

# *Algunas notas para una necesaria revisión del Derecho Concursal*

Andrea Rondón García\*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-135-144

**Resumen:** La filosofía liberal tiene mucho que aportar al derecho concursal para que este efectivamente sea una verdadera herramienta para la reparación de los acreedores y la rehabilitación del deudor. Pero esto supone cambios legislativos que reflejen una de las características de esa filosofía liberal que es un legislador limitado. En virtud de esta filosofía liberal, la autonomía de la voluntad de las partes, en este caso acreedor y deudor, será principal, y la legislación será secundaria, para permitir fórmulas abiertas que alcancen mejores acuerdos.

**Palabras claves:** Liberalismo, filosofía del derecho, quiebra, protección del crédito, rehabilitación del deudor

## *Some notes for a necessary review of Bankruptcy Law*

**Abstract:** *The liberal philosophy has much to contribute to bankruptcy law so that it is effectively a true tool for repairing creditors and rehabilitating the debtor. But this supposes legislative changes that reflect one of the characteristics of that liberal philosophy that is a limited legislator. By virtue of this liberal philosophy, the autonomy of the will of the parties, in this case creditor and debtor, will be primary, and the legislation will be secondary, to allow open formulas to reach better agreements.*

**Key words:** *Liberalism, philosophy of law, bankruptcy, credit protection, debtor rehabilitation*

---

\* Abogado mención *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Procesal Civil mención *Honorífica*, Universidad Central de Venezuela. Doctora en Ciencias mención Derecho, Universidad Central de Venezuela. Profesora de Doctorado en Derecho, Universidad Católica Andrés Bello. Profesora de Pregrado de Argumentación Jurídica, Universidad Católica Andrés Bello (2006-2017). Profesora de Pregrado de Teoría General del Derecho, Universidad Católica Andrés Bello (2017-2019). Miembro del Comité Académico del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE Libertad). Coordinadora del Programa Cultura en Libertad del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE Libertad). Directora del Comité de Derechos de Propiedad del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE Libertad). Directora del Instituto Ludwig von Mises de Venezuela. Columnista de El Nacional, del Instituto Juan de Mariana de España e *Independent Institute* en español de Argentina.



# Algunas notas para una necesaria revisión del Derecho Concursal

Andrea Rondón García\*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-135-144

## SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. *¿Cuál debe ser el propósito de la legislación de Derecho Concursal?*. 2. *Principales características de nuestro Derecho Concursal y las tendencias actuales en la materia.* 3. *Las crisis económicas mundiales como detonantes para retrocesos en la legislación.*  
CONCLUSIONES.

## A LUIS FERNANDO RAMÍREZ

Tuve la fortuna de ser su estudiante de Derecho Mercantil II en la Universidad Central de Venezuela en el año 2002. A pesar de ser seguros, atraso y quiebra temas áridos para quien los estudia por primera vez y no tiene la experiencia práctica, el profesor Ramírez hizo del derecho concursal una materia dinámica.

Asistido de Burgos Villasmil y de Pisani Ricci, era muy crítico e incisivo de nuestro Código de Comercio en lo que respecta al atraso y a la quiebra. Aunque no serían materias de mi ejercicio profesional posteriormente, no olvidaría esas clases y me permitiría retomar hoy la figura de la quiebra bajo una óptica distinta y afín a mis intereses intelectuales actuales.

Este artículo lo escribo hoy recordando sus clases; su puntualidad inglesa; su impecable forma de dirigirse a sus estudiantes; su memoria para acordarse de ellos (así fue en mi caso) a pesar de ser un salón numeroso; de su particular forma de anunciar los resultados de los exámenes (en orden creciente, de las menores notas hasta las máximas); en definitiva; de su forma de dar clases que al día de hoy trato de emular junto con otros notables ejemplos que tuve la oportunidad de conocer.

