

## Código de Bancarrotas de los Estados Unidos. Un comentario de aproximación.

Por Ariel G. Dasso

### Antecedentes históricos.

Desde finales del Siglo XIX, comienza a configurarse en los Estados Unidos de Norteamérica la necesidad de afrontar crisis empresarias de un porte tal que su insolvencia provocaba graves daños a una gran comunidad de ahorristas, empleados, interesados o inversores.

Así, desde el antecedente que puede identificarse en la Ley de Compañías Ferroviarias de 1867, se instala en el derecho norteamericano un procedimiento de reorganización de carácter preventivo. Este procedimiento, inicialmente pensado para enfrentar la crisis del sector ferrocarrilero exclusivamente, pronto fue extendido a otras formas empresarias, como un procedimiento de tipo concursal a través de los "Tribunales de equidad".

Como consecuencia de las grandes depresiones económicas de 1929 y 1930, y la caída de Wall Street, las crisis económicas sistémicas se aceleran y allí, entonces, sobre la base de aquel primer antecedente denominado Bankruptcy Act de 1898, y a través de importantes reformas que se provocan en el año 1930, se llega a una nueva expresión de la legislación de insolvencia en 1934, mediante la modificación del procedimiento de reorganización de las sociedades ferroviarias que pasa a ser aplicado en forma general a todas las sociedades.

En 1938, se promulga la reforma conocida como *Chandler Act*, de acuerdo a la sección 8, art. 1 de la Constitución de los Estados Unidos.

Esta reforma procura reestructurar o reorganizar las sociedades por acciones en crisis, con la intención de mantenerlas en vida, en vez de liquidarlas.

En esa legislación se establece un nuevo procedimiento especial de reorganización para sociedades capitalistas, que resulta ser el antecedente inmediato de la actual versión de la reorganización empresarial, introducida el 6 de noviembre de 1978, bajo la Ley de Reforma a la Ley de Quiebras, denominado *Bankruptcy Code*, que entró en vigencia el 11 de octubre de 1979 y fuera posteriormente modificado en 1994, y recientemente en 14 de abril de 2005, en la **Ley de la prevención del abuso de la bancarrota y protección del consumidor.**

Este fenómeno evolutivo en la legislación norteamericana en modo alguno puede ser considerado como un fenómeno aislado o espontáneo.

Se trata de la generalización de una nueva filosofía concursal, un nuevo pensamiento innovador, que supera la vieja idea que sostenía que ante la insolvencia del deudor, ya como víctima de las fuerzas del mercado, de su ineptitud, de su mala fe o incluso su mala suerte, la empresa quedara librada a la liquidación y al desapoderamiento para que con su liquidación se pagare en la medida de lo posible a los acreedores.

Esa manera de encarar el problema es reemplazada por otra visión, más acorde a los tiempos. Se introduce el interés público como un factor que antes no se tenía en consideración cuando se trataba de los problemas económicos del comerciante individual, por haber entendido, desde la óptica del estado que hay razones para mantener la empresa en marcha, como un medio de producción, como un medio de sostenimiento del trabajo, y de las preservación de la paz social. Todas éstas, necesidades básicas del estado.

Al estado le interesa mantener la estabilidad de esos mecanismos generadores de riqueza, que forman parte esencial de la estructura económica de una sociedad dada.

Por ello, este sistema cambia el paradigma y propone que la liquidación y el desmembramiento del patrimonio del deudor sea tan sólo la última opción, privilegiando, en cambio, soluciones preventivas que procuren satisfacer de otra manera los intereses de todos los afectados por la cesación de pagos o por el eventual cese de las operaciones, teniendo en cuenta no sólo a los acreedores sino también a los trabajadores, a los terceros y al propio titular de la empresa.

Nace aquí entonces, en la legislación norteamericana, un nuevo principio del derecho concursal que además terminaría impregnando toda la evolución del derecho concursal global de allí en adelante: el principio de conservación de la empresa, por entender que a través del mantenimiento de la empresa como unidad productiva en marcha, es mucho más factible llegar a satisfacer de la manera más eficiente a los intereses anteriormente indicados y, aparentemente, en conflicto.

La conservación de la empresa viable es entonces el principio general medular e interpretativo de la nueva filosofía concursal por entender que existen muchas mayores posibilidades de distribución adecuada de la pérdida entre los diversos interesados, si la empresa se reorganiza.

Hay muchas razones que llevan a privilegiar esta solución: los enormes costos que implicaría la reasignación total de recursos por vía de la liquidación, sin contar las pérdidas en el valor intrínseco de los bienes así reasignados que resignan de esa manera, el mayor valor que la propia dinámica de actuación organizada dentro de una empresa en marcha les otorga, el interés público que se ve indisputablemente afectado como consecuencia de la eliminación de la empresa y por lo tanto las fuentes de trabajo y las fuentes de producción, y además la intención o al menos la esperanza de disminuir los costos administrativos a través de adecuados métodos de conservación.

Por ello, concluimos que la liquidación ya no es la norma general y se ha convertido en una solución residual del sistema concursal.

En el actual *Bankruptcy Code* se encuentran regulados todos los procedimientos concursales del sistema norteamericano, que pone a disposición de los interesados diferentes alternativas para la reorganización de sus crisis económico-financieras.

Existen diversos procedimientos previstos, algunos para personas físicas y otros para personas jurídicas, que tienen en consideración diversas cualidades subjetivas del deudor.

**Presupuestos objetivos.**

Las Secciones 301 y 303 H del *Bankruptcy Code* delimitan el presupuesto objetivo, resultando estos presupuestos comunes tanto del proceso liquidatorio como al conservativo.

En los casos en que la reorganización sea solicitada por el mismo deudor, el caso de solicitud voluntaria, la sola petición constituye la causa automática de apertura del procedimiento independientemente de la situación económica de la empresa.

Por eso, la doctrina ha considerado que la reorganización es casi un derecho indiscutible del deudor.

Ahora si estamos frente a una solicitud planteada por un agente distinto del deudor allí entonces será necesario que se cumpla alguna de las condiciones contempladas en la Sección 303.

Estos supuestos son el caso de la falta de pago con carácter general de las deudas a su vencimiento y el segundo es el nombramiento dentro de los 120 días anteriores a la fecha de la presentación de la solicitud de apertura de un custodio.

En relación con el primer presupuesto objetivo es decir la falta de pago, aun hubo una discusión en el proceso de formación legislativa en el Senado de los Estados Unidos para ver si era necesario que además de la falta de pago general se sumara una situación de crisis, un desbalance, una falta de liquidez y entonces cubrir aquellos casos en los cuales el deudor hubiere dejado de pagar no por una imposibilidad material sino por una cuestión simplemente voluntaria.

Sin embargo el legislador opto por limitar el presupuesto objetivo simplemente a la falta de pago con independencia de la situación económica subyacente alegando que era necesario adelantar el momento de la apertura para facilitar con ello la reorganización.

En cuanto al nivel logrado de pagos incumplidos para considerar si existe falta de pago general o no, para unos el sentido era interpretado en forma numérica, y por lo tanto no seria suficiente el incumplimiento de una porción pequeña de sus deudas, mientras que otros sectores consideran que lo relevante no es el numero de acreedores sino la importancia de las deudas y sus proporcionalidades con su pasivo.

El último presupuesto objetivo de apertura del procedimiento es el nombramiento de un custodio dentro de los 120 días anteriores a la fecha en que los acreedores presenten la solicitud de apertura. Este concepto definido por la Sección 101 es el nombramiento de un sujeto que se haga cargo de los bienes del deudor como vivencia o presunción de la situación financiera grave por lo que resulta importante proteger a los acreedores.

**Presupuestos subjetivos.**

La ley exige ciertas características personales para poder autorizar el inicio de un proceso de este tipo.

