

# LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO CONCURSAL PROCESAL A LA LUZ DE LA FILOSOFÍA RESTAURATIVA

**Alexis Matías Marega**

Universidad Católica de Santa Fe, Santa Fe, Santa Fe, Argentina

Contacto: amarega@ucsf.edu.ar

Recibido: 5 de octubre de 2021

Aprobado: 23 de marzo de 2022

## **Para citar este artículo:**

Marega, A. M. (2022). “Los principios del Derecho Concursal procesal a la luz de la filosofía restaurativa”. *Prudentia Iuris*, N. 93, pp. 179-203

**DOI:** <https://doi.org/10.46553/prudentia.93.2022.pp.179-203>

**Resumen:** En el presente trabajo se describen los principios procesales concursales que, como faros de interpretación del Derecho, tienen un punto de contacto muy fuerte con todos los principios procesales generales, destacándose –en el caso concursal– la falta de conflicto entre dos partes (no es un proceso contradictorio), el interés estatal de impulso procesal por parte del mismo órgano judicial y la fuerte apuesta de la doctrina en forzar una interpretación moralizadora de los procesos para evitar los abusos que se efectúan del instituto concursal. Seguidamente, enfocándonos en la filosofía restaurativa, se desmenuzan los principios generales de ella para luego contrapesar éstos con aquellos, marcando los puntos de contacto y las aristas conflictivas que se plantean.

**Palabras clave:** Justicia restaurativa, Derecho Concursal, Principios del Derecho.

## **The principles of bankruptcy law in the light of restoration philosophy**

**Abstract:** This paper describes the bankruptcy procedural principles that, as beacons of interpretation of the law, have a very strong point of contact with all general procedural principles, highlighting –in the bankruptcy case– the lack of conflict between two parties (it is not a contradictory process), the state interest of procedural impulse by the same judicial body and the strong commitment of the doctrine in forcing a moralizing interpretation of the processes to avoid the abuses that are carried out by the insolvency institute. Next, focusing on restorative philosophy, the general principles of it are broken down to then counterbalance these with those, marking the points of contact and the conflictive edges that arise.

**Keywords:** *Restorative justice, Bankruptcy law, Principles of law.*

## **I principi del diritto fallimentare alla luce della filosofia restauro**

**Sommario:** Il presente contributo descrive i principi procedurali fallimentari che, in quanto fari interpretativi della legge, hanno un punto di contatto molto forte con tutti i principi procedurali generali, evidenziando –in caso di fallimento– l’assenza di conflitto tra due parti (non si tratta di un contraddittorio processo), l’interesse statale di impulso processuale da parte dello stesso organo giurisdizionale e il forte impegno della dottrina nel forzare un’interpretazione moralizzante dei processi per evitare gli abusi che vengono posti in essere dall’istituto concorsuale. Successivamente, concentrandosi sulla filosofia restaurativa, ne vengono scomposti i principi generali per poi controbilanciarli con quelli, segnando i punti di contatto e gli spigoli conflittuali che ne derivano.

**Parole chiave:** Giustizia riparativa, Diritto fallimentare, Principi di diritto.

## **1. Encuadre de la cuestión**

### ***1.1. A modo de introducción***

El presente trabajo pretende abordar el estudio de los principios procesales del Derecho Concursal argentino, tomando como base de partida los aportes realizados por Prono a la cuestión, enriqueciéndolo con otros jurisprudenciales nacionales. El análisis de los principios se encuentra arraigado en la base filosófica que le da sustento a todo el desarrollo lógico del edificio jurídico, en nuestro caso, concursal.

En un segundo momento se analizarán los principios que sustentan a la filosofía restaurativa. Ésta irrumpe hace varias décadas en el ámbito del Derecho Penal de menores, con el objetivo de brindar una nueva mirada en la forma de superar los conflictos, no analizando solamente el caso sino observando el problema de manera global e integral, profundizando en las causas para superar el conflicto.

Por último, y para finalizar, se efectúa una aproximación a la posibilidad de compatibilizar los principios de unos y otros con el objetivo de proyectar una posible aplicación de la justicia restaurativa a los procesos concursales.

El enfoque que se intentará dar responde a la idea de generar un pensamiento jurídico crítico, que permita proyectar soluciones reales para superar los conflictos, generando nuevos sistemas de abordaje de los concursos preventivos, abandonando el pensamiento egoísta de que estos procesos sólo interesan a acreedores y deudor, sino a la comunidad toda, y, por lo tanto, una idea coherente con los principios fundamentales de Justicia y el orden natural, iluminados por la Fe<sup>1</sup>.

### ***1.2. Encuadre filosófico del tema***

Como primera aproximación a la temática aquí analizada, debemos plantearnos algunas cuestiones para entender la necesidad de su abordaje.

La Segunda Guerra Mundial ha producido en la humanidad cambios profundos en las más diversas áreas de la vida en comunidad, y, en lo que aquí interesa, la concepción del Derecho ha virado abruptamente. El edificio positivista construido durante siglos y que con su paulatino avance fue relegando a las posturas iusnaturalistas sufrió su colapso más estrepitoso, dando nuevamente espacio a las escuelas filosóficas antes criticadas, que

1 *Prudentia Iuris*, Nro. 1, agosto 1980, 3.

con renovado ímpetu han sabido cubrir y, sobre todo, interpretar los nuevos movimientos de las sociedades.

Respetado filósofo destacará que una de las características principales de los nuevos vientos que comienzan a soplar es el recurso –para explicar u operar con el Derecho– a los principios jurídicos, también llamados en los códigos principios generales del Derecho<sup>2</sup>.

En este cambio de paradigma que comienza a gestarse, los “principios jurídicos” fueron acentuando su decisivo papel en la configuración de distintas teorías que, en mayor o menor medida, se diferenciaban respecto del iuspositivismo abandonado. Tal es la importancia que ha suscitado el estudio de los principios que Bobbio sostendrá, respecto del interés en la teoría jurídica contemporánea por el tema en análisis: “[...] los principios generales del Derecho se han constituido en un capítulo central en la teoría general del Derecho”<sup>3</sup>.

El ámbito del Derecho donde con más ahínco se ha forjado este movimiento fue en el Derecho Público, específicamente en los movimientos constitucionalistas (cuestión obvia si recordamos los orígenes del resurgir del iusnaturalismo, coincidente con la caída del positivismo), pero –como desarrollaremos en el presente– su influencia se ha dado en todo el ordenamiento jurídico, incluyendo el Derecho Privado.

Para poder enmarcar el análisis y comprender a qué nos referimos cuando hablamos de “principios”, cuestión para nada sencilla de delimitar, tomaremos algunas definiciones que entendemos esclarecedoras. Dworkin, al analizar la diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas, sostiene que es una distinción lógica, pues ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas –sostiene el filósofo– son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces, o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión<sup>4</sup>.

Por otro lado, los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se inter-

2 Cf. Perelman, C. (1998). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas, citado por Vigo, R. (2017). *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Tirant lo Blanch, 141.

3 Bobbio, N. (1982). *Principi generali dei diritto, Novissimo Digesto Italiano*. UTET, 889, citado por Vigo, R. Ob. cit., 142. En similar sentido, Pietro Sanchís, L. (1992). *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales, manifiesta: “[...] asistimos a una nueva edad de oro de los principios”, 17.

4 Cf. Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Ariel, 75-76.

fieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. El citado autor manifiesta que en esto no puede haber una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene.

En esta inteligencia, las normas jurídicas tienen jerarquías; por lo tanto, podemos establecer cuáles son más importantes que otras y cuáles desplazan a otras en determinadas circunstancias; mientras que los principios no funcionan de esa manera, ellos determinan cuestiones que exceden a las simples normas jurídicas escritas (la ley).

Los principios se configuran como una especie de estándares que no se excluyen entre sí, sino que todos tienen diferente peso relativo y algunos pueden prevalecer por sobre otros sin eliminarlos. “Los principios orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos aunque no prevalezcan”<sup>5</sup>.