---

\* Abogado mención *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Procesal Civil mención *Honorífica*, Universidad Central de Venezuela. Doctora en Ciencias mención Derecho, Universidad Central de Venezuela. Profesora de Doctorado en Derecho, Universidad Católica Andrés Bello. Profesora de Pregrado de Argumentación Jurídica, Universidad Católica Andrés Bello (2006-2017). Profesora de Pregrado de Teoría General del Derecho, Universidad Católica Andrés Bello (2017-2019). Miembro del Comité Académico del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE Libertad). Coordinadora del Programa Cultura en Libertad del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE Libertad). Directora del Comité de Derechos de Propiedad del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad (CEDICE Libertad). Directora del Instituto Ludwig von Mises de Venezuela. Columnista de El Nacional, del Instituto Juan de Mariana de España e *Independent Institute* en español de Argentina.

Nuevamente mi agradecimiento y reconocimiento para el equipo de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM) por dedicar las ediciones de su revista a nuestros profesores de Derecho Mercantil, especialmente en un momento tan duro como el actual para nuestras universidades.

## **INTRODUCCIÓN**

Se tiene la errada percepción de que la filosofía del Derecho está muy alejada de disciplinas tan pragmáticas como el derecho procesal. La verdad es que todas las disciplinas deben estar sustentadas en la filosofía del derecho y en el caso del derecho procesal es necesaria esta vinculación para que no se pierda en el detalle, en el expediente, en la taquilla, en el tribunal, etc, que lejos de resolver conflictos, termina alargándolos sin beneficiar a nadie.

En los últimos años he vinculado la filosofía liberal con el Derecho que nos permite replantearnos el concepto de Derecho mismo, la jerarquía de las fuentes, el rol del legislador, entre otros temas fundamentales. Esta vinculación entre la filosofía liberal y el Derecho también puede ser llevada a reflexionar sobre casos específicos en el derecho procesal y más específicamente para el derecho concursal, que es una suerte de derecho adjetivo y sustantivo.

De este modo, mi intención con estas líneas es (i) exponer brevemente las premisas de la filosofía del derecho que deseo emplear para aproximarme al derecho concursal; (ii) revisar las propuestas del derecho comparado en la materia y que pueden ser mejoradas desde la filosofía liberal y; (iii) analizar las recientes crisis económicas mundiales como detonantes para retrocesos en la legislación, de modo tal, que aprendamos de ellas para no replicar errores en el futuro.

### ***1. ¿Cuál debe ser el propósito de la legislación de Derecho Concursal?***

Sobre el liberalismo Mises diría que «no es una religión, porque no pide ni fe ni entrega, no vive en una aureola de misticismo y no posee dogmas. No es una concepción general del mundo, porque no pretende explicar el cosmos y no nos dice ni quiere decirnos nada sobre el sentido y el fin de la existencia humana. No es un partido de intereses, porque no promete, no quiere proporcionar y no concede de hecho privilegios de ninguna clase a ningún grupo y a nadie personalmente (...) Es ideología (...) Solo una cosa quiere dar a los hombres: un desarrollo pacífico y continuo del bienestar material para todos...»<sup>1</sup>. Se trata de una definición que se contrapone al socialismo.

---

<sup>1</sup> Ludwig von Mises, *Liberalismo (La tradición clásica)*, (Unión Editorial, Madrid, 2015): 258-259.

El liberalismo como filosofía política surge para resistir los absolutismos y reivindicar los derechos del hombre. En cumplimiento de estos propósitos, serán constantes en las distintas corrientes liberales, desde su surgimiento en el siglo XVIII hasta el presente, la de tener por norte la reafirmación del individuo y la de establecer claros límites al Estado.

Estas constantes definitivamente tienen una traducción en el Derecho, en sus distintas disciplinas, por más pragmáticas que estas luzcan. El derecho concursal no escaparía de esto y de hecho, la filosofía liberal aportaría muchos elementos para la discusión y para el avance de esta disciplina en pro de los acreedores.

### *El norte es el individuo*

Uno de los contenidos constantes en las distintas corrientes del liberalismo es tener por norte la reafirmación del individuo. El individualismo es lo que caracteriza al liberalismo, lo que no significa que se olvide que el hombre forma parte de la sociedad y es un ser gregario. Se reconoce la importancia de la cooperación social y uno de los mejores ejemplos de este trabajo cooperativo es el mercado.

