

Doctrina

Por Gerardo Carlo-Altieri, exjuez de la Corte de Quiebras de Estados Unidos y presidente de Dictum Puerto Rico.

La influencia del sistema estadounidense en reformas concursales europeas

Trasfondo: El sistema concursal estadounidense

El *U.S. Bankruptcy Code of 1978*¹ (el “Código”) contiene reglas para la administración de caudales durante el proceso concursal que permiten la reorganización del deudor (persona natural o jurídica) o la opción de liquidación. La radicación de una petición comienza una serie de eventos incluso: la orden de relevo y la protección de la paralización automática². Y, una orden de relevo por el Secretario del tribunal tiene efecto parecido a una sentencia de concurso, pero sin intervención judicial.

También existe la quiebra involuntaria donde tres o más acreedores, y en algunos casos hasta un solo acreedor, puede imponer el proceso³.

El descargo

El descargo se concede a personas naturales bajo los capítulos de reorganización o liquidación, pero en la reorganización de empresas, el descargo surge indirectamente por efecto de la sentencia confirmando el plan. El “discharge” se convierte en interdicto permanente que evita el cobro contra una deuda pre-petición, pero la deuda no se elimina ya que tal protección es personal y no *in rem*.

Algunos capítulos conceden un descargo más favorable y otros más restrictivos. Además, hay excepciones al descargo de una deuda y normalmente las deudas garantizadas no se eliminan⁴. El descargo puede ser revocado por fraude y algunas deudas no son condonables, como son los pagos por obligaciones domésticas y préstamos estudiantiles. También, puede denegarse un descargo si el tribunal encuentra que el deudor es deshonesto, y una vez denegado, no se puede condonar dicha deuda en una petición futura⁵. El descargo elimina la responsabilidad personal, pero no borra la deuda. Si existe un gravamen real que garantice la deuda, dicho gravamen puede ser ejecutado hasta el valor de los bienes y el exceso se convierte en deuda no garantizada.

El “Fresh Start”

Como parte del esquema de rehabilitación⁷, el Código provee un “fresh start” o segunda oportunidad para persona jurídica o física, a la vez, se trata de eliminar el estigma y se prohíbe el discrimen por la radicación de un caso⁷. El Código también estimula el mantener un negocio en marcha (“going concern”) para maximizar los valores, pero con la alternativa de convertir a una liquidación si la operación fracasa.

Otro incentivo para la radicación voluntaria es la figura de deudor en posesión (“debtor in possession” (“DIP”), donde el administrador puede continuar a cargo de sus operaciones luego de su petición⁸ con poderes parecidos a un síndico.

Características del sistema concursal británico para personas naturales

En el Reino Unido se comenzó a tratar las quiebras de personas naturales de Inglaterra y Wales con el Insolvency Act de 1986. A la vez, Irlanda Norte y Escocia mantuvieron reglamentaciones separadas. En Escocia se denominó el proceso un secuestro (“sequestration”) y la orden la puede dictar un tribunal o un profesional de insolvencia. Parecido al sistema de los EE. UU., Inglaterra define insolvencia como la incapacidad para pagar sus deudas a tiempo cuando estén vencidas. Contrario al sistema de los EE. UU., antes del acreedor presentar una petición involuntaria, este tiene el deber de hacer una reclamación de pago.

Si el tribunal emite una orden aceptando la quiebra, un oficial nombrado (“Receiver”) debe encargarse del inventario y de liquidar y distribuir el producto a los acreedores. Este oficial controla los activos del caudal pero además, se nombra un síndico para supervisar la distribución.

En Inglaterra, también se pueden iniciar acciones para reintegrar al caudal transacciones hechas por el deudor antes de la radicación, parecido al sistema estadounidense donde un acreedor, con autorización del tribunal, puede llevar acciones de reintegración a la masa en el periodo de 90 días antes de la petición.

Las enmiendas del 2002 proveen que no se debe tomar más de doce meses para el descargo, luego del síndico determinar que la insolvencia no es “culpable”, verificación que no tiene paralelo en los EE.UU. El descargo de un deudor no culpable

normalmente elimina la responsabilidad personal del deudor por las deudas, pero de encontrarse culpabilidad, se pueden imponer restricciones en contra del deudor hasta por 15 años.

Reformas en el Reino Unido para la administración o liquidación de negocios

Además de los procesos para personas naturales descritos, los ingleses tienen una ley separada para deudores corporativos insolventes que provee la liquidación o administración (“administration”) de una empresa.

El *Insolvency Act* de 1986 fue enmendada en 2002 para actualizar el sistema de liquidación y sustituirlo por la rehabilitación, a la vez, se mantienen las penas para administradores culpables de la insolvencia⁹. El *Enterprise Act* de 2002 contiene el “fresh start” parecido a los EE.UU., un “discharge” amplio y favorece mantener el negocio en marcha.

Luego de estas enmiendas, las liquidaciones se sustituyen por administraciones¹⁰ y la influencia del “fresh start” estadounidense ha sido un factor en dicha reforma¹¹.

Algunos cambios en Francia, Alemania y España

Francia

El sistema francés propone tres alternativas: a) el salvamento preventivo, dirigido a resolver el problema de compañías que están solventes desde un punto de vista de liquidez; b) la reorganización, con el propósito de salvar la industria, salvar empleos y pagar a los acreedores (parecido al Chapter 11 del Código de EE. UU.); y d) la liquidación judicial por un liquidador profesional (parecido al Chapter 7 de EE. UU.).