Y de manera aún más acabada, Cianciardo<sup>6</sup> sostiene que no hay inconvenientes en aceptar, por tanto, que un principio es un enunciado normativo de carácter muy general y abstracto, que no tiene una estructura diferente de la norma (regla) concreta, sino diferencias de grado o determinación.

En el análisis que se propone aquí, se podrá observar que la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 inicia su reglamentación con el título “Principios Generales”, en el Título 1, pero al desarrollar su articulado no hace referencia a los principios del Derecho Concursal sino a reglas generales destinadas a determinar el concepto de cesación de pagos, los sujetos comprendidos en la ley, el juez competente y el Derecho Internacional. Es decir, determina las reglas y los conceptos que se usarán en toda la ley, por lo que en una correcta técnica legislativa el Título 1 debería haberse denominado “Parte General”<sup>7</sup>.

Sin embargo, el legislador ha utilizado correctamente el término “principio” en el artículo 125, para referirse a la igualdad de condiciones de los acreedores en la quiebra (cuestión que también ocurre en los concursos preventivos); en el artículo 132, al determinar el fuero de atracción (este instituto —en los concursos preventivos— está tratado en el artículo 21, aunque

5 Dworkin, R. Ob. cit., 91.

6 Cianciardo, J. (2003). “Principios y reglas: Una aproximación a los criterios de distinción”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N° 118, 903.

7 En el segundo párrafo del artículo 1° menciona la universalidad, único principio válido en este apartado normativo.

no se refiere a él con el mencionado término), y en el artículo 273, al desarrollar las cuestiones procesales referentes a los concursos y las quiebras.

Sin perjuicio de estas pocas referencias, los principios concursales exceden enormemente a los contemplados expresamente por la normativa positiva, pudiendo encontrar otros que –como se verá– surgen de una interpretación armónica del articulado y los fines perseguidos por el legislador.

## 2. Los principios del Derecho Concursal

Para analizar los principios del Derecho Concursal, primero, es necesario comprender la estructura de la ley de concursos y quiebras, pues al estudiar la naturaleza jurídica de este Derecho, se nos plantea el problema de si ésta es procesal o material<sup>8</sup>.

Sin perjuicio de los álgidos debates que se han desarrollado en torno a esta cuestión, la doctrina se mantiene pacífica interpretando que la ley concursal presenta un entrelazamiento entre proceso y sustancia, y dentro de cada instituto (que conviven y se retroalimentan dentro de los procesos) se presentan sus particularidades y –en lo que aquí nos interesa– principios.

No hay discusión en la doctrina sobre que la primacía se encuentra alojada en el Derecho material<sup>9</sup> y que la legislación procesal existe para hacer operativos aquellos principios y figuras, propios del Derecho Sustantivo.

Atento a eso, se puede explicar por qué la normativa concursal se aparta de la perspectiva procesal común a los demás juicios civiles y comerciales, como la regla de la inapelabilidad de las resoluciones judiciales, la regla estricta en las notificaciones automáticas, el acotadísimo plazo para la caducidad de instancia, entre otros<sup>10</sup>.

8 Graziabile, D. (2016). *Manual de concursos*. Abeledo Perrot, 52, sostiene la postura de que no se deben confundir los principios del proceso con los principios del Derecho Concursal, postura que no vamos a seguir en el presente, por cuanto se analizarán de manera separada tanto los principios del proceso concursal como los principios que rigen la materia sustancial, debido a que ambos forman una unión inseparable y resulta imposible analizar el Derecho Concursal apartándonos de las cuestiones concursales que hacen a la naturaleza del instituto.

9 La exposición de motivos de la Ley N° 19.551 (antecesora de la actual N° 24.522) ha sostenido que “la Comisión ha creído responder así a su concepción del concurso como fenómeno de derecho sustancial, primordialmente”.

10 Alegría, H. (2004). “Breve apostilla sobre la flexibilización en la interpretación de la ley concursal”. *La Ley*, 2004-E, 723, sostuvo que “la preceptiva ritual debe ceder ante el Derecho material en caso de dudas y confrontación al interpretarlas y aplicarlas”.

Un desarrollo adecuado y completo implicaría analizar, primeramente, los principios procesales y, más luego, los sustanciales para, por fin, analizarlos conjuntamente con la filosofía restaurativa –de la cual se hablará luego. Sin perjuicio de ello, a los fines de enmarcar la presente dentro de los límites de extensión preestablecidos, nos centraremos en el análisis de la primera de las cuestiones. Las particularidades de los principios sustanciales del Derecho Concursal serán objeto de próximas investigaciones.

## ***2.1. Principios procesales del Derecho Concursal***

El artículo 273 de la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) enuncia los principios procesales sobre los cuales descansa el Derecho Concursal. En su análisis, y siguiendo para ello a Prono<sup>11</sup>, podemos identificar dos principios procesales en los concursos preventivos, el principio de economía y celeridad concursal y el de moralidad y buena fe.

Del principio de economía y celeridad concursal, a su vez, se desprenden el principio de inapelabilidad concursal, las notificaciones automáticas y la caducidad de instancia.

### ***2.1.1. El principio de economía y celeridad concursal***

Dentro de este apartado se analizará lo que Prono llama la “peligrosa triada de las reglas procesales concursales”<sup>12</sup>, esto es la inapelabilidad concursal, las notificaciones automáticas y la caducidad de instancia. Y las denomina así porque estas reglas procesales determinan de un modo muy particular la celeridad que debe primar en los procesos concursales (recordar que se está buscando la reorganización patrimonial del deudor, y por lo tanto de ello depende una gran cantidad de acreedores que esperan hacerse de sus créditos). Las llama “peligrosa” porque al establecer ciertas pautas –como se verá– puede llevar a reducir las posibilidades del interesado de mantener vivo el proceso.

Entonces, este principio se fundamenta en la necesidad de no prolongar injustificadamente los plazos y eliminar los trámites procesales superfluos u onerosos que lleven a alongar la situación incierta del patrimonio concursado y, por lo tanto, de sus acreedores.

11 Cf. Prono, R. (2007). *Reglas procesales*. Rouillón, A. (2007). *Código de comercio comentado*. La Ley, 757.

12 *Ibidem*, 771.

Como corolario de ello, la inapelabilidad de las resoluciones es la regla que va a imperar en el proceso concursal. Las apelaciones no son esenciales para la validez constitucional de un proceso civil o comercial, ni una garantía establecida en el artículo 18 de nuestra Carta Magna, como en reiteradas oportunidades lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia federal<sup>13</sup>.

En principio, el recurso de apelación en el proceso concursal sólo es admisible en los supuestos expresamente contemplados en la LCQ o que resulten asimilables a éstos<sup>14</sup>.

El artículo 273, LCQ, dispone que la inapelabilidad que aquí analizamos posee excepciones, las cuales están expresamente establecidas en la ley. Es así que, por ejemplo, los artículos 13, 16, 17 y 24, entre otros, de la ley citada, plantean la posibilidad de apelación de determinadas resoluciones judiciales en un proceso concursal.

Sin perjuicio de que la normativa debe ser interpretada de manera restrictiva, por ser una regla cercenatoria de un recurso ordinario, la doctrina y la jurisprudencia han ido reflexionando sobre determinadas circunstancias que no deben estar alcanzados por esta prohibición.

Pronto categoriza estas excepciones en diferentes grupos, determinando que una resolución de un proceso concursal resulta apelable (fuera de las disposiciones expresamente consagradas en la ley) cuando se trata de resolver una cuestión que no afecta al trámite ordinario del concurso<sup>15</sup>; cuando la decisión impugnada constituye un apartamiento grave de la ley<sup>16</sup>, o cuando

13 Nuestro Tribunal Cimero sostuvo que “el artículo 8º, párrafo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sólo exige la doble instancia para los procesos de naturaleza penal, circunscribiéndose para los restantes a ordenar que el interesado sea oído con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”. *Fallos*: 305:535, 126:114, 1338:395, entre otros.

14 Cf. Palacio, L. (1983). *Derecho Procesal Civil*. Abeledo Perrot, 326, quien cita una jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones que resolvió: “[...] por ser equiparable a la resolución prevista en el artículo 62 de la LCA, es por ejemplo apelable la que declara la quiebra a raíz de la presentación extemporánea del acuerdo”. *CNCom.*, sala B, *La Ley*, T. 152, 583.