En cuanto al tipo de deudor, son elegibles para someterse al proceso de reorganización, tanto las personas físicas, en forma personal o comercial, como también las personas jurídicas, en las distintas formas que puedan existir bajo la ley americana.

El sistema no distingue entre grandes o pequeñas empresas ni tampoco establece un límite respecto de activos, pasivos, porcentajes adeudados o tipos de deudas.

El proceso puede ser solicitado por quien sufra de una crisis financiera provocada por una gran carga impositiva estatal o federal, o la mera actividad comercial ordinaria.

Es requisito que el solicitante de la reorganización tenga su centro de operaciones o su sede en los Estados Unidos, de conformidad con la Sección 109 del Capítulo I del *Bankruptcy Code*.

El tipo de proceso de reorganización establecido en el Capítulo XI es más utilizado por la gran empresa y las sociedades de capital, mientras que el individuo, habitualmente, se decide por el ajuste de deudas previsto por el Capítulo XIII que es más sencillo y menos costoso que la reorganización.

Existen exclusiones, como suele suceder en otros sistemas, respecto de ciertos sujetos con características particulares, normalmente aquéllos que tienen como objeto actividades altamente reguladas, o de alto impacto en el mercado de créditos, como por ejemplo las compañías aseguradoras, las entidades de prestadoras de crédito, los corredores y agentes de operaciones en mercado de valores, los corredores o comisionistas del mercaderías futuras.

Para ellos, existen disposiciones específicas en los Subcapítulos 3 y 4, del Capítulo VII.

Hemos visto situaciones parecidas en diversos ordenamientos, la Ley Argentina, por ejemplo, que excluye específicamente a este tipo de entidades, para las cuales remite a su legislación específica, que habitualmente regula la insolvencia de estos entes en base a un sistema propio.

Ha habido algunas dudas doctrinarias y jurisprudenciales en derecho estadounidense en torno a si las figuras denominadas como *partnerships* o compañías simples que se encuentren en proceso de disolución, pudieran ser sujeto de protección bajo el Capítulo XI. Dado que las razones que justifican el proceso de reorganización contenido en el código americano consisten expresamente en el beneficio para todas las partes (deudor, acreedores, empleados y/ terceros), siempre se busca favorecer a la reorganización en lugar de la liquidación, en tanto y en cuanto el costo fuere razonable.

Así los Tribunales Federales han resuelto el tema en el caso "*C-TC 9th Av. Partnership vs. Norton Company.*" En este caso se decidió que, si bien parecía que no tenía mucho sentido someter al Capítulo XI a una entidad que había dejado de serlo justamente por haber iniciado un proceso de disolución, no resultaba óbice en que este proceso de disolución se hiciera bajo el Capítulo XI, en tanto y en cuanto se pudiera demostrar que bajo este sistema de reorganización los acreedores se vieran beneficiados por una mayor posibilidad de cobro. Se estaría en este caso frente a una reorganización con fines liquidatorios.

### **La estructura del Bankruptcy Code**

El Título 11 del Código Civil de los Estados Unidos regula la totalidad de lo que denominaríamos Ley de quiebras y es conocido como Bankruptcy Code.

Como ley federal es jerárquicamente superior a cualquier otra regulación estadual o local, y se la prefiere en cualquier conflicto que se presente entre éste y la liquidación estatal, ya que se trata de una ley especial fundada directamente en la constitución.

El Título 11 se divide en capítulos, algunos de los cuales regulan aspectos genéricos en cuanto a cuestiones procesales que son aplicables a todos los tipos de procesos concursales como son los casos de los capítulos I, III y V. Los capítulos VII, IX, XI y XIII establecen procedimientos concursales específicos y el Capítulo XV trata sobre las normas de reconocimiento de los procesos concursales extranjeros con elementos transnacionales.

El Capítulo I trata de las normas generales, regulaciones de carácter general con definición de términos y de limitaciones en cuanto a la aplicación de normas algunas de los tipos de procesos contemplados en el código.

El Capítulo III define el rol de las partes que funcionan en el proceso, las del juez, la de los curadores, depositarios, síndicos e inclusive de los acreedores.

Se trata de un Capítulo dedicado íntegramente a las cuestiones procesales, acciones judiciales voluntarias y no voluntarias, quiebras grupales y el procedimiento para iniciar quiebras o cualquier otro de los procedimientos concursales.

También se establece la designación de funcionarios y a cargo de quien se encuentra el pago de los distintos honorarios.

Se encuentran comprendidos en este Capítulo también las normas relativas a las reuniones de acreedores, envíos de notificaciones, limitaciones a la Quinta Enmienda en cuanto a actos de autoincriminación de asuntos delictivos, la posibilidad de conversión de un proceso en otro, la terminación normal y anormal del proceso, el uso y destino de los bienes, la generación de deudas o prestamos durante el proceso concursal.

El Capítulo V regula todo lo concerniente a la actuación de los acreedores, la relación del deudor con éstos y de todos los interesados con el patrimonio y su custodia y administración..

### **Procedimientos de liquidación.**

El Capítulo VII se refiere al procedimiento de liquidación, la designación de sus funcionarios, y la atribución de deberes y responsabilidades de los mismos.

Al procedimiento previsto en el Capítulo XI es la organización o reorganización de las deudas de un municipio, sistema bastante particular y desconocido para el derecho argentino y para el

derecho continental en general, ya que en principio las cuestiones de insolvencia de los estados nacionales, provinciales o estatales, e incluso municipales resultan ajenas al derecho concursal, entendido este fundamentalmente como derecho privado, entendiéndose siempre que en el marco del derecho continental el derecho que regula las relaciones jurídicas del estado es fundamentalmente de tipo administrativo.

La reorganización, también conocido como Capítulo XI es el capítulo dedicado a la reestructuración de las sociedades de capital, como lo dijéramos más arriba.

El ajuste de deudas de una familia que se dedica a la actividad agrícola o pesquera con ingreso anual regular que esta en el Capítulo XII y finalmente el ajuste de deudas de personas físicas con ingreso regular en el Capítulo XIII.

Junto con estos capítulos a ingresado en la última reforma del año 2005 el Capítulo XV que establece procedimientos de reconocimiento de procedimientos concursales en el extranjero en el marco de la incorporación de la ley modelo de UNCITRAL para el caso de los concursos y las quiebras con elementos transnacionales.

Junto a estos típicos procedimientos están también los llamados ajustes amigables y asignaciones en beneficio del deudor que son procedimientos de liquidación extrajudicial del patrimonio del deudor que tramitan ante la Asociación Nacional de Créditos que opera a través de un departamento especial compuesto por expertos concursales.

### **Tipos de procesos concursales.**

#### **1) El Capítulo VII es una liquidación.**

Se identifica como la quiebra directa, y es el tipo más común de proceso utilizado en el sistema norteamericano y al que normalmente se hace referencia al momento de mencionar a la quiebra. La finalidad del proceso es proteger al deudor contra sus acreedores.

En general se trata de un procedimiento muy utilizado por los consumidores de préstamos o tarjetas y juicios de crédito, y es admisible cuando las deudas en su mayoría se encuentran sin garantía o cuando no existen posibilidades de ejecución.

Se divide en cuatro subcapítulos y entre ellos, se regula los deberes de los administradores, la liquidación del caso especial del corredor de bolsa o comisionistas de mercancías a futuro.

Tiene un subcapítulo que contiene una serie de regulaciones que le permitirían al deudor continuar operando su negocio mientras se desarrolla el proceso de quiebra estableciendo la posibilidad de amortizar sus deudas sobre bienes inmuebles, la forma en que serán tratados ciertos embargos preventivos, la disposición de activos, la condonación de deuda y ciertas disposiciones relativas al pago de impuestos.

Para el deudor, su finalidad es lograr la liberación de sus deudas mediante un acto judicial que establece la eliminación de aquellas que cumplan con los requisitos necesarios. Estas deudas quedaran totalmente extintas como si jama subieran existido. Existe un límite temporal en cuanto

a la posibilidad de utilizar este recurso y en ese sentido no se puede iniciar un proceso más de una vez cada 6 años.