Alemania

Este sistema obliga a los directores de la compañía a notificar al tribunal cuando la compañía se

encuentra en la “zona de insolvencia”, poniendo a la entidad en un periodo de prueba. Aunque tal requisito a veces ha sido suspendido, durante este periodo el Estado tendrá que nombrar a un oficial a cargo de la investigación.

El comenzar a fijar responsabilidad al deudor antes de entrar a la insolvencia difiere del sistema en los EE. UU., aunque en dicha jurisdicción, la responsabilidad de los administradores al acercarse a la “zona de insolvencia” se ha puesto a prueba en varios casos ante los tribunales de los EE. UU., pero todavía no se ha establecido como doctrina sólida mayoritaria de derecho concursal norteamericano.

Luego de este periodo de pre insolvencia, en el sistema francés, se comienza el proceso concursal oficial, donde el oficial a cargo se ocupa de formular un plan de reorganización o de liquidación y de someter el mismo al tribunal y a los acreedores para su aprobación.

España

El sistema español contiene un proceso de quiebras o de concurso, que casi siempre puede terminar en una composición o liquidación. Hasta la reforma de 2011-2012, el propósito de la ley era el repago a los acreedores, excluyendo la teoría de rehabilitación que encontramos en otras jurisdicciones. En España, el tribunal casi siempre nombraba a tres oficiales (contable, economista y auditor), para recomendar un plan o composición. El plan requería el voto del 50% de valor y de no conseguirse la aprobación se terminaba en liquidación¹².

Las reformas de 2011 y 2012 se diseñaron para establecer el saneamiento de la empresa, mantener la actividad económica y la negociación con los acreedores, pero sin olvidar la liquidación.

Sin embargo, Molina Navarrete explica, que los propósitos de rehabilitación resultan frustrados ya

que la reforma española no trastoca el sistema, sino que respeta los principios concursales del régimen antiguo. El autor también señala partes del proyecto que indican, que aunque la continuidad de la empresa debe ser lo normal, esto no quiere decir que el objeto de concurso sea necesariamente el saneamiento. Tal ambivalencia, concluye el autor, no es una mera deficiencia técnica, sino una “decisión buscada” ya que ambos fines no son excluyentes.

Conclusiones y observaciones

Los problemas principales que se encuentran en cualquier jurisdicción en cuanto a la rehabilitación o liquidación de un negocio contienen raíces similares. Y, aunque la cultura jurídica y el tratamiento del fracaso empresarial pueden variar entre naciones, las soluciones tienen mucho en común.

Los grandes avances en la tecnología, las comunicaciones y la globalización económica y legal hacen necesario el estudio comparado del Derecho Concursal y de las posibles soluciones a la próxima crisis de sobre endeudamiento que podría estar gestándose.

Referencias

Collier, Bankruptcy Rules, Lexis Nexis, Newark, NJ, 2018

Epstein, Nickels and White, Bankruptcy, West Hornbook Series, St Paul, 1993

Ezon, J., Dweck, S.J.; The Bankruptcy Code, Aspen Publishers, New York, NY, 2009

IIDC, Libro Homenaje a Emilio Beltrán, Cartagena de Indias, 2014

Molina Navarrete, C., El Concurso de Acreedores, Aspectos Sociales y Laborales, Reforma de 2011 y 2012, Tecnos, Madrid, 2012

Norton's Bankruptcy Law and Practice, West Group, St. Paul, MN, 2017

Price Waterhouse Coopers, Insolvency in Brief, Guide to Insolvency Terminology, Business Recovery Series

West, Bankruptcy Code, Rules and Forms, San Francisco, CA, 2015 ed.

⁹ Escocia tiene su propia legislación titulada "the Bankruptcy Act de 1985" que utiliza el "Receivership".

¹⁰ Comentarios basados en: Resumen del sistema de insolvencia y las enmiendas de 2002 en el Reino Unido: "Insolvency in Brief, a Guide to Insolvency Terminology and Procedure"; Price, Waterhouse & Coopers, Business Recovery Services.

¹¹ El compromiso ("scheme of arrangement") es otro proceso extrajudicial bajo el Companies Act de 2006, donde acreedores llegan a un acuerdo (50% en número y 75% en valores) que comprometen a los disidentes.

¹² Comentarios basados en: Molina Navarrete, C., El Concurso de Acreedores - Aspectos Sociales y Laborales de la Reforma de 2011 y 2012, Tecnos, Madrid, 2012

¹ U.S. Bankruptcy Code, 11 USCA 101 et seq, (el "Código").

² 11 U.S.C. 362 (*Automatic Stay*).

³ 11 U.S.C. 303 (petición de casos involuntarios).

⁴ Ver: 11 U.S.C. 727 (a) - liquidación de individuos; 11 U.S.C 944 (b) - quiebras municipales; 11U.S.C 1141 (d)(1)(A) - confirmación de un plan bajo capítulo 11; 11 U.S.C. 1228 (a) y (b) – quiebras de agricultores y pescadores; 11 U.S.C. 1328 (a) y (b) – ajuste de deudas de individuos con ingresos determinables.

⁵ En una liquidación no se descargan deudas fraudulentas; daños intencionales; robo; contribuciones prioritarias; pagos de mantenimiento de familia; préstamos estudiantiles; y penas criminales. Por otro lado, en el capítulo 13 se descargan algunos de los anteriores y deudas a ex conyugues, penas gubernamentales y daños intencionales.

⁶ 11 U.S.C. 727.

⁷ Los pilares del Código son: 1) la paralización automática de casi todas las acciones contra el deudor y su caudal bajo la sección 363; 2) la segunda oportunidad o "fresh start" y; 3) descargo de deuda amplio ("discharge") aun contra reclamaciones laborales y contributivas cuya prioridad se limita.

⁸ 11 U.S.C. 1107.