15 *CNCom.*, sala D, 2004/12/23. “Romano Miguel s/ quiebra”. *La Ley*, 2005-D, 314; *CCCom.* Rosario, sala II, “Laromet S.A. s/ concurso preventivo”. *La Ley - Litoral - 1999*, 1012; *SC Mendoza*, sala I, 2002/08/20. “Basile y Pino SH y otros”. *La Ley Gran Cuyo*, 2002, p. 889, especialmente este último, donde el Tribunal sostuvo que “si una resolución no hace a la vida del proceso sino a su extinción, la regla de la inapelabilidad no tiene en principio justificativo”.

16 “En este apartado se considera que la inapelabilidad debe ceder por tratarse de una resolución arbitraria, y, por lo tanto, inconstitucional. Es decir, aquella decisión judicial que no deriva razonadamente del Derecho vigente aplicable según las circunstancias comprobadas del caso, de acuerdo con una tradicional fórmula de la jurisprudencia de la Corte Suprema” (*Fallos*: 261:209, 274:60, 291:202, entre muchos otros); y Vaiser, L. “La categorización de los acreedores en el concurso preventivo. Un camino lleno de espinas”. *La Ley*. 2000-F, 1009, sos-

se trata de dar una interpretación definitiva sobre los alcances de los textos legales, máxime cuando el mantenimiento de lo resuelto puede provocar un gravamen irreparable<sup>17</sup>.

Las notificaciones automáticas son la regla genérica de las notificaciones concursales, y ello responde al principio de celeridad, pues si todos los actos del proceso debieran notificarse por cédula a cada una de las partes<sup>18</sup> del proceso, el avance del concurso sería imposible cuando en el mismo hubiera decenas o cientos de acreedores.

Ante lo taxativo de la ley y los principios en los cuales se asienta esta disposición, la doctrina se ha preguntado si el Tribunal puede ordenar la notificación por cédula cuando la ley no lo dispone.

Una parte sostiene que ello debe admitirse sólo en forma excepcional y debidamente justificada, “pues el procedimiento está establecido en la ley y por la importancia del tema y las graves consecuencias que deriva en la práctica, debe cuidarse sobremanera de no anarquizar el concurso”<sup>19</sup>.

Otra parte de la doctrina ha sostenido que la ley procesal impone la forma de notificación de las resoluciones dictadas en el proceso concursal –principal o incidental– sin posibilidad de aplicación de los códigos locales (por disposición del artículo 278, LCQ), por no tratarse de una situación no reglada, admitiéndose que el juez concursal, director del proceso, modifique excepcionalmente esa forma de anoticiamiento, en auto consentido por las partes, siendo insuficiente la expresión “notifíquese”, requiriéndose expresamente que se ordene la notificación personal o por cédula, atento a que se varía la forma estipulada por la ley.

---

tuvo que “la sentencia que establece el artículo 42, LCQ (de categorización de acreedores), debe considerarse apelable cuando aparece violentada la tésis del instituto en cuyo caso se estará en presencia de una decisión arbitraria”.

17 Sobre el particular, la Suprema Corte de Mendoza sostuvo que el criterio de restricción apelativa, por su finalidad, debe encontrar excepción en los casos en que la decisión que se pretende revisar decida definitivamente sobre aspectos graves en la esfera patrimonial de los protagonistas e irrevisable además por ninguna otra vía. SC Mendoza, sala I, 2002/08/20. “Basile y Pino SH y otros”. *La Ley Gran Cuyo*. 2002, p. 889. En similar sentido, la Cámara de Apelaciones, sala 2°, de Córdoba, ha resuelto que la regla genérica de inapelabilidad del artículo 273, inc. 3°, LCQ, debe ceder cuando el decisorio que se impugna es susceptible de afectar la inviolabilidad de la defensa en juicio o de derechos concedidos por normas sustantivas que no pueden ser reparados por pronunciamientos ulteriores del proceso, esto es que en definitiva sean susceptibles de ocasionar un agravio irreparable para el justiciable. CCCom. 2°, Cba. 2004/12/03-12, “Jabase s/ recurso directo s/ concurso”.

18 En sentido estricto, en un proceso concursal no hay “partes procesales”, sino legitimados o interesados. La ley refiere a la citación para que comparezcan a tomar intervención en el proceso (art. 273), para que el deudor comparezca ante el pedido de quiebra por acreedor (art. 84) y la notificación del traslado ante la admisión de un incidente (art. 281).

19 Prono, R. Ob. cit., 757.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre este particular, ha sostenido que “cuando no se trata del desarrollo del proceso principal sometido al rigor de los estudios que marca la ley concursal, sino la sentencia final dictada en una tercera instancia sobre la regulación de honorarios de uno de los profesionales [...], en tal situación corresponde privilegiar la forma de notificación propia de las sentencias definitivas, abriendo de esta manera una posibilidad de eludir la rígida disposición de las notificaciones automáticas que estipula la ley concursal”<sup>20</sup>.

La caducidad o perención de instancia es otra de las cuestiones que estudiamos dentro del principio de celeridad y economía concursal. El motivo de este carácter descansa en la existencia del interés público –tanto generales como sociales– que impide que se produzca este modo de extinción del proceso. Es decir, la necesidad de que su finalización se dé mediante el recorrido natural por las etapas legales previstas. Asimismo, su carácter inquisitivo hace reposar el avance del concurso preventivo (y de las quiebras) no sola ni exclusivamente en el interés del deudor, sino que es el Juez concursal quien tiene la responsabilidad de llevarlo hasta su fin, abriendo las diferentes etapas mediante el dictado de las sentencias, el ordenamiento de trámites a la sindicatura o la publicación de edictos por secretaría.

La sanción que implica la caducidad de un proceso no se aplica de ese modo en este tipo de procesos. La ley concursal determina otras formas de sancionar la inacción del concursado, cuando su participación es esencial en el proceso, como la interpretación legal del desistimiento del concurso cuando no efectúa la publicación de edictos que declara la apertura concursal (art. 30, LCQ) o la declaración de quiebra (o la apertura del proceso de *crashdown*, en caso de ser aplicable), cuando no presenta el acuerdo preventivo en término (art. 43, párrafo 11, LCQ).

Según interpreta Prono<sup>21</sup>, esta caducidad puede ser declarada de oficio, explicando que para que ésta opere es necesario el transcurso del plazo legal previsto (art. 277, LCQ), sin que se haya realizado actividad procesal eficaz<sup>22</sup> y la declaración jurisdiccional, ya que el carácter de tal resolución es así constitutivo.

20 CSJN, junio 28-994, “Banco Mesopotámico Cooperativo Ltda. s/ quiebra”. *La Ley*-1995-E, 36 y sigs.

21 Prono, R. (2007). *Algunos principios procesales concursales*. Asociación Argentina de Derecho Procesal, 20.

22 Debemos considerar “actividad eficaz” a aquella que está destinada a impulsar el proceso, haciéndolo transitar desde un estadio a otro. No valiendo, por tanto, la mera agregación de oficios o notificaciones.

### 2.1.2. *Los principios para la moralización de los procesos*

Los últimos principios procesales del Derecho Concursal que se van a analizar son aquellos que contribuyen a la moralización del proceso falencial, donde se encuentra la buena fe, el abuso del derecho y el fraude procesal en los juicios concursales<sup>23</sup>. Por lo que la primera cuestión a reflexionar es acerca del momento procesal oportuno para la interposición o denuncia de estas cuestiones.

La ley de concursos y quiebras, expresamente, se refiere al abuso o fraude a la ley cuando regula la propuesta de acuerdo preventivo. El artículo 52, inciso 4º, LCQ, norma: “[...] en ningún caso (el juez) homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”, reposando en la figura del magistrado las facultades para el control y análisis de la situación llevada a los estrados *ipso iure* de las circunstancias que determinaron la propuesta concordataria, ello sin importar siquiera las mayorías obtenidas en la votación.

