

EXPOSICION de Gerardo CARLO-ALTIERI•**El rol del poder judicial y del ejecutivo en el concurso**

En el sistema de derecho concursal norteamericano, la facultad principal de supervisar los casos de insolvencia que se presentan bajo el Código de Quiebra de los Estados Unidos, estatuto federal conocido como el U.S. Bankruptcy Code (“the Code”), está depositado en los tribunales especializados creados por ley del Congreso y operando a nivel federal llamados los “U.S. Bankruptcy Courts”.

Estos oficiales judiciales se crean bajo los poderes del Congreso para legislar de forma uniforme en toda la Nación, según el Artículo primero de la Constitución de Estados Unidos, y se dedican exclusivamente a la administración y resolución de casos de quiebra.

La función judicial en estos casos se lleva a cabo bajo los poderes que el Congreso delega en los jueces de quiebra, que son verdaderamente parte integral de los distintos tribunales de distrito federal distribuidos por todos los estados y regiones o circuitos judiciales de la Nación americana.

El Congreso de los EEUU tiene pleno y exclusivo poder para legislar en el campo de quiebras e insolvencias, ya que la Constitución de los EEUU establece tal autoridad en su Art. 1, sección 8. Los tribunales especializados en el campo son los US Bankruptcy Courts y también procede su autorización bajo esta clausula constitucional.

El código judicial federal, en 28 USCA 151-158 establece la jurisdicción de los tribunales de Distrito federales en casos de quiebra, competencia que ha sido delegada a los U.S. Bankruptcy Courts, unas unidades de cada distrito federal. Tal delegación ha sido encontrada como constitucional y valida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.¹

El U.S. Bankruptcy Court es un tribunal federal dentro del tribunal de distrito pero con administración separada y sus actuaciones y jurisdicción en casos de quiebra ha sido aceptada por la jurisprudencia del Supremo Nacional.²

A su vez, el Congreso ha creado y depositado algunas funciones paralelas de supervisión, administración y manejo de asuntos de insolvencia también sobre el poder ejecutivo. De hecho, el sistema de insolvencia a nivel federal aunque primordialmente judicial, podría decirse que tiene características compartidas entre lo judicial y el ramo ejecutivo.

• Ocupó el puesto de U.S. Bankruptcy Judge para el Primer Circuito Judicial desde 1994 hasta 2009. Además, se desempeñó como juez del tribunal apelativo de quiebra del Primer Circuito (BAP) en Boston, Massachusetts desde 1996 hasta 2009. Ha sido conferenciante en varios congresos internacionales en España, Italia, Argentina, México y Venezuela sobre derecho concursal y ante el American Bankruptcy Institute.

1 In re Lanthrop (1985, BC ND III) 49 BR 885.

2 In re Martinez (2003, BC ND Tex.) 293 BR 387, BCD 108.

Los poderes de los Trustees

Las funciones delegadas al poder ejecutivo por el Congreso en los asuntos y casos de insolvencia judicial se encuentran en los puestos, poderes y responsabilidades que el propio Código de quiebra dispone para los llamados síndicos (“trustees”).³ También interviene el poder ejecutivo por la creación de la Oficina de Administración de Síndicos (“US Trustee’s Office”),⁴ localizada bajo la supervisión del Ministerio de Justicia de los Estados Unidos también conocido como el “U.S. Attorney General” de la Nación, con oficinas establecidas y personal profesional (contadores y abogados) para supervisar los casos de quiebra en todas las regiones judiciales de la Nación.

Las funciones, deberes y poderes de los síndicos están definidas con precisión en el capítulo tercero del Código, subcapítulo segundo (Officers), que son secciones generales que tienen que ver con la administración de un caso judicial de quiebra bajo cualquiera de los capítulos, ya sea un proceso de liquidación (capítulo 7) o de reorganización y rehabilitación (capítulos, 11, 12 y 13).

Facultad de lo judicial o ejecutivo para imponer soluciones en casos de insolvencia

En cuanto al tema principal del panel de este Congreso sobre las posibles “facultades del poder judicial o del ejecutivo para imponer soluciones en casos de crisis de empresas”, el sistema de insolvencias legislado en los Estados Unidos bajo el Código de Quiebra federal concede ciertas prerrogativas exclusivas a los jueces de quiebra para resolver los asuntos de insolvencia judicial en los casos y controversias traídos ante su consideración, pero solamente puede un juez de quiebra decidir en aquellas materias que tradicionalmente se encuentran dentro de la definición de lo que constituye un “case and controversy”, según los parámetros y requisitos constitucionales desarrollado por los tribunales y en especial por las reglas establecidas e interpretación en los casos resueltos por el Tribunal Supremo de Estados Unidos.