La filosofía jurídica que da base a este proceso es permitir la liberación del individuo y sus deudas como un fundamento del sistema democrático. Para ello se busca establecer un equilibrio razonable ante los intereses de los grandes empresarios financieros, los prestamistas y los individuos que ha criterio del legislador son quienes en forma colectiva han construido esta sociedad.

En este caso el juez designa a un administrador quien será, de allí en adelante, el encargado del manejo de los bienes del fallido, y de asegurarse el uso correcto y adecuado a la ley.

Pasados cuatro semanas luego del inicio del proceso de liquidación, el deudor tiene una audiencia con los acreedores y si los activos del deudor se encuentran exentos de ser liquidados en el proceso de quiebra, la liberación de sus deudas será pronunciada judicialmente dentro de los cuatro meses de iniciado el proceso.

Si existen activos que se pueden liquidar, el administrador podrá solicitar la autorización judicial para proceder a su venta inmediata a fin de pagar, según corresponda, a los acreedores.

Cualquier persona física o jurídica puede iniciar este proceso bajo la regulación del Capítulo VII. Sin embargo no todo aquel que inicie un procedimiento de esta naturaleza obtendrá una extinción de sus deudas. Las condiciones para ello es que el deudor debe encontrarse en un estado de insolvencia, el cual es establecido con relación a la incapacidad de poseer ingresos disponibles y adecuados para hacer frente a los acreedores. Este estado debe ser debidamente demostrado y con ello el sistema garantiza que el beneficio no sea utilizado por quienes no se encuentran en condiciones de hacerlo y evitar de esta manera los abusos.

A partir del momento en que un deudor se presenta bajo el Capítulo VII, se suspenden todas las acciones y procesos de ejecución iniciados por los acreedores contra el deudor, impidiendo de esta manera el inicio de cualquier otra nueva acción en dicho sentido.

Esto es lo que se denomina *automatic stay* o *cesación automática* y es una de las disposiciones más potentes de la normativa federal. Esta cesación automática abarca todo tipo de procesos desde desalojos hasta ejecuciones hipotecarias. El deudor no puede ser demandado ni ser objeto de ningún tipo de ejecución patrimonial, ni siquiera el Gobierno Federal o Estatal puede iniciar acciones contra el deudor acogido al Capítulo VII, incluyendo por la falta de pago de los impuestos.

Con el inicio de la quiebra se configura una masa de bienes conocida como el patrimonio del quebrado que contiene la totalidad de los activos del deudor al momento del inicio del proceso. Se nombra a un curador oficial, dependiente del Ministerio de Justicia de los Estados Unidos, que va a administrar el patrimonio del quebrado y que tendrá el total control de dichos bienes.

Cuatro meses después del inicio del proceso aproximadamente, se llama a una audiencia, denominada audiencia de la Sección 341, presidida por el curador a la cual se deben presentar los acreedores y el deudor; y en ese caso el deudor tienen la posibilidad de presentar documentos,

corregir o completar cualquier información necesaria, agregar acreedores o activos que fueron omitidos inicialmente.

Una particularidad bastante relevante es que en el caso de que existan garantías reales sobre bienes muebles o inmuebles, se puede excluir dicha obligación mientras la misma se encuentra al día y el quebrado mantenga el pago de las obligaciones regulares, a pesar de estar en quiebra.

De esta forma el fallido no se encuentra obligado a resignar los bienes entregados en garantía real sobre los cuales ahora existe deuda pendiente, mientras no hubiere saldos vencidos.

El curador efectúa un inventario de bienes, emite un informe y recomienda cual sería la manera en el cual sería mejor la venta de bienes cuando estos existen, la forma de distribución y el pago de los acreedores. Se darán por extinguidas las deudas no pagadas y los saldos insolutos.

Se estima que la duración del proceso resulta en aproximadamente 6 meses, y luego de que el administrador ha concluido con su labor de administración, venta y pago, el proceso se da por terminado, librando al administrador de sus quehaceres en cuanto al patrimonio del deudor y se da por concluida la cesación automática. De allí en más cualquier nueva obligación del deudor puede ser requerida para ser cumplida judicialmente.

El rol del juez. En este tipo de procesos la figura del juez es prácticamente invisible para el quebrado, ya que no habrá contacto directo entre el juez y éste a menos que exista un conflicto entre los acreedores y el deudor o entre el curador y el deudor o entre el acreedor y el curador. En este caso si será el juez quien deba resolver algún asunto debatido entre ellos.

Pero si no existe conflicto, por la propia naturaleza administrativa de la quiebra, todo el proceso se desarrolla fuera del ámbito del juez.

El rol del curador dependerá del tipo de proceso concursal con el que nos encontremos, así, por ejemplo, si estamos en un proceso del Capítulo VII, la intervención del curador es mucho más limitada que en el proceso de reorganización del Capítulo XI, donde se le requiere una mayor participación dentro de las actividades cotidianas de la empresa.

Por ello, la función del curador se limita a la custodia del patrimonio del quebrado, con la única excepción de lo referente a la operación diaria del negocio de la persona física, la cual queda en manos del deudor mientras dura el proceso.

Mientras dure el proceso de liquidación, el deudor está imposibilitado de realizar actos de enajenación sobre los bienes de la empresa que no sean los actos regulares relacionados con el giro normal.

## **2) La reorganización.**

El Capítulo XI denominado “Capítulo de la Reorganización”, es un procedimiento que normalmente es utilizado por las grandes empresas, aunque nada impide su uso por parte de individuos particulares, personas físicas o empresas pequeñas y medianas.

Dentro de las particularidades de este proceso, se pueden mencionar algunos beneficios adicionales para el deudor, como el plazo extraordinario o de gracia para el pago de deudas ordinarias del sujeto, que se extiende inclusive al pago de impuestos y cualquier otra acreencia estatal. La estructura del proceso de reorganización habitualmente permite que el deudor continúe con la operación normal de la empresa, aún en el período en el cual se encuentra sujeta a la reorganización.

Quizás sea justamente el proceso de reorganización donde se ve más patente la concreción de la nueva filosofía concursal en la Ley de Quiebras norteamericana, esto es, basar el procedimiento en la convicción de que, en la mayoría de los casos, es mucho más valiosa la empresa como unidad productiva que la suma de sus activos considerados individualmente. La experiencia norteamericana ha sido más beneficiosa a los intereses sociales en cuanto a la organización que en cuanto a la liquidación, sobre todo teniendo en consideración la posibilidad de presentar mecanismos para mantener operando los medios de producción del país.

### **3) El Capítulo XIII o ajuste de deudas.**

El Capítulo conocido como “Auste de deudas de personas físicas con ingresos regulares”, es el segundo tipo más popular de proceso utilizado en los Estados Unidos. Su finalidad es pagar las deudas de manera ordenada sin llegar a considerarlas extintas, a diferencia de lo que ocurre en el Capítulo VII.

Por qué acogerse a un Capítulo XIII, cuando existe la posibilidad de ingresar bajo el sistema del Capítulo VII y lograr la posibilidad de declarar extintas las deudas?  
Es que existen condiciones en las cuales el Capítulo VII no ofrece la mejor solución a las personas físicas, las cuales entonces optan por el Capítulo XIII.

Estos casos son aquellos en los cuales el deudor opta por pagar la totalidad de sus deudas pero que para ello necesita un plazo mayor que el que están dispuestos a otorgarle sus acreedores. En la mayoría de los casos son personas que recurren a este sistema debido a que se han retrasado con el pago de la hipoteca y temen la aplicación de la ejecución de la garantía real.

En este caso, este especial proceso concursal le ofrece la posibilidad a los deudores de obtener un plazo mayor, de hasta 3 años para pagar los montos incumplidos, en tanto y en cuanto se encuentren continuando haciendo los pagos regulares para los saldos no vencidos.