Es clara la intención de la norma de que el magistrado cuente con todas las herramientas e información que le brinda un proceso concursal en las instancias finales, para poder –luego de un análisis causídico y global– determinar si hubo o no fraude o abuso en la propuesta efectuada a sus acreedores.

Sin perjuicio de lo taxativo de la ley, ello no es óbice para que el acreedor (o el síndico) que advierta fraude en el proceso o abuso de la ley pueda denunciarlo en la primera oportunidad de haberlo conocido<sup>24</sup>. Este entendimiento es armónico con las disposiciones procesales locales<sup>25</sup>, y la doctrina

23 La determinación de los principios de buena fe, abuso del derecho y fraude procesal dentro del título de “moralidad” sigue a una clasificación efectuada por Prono, R. (2007). *Algunos principios procesales concursales*. Asociación Argentina de Derecho Procesal, e implica una forma de organización y estructuración de los mencionados, pues la necesaria moralización de los procesos concursales fue un tema ampliamente debatido en los diversos congresos de Derecho Concursal. Richard, E. (2016). “*¿Moralización en o de los concursos?*” UNR – UCA. IV Congreso Argentino de Derecho Concursal – IV Congreso Iberoamericano sobre insolvencia, Rosario, al abrir el debate en la comisión de “moralización en los procesos concursales”, manifestó: “Centro los comentarios en los concursos de sociedades comerciales, pues el abuso del proceso es una forma más del abuso del Derecho, que pasa particularmente por no usar de los medios preventivos del Derecho societario, o de usar tardíamente la vía concursal, desnaturalizándola, forzando formas preventivas con propuestas írritas que no hubieran sido necesarias”.

24 En honor al principio de celeridad y economía procesal, de donde surge y se explicaba la naturaleza meramente inquisitiva del proceso y, por lo tanto, el acotamiento de la participación de los acreedores en el mismo, evitando de este modo convertirlo en un procedimiento controversial ordinario, el interesado que denuncie abuso o fraude en un proceso concursal deberá realizarlo en la etapa procesal oportuna (arts. 37, 38 y 50, LCQ) o por vía incidental (art. 280, LCQ).

25 Art. 169, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; art. 124, Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe.

ha interpretado que “los vicios que son causa de las nulidades procesales deben regirse exclusivamente por las normas referentes a la impugnación de los actos procesales afectados de nulidad, no siendo aplicables las disposiciones del Derecho material sino las normas procesales que regulan los modos de invalidación de los actos defectuosos”<sup>26</sup>.

El abuso del derecho no es una cuestión privativa del Derecho Concursal, sino más propia del estudio del Derecho Procesal, y se trata de un proceder del interesado en los márgenes del Derecho que pretende aplicar, convirtiéndolo en un ilícito<sup>27</sup>. Esto es, “una desviación del Derecho de su destino social y función extrínseca”<sup>28</sup>.

Previo a adentrarnos en el análisis de este instituto como principio rector de los procesos concursales, resulta importante destacar que la consideración como tal de una conducta debe ser analizada en el caso concreto teniendo en especial observación las circunstancias del caso, y no de manera genérica. La valoración efectuada por el juez –incluso de oficio–<sup>29</sup> debe ceñirse al caso, no siendo posible suplir esto con argumentos doctrinarios y antecedentes de situaciones similares, pues la restricción de los derechos debe ser siempre de interpretación restrictiva.

En lo que a los concursos y quiebras compete, el abuso del derecho produce una lamentable desviación de los fines que persigue la ley, violentando los objetivos del proceso, pues la afectación de las causas concursales por manejos abusivos es un hecho cotidiano en la práctica jurídica<sup>30</sup>. Para un mejor ordenamiento, y siguiendo en esta esquematización a Herrán y Knavs<sup>31</sup>, se pueden advertir cuatro momentos o etapas en las que es posible detectar abusos del Derecho Concursal, a saber: cuando un acreedor petitiona la quiebra de su deudor; cuando el deudor petitiona la propia quiebra; cuando el deudor solicita su concursamiento, y en el pedido de conversión de la quiebra en concurso preventivo<sup>32</sup>.

26 Palacio, L. (1984). *Derecho Procesal*. Abeledo Perrot, 30.

27 El artículo 10 del Código Civil y Comercial expresamente regla el abuso del Derecho, disponiendo: “[...] la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

28 Jossierand, L. (1959). *Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América, 75.

29 CSJ Santa Fe, 26/06/1991 *in re* “Soler, E. c/ López de Santori, M”. LL 1991-D-349.

30 Así lo interpretan Herrán y Knavs (2006) y, en similar sentido, Prono (sin fecha), quien sostuvo que los casos posibles de abusos y fraudes son incontables.

31 Herrán, M. y Knavs, V. (2006). “Abuso del derecho en los pedidos de concurso preventivo y quiebra”. *El Dial*, DC99E.

32 El enunciado no es taxativo por cuanto en cualquier etapa del proceso se puede advertir abusos. Prono, R. (2007). Ob. cit., enuncia posibles abusos del Derecho en la contabilización de las mayorías para la aprobación del acuerdo preventivo, en las cesiones de créditos y la exclusión de acreedores.

Cuando el abuso del derecho se produce al momento de solicitar la quiebra del deudor por parte del acreedor, suele ocurrir que éste utiliza la herramienta de la quiebra para presionar al deudor a pagar un saldo adeudado, evitando recurrir a procedimientos largos (que se producirían si se ejecutaran por la vía ordinaria). Es decir, no se dan en ningún momento los elementos fácticos para que proceda la declaratoria de quiebra solicitada, básicamente porque el deudor no se encuentra en una “situación de cesación de pagos”, requisito indispensable para que opere el instituto invocado.

No obstante ello, y a sabiendas de que no se configuran los requisitos, el acreedor ansioso por hacerse de su crédito invoca esta vía, mucho más gravosa que los procesos ordinarios o ejecutivo, estimando con buen tino que el demandado evitará su declaración falencial y concurrirá inmediatamente a satisfacer el crédito solicitado, demostrando así solvencia.

El artículo 87, LCQ, dispone la posibilidad de desistir del pedido de quiebra por parte del acreedor que la haya solicitado, lo que alguna parte de la doctrina ha entendido que es la llave para que este tipo de abusos del derecho que aquí se expone se puedan llevar a cabo<sup>33</sup>.

No obstante lo detallado, también se puede dar el abuso del derecho en el pedido de quiebra por el propio deudor cuando tiene por finalidad evadir, eludir o retrasar remates inminentes. En este proceder resultan dañados los acreedores que ven dilatada su esperanza de cobro, los tribunales en los cuales deben dar inicio y tramitación a procesos que no persiguen los fines dispuestos por la ley, y también, “al mismo crédito, pues sin la creencia del público en que las obligaciones se cobran y se pagan, se daña el bien común”<sup>34</sup>.

En sentido contrario a los objetivos dispuestos por el instituto falencial, el fin que persigue el deudor no es la liquidación del activo sino solamente la suspensión de los remates ya ordenados por otros tribunales (art. 132, segundo párrafo, LCQ), para luego de logrado esto convertir el proceso en un concurso preventivo.

En este punto nos encontramos con otra forma de abuso del derecho. El artículo 93, LCQ, dispone que el deudor puede solicitar convertir la quiebra en un concurso preventivo y, en este caso, “el juez deja sin efecto la sentencia de quiebra [...]”. Y aunque pareciera que con ello vuelven a renacer las obligaciones anteriores (en el caso que analizamos: los remates), el artículo 21,

33 Cf. Barbero y Cárdenas, en Rouillón, A. Ob. cit., 105, quienes sostienen que la ausencia de instrucción preconcursal es un incentivo a estos modos de proceder abusivos, pues por la carencia en la mayor parte de los casos se dictará pronunciamiento (rechazando o declarando la quiebra) sin que se sepa a ciencia cierta si el deudor se encuentra en esta insolvencia que se lo acusa.

