

ANÁLISIS JURÍDICO ACERCA DE SI EL ACUERDO DE SERVICIOS PÚBLICOS ES UN CONTRATO PENDIENTE DE EJECUCIÓN QUE PUEDE SER RECHAZADO AL AMPARO DE LA LEGISLACIÓN ESTADOUNIDENSE SOBRE QUIEBRAS

I. RESUMEN

1. Por solicitud del Grupo de Trabajo de la AP-41, el Asesor Jurídico Externo ha preparado un análisis jurídico acerca de si el Acuerdo de Servicios Públicos (ASP) es un contrato pendiente de ejecución que puede ser rechazado al amparo de la legislación estadounidense sobre quiebras. Se trata de una cuestión de importancia crítica para la ITSO y la constante aplicación del ASP en caso de bancarrota, especialmente tras lo aseverado por Intelsat en el marco de su proceso de bancarrota bajo el Capítulo 11 de la legislación estadounidense sobre quiebras en el sentido de que el ASP constituye un contrato pendiente de ejecución, clasificación esta que en teoría le permitiría a Intelsat rechazar sus obligaciones en el proceso de bancarrota. En su análisis jurídico, el Asesor Jurídico Externo ha concluido que el ASP no es ni un contrato pendiente de ejecución ni un contrato comercial sujeto a rechazo en virtud de la Sección 365 del Código Estadounidense sobre Quiebras.

II. ANTECEDENTES

2. En el marco de la legislación estadounidense sobre quiebras, una de las protecciones que se brindan a los deudores es la capacidad para rechazar ciertos contratos comerciales que hubieran suscrito antes de su bancarrota, si el deudor no desea seguir adelante con la relación contractual. Específicamente, ese derecho existe con respecto a cualquier contrato que se considere que es un “contrato pendiente de ejecución”.

3. Esta cuestión ha surgido para la ITSO en relación con el procedimiento de bancarrota de Intelsat, en cuyo marco esta afirmó que el ASP con la ITSO era un contrato pendiente de ejecución que se podía rechazar en una bancarrota. Si bien en última instancia Intelsat nunca siguió adelante con la amenaza de rechazar el ASP, la posibilidad de que se lo pudiera rechazar en el contexto de un procedimiento de bancarrota en los Estados Unidos suscitó gran preocupación a la ITSO. Por esa razón, el Grupo de Trabajo de la AP-41 solicitó que la Directora General proporcione un análisis jurídico sobre si habría de considerarse que el ASP es un contrato pendiente de ejecución que Intelsat podría rechazar en un procedimiento de bancarrota. Si bien se espera que esto ya no sea más un problema, especialmente a la luz de la auspiciosa relación que impera con SES y la expectativa de que esta tenga una posición financiera más sólida que la que tenía Intelsat, sigue revistiendo una importancia considerable para la ITSO.

III. ANÁLISIS

Cláusulas clave del Código Estadounidense sobre Quiebras en relación con los contratos pendientes de ejecución

4. La facultad para rechazar un contrato pendiente de ejecución se estipula en la Sección 365 de la Ley sobre Quiebras. 11 U.S.C. Sección 365. Específicamente, dicha sección estipula que “el fiduciario, sujeto a la aprobación del tribunal, podrá asumir o rechazar cualquier contrato pendiente de ejecución o arrendamiento no vencido del deudor”. Cabe señalar que a los efectos del tipo de procedimiento de bancarrota iniciado por Intelsat (reorganización al amparo del Capítulo 11) el “fiduciario” y la entidad en bancarrota (conocida como deudora en posesión) son esencialmente una y la misma entidad. En la práctica, ello le permite al deudor dejar de cumplir con su obligación futura bajo un contrato pendiente de ejecución y tratar cualquier pérdida como representativa de un reclamo no garantizado por concepto de daños y perjuicios que se dirimiría en el procedimiento de bancarrota. Cabe agregar que el deudor no puede rechazar parcialmente un contrato pendiente de ejecución. Bajo la regla de ‘todo o nada’, el contrato deberá rechazarse en su totalidad o bien no podrá rechazarse en absoluto.

5. Pese a que la Sección 365 es bien explícita en este sentido, el propio término “contrato pendiente de ejecución” no se define en ninguna parte en la Ley sobre Quiebras. Por ende, es necesario remitirse a fuentes externas para determinar qué constituye un contrato de esa índole. Como cuestión práctica en el caso del ASP, este análisis no solo debe abordar el tema de si dicho acuerdo constituye un contrato pendiente de ejecución, sino también, más fundamentalmente, si por su misma naturaleza es siquiera el tipo de contrato comercial a la cual se habría de aplicar la Sección 365. Como se demuestra más abajo, la respuesta a ambas líneas de análisis es negativa y, visto adecuadamente, el ASP no constituye ni un contrato pendiente de ejecución según se usa ese término en la Sección 365 y, más importante aún, ni siquiera representa un arreglo contractual que dicha sección habría de abordar.