A su vez, el propio Código concede poderes especiales en equidad bajo su sección 105⁵ a los jueces de quiebra federales, aunque se ha interpretado que tales poderes no deben ser usados para resolver un asunto judicial dentro de un caso de quiebra a menos que no exista una disposición específica en el Código que pueda utilizarse por el oficial judicial para resolver el

3 El síndico tiene poderes de investigación, representa los intereses colectivos del caudal común, participa en litigios relacionados al caso de quiebra y supervisa los profesionales. Su labor, aunque participa en los litigios del caso, sin embargo no es judicial. Sus poderes se encuentran definidos en 11 U.S.C. 321 (elegibilidad) 322 (cualificación), 323 y 324 (rol, capacidad y remoción), 701 (interino), 704 702 (nombramiento y elección), 704 (deberes). La 11 U.S.C. 1202 y 1302 establece los síndicos para casos de consumidores y agricultores.

4 La Oficina del U.S. Trustee se estableció experimentalmente en 1978 y mas tarde se autorizó por ley de forma permanente dese 1986. Cada distrito judicial tiene esta oficina como parte del ejecutivo y sus poderes y labores se definen en 28 U.S.C. 581-589 y en el Código. Los poderes del puesto se describen en 11 U.S.C. 586, entre ellos que éste se encarga de supervisar todos los casos judiciales de quiebra, incluso a los profesionales, y de nombrar los síndicos de capítulo 7 y 13. Su labor es mayormente de administración pero puede participar como una parte en cualquier litigio o controversia ante el tribunal de quiebra. También presiden los síndicos de esta oficina las reuniones de acreedores en los casos bajo los capítulos 13 y 7 y 11.

5 U.S. Bankruptcy Code, 11 USC 105. Esta disposición concede poder a los bankruptcy judges para entrar cualquier orden o sentencia, o manejar el caso si tales acciones promueven los propósitos del Código, siempre que tal orden o acción judicial sea necesaria y apropiada para llevar a cabo los objetivos de la ley de quiebra y prevenir un abuso del proceso.

problema o asunto presentado en el proceso pendiente ante el tribunal. El poder judicial en un caso de quiebra de reorganización puede llegar hasta disponer o cambiar las relaciones contractuales entre acreedor y deudor.⁶

El Tribunal Supremo y los tribunales apelativos han sido muy cuidadosos en no permitirles a los jueces de quiebra demasiada flexibilidad en el uso de la sección 105 y los poderes amplios que dicha disposición concede “en equidad”.⁷

Autoridad para imponer soluciones no judiciales

Fuera del campo puramente judicial, los procedimientos que tratan de prevenir extrajudicialmente las insolvencias y liquidaciones de empresas en el sistema norteamericano de derecho concursal no son comunes. No existe un requisito previo alguno que obligue a las partes a tratar de evitar la radicación de un caso de quiebra en los tribunales, ni de conciliación o mediación anterior en las etapas iniciales de la insolvencia.

La única excepción al tratamiento judicial exclusivo de la rehabilitación empresarial en el sistema de los Estados Unidos es el mecanismo del llamado “Pre-Packaged plan” o “pre packs”. Éste no es otra cosa que un acuerdo privado entre el acreedor más importante o un grupo de acreedores y el deudor, para luego presentar al tribunal un acuerdo entre partes y darle validez. El acuerdo se puede imponer por el tribunal aún contra la voluntad de otros acreedores afectados, por medio del proceso de un Capítulo 11 que valida judicialmente un acuerdo privado de rehabilitación o venta de todos o parte de los activos del negocio.⁸

En estos casos, la negociación se hace previo a recurrir y presentar un capítulo 11 al tribunal, pero siempre tal acuerdo requiere la aprobación judicial y el conceder la oportunidad para cualquier parte con interés en el asunto, de oponerse y recibir el derecho a una vista antes del tribunal aprobar dicho acuerdo, aun cuando fue negociado y acordado previo a la radicación de la quiebra judicial.