34 Rouillón, A. (2007). *Código de Comercio Comentado*. La Ley, 105.

LCQ, dispone que con la apertura del concurso opera el fuero de atracción y, por lo tanto, “la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación, y su radicación en el juzgado del concurso”; elongando, de este modo, la satisfacción de los créditos de sus acreedores de manera abusiva y contrariando los fines de las disposiciones legales<sup>35</sup>.

Para el caso en que el concurso preventivo (convertido luego de haber solicitado la quiebra) fracasase, renace nuevamente la quiebra. Casos jurisprudenciales demuestran la existencia de pedidos de concursos preventivos que luego resultan ser desistidos (por la falta de publicación –art. 30, LCQ–, por ejemplo); a los pocos meses solicitan la propia quiebra y al mes peticiona la conversión de ésta en un concurso<sup>36</sup>, demostrando un abuso absoluto del proceso concursal.

También se han advertido abusos en los pedidos de concurso preventivo por el mismo deudor en un emblemático caso en el que la pretensa concursada –con numerosos procesos ejecutivos en trámite y algunas causas con orden de remate– solicitó la apertura de su proceso universal invocando una cesación de pagos de cuatro años antes de la presentación<sup>37</sup>. Este tipo de maniobras tendientes al solo fin de evitar la liquidación de sus bienes por deudas existentes, pero que de ningún modo configuran una “situación de cesación de pagos”, violenta la moral y las buenas costumbres del Derecho Concursal.

Resultando, entonces, que desvirtuar los fines de los institutos concursales convierte la práctica en abusiva del derecho y, por lo tanto, en ilícita, debiendo ser descartada por los jueces, al contrariar los principios procesales del Derecho Concursal.

### 3. Principios de la justicia restaurativa

Hasta aquí se han analizado los diferentes principios procesales que guían al Derecho Concursal. Para lograr un análisis completo de éstos a la luz de la filosofía restaurativa, se propone adentrarnos en el estudio de los principios que rigen la justicia restaurativa.

35 Debe destacarse que, si el remate que se llevara a cabo resulta de un crédito con privilegio real, éste no se suspende indeterminadamente, sino sólo hasta la verificación del crédito que se pretende cobrar.

36 Cámara Civil y Comercial, sala I, Rosario, agosto 1999, *in re* “Presenza, Hilda s/ quiebra”, citada por Herrán, M. y Knave, V. (2006). Ob. cit.

37 Cámara Civil y Comercial, sala II, La Matanza. 22/03/2005, *in re* “Dinardo, Liliana s/ concurso preventivo pequeño”.

Ésta nace como un intento de responder a algunas necesidades y limitaciones, que a partir de la década de los setenta se comenzaron a plantear en diversos programas e iniciativas en miles de comunidades y en muchos países alrededor del mundo, siendo Nueva Zelanda quien, en 1989, hizo de la justicia restaurativa el centro de todo su sistema nacional de justicia juvenil<sup>38</sup>, por lo que su aplicación práctica data de hace más de treinta años.

Las prácticas del sistema restaurativo deben ser construidas por medio de políticas públicas coordinadas, con la participación del poder público y de la sociedad civil. Tony Marshall había definido a la justicia restaurativa como “toda acción orientada principalmente a hacer justicia a través de la restauración o reparación del daño causado por el delito”<sup>39</sup>, enunciado del cual se desprende un nuevo elemento, el de la justicia, que viene a ser la génesis de todo este nuevo paradigma de impartición de justicia, ya que es la idea del arribo a una justicia verdadera lo que nos impulsa a investigar, reinventar y redescubrir todas y cada una de las figuras jurídicas que utilizamos todos los días<sup>40</sup>.

*Lo justo de cada uno* resulta relevante cuando lo que se intenta repartir son los créditos de una deuda, cuestión que no se logra si la suma tiende a cero. Esto es, si cada una de las partes sabe que el otro pierde si ellos ganan, si el deudor asume que los costos del concurso los afronta el acreedor a su costa, hará todo lo posible para que así sea<sup>41</sup>, y a la inversa, si el acreedor sabe que el deudor tiene que perder para que él pueda hacerse de sus créditos, utilizará todos los artilugios legales para que ello ocurra<sup>42</sup>.

38 Cf. Zehr, H. (2010). *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Good Book., 6.

39 Serrano Morán, J. y Rivas Sandoval, F. (2016). “La justicia restaurativa como ideología de administración de justicia en la constitución federal”. *Revista de la Realidad Mexicana* (mayo), 50.

40 Cf. Zehr, H. Ob. cit., 6.

41 La utilización de ingenierías financieras y cesiones de deudas “sobre la hora” para arribar a mayorías rebuscadas a los fines de que se apruebe el acuerdo preventivo propuesto ha abierto camino a una innumerable cantidad de doctrina que se ha abocado a analizar cada una de estas variables, y la viabilidad legal de las mismas; por ejemplo, Herrán, M. y Knavs, V. Ob. cit.; Richard, E. (2011). “En torno a la adhesión a propuestas concursales”. *DCCyE (41)*, 41; Botteri, J. (2016). “Notas sobre las quitas concursales, acuerdos abusivos y la integridad entre el CCC y la LCQ”. *RDCO (573)*, 573, entre muchos otros.

42 En similar sentido al anterior comentario, la aparición de las figuras del “acreedor hostil” o “acreedor aparente” como aquellos que votarían en contra de la propuesta por el solo hecho de perjudicar a la concursada (que pueden estar motivados en un interés sobre la porción de mercado que ocuparía en caso de quiebra o por ser competidor en el rubro, solo por dar unos ejemplos), o los que han obtenido una deuda (cedida por otro acreedor) para el solo fin de oponerse en la votación, sin un interés real en el concurso, ha ocasionado una interpretación doctrinaria y jurisprudencial sobre la necesidad de que queden excluidos de la posibilidad de votar el acuerdo preventivo.

En esta hermenéutica, la justicia restaurativa plantea la necesidad de generar espacios de encuentros entre todos los actores interesados en el tema que los ocupa, abrir una instancia de negociación, de conocimiento mutuo, de reconocimiento de los aciertos y errores en los roles que cada uno desarrolló para que –en nuestro caso– la precaria situación económica/financiera del deudor sea de tal magnitud que deba recurrir a un procedimiento de reestructuración de su deuda.

En la reparación propuesta por el sistema restaurativo, “encontramos también uno de los fines tradicionales del Derecho, el fin reeducativo y rehabilitativo”<sup>43y44</sup>. Siguiendo a Zehr<sup>45</sup>, la justicia restaurativa se asienta en tres pilares fundamentales: el daño, las obligaciones y el compromiso o participación. A los fines de adaptar estas denominaciones al Derecho Concursal, vamos a sostener que los principios de la justicia restaurativa son: el conflicto generado por un hecho de una de las partes; las obligaciones que surgen de dicho conflicto, y el compromiso o participación de todos los afectados por ese hecho.

### **3.1. El conflicto**

Todas las cosas están entrelazadas por una red de relaciones<sup>46</sup>. El hecho producido por el desfalco económico de una empresa trae consigo un conjunto de consecuencias que no son observadas por la ley concursal pero cuyas repercusiones reales –en determinadas circunstancias– ocasionan, a su vez, nuevos concursos preventivos<sup>47</sup>. La justicia restaurativa centra su mirada en estas cuestiones, que exceden el hecho en sí mismo para observar

43 Muñoz Ramírez, E. (2008). “Apolo y Dionisio o la controversia entre metodología dura y metodología blanca de la investigación social”. *Revista de Derecho de la Universidad Central*. Ed. Chile, 7.

44 Explicando la cuestión, se ha sostenido que la mera existencia de una posibilidad de reparación implica un estímulo para denunciar violaciones al Derecho, y al ser asumido el conflicto por las partes, constituyen para ella una instancia también de aprendizaje. Cf. Marega, A. (2020). “Breve introducción a la justicia restaurativa aplicada al sobreendeudamiento de los consumidores”. *El Derecho* (289).

45 Zehr, H. Ob. cit., 28.

46 Cf. Rodríguez Zamora, M. (2016). “La justicia restaurativa: fundamento sociológico, psicológico y pedagógico para su operatividad”. *Tla-Melana*, 9 (39), 172.