Por ello, en realidad, la opción del deudor es más bien estratégica. Si sus deudas corresponden sobre todo a deudas de consumo, tarjeta de crédito y créditos quirografarios, resulta más conveniente ingresar en el proceso del Capítulo VII, pero si lo que se pretende es regularizar la falta de pago de créditos garantizados por hipotecas y necesita varios meses para ponerse al día sería más conveniente utilizar el Capítulo XIII.

Existen también presupuestos económicos, ya que para admitir a un sujeto a someterse a este proceso las deudas no deben superar los U\$S 250.000.- quirografarias y privilegiadas de no más de U\$S 750.000.-.

A diferencia de lo que pasa en el Capítulo VII, no existe un límite temporal para solicitar ajustes de deudas en los términos del Capítulo XIII.

Esto se fundamenta en el hecho en que no se pretende pagar las deudas y extinguirlas sino simplemente readecuarlas dentro de un plan de pagos que así lo permita.

El proceso es bastante similar al del Capítulo VII, con la designación de un funcionario administrador o curador, la designación de una audiencia aproximadamente que se lleva a cabo aproximadamente cuatro semanas después del inicio del proceso, audiencia en la cual el deudor y los acreedores discuten el plan de reajuste.

Este plan se aprueba por la autoridad judicial y, una vez aprobado, el deudor comienza a realizar el pago de las cuotas a través del curador, quien hará los desembolsos primero a los privilegiados y luego a los quirografarios.

El proceso termina una vez que el plan ha sido ejecutado completamente para lo cual el lapso estándar es de tres años, con casos excepcionales en los cuales se han obtenido planes de hasta 5 años.

Pero en todo caso debemos recordar que el Capítulo XIII es un sistema restringido exclusivamente para personas físicas.

Aquellos casos de sociedades o compañías que intenten pagar sus deudas, que demuestran estar en un estado de crisis y que pretendan continuar funcionando, deberán iniciar un proceso al amparo del Capítulo XI.

### **La reforma de 2005: *Bankruptcy prevention abuse and protection consumer* (Ley de la prevención del abuso del concurso y protección del consumidor)**

#### **1) Antecedentes y Contenido**

La reforma más importante a la ley de bancarrotas estadounidense está dada por la llamada "*Ley de Prevención de Abusos del Concurso y Protección del Consumidor*" aprobado el 14 de abril de 2005 por la Cámara de representantes de los Estados Unidos y promulgada el 17 de octubre.

Se trata de una legislación amplia, abarcativa de reformas muy importantes en varios capítulos, que supera largamente el marco que en su Título aparece referido sólo a la prevención de abusos y protección del consumidor.

Si bien la normativa más destacada y conmovedora es aquella referida al tratamiento de la crisis económica del consumidor, procurando control en la concesión del crédito, otras modificaciones están dirigidas a objetivos distintos bajo la denominación de "*prevención de abusos*". La peculiaridad de la metodología se focaliza en el estilo dirigido antes que a la sustitución de normas, a su ampliación.

La denominación ha sido, por lo expuesto *supra*, objeto de críticas particularmente en cuanto alude al “*abuso de la prevención*”, que vinculado al concepto de “*protección al consumidor*” sugiere el presupuesto de una conducta social disvaliosa en el ejercicio del procedimiento concursal.

Trata más bien los abusos realizados por deudores y administrador en la generalidad de los procedimientos de bancarrota prevista en la ley, sin embargo, el acento está puesto en aquellos protagonizados contra la industria del crédito al consumo.

No obstante ello, es de pública difusión y conocimiento en el país del norte, que las empresas de créditos dedicaban anualmente ya en la década del 90 más de cinco mil millones de dólares al otorgamiento de tarjetas, como resultante exitoso de una agresiva oferta tanto en centros comerciales, universidades, estadios deportivos, y en cuanto ámbito pudieran tener repercusión, por lo que se calificó como paradoja que el *lobby* de la misma industria y a despecho de la incentivación del consumo de su producto, alegase un endeudamiento irresponsable del consumidor y le imputara la causa de la pérdida de una concepción social valiosa del concurso, convirtiéndola en oprobiosa.

Múltiples estadísticas oficiales destacaban el crecimiento ininterrumpido de las solicitudes de aperturas del concurso coetáneamente con un activísimo *lobby* profesional que procuraba crear la convicción de que tal fenómeno era el resultado del exceso en el uso de la legislación concursal que hacía imperioso su cambio, todo lo cual aparecía inexplicable frente a las estadísticas de rentabilidad de las compañías emisoras de tarjetas de crédito que exponían un incremento notorio de su emisión y rentabilidad, en confrontación con el aumento de los concursos de los consumidores.

La *Bankruptcy Reform Act* de 1994 estuvo bajo la presión de aquel *lobby* de la industria del crédito, sin embargo sus cambios fueron mínimos, porque el Congreso no se sometió a la presión por lo menos en forma inmediata, calmando dos reclamos cuando prometió el orgánico tratamiento a través de una comisión especializada, la que efectivamente, produjo un primer informe en octubre de 1997.

No obstante, el embate de la industria del crédito se tradujo en la presentación de un propio proyecto que generó duro debate entre los especialistas concursales, jueces y académicos, los que en general mostraron su opinión adversa. Un elaborado estudio de impacto del proyecto, proveniente del propio sector del crédito, revelaba que las reformas sólo se concretarían en un precario incremento en los pagos del 30,6% de los consumidores concursados, lo que resultaba sumamente desalentador ante las estadísticas que revelaban que dos de cada tres concursados reconocían su deuda en problemas de salud y que la realidad de las circunstancias personales es la que impele al concurso, más que la tarjeta impaga.

En la confrontación de argumentos la industria del crédito sostenía que cada ciudadano pagaba 400 dólares extras por año en servicios profesionales dirigidos a la condonación de las deudas en el concurso <sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Es dato público, profusamente difundido por los medios, incluso los especializados, y por gran parte de la doctrina imputar al *lobby* de la industria y a su arrolladora fuerza en las relaciones públicas imponer por la prensa y los debates en el Congreso, un sentimiento falso. Se sostiene que el Presidente Bush recibió en su campaña más donaciones de las empresas de crédito que de cualquier otra fuente.

La reforma propuesta fue contestada por un acta pública de 110 profesores especializados en materia concursal al mismo tiempo que se ponía el acento en los balances de las compañías de crédito en base a tarjetas, las que revelaban beneficios que en el año 2004 llegaban a los 30 mil millones de dólares.

### 1) El concurso del consumidor

La “*Ley de Prevención de Abusos del Concurso y Protección del Consumidor*”, instituye un procedimiento que pivotea sobre la idea de la información al consumidor en orden al mejor uso del crédito<sup>2</sup>.

Un consumidor, para acceder al crédito debe someterse a un asesoramiento obligatorio dentro de los 180 días anteriores a la solicitud del concurso por que este pueda ser abierto [SECC 109 (H)]. El asesoramiento crediticio es prestado por un asesor, surgido de una lista que forma el Ministerio de Justicia. Puede concretarse por vía de Internet, y según las informaciones de los asistentes se satisface en 20 minutos. El procedimiento culmina con un certificado de asesoramiento crediticio, sin el cual el consumidor no puede acceder al concurso.

La nueva normativa determina que “consumidor” es la persona que puede acogerse al concurso en procura de un procedimiento de alivio, lo que acontece por medio de una formula dirigida a un *test* de capacidad patrimonial para el pago de las deudas incluidas en la acepción de “consumo” [Secc. 707 (b) (2) (A)].

El propósito rector del *test* de suficiencia patrimonial es que el mayor numero de personas se sometan al plan de pago parcial del Capítulo 13 del Código de *Bankruptcy*, en vez de beneficiarse con el Capítulo 7 en el que opera la *Discharge* (Capítulo 7, Sección 727, Capítulo 5, Sección 523 y 524, aplicable a todos los procesos concursales del *Título XV del U.S Code*) que libera al deudor de sus deudas pendientes cuando entregue todo su patrimonio no exento y no sujeto a garantías.