Este contenido filosófico tiene importantes consecuencias prácticas. Para el Derecho por ejemplo, se apelaría a un cambio de enfoque y en lugar de detener nuestra atención en la norma y la regulación; la atención debe dirigirse al individuo y a la toma de decisiones individuales.

Llevado este tema a un área en particular, por ejemplo Ricardo M. Rojas sostiene que en el Derecho Penal las políticas que privilegian la sobrecriminalización para frenar la delincuencia han fracasado en este objetivo por la poca participación de la víctima en el proceso y que la reformulación del Derecho Penal daría lugar a procedimientos mixtos, basados en la demanda de las propias víctimas en busca de sanciones que constituyan una reparación de los daños ocasionados con el crimen<sup>2</sup>.

La propuesta de Rojas es clara, más que dirigir la atención en el reforzamiento de los Códigos Penales con sanciones (normas y regulaciones), se debe dirigir la atención a la víctima (individuo).

Para el caso que nos ocupa, ¿no deberíamos pensar que la regulación en materia de atraso y quiebra debe estar más orientada hacia el acreedor y la efectiva reparación del daño que le fuera causado por el deudor?; de tener en cuenta este parámetro, ¿nuestra regulación actual cumpliría con esto?.

---

<sup>2</sup> Ricardo M. Rojas, *Las contradicciones del Derecho Penal*. (AD·HOC S.R.L., Buenos Aires, 2000): 18.

### *Un legislador limitado*

A partir de la mano invisible de Adam Smith<sup>3</sup>; el orden natural de Frédéric Bastiat<sup>4</sup>; la acción humana de Ludwig von Mises<sup>5</sup>; el orden espontáneo de Friedrich von Hayek<sup>6</sup>; la ley como descubrimiento y no como acto de promulgación de Bruno Leoni<sup>7</sup>; y la praxeología (método propio de la Escuela Austríaca de Economía) al Derecho de Ricardo M. Rojas<sup>8</sup> podemos ensayar un concepto de Derecho como un conjunto de comportamientos que se han ido formando a lo largo del tiempo, dentro de un proceso evolutivo que supone ajustes, adaptaciones y coordinación social, y donde el legislador tiene una participación limitada, siendo esta última una de las expresiones en el Derecho de la propuesta de un Gobierno limitado.

Siendo el Derecho resultado de un proceso evolutivo, la autonomía de la voluntad adquiere un rol protagónico y la ley un rol supletorio. Esto es algo que todavía perdura en nuestros Códigos que revelan una fuerte influencia del liberalismo del siglo XVIII. Por ejemplo, el artículo 200 del Código de Comercio dispone que «Las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes, por las disposiciones de este Código y por las del Código Civil».

Para el caso que nos ocupa, ¿los acreedores tienen verdaderas opciones de escoger las vías que mejor pueden indemnizarlos del daño causado por el deudor?; incluso, ¿tienen opciones de elegir la forma en la que participarán en el proceso?; ¿nuestra regulación actual responde a estas preguntas afirmativamente?.

## ***2. Principales características de nuestro derecho concursal y las tendencias actuales en la materia***

Morles Hernández señala los principios que rigen actualmente la legislación en materia concursal que en líneas generales se resumen en «La protección adecuada del crédito, la conservación de la empresa viable, la amplitud de las soluciones preventivas, los límites de la actuación de oficio de los órganos jurisdiccionales, la recuperación del deudor de buena fe y la severidad para quien abusó del crédito, la extensión de la responsabilidad, el proceso de verificación de créditos y la causa de postergación, la tutela de la relación laboral y la unidad concursal civil y comercial»<sup>9</sup>.

---

<sup>3</sup> Adam Smith, *La teoría de los sentimientos morales*. (Alianza Editorial, Madrid, 2011): 407.

<sup>4</sup> Frédéric Bastiat, «La Ley», en: *Obras escogidas*. (Unión Editorial, Madrid, 2012): 181-234.

<sup>5</sup> Ludwig von Mises, *La acción humana. Tratado de economía*. (Unión Editorial, Madrid, 2011): 37-85.

<sup>6</sup> Friedrich von Hayek, *Derecho, Legislación y Libertad*. (Unión Editorial, Madrid, 2006): 57-78.