Las ventajas de un “pre pack” son que los acreedores pueden eliminar muchos costos y acelerar el tiempo que normalmente tomaría conseguir la aprobación judicial de un plan de rehabilitación bajo el capítulo 11 tradicional.⁹

Este sistema tiene más flexibilidad que un acuerdo extrajudicial que normalmente puede ser atacado en los tribunales y donde las partes no gozan de la protección de una corte federal.

6 US v. Energy Resources Inc, 495 U.S 545. (1990).

7 In Re Amco Ins., 444 F.3d, 690, 695 (5th Cir. 2006).

8 Ver en: Mayr, Kurt A.; “Enforcing Prepackaged Restructuring of Foreign Debtor Under the US Bankruptcy Code”, 14 AM. Bankr. Institute, L. Rev, 469.

9 Algunos de los “pre packs” muy conocidos recientes son aquellas radicaciones que tienen que ver con las líneas aéreas, el caso de General Motors, Oneida LTD., Davis Petroleum Inc., y Hercules Offshore Inc. Ver también en el caso de Avianca un ejemplo de un pre pack exitoso donde se pudo reorganizar e imponer un plan de reorganización aun cuando existían bienes, acreedores y deudores en varias jurisdicciones: In re Aerolíneas Nacionales SA Avianca, 303 BR 1, 17 18, Bankr. SDNY, 2003.

Normalmente el Código dispone que debe presentarse un Plan de Reorganización empresarial dentro de breve tiempo luego de radicada la petición de quiebra, y se limita el término de exclusividad al deudor para radicar a 120 días luego de presentada la petición.

Antes de este período de exclusividad, el deudor no puede salir a buscar apoyo ni hacer contacto con acreedores para amarrar los votos que serían necesarios para conseguir la aprobación de un Plan de Reorganización empresarial. El Código exige un número de acreedores y de clases de acreedores prioritarios, asegurados y no asegurados necesarias bajo el Código para conseguir la homologación o llamada “confirmación” de un Plan de Reorganización por la corte. Por tal razón, el proceso del “pre pack” es ventajoso y, además, permite negociar un plan con algunos acreedores antes de presentar el mismo a los demás acreedores y al tribunal, y sirve para economizar en cuanto a tiempo y los costos habituales de un capítulo 11.

Nada impide que se trate de negociar la salida de la insolvencia con la mayoría de los acreedores sin llegar a un Pre Pack o sin tener que radicar una petición de quiebra en los tribunales y normalmente esto se hace por medio de una reestructuración del préstamo con moratoria de interés y principal, un refinanciamiento nuevo, un intercambio de deudas (“swap”), o una dación en pago. No obstante estas alternativas, sin el poder inminente de la corte de quiebra y la ayuda del Código, se hace sumamente difícil llegar a estos acuerdos extrajudiciales en el sistema de insolvencia de los Estados Unidos. Esto es, a no ser por el mecanismo del Pre Pack y por los arreglos de ventas de todos los activos antes de la etapa de la homologación o una venta como parte integral del proceso de confirmación del plan.

El Código además permite al deudor ofrecer en venta sus activos en el curso ordinario de los negocios y sin autorización judicial. Pero para disponer de todos los activos o de la mayoría de ellos fuera del curso ordinario de negocios y luego de radicado la petición de quiebra, hace falta la autorización del tribunal y tiene que concederse la oportunidad a todos los acreedores a oponerse y ser oídos en una vista judicial para estos propósitos.¹⁰

Muchos de los casos de capítulo 11 de reorganización y rehabilitación de quiebras de negocios que se completan exitosamente hoy día, se llevan a cabo y son posibles debido a la negociación previa a la radicación del caso y los acuerdos de venta o “pre pack” acordados entre los acreedores asegurados y los deudores, por una venta pre acordada o una combinación de las anteriores opciones con la aprobación judicial posterior.

Los acuerdos de los pre-packs y las ventas con el aval judicial bajo la sección 363 del código, se han convertido en los mecanismos más comunes y más utilizados para llevar a cabo la reorganización de las empresas insolventes bajo el Código.