En la mayoría de los concursos de consumidores tramitados conforme al Capítulo 7 no existe reparto alguno para los acreedores de la industria del crédito, porque de ordinario el deudor carece de ese tipo de patrimonio.

Con la nueva ley, cuando los deudores no superen la prueba de capacidad patrimonial les quedaba vedado el argumento al Capítulo 7, solamente pueden acogerse a la normativa del Capítulo 13 en que, la inexistencia de la *discharge*, obliga al *consumer* a un plan de pago parcial, que mejor satisface a la industria del crédito.

---

<sup>2</sup> Lawless, Robert: “*La ley concursal estadounidense 2005 Donde llegamos a ella y hacia donde vamos*” en Primer Congreso de Derecho Concursal “*Dos años de Ley concursal Balance y perspectiva*” Madrid, 30 y 31 de mayo y 1 de junio de 2007 Conferencia “*La ley concursal estadounidense de 2005* Publ. L. No. 109-8, 119 Stat. 23

El *test* de la capacidad patrimonial del consumidor se dirige a determinar si tiene ingresos por sobre el ingreso medio de una unidad familiar del mismo tamaño del estado familiar del deudor y es tremendamente engorroso.<sup>3</sup>

Cuando el consumidor estuviere por debajo de la media familiar, puede acogerse al Capítulo 7. Si supera al ingreso medio, entra en juego otro *test* de recursos, también sumamente complejo, dirigido a establecer si tiene ingresos suficientes para justificar el plan del Capítulo 13. Se conceptúa en tal sentido que un deudor con ingresos superiores a la media de las unidades familiares y disponibilidad de ingresos de U\$S 100 mensuales debe solicitar el concurso aplicando al Capítulo 13: [SEC 707 (b) (2)].

Existen además otras precisiones destacadas por los comentaristas: la nueva normativa pone a cargo de los abogados cargas muy importantes. El consumidor debe llenar decenas de informes estableciendo su patrimonio y sus deudas pero el abogado es quien tiene a su cargo la investigación de la veracidad garantizando, que no tiene razones o información para suponer que la misma no sea correcta: [SEC 707 (b) (4) (C) (B)].

La violación de esta normativa coloca a los abogados sujetos a sanciones que pueden llegar al pago de las costas de los acreedores: [SEC 707 (b) (4) (B)].

Por último, y en el afán investigativo de control se establecen auditorias dirigidas a la verificación del procedimiento, en forma aleatoria sobre un caso de cada 250, a cargo del *Executive Office for U.S. Trustees*, dependiente del Ministerio de Justicia.

Se sostiene que la nueva regulación fue prácticamente redactada por la industria del crédito al consumidor, en beneficio de bancos, vendedores de automóviles, compañías de tarjetas de créditos, locatarios de viviendas y toda empresa prestamista de dinero a los consumidores.

El impacto económico, según las estadísticas emanadas por la Reserva Federal revela que la tasa de interés de los préstamos personales y tarjetas de créditos se volvieron más elevados de lo que eran con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del 2005 y, contando que las tarjetas de crédito se han encarecido, las compañías emisoras arrojaron notorios incrementos en sus balances anuales.

No existen apreciaciones convincentes en el sentido de que la nueva normativa hubiere provocado rebajas de precios al consumidor por bienes y servicios.

En el informe elaborado en 2006, en ocasión en el primer aniversario de la reforma los auspiciantes de la Ley sostuvieron el éxito revelado por la caída de solicitudes de concurso<sup>4</sup>. Sin embargo se responde que poner énfasis en la caída de concursos significa un falso parámetro para un *test* de eficiencia, porque culpar al sistema concursal por la mayor cantidad de solicitudes de concurso es tanto como imputar al hospital por el mayor ingreso de enfermos y atribuir al sistema concursal mérito por la menor cantidad de concursos, o censura por el incremento, tanto como atribuir al hospital mérito o demérito por la cantidad de enfermos.

---

<sup>3</sup> Las previsiones legales relativas al *test* de recursos son prácticamente incomprensibles, así que se aconseja a las personas interesadas que examinen el formulario judicial oficial para su cumplimiento, que está disponible en [http://www.uscourts.gov/rules/BK\\_Forms\\_06\\_Official/Form\\_22A\\_1006.pdf](http://www.uscourts.gov/rules/BK_Forms_06_Official/Form_22A_1006.pdf).

<sup>4</sup> V. *Bankruptcy Opposition*, Wall St. J., 25 de Octubre de 2006, en p. A. 14.

Supone confundir la causa de las dificultades financieras con su tratamiento. Sería tanto como cerrar el hospital para las dificultades olvidando la tésis del concurso del consumidor que es ayudar a la clase media estadounidense que, seducida y agredida por la política de consumo, inmersa en un sistema del que no puede evadir, persigue denodadamente llegar a fin de mes.

Lo expuesto queda corroborado con las estadísticas que, con referencia a los tiempos siguientes a la aplicación de la ley revelaron que en el tercer trimestre del 2006 la morosidad frente a las tarjetas de crédito llegó a los niveles de la fecha de entrada en vigor de la ley<sup>5</sup>.

A su vez la deuda hipotecaria creció en un 75% con relación a los 5 años anteriores en tanto que fueron ejecutados más de 300.000 hipotecas, significando ello un aumento del 43% respecto del trimestre del 2005.

En suma dirá Robert Lawless “con consumidores cada vez mas endeudados, con un procedimiento menos accesible, no deben sorprender que los acreedores hayan apretado las tuercas. Para ello los responsables de la aprobación de la ley hicieron todo lo posible por evitar la contribución de los jueces de lo concursal estadounidenses y de los profesores de las más prestigiosas universidades y asociaciones profesionales con los mejores abogados concursalistas, quienes pusieron de relieve los errores de la reforma denunciando el interés de la industria del crédito, en hacer dinero a costa de los consumidores. Denominar entonces a la ley “*protección de los consumidores*” es el mayor de los errores terminológicos. El consumidor estadounidense llega al concurso de la peor manera, y encontrara un alivio menos eficaz”.

El final del juicio del especialista es dramático: “*los Estados Unidos puede estar en camino de crear una clase de sujetos marginados en deuda permanente con sus acomodados acreedores. Otros países harían bien en tomar nota de nuestro ejemplo para evitarlo*”.

Aquel encendido alegato resultó premonitorio. Nadie puede, hoy cuestionar la irrefutable razón de su alarma. Podrá disentirse sobre su incidencia, de mayor o menor entidad en la crisis catastrófica de 2008, pero no se podrá negarla en absoluto.

Al momento de concluir este capítulo el presidente Obama ha elevado un Proyecto de Reforma y reiteradamente urgido su sanción.

## **2) La eliminación de obstáculos para la habilitación a los bancos de inversión al rol de consejeros financieros**

Constituye uno de los elementos de mayor importancia en la operativa de la reorganización, regulada en el Capítulo 11, la prohibición que operativamente se ha interpretado como resultado de la regulación existente, a que los bancos de inversión que trabajan con inversionistas o aplicados a la cotización de títulos y valores en la que actúan suscriptores vinculados al deudor, entren en el

---

<sup>5</sup> Federal Reserve, “Charge - Off and Delinquency Rates on Loans and Leases at Comercial Banks”, disponible en la página web <http://www.federalreserve.gov/releases/chargeoff/dalallsa.htm>.

negocio del asesoramiento o consejo financiero, de gran importancia para la reestructuración de pasivos.