47 Botteri, J. Ob. cit., sostuvo que “pretender en la economía moderna la mera conservación de la empresa sobre la base exclusiva de la financiación de los acreedores [...] resulta incompatible con el tipo de economía de red que se avecina y de la que pueden ya advertirse cambios significativos en la velocidad de las transacciones y en la información de cada sujeto que opera”.

el panorama completo y buscar, de esta manera, una solución que ponga fin al conflicto suscitado.

Abordar la problemática, según entiende esta filosofía, implica comprender las causas que llevaron a la alteración del curso natural de los procesos sociales y que confluyeron en una colisión de intereses, produciendo, de esta forma, un encuentro de fines diferentes para unos y otros. Superarlo no implica enmendar el suceso, sino plantear un escenario alternativo que pueda conducir a sus actores a una convivencia en armonía, superadora de la causa anterior, mediante una transformación de los partícipes.

En este orden de ideas, resulta relevante el abordaje que se realiza del conflicto, pues una valoración errónea de éste no produciría los resultados suficientes para que la situación llegue a un estadio superior al que se encontraba. Ello por cuanto la reparación del tejido social es la finalidad ulterior de la justicia restaurativa<sup>48</sup>.

### **3.2. Las obligaciones**

En la justicia restaurativa el interés se centra en asegurar la aplicación de soluciones que conlleven a responsabilizar a los sujetos que ocasionaron de manera intencional el hecho conflictivo en la sociedad. Esta responsabilidad que se persigue no necesariamente está destinada al castigo, como otrora lo entendía la justicia retributiva, sino en asumir las consecuencias que se desprenden de sus actos.

Resulta injusto y, por lo tanto, contrario a Derecho que las personas que hayan generado una crisis económica dentro de una sociedad comercial no asuman las responsabilidades que ello conlleva, presumiendo ampararse en leyes para salvaguardar sus economías personales a costa de las economías de los acreedores y terceros interesados indirectos.

Sobre esto Richard se ha manifestado durante muchos años, al interpretar que los procesos concursales no pueden jamás hacer descansar en los acreedores los costos de las pérdidas que ocasiona el *default* económico de la sociedad comercial. “El socio no puede ser liberado del riesgo, ni ser investido de derecho a apropiarse de todo el beneficio, interés común derivado del riesgo y de la vocación a soportar las pérdidas y a participar en las utilidades, fundamento de la igual calidad de derechos, forma parte de la causa fin de la sociedad”<sup>49</sup>. En este sentido, sostiene que a través del proceso concursal se ha generado la costumbre *contra legem* de que las pérdidas las

48 Cf. Serrano Morán, J. y Rivas Sandoval, F. (2016). Ob. cit., 50.

49 Richard, E. (2008). “El concurso de sociedades”. *Deconomi* (4), 105.

soportan los acreedores, particularmente los proveedores y los trabajadores, pues los financieros han tenido a bien cubrirse con garantías de terceros.

Se trata de la forma como las personas se relacionan entre sí, busca promover el bienestar de todos y, aunque no se enfoca en el castigo, anima a las personas a aceptar sus acciones y asumir responsabilidades por ellas, para hacer enmiendas, aprender y crecer<sup>50</sup>. En los procesos concursales, sin necesidad de hablar de infractor<sup>51</sup>, corresponde la necesidad de asumir las consecuencias que la cesación de pagos produjo en la vida social y económica de la comunidad donde se desarrolla, la cual será más amplia cuanto más grande o más importante sea el pasivo y la cantidad de acreedores que posea.

### ***3.3. El compromiso o la participación***

El principio de interés público que impregna al Derecho Concursal no debe alejarlo de la comunidad sino acercarlo a ella. La mayor protección que le brinda el Estado a este tipo de procesos debe estar dirigida a acercar a las partes que tengan un interés en la cuestión para encontrar de manera colaborativa una solución al problema que se plantea.

En el campo de la justicia restaurativa se ha desatado una polémica en torno al concepto de comunidad y a la estrategia para lograr una verdadera participación de ésta en estos procesos<sup>52</sup>. En lo que al proceso concursal interesa, la comunidad está conformada por el deudor, los trabajadores y los acreedores, pero también por las personas que no tienen acreencias directas en el concurso pero su incumplimiento en la satisfacción de sus deudas generó un problema económico también en ellos (como se explicaba anteriormente, por el corte en la cadena de pagos), y en el mismo sentido, el Estado en su mínima expresión organizativa, esto es el Estado municipal, pues el aporte que efectúan las empresas en las ciudades resulta ser trascendente tanto en la empleabilidad que genera, en el aporte anímico de la sociedad al ver funcionando sus industrias y también en las proyecciones económico-sociales-políticas que se efectúan en torno a un parque industrial en funcionamiento en contraposición con uno *defaulteado*<sup>53</sup>.

50 Cf. Pérez Baxin, O. (2014). *La justicia restaurativa: aproximaciones teóricas*. Porrúa, 129.

51 En principio, la cesación de pagos no se corresponde a un ilícito, sin perjuicio de las responsabilidades que le podrían caber a los administradores de las sociedades concursadas por una administración fraudulenta, contraria a un buen hombre de negocios (arts. 59, 99 y concordantes, LGS).

52 Cf. Zehr, H. Ob. cit., 34.

53 Cf. Marega, A. (2020). “¿Un nuevo paradigma en la justicia concursal?” *El Derecho* (289), 3.

La justicia restaurativa se basa en la convicción de que el conflicto tiene tres caras, y una de ellas es la sociedad, que debe responsabilizarse en el proceso de justicia, el cual no sólo pertenece a las partes o al Estado como ente regulador, sino que también pertenece a la comunidad toda, la que debe asumir responsabilidades en relación con los factores económicos, sociales y morales que contribuyen al conflicto<sup>54</sup>.

#### 4. La relación entre principios procesales concursales y restaurativos

La justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa [*rectius* hecho] particular e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible<sup>55</sup>. Esta filosofía aporta una manera concreta de pensar acerca de la justicia dentro del marco de la teoría y práctica de la transformación de conflictos, pues la mayoría de ellos involucra o gira en torno a un sentido de injusticia.

En el análisis efectuado se han identificado principalmente dos principios procesales concursales, de los cuales se desprenden otros tantos, uniéndose en la idea de avance ininterrumpido del proceso hasta la meta estipulada por la ley, distinguiendo la moralización de los procesos y la economía y celeridad procesal.

A la luz de la filosofía restaurativa, estos principios encuentran una armonización con aquellos, permitiendo unificar criterios de interpretación y proyectar una posible conjunción. Sin perjuicio de que el proceso concursal luce acartonado y rígido<sup>56</sup>, la reunión de todos los interesados (incluyendo en éstos a acreedores, deudor, trabajadores e incluso representantes de la comunidad) agiliza y facilita el proceso, pues la conformación de comités o círculos de reunión permite tratar las cuestiones problemáticas, arribando de a poco a una solución que satisfaga a todos o a la gran mayoría<sup>57</sup>.

54 Cf. González Ramírez, I. (2012). “¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?” *Revista de Justicia Restaurativa* (2), 17.

55 Cf. Zehr, H. Ob. cit., 45.

56 Cf. Rojas, J. y Calvo Soler, R. (2020). *Hacia un Derecho Concursal eficaz*. Rubinzal Culzoni (D 3003).

57 Sobre el particular, hemos propuesto una reinterpretación para el derogado instituto de las juntas de acreedores, partiendo de las críticas que ha recibido en el pasado y proyectándola a las necesidades que surgen de la observación de los procesos actuales, bajo una mirada restaurativa. Ver, al respecto, Marega, A. “Viejas soluciones para nuevos problemas. El glorioso regreso de la junta de acreedores”. *Derecho Societario y Concursal*. Errepar (julio).

