursal 22/2003, que ha enriquecido el panorama concursal Español con valiosas aportaciones doctrinales encuadradas en obras colectivas bajo forma de comentarios a la legislación concursal y monografías, así como con la aparición en el mercado de publicaciones periódicas sobre la materia concursal de la Revista de Derecho concursal y Paraconcursal (Ed. La Ley) y del Anuario de Derecho Concursal (Ed. Aranzadi) inexistentes en el Derecho Español hasta este momento, frente a lo que acontecía en otros ordenamientos de nuestro entorno europeo (Rivista di Diritto Fallimentare Italiana o Revue Generale des Faillites francesa o la alemana Konkurs, Treuhand und Sanierung, KTS).

Pues bien, en este marco hay que encuadrar la monografía de la profesora Ana Alemán Monterreal, en la que, desde su formación esencialmente romanista y bajo el título “*La Insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica*” persigue abordar acertadamente, desde una perspectiva esencialmente semántica en un marco de Derecho Histórico y de Derecho Positivo, uno de los temas nucleares en todo Derecho de tratamiento de las crisis económicas, como es su presupuesto objetivo, esto es, la insolvencia como situación económica que en nuestro Derecho determina la declaración de un procedimiento concursal.

Desde ésta una perspectiva esencialmente semántica, concerniente a la terminología jurídica, abordando las expresiones y términos con que se hace en la actualidad y se ha hecho tradicionalmente referencia a la insolvencia en diversas áreas del Derecho y no sólo en aquellas de impronta privatista, lo que conecta con la compleja problemática del significado plural de esta expresión que puede desde diversas perspectivas de análisis conectar con distintas realidades.

No son frecuentes, ni aún hoy en plena proliferación científica concursal, las obras que aborden desde una perspectiva semántica e histórica las instituciones típicas del Derecho Concursal (convenio o liquidación), y aún menos que sometan un término jurídico que atrae sobre sí un concepto económico-jurídico tan complejo como la insolvencia al “filtro” histórico a través del que analizar la evolución en el contenido de dicho concepto. No obstante, no hay que dejar de citar en éste ámbito reputadas excepciones, como el trabajo publicado en 2006 por Manuel Olivencia, catedrático de Derecho Mercantil y presidente de la sección especial de la Comisión general de Codificación, de la que emanaron los anteproyectos que darían posteriormente lugar a la Ley concursal 22/2003 y a la ley orgánica 8/2003. Así mismo en éste ámbito cabe situar y sin ánimo exhaustivo por supuesto, la obra de Juan Antonio Alejandro, catedrático de Historia del derecho de la Universidad Complutense de Madrid, así como la de Fernando Betancourt Catedrático de Derecho Romano de la universidad de Sevilla, o Patricia Zambrana Moral, Profesora titular de Historia del derecho y de las instituciones de la universidad de Málaga.

Es precisamente en esta línea de investigación, en la que se manifiesta el acierto y la oportunidad de la autora de esta monografía, Ana Alemán Monterreal, con quien tuve la ocasión de coincidir en la Universidad de Almería durante mi estancia en dicha Universidad como Catedrático de Derecho Mercantil (1999-2009) y de intercambiar conocimientos en materia concursal, bajo el generoso magisterio de Rafael García

Villaverde, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, hoy tristemente desaparecido y del cual pudo beneficiarse la comunidad científica de la joven y pujante Universidad de Almería.

La profesora Alemán, ya en aquellos años representaba un modelo de vocación y dedicación a la actividad docente e investigadora, que en ocasiones no es suficientemente valorada en nuestro entorno social, de la que buena muestra es la monografía “*La Insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica*”.

La obra se estructura en cinco capítulos, en los que se aborda desde el referido planteamiento semántico, “La insolvencia en Derecho Romano” (Capítulo I), en el Derecho Intermedio (Capítulo II), en la Codificación decimonónica española y posterior proceso de actualización y modernización de nuestra legislación concursal en virtud de la LC 22/2003 (Capítulo III), desdoblando posteriormente en dos últimos capítulos la noción de insolvencia desde el marco del Derecho Civil (Capítulo IV) y desde una perspectiva penal (Capítulo V) y todo ello desde el manejo de una amplia y completa bibliografía sobre el tema.

En el Derecho romano no se puede hablar en puridad de la existencia de un Derecho concursal, aun cuando en él pueden encontrarse muchas de las notas que después pasarán al Derecho estatutario medieval conformando el instituto de la quiebra. En efecto, en este contexto lo único que preocupa es el hecho del incumplimiento de las obligaciones sin tomar en consideración más elementos, por lo que no existen concursos, sino institutos que persiguen el cumplimiento forzoso de las obligaciones en supuestos en que éste no se produzca de forma voluntaria. En este ámbito, es precisamente en el Derecho romano donde se sitúa el origen del concepto de obligación (*obligatio*), definiéndose como un *vinculum iuris* que da lugar a una relación jurídica obligatoria formada de un lado por un acreedor que es titular de un derecho subjetivo de crédito, y un deudor que es sujeto de un deber jurídico (deuda) frente al acreedor.