La Sección 327 (A) permite al deudor contratar un profesional que represente a su patrimonio siempre que no tenga un interés contrario al mismo. La definición de persona desinteresada o independiente incluye a quien no es o no ha actuado como banquero de inversión relacionado con ninguna deuda emitida por el deudor y que dentro de los tres años anteriores a la presentación no ha sido banquero de inversión de ninguna deuda del deudor, o abogado del banquero de inversión vinculado con la oferta, venta o emisión de obligaciones del deudor.

La reforma de 2005 deroga las especificaciones contenidas en la definición de persona interesada con lo cual las habilita en doctrina para desenvolverse como consejeros financieros. Sin embargo, la primera doctrina sugiere que los cambios no aparecen suficientemente claros como para permitir a los grandes bancos de inversión entrar en el negocio del servicio de consultoría de reestructuración de deuda del Capítulo 11 porque se ha limitado a descartar las hipótesis contenidas en la definición de la Sección 327 (A) de la *Bankruptcy*, sin prever otras hipótesis que sin lugar a dudas impedirían la conceptualización del concepto de “independencia-desinterés” que autorizan la habilitación al desempeño de la consultoría financiera.

Así (*v. gr.*) no ha sido tratado por la ley de reforma la hipótesis de bancos de inversión vinculados con la emisión de títulos destinados a la cotización, los que serían considerados como acreedores o tenedores de obligaciones salvo que vendieran sus pertenencias. Los bancos de inversión, por otra parte, tendrían que renunciar a la indemnidad convenida en la práctica en todos los acuerdos de suscripción de obligaciones o títulos destinados a la cotización, para evitar convertirse en un acreedor, o por lo menos en persona vinculada. Los bancos que enfrentan juicios promovidos por el deudor o que suscribieron obligaciones vencidas o exigibles tendrían sin duda, un interés adverso al deudor y al de sus accionistas. En suma: la eliminación de las hipótesis definidas en la Sección 327 (A) como zonas desvinculadas, independientes o desinteresadas, no alcanza a justificar la inclusión en el mercado de la consultoría de reestructuración de los grandes bancos de inversión vinculados de alguna manera al negocio de la emisión.

### **3) La limitación al mantenimiento de empleos relevantes o indemnización preferente**

El Capítulo 11 constituyen una operativa ordinaria y prioritaria los convenios de mantenimiento o indemnización de los empleados de *management* relevantes denominados “*key employee retention plans*” (planes de retención de los empleados clave). Se aspira a asegurar su continuidad en la plantilla laboral, particularmente administrativa, considerándolos imprescindibles en el objetivo de posibilitar al deudor la continuidad de la actividad para facilitar la reorganización.

Estos convenios han aparecido potenciados en la experiencia de las últimas reorganizaciones.

La Sección 503. b. 1 permite al deudor privilegiar en el plan como gastos del procedimiento los sueldos, salarios y comisiones de estos empleados claves luego de la presentación.

La reforma de 2005 “*Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection*” impone al deudor un estándar más alto para la aprobación de estos pagos y sólo los habilita cuando el tribunal entienda que el mantenimiento del empleado clave en la plantilla es “esencial” para asegurar la continuación

de la actividad y existan ofertas de la competencia para contratar sus servicios. Aún así impone un tope en la retribución, la que no puede decuplicar la que corresponde al principal empleo o clase similar que no forman parte de la administración por los servicios cumplidos durante el año calendario anterior. En caso de que no existiere posibilidad comparativa el límite se fija en el 25% de otra contratación similar.

La reforma también prohíbe al deudor la firma de contratos de empleo o readecuaciones de uno anterior, que de alguna manera soslayen las nuevas limitaciones en este tipo de acuerdos laborales. Los pagos que no cumplan estos criterios no serán autorizados ni ejecutados, en el período de reorganización, por lo que no serán aprobados por el tribunal.

El objetivo es poner coto a la presencia que se consideró exagerada de estos arreglos de indemnización a favor del *management*, CEOs del deudor, reputados frecuentemente como abusivos.

#### **4) La mayor información a acreedores no integrantes del comité**

La ley de reforma de 2005 (*Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection*) incorpora una importante normativa que consiste en la ampliación del deber de información y consejo por parte del Comité de acreedores que en la Sección 1103 – C de la *Bankruptcy* está dirigida sólo a los acreedores representados en el Comité, y que en la reforma se extiende a los acreedores que no son miembros del Comité. De esta manera las funciones del Comité, enunciadas en la Sección 1103, limitada a los acreedores representados, se extienden en beneficio de los acreedores que no son miembros del comité.

En la misma línea la reforma autoriza al tribunal a cambiar la integración del comité, asignando representación a los pequeños acreedores o pequeños comerciantes en los casos del Capítulo 11.

La primera doctrina formula reparos en tanto la reforma no preserva adecuadamente la información confidencial o sensible y anticipa sus dudas sobre el efectivo beneficio de la nueva normativa por el dispendio de tiempo y de gastos que implica participar en las actividades del Comité, lo que de ordinario pueden hacer los acreedores más fuertes, pero que resulta sumamente difícil para los pequeños acreedores, titulares de intereses minoritarios en la reorganización.

##### **4.1) El acuerdo extraconcursal**

También en la reciente reforma de la *Bankruptcy* estadounidense, acontecida por la ley de “*Abuse Prevention and Consumer Protection*” de 2005 se advierte una norma paradigmática en torno a la facilitación de los acuerdos precerrados o “*prepacks*”, como genéricamente se denomina a lo que en Latinoamérica se conoce como procedimientos “extraconcursales”. La Sección 341 requiere que el *trustee* convoque a los acreedores en todas las hipótesis de las reorganizaciones establecidas en el Capítulo 11 para formar un Comité de acreedores. Este procedimiento fue conceptuado a menudo costoso, inconveniente en cuanto al consumo de tiempos y de poca efectividad, constituyéndose en óbice para los acuerdos preempaquetados o acordados extrajudicialmente, en cuyas hipótesis el acuerdo a través del plan fue negociado con anterioridad y cuenta ya con suficientes conformidades, todo lo cual diluye la necesidad del Comité. La reforma determina que el tribunal puede, con causa,

ordenar que el síndico no convoque a la reunión establecida en la Sección 341, para designar un Comité cuando se trate de un acuerdo extrajudicial precerrado (*prepacks*)

### 5) Protección de la propiedad única

La *Bankruptcy* Sección 362. d.3, establece que la suspensión de las ejecuciones de una propiedad única puede amparar al deudor que lo requiriere dentro de los 90 días de la fecha de la petición de apertura del plan de reestructuración, a condición de que comience a efectivizar mensualmente los intereses a tasa de mercado razonable y proponga un plan de reorganización con razonable posibilidad de ser confirmado en un período razonable de tiempo.

Aquí la reforma afina los conceptos y establece que los intereses a cargo del deudor deben estar adunados por la tasa aplicable al contrato, como si este no hubiere sido rescindido y que los pagos se realicen espontáneamente sin necesidad de notificación o intimación previa.

Pero el concepto de derecho real de propiedad única abarca, no solamente como resultaría de su expresión literal a una única propiedad, sino que se extiende a todo negocio del cual provenga la sustancial mayoría del ingreso bruto de un deudor, que tiene deudas líquidas y garantizadas por un monto que no supere los cuatro millones de dólares.

La reforma también deja sin efecto el límite económico por lo que podrán estar comprendidos dentro de las suspensiones de ejecuciones (*automatic stay*) los grandes proyectos inmobiliarios, destinados a satisfacer las necesidades de viviendas, que la *Bankruptcy* limitaba a emprendimientos de menor contenido económico.

### 6) El crédito por servicios públicos

El análisis de liquidez del deudor en el período de reorganización del Capítulo 11 tiene ahora que ser debidamente integrado con las modificaciones introducidas en la Sección 366 por la reforma de 2005 la cual, en cuanto se refiere a la continuidad en la prestación de los servicios públicos, contiene reglas más exigentes para el deudor.