<sup>7</sup> Bruno Leoni, *La libertad y la Ley*. (Unión Editorial, Madrid, 2011): 19-42.

<sup>8</sup> Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos del derecho*. (Unión Editorial Argentina, Buenos Aires, 2018): 108.

<sup>9</sup> Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo IV, (Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006): 2639.

Me interesaría retomar varios de estos principios de cara a mostrar que la tendencia en el derecho comparado es a enfocarse en los acreedores, lo cual sería muy afín con la filosofía liberal que informa la propuesta del derecho concursal que aquí se aborda.

#### *La protección adecuada del crédito*

Esto ha supuesto mayor libertad para el acreedor para llegar a acuerdos con el deudor y la búsqueda de la reparación de la integridad del patrimonio del deudor. Justamente este principio atiende más a los sujetos involucrados en el proceso, el acreedor y el deudor, e incluso un poco más allá.

La quiebra en nuestra legislación busca la liquidación y el reparto del patrimonio del comerciante entre los acreedores. Pero en el derecho comparado no es sólo esto, porque se busca rescatar al deudor, si ello es posible. Se piensa en realidad a corto, mediano y largo plazo.

Esto último es en aras de beneficiar a la economía en general, al mercado, que como ya hemos señalado es el mejor ejemplo de trabajo cooperativo. En la medida en que los agentes del mercado estén en mejores condiciones para estar en esa dinámica, en esa medida se reducirá la necesidad de acudir a procesos como el atraso y la quiebra.

#### *La amplitud de las soluciones preventivas*

Morles Hernández señala que «La ley debe arbitrar una fórmula abierta para que en ella quepan todas las posibles soluciones que el deudor y los acreedores conciban; y también quiere decir que los acreedores pasen a tener un papel relevante...»<sup>10</sup>.

Cláusulas abiertas en nuestra legislación otorgan un mayor poder decisión para los involucrados, quienes así tendrán mayores incentivos para ser más activos dentro del proceso y de este modo lograr una mejor reparación para el acreedor y una posible recuperación para el deudor. Una fórmula abierta es la expresión concreta de un legislador limitado a la que hace referencia la filosofía liberal.

Nuestra legislación se muestra muy alejada de este principio obligando a los acreedores a participar en procesos colectivos; sin una representación propia dentro del proceso sino a través del síndico que es un auxiliar del sistema de administración de justicia; y mostrándose más como un procedimiento sancionatorio que como un mecanismo de reparación para el acreedor y de rehabilitación para el deudor.

#### *La unidad concursal civil y comercial*

De entrada, el hecho de ser un procedimiento especial destinado solo para el comerciante ya nos separa de las tendencias actuales que evidencian una unicidad civil

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 2640.

y mercantil sobre el tema. La separación y especialidad que todavía mantiene nuestra legislación y el carácter penal que revisten algunos casos (como la quiebra fraudulenta por ejemplo) pareciera insistir en la condición infamante que supone la quiebra para el comerciante, que prácticamente termina como un apestado.

Esta forma de tratar al comerciante que incurre en la cesación de pagos nos da una idea que los acreedores, que son los verdaderos afectados, no son el foco de interés de esta regulación. ¿Qué beneficio real reciben los acreedores de este tratamiento que recibe el deudor?. Tal vez se piensa un poco más en el acreedor en el derecho comparado, pero todavía nos parece que no se termina de dar ese avance efectivo.

### ***3. Las crisis económicas mundiales como detonantes para retrocesos en la legislación***

«En 1935 se dictaron dos decretos-leyes que significaron un regreso al rigor anterior, como consecuencia de las quiebras producto de la crisis mundial iniciada en 1929; el de 30 octubre de 1935 y el de 8 de agosto de ese mismo año. El primero aumenta los poderes del juez en detrimento de los acreedores y el segundo extiende la quiebra de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada a sus dirigentes, para atender la paradoja de empresarios prósperos de empresas arruinadas»<sup>11</sup>, así describe Morles Hernández a las reformas del siglo pasado del Código de Comercio francés en materia concursal.