En este marco, originariamente, durante la época del Derecho Quirritario y en la fase más remota del *Ius Civile* coincidiendo con el período de máximo poder gentilicio, caracterizan el ámbito del cumplimiento forzoso de las obligaciones en el Derecho romano, de un lado, la estricta inserción en el ámbito privado del tratamiento del incumplimiento de las obligaciones, a través del denominado “sistema de autotutela” que se verá atenuado durante los últimos siglos de la república, en una fase más avanzada del *Ius Civile*, período en el cual, por efecto del debilitamiento de la organización gentilicia y correlativo reforzamiento de la autoridad del Estado, se producirá un progresivo tránsito hacia un sistema de control por los poderes públicos de la autodefensa privada. De otro lado, los institutos de ejecución forzosa de las obligaciones, a través de un complejo proceso evolutivo coincidente con el tránsito del absoluto sistema de autotutela al posterior sistema de control público, evolucionan desde los institutos ejecutivos de exclusivo carácter personal a otros de carácter patrimonial, pasando por la configuración de institutos mixtos que combinan simultáneamente ambos caracteres.

En este marco del cumplimiento forzoso de las obligaciones, el originario sistema de autotutela determina que sean los propios titulares del derecho de crédito lesionado por el incumplimiento del deudor, esto es, los acreedores quienes asuman la protección de su derecho decidiendo el modo a través de cual satisfarán éste. En este sentido, se puede sostener que la autotutela constituye la forma más rudimentaria y antigua de amparo jurídico y, si bien es cierto que en la más antigua de las épocas de las cuales se poseen fuentes en Derecho romano, se ha superado ya el período de protección de los derechos por la fuerza bruta de los particulares; sin embargo, en la fase más antigua de este Derecho, esto es, en el Derecho Quiritario y en la fase más remota del *Ius Civile*, se encuentran vestigios de aquel sistema en el marco del cumplimiento forzoso de las obligaciones.

Bajo el descrito sistema se configuran en el Derecho romano exclusivos institutos de ejecución forzosa de las obligaciones de carácter personal (*manus iniectio* en el marco de la *lex poetelia Papiria* y posteriormente de la *lex Julia*) a través de los cuales, mediante el recurso a la fuerza física, los acreedores obtienen el cumplimiento forzoso de las obligaciones sobre la persona del deudor, no existiendo en este período institutos de ejecución forzosa de las obligaciones de carácter patrimonial, no planteándose en éste ámbito ni siquiera desde un planteamiento semántico la delimitación de la insolvencia. No obstante, la finalidad de dichos institutos no es tanto castigar al deudor, como podría parecer en una primera interpretación, cuanto “incentivarle” a través de medidas infamantes contra su persona -que pueden llegar en este período hasta la muerte- para que satisfaga los derechos de crédito de sus acreedores si ello es posible y, de no serlo, procurando la “satisfacción por equivalente”.

La situación descrita, sin embargo, varía en los últimos siglos de la república en una fase más avanzada del *Ius Civile*, cuando la organización gentilicia se debilita y, como contrapartida, la autoridad del Estado se reafirma, pues ello determinará un paulatino tránsito de una sistema absoluto de autotutela a un sistema todavía no de asunción plena, pero sí de control, de la autodefensa privada de los poderes públicos.

Bajo este segundo sistema siguen siendo los propios acreedores los que deciden, con base en la exclusiva consideración de sus intereses en el cobro, la satisfacción de sus derechos de crédito (autodefensa), así como el modo a través del cual se producirá dicha satisfacción, pero los poderes públicos, como consecuencia de su fortalecimiento, van a empezar a participar en la composición de intereses afectados por el incumplimiento a través de dos vías: de un lado, a través de sus órganos de carácter jurisdiccional (Pretores) a los cuales progresivamente se les atribuirá una función de vigilancia dentro de los procedimientos tendentes a conseguir el cumplimiento de las obligaciones; de otro, a través de nuevos institutos de ejecución forzosa de las obligaciones que, junto a los intereses privados de los acreedores en el cobro, tengan en cuenta los intereses privados del deudor, lo que motiva que la reacción frente al incumplimiento del deudor deje de tener por objeto exclusivo su propia persona y se atenúe frente a él la rigurosidad clásica del originario Derecho romano.