La Sección 366 de la *Bankruptcy* permite a los prestadores de servicios públicos, su interrupción salvo que dentro de los 20 días de iniciado el caso, el deudor ofrezca una adecuada garantía a través de depósito u otra forma que el tribunal puede a su vez establecer y juzgar en cuanto a su razonabilidad. La operatoria ordinaria del tribunal es la declaración de no necesidad del depósito ni requisito financiero, habilitando al deudor para demostrar suficiencia de recursos para afrontar las respectivas prestaciones.

La reforma incorpora un tratamiento más riguroso al deudor y asiste al prestador del servicio de un mayor poder de negociación en orden a la obtención de una garantía adecuada, habilitándolo a interrumpir la prestación si dentro de los 30 días de iniciado el proceso, no es asistido por una garantía de pago a satisfacción.

## 7) El período sospecho. El derecho del acreedor reciente

La *Bankruptcy* en su Sección 546. c. protege a los acreedores que demostraren que el deudor recibió los bienes en estado de insolvencia, para lo cual deben formular la reclamación pertinente en un plazo no mayor a 10 días de la recepción y, si ese período expira en tiempo ulterior a la presentación, el plazo se extiende a 20 días de la recepción del reclamo.

La reforma determina que el monto de los bienes recibidos por el deudor dentro de los 20 días tienen el carácter de gastos del procedimiento, con prescindencia de la reclamación y de la acreditación de la insolvencia, lo cual pasa a constituir una presunción *iure et de iure*.

Además, los pagos anteriores a la presentación realizados por el deudor no son susceptibles de ser invalidados por créditos preferentes y se amplía a 45 días el plazo de reclamación que originariamente la sección 546 establecía en 10 días a contar de la recepción por el deudor. Si dicho plazo vence en fecha posterior a la petición, el periodo de reclamo se acota a los 20 días de la fecha de petición de reorganización. En estas hipótesis se mantiene como en la ley actual la condición de insolvencia del deudor para que el reclamo sea válido.

La doctrina advierte que la ampliación del derecho de reclamo favorecerá a los acreedores comerciales sobre otros acreedores quirografarios.

## 8. Designación de un síndico en hipótesis de fraude.

Una enmienda importante a la Sección 1104 está constituida por una adición al texto cuando impone al Síndico de los Estados Unidos requerir la designación de un síndico toda vez que existieren razones fundadas (“base razonables”) de sospecha que los administradores han participado en fraude, deshonestidad o conducta criminal en la gestión del deudor, en sus registros o en la documentación contable.

Se ha considerado esta enmienda de importancia en orden a la moralización de los procedimientos, por lo que se aplica a los casos en trámite.

La primera doctrina advierte que el texto no es lo suficientemente claro pues no determina cómo el síndico de los Estados Unidos puede investigar cuales son las “razonables bases” para determinar la existencia de fraude, deshonestidad o incompetencia o grave desmanejo en la administración de los negocios del deudor que justifiquen la designación de otro síndico, cuyo funcionamiento generará daño potencial en los negocios y mayores costos que se seguirán como consecuencia del desplazamiento del órgano de gestión y administración natural.

## 9. El crédito fiscal en avance

Es una nota marcada de la reforma de 2005 la mejora en el tratamiento del crédito fiscal lo que significa una dificultad adicional por parte del deudor en orden a obtener la confirmación de su plan.

La Sección 1129 a. 9. C, requiere actualmente que el plan incluya el pago de los créditos impositivos preferidos, definidos en la Sección 507 a. 8, en un plazo de seis años contados a partir de su verificación. La reforma, en cambio, requiere que esos pagos sean mensuales, regulares, en efectivo

y dentro de un plazo no mayor a los cinco años a partir de la petición de reorganización, que las condiciones de pago no sean de ninguna manera inferiores a las de los quirografarios más favorecidos y que la tasa de interés coincida con la del ordenamiento común.

Otra modificación pro crédito fiscal se advierte en la Sección 1141 que en la reforma prevé la “*discharge*” (alivio) o exclusión de pago residual respecto de las corporaciones. La reforma determina que la *discharge*, no se aplicará a impuestos en los que la corporación haya presentado una declaración jurada evasiva o fraudulenta, lo que puede a su vez determinar el rechazo del plan o el pedido de conversión a la liquidación del Capítulo 7 por parte de la autoridad fiscal. Se aligera la dureza de la norma al permitir al deudor solucionar ese incumplimiento dentro de los 90 días.

La autoridad fiscal puede además compensar un retorno debido al deudor por un periodo anterior a la petición, contra un crédito fiscal reconocido por un periodo anterior a la presentación.

### 10. Créditos autoliquidables

La reforma de 2005 incorpora varias normas dedicadas a ampliar y precisar el régimen denominado de *setoff* o corte en materia de contratos financieros que permiten concretar el acuerdo en forma inmediata y liquidar la posiciones con el deudor a pesar de la orden de suspensión de ejecuciones (*automatic stay*) o protección de los activos.

Estas transacciones, que no están sujetos a ineficacia ni sometidas al tratamiento preferente de créditos establecidas por la ley, salvo fraude, se han multiplicado sustancialmente a partir de la última reforma de la *Bankruptcy* por lo que la reforma de 2005 amplía su protección (denominada de “*puerto seguro*”), en forma de diluir los efectos de la *automatic stay* respecto del funcionamiento de dichos contratos en el mercado financiero procurando la certeza de su cumplimiento, para lo cual el cambio más significativo es el reconocimiento de compensación de posiciones sobre derivados financieros entre dos partes.

La reforma incorpora hipótesis reguladas por la Ley de Seguro de Depósito Federal (FDIA), en materia de corporaciones y la Ley de Protección al Inversor en Bolsa e incluye nuevos contratos financieros de futuros, los *swaps* de retroventa, y en general los incluidos en la ley de *Comoditi Exchange (CEA)*.

### 11. El concurso de la persona física

La *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection* de 2005, incorpora a su articulado algunas cláusulas dedicadas específicamente al concurso de la persona física.

En el Capítulo 11, aparece la nueva Sección 1115 bajo el título de “Composición del patrimonio del individuo” estableciendo que están incluidas en el patrimonio a reorganizar el que adquiera el deudor individual desde el comienzo del caso hasta que este sea cerrado, rechazado o convertido a los procedimientos de los Capítulos 7, 12 o 13, de la misma manera que los ingresos provenientes de servicios realizados por el deudor durante dicho periodo.

Determina además expresamente la nueva norma que el deudor individual se mantendrá en posesión de todos los bienes que integran su patrimonio en el transcurso del procedimiento, lo que constituye un estímulo inductivo al procedimiento.

El plan que debe presentar, debe contener la totalidad o una la porción de los ingresos provenientes de servicios personales utilizados desde el comienzo del caso y de los futuros que fueren necesarios para aplicar a una ejecución que abastezca al pago de los acreedores (Sección 1123. a. 8).

Conforme a la nueva normativa incorporada en la Sección 1127 el deudor individual puede modificar el plan y el mismo deudor, el sindico, el sindico de los Estados Unidos o el tenedor de un reclamo quirografario pueden pedir aún cuando el plan no hubiere sido totalmente ejecutado el incremento la reducción de los pagos de créditos de una clase o bien extender o reducir el plazo de esos pagos o modificar el monto previsto para un acreedor en la medida necesaria para atender cualquier pago que a este correspondiere aún en una forma diferente a la prevista en el plan (Sección 1127. e).

Para la conformación u homologación del plan rigen los requisitos previstos en la Sección 1129, pero, además, la reforma determina que cuando el plan del deudor individual fuera objetado debe prever que el valor de la distribución correspondiente al reclamo no fuere menor a dicho monto o no fuere menor su ingreso proyectado disponible del deudor, definido en la Sección 1325 b. 2, a percibir durante los 5 años contados desde la fecha del primer pago o durante el periodo de pagos previstos por el plan, el que fuere más extenso.