La depresión de 1929, que duró 11 años, dejó en el imaginario de la gran mayoría que el culpable de la depresión fue el capitalismo y que la forma de evitarlo en un futuro era a través de la intervención estatal. Hoy en día, con la crisis económica de 2008, la situación no es muy distinta.

Las legislaciones rigurosas posteriores a cada crisis económica son reflejo de estas creencias.

Será a través de las teorías de la Escuela Austríaca de Economía, específicamente de Ludwig von Mises y Friedrich A. Hayek, que se explicaría de un modo completamente distinto los ciclos económicos y se afirmarían que «el ciclo económico y las depresiones son producto de las distorsiones generadas en el mercado por la intervención monetaria...»<sup>12</sup>.

En lugar de clamar por una legislación más rigurosa luego de cada crisis económica y del culpar al *laissez faire*, se debe entender la teoría de los ciclos económicos según la

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 2609.

<sup>12</sup> Murray Rothbard, *La gran depresión*. (Universidad Editorial, Madrid, 2013): LV.



cual luego de incidir artificialmente en la expansión del crédito (a través de los bancos centrales) inevitablemente el mercado reacciona con un proceso de depresión; y que la solución no puede ser exigir mayor intervención del Estado (causante de la crisis) sino dar verdaderamente poder a los acreedores y deudores para llegar a acuerdos y lograr la reparación en un caso y la rehabilitación en otro caso.

El derecho comparado está cerca de las propuestas de reforma en materia concursal que estarían influenciadas por la filosofía liberal, pero el avance definitivo será alcanzar la comprensión de limitar efectivamente la actuación del Estado. Por ejemplo, el derecho concursal que responda a las crisis financieras no puede traducirse en mecanismos de recuperación y rescate de la empresa a través del Estado como hemos visto en el caso norteamericano.

Los primeros pasos del derecho concursal comparado hacia uno más afín a las partes involucradas ya están dados como indicamos en el punto anterior. Pero se logrará un verdadero avance al comprender la naturaleza de las crisis financieras (monetaria) y que la respuesta no está en el causante de las mismas. La filosofía liberal aporta mucho en este sentido para seguir avanzando.

## **CONCLUSIONES**

Estas son solo unas breves notas que representan un ensayo de reflexión sobre una filosofía del derecho que se nutre del liberalismo y que brinda herramientas para la discusión en áreas tan pragmáticas como el derecho concursal.

Este ejercicio obliga a mirar las causas y no los efectos y más que atender primero a reformas legislativas severas, debe mirarse a las verdaderas causas de las crisis económicas que han sido empleadas como excusas para estas reformas legislativas. Con el aporte de los austríacos y la teoría de los ciclos económicos, queda claro que el principal responsable de las crisis económicas es el Estado, quien influye artificialmente en la expansión crediticia. Si esto es así, mal podría incluirse en las reformas legislativas una mayor intervención del Estado.

Definitivamente un verdadero baremo a tener presente en las reformas en materia concursal es brindarle una mayor libertad a los acreedores dentro del proceso para que efectivamente tengan los incentivos necesarios para actuar de manera más activa. También otro baremo a tener presente es la recuperación del deudor en la medida de lo posible. Mientras estén en mejores condiciones los agentes para actuar dentro del mercado, no será tan importante una legislación en materia concursal.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Bastiat, Frédéric. «La Ley». *Obras escogidas*, Unión Editorial, Madrid, 2012.
- Hayek, Friedrich von. *Derecho, Legislación y Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 2006.
- Leoni, Bruno. *La libertad y la Ley*, Unión Editorial, Madrid, 2011.
- Mises, Ludwig von. *La acción humana. Tratado de economía*, Unión Editorial, Madrid, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Liberalismo (La tradición clásica)*, Unión Editorial, Madrid, 2015.
- Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo 4, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.
- Rojas, Ricardo M. *Las contradicciones del Derecho Penal*, AD·HOC S.R.L., Buenos Aires, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos praxeológicos del derecho*, Unión Editorial Argentina, Buenos Aires, 2018.
- Rothbard, Murray. *La gran depresión*, Universidad Editorial, Madrid, 2013.
- Smith, Adam. *La teoría de los sentimientos morales*, Alianza Editorial, Madrid, 2011.