Se configuran así, frente a los institutos de ejecución forzosa exclusivamente personales del período anterior, institutos de carácter mixto personal-patrimonial, cuya finalidad reside en obtener simultáneamente el cumplimiento de las obligaciones, sobre la persona del deudor, aun cuando con menos rigurosidad que la que caracterizaba originariamente al Derecho romano, así como sobre su patrimonio, revistiendo posteriormente estos institutos de ejecución un exclusivo carácter patrimonial. Podría sostenerse que nos encontramos ante institutos calificables de *favor debitoris*, pues su ámbito de aplicación se limita a deudores cuyo incumplimiento no les sea imputable, residiendo en este aspecto la causa por la cual se les permite acceder a institutos de ejecución forzosa que recaerán sobre su patrimonio, dejando a salvo su persona. Se produce, por tanto, en el marco del sistema de control por los poderes públicos de la defensa privada, el tránsito de un sistema absoluto de ejecución forzosa de las obligaciones de carácter personal a otro de carácter patrimonial.

Así, se regula en este contexto, en primer lugar, y como instituto de ejecución forzosa de carácter mixto personal-patrimonial, la *Missio in Bona Debitoris* y su complementaria *Bonorum Venditio*, a la que posteriormente se añadió la “*Bonorum Distractio*” y el denominado “*Pactum ut minus solvatus*” y sobre todo la “*Cessio Bonorum*” que permitía al deudor eludir prisión e infamia.

El tránsito del “*ius civile*” romano al “*ius mercatorum*” medieval se manifiesta en la evolución desde los medios generales de cumplimiento forzoso (la autotutela directa y privada del acreedor sobre el deudor) hacia la configuración de instrumentos específicos para el tratamiento de la crisis del comerciante, como son la propia quiebra, que aparece en el seno de las Corporaciones profesionales de las ciudades italianas a lo largo del siglo XIII, o modalidades más avanzadas de convenio solutorio o preventivo. La etapa siguiente es ya la de las Ordenanzas (la de Colbert en Francia y las de los Consulados en España), en las que empieza a perfilarse una distinción que será clave en el devenir del Derecho Concursal: la situación económica subyacente (el deudor que no puede o no quiere cumplir, sin que se distinga si es por falta de bienes o por falta de liquidez) y las manifestaciones externas que permiten objetivar esa situación y activar los mecanismos concursales (la cesación en los pagos, la fuga u ocultación que las Ordenanzas de Bilbao describían gráficamente a los deudores “unos ausentándose y otros refugiándose en la Iglesias sin dejar de manifiesto sus libros, papeles y cuentas con la debida claridad”). La Codificación, lo mismo que las leyes concursales especiales del siglo XIX, no hace sino consolidar un modelo de “gestión pública” de la crisis del comerciante por medio de un procedimiento judicial oficial, a la vez que formaliza la distinción entre la quiebra como procedimiento tendencialmente liquidatorio y los convenios, preventivos o no, como alternativa, sin perjuicio de los cruces funcionales que se produjeron por diversas circunstancias en algunos ordenamientos, caso del español donde la quiebra podía terminar por convenio solutorio sin liquidación y, a la vez, eran posibles convenios liquidatorios, con cesión de bienes o en otra forma. Obviamente, la autora dedica especial atención al análisis de esta evolución en nuestro Derecho, tanto en el Código del 29 como en el del 85, con la reforma de 1897. Finalmente, en este proceso, se exponen las transformaciones y principios que marcan la orientación del Derecho Concursal del siglo XX, con una referencia particularizada al estado de la

legislación concursal española que, procedente en términos generales del siglo XIX, atravesó todo el siglo XX con escasa modernización (salvada sea la Ley de Suspensión de Pagos de 1922) y entró en los albores del siglo XXI aquejada de las graves enfermedades (“pluralidad, dispersión y anacronismo normativo”, abordándose posteriormente la reforma de nuestro Derecho concursal en virtud de la LC 22/2003, no sin recordar antes los antecedentes y los múltiples intentos de abordar esa reforma que se sucedieron a lo largo del siglo XX y los principios de política jurídica que finalmente la inspiraron. Se analiza así el principio de la llamada “triple unidad” (de sistema o procedimiento, legal y de disciplina o subjetiva), que la propia Exposición de Motivos de la Ley acuñó en el marco del objetivo de la satisfacción de los acreedores, en conexión con la continuación de la actividad y la conservación de la empresa como finalidad típica del concurso, así como el alcance de la “*par conditio creditorum*”, y la subsiguiente “poda de privilegios” como secuela, y finalmente la preocupación por limitar la duración temporal del concurso, poniendo en juego principios de celeridad y de flexibilidad.