6. El término contrato pendiente de ejecución se entiende generalmente como referido a un contrato en el cual las obligaciones no cumplidas permanecen en ambos lados, o en el que ambas partes tienen obligaciones constantes de cumplir. En cuanto a una definición más precisa, tal vez la fuente más definitiva sería el Manual de Recursos Civiles (CRM, por sus siglas en inglés) emitido por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos. En la Sección 59 se presenta la siguiente definición de un contrato pendiente de ejecución:

¿Qué es un contrato pendiente de ejecución? El Código no define el término "contrato pendiente de ejecución", pero la mayoría de los tribunales han adoptado la siguiente definición: "un contrato en el cual las obligaciones tanto de la parte en bancarrota como de la otra parte del contrato están incumplidas en grado tal que si cualquiera de las partes no completa el cumplimiento ello constituiría un incumplimiento sustancial que eximiría a la otra de tener que cumplir".

Countryman, Executory Contracts in Bankruptcy: Part I, 57 Minn. L. R. 439, 460 (1973) [cita de múltiples casos adicionales y cita en boletines omitidas].

Razones por las que el ASP no debería considerarse como contrato pendiente de ejecución ni estar de otro modo sujeto a la Sección 365 del Código Estadounidense sobre Quiebras

7. Si la definición provista por el Departamento de Justicia de los EE.UU. se toma en sentido literal, queda claro que el ASP no se encuadra dentro de la definición de una base pendiente de ejecución. La razón clave de ello es que ningún incumplimiento por parte de Intelsat/SES eximiría a la ITSO de cumplir con sus propias obligaciones y responsabilidades en virtud del ASP. Tanto el Acuerdo de la ITSO como el ASP obligan a la ITSO a cumplir funciones específicas, y el incumplimiento de Intelsat/SES con sus obligaciones en virtud del ASP no eximiría en modo alguno a la ITSO de sus propias obligaciones. Así pues, el ASP no constituye un contrato pendiente de ejecución al que de otro modo se aplicaría la Sección 365 del Código Estadounidense sobre Quiebras.

8. Pasando al tema de si el ASP siquiera sería el tipo de arreglo contractual al que la Sección 365 del Código Estadounidense sobre Quiebras estaba llamada a abordar, la consideración clave es la de si la relación establecida entre la ITSO e Intelsat/SES en virtud del ASP comparte las características esenciales de una relación contractual estándar establecida según el derecho consuetudinario estadounidense (*common law*). Bajo el derecho consuetudinario estadounidense, un contrato es un convenio entre partes que crea obligaciones mutuas que se pueden hacer cumplir por ley. Al determinar si existe un contrato, por lo general hay cuatro elementos básicos que deben estar presentes. Se trata de los siguientes:

- Consentimiento mutuo (oferta y aceptación)
- Contraprestación (se intercambia algo de valor)
- Capacidad (p.ej., edad mínima, mente sana, existencia jurídica)
- Legalidad o propósito lícito

De esos cuatro elementos, por lo menos dos no están presentes (consentimiento mutuo y capacidad), y la presencia de un tercer elemento (contraprestación) es, en el mejor de los casos, cuestionable.

9. El consentimiento mutuo se refiere a un acuerdo de todas las partes de un contrato y probablemente sea el más crítico de esos cuatro elementos; requiere un acuerdo voluntario real por las partes del contrato, que debe demostrarse objetivamente. Por lo general los tribunales buscan expresiones externas de las partes para determinar la presencia de un acuerdo voluntario por las partes del contrato, habitualmente establecido mostrando una oferta y una aceptación (p.ej., una oferta de hacer X a cambio de Y, seguida de la aceptación de dicha oferta). El consentimiento mutuo se relaciona estrechamente con el concepto de acuerdo mutuo (*meeting of the minds*), es

decir, el requisito de que las partes de un contrato hayan acordado mutuamente los mismos términos, condiciones y asunto.

10. La contraprestación se refiere al intercambio negociado de algo valioso entre las partes, que asegura que un contrato no sea solamente una promesa o regalo unilateral sino un acuerdo mutuo en el que cada parte renuncia a algo o promete hacer o no hacer algo, lo cual crea un acuerdo legalmente vinculante y que se puede hacer cumplir. En este sentido, la contraprestación es en realidad un subelemento del consentimiento mutuo.