Debe concordarse el texto con lo dispuesto en la Sección 1325. b. 2 la que precisa establece el concepto de "ingreso disponible": significa todo lo recibido por el deudor, excluyendo (i) lo que razonablemente no hubiere de aplicarse a la manutención o sostén del deudor o de aquellos a quienes debe alimentos, (ii) los aportes realizados con fines benéficos; (iii) en caso de que realizare operaciones comerciales también deben deducirse los ingresos que fueren necesarios para la continuidad, preservación y operación de los negocios.

Esta normativa, pone en manos de los acreedores, el derecho a la percepción de sus créditos razonable proporcionada a los ingresos del deudor individual (art. 1129 a.) También la reforma de 2005 incorpora en la Sección 1141 d. 5 una nueva normativa referida específicamente al deudor individual estableciendo que la confirmación del plan no le releva de las deudas previstas en el mismo (*discharge*) hasta tanto no se hubieren concretado los pagos previstos en el plan.

En cualquier momento ulterior a la homologación del plan previa información y audiencia del tribunal este podría autorizar la descarga o liberación de las deudas residuales si el valor de los bienes distribuidos a cuenta de cada crédito quirografario no fuere menor al monto que habría sido pagado a cada crédito si el patrimonio deudor hubiera sido liquidado. Se incorpora de esta manera también al procedimiento de reorganización del deudor individual, el concepto del "*mejor interés del acreedor*", fundado en la comparación con el monto hipotético a percibir en hipótesis de liquidación.

Sin embargo esta solución extrema, está condicionada a que no operen las condiciones de modificación de plan previstas en la Sección 1127 *supra* referidas. La "*descarga*" será autorizada en tanto el tribunal encontrare (i) que no existe causa razonable para la aplicación de la formula establecida en la Sección 522 q.1 y (ii) no se encontrare pendiente algún procedimiento en el que el

deudor pudiere ser inculpado de crimen o infracción prevista también en las Secciones 522 q.1 A o responsable de una deuda de las clases descritas en la Sección 522 q. 1. B

## 2. El pequeño concurso (*small business*)

Lo que en la doctrina latinoamericana es denominada pequeño concurso es tratado en la *Bankruptcy Prevention Abuse and Consumer Protection* de 2005 en la nueva Sección 1116 bajo el Título de “*Deberes del síndico o del deudor en posesión en los casos de pequeños negocios*”.

La regulación establece un procedimiento específico: el síndico o si este no hubiere sido designado, el deudor (*debtor in possession*) debe presentar dentro del plazo de 7 días posterior a la orden de apertura (*order of relief*) el balance más reciente de sus operaciones, el flujo de fondos y declaración de impuestos o bien una declaración jurada de no haberlos realizado.

Tiene la obligación de presentarse por medio de su personal de más alto nivel en las reuniones fijadas por el tribunal o por el síndico de los Estados Unidos incluyendo las entrevistas con el deudor, y las conferencias con acreedores (previstas en la Sección 341) salvo que el tribunal decida lo contrario fundado en circunstancias extraordinarias y relevantes.

Debe presentar además, dentro de los 7 días antes referidos, los estados financieros salvo que la corte le otorgue una ampliación que no podrá exceder de 30 días, a menos que existan circunstancias excepcionales que justifiquen plazo mayor

Dentro del mismo plazo de 7 días debe presentar cualquier estado de informe que fueran requeridos por las reglas federales de bancarrota o las reglas locales de la corte del distrito.

Está compelida mantener los seguros usuales y apropiados a su actividad y a presentar las declaraciones juradas de impuestos o requerimientos gubernamentales (Sección 1116. 1 a 5) y a mantener una conducta ajustada a la ley en cuanto a declaraciones juradas y pagos de impuestos u obligaciones que correspondan a otros requerimientos gubernamentales (Sección 1116. 6).

Debe colaborar permitiendo al síndico de los Estados Unidos o a sus representantes inspeccionar sus negocios, el establecimiento comercial, libros, contabilidad, para lo cual será debidamente notificado en forma previa (Sección 1116.7).

El plan y el informe respecto de la existencia de los libros en tanto existieren deben ser presentados no más allá de 300 días desde la orden de suspensión de acciones (orden de alivio; *order for relief*).

El periodo de exclusividad que en los casos ordinarios es de 120 días, y puede ser extendido hasta 180 días a condición de que el deudor obtenga en ese plazo la aprobación del plan, queda establecido exclusivamente en 180 días a partir de la apertura considerando como tal la orden de suspensión de ejecuciones y el pedido puede ser ampliado.

Estos plazos pueden ser excepcionalmente ampliados, cuando el deudor acompañare prueba relevante que acredite la posibilidad de que la Corte confirme un plan en un periodo razonable o

cuando la ampliación sea acompañada de garantías por parte del deudor, en cuyo caso la ampliación debe ser ordenada antes de la expiración del plazo originario (Sección 1121. e)

El tribunal puede declarar la no necesidad de un informe contable complementario cuando el plan se bastare por sí mismo a esos efectos y, eventualmente aprobar un informe contable complementario presentados en los formularios estándar aprobados por la corte o el tribunal conforme a las disposiciones de la misma ley (Sección 2075 del Título 28 del US Code). Adicionalmente la corte puede condicionalmente aprobar un informe contable separado sujeto a una aprobación final luego de la audiencia de acreedores. (Sección 1125 .f.3)

La confirmación u homologación del plan en tanto cumpla con las revisiones establecidas por la ley, debe realizarse dentro de los 45 días a contar de su presentación la corte puede ampliar el plazo cuando el deudor demostrase con prueba convincente la posibilidad seria de que la corte confirme un plan en un periodo mayor (Sección 1140. e)

## CONCLUSIONES

Como vemos, la legislación de los Estados Unidos en materia de bancarrotas, ha puesto en marcha un nuevo paradigma, que podríamos llamar “conservacionista”, poniendo además el énfasis en que la empresa sea “viable”.

Sin embargo, esta concepción no es para nada dogmática, si vemos cómo, a través de su regulación, en muchos tramos, excesivamente precisa y hasta farragosa, intenta tomar en consideración temas que hacen a la protección de todos los intereses involucrados, como la transparencia de los mercados, la prevención del abuso del fraude por parte del deudor.

Sin embargo, se preocupa a la vez de dar una prolija regulación en materia de quiénes y cómo pueden y deben asesorar a los deudores, la especial protección de ciertas estructuras productivas, como son los productores agrarios o pesqueros, y también el reconocimiento de la importancia que tiene en todo el esquema sistémico el comportamiento y la protección del consumidor individual.

No perdemos de vista que la sociedad norteamericana presenta sus propias particularidades, su propia idiosincrasia, una estructura judicial dada y medios económicos y estructurales diversos a la mayoría de los países latinoamericanos e incluso europeos. Ello no empece a que el estudio de un sistema tan completo, complejo y desarrollado no nos permita a provechar mejor de él, ya sea para trabajar en ese medio, por cualquier motivo, o someterlo a un análisis comparatista de índole académico.

## BIBLIOGRAFIA

- WEINTRAUB, Benjamin; RESNICK, Alan N. “Bankruptcy Law Manual”. Ed. Warren Gorham & Lamont, 5th Edition, 1996.
- UNITED STATES CODE TITLE 11 .
- ver [www.law.cornell.edu/uscode/usc\\_sup\\_01\\_11.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/usc_sup_01_11.html)
- DASSO, Ariel A. “Derecho Concursal Comparado”. T. I, Cap. VII. Ed. Legis, Bs. As. 2010.
- ALVARADO CASTRO, Douglas. “La reorganización empresarial en los Estados Unidos de Norteamérica”.
- Ver [www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/fin/chapter11.htm](http://www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/fin/chapter11.htm).

- FAVIER DUBOIS, Eduardo (h). "Bankruptcy Code USA. Código de Quiebras de los Estados Unidos". Ed. Errepar, Buenos Aires, 2002.