En este nuevo marco normativo, y ya desde un plano de Derecho positivo, la autora aborda la delimitación conceptual de la insolvencia a partir de la expresión legal (imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles). Partiendo de un concepto amplio de insolvencia recogido en el artículo 2 de la ley concursal, en el que “lo relevante es que el deudor no puede cumplir sus obligaciones con independencia de la causa”, lo que excluye del concurso el supuesto en que el deudor, pudiendo, no quiere cumplir, integrando por tanto en la ley Española la insolvencia tanto el desbalance como la iliquidez, pero siempre que tengan carácter definitivo, esto es, siempre que provoquen imposibilidad de cumplir y no simplemente una dificultad o situaciones transitorias de impuntualidad, aludiendo la regularidad a que alude la Ley y que proviene de la legge Fallimentare Italiana, a los medios disponibles para cumplir y no al momento de cumplimiento. Desde esa misma perspectiva adquiere relevancia la diferencia entre pérdidas societarias, especialmente las cualificadas, e insolvencia, en el bien entendido de que una reducción de capital no determina ni prueba por sí misma una situación de insolvencia. Por lo demás es indiferente la naturaleza (civil o mercantil, dineraria o no, etc.) de las obligaciones incumplidas. Importa su exigibilidad y la no regularidad en el cumplimiento, en el sentido indicado.

Tras la delimitación conceptual se aborda el tratamiento sistemático de las llamadas “manifestaciones externas de la insolvencia de fondo”, esto es, las situaciones enumeradas en el artículo 2, 4, de la Ley. El análisis se enfoca desde una distinción radicalmente importante: si es el deudor quien solicita el concurso voluntario, la insolvencia opera como cláusula general y las manifestaciones externas son un “*numerus apertus*” (hechos del artículo 2, 4, u otros, dice literalmente la Ley); si son los acreedores quienes solicitan el concurso necesario, el listado opera como “*numerus clausus*” y debe individualizarse alguno de ellos en concreto como fundamento de la solicitud. En el estudio particularizado de los supuestos se separa inicialmente, siguiendo el tenor legal, la existencia de una previa ejecución forzosa singular infructuosa (“título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes suficientes para el pago”), pues no hay aquí un mero hecho externo sino una situación económica de fondo directamente

constatada; los demás son hechos externos propiamente dichos (el sobreseimiento general, que hay que entender como definitivo o irreversible, en el pago corriente de las obligaciones exigibles de cualquier clase, siempre que esté referido a una pluralidad de acreedores, más que a una pluralidad de obligaciones que podrían corresponder a un único acreedor dejando sin sentido el concurso; la afectación general del patrimonio del deudor por embargos derivados de ejecuciones pendientes, que hay que entender relacionadas con una pluralidad de procesos; el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor, circunstancias de hecho de las que pueden ser indicio, aunque no siempre suficiente sin más, los pagos preferenciales injustos con que el deudor satisface discrecionalmente a algunos acreedores o las circunstancias que tipifican el delito de alzamiento en el Código Penal; el incumplimiento generalizado de ciertas obligaciones significativas como son las tributarias, las de cuotas de la Seguridad Social y los salarios e indemnizaciones en los tres meses anteriores a la solicitud del concurso). Carácter de especialidad tendrían al respecto los casos de solicitud del concurso por socio personalmente responsable, o equivalente, y el propio concurso de la herencia.

Junto a la insolvencia actual, se aborda el análisis de la denominada en la Ley Concursal “insolvencia inminente” (art 2,3 LC), relacionada también con el tratamiento legal de la morosidad. Configurada como una facultad del deudor en el ámbito del concurso voluntario, la insolvencia inminente resulta ser una previsión de imposibilidad futura de cumplir regular y puntualmente (aquí sí es relevante la puntualidad en el pago) sus obligaciones de cualquier naturaleza aún no exigibles, sin que se delimite legalmente el plazo para el que debe hacerse la previsión. En todo caso, este “concurso preventivo de morosidad”, que opera en base a un posible, y probable, cumplimiento retrasado más que a una amenaza de incumplimiento, debe ponerse en relación con el tratamiento del fenómeno de la morosidad en las operaciones comerciales, traído del Derecho Comunitario por la Ley de 29 de diciembre de 2004, que en el momento actual está siendo objeto de revisión a través de una nueva ley contra la morosidad en los pagos entre empresas, actualmente en tramitación en el Senado.

La monografía se cierra finalmente con dos capítulos dedicados al análisis del término insolvencia en el marco penal, así como en el marco civil que, no obstante en el marco de la unidad subjetiva procedimental y legal introducida por la LC 22/2003, presenta un interés al margen de los procedimientos concursales, dado que tras dicha reforma no se distinguen procedimientos concursales civiles y mercantiles.

En definitiva, una obra muy recomendable en la que se pone de manifiesto la tenacidad, capacidad de trabajo y rigurosidad en el estudio de su autora, Ana Alemán Monterreal, a quien desde éstas líneas felicito sinceramente y animo a continuar avanzando en esta línea de investigación tan formativa e interdisciplinar que constituye el Derecho de tratamiento de las crisis económicas del deudor común.