10 La sección 363 del Código de Quiebra permite la venta de los activos del deudor dentro de un capítulo 11 de rehabilitación o uno de liquidación. Se utiliza mucho hoy día tal mecanismo y la mayoría de los casos de rehabilitación que se confirman por el tribunal son verdaderamente ventas pre acordadas de los activos del negocio a compradores ya identificados antes de radicarse la quiebra. Este mecanismo es muy efectivo y eficiente pero ha sido objeto de mucha crítica porque se presta para conflictos de interés, mal manejo y fraudes entre los administradores de la empresa y los posibles compradores en detrimento de los acreedores pequeños y los no asegurados.

El doble rol del Estado en un caso de quiebra

En los EEUU despierta la controversia o posible conflicto sobre el rol del Estado en cuanto a las contribuciones estatales y federales adeudadas por el peticionario. El asunto se concentra en determinar si la contribución es una "prioridad" y que rango goza en comparación con las demás acreencias consideradas prioridades. También hay que determinar si la contribución puede ser descargada ("discharged") o anulada como resultado del caso de quiebra. Ambos asuntos pueden variar y dependen si el deudor es una persona jurídica o una natural y el capítulo del Código que se utiliza para radicar el caso, ya que cada uno puede tener diferentes reglas para el descargo.

Aparte de la determinación de si hay una prioridad número dos o una octava, que son las dos alternativas bajo el Código, la radicación del caso de quiebra puede ayudar al deudor a conseguir una transacción con el Estado o un plan de pago. Las contribuciones corrientes y recientes (doce meses para contribución sobre la propiedad y tres para contribución sobre ingreso) son normalmente no descargables y pueden ser catalogadas como una prioridad segunda u octava dependiendo de ser incurridas antes o después de radicado el caso.

El requisito de seguir pagando las contribuciones durante el término de la administración de un caso de quiebra es importante para el flujo de efectivo del deudor y normalmente las contribuciones e intereses tasadas antes de radicar la petición se interrumpen durante el caso hasta la homologación del plan por el tribunal. Pero aquellas contribuciones que surgen durante la administración del caso, y que surgen desde el momento de la radicación de la petición de quiebra, se tienen que mantener al corriente.

En todo este proceso de determinar la cuantía, la prioridad el descargo de las contribuciones, intereses y penalidades, el Estado es una mera parte interesada en estos asuntos que pueden llegar a ser contenciosos. A la vez, el Estado goza de alguna protección especialmente para las tasaciones recientes y aquellas post petición, según las reglas del código explicadas antes.

Aparte de lo dicho anterior sobre los conflictos posibles entre acreedor-Estado y deudor, en torno a las deudas contributivas, las actuaciones del Estado están también protegidas en un caso de quiebra si caen dentro de los poderes reservados tradicional y constitucionalmente a los cincuenta estados de la Nación, conocidos como el "police power" del Estado. Por ejemplo, la sección 362 del Código de Quiebra, que impone la protección del "automatic stay" o paralización automática de toda acción contra el deudor, el caudal o los activos del deudor o caudal, no aplica a una acción del Estado o sus instrumentalidades contra el deudor, dentro de su poderes "policiales".

Conclusiones

El Código de Quiebra de EEUU no establece procesos especiales, fuera de lo judicial, para resolver asuntos de insolvencia. Pero el concepto del caso pre acordado extrajudicialmente o pre pack y los acuerdos para las ventas pre acordadas se usan muy efectivamente aunque requieren la radicación de un caso (bajo Capítulo 11 o 13), y la aprobación de tal acuerdo por los tribunales de quiebra.

El doble rol del Estado se resuelve en el Código de Quiebra por las reglas que establecen las prioridades a base del tiempo que tiene la tasación de la contribución y las reglas para determinar si procede o no el descargo de una contribución que tenga mas de doce meses de tasada (si es de contribución sobre ingresos), o tres de tasada (si es una contribución sobre la propiedad).

En todos los procesos judiciales que puedan surgir debido a las posibles controversias entre Estado y deudor en torno a la determinación de si existe una prioridad que favorezca la imposición contributiva, o si la deuda contributiva es totalmente o parcialmente descargable (“dischargeable”), el Estado y sus funcionarios son solo una parte adversa y un litigante interesado. La decisión final corresponde al ramo judicial, aunque el Código protege al Estado parcialmente con las reglas descritas sobre el tratamiento favorable a las prioridades, las limitaciones a los descargos y la excepción al “automatic stay” para la actuaciones dentro del llamado “police power” del Estado.