Esto responde enteramente a la filosofía restaurativa, que plantea la necesidad de que todos los interesados converjan en un único proceso donde se analicen y debatan los créditos y la calidad de cada uno de los acreedores, estableciendo instancias donde funcionarios judiciales (síndicos concursales y comités de control) deban evaluar las causas y los motivos que llevaron al concursado a su estado de insolvencia, es decir, exponer al deudor en su forma de hacer negocios, de tomar créditos y administrar la empresa. Asimismo, establece una instancia de negociación con todos o una parte importante de los acreedores para lograr obtener las mayorías necesarias para alcanzar un acuerdo preventivo que ponga fin (parcialmente) al proceso, cuestiones que efectivamente son contempladas por la Ley N° 24.522.

La búsqueda del reconocimiento de las malas decisiones y/o del contexto englobante que conllevó a la crisis empresarial y la proyección de una o varias formas de salir del *default* mediante un intercambio de diálogo sincero con los acreedores, y guiado por un facilitador (lo que la doctrina pregona como el plan de viabilidad o de empresa), permite el arribo a soluciones del conflicto de manera efectiva y rápida, garantizando el principio de celeridad y economía que aquí se ha desarrollado.

En esta hermenéutica, la apertura del proceso hacia todos los interesados<sup>58</sup>, lo que implicaría un cambio en la forma de pensar los concursos preventivos ya no cerrados y centrados en los estrados judiciales donde un juez impoluto dirige el mismo con la mirada puesta en el procedimiento, donde los terceros ajenos a la sindicatura o al deudor no pueden participar, garantiza de manera palmaria la buena fe y disminuye notablemente la posibilidad de un abuso en el Derecho, contribuyendo a la moralización de los procesos.

Esto se debe a que, en la formulación actual de la ley concursal, el juez debe controlar el proceso, evitando que se produzca un abuso en el Derecho y presumiendo la buena fe del deudor. Con la participación de todos los interesados, el control del proceso no lo efectúa una única persona (que,

58 “Los acreedores tendrían un interés legítimo en reclamar su crédito, en adherirse, negociar o consensuar una propuesta de pago, en conocer cómo llegó la concursada a su situación de cesación de pagos, pero también en conocer el avance actual de los negocios, en poder vislumbrar un plan de empresa y observar las proyecciones que esta tenga para el futuro, pues su acompañamiento a la propuesta dependerá de qué tan viable observe la explotación económica en cuestión. Estas intervenciones están previstas en la ley concursal y le otorgan una participación directa al acreedor, sin ningún intermediario (art. 32 –verificación de créditos–, art. 43 –acuerdo preventivo–, art. 45 –mayorías para el acuerdo–, art. 48 –salvataje–, art. 48 bis –salvataje cooperativo–, art. 50 –impugnación al acuerdo–, art. 60 –nulidad del acuerdo–, art. 63 –incumplimiento del acuerdo–, entre otros)”; ver Marega, A. (2021). “El comité de control y la participación de los terceros en los concursos preventivos”. *El Derecho*, 291, 1-10 y las citas que allí refieren.

además, debe guiar otros procedimientos y tomar decisiones en el desarrollo normal de la actividad de un juez de primera instancia), sino que todos los intervinientes observan, siguen y controlan el desarrollo de éste, acotando hasta el extremo las posibilidades de violación de estos principios, como se ha desarrollado en el punto 2.1.2. de este trabajo<sup>59</sup>.

## 5. Conclusiones

Se han descrito los principios procesales concursales que, como faros de interpretación del Derecho, tienen un punto de contacto muy fuerte con todos los principios procesales generales, destacándose –en el caso concursal– la falta de conflicto entre dos partes (no es un proceso contradictorio), el interés estatal de impulso procesal por parte del mismo órgano judicial y la fuerte apuesta de la doctrina en forzar una interpretación moralizadora de los procesos para evitar los abusos que se efectúan del instituto concursal<sup>60</sup>.

Seguidamente, enfocándonos en la filosofía restaurativa, se han desmenuzado los principios generales de ella para luego contrapesar éstos con aquellos, marcando los puntos de contacto y las aristas conflictivas que se plantean.

La necesidad de eliminar las asperezas está empujada por el imperioso deseo de comenzar a interpretar los procesos concursales como herramientas para superar las crisis y los conflictos tanto económicos como sociales que se plantean luego (y antes) del *default* de las empresas y no sólo de encontrar una solución al caso llevado a los estrados judiciales<sup>61</sup>.

59 Antecedentes jurisprudenciales muestran que la apertura del proceso, en determinados momentos, a un diálogo frontal entre los acreedores y el deudor fortalece el vínculo entre ellos y tiende a buscar el mejor arreglo para todos los participantes. Tal resulta ser el caso del emblemático caso “Vicentin”, donde la propuesta originaria de la concursada hacia sus acreedores fue de una quita del 70 %, que luego de reiteradas y constantes reuniones promovidas y organizadas por el tribunal comercial, se ha propuesto un pago total para 800 acreedores (sobre un total de 1400), la dolarización de todos los créditos, la conformación de un fideicomiso de garantía y el pago total en 12 años. Para ver las propuestas, <https://concursopreventivovicentin.com.ar/>, último ingreso: 13/02/2022.

60 Al ser un proceso universal, pero con una participación limitada y acotada por parte de los acreedores, la doctrina y la jurisprudencia han advertido abusos por parte de los concursados en la presentación de sus propuestas concordatarias. Ver, al respecto, Herrán, M. y Knave, V. Ob. cit.; Richard, E. Ob. cit.; Vaiser, L. (2000). “La categorización de los acreedores en el concurso preventivo: un camino lleno de espinas”. *La Ley*, 1009(F), y la jurisprudencia que éstos citan.

61 Marcando la falta de herramientas por parte de la ley concursal para resolver el conflicto, el juez Lorenzini sostuvo: “El caso se edifica sobre una o varias elecciones valorativas de cierta propiedad consideradas como relevantes [...] (y son) los operadores del sistema jurí-

Así, pensar los concursos desde la filosofía restaurativa no implica una colisión con los principios que rigen el procedimiento, sino que se produce una armonía que enriquece y garantiza la satisfacción de la celeridad y economía procesal, la buena fe y, en general, contribuye a la moralización de los concursos preventivos.

La incorporación de los principios restaurativos en los procesos concursales puede darse mediante dos caminos diferentes. El primero de ellos, la reinterpretación de la Ley N° 24.522, camino que la jurisprudencia ha comenzado a transitar desde hace muchos años para diferentes institutos que aparecen como desactualizados desde su sanción en 1995, como lo fue en su momento el control de legalidad de la propuesta<sup>62</sup>, y más actualmente, la incorporación de las “verificaciones no presenciales”<sup>63</sup>, la digitalización del legajo de copias del artículo 279, LCQ, y el pedido de presentación del plan de empresas<sup>64</sup>.

En el desarrollo que aquí se efectuó, el *leading case* “Vicentin” presentó grandes avances en la incorporación de los procesos restaurativos en diferentes estadios del proceso concursal, como los “espacios restaurativos” dirigidos por un facilitador, las “reuniones de seguimiento”<sup>65</sup> que permiten el contacto directo de todos los acreedores con la concursada, y la instauración de una “mesa técnica” para analizar las posibles propuestas concordatarias presentadas<sup>66</sup>.

---

dico [...] quienes deben conectar el caso con las posibles soluciones preconcebidas [...] Dada la trascendencia que pretendemos asignarle, resulta indispensable dejar en claro que no estamos en condiciones de resolver el conflicto planteado”, Juz. Civil y Comercial, 2° Nom., Reconquista *in re* “Vicentin SAIC s/ concurso preventivo”, recuperado de <https://bit.ly/3xdiAYX>.

62 La redacción originaria de la Ley N° 24.522 mandaba al juez a homologar la propuesta concordataria si contaba con las mayorías dispuestas por la ley, sin posibilidad de analizarla. Sin embargo, desde un primer momento los jueces han hallado la forma de frenar tal imperativo legal cuando éste contrariaba la moral, el orden público o se observaba un abuso del Derecho. El *leading case* para esta cuestión es “Arcángel Maggio s/ inc. de impugnación”, del 15/03/2007.

63 Micelli, I. (2020). “Las verificaciones no presenciales. Una herramienta concursal necesaria en tiempos de pandemia”. *Microjuris*, MJD15558.