11. La capacidad se refiere a la facultad legal de establecer una relación contractual al momento de firmarse el contrato.

12. Cabe argumentar enfáticamente que ninguno de esos tres elementos está presente en la forma en que lo estaría en un contrato comercial estándar. Según se demuestra más abajo, ni el consentimiento mutuo, ni la contraprestación ni la capacidad jurídica adecuada están presentes en la manera que se requiere usualmente para establecer una relación comercial adecuada. Aquí lo que se busca no es sugerir que el ASP no es plenamente vinculante para Intelsat y la ITSO, sino resaltar que la naturaleza vinculante de la relación no está supeditada a la existencia de una relación contractual comercial.

13. Para evaluar si esos elementos clave están presentes, cabe efectuar las siguientes consideraciones:

- El ASP no fue resultado de una negociación entre dos partes independientes entre sí con igual poder de negociación como lo que es normal para establecer una relación contractual. Es más, ninguna de las dos partes del ASP participó siquiera en su negociación, ya que su contenido se determinó a través de un proceso político en el que participaron los gobiernos de 143 países (número de Estados miembros al momento de firmarse el ASP).
- Su firma en nombre de la ITSO no estuvo a cargo de la persona realmente facultada para firmar en su nombre. Quien firmó el ASP en nombre de la ITSO fue Conny Kullman, en su calidad de Director General de INTELSAT, y también fue quien lo firmó en nombre de Intelsat, Ltd., en su calidad de Ejecutivo Principal de esta última. Además, su cargo de Director General concluyó de manera efectiva inmediatamente después de que firmó el ASP ocupando ese cargo, momento a partir del cual pasó a ser solamente Ejecutivo Principal de Intelsat, Ltd.
- Más aún, una de las partes del ASP (la ITSO) no existía de manera funcional cuando se firmó dicho acuerdo, y solo adquirió existencia pocos momentos después de la firma. Si bien teóricamente la identidad de la organización internacional no cambió con la reestructuración, las responsabilidades asignadas a la ITSO, según se reflejan en el ASP, no entraron en vigor hasta que las enmiendas al Tratado [Acuerdo de la ITSO] surtieron efecto provisionalmente, lo cual no ocurrió sino después de la firma del ASP. Si las modificaciones al Tratado [Acuerdo de la ITSO] ya hubieran estado en vigor, Conny Kullman habría carecido de autoridad legal de firmar por la ITSO porque ya habría dejado

de ser su Director General. De hecho, el signatario adecuado de la ITSO hubiera sido su Director General entrante, Ahmed Toumi, cosa que no ocurrió.

- El ASP no contiene ninguna cláusula expresa de extinción, a diferencia de lo que sería estándar en un contrato comercial de cualquier tipo. De hecho, Intelsat/SES no tiene ningún derecho de extinguir el ASP bajo los términos del mismo, que solo podrá extinguirse en el momento en que las Partes de la ITSO decidan extinguir el Acuerdo de la ITSO, proceso decisorio regido por los términos de este último.
- Intelsat/SES no brinda absolutamente ninguna contraprestación a la ITSO; su obligación de cumplir con los términos de un tratado internacional no es algo de valor ofrecido por Intelsat, sino que refleja simplemente su aceptación de una obligación jurídica que no tenía la posibilidad de no aceptar.

14. Si el ASP no es un contrato pendiente de ejecución ni tampoco un contrato comercial, queda por ver cómo se lo podría caracterizar adecuadamente. El Acuerdo de la ITSO no describe al ASP como contrato comercial, sino que lo define como un “instrumento jurídicamente vinculante mediante el cual la ITSO asegura que la Sociedad respeta los Principios Fundamentales” (Acuerdo de la ITSO, Artículo I(j)). En ese sentido, una caracterización más adecuada a efectos de la legislación estadounidense sería definirlo como un instrumento creado en virtud de un convenio internacional del que los Estados Unidos son una parte que impone una serie de obligaciones o condiciones a Intelsat/SES de conformidad con las disposiciones de un tratado internacional. Fue totalmente sobre esa base que Intelsat fue creada como sociedad y se le permitió funcionar como empresa privada, siendo por ende incluso elegible para recibir licencias de la FCC.

IV. CONCLUSIÓN

15. Por todas esas razones cabe argumentar enfáticamente que el ASP no es un contrato pendiente de ejecución según la manera en que ese término se usa en la Sección 365 del Código Estadounidense sobre Quiebras, por lo cual no está sujeto a rechazo o desaprobación en un procedimiento de bancarrota.