64 Cam. Civ. Com. Lab., Reconquista (SF), “Legajo de copias (medida de no innovar en Vicentin SAIC s/ concurso preventivo)”, del 23/06/2021, T° 32, F° 451, A° 206, sostuvo: “[...] la concursada no tiene razón en decir que no está obligada a presentar un plan de empresas [...] está obligada a hacerlo cuando el juez se lo pide, de la misma manera que lo está cuando lo manda la ley”.

65 Resolución disponible en <https://bit.ly/3swBGcc>.

66 Estas y otras cuestiones referidas a la reinterpretación de la ley concursal fueron desarrolladas en el panel “Modernización del procedimiento y reglas concursales”, del XI Congreso Argentino de Derecho Concursal de Bahía Blanca de 2021, con especial mención en las ponencias de Garuso, H. y Garuso, G. (2021). “Recursos y remedios en la legislación concursal: principios y armonización”. Pereyra, A. (2021). “¿Se pueden incautar los bitcoin/criptomone-

La otra vía para la incorporación de los principios aquí analizados es de *lege ferenda*. La doctrina desde hace muchos años advierte la necesidad de reforma de la ley concursal<sup>67</sup>, pues el Derecho vigente no satisface las exigencias de nuestro tiempo. Es un Derecho no ya viejo, sino envejecido; no antiguo, sino anticuado; utilizando términos más propios del lenguaje económico, es un Derecho obsoleto<sup>68</sup>. “La necesidad de actualizar y reformar el Derecho Concursal se evidencia en el hecho de que sus presupuestos, principios y caracteres están en crisis”<sup>69</sup>.

En esta hermenéutica, se ha analizado en el presente que los principios que rigen la justicia restaurativa se muestran armónicos con los principios procesales dispuestos por la actual Ley N° 24.522, permitiendo incorporar –sin alterar la armonía del sistema– mecanismos restaurativos que contribuyan a la moralización de los procesos y a evitar los fraudes procesales; incorporando mediante los mecanismos legales correspondientes los nuevos institutos concursales que el trabajo diario de los tribunales y la doctrina fueron evaluando y poniendo en práctica.

## Bibliografía

- Alegría, H. (2004). “Breve apostilla sobre la flexibilización en la interpretación de la ley concursal”. *La Ley*, 2004-E, 723.
- Bobbio, N. (1982). *Principi generali dei diritto. Novissimo Digesto Italiano*. UTET.
- Botteri, J. (2016). “Notas sobre las quitas concursales, acuerdos abusivos y la integración entre el CCC y la LCQ”. *RDCO* (573).
- Cianciardo, J. “Principios y reglas: Una aproximación a los criterios de distinción”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (118).
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Ariel.

---

das?” De Cesaris, C. y Lorenzini, F. (2021). “Verificaciones no presenciales. Utilización de las TIC en los procesos concursales. Un salto cualitativo en los sistemas tradicionales de gestión judicial”. Marega, A. (2021). “Viejas soluciones para nuevos problemas. El glorioso regreso de la junta de acreedores”. Todos ellos publicados en el libro de ponencias de Graziabile, D. (2021). *Derecho Concursal. Perspectivas actuales*. Tomo IV: Modernización del proceso concursal. Ediciones DyD.

<sup>67</sup> Sobre el particular, ver Rouillón, A. (2020). “El primer pilar legal para enfrentar una pandemia de insolvencia empresarial”. *La Ley*, 09/06/2020; Marega, A. (2020c). “La crisis del derecho de crisis. Análisis sobre la necesidad de reforma del Derecho Concursal argentino”. *El Dial*, DC2D17; Richard, E. (2020). “¿Insuficiencia del régimen concursal actual?” *El Dial*, 2, 81-90. Monzón, H. (2020). “La crisis, los juristas y una eventual reforma concursal”. *La Ley*, 27/08/2020.

<sup>68</sup> Cf. Marega, A. M. (2021). Ob. cit.

<sup>69</sup> Prono, R. (2021). “Hacia dónde debe ir el Derecho Concursal. Prevención de las crisis e insolvencias patrimoniales”. *RDCO*, noviembre-diciembre 2021, 83.

- González Ramírez, I. (2012). “¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?”, en *Revista de Justicia Restaurativa* (2).
- Graziabile, D. (2016). *Manual de concursos*. Abeledo Perrot.
- Graziabile, D. (2021). *Derecho Concursal. Perspectivas actuales*. Tomo IV: modernización del proceso concursal. Ediciones DyD.
- Herrán, M. y Knave, V. (2006). “Abuso del derecho en los pedidos de concurso preventivo y quiebra”. *El Dial*, DC99E.
- Josserand, L. (1959). *Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Marega, A. M. (2020a). “Breve introducción a la justicia restaurativa aplicada al sobreendeudamiento de los consumidores”. *El Derecho* (289).
- Marega, A. M. (2020b). “¿Un nuevo paradigma en la justicia concursal?” *El Derecho* (289).
- Marega, A. (2020c). “La crisis del derecho de crisis. Análisis sobre la necesidad de reforma del Derecho Concursal argentino”. *El Dial*, DC2D17.
- Marega, A. M. (2021). “Viejas soluciones para nuevos problemas: El glorioso regreso de la junta de acreedores”. *Derecho Societario y Concursal*. Errepar (Julio).
- Micelli, I. (2020). “Las verificaciones no presenciales. Una herramienta concursal necesaria en tiempos de pandemia”. *Microjuris*, MJD15558.
- Monzón, H. (2020). “La crisis, los juristas y una eventual reforma concursal”. *La Ley*, 27/08/2020.
- Muñoz Ramírez, E. (2008). “Apolo y Dionisio o la controversia entre metodología dura y metodología blanca de la investigación social”. *Revista de Derecho de La Universidad Central*. Ed. Chile.
- Palacio, L. (1983). *Derecho Procesal Civil*. Abeledo Perrot.
- Palacio, L. (1984). *Derecho Procesal*. Abeledo Perrot.
- Perelman, C. (1998). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas.
- Perez Baxin, O. (2014). *La justicia restaurativa: aproximaciones teóricas*. Porrúa.
- Pietro Sanchís, L. (1992). *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Prono, R. (2007). *Algunos principios procesales concursales*. Asociación Argentina de Derecho Procesal, en <https://bit.ly/3dcASmp>
- Prono, R. (2021). “Hacia dónde debe ir el Derecho Concursal. Prevención de las crisis e insolvencias patrimoniales”. *RDCO*, noviembre-diciembre 2021.
- Richard, E. (2008). “El concurso de sociedades”. *Deonomi* (4).
- Richard, E. (2011). “En torno a la adhesión a propuestas concursales”. *DCCyE* (41).
- Richard, E. (2020). “¿Insuficiencia del régimen concursal actual?” *El Dial*, 2.
- Richard, E. (2016). “¿Moralización en o de los concursos?” UNR - UCA. VI Congreso Argentino de Derecho Concursal - IV Congreso Iberoamericano sobre Insolvencia, Rosario, en <https://bit.ly/3ihUCrz>
- Rodríguez Zamora, M. G. “La justicia restaurativa: fundamento sociológico, psicológico y pedagógico para su operatividad”. *Tla-Melaua*, 9 (39).
- Rojas, J. y Calvo Soler, R. (2020). *Hacia un Derecho Concursal eficaz*. Rubinzal Culzoni (D 3003).
- Rouillón, A. (2007). *Código de comercio comentado*. La Ley.

- Rouillón, A. (2020). “El primer pilar legal para enfrentar una pandemia de insolvencia empresarial”. *La Ley*, 09/06/2020.
- Serrano Morán, J. y Rivas Sandoval, F. (2016). “La justicia restaurativa como ideología de administración de justicia en la constitución federal”. *Revista de la Realidad Mexicana* (mayo).
- Vaiser, L. (2000). “La categorización de los acreedores en el concurso preventivo: Un camino lleno de espinas”. *La Ley*, 1009(F).
- Vigo, R. (2017). *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Tirant lo Blanch.
- Zehr, H. (2010). *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Good Book.

